



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO INTERNACIONAL

“LAS LEYES ANTITERRORISTAS. UN
ESTUDIO COMPARADO”

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
CHRISTIAN MANELIC VIDAL LEON



ASESOR: DR. FERNANDO SERRANO MIGUELON

MEXICO, D. F.





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A mis padres,
a Agus y a Angie ...

AGRADECIMIENTOS

-Es necesario agradecer en primer lugar al *Dr. Fernando Serrano Migallón*, por su valiosa asesoría en este trabajo recepcional pero por encima de todo, por sus sabios consejos durante estos años, pues sin ellos seguramente mi paso por nuestra Facultad de Derecho hubiera sido muy distinto;

-Igualmente quiero agradecer al *Lic. César Callejas* por su amistad y apoyo desde aquel primer ensayo sobre Derechos Humanos que redacté en 2001. Nunca olvidaré que a partir de ese momento, te convertiste en mi confidente además de mi profesor responsable en todos los sueños que emprendí como estudiante de Derecho;

-A *Antonio Picato*, por su celosa lectura de este trabajo y por sus invaluable consejos y correcciones, las cuales fueron íntegramente atendidas e incorporadas al texto de esta tesis recepcional;

A las personas que han contribuido en mi formación profesional; en particular, a aquéllas que sin conocerme han confiado en mi calidad moral, personal y profesional para desarrollar diversas tareas. Entre ellas es necesario mencionar a:

-*Lic. Guillermo Pablo López Andrade*, por su apoyo desde el día en que prácticamente lo conocí y por su confianza ciega y su preocupación siempre por mí;

-*Dr. Gastón Melo* y a todo el equipo de Espacio de Vinculación, A.C., por confiar en la juventud mexicana y particularmente por darme la oportunidad de formar parte de tantas experiencias inolvidables;

-*Lic. Omar Guerrero Rodríguez*, por confiar en mí, y enseñarme el mundo del Derecho en la práctica, además del valor y la responsabilidad de ser Abogado;

-*Mtro. Javier Romo Michaud*, por enseñarme el sentido de ser universitario y la pasión por la Ciencia y la Filosofía Jurídica; y

-*Lic. Alfonso Jiménez Reyes*, por inculcar en mí la pasión por el Derecho Internacional, los Derechos Humanos y el deseo de competir y ganar en cualquier escenario.

LAS LEYES ANTITERRORISTAS. UN ESTUDIO COMPARADO

INTRODUCCIÓN	1
--------------------	---

I. ¿POR QUÉ COMBATIR AL TERRORISMO?	11
1. El Combate al Terrorismo a través de la Justicia Penal	12
A. <i>Incorporación del delito de terrorismo en el Derecho nacional</i>	13
B. <i>Incorporación del crimen de terrorismo a través de tratados Internacionales</i>	18
C. <i>El terrorismo en la justicia internacional</i>	21
2. El Terrorismo como un Ataque a la Institucionalidad Democrática	26
A. <i>¿Existe alguna justificación para cometer actos terroristas?</i>	26
B. <i>La construcción de la democracia para lograr la paz y combatir el Terrorismo</i>	29
C. <i>La Carta Democrática Interamericana y su contribución al combate al terrorismo</i>	30
3. El Combate al Terrorismo como una Obligación Internacional	32
A. <i>La Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de la ONU</i>	33
B. <i>Tratados Internacionales en materia de Terrorismo</i>	36
C. <i>El Convenio Europeo para la Supresión del Terrorismo de 1977</i>	41
D. <i>La Convención Interamericana contra el Terrorismo</i>	44
II. LAS LEYES ANTITERRORISTAS	49
1. Países que combaten al terrorismo mediante legislación de emergencia	50
A. <i>Colombia</i>	51
B. <i>Reino Unido</i>	52
2. Países que combaten al terrorismo mediante la expedición de leyes	54
A. <i>Estados Unidos de América: Su armamento jurídico antiterrorista</i>	54
a) <i>La Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act 1996</i>	54
b) <i>La USA PATRIOT Act 2001</i>	58
c) <i>La Authorization of the Use of Military Force</i>	61
B. <i>Canadá: la Immigration and Refugee Protection Act 2001 y la Anti-Terrorism Act 2003</i>	64
C. <i>Reino Unido: la Terrorism Act 2000, la Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001 y la Terrorism Act 2006</i>	65
D. <i>España: la Ley 12/2003 y la L.O. 4/2003 contra la financiación del</i>	

<i>Terrorismo</i>	69
<i>E. La Unión Europea: el Reglamento del Consejo (CE) NO. 2580/2001</i>	70
<i>F. Chile: la ley 18.314</i>	73
<i>G. Perú: los Decretos Ley 25.475 y 25.659</i>	74
<i>H. México: la Ley de Seguridad Nacional</i>	76
3. El combate al terrorismo consagrado en la Constitución	78
<i>A. España: el artículo 55.2 de la Constitución de 1978</i>	78
<i>B. Colombia: el Estatuto Antiterrorista de 2003</i>	81
4. Iniciativa de ley en Argentina para combatir al terrorismo	84
III. LA DEFINICIÓN DEL TERRORISMO	85
1. ¿Por qué el terrorismo es difícil de definir?	87
<i>A. ¿Terroristas o luchadores contra la opresión y la ocupación?</i>	87
<i>B. La vinculación del terrorismo con la deslegitimación y la criminalidad</i>	95
<i>C. Las diversas formas y manifestaciones del terrorismo</i>	99
<i>C. La variabilidad de la idea de “terrorismo” en los últimos dos siglos</i>	102
2. Los elementos de la definición del terrorismo	105
<i>A. La generación de violencia</i>	106
<i>B. La ilegitimidad de la violencia</i>	108
<i>C. La intención de causar daño para lograr crear miedo o intimidar a un</i> <i>sector de la población</i>	114
<i>D. La finalidad de perseguir una meta política, militar, étnica,</i> <i>ideológica o religiosa</i>	115
<i>E. La dualidad particular-Estado como sujetos activos</i>	119
3. Escenarios futuro de la definición de terrorismo	122
<i>A. La conveniencia de tener diversas definiciones de terrorismo</i>	123
<i>B. Una sola definición de terrorismo tanto a nivel nacional como</i> <i>Internacional</i>	125
<i>C. La eliminación de cualquier definición del terrorismo</i>	126
IV. EL RÉGIMEN IMPUESTO POR LAS LEYES ANTITERRORISTAS	129
1. Las Leyes Antiterroristas, ¿Imponen un Estado de Emergencia?	131
<i>A. La Excepción; de Roma a la Teoría Moderna de los Derechos Humanos</i>	132
<i>B. La Figura de la Excepción en el Combate al Terrorismo</i>	145
<i>C. La Excepción como regla en la constitución española para la</i> <i>investigación del terrorismo</i>	155
2. El debate entre la Seguridad Nacional vs. Derechos y Libertades Fundamentales	159

A. <i>El Fundamentalismo en la Protección de la Seguridad Nacional</i>	160
B. <i>El Fundamentalismo en la Protección de los Derechos y Libertades</i>	167
C. <i>La Doctrina Minimalista</i>	170
D. <i>La Doctrina del “Mal Menor”</i>	173

V. DERECHOS Y LIBERTADES AFECTADOS POR LAS LEYES ANTITERRORISTAS

1. Derecho a la vida	180
A. <i>El uso de la fuerza letal</i>	181
B. <i>Pena de muerte</i>	184
2. Derecho a la integridad personal	190
3. El Derecho a no ser Discriminado	194
4. Derecho a la libertad personal	203
A. <i>Orden de aprehensión</i>	203
B. <i>Prisión preventiva</i>	206
5. La libertad de expresión	207
6. El derecho de asociación y reunión	211
7. Derecho a la intimidad	214
8. Derechos Políticos	217
A. <i>Los Partidos Políticos Fundamentalistas en Turquía</i>	217
B. <i>El caso de Batasuna en el País Vasco</i>	219
9. Derecho a la propiedad	221

VI. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL ACCESO A LA JUSTICIA ANTE LAS LEYES ANTITERRORISTAS

1. El principio de legalidad	225
2. El Derecho a un recurso legal	230
3. El derecho a contar con un tribunal	238
A. <i>Tribunales civiles</i>	238
B. <i>Tribunales militares</i>	240
C. <i>Comisiones especiales</i>	244
D. <i>Tribunales extranjeros</i>	245
E. <i>Tribunales internacionales</i>	247
4. Garantías judiciales	249
A. <i>Derecho a ser juzgado por un tribunal competente, imparcial y anterior al hecho delictivo</i>	249
a) <i>Tribunal competente</i>	250

b) Tribunal imparcial	250
c) Tribunal previsto por la ley y establecido con anterioridad al hecho delictivo	251
B. La presunción de inocencia	252
C. Derecho a contar con la asistencia de un abogado	254
D. Derecho a conocer los testigos	255
E. Otras garantías judiciales	256
5. Derecho a la Información	256

VII. SENTENCIAS DE TRIBUNALES SUPREMOS Y CONSTITUCIONALES SOBRE LAS

LEYES ANTITERRORISTAS

1. La sentencia de la Suprema Corte de Israel sobre los interrogatorios a terroristas	261
A. El contexto histórico de la realidad antiterrorista israelí	261
B. Los demandantes y las causas de la demanda	263
C. El argumento de la falta de atribución legal de la GSS	265
D. El argumento de la ilegalidad de los métodos utilizados en los interrogatorios ...	265
E. La Defensa de la “Necesidad” para aplicar ciertos métodos de los interrogatorios	268
2. La sentencia del Tribunal Constitucional del Perú respecto de los Decretos antiterroristas	270
A. Las décadas perdidas de 1980 y 1990 en el Perú. La generalización de la violencia	271
B. Los derechos y libertades analizados por el Tribunal Constitucional	273
a) El principio de legalidad	274
b) Las libertades de información, expresión opinión y difusión del pensamiento	275
c) El derecho a la nacionalidad	276
d) El derecho al debido proceso	276
e) La integridad personal	278
C. La decisión del Tribunal Constitucional del Perú y sus alcances	278
3. La sentencia C-816/04 de la Corte Constitucional de la República de Colombia	279
A. Colombia, una historia de violencia y fatalidad	280
B. Los demandantes y la acción presentada	284
C. ¿Qué dijo la Corte Constitucional?	285
4. La sentencia de la Cámara de los Lores contra la ACSA 2001 en el Reino	

Unido	288
<i>A. La histórica lucha contra el terrorismo doméstico e internacional en el Reino Unido</i>	288
<i>B. Los Peticionarios ante la Cámara de los Lores</i>	292
<i>C. El criterio de la Cámara de los Lores</i>	293
<i>D. Los efectos de la Sentencia de la Cámara de los Lores</i>	296
5. La sentencia L.845 XL de la Corte Suprema de Justicia de la República	
Argentina	297
<i>A. Los miembros de ETA y su internación en América Latina</i>	297
<i>B. Las partes en el procedimiento de extradición ante la Corte Suprema de Justicia de Argentina</i>	299
<i>C. Las consideraciones de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina</i>	300
<i>D. Las consecuencias de la Sentencia sobre la extradición de Lariz Iriondo</i>	303
6. Las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos en la Guerra contra el Terrorismo	304
<i>A. Caso Hamdi v. Rumsfeld</i>	305
<i>B. Caso Rasul v. Bush</i>	306
<i>C. El alcance de Hamdi v. Rumsfeld y de Rasul v. Bush</i>	308
<i>D. Padilla v. Rumsfeld</i>	310
<i>E. El Caso Moussaoui. El único procesado por el 11 de septiembre de 2001</i>	312
 CONCLUSIONES	 316
 FUENTES	 324

ABREVIATURAS

ACSA 2001	<i>Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001</i> (Reino Unido)
AEDPA 2001	<i>Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act 1996</i> (Estados Unidos de América)
ANC	<i>African National Congress</i> (Sudáfrica)
AUC	Autodefensas Unidas de Colombia (Colombia)
AUMF	<i>Authorization of the Use of Military Force</i> (Estados Unidos de América)
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CEDHLF	Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales
CIA	<i>Central Intelligence Agency</i> (Estados Unidos de América)
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CISEN	Centro de Inteligencia y Seguridad Nacional (México)
CSRT	<i>Combatant Status Review Tribunals</i> (Estados Unidos de América)
DIH	Derecho Internacional Humanitario
ELN	Ejército de Liberación Nacional (Colombia)
EPL	Ejército Popular de Liberación (Colombia)
ETA	<i>Euzkadi Ta Askatazuna</i> (España)
EZLN	Ejército Zapatista de Liberación Nacional (México)
FARC	Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (Colombia)
FBI	<i>Federal Bureau of Investigation</i> (Estados Unidos de América)
FOIA	<i>Freedom of Information Act</i> (Estados Unidos de América)
GSS	<i>General Security Service</i> (Israel)
IFAI	Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (México)

IRA	<i>Irish Republican Army</i> (Irlanda del Norte)
IRPA	<i>Immigration and Refugee Protection Act</i> (Canadá)
LFTAIPG	Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (México)
OEA	Organización de los Estados Americanos
OLP	Organización para la Liberación Palestina (Palestina)
ONG	Organización No Gubernamental
ONU	Organización de Naciones Unidas
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PKK	Partido Laboral de Kurdistán
SIAC	<i>Special Immigration of Appeals Commission</i> (Reino Unido)
USA PATRIOT Act 2001	<i>Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tool Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act 2001</i>
UVF	<i>Ulster Volunteer Force</i> (Irlanda del Norte)

INTRODUCCIÓN

Desde el siglo XIX diferentes actores políticos y sociales han recurrido al terrorismo para reivindicar sus causas y forzar a los detentadores del poder (generalmente gobiernos pero ocasionalmente también al sector privado) a actuar en una u otra forma. Sin embargo, los atentados en Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001 y los siguientes en Bali en 2002 y 2005, Madrid 2004, y Londres, El Cairo, Nueva Delhi, Bangladesh y Amman en 2005, han dado paso al nacimiento de una nueva vertiente del terrorismo al adquirir la calidad de “internacional”¹.

Para contrarrestar la internacionalización del terrorismo, el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) aprobó la Resolución 1373 como reacción a los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos², la cual sentó los principios en los que los países miembros de la ONU deberían dirigir medidas internas para combatir al terrorismo dentro de sus jurisdicciones. La Resolución 1373 incluso consagró que cualquier nación que no acatara lo ordenado por ella, podría ser esa omisión considerada como una amenaza a la paz y seguridad internacionales³. A partir de la Resolución 1373, diversas naciones urgieron a sus órganos legislativos a expedir medidas antiterroristas a través de cuerpos legislativos enteros dedicados al combate del terrorismo y de sus actividades conexas.

Sin embargo, tal pareciera que la protección de los derechos y libertades fundamentales no fueron una prioridad del Consejo de Seguridad al aprobar la Resolución 1373, situación que generó inmediatamente la preocupación de los principales órganos internacionales de

¹ Aunque es un concepto muy vago, por “terrorismo internacional” se entiende aquel “Terrorismo que involucra ciudadanos o el territorio de más de un país”, en “Patterns of Global Terrorism 2002”, US DEPARTMENT OF STATE, Washington D.C., abril 2003.

² Resolución 1373 (2001), S/RES/1373, aprobada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en su 4385ª sesión, celebrada el 28 de septiembre de 2001.

³ El párrafo 10 del preámbulo de la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas literalmente consagra que: “Actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas”. Esto significa que al aprobar una resolución bajo el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad se reservó el derecho de recurrir al uso de la fuerza internacional en caso de incumplimiento a lo establecido en dicha resolución.

protección de los derechos humanos. El Consejo de Europa, la Organización de los Estados Americanos (OEA) y la ONU, en sus respectivos ámbitos, realizaron sendos estudios para tratar de determinar el alcance de la lucha antiterrorista dentro de los estándares mínimos de protección de derechos humanos.

Así, el primer documento internacional en materia de terrorismo y derechos humanos, emitido con posterioridad a los atentados del 11 de septiembre de 2001, fue aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa denominado "Líneas Directrices sobre Derechos Humanos y la lucha contra el Terrorismo", las cuales constan de diecisiete artículos⁴. En este documento se destacó que, "(p)recisamente en situaciones de crisis como las provocadas por el terrorismo es cuando el respeto de los derechos humanos es aún más necesario y la vigilancia debe ser aún mayor"⁵.

En el continente americano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA en resolución de 12 de diciembre de 2001, igualmente decidió realizar un informe que ayudara a los Estados a adoptar las medidas antiterroristas en el marco de los lineamientos interamericanos de protección de los derechos y libertades⁶. Dicho informe, denominado "Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos", finalmente fue publicado en octubre de 2002, y abordó la relación entre el combate al terrorismo, respecto con una larga lista de derechos posiblemente afectados.

También en el seno de las Naciones Unidas también se elaboró un texto en el que se analizó la relación entre las medidas tomadas para combatir el terrorismo, y su interacción con los derechos y libertades previstos por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Esta resolución llamada "Protección de los Derechos Humanos y las Libertades

⁴ "Líneas Directrices sobre Derechos Humanos y la Lucha contra el Terrorismo", aprobadas el 11 de julio de 2002 en la 804ª reunión de los Delegados de los Ministros.

⁵ Prefacio del Secretario General del Consejo de Europa, Walter SCHWIMMER con motivo de las "Líneas Directrices sobre Derechos Humanos y la Lucha contra el Terrorismo", en septiembre de 2002.

⁶ Resolución "Terrorismo y Derechos Humanos", Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aprobada el 12 de diciembre de 2001.

Fundamentales en la lucha contra el Terrorismo”, fue presentada por el Secretario General, Kofi Annan, a la Asamblea General en 2003⁷.

Sin embargo, el combate al terrorismo y su impacto en los derechos humanos no es un tema de reciente aparición. Si bien el siglo XXI ha acuñado y expandido el terrorismo internacional, a lo largo del siglo XX prácticamente todos los países han padecido de las consecuencias del terrorismo dentro de sus jurisdicciones⁸. Durante décadas, países de

⁷ Informe del Secretario General a la Asamblea General de las Naciones Unidas, denominado “Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales en la Lucha contra el Terrorismo”, A/58/26, aprobado en el Quincuagésimo Octavo período de sesiones de la Asamblea General.

⁸ En la actualidad no existe algún rincón del mundo en el que el terrorismo no haya cobrado víctimas. A lo largo del continente asiático han existido una gran cantidad de grupos generadores de violencia terrorista colapsando aquella región en la segunda mitad del siglo XX y los inicios del siglo XXI. Por citar un ejemplo, Japón durante la segunda posguerra fue víctima de crudos ataques terroristas con una gran cantidad de pérdidas humanas a causa del *Rengo Segikum* o Ejército Rojo. Por su parte, en la región del Medio Oriente se formaron organizaciones terroristas constituidas como reacción a la creación del Estado israelí en 1948, donde tanto musulmanes como judíos formaron células para producir violencia terrorista, pues mientras que del lado árabe aparecieron grupos como *Jihad*, *Hezbollah*, *Hamas* y *Mossad* e incluso, la propia Organización para la Liberación Palestina (OLP) a través de su brazo *Al Fatah*, por el lado de los israelíes también hubo organizaciones terroristas de reacción como *Stern* o *Irgun Zvai Leumi*.

En la región de Asia Central también se registran numerosos grupos con la finalidad de producir violencia terrorista, en el cual resalta por la magnitud de sus ataques, *Al Qaeda*, quien además de atemorizar a países de aquella región, sus acciones traspasan las fronteras como los atentados de las embajadas de Estados Unidos en Kenia y Tanzania, los ataques a los Torres Gemelas en Nueva York y al Pentágono en Washington D.C., la explosión de los trenes en Madrid en marzo de 2004, los atentados de Londres de julio de 2005 y los ataques terroristas en Bali, Indonesia en 2002 y octubre de 2005.

África también ha sido hogar de grupos y movimientos terroristas como el Partido Revolucionario Etiopie, el Partido Comunista de Sudán, los Combatientes en Uganda o el Frente Revolucionario Unido (FRU) en Sierra Leona. Sin embargo, el continente africano más allá de sufrir dentro de sus territorios de organizaciones terroristas, los distintos países del continente han aquejado de un verdadero “terrorismo de Estado” desde el África árabe hasta Sudáfrica, como el Genocidio de Rwanda, la hambruna de Somalia y Eritrea, las masacres en el Congo, Liberia y Sierra Leona o el *Apartheid* en Sudáfrica.

Europa también la padecido de constatare violencia antiterrorista tales como el Irish Republican Army (IRA) en el Reino Unido o el Euzkadi Ta Askatasuna (ETA) en España, los cuales operan activamente en la actualidad. Sin embargo, aunque no han realizado atentados en los últimos años, han existido organizaciones de corte terrorista en otros países europeos tales como la RAF en Alemania, el Comité Antifascista Argelino en Francia, o los movimientos de izquierda en Italia como Brigadas Rojas o Lutta Obrera. Si bien estos grupos surgieron hace ya algunas décadas y en la actualidad no registran actividad, queda latente la posibilidad de que éstos u otros bajo las mismas prácticas, puedan resurgir dentro de los países europeos.

En América, movimientos sociales han recurrido a violencia terrorista como *modus operandi* abanderando sus ideales políticos en cada atentado. como el mítico movimiento racista ultraderechista del siglo XIX denominado *Ku Klux Klan*, cuyas acciones terroristas tuvieron un impacto racial de gran trascendencia entre los distintos sectores estadounidenses de la época. Ya en el siglo XX en Latinoamérica aparecieron grupos como a los Montoneros y el Ejército Revolucionario del Pueblo en Argentina; el Movimiento Izquierdista Revolucionario (MIR) en Chile; Sendero Luminoso y *Tupac Amaru* en el Perú; y a movimientos armados o guerrillas, íntimamente relacionados con terrorismo como las Fuerzas Armadas Revolucionarias Maoístas de Guatemala; las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), el Ejército de Liberación Nacional (ELN) y las Autodefensas Unidas, en Colombia; y el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), y las

todas latitudes han tenido que implementar medidas de todo tipo encaminadas a erradicar al terrorismo doméstico, optando por un tratamiento de prevención, investigación, enjuiciamiento y sanción diferente a los perpetradores de actos terroristas que a aquellos que cometan otra clase de delitos.

Diversos tribunales internacionales (creados como consecuencia de la internacionalización de los derechos humanos en 1945) han conocido sobre la aplicación de leyes antiterroristas en diversos Estados. Particularmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha conocido de cinco casos contra el Perú por la aplicación de la legislación antiterrorista impuesta durante el régimen fujimorista en la década de los noventa. También ha conocido de casos concernientes las guerrillas en Honduras durante los ochenta, en Guatemala y en Colombia, en donde los representantes gubernamentales argumentaron el combate al terrorismo como la causa para llevar a cabo las acciones alegadas por las presuntas víctimas.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dependiente del Consejo de Europa, también ha entrado el estudio de la aplicación de legislación antiterrorista en países del viejo continente, particularmente en el Reino Unido en relación con la prolongada legislación de emergencia decretada para combatir los grupos terroristas en Irlanda del Norte durante la década de los setenta y ochenta, y en Turquía en donde se la legislación antiterrorista ha sido utilizada para contraatacar los atentados terroristas perpetrados por grupos de entre las minorías kurdas en el oriente turco.

A diferencia de aquél de carácter meramente interno, el terrorismo internacional no sólo se ha apoderado del primer lugar en la agenda de debates en organismos internacionales, sino también en los círculos políticos y parlamentarios nacionales, principalmente en países que han participado en las últimas intervenciones en Afganistán e Irak. En países como Estados Unidos, Reino Unido, Australia o Canadá, terrorismo, antiterrorismo, leyes antiterroristas o “guerra contra el terrorismo” son términos escuchados y leídos en la prensa

Fuerzas Armadas Revolucionarias del Pueblo (FARP) en el sur de México, en DE OLLOQUI José Juan, “Reflexiones en torno al Terrorismo”, en *Problemas Jurídicos y Políticos del Terrorismo*, UNAM, México, página 2; también en WILLIAMS Clive, “Terrorism Explained; The Facts about Terrorism and Terrorist Groups”, New Holland, Nueva York, 2004, páginas 21-46.

de forma agobiante, como si los medios de comunicación tuvieran la misión de aterrorizar al común de la gente.

La forma en la que cada país encara al terrorismo despierta diferentes reacciones entre sus pueblos y grupos de presión, en virtud de que algunas legislaciones enfatizan en la prevención, otros en la investigación y otros en la sanción del terrorismo. Esto ha llevado a que diversos tribunales nacionales constitucionales hayan estudiado la compatibilidad entre las leyes terroristas domésticas en relación con las normas constitucionales e obligaciones internacionales. En los últimos tiempos, tribunales de la más alta envergadura han dictado sentencias declarando inválidas sus respectivas leyes antiterroristas por considerarlas contrarias a los textos constitucionales o bien, a las obligaciones internacionales contraídas por esos Estados. Entre los países cuyos máximos tribunales han dictado sentencias de mayor relevancia en relación con legislación antiterrorista se encuentran Perú, Colombia, Reino Unido y Estados Unidos.

De esta manera, el material jurisprudencial en materia de leyes antiterroristas comienza a ser amplio. Igualmente, los estudios doctrinales sobre las normas para combatir el terrorismo se hacen más frecuentes dentro de las instituciones de enseñanza e investigación de la Ciencia Jurídica alrededor del mundo, generalmente denunciando la seria afectación que sufren los derechos civiles por las medidas antiterroristas⁹.

A la fuerte oposición académica y jurisprudencial frente a las leyes antiterroristas, se han sumado distintos parlamentos, quienes en ya varias ocasiones han conformado mayoría para rechazar las propuestas de implementar más medidas para combatir al terrorismo. Recientemente, los líderes en la “guerra contra el terrorismo”, George W. Bush en Estados

⁹ Si bien casi todos los estudios académicos en torno a las leyes antiterroristas son para resaltar el impacto negativo sobre la población, igualmente existen numerosos estudios dirigidos a defender su expedición. Principalmente en los Estados Unidos, distintos doctrinarios han defendido las medidas antiterroristas adoptadas con posterioridad a los atentados del 11 de septiembre de 2001. Incluso hay quienes justifican las medidas arguyendo que supeditar la seguridad nacional a la Carta de Derechos estadounidense (*Bill of Rights*), haría de este documento un “pacto suicida”, en THORNBURGH Dick, “Tribute: Balancing Civil Liberties and Homeland Security: Does the USA PATRIOT Act avoid Justice Robert H. Jackson’s ‘Suicide Pact’?”, *Albany Law Review*, 68 *Alb. L. Rev.* 801, 2005, páginas 801-813.

Unidos y Tony Blair en el Reino Unido, han encontrado duros reveses en sus intentos de adoptar nueva legislación en esta materia¹⁰.

Esta tesis encuentra su razón precisamente en esta tendencia de considerar al terrorismo como el máximo enemigo de la comunidad internacional. Al convertirse en una pesadilla en los países más poderosos, ellos imponen su preocupación a naciones donde sus principales problemas no devienen precisamente del terrorismo¹¹. Con independencia de que la amenaza terrorista sea real o por inducción de otros países, la proliferación de legislaciones antiterroristas en los últimos años ha sido abrumadora, todas ellas enmarcadas dentro de la “guerra contra el terrorismo” liderada por Estados Unidos pero silenciosamente seguida por muchos más países en otras latitudes.

Por ello este trabajo busca principalmente analizar distintas leyes antiterroristas en nuestro continente y también, en España y Reino Unido. Para lograr este objetivo, este estudio será dividido en seis capítulos, el primero de ellos dedicado a determinar la importancia de combatir al terrorismo tanto doméstico como internacional. De esta manera, el primer capítulo analizará las formas en que el terrorismo puede ser establecido como delito para efectos de que sea castigado penalmente, ya sea que su tipificación provenga de

¹⁰ Tras los atentados del 7 de julio de 2005 en el sistema de transporte público de Londres, el Primer Ministro británico Tony Blair intentó endurecer la legislación antiterrorista al someter el Parlamento un paquete antiterrorista el cual fue rechazado por la mayoría de los parlamentarios el 7 de noviembre de 2005.

Similar rechazo obtuvo el Presidente estadounidense George W. Bush, quien al intentar renovar la vigencia de la *USA PATRIOT Act 2001* en diciembre de 2005, encontró severas críticas de la oposición e incluso, de algunos miembros de su propio partido político. La *USA PATRIOT Act 2001*, creada para combatir al terrorismo con posterioridad a los atentados del 11 de septiembre de 2001, pretendía ser renovada dado que desde su creación, fue concebida como una ley de carácter temporal, es decir, sujeta a revisión periódica por parte del Congreso. Finalmente, el 21 de diciembre de 2005 fue extendida su vigencia por seis meses, aunque con la finalidad de que en ese tiempo se redefiniera la política antiterrorista, en KUHNHENN James, “Senate extends Patriot Act”, *The Honolulu Advertiser, Hawaii’s Newspaper, Honolulu*, jueves 22 de diciembre de 2005, página A2.

¹¹ Así, sin importar la magnitud del terrorismo en cada nación, los países activamente participantes en la denominada “guerra contra el terrorismo” (curiosamente los más poderosos del mundo occidental), han forzado al resto a adoptar medidas antiterroristas agresivas en aras de prevenir la formación u operación de grupos terroristas que puedan potencialmente actuar contra aquellos países. Incluso en el marco de la “guerra contra el terrorismo” el propio Consejo de Seguridad de la ONU aprobó la Resolución 1373, cuya intención fue obligar a todos los miembros de la comunidad internacional a tomar medidas internas contra el terrorismo. Aún cuando para la mayoría de los países africanos la principal preocupación sea combatir la pobreza y la marginación o, para América Latina vencer al flagelo de la delincuencia común sea considerado como una prioridad muy por encima del terrorismo, todos estos países son forzados a tomar a la “guerra contra el terrorismo” como un tema de urgencia nacional dentro de sus respectivas jurisdicciones.

una ley nacional, un tratado internacional o incluso, mediante el uso de la jurisdicción universal. Además se pretende justificar el combate al terrorismo toda vez que este flagelo, el terrorismo, es por sí mismo una amenaza a la institucionalidad democrática principalmente en nuestros países latinoamericanos. Finalmente se analizará la fuente de la obligación internacional para combatir al terrorismo, así como el problema de la definición del terrorismo tanto en el escena nacional como internacional.

El segundo capítulo procurará hacer un breve recorrido por países americanos y europeos cuyas legislaciones antiterroristas han causado mayor impacto dentro de sus respectivas sociedades. Se comenzará señalando las múltiples legislaciones de emergencia que países como Colombia y el Reino Unido recurrentemente utilizaron para combatir el terrorismo interno durante la década de los setenta, ochenta y noventa. Posteriormente se hará referencia a legislaciones de carácter permanente en Chile, Reino Unido, Estados Unidos, Canadá, Perú, España, la Unión Europea, y la reciente Ley de Seguridad Nacional en México. También se intentará reseñar cómo países han incluso incorporado medidas específicas a combatir al terrorismo en sus textos constitucionales, como el artículo 55 de la Constitución española de 1978 y los antiguos artículos 15, 28 y 250 de la Constitución colombiana. Finalmente también se reseñará el Proyecto de Ley en Argentina para combatir el terrorismo que a últimos tiempos ha cobrado mayor importancia en los debates parlamentarios de aquel país.

Por su parte, el tercer capítulo abordará el difícil y complejo estudio de la definición del terrorismo. Cada ley antiterrorista incluye una definición típica sobre la cual el resto de cada una de estas leyes giran, aunque continuamente dichos conceptos son severamente criticados. No obstante, a nivel internacional poco se ha logrado en relación a una definición universal sobre el terrorismo; el consenso no sólo no se ha logrado sino que se incluso se hace más difícil conforme la Guerra contra el Terrorismo se agudiza. Por estas razones en este capítulo se analizarán las dificultades que la comunidad internacional ha encontrado para poder llegar a una concepción universal sobre el crimen de terrorismo. Asimismo, se procurará ofrecer cinco elementos que, aunque no son limitativos, son quizás los esenciales en toda definición de terrorismo. A partir de estos elementos típicos, se han

construido la gran mayoría de las definiciones ofrecidas hasta al momento tanto en las leyes antiterroristas como por la doctrina. Finalmente se estudiará el debate existente sobre el futuro de la definición del terrorismo, es decir, desde aquellos que mencionan que se debe contar con pluralidad de definiciones, hasta los que consideran que el debate sobre la definición del terrorismo excede lo jurídico y por lo tanto, este crimen debe ser eliminado de las leyes penales.

El cuarto capítulo procurará enfrentar uno de los grandes problemas que las leyes antiterroristas modernas han dejado a su paso. En este sentido, ¿cuál es el régimen impuesto por las leyes antiterroristas? Mientras algunas leyes expresamente señalan que decretan un estado de emergencia o excepción, otras en cambio lo imponen de forma tácita, por lo que aunque son expedidas en una situación de normalidad, *de facto* implantan un régimen de emergencia. Adicionalmente, este capítulo examinará el debate doctrinal que en la toma de medidas antiterroristas los gobiernos y la doctrina han largamente debatido, esto es, decidir cuál de los valores democráticos fundamentales debe prevalecer en la lucha contra el terrorismo, si la protección de la seguridad nacional o el debido respeto a los derechos humanos. En este sentido, se analizarán a los fundamentalistas de la seguridad nacional por un lado, y a los fundamentalistas de los derechos y libertades por el otro. También se estudiarán las posiciones intermedias que buscan crear un balance entre ambos valores democráticos, tales como las doctrinas “minimalista” y aquella del “mal menor”.

Asimismo, el capítulo quinto intentará analizar la incidencia que diversas leyes antiterroristas tienen sobre diferentes derechos y libertades fundamentales. Entre ellos se mencionarán al derecho a la vida; el derecho a la integridad; el derecho a no ser discriminado; la libertad personal; la libertad de expresión; la libertad de asociación y de reunión; el derecho a la intimidad; el derechos políticos; y el derecho a la propiedad. Por su parte, el capítulo sexto analizará cómo ciertas leyes antiterroristas vulneran el principio de legalidad, tanto en la implementación de tribunales especiales como en la aplicación de preceptos legales ambiguos. Además en este capítulo se abordará el acceso a la justicia y sus restricciones cuando se trate de casos de terrorismo y cómo se limita y hasta se niega el derecho al acceso a la información, necesario para todo proceso penal.

Finalmente, el último capítulo será reservado para el estudio de las sentencias de los más altos tribunales en diversos países en donde las leyes antiterroristas han sido promulgadas. Es digno destacar algunas que por su valentía han dejado sin efectos las lesivas maquinarias legislativas antiterroristas como es el caso del Tribunal Constitucional del Perú, la Corte Constitucional de Colombia y la Cámara de los Lores del Reino Unido, en su calidad de última instancia jurisdiccional. También se estudiarán otras sentencias relevantes falladas por la Suprema Corte de Israel, la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos y la Corte Suprema de Argentina.

¿POR QUÉ COMBATIR AL TERRORISMO?

El combate al crimen del terrorismo es una cuestión que en ocasiones no es compartido ni apoyado por toda la sociedad. Por la comisión de un acto, un terrorista puede ser considerado para unos como un criminal para unos o, un héroe o libertador para otros¹. Por un atentado suicida en Tel Aviv o Jerusalén por ejemplo, una persona puede ser considerada como un criminal de acuerdo a los israelíes o bien, considerada como un mártir por los palestinos. Escenarios como éste se presentan entre miembros de una misma comunidad política como la simpatía que vascos tienen en relación a la organización separatista *ETA* o los católicos norirlandeses quienes manifiestan sincero afecto a Ejército Republicano Irlandés (*IRA* por sus siglas en inglés) el cual atenta contra comunidades protestantes y contra la corona británica.

Esta realidad obedece a que el terrorismo a diferencia de otros crímenes, suele llevar un objetivo ideológico y político, que ciertamente causa simpatía entre aquellos que comparten los mismos pensamientos y por lo tanto, dentro de una misma sociedad puede haber personas que consideren a los terroristas como criminales y otros los conciban como revolucionarios. Los terroristas además, no buscan un beneficio estrictamente personal, sino encuentran en sus actos una forma en la que expresan su odio hacia cierta comunidad, por ello sus perpetradores no temen en entregar su vida en atentados suicidas para liberar a sus pueblos de lo que ellos consideran la opresión de los detentadores del poder. Así pues, ¿hasta qué grado un grupo puede ser catalogado como terrorista o bien, beligerante? La pregunta no es ociosa si se toma en consideración que el terrorismo es un crimen, quizás el más odiado, mientras que los grupos de liberación nacional o beligerantes se encuentran protegidos por las normas del Derecho Internacional Humanitario. Grupos como las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), el Ejército de Liberación Nacional (ELN) o las antiguas guerrillas centroamericanas han sido considerados por sus

¹ Para ello baste recordar la famosa frase en inglés “one man’s terrorist in another’s freedom fighter”.

distintos gobiernos como grupos beligerantes o como terroristas, dependiendo cada gobierno en turno².

Sin embargo aún cuando exista gente que apoye las finalidades políticas de los terroristas, esto no obsta para que las autoridades estatales combatan frontalmente al terrorismo, debido a que por diversas razones el terrorismo, cualquiera que sea su definición, debe ser erradicado. Estas causas son entre otras: *i*) las personas que cometen actos terroristas afectan bienes jurídicos de la mayor importancia, por lo que sus perpetradores deben ser sancionados por las leyes penales; *iii*) el terrorismo constituye una amenaza para la institucionalidad democrática de los Estados, de forma tal que igualmente crea la necesidad de tomar medidas para prevenir el terrorismo dentro de sus respectivas jurisdicciones; y *iii*) aún cuando los Estados se tornen reticentes a combatir al terrorismo, el Derecho Internacional impone una extensa regulación que obliga a los países adoptar todo tipo de medidas para erradicar al terrorismo de sus respectivas jurisdicciones.

2. El Combate al Terrorismo a través de la Justicia Penal

Una de las obligaciones estatales en el combate al terrorismo es aquella que tiene que ver precisamente con la sanción penal efectiva a los responsables de la comisión de este crimen. El terrorismo afecta bienes jurídicos de la mayor importancia tales como la vida, la integridad personal, la seguridad personal, pública y nacional, la propiedad, entre muchos otros. De esta forma, el Estado en su condición de protector de la seguridad pública, tiene el deber de tutelar estos bienes jurídicos, por lo que en el cumplimiento de esta obligación debe sancionar efectivamente a los terroristas. Este deber de “sanción” consiste en la existencia de una legislación penal adecuada y actualizada, así como que el Estado pueda garantizar los mecanismos necesarios para la aplicación de dichas leyes de modo que pueda imponerse una justa sanción a los responsables de los atentados terroristas³.

² Las FARC y el ELN han sido catalogados tanto como grupos beligerantes, como terroristas. El gobierno del Presidente colombiano Andrés Pastrana (1998-2002) reconoció a estos grupos como beligerantes y les concedió, de conformidad con el Derecho Internacional Humanitario, una serie de prerrogativas para con ello iniciar los procesos de paz. Sin embargo, tan pronto como el Presidente Álvaro Uribe asumió el poder en 2002, ambos grupos guerrilleros fueron considerados como terroristas y por lo tanto, como criminales a la luz del Derecho interno colombiano.

³ La Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que las obligaciones de los Estados derivadas del artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos son las de respetar y garantizar los derechos humanos. De esta última obligación se desprenden cuatro obligaciones específicas que son: prevenir,

El establecimiento del tipo penal puede venir de un acto legislativo, mediante su incorporación directamente en los códigos penales internos; asimismo, los Estados pueden castigar el terrorismo mediante la ratificación de algún tratado internacional vinculante que contemple al delito de terrorismo como un crimen a perseguir; finalmente, la sanción puede provenir del ejercicio de la jurisdicción universal, la cual en la última década ha sido recurrentemente aplicada principalmente por países europeos para diversos crímenes internacionales.

B. Incorporación del delito de terrorismo en el Derecho nacional

Los Estados deben incorporar en sus legislaciones medidas sustantivas que tiendan a erradicar al terrorismo de sus jurisdicciones. Ahora bien, tales métodos legales pueden variar de un país a otro, dependiendo la importancia que el terrorismo implique en cada país. Estas formas pueden ser: *i)* la configuración del terrorismo mediante el concurso real o ideal de diversos delitos, es decir, sin considerarse al terrorismo como un crimen autónomo; *ii)* establecer un tipo penal específico sobre este delito, de manera tal se regule de forma independiente a los demás crímenes; *iii)* a través de la promulgación de leyes especializadas en el combate el terrorismo, haciendo especial énfasis en la prevención, investigación y sanción de este delito de forma diferente a los demás; y *iv)* la consagración del combate al terrorismo en los textos constitucionales de los países.

En nuestra América Latina no existe unanimidad en el establecimiento del tipo penal de terrorismo. En este sentido, algunos países conciben al terrorismo como una pluralidad de delitos, es decir, como un concurso ya sea real o ideal. Tal es el caso por ejemplo, de Argentina o Uruguay en donde el delito de terrorismo no se encuentra como tal dentro de sus respectivos códigos penales, sino que al estar frente a un proceso penal por la comisión de actos terroristas, lo que los tribunales aplican es el concurso real o ideal de diversos delitos, como lo podrían ser homicidio, lesiones, daño em propiedad ajena, perturbación a la paz pública, entre muchos otros⁴.

investigar, sancionar y reparar, *en* Caso Velásquez Rodríguez, Corte IDH, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, N° 4, párrafo 174.

⁴ Tal es el caso por ejemplo, de la reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina de mayo de 2005, en la que declaró que el ciudadano vasco-español Jesús María Lariz Iriondo no podía ser extraditado al Reino de España, toda vez que los delitos por los que se buscaba ya habían prescrito de acuerdo con la legislación de este país sudamericano. Así, la Corte Suprema de Justicia consideró que los actos que la

Por su parte, entre aquellos que han incorporado al terrorismo como delito autónomo en sus códigos penales se encuentra México quien implementó este tipo penal en el Código Penal Federal en 1970⁵. Así también otros países han adoptado este delito de forma autónoma, como el artículo 156 del Código Penal de Ecuador⁶, el artículo 571 del Código Penal de España⁷, el artículo 373 del Código Penal de Colombia⁸, el artículo 106 del Código Penal de Cuba⁹.

Así también, existen otros países que han llegado más lejos en la lucha contra el terrorismo dentro de sus respectivas jurisdicciones. Chile concretamente promulgó en 1984 una ley especializada para el terrorismo, en la cual contuvo una regulación especial para investigar y sancionar atentados dentro del territorio chileno. Así, decretada bajo la última época del régimen del General Augusto Pinochet, la Ley 18.314 vino a dar un tratamiento completamente distinto al terrorismo respecto de otros crímenes que el Código Penal chileno contemplaba de forma tal que esta Ley 18.314 constituye un verdadero ejemplo de lo que se denominará en este trabajo como una “ley antiterrorista”¹⁰. Otro país que también ha implantado una regulación especial para el delito de terrorismo mediante legislación especializada fue Perú, durante la década de 1990. En efecto, el entonces Presidente Alberto Fujimori instauró durante gran parte de su mandato un régimen de terror entre la población peruana fundamentado en la lucha antiterrorista que emprendió en contra de grupos clandestinos como el Movimiento Revolucionario *Tupac Amaru* y el Partido

legislación española preveía como terrorismo, en Argentina éste era considerado un concurso real de delitos como lo fueron: *i*) tentativa de homicidio calificado; *ii*) estrago agravado; y *iii*) lesiones graves, en Asunto Lariz Iriondo, Jesús María, s/ Solicitud de Extradición, Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, CSJN-10/05/05 (L.845.XL), Sentencia de 10 de mayo de 2005, párrafo 5.

⁵ En el caso particular del Código Penal Federal mexicano, la gran discusión generada en su Cámara de Diputados fue justamente delimitar los alcances del tipo penal, toda vez que si bien en los debates parlamentarios no había duda en sancionar este crimen⁵, los diputados mexicanos giraron la discusión en torno a su definición. Finalmente el texto aprobado se insertó en el artículo 139 del Código Penal Federal, no obstante que la votación fue dividida debido a que los diputados inconformes consideraron que no existía una diferencia tangible entre el delito de terrorismo y los de traición a la patria, espionaje, sedición, motín, rebelión, sabotaje y conspiración, en GARCÍA RAMÍREZ Sergio, “Consideraciones sobre Terrorismo”, en *Problemas Jurídicos y Políticos del Terrorismo*, UNAM, México, 2003, página 88.

⁶ Artículo 156 del Código Penal de Ecuador, publicado en la *R.O.* el 7 de agosto de 2002.

⁷ Artículo 571 de la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal de España publicado en el *B.O.E.* el 23 de noviembre de 1995.

⁸ Artículo 373 de la Ley 589 de 2000, “por la cual se expide el Código Penal”, publicada en el *Diario Oficial No. 44.073* del 6 de julio de 2000.

⁹ Artículo 106 de la Ley No. 62 (Código Penal), aprobada por la Asamblea Nacional del Poder Popular el 23 de diciembre de 1987.

¹⁰ Ley 18.314, promulgada por la Junta de Gobierno de la República de Chile el 17 de mayo de 1984.

Comunista del Perú-Sendero Luminoso. Mediante múltiples Decretos-Ley, el gobierno peruano restringió y en algunos casos suspendió *de facto*, una gran cantidad de derechos y libertades para mantener según su justificación, la seguridad de la nación a salvo. Como se verá más adelante, gran parte de la legislación establecida en los Decretos-Ley antiterroristas de la década de 1990 ha sido ya anulada por el Tribunal Constitucional del Perú por considerarla contraria a la Carta Magna de aquel país andino¹¹.

No obstante, las leyes antiterroristas, entendidas como aquellos ordenamientos jurídicos especializados para combatir al terrorismo de forma diferente a cualquier otro crimen, han tenido su mayor apogeo fuera de nuestra América Latina para encontrar en los países líderes de la actual Guerra contra el Terrorismo a sus mayores promotores. Efectivamente, Estados Unidos, el Reino Unido, Canadá y Australia han sido las naciones que con mayor ímpetu han desarrollado cuerpos legislativos antiterroristas principalmente a consecuencia de los atentados terroristas del 11 de diciembre de 2001. Incluso, en estos países la expedición de una sola ley antiterrorista no es suficiente para enfrentar al terrorismo, como lo demuestra el armamento legislativo estadounidense a través de la *Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act 1996*, la *USA PATRIOT Act 2001* y la *Authorization for the Use of Military Action 2001*. Igualmente, el Reino Unido además de su legendaria legislación de emergencia antiterrorista para combatir el Ejército Republicano Irlandés (*IRA*), recientemente promulgó, en primer lugar, la *Terrorism Act 2000* para reestructurar el sistema de enjuiciamiento penal para el terrorismo y, con motivo de los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos, el Reino Unido promulgó la *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001*, misma que fue anulada en diciembre de 2004 por la Cámara de los Lores quien en su calidad de máximo órgano jurisdiccional, la consideró incompatible con las obligaciones internacionales del Reino Unido en materia de derechos humanos¹². A pesar de ello, el gobierno británico continúa con su política antiterrorista y en abril de 2006 ha entrado en vigor la *Terrorism Act 2006* que si bien no contiene los procedimientos que la Cámara de los Lores había declarado como incompatibles con los derechos humanos

¹¹ Cfr. Caso Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos, Tribunal Constitucional de la República de Perú, Sentencia de 3 de enero de 2003.

¹² Cfr. Cámara de los Lores del Reino Unido, A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent) Y; X (FC) and another (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent), Sentencia de 16 de diciembre de 2004.

contenidos en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), sí tiene serias incidencias sobre la libertad de expresión y el derecho de asociación.

Canadá por su parte ha implementado la *Anti-Terrorism Act 2003* para lidiar con los aspectos penales del terrorismo internacional, además de haber establecido dos años atrás sendas medidas para detener prolongadamente a no nacionales canadienses que se consideren sospechosos de ser terroristas, a través del procedimiento de Certificación previsto por la *Immigration and Refugee Protection Act 2001*¹³. Por su lado Australia, amenazado por las *Al Qaeda* tras su apoyo a la invasión en Irak¹⁴, también se ha sumado a la lista de los “aliados” que combaten al terrorismo mediante leyes especializadas, y aunque no son nuevas estas leyes en aquel país, la *Anti-Terrorism Act 2005* si ha venido a implementar nuevas medidas contra el terrorismo¹⁵.

Así también existen países que han consagrado el combate al terrorismo incluso en los ordenamientos constitucionales, es decir, esta “guerra” se plantea como fundamental en la estructura política del Estado. Así, el terrorismo es considerado como un mal de tal trascendencia que se requiere prever sistemas de prevención, investigación y sanción diferentes para afrontar al terrorismo. Tal es el caso por ejemplo, del artículo 55.2 de la Constitución española que permite una regulación extensiva para las “bandas armadas y elementos terroristas”, permitiendo incluso una suspensión permanente de ciertos derechos

¹³ Al promulgar la nueva legislación antiterrorista canadiense, la Ministra de Justicia señaló ante el Senado de aquel país que:

“Nuestra legislación actual nos permite investigar el terrorismo, procesar e impone graves penas a quienes han realizado diversas actividades específicas generalmente vinculadas con el terrorismo [...] No obstante, esas y otras leyes no bastan, ante todo, para impedir que se produzcan actos terroristas. En nuestra legislación actual no se cuenta adecuadamente el funcionamiento de las células terroristas ni los mecanismos a través de los cuales obtienen respaldo. Nuestras leyes deben hacer realidad nuestra intención de prevenir la actividad terrorista, lo que actualmente no ocurre”, en “Represión del Financiamiento del Terrorismo”, Fondo Monetario Internacional, Washington D.C., 2003, página 37.

¹⁴ De acuerdo con un video difundido por la televisora *Al Jaazera* en septiembre de 2005, Melbourne sería un potencial blanco terrorista. En palabras del sujeto aparecido en la grabación, “(a)yer Londres y Madrid. Mañana Los Angeles y Melbourne, la voluntad de Alá”, en “Al Qaeda amenaza con atentados en Los Angeles y Melbourne”, *El Clarín*, Buenos Aires, 11 de septiembre de 2005, página 3.

¹⁵ Con las nuevas “leyes de sedición”, Australia renovó su legislación antiterrorista que había apenas aprobado un año antes a través de la *Anti-Terrorism Act 2004*, la cual otorgó facultades extraordinarias al órgano australiano de investigación e inteligencia para perseguir y prevenir atentados terroristas de carácter internacional, en HOCKING Jenny, “Terror Laws. ASIO, Counter-Terrorism and the Threat to Democracy”, UNSW Press, Sydney, 2004, páginas 161-180.

fundamentales cuando se trate de la investigación de organizaciones o atentados terroristas. Así también, el Estatuto Antiterrorista colombiano de 2003 que vino a reformar los artículos 14, 25, 28 y 250 de la Carta Magna de este país andino con lo que amplió las atribuciones policiales y militares en la lucha contra el terrorismo. El Estatuto Antiterrorista sustituyó a la legislación ordinaria que fue cantidad de veces declarada inconstitucional por la Corte Constitucional de Colombia, la cual a su vez reemplazó a los decretos de emergencia antiterroristas que durante décadas fueron emitidos para sofocar diversas contingencias de violencia social. No obstante, el Estatuto Antiterrorista también fue declarado inconstitucional por la Corte Constitucional no por su contenido en sí mismo, sino porque el procedimiento de reforma fue indebido por no respetar, en concepto de este tribunal, la voluntad popular delegada a los representantes populares que conforman al Congreso de Colombia¹⁶.

Así, mientras considerar al terrorismo como un concurso de delitos representa restarle importancia a este delito, establecer una ley antiterrorista especializada o más aún, consagrar mecanismos de erradicación a este crimen a nivel constitucional, significa la gran trascendencia que cobra el terrorismo como amenaza a la seguridad pública y nacional de un Estado. No se puede decir, sin embargo, que alguna de las formas para combatir al terrorismo en las legislaciones penales internas sea la correcta, pues ello dependerá de qué tanto un país aqueje de violencia antiterrorista y qué tanto también se deba poner énfasis en su erradicación más que de cualquier otro delito. Por esta razón, y sin hacer ninguna valoración *a priori*, en los siguientes Capítulos de este trabajo se analizarán las leyes antiterroristas especializadas así como los casos de consagración constitucional de la lucha contra este flagelo social, tanto a nivel doméstico como internacional.

B. Incorporación del crimen de terrorismo a través de tratados internacionales

Otra opción para castigar penalmente al terrorismo es mediante la adopción de tratados internacionales y regionales sobre la materia. Como se verá en páginas posteriores, existen doce convenciones aprobadas en el marco de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) que regulan diversos aspectos relacionados con el terrorismo. Asimismo, en el marco del Consejo de Europa se celebró la Convención Europea para la Represión del

¹⁶ Cfr. Sentencia C-816/04, Corte Constitucional de la República de Colombia, 30 de agosto de 2004.

Terrorismo en 1977, la cual como será analizado posteriormente, más que erradicar al terrorismo como tal, procuró fortalecer la cooperación judicial europea, especialmente lo que se refiere a la extradición. En nuestro continente, la Organización de los Estados Americanos (OEA) se esmeró en producir un tratado regional como reacción a los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos. Así, en 2002 esta organización abrió a la firma la Convención Interamericana contra el Terrorismo, la cual aunque no contó con una definición propiamente de terrorismo, sentó las bases del entendimiento hemisférico tanto en la adopción de medidas internas de represión, como de cooperación judicial interamericana.

Ahora bien, ¿cuál es el valor jurídico de los tratados internacionales en los ordenamientos jurídicos internos de cada país? La importancia que los tratados internacionales tienen en relación con las demás normas jurídicas en un Estado determinado, es uno de los aspectos más debatidos en el Derecho Internacional y también por la Teoría General del Derecho. De esta diferencia se ha generado la creación de dos posturas tradicionales por el *iusinternacionalismo*, a saber; i) la doctrina *monista*; y ii) la doctrina *dualista*. La primera de ellas es dividida a su vez en *monista nacionalista* y la segunda, *monista internacionalista*. La doctrina *monista nacionalista* defiende que las normas emanadas del procedimiento legislativo de un país prevalecen en jerarquía respecto de los tratados internacionales que ese país firme y ratifique. Por su parte, la posición *monista internacionalista* señala que habrá de darse preferencia a las normas que sean producto de acuerdos internacionales por sobre cualquier normativa nacional, incluso aquella emanada de la propia Constitución¹⁷. La doctrina dualista en cambio, considera que el Derecho nacional y el Derecho Internacional tienen igual jerarquía pero conforman dos sistemas jurídicos diferentes, es decir, sin posibilidad de intervenir uno en el ámbito de validez del otro. Esta teoría claramente ha caído en desuso, pues si bien el Derecho Internacional era considerado como el regulador de las relaciones entre Estados, en la actualidad esta rama jurídica tiene implicaciones en los sujetos de Derecho como las personas físicas y jurídicas

¹⁷ De acuerdo con el profesor colombiano Luís Fernando Álvarez Londoño, en la teoría *monista*, “(e)xiste una unidad lógica de sistema entre las dos categorías de reglas [Derecho nacional e Internacional] las cuales son sometidas al principio de subordinación. Por lo tanto existen dos modalidades: *Monismo con primacía del Derecho Interno* y *Monismo con primacía del Derecho Internacional*”, en ÁLVAREZ LONDOÑO, Luís Fernando, “Derecho Internacional Público”, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2004, 83-85

dentro de un país. Por eso la doctrina *dualista* ya no aplicable en las circunstancias actuales del Derecho Internacional¹⁸.

Ya que queda establecida la validez de la teoría *monista* lo que corresponde es analizar sus dos perspectivas, la nacionalista y internacionalista, en la aplicación a los tratados internacionales relativos al combate al terrorismo. En este sentido diversas constituciones occidentales, siguiendo el ejemplo de la Carta Magna estadounidense, han concebido a los tratados internacionales como “ley suprema”, ubicándosele en ese lugar conjuntamente con la Constitución y con las leyes¹⁹. No obstante, el principal problema de la aplicación de los tratados internacionales especializados en el combate al terrorismo no radica en cuál es su ubicación en el sistema jurídico de un país, sino cuál es la forma en la que dichas convenciones internacionales adquieren validez jurídica dentro de un Estado determinado. Para ello, existen dos métodos para incorporar los tratados a un ordenamiento legal, esto es, la autoejecutividad y la otra, contraria a la primera que será denominada como “no autoejecutividad”²⁰. La primera de ellas implica que desde el momento mismo de la ratificación de un tratado internacional conforme a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, éste adquiere plena validez dentro de la jurisdicción de un Estado determinado. Ejemplos como ellos se encuentran en México a través de la Ley de Celebración de Tratados, en la cual se establece que como único requisito para que entren en plena fuerza jurídica después de la ratificación del Senado, “[...] deberán haber sido publicados previamente en el ‘Diario Oficial’ de la Federación”²¹.

Así también, existen legislaciones que imponen el requisito de que además del procedimiento de ratificación, se deban plasmar en una ley para que sea a través de ella por

¹⁸ *Cfr. Idem.*

¹⁹ Diversos textos constitucionales han dejado ambigua la cuestión sobre cual de entre la Constitución, los tratados internacionales y las leyes ordinarias prevalece sobre los demás. Así, el artículo VI de la Constitución de Estados Unidos señala que, “(e)sta Constitución, las leyes de los Estados Unidos que se promulguen de acuerdo con ella, y los tratados internacionales celebrados bajo la autoridad de los Estados Unidos deben ser la ley suprema de la nación”. Igual texto se encuentra prácticamente en los artículos 133 de la Constitución mexicana y 31 de la Constitución de Argentina.

Por su parte, constituciones recientes han marcado una evolución al otorgarle expresamente a los tratados mayor jerarquía que las leyes ordinarias pero menor a texto constitucional. Entre ellas se puede observar lo establecido en el artículo 163 de la Constitución vigente de Ecuador y el artículo 95 de la Constitución española de 1978.

²⁰ *Cfr. BECERRA RAMÍREZ Manuel*, “Tratados Internacionales. Se Ubican Jerárquicamente por encima de las leyes y en un Segundo Plano respecto de la Constitución Federal”, en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 3, IIJ-UNAM, 2000, página 175.

²¹ Artículo 5 de la Ley sobre la Celebración de Tratados, publicado en el *D.O.F.* el 2 de enero de 1992.

la que adquieran los tratados internacionales eficacia jurídica. Este procedimiento legislativo prácticamente niega el carácter vinculante que los tratados internacionales tienen por sí mismos, es decir, les resta valor como tales, pues solamente en la medida de que una ley recoja su contenido y lo plasme en su texto, será como los acuerdos entre Estados podrán tener validez dentro de aquellas jurisdicciones. En el contexto de las convenciones antiterroristas diversos países utilizan esta vía por lo que solamente mediante la expedición de una ley es cómo podrán constituirse en normas jurídicas de aplicación obligatoria. Ejemplos de ello se tienen la Ley Aprobatoria de la Convención Interamericana contra el Terrorismo y la Ley Aprobatoria de la Convención contra la Financiación del Terrorismo, aprobadas por la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela o, la Ley 25.762 de 2 de septiembre de 1998 por la que se aprobó la Convención Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas cometidos con Bombas en la República Argentina.

En conclusión, los diversos tratados internacionales también pueden servir de fuente jurídico-penal para sancionar a los responsables de atentados terroristas. Cualquiera que sea la forma de concebir la interacción que las constituciones prevean en la relación entre Derecho nacional-Derecho Internacional, es menester señalar que las convenciones internacionales podrían constituir una gran ayuda para que de manera complementaria a las leyes penales, puedan efectivamente castigar a los perpetradores de actos terroristas.

C. El terrorismo en la justicia internacional

En último siglo, la justicia internacional también ha servido de coadyuvante para juzgar a los perpetradores de los más terribles crímenes. En este sentido, desde la Primera Guerra Mundial han existido tribunales de carácter internacional para procesar a los responsables de las atrocidades cometidas durante la beligerancia²². No obstante, bajo tal tesitura estos tribunales eran creados por las potencias vencedoras para juzgar a los líderes de la parte vencida, culpando a éstos últimos por todos los hechos suscitados en la guerra, esto es, los vencedores su autodeclaraban inocentes. En la Segunda Guerra Mundial la situación fue prácticamente la misma para juzgar a oficiales alemanes vencidos en el Tribunal de

²² Baste recordar lo preceptuado en el artículo 226 del Tratado de Paz de Versalles en el que se contempló un tribunal especial para juzgar al Kaiser Guillermo II de Alemania, culpándolo por los daños ocurridos en la Primera Guerra Mundial, en KISSINGER Henry, "La Diplomacia", FCE, México, 2000, página 241.

Nüremberg y a los japoneses en su similar de Tokio. En la década de 1990, los tribunales *ad hoc* para la exYugoslavia y Rwanda evidenciaron los atroces crímenes cometidos contra centenares de miles de personas tanto en los Balcanes como en aquel país centroafricano. Ya en el siglo XXI el Tribunal *ad hoc* para Sierra Leona ha conformado la tercia de este tipo de cortes jurisdiccionales contemporáneas.

Por su parte, ya entrada la segunda mitad del siglo XX apareció una nueva figura jurídica para juzgar a los responsables de crímenes internacionales, tales como el genocidio o los crímenes de lesa humanidad. En efecto, diversos Estados comenzaron a adoptar la jurisdicción universal como alternativa para juzgar crímenes internacionales, la cual a diferencia de los Tribunales *ad hoc*, esta doctrina de la jurisdicción universal permite a los tribunales de un Estado determinado conocer de asuntos penales, aún cuando no haya relación directa entre este país y las víctimas o los sujetos activos, ni tampoco se hubiere cometido dentro de su territorio²³.

Los Estados que probablemente más han aplicado la jurisdicción universal son Bélgica y España. El primero de ellos ha pretendido en diversas ocasiones juzgar a presuntos criminales por la comisión de ciertos crímenes catalogados por la ley belga como de carácter internacional. Dicha competencia ha causado diversas controversias llegando una de ellas incluso a conocimiento de la Corte Internacional de Justicia, quien en febrero de 2002 resolvió un caso presentado por la República Democrática del Congo en contra del Reino de Bélgica, en la que se impugnaba precisamente el ejercicio de la jurisdicción universal en contra de un alto funcionario congolés. Empero, la Corte Internacional de Justicia evadió la jurisdicción universal y resolvió este caso basándose en la inmunidad que como Ministro de Educación gozaba Abdulaye Yerodia Ndombasi y por lo tanto, concluyó que Bélgica no podía juzgarlo²⁴. Con esta decisión, la Corte Internacional de Justicia perdió

²³ En este sentido, la teoría de la jurisdicción universal, “[...] sostiene que el Derecho Internacional faculta a cada Estado a reclamar jurisdicción sobre ciertos crímenes en nombre de la comunidad internacional, incluso si este Estado tiene el más débil vínculo con el crimen, comparado con otros Estados”, en BOTTINI Gabriel, “Universal Jurisdiction After the Creation of the International Criminal Court”, *New York University Journal of International Law and Politics*, 36 N.Y.U. J. Int’l L. & Pol. 503, invierno 2004, página 511.

²⁴ Aunque la Corte Internacional de Justicia conoció finalmente sobre la base de la inmunidad del funcionario congolés Abdulaye Yerodia Ndombasi, los alegatos de la República Democrática del Congo giraron en torno a la ilegalidad de la jurisdicción universal aplicada por Bélgica, al señalar que ésta “[...] constituye una violación al principio de que un Estado no puede ejercitar su autoridad en el territorio de otro Estado en virtud del principio de soberanía e igualdad entre todos los miembros de las Naciones Unidas”, en República

la enorme oportunidad de sentar bases para el tratamiento internacional de la jurisdicción universal²⁵.

España es otro país en el que se ha adoptado la jurisdicción universal, la cual se aplica a determinados crímenes entre ellos, al terrorismo. Ejemplos del ejercicio de la jurisdicción universal en España son ya bastante considerables, entre los que destacan por su resonancia en la opinión pública la aprehensión de Augusto Pinochet en 1998 y la petición de extradición a México del argentino Ricardo Cavallo, quien fue finalmente trasladado a España en 2003. Asimismo, Estados Unidos establece en su legislación la jurisdicción universal aunque a diferencia de España y Bélgica, solamente es aplicable para casos de tortura en otro país aún cuando no haya vínculo entre los hechos que la generen y algún interés directo de Estados Unidos²⁶. Con ello este país norteamericano pretende conceder a la tortura un grado máximo de tutela a la integridad personal aunque en la práctica parezca ser falsa tal preocupación, más cuando se conocen los tratos vejatorios de que son objetos los prisioneros en celdas iraquíes o los detenidos en la bahía de Guantánamo bajo custodia estadounidense.

No obstante, a pesar de los nobles esfuerzos realizados para llevar a la justicia a los perpetradores de los más graves crímenes internacionales, tanto en los tribunales *ad hoc* como a través de la jurisdicción universal, estos métodos aquejan de serias deficiencias que inciden directamente en el principio de legalidad. Los primeros se crearon posterior a los hechos que pretenden juzgar además de que quienes los instauran, son los vencedores de alguna conflagración por lo que la imparcialidad que debe acompañar a todo tribunal resulta nulificada. Por su parte, la jurisdicción universal entra en conflicto con un postulado básico del Derecho Internacional y establecido en la propia Carta de la ONU, esto es, el

Democrática del Congo v. Bélgica, “Caso Relativo a la Orden de Arresto de 11 de abril de 2000 [Case Concerning de Arrest Warrant of 11 April 2000]”, Corte Internacional de Justicia, 14 de febrero de 2002, párrafo 17.

²⁵ *Cfr.* ORAKHELASHVILI, Alexander, “Arrest Warrant of 1 April 2000 (Democratic Republic of Congo V. Belgium)” American Journal of International Law, 96 A.J.I.L. 677, Julio 2002, página 685.

²⁶ Con ello, “(e)l cometido legal estadounidense de castigar la tortura es fortalecida por el hecho de que este país al ratificar por ejemplo la Convención contra el Genocidio no decidió aplicarle la jurisdicción universal a este crimen”. De este modo, Estados Unidos le otorgó a la prohibición de la tortura un alto grado de protección, más alto que ningún otro crimen, *en* THUO GATHI James, “Torture, Extraterritoriality, Terrorism and International Law”, Albani Law Review, 67 Alb. L. Rev. 335, 2003, página 342.

principio de No Intervención, entendida ésta desde una perspectiva judicial²⁷. Si un Estado unilateralmente se arroga el derecho de juzgar y castigar a personas cuyos actos no guardan la mínima relación con él, entonces estaría violando el derecho del país que sí tiene un vínculo con ese crimen a ser él quien lo juzgue. Más aún, el hecho de que sea una medida unilateral implica una falta de respeto al poder soberano de los demás Estados miembros de la comunidad internacional.

Para superar estas deficiencias la comunidad internacional se ha dado a la tarea de idear un tribunal internacional de carácter permanente que tuviera a su cargo el conocimiento de los crímenes más terribles denominados como internacionales. En efecto, en 1998, en el marco de la Conferencia de Roma, se redactó y aprobó el Estatuto de Roma con el que se creó la Corte Penal Internacional, la cual entró en vigor finalmente con motivo de la sexagésima ratificación del mencionado Estatuto de Roma el 1 de julio de 2002. Con este nuevo tribunal se pretendió superar la ilegalidad de los tribunales *ad hoc*, así como las tendencias intervencionistas de la jurisdicción universal, al ser esta nueva Corte el producto de un consenso entre los Estados miembros de la comunidad internacional.

Empero, con la Corte Penal Internacional si bien es altamente improbable la constitución de nuevos tribunales *ad hoc*, la jurisdicción universal parece que seguirá siendo ejercida por los Estados que la contemplan, máxime que no todos los países han ratificado el Estatuto de la Corte Penal Internacional, por lo que en la actualidad se puede decir que la comunidad internacional cuenta con dos formas de justicia internacional, es decir, la jurisdicción de la Corte Penal Internacional y la jurisdicción universal ejercida por los tribunales nacionales.

Pero ¿es el terrorismo un crimen susceptible de ser perseguido por la justicia internacional? A este respecto, los atentados del 11 de septiembre de 2001 han marcado la consolidación del terrorismo internacional y aunque ya era por demás conocido²⁸, en esta fecha el terrorismo cambió la concepción de la comunidad internacional en torno a este

²⁷ Para vulnerar el principio de No Intervención, tradicionalmente se reconocen diversas formas, como: intervención diplomática; intervención militar; e intervención económica, en SERRANO MIGALLÓN Fernando, "Isidro Fabela y la Diplomacia Mexicana", Porrúa, Colección "Sepan Cuantos...", México, 1997, páginas 56-57; sin embargo, la jurisdicción universal viene a imponer una forma de intervención de carácter judicial, la cual busca intrometerse en asuntos que en principio no son de su competencia natural.

²⁸ Ya antes del 11 de septiembre de 2001, el terrorismo internacional había aparecido como en la explosión de una aeronave de la Línea Pan Am, caído en la ciudad de Lockerbie, Escocia en 1988, los atentados a las embajadas de Estados Unidos en Kenia y Tanzania, o el bombardeo en la embajada de Israel en Argentina en 1992.

crimen. Así, de ser una plaga entendida hasta ese entonces como de competencia nacional o doméstica, se convirtió en crimen de carácter internacional. Consecuentemente, el Consejo de Seguridad a través de la Resolución 1373 consideró que era un deber de los Estados reprimir y erradicar al terrorismo internacional.

Sin embargo, países como España ya habían concebido la internacionalidad del terrorismo desde mucho tiempo antes, al castigarlo a través de la jurisdicción universal. El fundamento legal que le confirió, y al presente le sigue confiriendo, competencia a sus tribunales para conocer de la comisión de actos terroristas ya sea de carácter doméstico o internacional, aún cuando ni el sujeto activo, ni el sujeto pasivo sean españoles o bien fuera cometido bajo jurisdicción española, es el artículo 23.4 b) de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial de España que señala²⁹:

[...] será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española como alguno de los siguientes delitos:

[...]

b) Terrorismo.

Sin embargo, no todos los países han reaccionado como lo hizo el legislador español a través de la Ley Orgánica 6/1985. La comunidad internacional fue temerosa en incluir al terrorismo dentro de los crímenes *ratione materiae* de la Corte Penal Internacional. Este miedo no se produjo por considerar si el terrorismo debía o no ser conocido por este tribunal, sino por la falta de consenso en uno de los aspectos torales como lo es precisamente la descripción típica de este crimen. Además, los delegados participantes en la Conferencia de Roma alegaron que en ese momento existían mecanismos de cooperación judicial internacional suficientes para combatir al terrorismo en los tribunales nacionales³⁰. Empero, se debe tener en cuenta que la Conferencia de Roma fue tres años antes de los atentados del 11 de septiembre de 2001, por lo que este último argumento parece no tener ya vigencia.

²⁹ Artículo 23.4 b) de la Ley Orgánica 6/1985, publicada en el *Boletín Oficial del Estado (B.O.E.)*, el 1 de julio de 1985.

³⁰ *Cfr. Idem.*

Aunque la Corte Penal Internacional será analizada en el Capítulo VI de este trabajo al estudiar los tipos de tribunales que pueden conocer sobre el crimen de terrorismo, es prudente señalar al momento que de forma directa este tribunal no tiene competencia material para juzgar a los perpetradores de actos terroristas. Habrá que esperar la primer revisión al Estatuto de Roma en 2009 para saber si en ese momento la comunidad internacional ya hubiese logrado un consenso en torno a la descripción típica del terrorismo y así poderlo incluir en la lista de crímenes internacionales de los que la Corte Penal Internacional es competente para conocer.

2. El Terrorismo como un Ataque a la Institucionalidad Democrática

Además de ser considerado como un crimen el cual debe ser castigado mediante las leyes penales, el terrorismo constituye también una verdadera amenaza para las sociedades democráticas pues a diferencia de otros delitos, el terrorismo se realiza precisamente con la intención de desestabilizar un sistema jurídico-político, y en muchas ocasiones para romper con los esfuerzos democráticos alcanzados en naciones con endebles instituciones políticas y sociales.

A. ¿Existe alguna justificación para cometer actos terroristas?

Como ya se ha mencionado, el terrorismo persigue causas políticas e ideológicas pues incluso en palabras de Norberto Bobbio ésta parece ser “[...] la única forma de acción posible [...] en caso de que los grupos terroristas no puedan enmarcarse dentro de una unidad territorial o Estado”³¹. De estas palabras se puede desprender que cuando un grupo no se encuentra identificado con el resto de la sociedad, el terrorismo es una forma de acción para manifestarse y tratar de separarse de dicho núcleo social.

Sin embargo, en el supuesto de que el terrorismo pueda parecer una solución en términos de Bobbio, es necesario que dicho grupo política, ideológica y religiosamente diferente, se encuentre dentro de un Estado autoritario o en una sociedad en la que no se respeten las diferencias, situación que se presenta cuando los agentes estatales actúan con total desprecio al reconocimiento de los distintos grupos políticos e ideológicos que conforman a una sociedad. Este escenario se sitúa dentro del tercer modelo de “las diferencias”,

³¹ BOBBIO Norberto, “Diccionario de Política”, Siglo XXI, México, 1998, página 1570.

desarrolladas por el filósofo italiano Luigi Ferrajoli, el cual consiste en la “homologación jurídica de las diferencias” y se distingue de los demás modelos propuestos por este autor, en virtud de que en éste se presenta una “[...] común desvalorización de las diferencias y por la implícita asunción de una identidad como normal, y al mismo tiempo normativa”³². De esta forma, los distintos grupos no son respetados en sus diferencias, pues son obligados a desarrollar el mismo modo de vida de los demás, como si fueran idénticas las costumbres e idiosincrasia que las del resto de la población³³.

En situaciones como éstas, las acciones violentas que se pueden tomar son plenamente válidas desde una perspectiva de la teoría de la democracia y los derechos humanos. En efecto, ya la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional francesa en 1789 consagró en su artículo 2 como uno de los

³² Luigi Ferrajoli desarrolla cuatro modelos en los que se pueden ubicar las “diferencias”. El primero de ellos consiste en “una indiferencia jurídica de las diferencias”. Este primer estadio supone que el Estado se desentiende de su función de dictar las normas en cómo se establecerán las relaciones entre los distintos grupos y deja que sea la propia sociedad la que se encargue de autorregularse, lo cual es altamente probable que conduzca a la anarquía.

El segundo modelo busca la “diferenciación jurídica de las diferencias”. Este segundo estadio implica que será la propia autoridad la que va a regular las relaciones sociales mediante la jerarquización y positivización de las diferencias, con lo que se crean privilegios a favor de ciertos sectores. Este esquema fue el implementado por el Fascismo italiano, el Nacional Socialismo alemán o el Comunismo soviético, entre muchos otros regímenes.

El tercer modelo propuesto por Ferrajoli se refiere a la “homologación jurídica de las diferencias”, que conlleva el desentendimiento de las diferencias, pero de forma contraria al primer estadio, en este caso el Estado toma la iniciativa de regular las relaciones partiendo de una igualdad formal como principio.

El cuarto y último modelo consiste en la “valoración jurídica de las diferencias”, que consiste en dar un trato igual a todas las diferencias, es decir, que el Estado busca una igualdad real o sustancial entre todos los grupos sociales, en FERRAJOLI Luigi, “Derechos y Garantías. La Ley del más Débil”, Trotta, Madrid, 2002, página 75.

³³ Un ejemplo claro de esta problemática es el generado por los sistemas constitucionales latinoamericanos que rigieron hasta principios de la década de los noventa (los cuales desconociendo totalmente las diferencias de los grupos indígenas respecto del resto de la sociedad), partían de la base de que todos los individuos bajo su jurisdicción eran iguales. En esos sistemas, los derechos y garantías constitucionales se otorgaban en total igualdad (siguiendo paralelamente el segundo modelo que desarrolla Ferrajoli), y no se tomaron en cuenta los rasgos distintivos entre las comunidades indígenas y el resto de la población latinoamericana.

Esta situación generó en la segunda mitad del siglo XX, sendos movimientos armados que en su gran mayoría, son precisamente integrados por grupos indígenas que buscan una igualdad real y un reconocimiento a sus derechos. Estos movimientos han sido en múltiples ocasiones calificadas como terroristas, tales como los mapuches en Chile; *Tupac Amaru* y Sendero Luminoso en Perú; las FARC y el ELN en Colombia; los movimientos armados en Centroamérica principalmente en Guatemala y El Salvador y; el EZLN y el EPR en el sur de México.

Por ello, en ocasión de la transición democrática de los países latinoamericanos, durante la década de los noventa la gran mayoría de los Estados latinoamericanos han realizado reformas constitucionales donde se reconoce la diferencia de los grupos indígenas. Para hondar más en este tema se recomienda, “La Situación de los Derechos Humanos de los Indígenas en las Américas”, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA, 2000, páginas 281-373.

cuatro derechos fundamentales, el derecho a la resistencia ante la opresión³⁴. Ésta es pues la opción que se tiene cuando un grupo no encuentra un lugar dentro de un régimen autoritario, el cual puede incluso de forma violenta, revertir esta situación y buscar un sistema estatal donde logre su plena incorporación³⁵. Ante esta posibilidad, el Derecho Internacional y muchos sistemas jurídicos constitucionales prevén normas aplicables para los casos en los que se esté en presencia de una “resistencia a la opresión” que sea catalogada como conflicto armado interno, a través de las reglas convencionales y consuetudinarias que prescribe el Derecho Internacional Humanitario.

Sin embargo, aún cuando desde la época de la Ilustración francesa se gestó el derecho a la resistencia a la opresión, es indudable que ni bajo una revuelta que persiga fines legítimos, es permisible que se cometan atentados terroristas, principalmente contra la población civil. Buscar con terrorismo fines legítimos es una paradoja, pues los atentados terroristas no son otra cosa que una expresión del absolutismo y de la falta de tolerancia y respeto a otros sectores de la sociedad civil, pues será ésta la que finalmente resentirá los efectos de dicho crimen. Bajo ninguna circunstancia, un sujeto o grupo de individuos están legitimados para cometer actos terroristas ni en aras de las más legítimas razones, pues si lo que se busca es ejercer el derecho a la resistencia ante la opresión, su conducta deberá ser normada de acuerdo a lo consagrado por el Derecho Internacional y Constitucional de los Derechos Humanos y en caso de llegar a ser un conflicto armado, por el Derecho Humanitario.

Por otra parte, si ni aún en regímenes autoritarios o dictatoriales es permisible la comisión de actos terroristas, mucho menos lo es en los escenarios donde impere un sistema democrático de gobierno. La auténtica democracia se caracteriza por un sistema de representación y tolerancia en donde cualquier problema y crisis social encuentra su solución en un “[...] arreglo institucional que no entrañe el uso de la fuerza física y de la guerra, en virtud de que [...] es el único sistema que incorpora en su función institucional el

³⁴ El artículo 2 de la Declaración Universal sobre los Derechos del Hombre y del Ciudadano precisa literalmente que “[...] el fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”.

³⁵ Cfr. MARITAIN Jacques, “Acerca de la Filosofía de los Derechos Humanos”, en *Los Derechos Humanos*, Ediciones del Milenio, México, 2000, páginas 48-54.

conflicto y la lucha, por medios simbólicos”³⁶. Como señala Max Weber, si bien el poder en cualquiera de sus modalidades genera beligerancia u oposición entre el gobernante y sus dominados, la democracia es la encargada de que esta confrontación se “institucionalice” y a través de la representación de todos los sectores sociales, se pueda llegar a una solución pacífica³⁷.

Así, la democracia “[...] es el único sistema de gobierno que en su interior, inmanentemente, en la función de sus propios mecanismos, crea su propia unidad y, además, crea su grupo opositor, sin que destruya a éste, sino que lo conserva y lo protege”³⁸. La democracia entonces crea una plenitud hermética donde todos los sectores sociales tienen participación, es decir, este sistema de gobierno genera tanto al poder como a su oposición, para que ambos coexistan y se complementen uno al otro. De tal forma que si un grupo social está en desacuerdo con quienes detentan el poder, el propio sistema democrático tiene las herramientas suficientes para que éstos puedan manifestarse y tratar de cambiar la situación mediante el juego de la política y la negociación, pero jamás mediante el uso de la fuerza o el terrorismo.

D. La construcción de la democracia para lograr la paz y combatir el terrorismo

Aún cuando los Estados intenten eliminar el problema del terrorismo a través de fuertes sanciones a los responsables de atentados, este flagelo siempre va a estar latente mientras no se desarrollen medidas que tiendan a la construcción de un verdadero orden democrático, tanto en cada una de las naciones, como en la órbita internacional. La democracia (entendida como aquel sistema que busca evitar que el choque de intereses se convierta en generadora de violencia) es aquel valor cuyo fin no es otro que realización de la paz.

El concepto de paz es difícil de delimitar dada la transformación que ha sufrido a lo largo de la historia de la civilización. No hace mucho, en la temprana posguerra, el profesor

³⁶ SCHMILL ORDOÑEZ Ulises, “Terrorismo y Democracia”, en *Problemas Jurídicos y Políticos del Terrorismo*, UNAM, México, 2003, página 58.

³⁷ Para Max Weber, siguiendo la Teoría del Mandato, el gobernante pretende imponer cargas o modos de conducta a los gobernados, quienes por ello pueden sentirse en una situación de incomodidad. Por ello, la democracia supone la representatividad para que los intereses de todos los grupos sociales puedan intervenir en la formulación de tales cargas, en WEBER Max, “Economía y Sociedad. Esbozo de Sociología Comprensiva”, FCE, México, 2000, páginas 31 y siguientes.

³⁸ SCHMILL ORDOÑEZ Ulises, *supra* nota 36, página 54.

vienés Hans Kelsen estableció que la paz se caracteriza por la mera ausencia de fuerza³⁹. Si bien con esta postura se reduce a la paz como la “no violencia”, es perfectamente entendible tal concepción si atendemos a los críticos momentos en los que fue escrita por Kelsen, en que la necesidad primaria de los pueblos era la terminación total de la violencia generada a través de las confrontaciones armadas. A partir de la Segunda Guerra Mundial, aquella heroicidad que le era confiada a la guerra quedó atrás para repudiara como forma de solución de controversias⁴⁰.

Sin embargo, el concepto de paz fue evolucionando a lo largo de la segunda mitad del siglo XX. La idea de “la ausencia de violencia o fuerza” fue quedándose atrás con la llegada principalmente, de nuevas corrientes que dieron mayor contenido al concepto “paz”, en las que los Estados no sólo cumplirían con garantizar la paz únicamente no generando violencia, sino que además tendrían obligaciones positivas o de “hacer”, tales como la debida protección a los derechos humanos y garantizar a su población de un desarrollo sustentable, de tal forma que la paz sólo será garantizada mientras exista una seguridad nacional e internacional, protección a los derechos humanos y la efectiva promoción de un desarrollo sustentable.

C. La Carta Democrática Interamericana y su contribución al combate al terrorismo

De esta forma pues, para alcanzar los tres componentes de la paz, es decir, la protección de los derechos humanos, el desarrollo sustentable y la seguridad nacional e internacional es fundamental contar con un régimen democrático, pues es el único sistema de gobierno capaz de cumplir con estos tres componentes o requisitos. Fue así como lo entendieron los representantes de los Estados de América en la aprobación de la célebre Carta Democrática

³⁹ Kelsen señalaba que la paz debe entenderse como la ausencia de fuerza. Sin embargo advirtió que una sociedad organizada no puede concebir la búsqueda de la paz exclusivamente como la “no violencia”, debido a que entonces se incurriría en el “anarquismo”. En su obra “La Paz por medio del Derecho”, el jurista austriaco se refería al fracaso que tuvo la Sociedad de Naciones en virtud de que no contó nunca con facultades coactivas y ello fue, según Kelsen, una de las causas más importantes que desencadenaron la Segunda Guerra Mundial, *en* KELSEN Hans, “La Paz por medio del Derecho”, Trotta, Madrid, 2003, páginas 39 y siguientes.

⁴⁰ *Cfr.* SERRANO MIGALLÓN Fernando, “Cabos Universitarios”, Porrúa, México, 2006, páginas 298 y siguientes.

Interamericana⁴¹ en septiembre de 2001, que constituye el documento que marca las directrices esenciales en materia de democracia para los países americanos y la cual curiosamente fue aprobada justo el mismo día de los atentados terroristas en las Nueva York y el Pentágono.

La Carta Democrática Interamericana fue desarrollada precisamente siguiendo los tres componentes señalados⁴². El primero de ellos, esto es, la debida protección a los derechos humanos, se hizo énfasis en el fortalecimiento de la Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos como los órganos encargados de la OEA para proteger y conocer de casos individuales de violaciones de los derechos fundamentales⁴³. Dentro de este rubro, la Carta Democrática Interamericana hizo especial énfasis en la necesidad de que los Estados eliminen:

“[...] toda forma de discriminación de género, étnica y racial, y de las diversas formas de intolerancia, así como la promoción y protección de los derechos humanos de los indígenas y los migrantes y el respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa en las Américas contribuyen al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana”⁴⁴.

De acuerdo con la Carta Democrática Interamericana, para consolidar la democracia en un Estado es necesario que exista formal y materialmente un respeto a toda diferencia entre un núcleo social y otro. Así, los grupos minoritarios no podrán sentirse excluidos de la sociedad y así, fenómenos como el terrorismo carecerían de simpatizantes.

El segundo de los requisitos para lograr un efectivo sistema democrático de gobierno se refiere a la obligación estatal de consolidar un verdadero desarrollo sustentable, fundado no únicamente en cifras macroeconómicas sino en un desarrollo integral, el combate directo a la pobreza, al analfabetismo, y el fortalecimiento de la promoción y observancia de los derechos económicos, sociales y culturales. Al establecerlo de esta forma en la Carta

⁴¹ La Carta Democrática Interamericana fue aprobada por unanimidad en sesión extraordinaria de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, el 11 de septiembre de 2001 en Lima, Perú.

⁴² De los debates diplomáticos desarrollados con motivo de la Carta Democrática Interamericana, se puede desprender cómo dicho documento fue elaborado siguiendo los tres requisitos o elementos mencionados para lograr una auténtica democracia, las cuales fueron propuestos por la representación de Costa Rica. Para ahondar más en ello se recomienda, “Carta Democrática Interamericana: Documentos e Interpretaciones”, OEA, Washington D.C., 2002.

⁴³ Cfr. Artículos 7 a 10 de la Carta Democrática Interamericana, *supra* nota 41.

⁴⁴ *Ibidem*, artículo 9.

Democrática Interamericana, los Estados americanos reconocieron la grave crisis social que existe en el continente, sobretodo en Latinoamérica y del Caribe, pues “(l)a erradicación de la pobreza crítica o absoluta es indispensable para lograr la justicia social y la paz”⁴⁵. Así pues, la erradicación de la pobreza y en general, de todos los problemas sociales tradicionales en la gran mayoría de los países de nuestra región, constituyen por si mismo parte de la lucha contra el terrorismo.

El tercer requisito o elemento para consolidar la democracia se refiere al fortalecimiento de la seguridad pública, nacional, hemisférica y global suficiente para que los individuos puedan ejercer sus derechos sin el temor de ser objeto de violencia en su contra. Es en este elemento en donde los Estados precisamente adoptan medidas antiterroristas mediante sus funciones legislativas que, lejos de crear un marco de seguridad entre la población, frecuentemente fomentan un estado de miedo dada la imprecisión de sus disposiciones, las cuales alcanzan a personas que no guardan relación alguna con actividades terroristas⁴⁶. Empero, entendida en un sentido correcto la seguridad es fundamental para crear un marco de tranquilidad en el ejercicio diario de los derechos y libertades consagrados en las distintas constituciones nacionales y en los tratados regionales e internacionales.

3. El Combate al Terrorismo como una Obligación Internacional

Se ha estudiado que el terrorismo es un germen que debe ser combatido y erradicado por diversas causas. En primer lugar este crimen afecta una pluralidad de bienes jurídicos como la vida, la integridad personal, la tranquilidad y paz pública, la propiedad, la estabilidad del Estado entre muchos otros. Por ello, el terrorismo debe ser reprimido a través de las leyes penales ya sea que se trate como un concurso real o ideal, que sea considerado como un

⁴⁵ El juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Antonio Augusto Cançado Trindade (en un estudio dedicado a demostrar la existencia de un derecho humano a la paz), señala que los Estados tienen obligaciones tanto negativas como positivas para alcanzar la paz. Entre éstas últimas, se encuentra precisamente el combate efectivo a la pobreza y al analfabetismo, en CANÇADO TRINDADE Antonio Augusto, “El Derecho a la Paz y las Precondiciones para la Paz”, en *Diálogo, Derecho Humano a la Paz: Germen de un Futuro Posible*, UNESCO, No. 21, México, junio de 1997, página 21.

⁴⁶ Precisamente en la lucha contra el terrorismo, los Estados suelen caer en la tentación de sacrificar los valores democráticos de toda una sociedad en aras de hacer frente al terrorismo. En una excelente obra, el profesor de la Universidad de Harvard, Michael Ignatieff, realiza un estudio de cómo los Estados han combatido el terrorismo sin importar deteriorar los valores democráticos en los que basan sus sistemas políticos, jurídicos y sociales. Para ello, el profesor Ignatieff realiza una comparación entre diversas medidas antiterroristas tomadas principalmente con posterioridad al 11 de septiembre de 2001 en países como Estados Unidos, Reino Unido, Israel, Canadá, España, Italia y Alemania, en IGNATIEFF Michael, “The Lesser Evil. Political Ethics in an Age of Terror” Edinburgh university Press, Edimburgo, 2004.

delito autónomo, o incluso que se incorpore en una ley especializada para prevenir, investigar y sancionar al terrorismo. Por su parte, también se ha mencionado que este terrible mal social debe ser erradicado porque atenta nada menos que contra las instituciones democráticas. Así, el terrorismo no es un delito más en el cual sus perpetradores se limiten a conseguir un fin inmediato, sino que el daño causado tiene un objetivo último que es precisamente desestabilizar al Estado o a un grupo bien determinado.

Sin embargo, existe una tercera causa por la cual el terrorismo debe ser erradicado; en este sentido, la comunidad internacional ha comprendido la necesidad que se tiene para que en el seno de diversos organismos regionales e internacionales, se diseñen mecanismos transnacionales que sean aplicados dentro de las jurisdicciones de los Estados. De esta forma, tanto la ONU como diversas organizaciones continentales han redactado sendos tratados internacionales para combatir al terrorismo, por lo que en las siguientes páginas se estudiarán las normas jurídico-internacionales generadoras de obligaciones internacionales en materia de terrorismo, como lo son: *i*) la resolución 1373 del Consejo de Seguridad de la ONU; *ii*) los tratados internacionales redactados en el seno de la Asamblea General de la ONU; *iii*) la Convención Europea para la Represión del Terrorismo de 1978, celebrada en el Consejo de Europa; y *iv*) la Convención Interamericana contra el Terrorismo de 2002, aprobada en el marco de la OEA.

A. La Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de la ONU

Quizás la reacción más pronta a los atentados del 11 de septiembre de 2001 provino del Consejo de Seguridad de la ONU. En efecto diecisiete días después de este terrible ataque en Nueva York y Washington DC, el Consejo de Seguridad aprobó la Resolución 1373, por la cual ordenó a los Estados miembros de la ONU a tomar una serie de medidas para combatir al terrorismo. Esta resolución de acuerdo con su preámbulo se realizó, “(a)ctuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas” lo que implica que lo determinado por la Resolución 1373 es de naturaleza obligatoria y que además, el Consejo de Seguridad se reservó el derecho de ejercer sanciones de cualquier tipo en caso de incumplimiento a los preceptuado en tal resolución⁴⁷.

⁴⁷ *Cfr.* Resolución 1373 (2001), Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4385ª sesión, celebrada el 28 de septiembre de 2001.

La resolución 1373 impuso genéricamente cuatro clases de obligaciones a los Estados miembros de la ONU, a saber: *i*) el combate al financiamiento del terrorismo; *ii*) la abstención de otorgar cualquier tipo de apoyo a los terroristas; *iii*) el intercambio de información útil para llevar a cabo las investigaciones en contra de actividades y personas terroristas; y *iv*) la coordinación nacional, subregional, regional y global para combatir y erradicar al terrorismo internacional. Así, el párrafo 1(a) enuncia de manera general que el Consejo de Seguridad ordena a los Estados a que, “(p)revengan y repriman la financiación de los actos de terrorismo”. Por su parte, el siguiente párrafo, el 1(b), impone el deber de tipificar dentro de las legislaciones penales aplicables los delitos de recaudación y, manejo de activos y recursos financieros que tengan alguna finalidad terrorista; el párrafo 1(c) establece que los países deben congelar todos los fondos y activos, así como todo tipo de propiedades que se encuentren bajo dominio de personas vinculadas con el terrorismo, o que pretendan ser utilizadas para la preparación, financiación o comisión de atentados terroristas, de forma tal que impidan la culminación de tales ataques; finalmente, el párrafo 1(d) de manera ciertamente ambigua dispuso que los Estados deben prohibir a los individuos ubicados bajo sus respectivas jurisdicciones a que participen en el financiamiento del terrorismo.

El numeral 2 de la Resolución 1373 se refiere a la prohibición que el Consejo de Seguridad de la ONU impone a los Estados miembros a apoyar cualquier tipo de organización o individuos considerados como terroristas. En este sentido, el numeral 2(a) de forma general enuncia la obligación de no apoyar ni activa ni pasivamente, a organizaciones y personas que participen en la comisión de actividades terroristas, inclusive según el texto de este subnumeral, insta a reprimir el reclutamiento de los miembros de estas organizaciones; por su parte, el párrafo 2(b) ordena el deber de prevenir atentados mediante el intercambio de información a nivel internacional; el numeral 2(c) consagró el compromiso estatal de no dar refugio a grupos ni personas catalogas como terroristas En este subnumeral el mensaje fue dirigido quizás específicamente al régimen Talibán en Afganistán, pues como se ha comentado la Resolución 1373 fue aprobada tan sólo diecisiete días después del 11 de septiembre de 2001, cuando la organización que se adjudicó el atentado sobre las Torres Gemelas y el Pentágono estadounidense, *Al Qaeda*, se encontraba ubicada en Afganistán, por lo que el subnumeral 2(c) de la Resolución 1373

constituyó una advertencia a este país asiático de que en caso de continuar ofreciendo abrigo a *Al Qaeda* diversas sanciones podrían ser aplicadas en su contra, como finalmente sucedió unos pocos meses después. Asimismo, los subnumerales 2(d) y, 2(e) pidieron a los Estados que aseguraran que sus sistemas judiciales estuvieran expeditos para llevar a la acción de la justicia a los perpetradores de atentados terroristas, calificando a estos actos como graves, además exhortaron a los Estados a que las penas correspondieran a la gravedad de los hechos. Por lo que respecta al subnumeral 2(f), el Consejo de Seguridad impuso el deber de los Estados de cooperar mediante la asistencia judicial mutua, sobretodo en lo que se refiere a la obtención de pruebas; por último, el subnumeral 2(g) dispuso la obligación estatal de fortalecer los servicios policiales en las fronteras para poder prevenir el paso de terroristas de un país a otro, y prevenir el uso de identificaciones y documentos migratorios falsos.

El numeral 3 de la Resolución 1373 pretendió regular el intercambio de información, así como la exhortación a los Estados de que se involucren más intensamente en el esfuerzo global por erradicar el terrorismo internacional. Así, los párrafos 3(a) y, 3(b) se refieren al reforzamiento del entendimiento interestatal para la cooperación entre autoridades administrativas de distintos países, especialmente en el intercambio de información que permita la prevención de atentados terroristas. Del mismo modo, los subnumerales 3(c), 3(d) y, 3(e) se refieren a la exhortación a los Estados de crear mecanismos de combate al terrorismo mediante la celebración de tratados bilaterales o multilaterales. También, instó a los países a que ratifiquen el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo de 9 de diciembre de 1999, además de imponer la obligación de acatar lo preceptuado por las Resoluciones del mismo Consejo de Seguridad 1269 y 1368. Finalmente los numerales 3(f), y 3(g) advierten a los Estados a que el estatuto de refugiado conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no sea concedido a presuntos terroristas que con la finalidad de sustraerse de la justicia de un país determinado, soliciten que sean tratados como refugiados en otra nación.

Por su parte, el numeral 4 de la Resolución 1373 en comento incluyó el deber de los Estados de crear redes de carácter nacional, subregional, regional y global para combatir al terrorismo, pues como ahí mismo se expresó, este crimen guarda una relación íntima con la delincuencia transnacional y por ello constituye una seria amenaza a las seguridades

nacionales de los Estados, así como a la seguridad internacional. La Resolución 1373 también previó el establecimiento de un Comité de seguimiento a esta resolución conformada por los mismos miembros de los que conforman el Consejo de Seguridad de la ONU.

El numeral 8 de la Resolución 1373 reservó al Consejo de Seguridad el derecho de “[...] adoptar todas las medidas necesarias para asegurar la aplicación plena de la presente resolución, de conformidad con funciones que se le asignan en la Carta [de la ONU]”. De esta forma, el Consejo de Seguridad se reservó el derecho de aplicar incluso el uso de la fuerza si la Resolución 1373 se incumplía. Como se ha mencionado, Afganistán ha sido el país que más ha sido sancionado al sufrir la intervención de Estados Unidos y sus aliados, bajo la permisión del Consejo de Seguridad, en suelo afgano, lo que demuestra que el numeral 8 de la Resolución 1373 no vacilaba al reservarse la probabilidad de ejercer cualquier tipo de medidas para lograr el efectivo cumplimiento de la Resolución 1373.

B. Tratados Internacionales en materia de Terrorismo

Para combatir al terrorismo, los Estados se encuentran obligados internacionalmente además de por la Resolución 1373, por diversos tratados internacionales celebrados en el marco de la Asamblea General de la ONU. En efecto, el trabajo realizado a nivel internacional por las conferencias diplomáticas ha llevado a la aprobación de doce convenciones que regulan y reprimen diversos aspectos sobre el terrorismo. Ahora bien, a diferencia de las legislaciones nacionales, los tratados internacionales han conllevado el ya tradicional problema de no encontrar una definición propia del terrorismo universalmente reconocida, por lo que algunos de ellos han optado por simplemente enumerar ciertos actos que en concepto de cada tratado constituye terrorismo para los efectos particulares de esa convención. Así, se podrá encontrar que terrorismo en uno y otro tratado significan actos distintos.

Los doce tratados internacionales emanados de conferencias diplomáticas bajo el cobijo de la ONU, entran dentro de cinco clasificaciones, a saber: *i)* tratados generales; *ii)* tratados de protección a la aviación civil; *iii)* tratados para el resguardo de instalaciones marítimas; *iv)* tratados para la proscripción de cierto uso de armas y artefactos en la comisión de

atentados terroristas; y v) tratados para la protección de personas⁴⁸. Dentro de los tratados internacionales generales para combatir al terrorismo se encuentra en primer término la Convención Internacional para la Supresión del Financiamiento del Terrorismo de 1999, la cual pretende implementar un tipo penal aplicable en los sistemas jurídicos nacionales para castigar a quien “[...] provea o recolecte fondos” a sabiendas de que serán utilizados para cometer atentados terroristas⁴⁹. Para comprender lo que se debe entender por terrorismo de acuerdo con esta Convención, se entienden los actos enunciados en otros tratados internacionales, suscritos en el seno de la ONU. Así también, otro tratado general en contra del terrorismo es la Convención Internacional para la Supresión de Terrorismo con Bombas, la cual tiene como finalidad implementar el tipo penal de terrorismo llevado a cabo con explosivos o artefactos mortíferos en contra de algún lugar público en el que el resultado pueda alcanzar a una gran cantidad de personas y daños materiales⁵⁰.

El segundo tipo de tratados internacionales en materia de combate al terrorismo se refiere a aquéllos que protegen la aviación civil. En este sentido si bien no se refiere explícitamente al terrorismo, la Convención sobre las Infracciones y ciertos otros Actos cometidos a Bordo de las Aeronaves contiene normas de protección a las aeronaves cuando a bordo se encuentran personas que pongan en peligro a algún avión determinado. Esta Convención incluso faculta al Comandante de la aeronave a aplicar medidas coercitivas para mantener el control durante el vuelo. Además, en su artículo 11 prevé las medidas que se deben tomar en el caso del apoderamiento ilícito de una aeronave, en la cual según esta Convención, “[...] los Estados Contratantes tomarán todas las medidas apropiadas a fin de que el legítimo comandante de la aeronave recobre o mantenga su control”⁵¹. Esta

⁴⁸ *Cfr.* SOLL Gabriel, “The Known Element No One Can Define”, *Williamette Journal of International Law and Dispute Resolution*, 11 *Williamette J. Int’l L. & Dispute Res.* 123, 2004, página 161.

⁴⁹ Artículo 2.1 de la Convención Internacional para la Supresión del Financiamiento del Terrorismo, abierto a la firma el 10 de enero de 2000.

⁵⁰ El artículo 2 de la Convención Internacional para la Supresión de Terrorismo con Bombas señala en su artículo 2.1 que:

“Comete delito en el sentido del presente Convenio quien ilícita e intencionadamente entrega, coloca, arroja o detona un artefacto o sustancia explosiva u otro artefacto mortífero en o contra un lugar de uso público, una instalación pública o de gobierno, una red de transporte público o una instalación de infraestructura:

- a) con el propósito de causar la muerte o graves lesiones corporales, o
- b) con el propósito de causar una destrucción significativa de ese lugar, instalación o red que produzca o pueda producir un gran perjuicio económico”.

⁵¹ Artículo 11 de la Convención sobre las Infracciones y ciertos otros Actos cometidos a Bordo de las Aeronaves, abierta a la firma en Tokio Japón, el 14 de septiembre de 1963.

disposición aunque poco profunda ha recobrado gran trascendencia a consecuencia de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos. Para ello, el Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves de 1973 implantó como delito el apoderamiento mediante violencia de una aeronave en vuelo o bien, al cómplice de quien cometa tal acto⁵².

Asimismo, el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil de 1971 (Convención de Montreal) tipificó como delito, diversas conductas que pusieran en peligro a la aeronave y por ende, a sus pasajeros⁵³; además el Protocolo para la Represión de Actos ilícitos de Violencia en los Aeropuertos que presten Servicio a la Aviación Civil Internacional de 1988, amplió el tipo penal previsto por la Convención de Montreal, para castigar también a los generadores de violencia en las instalaciones aeroportuarias.

Por su parte, la tercer clase de tratados internacionales celebrados bajo el hospicio de la ONU se refieren a la protección de los buques, entendidos éstos como “[...] toda nave del tipo que sea, no sujeta de manera permanente al fondo marino, incluidos vehículos de sustentación dinámica, sumergibles o cualquier otro artefacto flotante”⁵⁴. Así, la Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima de 1988 (Convenio de Roma) igualmente tipifica como delito a conductas como el apoderamiento

⁵² *Cfr.* Artículo 1 del Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, suscrito en La Haya, Países Bajos, el 16 de diciembre de 1973.

⁵³ El artículo 1 de la Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil dispuso que:

- “1. Comete un delito toda persona que ilícita e intencionalmente:
 - a) realice contra una persona a bordo de una aeronave en vuelo actos de violencia que, por su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave;
 - b) destruya una aeronave en servicio o le cause daños que la incapaciten para el vuelo o que, por su naturaleza constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave en vuelo;
 - c) coloque o haga en una aeronave en servicio, por cualquier medio, un artefacto o sustancia capaz de destruir tal aeronave o de causarle daños que la incapaciten para el vuelo o que, por su naturaleza constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave en vuelo;
 - d) destruya o dañe las instalaciones o servicios de la navegación aérea o perturbe su funcionamiento, si tales actos, por su naturaleza constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave en vuelo;
 - e) comunique, a sabiendas, informes falsos, poniendo con ello en peligro la seguridad de una aeronave en vuelo.
2. Igualmente comete un delito toda persona que:
 - a) intente cometer cualquiera de los delitos mencionados en el párrafo 1 del presente artículo;
 - b) sea cómplice de la persona que los cometa o intente cometerlos”.

⁵⁴ Artículo 1 del Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima, celebrado en Roma, Italia, el 10 de marzo de 1988.

de un buque mediante violencia; la comisión de algún acto con violencia en contra de otra persona a bordo; la destrucción del buque o bien, le cause daños materiales; la colocación de artefactos o sustancias que puedan destruir el buque; la destrucción de instalaciones y servicios de navegación marítima o el entorpecimiento de su funcionamiento; la difusión falsa a sabiendas que puede poner en peligro a un buque; y el homicidio de cualquier persona a bordo⁵⁵. Por su parte, el Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental de 1988 amplió los delitos contemplados en el Convenio de Roma para las plataformas fijas, tal como lo había hecho el Protocolo a la Convención de Montreal respecto de los delitos cometidos en los aeropuertos⁵⁶.

La cuarta categoría de tratados internacionales en materia de terrorismo se refieren a la proscripción de armas. En este sentido, el Convenio sobre la Marcación de Explosivos Plásticos para los Fines de Detección de 1991, estableció obligaciones de los Estados partes para que dentro de sus jurisdicciones evitaran que determinados explosivos no quedaran al libre manejo de personas u organizaciones⁵⁷. Para determinar los explosivos que deben ser prohibidos, el Convenio creó la Comisión Técnica Internacional sobre Explosivos, la cual tiene como atribuciones evaluar periódicamente las nuevas tecnologías a efecto de actualizar la lista de explosivos cuyo manejo no es permitido a los particulares⁵⁸. De igual forma, la Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares de 1980 regula entre otros aspectos, la forma en cómo debe ser transportado cualquier contenedor con material radiactivo⁵⁹. Además impone la obligación a los Estados partes de mantener los máximos niveles posibles de discreción sobre las operaciones que se realicen en instalaciones nucleares⁶⁰. Esta Convención también impone ciertas conductas catalogadas como delitos, entre otras: poseer, usar, alterar, evacuar o dispersar materiales nucleares sin autorización legal; robo de materiales nucleares; malversación de materiales nucleares;

⁵⁵ Cfr. *Ibidem*, artículo 2.

⁵⁶ Cfr. Artículo 2 del Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental, suscrito en Roma, Italia, el 10 de marzo de 1988.

⁵⁷ Cfr. Artículos I-III del Convenio sobre la Marcación de Explosivos Plásticos para los Fines de Detección, suscrito en Montreal Canadá, el 1 de marzo de 1991.

⁵⁸ Cfr. *Ibidem*, artículo V.

⁵⁹ Cfr. Artículo 3 de la Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares, suscrita en Viena Austria, el 3 de marzo de 1980.

⁶⁰ Cfr. *Ibidem*, artículo 6.

exacción de materiales nucleares; o la tentativa de cometer cualquiera de los delitos anteriores⁶¹.

La última gama de tratados internacionales regula la protección de personas frente a contingencias como el terrorismo. Así, la Convención sobre la Prevención y el Castigo de delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, Inclusive los Agentes Diplomáticos de 1973 señaló varios delitos que conforme a esta Convención deben ser castigados en las jurisdicciones de los Estados partes. Dentro de los delitos previstos se encuentran homicidio, secuestro u otro delito contra la integridad persona de una persona internacionalmente protegida; y atentados contra locales oficiales, residencias particulares o medio de transporte de personas internacionalmente protegidas o bien la amenaza, tentativa o complicidad⁶². Ahora bien, de acuerdo con esta Convención por persona internacionalmente protegida se entiende cualquier Jefe de Estado, Ministros o Secretarios de Estado, así como su familiares. Además, un persona internacionalmente protegida es cualquier funcionario o personalidad oficial de una organización internacional que en el momento del ataque se encuentre en ejercicio de sus funciones⁶³. Por su parte, la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes de 1979, tiene como la finalidad primordial de tipificar el delito de “toma de rehenes”, describiéndolo de la siguiente forma:

Toda persona que se apodere de otra o la detenga, y amenace con matarla, hierirla o mantenerla detenida a fin de obligar a un tercero, a saber, un Estado, una organización internacional intergubernamental, una persona natural o jurídica o un grupo de personas, a una acción u omisión como condición explícita o implícita para la liberación del rehén, comete el delito de toma de rehenes en el sentido de la presente Convención⁶⁴.

Asimismo, la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes de 1979 contempló un sistema de cooperación internacional en los casos en los que los rehenes o sus captores pertenecieran a diferentes Estados y si la organización responsable tiene su sede en un país diverso, por lo que la cooperación internacional sea indispensable para poder liberar a los

⁶¹ Cfr. *Ibidem*, artículo 7.

⁶² Cfr. Artículo 2 de la Convención sobre la Prevención y el Castigo de delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, suscrita el 14 de diciembre de 1973.

⁶³ Cfr. *Ibidem*, artículo 1.

⁶⁴ Artículo 1 de la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, suscrita en Nueva York, el 18 de diciembre de 1979.

rehenes⁶⁵. Finalmente, esta Convención previó las garantías procesales y personales mínimas que se deberían respetar a las personas detenidas por participar en tomas de rehenes⁶⁶.

Estas son las doce convenciones internacionales suscritas bajo el amparo de la ONU, las cuales regulan al terrorismo desde una perspectiva global. Aunque ninguna de ellas ofrece una definición universalmente aceptada de terrorismo, cada una de ellas arroja elementos particulares que permiten construir una idea medianamente clara sobre lo que se debe entender por este crimen. Sobre la problemática de la definición del terrorismo se estudiará a profundidad en el Capítulo III.

C. El Convenio Europeo para la Supresión del Terrorismo de 1977

En el marco del Consejo de Europa, los países de aquel continente también cuentan con un tratado antiterrorista regional. En efecto, el 27 de enero de 1977 los Estados miembros de esta organización firmaron la Convención Europea sobre la Supresión del Terrorismo⁶⁷. Este tratado fue producto de los constantes embates del terrorismo dentro de los territorios de muchos de los países miembros del Consejo de Europa como el Reino Unido, España, Italia y Alemania Occidental⁶⁸.

Sin embargo, la Convención Europea sobre la Supresión del Terrorismo no fue propiamente un tratado cuya función fuera erradicar al terrorismo dentro de las jurisdicciones europeas. Por el contrario esta Convención tuvo la finalidad de fortalecer los mecanismos de extradición ya existentes entre los miembros del Consejo de Europa, específicamente para casos de terrorismo. Pero, ¿qué entendió este tratado regional por terrorismo? De acuerdo con su artículo primero, por terrorismo debería entenderse

⁶⁵ Cfr. *Ibidem*, artículo 6.

⁶⁶ Cfr. *Ibidem*, artículos 7-10.

⁶⁷ Cfr. Convención Europea sobre la Supresión del Terrorismo, aprobada en Estrasburgo, Francia, el 27 de enero de 1977.

⁶⁸ Durante la década de 1970, en España la organización terrorista vasca *ETA* además de otros grupos separatistas catalanes, ya registraban gran operatividad a lo largo de la península Ibérica. El Reino Unido también aquejaba de violencia terrorista principalmente en Irlanda del Norte con grupos divisionistas como el Ejército Republicano Irlandés (*IRA* por sus siglas en inglés) además de grupos de reacción como el *Ulster Volunteer Force*. Igualmente Italia padecía de las conocidas Brigadas Rojas que en la década de los setenta tuvieron su mayor actividad con más de un centenar de muertes. Alemania también tuvo grupos terroristas en su territorio *Baader-Meinhof Group* cuya finalidad era menoscabar el mundo capitalista para enaltecer valores comunistas en la entonces Alemania Federal, en WILLIAMS Clive, "Terrorism Explained. The Facts About Terrorism and Terrorists Groups", New Holland, 2004, páginas 26-29.

cualquiera de los actos previstos en la Convención para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves de 1970 y la Convención sobre las Infracciones y ciertos otros Actos cometidos a Bordo de las Aeronaves de 1971. Para efectos de la extradición, señala el artículo primero de la Convención Europea sobre la Supresión del Terrorismo, ninguno de esos actos debería considerarse como crímenes políticos o inspirado en fines políticos, debido a que como el terrorismo generalmente tiene una finalidad política, muchas veces se buscaría alegar que es crimen político para tratar de evitar la extradición.

No obstante, la Convención Europea para la Supresión del Terrorismo resultó ser un ordenamiento regional bastante protector y, paralelamente al fortalecimiento de los procesos de extradición establecidos en su texto, incorporó también una gran cantidad de limitaciones para que tales extradiciones pudieran llevarse a cabo⁶⁹. Así, si el delito por el que el Estado requirente pretendía la extradición se consideraba por el país requerido como político, la petición debería ser denegada⁷⁰. De la misma forma, si la extradición conllevara un daño a la colectividad, esto es, si de ser trasladada la persona buscada se lesionaran los intereses del Estado requerido, la extradición de igual forma debería ser rechazada⁷¹. Además si la extradición pretendida se buscara para perseguir y castigar a algún sujeto en razón de su raza, origen, religión nacionalidad u opinión política, el Estado requerido debería igualmente denegar el procedimiento de extradición⁷².

Empero si el Estado requerido decide no extraditar a un sujeto por actualizarse alguna de las causales previstas en la propia Convención Europea sobre la Supresión del Terrorismo, éste bajo el viejo principio romano *aut dedere, aut judicare*, tendría la obligación de procesar a la persona buscada dentro de sus tribunales. Para este supuesto, la Convención en comento señaló que al sujeto inculcado debería ponerse “sin demora” a disposición de las autoridades competentes a efecto de fuera enjuiciado bajo los tribunales y la legislación del Estado requerido⁷³.

Finalmente la Convención Europea sobre la Supresión del Terrorismo reguló la cooperación judicial internacional y, al igual que la extradición, también encuentra

⁶⁹ Cfr. *Ibidem*, artículo 6.1.

⁷⁰ Cfr. *Ibidem*, artículo 2.1.

⁷¹ Cfr. *Ibidem*, artículo 2.2.

⁷² Cfr. *Ibidem*, artículo 5.

⁷³ Cfr. *Ibidem*, artículo 7.

restricciones cuando se considere que el delito por el que se está solicitando la asistencia interestatal es un delito político o el deseo de dicha cooperación es para sentenciar a algún procesado por razones de religión, raza, nacionalidad u opinión política⁷⁴.

En resumen, la Convención Europea sobre la Supresión del Terrorismo es el único tratado regional europeo para el combate al terrorismo, el cual durante veinticuatro años rigió el combate continental a este terrible fenómeno social. Hasta 2001 en el que el Consejo de Ministros de la Unión Europea aprobó el Reglamento 2580/2001, Europa no contó con mayores herramientas regionales para hacer frente al terrorismo, no obstante, que en los últimos treinta años este crimen ha encontrado su mayor transformación y apogeo. No obstante a ello, la Convención Europea sobre la Supresión del Terrorismo ha sido severamente criticada por su falta de operatividad, ya que no resulta acorde a las circunstancias actuales en el combate al terrorismo en el continente europeo⁷⁵.

D. La Convención Interamericana contra el Terrorismo

Como resultado de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001, los Estados miembros de la OEA, liderados por Estados Unidos, se reunieron en el seno de esta organización regional para redactar un tratado interamericano que hiciera frente a la amenaza del terrorismo internacional. Así fue como se aprobó la Convención Interamericana contra el Terrorismo el 6 de marzo de 2002, es decir, apenas un semestre después de los atentados terroristas en Estados Unidos.

A diferencia de los demás tratados en esta materia, la Convención Interamericana contra el Terrorismo reguló una pluralidad de áreas fundamentales para atacar a este flagelo y aunque ciertamente no abordó ninguna de ellas con gran profundidad, este tratado regional sin duda representó uno de los ordenamientos jurídico-internacionales más completos de los que se cuentan en la actualidad. En este sentido, la Convención Interamericana contra el Terrorismo tuvo como propósito fundamental “prevenir, sancionar y erradicar” a este mal

⁷⁴ Cfr. *Ibidem*, artículo 8.

⁷⁵ Por ejemplo, el español Diego López Garrido refiriéndose al Convenio Europeo para la represión del Terrorismo, señaló que con este tratado se consolidó “una cierta inoperancia del más amplio círculo del Consejo de Europa”, en LÓPEZ GARRIDO Diego, “Terrorismo, Política y Derecho. La Legislación Antiterrorista en España, Reino Unido, República Federal de Alemania, Italia y Francia”, Alianza Editorial, Madrid, 1987, página 45.

social⁷⁶. Además, esta Convención corrió con la misma suerte que los demás tratados internacionales en la materia han padecido, esto es, la Convención Interamericana contra el Terrorismo no logró superar el problema de la falta de consenso en la definición del terrorismo, por lo que para comprender qué se debería entender por este crimen, el artículo 2 enlistó a diez de los doce tratados internacionales celebrados en marco de la ONU⁷⁷.

Para garantizar su efectiva aplicación, la Convención Interamericana contra el Terrorismo ordenó a los Estados miembros a tener ratificados los tratados internacionales enumerados en el artículo 2, además de incorporar en los códigos penales nacionales los crímenes que en dichos tratados se establecen⁷⁸. Asimismo, los países partes se comprometieron a adoptar todas las medidas necesarias para prevenir, combatir y erradicar la financiación del terrorismo, mediante: *i)* la supervisión de bancos y otras instituciones financieras susceptibles de ser utilizadas para financiar actividades terroristas; *ii)* medidas de detección y vigilancia de movimientos transfronterizos; y *iii)* la cooperación interestatal a través del

⁷⁶ Cfr. Artículo 1 de la Convención Interamericana contra el Terrorismo, aprobada en Bridgetown Barbados, el 6 de marzo de 2002.

⁷⁷ El artículo 2 de la Convención Interamericana contra el Terrorismo señala que:

“1. Para los propósitos de esta Convención, se entiende por “delito” aquellos establecidos en los instrumentos internacionales que se indican a continuación:

- a.* Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970.
- b.* Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 23 de septiembre de 1971.
- c.* Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1973.
- d.* Convención Internacional contra la toma de rehenes, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1979.
- e.* Convenio sobre la protección física de los materiales nucleares, firmado en Viena el 3 de marzo de 1980.
- f.* 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, firmado en Montreal el 24 de febrero de 1988.
- g.* Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988.
- h.* Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988.
- i.* Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1997.
- j.* Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1999”.

⁷⁸ Cfr. *Ibidem*, artículo 3.

intercambio de información entre los Estados miembros de la Convención Interamericana contra el Terrorismo⁷⁹. En este sentido, el artículo 5 de la Convención, se refiere al embargo y decomiso de fondos u otros bienes. Para ello, se ordenó a los países partes a “[...] identificar, congelar, embargar y, en su caso, proceder al decomiso de los fondos u otros bienes que constituyan el producto de la comisión o tengan como propósito financiar o hayan financiado la comisión de cualquiera de los delitos enumerados en el artículo 2”.

Por su parte, el artículo 6 de la Convención Interamericana contra el Terrorismo impuso el deber de los Estados de castigar y erradicar el lavado de dinero producto de actividades terroristas. Así también, esta Convención señaló la obligación de cooperar en el intercambio de información entre las autoridades administrativas de los distintos países miembros. Con ello se pretendió eliminar al máximo posible el uso de documentos de viaje falsos o alterados, además de prevenir la circulación internacional de terroristas, así como de armas o materiales que sean destinados a apoyar actividades terroristas⁸⁰. La Convención Interamericana contra el Terrorismo además, detalla un sistema de colaboración interestatal mediante el mejoramiento de canales de comunicación gubernamental en relación con información sobre actividades u organizaciones terroristas⁸¹. También esta cooperación debe garantizarse en el ámbito de los procesos penales que se sigan en contra de presuntos terroristas, mediante el intercambio de todo tipo de pruebas que puedan servir de base para demostrar la culpabilidad de los procesados⁸².

La segunda parte de la Convención Interamericana contra el Terrorismo se refiere a la regulación de la extradición de presuntos terroristas que se encuentren en un Estado parte pero que sean juzgados en otro. Así, la tratándose de extradición, el delito de terrorismo no debe considerarse como de aquéllos considerados como políticos⁸³; asimismo, se debe denegar el carácter de asilado político o de refugiado a los terroristas que los soliciten en alguno de los países miembros de la Convención⁸⁴. Por su parte, paralelamente a la obligación de cooperar en materia de extradición de terroristas, la Convención dispone como excepción que el propósito de dicha extradición no sea para juzgar a alguna persona

⁷⁹ Cfr. *Ibidem*, artículo 4.

⁸⁰ Cfr. *Ibidem*, artículo 7.

⁸¹ Cfr. *Ibidem*, artículo 8.

⁸² Cfr. *Ibidem*, artículo 9.

⁸³ Cfr. *Ibidem*, artículo 11.

⁸⁴ Cfr. *Ibidem*, artículos 12 y 13.

en razón de su nacionalidad, religión, raza, origen étnico u opinión política a cualquier otra cause que constituya discriminación⁸⁵.

Por otra parte, la novedad de la Convención Interamericana contra el Terrorismo respecto de otros tratados análogos, fue el vínculo entre el combate al terrorismo y el debido respeto a los derechos humanos. Como se analizará a lo largo de este trabajo, quizás éste sea uno de los puntos menos abordados por las legislaciones nacionales e internacionales, aunque paradójicamente más discutido por la doctrina. La Convención Interamericana contra el Terrorismo estableció su artículo 15 que todas las medidas que los Estados partes adopten en cumplimiento de dicha Convención, deberán llevarse a cabo “[...] con pleno respeto al estado de derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales”⁸⁶. De igual manera, se estableció que nada de lo regulado por esta Convención se deberá entender en el sentido de de menoscabar las obligaciones que los Estados interamericanos tienen en virtud del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Refugiados⁸⁷. Finalmente, y de gran relevancia, la Convención Interamericana contra el Terrorismo dispuso que toda persona detenida deberá gozar de un trato justo, así como de todas las garantías procesales y personales durante todo el tiempo que se encuentre bajo custodia⁸⁸. En la lucha contra el terrorismo, esta disposición parece ser flagrante y gravemente violada por uno de los países miembros de esta Convención, es decir, Estados Unidos, quien aún cuando fue el promotor principal de la Convención Interamericana contra el Terrorismo, es el primero que no la respeta al no concederle a los individuos detenidos por ser presuntos terroristas las garantías procesales y personales básicas como es el caso precisamente de los prisioneros en la Base Naval de Guantánamo desde enero de 2002.

La Convención Interamericana contra el Terrorismo entró formalmente en vigor el 7 de octubre de 2003, y aunque no todos los Estados americanos son parte de ella aún, los grandes líderes en el combate al terrorismo la ha ratificado en noviembre de 2005. Basta esperar que efectivamente se le dé cumplimiento y no sirva como instrumento de manipulación para catalogar de terroristas a personas, grupos o incluso países en nuestro

⁸⁵ Cfr. *Ibidem*, artículo 14.

⁸⁶ *Ibidem*, artículo 15.1.

⁸⁷ Cfr. *Ibidem*, artículo 15.2.

⁸⁸ Cfr. *Ibidem*, artículo 15.3.

continente que, por no compartir ideologías o sistemas de gobierno, sean consideradas como amenazas a la seguridad nacional de algunos países y se les pretenda aplicar la Convención Interamericana contra el Terrorismo⁸⁹. Además es importante recordar que si bien la “moda” es hablar de terrorismo internacional y apuntar hacia el Medio Oriente para ubicar a los culpables, el terrorismo del que verdaderamente aqueja nuestra región es aquél que se presenta al interior de las jurisdicciones de muchos de nuestros países latinoamericanos, y debe ser la Convención Interamericana contra el Terrorismo el instrumento jurídico-internacional idóneo para ayudar a erradicar la violencia terrorista de nuestros territorios antes que pensar incluso, en el combate al terrorismo internacional.

⁸⁹ *Cfr.* LAGOS Enrique y Timothy D. Timothy, “Latin America: View on Contemporary Issues in the Region Preventing, Punishing, and Eliminating Terrorism in the Western Hemisphere: A Post 9/11 Inter-American Treaty”, *Fordham International Law Journal*, 26 *Fordham Int’l L.J.* 1619, junio 2003, páginas 1647-1648.

LAS LEYES ANTITERRORISTAS

No es casualidad que en la actualidad las leyes antiterroristas se han multiplicado alrededor del mundo occidental. La Guerra contra el Terrorismo iniciada por Estados Unidos en 2001 ha obligado a distintos países a que dentro de sus jurisdicciones promulguen esta clase de legislaciones, ya sea porque pretendan simplemente seguir la política del gran poderío estadounidense o bien, porque sean ellos mismos potenciales blancos de atentados terroristas de carácter internacional. En el Reino Unido o España por ejemplo, las medidas antiterroristas han sido reforzadas en los últimos años tras los atentados en Madrid en 2004 y en Londres en 2005, los cuales fueron cometidos como venganza, según el criterio de los terroristas responsables, a la activa participación de estos países en la Guerra contra el Terrorismo y particularmente en la intervención a Irak. Asimismo, otros países aliados como Canadá y Australia han endurecido su marco jurídico antiterrorista ante las amenazas de *Al Qaeda* de futuros atentados dentro de sus territorios.

Por otra parte, existen también países que aunque no forman parte de la Guerra contra el Terrorismo y por lo tanto no sufren de terrorismo internacional, han tenido que extremar medidas para luchar contra el flagelo del terrorismo de carácter nacional o doméstico que padecen en el interior de sus países. Ejemplos de ellos se tienen en naciones americanas como Colombia y Perú, y en otras latitudes como en Turquía, Sri Lanka, India e Indonesia. Tales Estados, preocupados más por revueltas internas, han llevado a nivel legislativo e incluso constitucional medidas para atacar el terrorismo cometido por estos grupos denominados “insurgentes”, que en muchas ocasiones son responsables de atentados masivos contra civiles inocentes. A este grupo de Estados, se suman países desarrollados como el Reino Unido y España, quienes igualmente sufren de grupos terroristas nacionales disfrazados de libertadores populares.

Estas medidas jurídicas han sido adoptadas en aras de garantizar la seguridad pública, nacional e internacional, las cuales se ven amenazadas ante el flagelo del terrorismo ya sea que sea internacional o doméstico. Ha sido mencionado anteriormente que en muchos países el terrorismo es prevenido, investigado y sancionado de una forma diferente a los demás delitos, a través de cuerpos jurídicos enteros dedicados a la erradicación de este mal.

Dichas medidas legales han sido de todo tipo, es decir, leyes de emergencia, leyes ordinarias e incluso, normas constitucionales especializadas contra el terrorismo y es precisamente a este tratamiento legal diferenciado en relación a otros crímenes, a lo que este trabajo se referirá como “leyes antiterroristas”, y no así al combate al terrorismo como un delito más a perseguir por las leyes penales, tal como aún sucede en muchos otros países.

Por esta razón, en las siguientes páginas se estudiarán diversas leyes antiterroristas promulgadas en países generalmente aquejados por terrorismo nacional o internacional, comenzando por legislación de emergencia en Colombia y el Reino Unido; posteriormente con las leyes ordinarias antiterroristas en Chile, Reino Unido, Estados Unidos, Canadá, Perú España, la Unión Europea y México; así también, se abordarán las normas constitucionales expresamente dirigidas a combatir al terrorismo en España y Colombia; y finalmente se estudiará el proyecto de ley antiterrorista en Argentina que aunque no es aún Derecho Positivo, arroja elementos muy interesantes sobretodo en la forma en la que se pretende llevar a cabo la investigación y proceso de inculpados de terrorismo.

1. Países que combaten al terrorismo mediante legislación de emergencia

Hasta hace una década, la legislación antiterrorista se caracterizó por ser de emergencia, esto es, que estaba diseñaba para hacer frente a una contingencia presente que no podía ser encarada mediante el orden jurídico común. Amparados por las permisiones del Derecho Internacional⁹⁰ y las constituciones nacionales, ciertos Estados aplicaron recurrentemente el Derecho de Excepción para limitar derechos y libertades ciudadanos en aras de proteger la seguridad de sus naciones.

Desde la internacionalización de los derechos humanos en 1945 (año en que comenzó la institucionalización y reglamentación a nivel global y regional la imposición de estados de emergencia), son múltiples las ocasiones en que los Estados han acudido a la institución de la emergencia para poder excluirse de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, muchos de esos estados de excepción emitidos con la finalidad de hacer

⁹⁰ La posibilidad de imponer un estado de emergencia dentro de un país se encuentra previsto en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Curiosamente la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos no tiene disposición expresa que habilite a los Estados del continente africano a imponer estados de emergencia.

frente a una contingencia derivada de la comisión recurrente de actos terroristas⁹¹, entre las que sobresalen por su trascendencia, la legislación de emergencia aplicada por Colombia y el Reino Unido.

A. Colombia

En 1948, Colombia (que hasta ese año se mostraba como uno de los países latinoamericanos más desarrollados y con mejores perspectivas de crecimiento económico) sufrió de un estallido social caracterizado por confrontaciones entre la población lideradas por los dos partidos políticos dominantes. Como resultado de ello, entre de 1948 y 1958 aquel país sudamericano se vio envuelto en un período bastante doloroso que la historia colombiana recordará como “la violencia”⁹². A consecuencia de todos estos disturbios, en las regiones montañosas de los Andes se formaron agrupaciones campesinas que para 1970 se convertirían en grupos guerrilleros, y posteriormente también en paramilitares, mismos que continúan vigentes hasta la actualidad. Entre todas estas corporaciones, comenzó a vivirse un ambiente de violencia, en donde las actividades terroristas han jugado un papel fundamental.

Para contrarrestar al terrorismo, el gobierno colombiano emitió durante más de treinta años una serie de decretos de emergencia, fundamentados en el Estado de Conmoción Interior que su Constitución consagra⁹³, en los cuales se buscó la suspensión temporal de

⁹¹ El Relator de las Naciones Unidas para Estados de Excepción, Leandro Despouy, elaboró dos informes que fueron presentados ante la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en los que da cuenta de los países que han decretado algún Estado de Excepción o Emergencia desde 1985 a 1993, en el primero de ellos, y de 2001 a 2003, en el segundo informe, *en* “Sexto Informe Revisado Anual y Lista de Estados que desde el 1 de enero de 1985 han proclamado, prorrogado o levantado el estado de excepción, presentado por el Sr. Leandro Despouy, Relator Especial, nombrado en cumplimiento de la resolución 1985/37 del Consejo Económico y Social”, Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 45° Período de Sesiones, 1993 y “Lista de Estados que han proclamado o prorrogado el estado de excepción. Informe de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos presentado de conformidad con la decisión 1998/108 de la Comisión de Derechos Humanos”, Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 55° Período de Sesiones, 2003.

⁹² Las constantes luchas entre conservadores y liberales tuvieron su punto más álgido en abril de 1948 con la muerte del caudillo liberal Jorge Eliécer Gaitán, momento conocido como “El Bogotazo” y que dio inicio a muy dolorosos sucesos cuyas consecuencias siguen aquejando al pueblo colombiano hasta la actualidad, *en* GALEANO Eduardo, “Las Venas Abiertas de América Latina”, Siglo XXI, México, 2003, pp. 163-168.

⁹³ El Estado de Conmoción Interior, consagrado en el párrafo cuarto del artículo 189 de la Constitución Política de Colombia vino a sustituir al Estado de Sitio. A través de esta nueva figura incluida en el texto constitucional vigente de 1991:

“[...] se buscó los alcances de tales medidas [la legislación de excepción y particularmente, el Estado de Conmoción Interior], proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales durante los estados de excepción, establecer controles como prohibir la supresión o modificación de los órganos de

garantías encaminadas a sofocar los grupos y ataques terroristas. Únicamente en la década de los noventa, el gobierno colombiano emitió dos decretos de suspensión de derechos de gran magnitud en 1992⁹⁴ y 1995⁹⁵, específicamente dirigidos a combatir los brotes terroristas que acosaban a la población⁹⁶.

Sin embargo, como se analizará más adelante, estas medidas resultaron insuficientes para combatir a los grupos armados debido a que se implementaron simplemente para terminar con la violencia inmediata, es decir, superar temporalmente la contingencia, y al ser medidas de carácter temporal, éstas no pudieron cumplir con la erradicación total y permanente del terrorismo.

B. Reino Unido

También en el Reino Unido fueron expedidas medidas antiterroristas de emergencia durante las décadas de los setenta y ochenta, para responder a los ataques terroristas cometidos en Irlanda del Norte. Para ello, el gobierno británico emitió decretos temporales como la *Northern Ireland Temporary Provisions* de 1971; la *Detention of Terrorist (Northern Ireland) Order* de 1972; la *Northern Ireland (Emergency Provisions)* de 1973; la *Northern Ireland Emergency Provisions (Amendment)* de 1975; la *Northern Ireland Emergency Provisions* de 1978; la *Prevention of Terrorism (Temporary Provisions)* de 1984; la *Prevention of Terrorism (Temporary Provisions)* de 1989; y la *Criminal Justice (Terrorism and Conspiracy)* de 1998, en los cuales se suspendieron temporalmente derechos y libertades de los habitantes norirlandeses. En estas medidas se buscó eliminar y reprimir grupos como el *Irish Republican Army* (IRA) y la *Ulster Volunteer Force* (UVF) que aún operan fundamentalmente en Irlanda del Norte y como se ha mencionado, buscan su independencia de la corona británica.

acusación y juzgamiento, y consagrar responsabilidad legales de los funcionarios por la declaratoria infundada de la conmoción, o por abusos cometidos en ejercicio de las respectivas facultades”, FUENTES HERNÁNDEZ Alejandro, “La Reforma en Colombia: Tendencias Recientes 1991-2003” en PÁSARA Luis comp. “En Busca de una Justicia Distinta. Experiencias de Reforma en América Latina”, IIJ-UNAM, 2004, páginas 145-146.

⁹⁴ Cfr. Decreto 1793, publicado en el *Diario Oficial No. 40.659* de 8 de noviembre de 1992.

⁹⁵ Cfr. Decreto 1370, publicado en el *Diario Oficial No. 41.966* de 19 de agosto de 1995.

⁹⁶ El fundamento de tales Decretos de emergencia su basaba en:

“[...] además de las acciones armadas contra la fuerza pública, los grupos guerrilleros han (*sic*) intensificado su estrategia de atentar contra la población civil y contra la infraestructura de producción y de servicios, con el fin de minar la solidaridad ciudadana con las autoridades, debilitar la organización económica del país y obtener de funcionarios públicos o de particulares, concesiones y beneficios de diverso índole”, en Decreto 1793, *supra* nota 5, párrafo segundo del Considerando.

El más reciente Decreto de declaratoria de emergencia en el Reino Unido por causas de terrorismo fue la *Derogation Order 2001*, con motivo de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos, pues las autoridades británicas consideraron que tales ataques podrían constituir una amenaza a la seguridad de ese país⁹⁷. Este nuevo estado de emergencia suspendió la vigencia de la *Human Rights Act 1998* así como las obligaciones del Reino Unido por virtud del artículo 5 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

Sin embargo, estas medidas no han evitado ser llevadas a escrutinio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quien ha conocido de diversos casos relacionados con las medidas de emergencia británicas durante más de tres décadas para combatir al terrorismo, llegando en todos ellos a la conclusión de que ninguna de tales medidas cumple con la reglamentación que determina el Convenio Europeo de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, la cual está por demás señalar que es de carácter vinculante para el Reino Unido⁹⁸.

Empero, al igual que la legislación de emergencia colombiana, las medidas excepcionales británicas solamente pudieron sofocar al terrorismo inmediato, sin erradicar las células operadoras de violencia de suelo norirlandés. Como se analizará más adelante, en el inicio de este siglo la legislación en aquel país cambió su característica de temporal a permanente, igualmente dirigida al terrorismo en Irlanda del Norte pero también y de forma prioritaria, para combatir al terrorismo internacional.

2. Países que combaten al terrorismo mediante la expedición de leyes

⁹⁷ En la exposición de motivos de la *Derogation Order 2001* se estableció que:

“Existen amenazas terroristas para el Reino Unido de personas sospechosas o involucradas en terrorismo internacional. En particular, existen extranjeros presentes en el Reino Unido quienes son sospechosos de estar relacionadas en la comisión, preparación, o instigación de actos de terrorismo internacional, o de ser miembros de organizaciones o grupos que están relacionados o tienen vínculos con miembros de dichas organizaciones o grupos, y quienes son una amenaza contra la seguridad nacional del Reino Unido”

⁹⁸ Entre los casos que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha conocido con motivo de estas medidas se tienen: Caso Irlanda v. Reino Unido (1978); Caso Brogan y otros v. Reino Unido (1988); Fox, Campbell y Hartley v. Reino Unido (1991); Caso Brannigan y Mc Bride v. Reino Unido (1993); Murray v. Reino Unido (1994); Caso Chahal v. Reino Unido (1996); Caso Averill v. Reino Unido (2000); Caso Magee v. Reino Unido (2000); Caso O'Hara v. Reino Unido (2001); Caso Shanaghan v. Reino Unido (2001) y; Caso Brennan v. Reino Unido (2002).

Mientras en la década de los setenta y ochenta la forma de combatir jurídicamente al terrorismo fue mediante Decretos de emergencia, la década de los noventa y el inicio del siglo XXI significaron un cambio en esta materia al ser testigos de la multiplicación de leyes antiterroristas permanentes. Así, distintos países se convencieron que la lucha contra el terrorismo interno no sería ganada mediante estados de excepción, pues las verdaderas causas del terrorismo no podían en esos lapsos de tiempo ser erradicadas en su totalidad. Por ello, en los últimos quince años en diferentes partes del mundo se han promulgado leyes antiterroristas permanentes para regular no solamente la sanción del terrorismo como delito sino incluso, su prevención e investigación. Entre ellos, se encuentran Estados Unidos, Canadá, el Reino Unido, España, la Unión Europea, Chile, Perú y recientemente México.

B. Estados Unidos de América: Su armamento jurídico antiterrorista

Estados Unidos es sin duda el líder en la promulgación de leyes antiterroristas, principalmente en lo que se refiere a la regulación del terrorismo internacional. Su maquinaria legislativa antiterrorista se ha proliferado a consecuencia de los atentados del 11 de septiembre de 2001, aunque su lucha contra este flagelo data de años atrás con motivo de los ataques en Oklahoma en 1995 y a las embajadas estadounidenses en Kenia y Tanzania en 1998.

a) La Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act 1996

Años antes de los terribles ataques a las Torres Gemelas y al Pentágono, el Congreso de Estados Unidos promulgó la ley *Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act 1996* (*AEDPA 1996*) aprobada por el Presidente Bill Clinton el 24 de abril de 1996⁹⁹. Además de implementar nuevas reglas para la imposición de la pena de muerte, como se infiere del propio nombre de esta ley, la *AEDPA 1996* estableció mecanismos de prevención y sobretodo, de desarticulación de bandas terroristas internacionales, con lo que más que castigar al terrorismo por sí mismo, el espíritu de esta ley fue erradicar cualquier tipo de

⁹⁹ Cfr. PLOTKIN Robert, "First Amendment Challenges to the Membership and Advocacy Provisions of the Antiterrorism and Death Penalty Act of 1996", *Georgetown Immigration Law Journal*, 10 Geo. Immigr. L.J. 623, 1996, páginas 624-625.

organización terrorista o bien, personas y grupos que ayuden o financien actividades terroristas¹⁰⁰.

Las medidas antiterroristas adoptadas por la *AEDPA 1996* fueron dirigidas a bloquear las operaciones de grupos u organizaciones terroristas de carácter internacional. Para ello, esta ley otorgó facultades a la Secretaría de Estado para “designar” de acuerdo con los criterios establecidos en la propia ley, a organizaciones no estadounidenses para que a través de dicha “designación” se le apliquen todas las medidas que la *AEDPA 1996* contempla. En este orden de ideas, los elementos que dichas organizaciones deben cumplir para poder ser “designadas” por la Secretaría de Estado norteamericano como destinatarias de esta ley son: i) que la organización sea extranjera; ii) que esté involucrada con actividad terrorista; y iii) que la actividad de dicha organización constituya una amenaza a la seguridad nacional de Estados Unidos¹⁰¹.

Una vez que una organización ha sido “designada” por la Secretaría de Estado de Estados Unidos, le son congelados todos los bienes que tenga dentro de territorio estadounidense o cualquier suma de dinero que tenga depositado en algún banco de aquel país para quedar en esa situación “[...] hasta otra decisión de la Secretaría del Tesoro, una ley del Congreso o una orden judicial” revoque tal “designación”¹⁰².

Así también, la “designación” de grupos terroristas internacionales tiene implicaciones migratorias; los miembros de cualquier organización que haya sido catalogada por la Secretaría de Estado como sujeto de la *AEDPA 1996*, les es prohibida la entrada a suelo estadounidense. Igualmente, la *AEDPA 1996* prescribe que cualquier persona que provea de

¹⁰⁰ De acuerdo con la sección 301(b), el propósito de la *Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act 1996* es, “[...] proveer al Gobierno federal de la mayor base posible, de acuerdo con la Constitución, para prevenir que personas dentro de Estados Unidos, o sujetos a la jurisdicción de Estados Unidos, provean apoyo material o recursos a organizaciones extranjeras involucradas en actividades terroristas”.

¹⁰¹ La sección 219(A)(1) de la *Anti-terrorism and Effective Death Penalty Act 1996* señala al respecto que:
“La Secretaría [de Estado] está autorizada para designar a alguna organización como organización terrorista extranjera de acuerdo con esta subsección, si la Secretaría encuentra que:
(A) La organización es una organización extranjera;
(B) La organización está involucrada en actividades terroristas; y
(C) Dicha actividad terrorista amenaza la seguridad de nacionales estadounidenses o la seguridad nacional de Estados Unidos”.

¹⁰² Sección 219(A)(2)(C) de la *Anti-terrorism and Effective Death Penalty Act 1996*.

apoyo material a un grupo que ejecuta atentados terroristas, le debe ser aplicada esta ley y por lo tanto, le es impuesto el procedimiento de “designación”¹⁰³.

Los efectos de la “designación” son válidos por dos años, renovables siempre que se justifique que dichas organizaciones siguen actualizando los requisitos citados anteriormente. Como se ha señalado, el Congreso puede revocar esta renovación o bien, las autoridades judiciales pueden anular la decisión de la Secretaría de Estado. Ya sea que se trate de la “designación inicial” de su renovación, los afectados de esta decisión pueden recurrirla ante la Corte de Apelaciones del Distrito del Circuito de Columbia¹⁰⁴. Para ello se cuenta con treinta días y el tribunal determinará si fue correcta o no la “designación”, de acuerdo con los criterios que la propia *AEDPA 1996* determina¹⁰⁵. Si la Corte de Apelaciones determina que fue incorrecta dicha “designación” se procede entonces al retiro de dicha calidad y se libera el congelamiento de bienes y fondos que se hubiere llevado a cabo¹⁰⁶.

Sin embargo, las facultades de la revisión judicial no son absolutas pues la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos ha reconocido que sólo es competente para conocer sobre los dos primeros elementos, es decir, sobre si la organización es extranjera y sobre si está involucrada en actividades terroristas. En efecto, en el Caso *Chicago & Southern Air Lines, Inc v. Waterman Steamship Corp.*, el máximo tribunal estadounidense reconoció su incompetencia para conocer sobre si la organización “designada” es una amenaza a la seguridad nacional, arguyendo que, “[...] el Poder Judicial no tiene ni aptitud ni

¹⁰³ Para efectos de la sección 2339A (B) *Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act 1996*, por apoyo material se entiende, “[...] divisas o recursos monetarios o, seguros o servicios financieros, alojando, entrenando, asistiendo casas de seguridad, falsa documentación o identificación, equipos de comunicación, facilidades, armas, sustancias letales, explosivos, personal, transporte, y cualquier otro bien físico, excepto medicinas y materiales religiosos”.

¹⁰⁴ Cfr. Sección 219(B)(4) de la *Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act 1996*.

¹⁰⁵ La Corte de Apelaciones del Distrito del Circuito de Columbia puede anular una “designación” si la Secretaría de Estado tomó esta decisión por:

“a) Arbitrariedad, capricho, por abuso de discreción, o por cualquier otra causa que no esté acuerdo con la ley; b) contrariedad con derechos, poderes, privilegios o inmunidades constitucionales; c) que esté en exceso del ámbito competencial; d) por falta de suficiente prueba para comprobar los nexos terroristas y; e) que no esté de acuerdo con los procedimientos requeridos por la ley”, en sección 219(B)(3) de la *Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act 1996*

¹⁰⁶ Sección 219(B)(4) *supra* nota 11.

responsabilidad, pues esa determinación corresponde al Poder político y no es objeto de intervención judicial”¹⁰⁷.

Así, la *AEDPA 1996* ha sido sometida a revisión constitucional en varias ocasiones debido a su constante roce con los derechos fundamentales protegidos por la primera y quinta enmiendas a la Carta Magna estadounidense. En la primera de ellas, la Suprema Corte de Justicia consideró, en el caso *National Council of Resistance of Iran v. Department of State*, que bastaba con que las organizaciones “designadas” como terroristas tuvieran cualquier tipo de bien o cuenta bancaria dentro de Estados Unidos para que éstas cayeran bajo la protección constitucional¹⁰⁸.

El procedimiento previsto en la *AEDPA 1996* también ha sido cuestionado por infringir la quinta enmienda constitucional relativa al debido proceso legal. A ello, la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos ha dispuesto que si bien el derecho de audiencia no es aplicable en el procedimiento de “designación”, las personas afectadas si tienen derecho a presentar pruebas que desvirtúen los indicios ante la Secretaría de Estado, de tal manera que el procedimiento de la *AEDPA 1996* contradice la quinta enmienda constitucional, ya que la Secretaría de Estado actúa e impone la “designación” sin informarle a la organización afectada hasta que dicha determinación ha sido tomada¹⁰⁹.

El procedimiento de “designación” fue aplicado muy pronto a la entrada en vigor de la *AEDPA 1996*. En octubre de 1997 la Secretaria de Estado Madeline Albright, realizó la primera lista de treinta “designados”. Dos años después, esta lista se renovó en la “designación” de veintisiete organizaciones y en octubre de 2001, en la postrimería de los atentados del 11 de septiembre, el Secretario de Estado Colin Powell, renovó la lista para

¹⁰⁷ Cfr. IRAOLA Roberto, “Due Process, Judicial Review, the First Amendment, and the Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act of 1996”, *North Dakota Law Review*, 78 N. Dak. L. Rev. 1, 2002, página 8.

¹⁰⁸ La Suprema Corte de Justicia señaló que:

“La Corte inicia su análisis notando que para que una organización se beneficie de la protección constitucional, una organización designada como organización terrorista extranjera debe ser apta para establecer ‘presencia constitucional en Estados Unidos’. En este caso, la Corte observa la evidencia de que una de las organizaciones pudo reclamar haber venido dentro del territorio de Estados Unidos y desarrollar conexiones sustanciales con este país. Como ha sido descrito por esta Corte, la conexión con Estados Unidos consiste al menos de la presencia abierta dentro del *National Press Building* en Washington D.C. y un interés en una pequeña cuenta bancaria”, *en* *National Council of Resistance of Iran v. Dept. of State* 251 F.3d 192, 208 (DC Circuit 2001).

¹⁰⁹ Al respecto, la Suprema Corte de Justicia estadounidense señaló que la organización “designada” tiene el derecho de “[...] presentar, al menos en forma escrita, evidencia para provocar en la Secretaría de Estado el cambio de postura o negar la afirmación de que es una organización terrorista extranjera”, *en* *Idem*.

veinticuatro organizaciones internacionales¹¹⁰. De esta forma la *AEDPA 1996* ha servido de herramienta muy útil para las autoridades estadounidenses no sólo para desarticular las organizaciones “designadas”, sino además para etiquetar de terroristas a dichos grupos y con ello, enfocar al enemigo en la Guerra contra el Terrorismo.

b) La USA PATRIOT Act 2001

Como consecuencia de los atentados del 11 de septiembre de 2001, el Congreso estadounidense discutió y aprobó rápidamente la denominada *USA PATRIOT Act 2001*¹¹¹, mediante la cual se pretendió atacar al terrorismo desde diversos frentes, en especial su prevención¹¹²; tan sólo de la lectura de la *USA PATRIOT Act 2001* se puede inferir que la intención de ella es el endurecimiento de las medidas de prevención del terrorismo. La *USA PATRIOT Act 2001* trajo consigo los mayores cambios en la historia del ordenamiento jurídico estadounidense y curiosamente una de las legislaciones en las que los congresistas han contado con el menor tiempo para su estudio¹¹³.

En este sentido, la sección 802 de la *USA PATRIOT Act 2001* establece la definición de terrorismo para efectos de esta ley. En ella, se incluye tanto al terrorismo internacional como al doméstico con los mismos elementos salvo el aspecto jurisdiccional, es decir, que mientras para el primero los actos deben involucrar más de un país, en el segundo los atentados deben ser cometidos primordialmente dentro de Estados Unidos. De acuerdo con los elementos ofrecidos por esta definición, terrorismo internacional o interno es “un acto peligroso a la vida humana que está en violación a las leyes de Estados Unidos, si ese acto intenta: *i)* intimidar o coaccionar la población civil; *ii)* influenciar la política de un gobierno

¹¹⁰ Cfr. IRAOLA Roberto, “Due Process, Judicial Review, the First Amendment, and the Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act of 1996”, *supra* nota 18, página 15.

¹¹¹ Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tool Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT Act), Act of 2001, Ley Pública 107-56, aprobada el 26 de octubre de 2001.

¹¹² Charles Doyle, especialista en materia de terrorismo, señala que la *USA Patriot Act 2001* tuvo como finalidades esenciales cinco aspectos. El primero de ellos se refiere a la intercepción de comunicaciones que se consideren relevantes para las investigaciones; la segunda es sobre el fortalecimiento de la investigación sobre grupos y atentados terroristas en otras partes del mundo; la tercera busca atacar el lavado de dinero proveniente de actos terroristas de una forma diferente; la cuarta trata lo concerniente al ingreso de extranjeros al territorio estadounidense y; el quinto aspecto se refiere a la ampliación del tipo penal de terrorismo. Esta ley fue publicada el 16 de noviembre de 2001, *en* DOYLE Charles, “The USA PATRIOT Act: a Sketch”, Biblioteca del Congreso, Washington D.C., 18 de Abril de 2002, páginas 1-5.

¹¹³ Cfr. FENNELLS Drew, “The USA PATRIOT Act: Can We Be both Safe and Free?”, Delaware Lawyer, 21 Delaware Lawyer 10, verano 2003, página 10.

por intimidación o coerción; *iii*) afectar la conducta de un gobierno por destrucción masiva, homicidio o secuestro”.

Por su parte, la sección 806 de la *USA PATRIOT Act 2001* dispone la pérdida de la propiedad de bienes si: *i*) una persona está involucrada en la planeación, o comisión de atentados terroristas a nivel nacional o internacional; *ii*) si apoya o financia actividades terroristas; o *iii*) si dichos bienes pretenden ser utilizados para atentar contra la población estadounidense. Cabe destacar que la sección 806 prevé la pérdida de bienes sin juicio previo y por ende, sin recibir el derecho de audiencia y, de ofrecer y desahogar pruebas.

Asimismo la sección 218 de la *USA PATRIOT Act 2001* amplió la posibilidad de intervenir conversaciones telefónicas en casos de terrorismo. Para ello facultó a la Agencia Federal de Investigación (FBI por sus siglas en inglés) a llevar a cabo la investigación cuando “el propósito principal” de ello sea rastrear los servicios de inteligencia extranjera. También la sección 215 de esta ley flexibilizó el acceso de la FBI en la búsqueda de información en dependencias públicas y en instituciones privadas. Para ello, la *USA PATRIOT Act 2001* endureció las medidas tradicionales tales como imponer sanciones a los organismos públicos y privados que rompan el secreto de las actividades llevadas por el FBI. La sección 213 permite los cateos ordenados por la FBI cuando existan sospechas de actividades terroristas en determinados domicilios. Es preciso señalar que todos estos procedimientos son desarrollados a desconocimiento judicial, es decir, que se le ha otorgado al órgano federal de investigación la facultad de ordenar intervenciones telefónicas, cateos y rastreos en registros sin que un juez revise dicha orden.

También la *USA PATRIOT Act 2001* ha causado un serio impacto en materia migratoria; esta ley estableció un procedimiento similar a los adoptados por la *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001* británica y la *Immigration and Refugee Protection Act 2001* canadiense, en la que se dispuso el procedimiento conocido como “certificación”. Aunque este procedimiento será analizado más adelante, es preciso señalar que éste ha constituido uno de los procedimientos antiterroristas más lesivos a los derechos fundamentales de las personas, en el que se afectan varios derechos y libertades y en el cual no existe ninguna explicación, ni justificación de las autoridades. En el caso particular de la *USA PATRIOT Act 2001* el Departamento de Justicia estadounidense se ha negado constantemente ha proporcionar información sobre las detenciones en la aplicación de esta ley, negándose

incluso a señalar el número de personas detenidas¹¹⁴. Igualmente, el procedimiento de “certificación” es desarrollado sin concederle a la persona afectada el derecho de audiencia ni de ofrecer pruebas.

Es preciso señalar que la *USA PATRIOT Act 2001* vino a complementar a la *AEDPA 1996* en el procedimiento de “designación” a organizaciones extranjeras para congelar fondos y activos financieros, así como a aquellas organizaciones que provean de material para la comisión de atentados terroristas. Sin embargo, es de hacer notar que de la lectura de estos cuerpos legales se infiere que no se requiere que la organización o persona proveedora tengan conocimiento de las actividades ilegales de la organización receptora de dicho material, para que aquella sea “designada”. Con ello se deja en completo estado de inseguridad jurídica en virtud de que una empresa debe ahora cuidarse de no vender materiales a ciertas organizaciones, es decir, que tanto la *AEDPA 1996* como la *USA PATRIOT Act 2001* imponen implícitamente una obligación de investigar primeramente el giro de la organización receptora, antes de proveerle de material¹¹⁵.

Más aún, si dicho material fuesen explosivos sería entendible que pudiese ser usada para cometer atentados violentos, pero si el material fueran computadoras, teléfonos o escritorios, por ejemplo, es prácticamente imposible determinar que serán usados para la planeación y comisión de ataques terroristas. Este vacío legal ha sido ya interpretado en el sentido de que, inculpar a una organización sin que ésta tenga conocimiento de la actividad ilegal con quien tiene relaciones de intercambio, resulta violatorio del debido proceso legal previsto por la quinta enmienda de la Constitución de Estados Unidos¹¹⁶.

La *USA PATRIOT Act 2001* no es una legislación de tipo permanente. Su duración varía dependiendo lo que en cada renovación el Congreso de Estados Unidos decida. Su última revisión sucedió en diciembre de 2005 la cual levantó seria oposición de sectores demócratas y republicanos al pretender el Presidente George W. Bush extender su vigencia por dos años más. Después de un intenso debate, el Congreso autorizó la extensión por seis

¹¹⁴ *Ibidem*, página 12.

¹¹⁵ Cfr. VAN BERGER Jennifer, “In the Absence of Democracy: The Designation and Material Support Provisions of the Anti-Terrorism Laws”, *Cardozo Public Law, Policy & Ethics Journal*, 2 *Cardozo Pub. L. Pol’y & Ethics J.* 107, diciembre 2003, página 115

¹¹⁶ La Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos en el caso *NAPP v. Claiborne Hardware Co.* que, “[...] criminalizar a una asociación sin conocimiento de las metas ilegales y de la intención específica de conseguir esas metas, viola la Constitución”, *en Idem*.

meses mientras se prepare una ley antiterrorista acorde a las circunstancias actuales de la Guerra contra el Terrorismo que comanda Estados Unidos¹¹⁷.

c) La Authorization of the Use of Military Force

Uno de los productos legislativos más agresivos en la Guerra contra el Terrorismo es precisamente la *Authorization of the Use of Military Force (AUMF)*. En efecto, el 18 de septiembre de 2001, el Congreso de Estados Unidos expidió esta resolución por medio de la cual se le concedió al Presidente de aquel país la facultad de utilizar la fuerza necesaria para acabar con los perpetradores de los atentados del 11 de septiembre de 2001 y con ello prevenir futuros ataques. Así la *AUMF* dispuso al Presidente:

El uso de toda la fuerza necesaria y apropiada en contra naciones, organizaciones o personas que él [el Presidente] determine que planearen, autorizaren, cometieren o ayudaren a los ataques terroristas que ocurrieron el 11 de septiembre de 2001, o que hubieren ayudado a esas organizaciones o personas, para prevenir cualquier ataque terrorista internacional futuro en contra de los Estados Unidos, por esas naciones organizaciones o personas¹¹⁸.

Aunque la *AUMF* no es propiamente una ley, esta resolución del Congreso es de gran relevancia para el estudio de las leyes antiterroristas. La *AUMF* ha sido el fundamento para intervenir Afganistán en 2001 y para invadir Irak en 2003 en nombre de la Guerra contra el Terrorismo. Así también, basado en esta resolución Estados Unidos ha mantenido detenidos a una gran cantidad de personas en diversas cárceles de aquel país, así como en bases militares como la instalada en la bahía de Guantánamo, Cuba.

Ahora bien, de acuerdo con la doctrina sobre la autorización parlamentaria del uso de la fuerza, para que ésta sea legítimamente concedida, debe contener por lo menos los siguientes requisitos: *i)* la autorización de los recursos militares; *ii)* la autorización de los métodos para aplicar la fuerza; *iii)* la autorización de los blancos; *iv)* la autorización del

¹¹⁷ KUHNHENN James, "Senate extends Patriot Act", The Honolulu Advertiser. Hawaii's Newspaper, Honolulu, jueves 22 de diciembre de 2005, página A2.

¹¹⁸ Authorization for Use of Military Force, Pub. L. No. 107-40, 115 Stat. 224 (2001). La *AUMF* fue aprobada por el Congreso de Estados Unidos el 14 de septiembre de 2001 y firmada por el Presidente George W. Bush el 18 del mismo mes.

propósito del uso de la fuerza; y v) el tiempo que el Presidente cuenta para utilizar dicha fuerza¹¹⁹.

Por su parte, la *AUMF* consta de cuatro elementos, a saber: *i*) la utilización de toda la fuerza necesaria y apropiada; *ii*) en contra de naciones, organizaciones y personas; *iii*) con el propósito de evitar actos futuros de terrorismo internacional en contra de Estados Unidos por esas naciones, grupos y personas y; *iv*) la obligación presidencial de reportar al Congreso cada seis meses el estado de las hostilidades. En estricto sentido, la *AUMF* cuenta con todos los requisitos necesitados para que una resolución de esta magnitud pueda ser legítima. Sin embargo, la *AUMF*, a diferencia de otras autorizaciones de uso de la fuerza pasadas, otorga poderes casi ilimitados al Presidente, siendo la única restricción que la fuerza debe ser dirigida hacia naciones, organizaciones y personas relacionadas con los atentados del 11 de septiembre de 2001¹²⁰. De esta manera, la *AUMF* dejó totalmente ilimitada la utilización de recursos, de los métodos y de la vigencia de esta resolución.

Sin embargo, la cuestión que más sobresale de la *AUMF* es indudablemente la autorización de los blancos o destinatarios de la fuerza. Mientras en autorizaciones anteriores, el Congreso había concedido al Presidente atacar países o grupos perfectamente definidos, la *AUMF* vino a instituir la posibilidad de autorizar el uso de la fuerza en contra de naciones, grupos o personas indeterminados con el único vínculo de que éstos tengan relación directa con los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001. Así, si bien el Congreso limitó el uso de la fuerza exclusivamente a las naciones, grupos o personas que tuvieran relación con los atentados del 11 de septiembre de 2001, también lo es que se le dejó al Presidente la facultad de determinar quiénes eran esas naciones, grupos o personas. Con ello, la limitación se ha convertido prácticamente en nugatoria pues del uso de esta facultad extraordinaria y con la manipulación del término “terrorismo”, se puede incluir a cualquiera con el simple hecho de que el Presidente así lo considere.

La *AUMF* es pues una autorización del uso de la fuerza igual de amplia e ilimitada que aquella expedida contra Alemania en la Primera Guerra Mundial, o contra Japón en

¹¹⁹ Cfr. BRADLEY Curtis y Jack Goldsmith, “Congressional Authorization and the War on Terrorism”, *Harvard Law Review*, 118 *Harv. L. Rev.* 2047, mayo 2005, página 2072.

¹²⁰ La *AUMF* es “[...] la más amplia delegación por parte del Congreso de poderes bélicos en la historia de Estados Unidos”, en PAULSEN Michael, “Youngstown Goes to War”, 19 *Const. Comment.* 215, 2002, página 252.

reacción al ataque al *Pearl Harbour* y más amplia que la utilizada en Corea, Vietnam e incluso en la Guerra del Golfo Pérsico en 1990. No tener un enemigo claro e identificable, además de convertirla en *sui generis*, hace de ella una resolución que coloca a los destinatarios en estado de clara inseguridad. Por esta razón, casos de gran relevancia han llegado a ser conocidos por la Suprema Corte de Justicia estadounidense, en los cuales se han obtenido fallos de gran contenido jurídico y que serán analizados en el Capítulo VII¹²¹.

Esta es la forma en cómo Estados Unidos encara al terrorismo internacional. Paralelamente a las *AEDPA 1996*, *USA PATRIOT Act 2001* y *AUMF 2001*, este país cuenta en diversos códigos penales estatales de definiciones particulares de terrorismo para que sea castigado. La Guerra contra el Terrorismo ha sido tomada verdaderamente en serio y todo este armamento legislativo prueba que la seguridad nacional es la prioridad en la administración de George W. Bush, por encima de cualquier otro tema de interés norteamericano.

B. Canadá: la Immigration and Refugee Protection Act 2001 y la Anti-Terrorism Act 2003

Canadá también cuenta con una amplia legislación antiterrorista que data de mucho antes de los atentados del 11 de septiembre de 2001. Previo a la expedición de la *ACSA 2001* británica y de la *USA PATRIOT Act 2001* estadounidense, Canadá ya había expedido en la *Immigration Act 1976*, un capítulo especial para regular cómo debería tratarse a los extranjeros en caso de que existieran sospechas de que fuesen terroristas. En este sentido, las secciones 39 y 40 de la *Immigration Act 1976* canadiense establecieron el procedimiento de “Certificación” a extranjeros sospechosos de ser terroristas.

Tal fue el impacto de esta ley que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en su función de vigilante y promotor de los derechos humanos en el continente americano),

¹²¹ El expresidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y profesor de American University, Robert K. Goldman, criticó severamente en su obra “Why President Bush’s Military Order Runs Afoul the Law”, la Orden Militar estadounidense por violar flagrantemente los derechos humanos contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del que Estados Unidos es parte. De igual forma, el ex ministro de Justicia francés Robert Badinter en su artículo “Après la victoire, la justice”, publicado en *Le Monde* el 29 de noviembre de 2001, también criticó las medidas tomadas por el Presidente Bush para combatir al terrorismo pues, según Badinter, son violatorias del Derecho Internacional y de la Constitución estadounidense, en “La Administración de Justicia. La Discriminación en el Sistema de Justicia Penal” E/CN.4/Sub.2/2002/5, Subcomisión de Protección y Promoción de Derechos Humanos de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 54° período de sesiones, 23 de mayo de 2002, nota de página 13.

preparó un informe sobre las condiciones de los refugiados e inmigrantes en Canadá, en el cual determinó que el procedimiento de “Certificación” previsto por esta ley era incompatible con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹²².

Asimismo, como reacción a los atentados del 11 de septiembre de 2001, Canadá abrogó la *Immigration Act 1976* y promulgó la *Immigration and Refugee Protection Act 2001 (IRPA 2001)*. La finalidad de esta nueva ley fue redefinir la política migratoria canadiense e incluyó en las secciones 76 a 87, el mismo sistema de “Certificación” a presuntos terroristas, aunque a diferencia de la *Immigration Act 1976*, la *IRPA 2001* eliminó el concepto de “terrorismo” y se limitó a señalar como “ofensas” o “amenazas” a la seguridad nacional en general, dentro de las cuales se encuentra el terrorismo. Este procedimiento junto con los previstos por la *ACSA 2001* británica y la *USA PATRIOT Act 2001* estadounidense serán analizados en el Capítulo V.

Así también, Canadá aprobó la *Anti-Terrorism Act 2003* la cual fortaleció los servicios de seguridad canadiense, además de ampliar el tipo penal existente de terrorismo. Así, literalmente la ley señala que “[...] se refiere a las necesidades básicas de un régimen penal general contra el terrorismo, incluidas las disposiciones referentes a la cuestión fundamental de la definición”¹²³. Esta ley incluyó una serie de reformas a diversos cuerpos normativos canadienses como el *Criminal Code*, la *Official Secrets Act*, la *Canada Evidence Act*, la *Proceeds of Crime (Money Laundering) Act* y la *Income Tax Act*.

En cuanto a los extranjeros, la *IRPA 2001* sigue rigiendo y la *Anti-Terrorism Act 2003* funciona de manera complementaria, ya que mientras la primera aborda lo relativo a la etapa de investigación, la segunda contiene el contenido del tipo penal a castigar, es decir, la parte sustantiva, aunque la *Anti-Terrorism Act 2003* es aplicable tanto para extranjeros como para nacionales canadienses.

C. Reino Unido: la Terrorism Act 2000, la Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001 y la Terrorism Act 2006

¹²² Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló que “(t)anto los ciudadanos como quienes no lo son, tienen derecho al debido proceso en la determinación de sus derechos básicos, en esta instancia particular, el derecho a buscar asilo, y más específicamente, el derecho a la libertad personal”, en “Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el marco del Sistema Canadiense de Determinación de Condición de Refugiado”, Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos, Washington, 2000, párrafos 49-56.

¹²³ Sección 41 de la *Anti-Terrorism Act*, de Canadá (2003).

Además de las comentadas medidas de excepción que el Reino Unido ha utilizado para hacer frente a la violencia terrorista interna con poca efectividad dada su temporalidad, en el año 2000 y 2001 el Primer Ministro Tony Blair sometió a consideración del Parlamento británico proyectos que fueron finalmente aprobados por las Cámaras de los Comunes y de los Lores, denominados *Terrorism Act 2000*, y *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001 (ACSA 2001)*, destinados ambos a combatir el terrorismo internacional aunque también en menor medida a aquél de carácter doméstico.

En efecto, el Primer Ministro Tony Blair sometió a consideración del Parlamento la *Terrorism Act 2000*, lo cual tuvo como finalidad tomar medidas de carácter permanente y dejar de utilizar Decretos de emergencia. Con esta ley, el Reino Unido dio un tratamiento especial al delito de terrorismo, además de definir la conducta típica a ser castigada y la forma de detención y enjuiciamiento a presuntos terroristas¹²⁴. La *Terrorism Act 2000* se convirtió entonces en el cuerpo jurídico-penal encargado de castigar al terrorismo tanto desde una perspectiva nacional pero sobretodo internacional.

Además, el Reino Unido tampoco fue ajeno a los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos y aprovechando el pánico mundial, fue sometido de nueva cuenta al Parlamento británico una iniciativa de ley que complementaba a la *Terrorism Act 2000*, con la intención de establecer medidas restrictivas a los no nacionales británicos sospechosos de terrorismo que estuvieran dentro de su jurisdicción. Esta ley denominada “*Anti-Terrorism Crime and Security Act 2001*” o *ACSA 2001* (que derogó a la *Human Rights Act 1998*) copió prácticamente los procedimientos de “certificación” que legislaciones antiterroristas canadienses y estadounidenses habían promulgado meses atrás, en lo que pareciera ser un esfuerzo coordinado entre estos tres países para combatir a probables terroristas no nacionales de esos Estados.

La *ACSA 2001* por su contenido fue catalogada por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU como de aquellas que materialmente crean un régimen de excepción y al ser de

¹²⁴ Dentro de las instituciones competentes para juzgar a personas consideradas como probables responsables, se encuentran órganos subordinados al Poder Ejecutivo. Esta situación causó inmediatamente alarma entre las organizaciones no gubernamentales británicas por el alto margen de discrecionalidad con la que gozan las autoridades a partir de la aplicación de la *Terrorism Act 2000*, en BINGLINO Irene, “Anti-terrorism Legislation in the United Kingdom”, Liberty, Londres, 2002, páginas 2-20.

carácter permanente se consideró como violatoria de los derechos humanos contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales¹²⁵. Esto implica, por supuesto, que al ser considerada una ley de excepción por la dureza de sus disposiciones, pero de carácter permanente, ésta se convierte en violatoria de los principios en los que se cimienta la teoría de la excepción.

Como se estudiará más adelante, la *ACSA 2001* fue derogada tras la decisión de la Cámara de los Lores de 16 de diciembre de 2004, quien en su calidad de máximo órgano jurisdiccional británico consideró el procedimiento de “certificación” incompatible con la Convención Europea de los Derechos y Libertades Fundamentales, particularmente con el derecho a la integridad personal establecido en el artículo 5(1)¹²⁶. Con ello, la Certificación prevista por la *ACSA 2001* fue eliminada de la legislación antiterrorista británica.

Asimismo, en abril de 2006 entró en vigor la *Terrorism Act 2006* la cual constituyó un esfuerzo más del gobierno británico en su lucha antiterrorista. Después de intensos debates parlamentarios, esta nueva legislación impactó directamente en diversos derechos como la libertad de expresión desde distintas perspectivas; en primer lugar la sección 1 de esta ley castigó a toda aquella persona que hiciera apología al terrorismo mediante la propagación o glorificación de atentados u organizaciones terroristas, con la intención de incentivar o reclutar nuevos miembros para la comisión de ataques; por su parte, la sección 2 de la *Terrorism Act 2006* prohíbe la diseminación de “publicaciones terroristas”, dirigida a imprentas, casas editoriales o cualquier otro establecimiento que se dedique a la colocación al dominio público de materiales impresos o electrónicos que alienten a la comisión de atentados terroristas.

La *Terrorism Act 2006* reconoce que en ciertos casos las publicaciones electrónicas puedan llevar cierta incitación al terrorismo pero sin que ésta sea efectivamente su intención. Esta nueva legislación británica estableció la figura del “aviso”, la cual sirve

¹²⁵ Cfr. “Lista de Estados que han proclamado o prorrogado el estado de excepción. Informe de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos presentado de conformidad con la decisión 1998/108 de la Comisión de Derechos Humanos”, Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 55º Período de Sesiones, 2003.

¹²⁶ Cfr. Cámara de los Lores del Reino Unido, A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent) Y; X (FC) and another (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent), Sentencia de 16 de diciembre de 2004, párrafos 238-239.

para: *i)* declarar que dicha publicación hace apología al terrorismo; *ii)* requiere al responsable de ella a que evite exponerla al público; *iii)* alerta al autor de la publicación en cuestión a que la retire o la cambie dentro del término de dos días; y *iv)* explica al autor cómo podría seguir siendo responsable de incitación al terrorismo aún cuando cumpliera con lo señalado en el “aviso”. En este último punto, la *Terrorism Act 2006* prevé la posibilidad de la repetición de la publicación, es decir, que formalmente puede alterar el contenido de la publicación cuestionada, pero se sigue provocando e invitando a la comisión de atentados terroristas¹²⁷.

Por su parte, la *Terrorism Act 2006* también impactó en la libertad de asociación al permitir la proscripción de organizaciones cuando se consideren que estén dedicadas a la promoción, preparación o comisión de atentados terroristas. En este sentido, la sección 21 de esta nueva ley permitió a las autoridades británicas a disolver cualquier organización cuyo objeto fuera la “glorificación ilegal sobre la preparación y comisión” de actos terroristas. Para ello, la *Terrorism Act 2006* señaló que por “glorificación” debe entenderse como toda conducta que tienda a emular o enaltecer hechos de una persona u organización considerados como terroristas. Del mismo modo, “glorificación” de acuerdo con esta ley, se debería entender como cualquier rezo o celebración con las finalidades mencionadas anteriormente, siempre que se tenga plena conciencia que lo que se está proclamando conlleva la intención de enaltecer los “ideales” terroristas.

Sin embargo, el aspecto más sobresaliente de la *Terrorism Act 2006* fue la reincorporación de la figura de la aprehensión prolongada de sospechosos de ser terroristas. A diferencia de la Certificación contenida en la *ACSA 2001*, la reglamentación para extender las detenciones fueron ciertamente más cuidadosas en la forma más no en el fondo. Así, para que poder proceder a la prolongación de la privación de la libertad de un sospechoso un juez debería de ordenarlo expresamente, contrastando con las amplias facultades que la *ACSA 2001* otorgaba a las autoridades administrativas para proceder a las detenciones incluso de forma verbal únicamente¹²⁸. Por su parte, la detención podría extenderse de acuerdo con la *Terrorism Act 2006* sólo si se persiguieran los siguientes propósitos: *i)* obtener pruebas relevantes para determinar la culpabilidad del detenido; *ii)*

¹²⁷ Cfr. Sección 3(3) de la *Terrorism Act 2006*.

¹²⁸ Cfr. *Ibidem*, Sección 23(6).

preservar pruebas relevantes ya allegadas a las autoridades; o *iii*) su eventual liberación resultase un peligro para la seguridad nacional del Reino Unido¹²⁹.

Empero, la *Terrorism Act 2006* implementó mecanismos que en su esencia son muy similares al procedimiento de Certificación previsto en la *ACSA 2001*, pues su finalidad fue y en el caso de la *Terrorism Act 2006* es, mantener privado de la libertad a los sospechosos por tiempo indeterminado, mientras se lleva a cabo la investigación que lleve eventualmente a la recopilación de pruebas de demuestren su culpabilidad. Habrá que esperar que esta nueva *Terrorism Act 2006* sea sometida a escrutinio de autoridades judiciales británicas y europeas para conocer si sus lineamientos se ajustan a los parámetros de los derechos y libertades reconocidas por el CEDH/LF, del cual el Reino Unido es parte.

D. España: la Ley 12/2003 y la L.O. 4/2003 contra la financiación del Terrorismo

Si bien España regula el combate al terrorismo a través de mecanismos directamente constitucionales, ciertas actividades conexas sí son reprimidas a través de legislación ordinaria. De esta forma, la financiación del terrorismo ha sido atacada mediante la Ley 12/2003¹³⁰, en la cual se busca la prevención y bloqueo de actividades financieras que tengan nexos con el terrorismo de acuerdo con el artículo 1.1 de la Ley¹³¹. Así, esta Ley entiende por bloqueo a la financiación del terrorismo, la prohibición de:

*[...] realizar cualquier movimiento, transferencia, alteración, utilización, o transacción de capitales o activos financieros que dé o pueda dar lugar a un cambio de volumen, importe, localización, propiedad, posesión, naturaleza o destino de dichos capitales o activos, o de cualquier otro cambio que pudiera facilitar su utilización, incluida la gestión de una cartera de valores*¹³².

Igualmente, la Ley 12/2003 le asigna a la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo atribuciones para realizar los bloqueos a los que se refiere el

¹²⁹ *Cfr, Ibidem*, Sección 24 (3).

¹³⁰ Ley 12/2003 “de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo”, publicada en el *B.O.E.* el 21 de mayo de 2003.

¹³¹ El texto del artículo 1.1 la Ley 12/2003 dispone que:

“Con el fin de prevenir las actividades terroristas de la financiación del terrorismo, son susceptibles de ser bloqueadas, en los términos previstos en esta Ley, las cuentas, saldos y posiciones financieras, así como las transacciones y movimientos de capitales, aun ocasionales, y sus correspondientes operaciones de cobro, pago o transferencia, en los que el ordenante, emisor, titular, beneficiario o destinatario sea una persona o entidad vinculada a grupos u organizaciones terroristas, o cuando se hubiera realizado la transacción, movimiento u operación con motivo u ocasión de la perpetración de actividades terroristas, o para facilitar su utilización, incluida la gestión de una cartera de valores”.

¹³² Artículo 1.2 de la Ley 12/2003.

artículo 1 de la Ley y señala la obligación de las entidades financieras, públicas y privadas, de proporcionar la información necesaria que permita a la Comisión de Vigilancia de Financiación del Terrorismo determinar las actividades financieras relacionadas con terrorismo.

Para poder impugnar la decisión de la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo, se expidió la L.O. 4/2003¹³³, mediante la cual se reformó el artículo 66 de la L.O. 6/1985 del Poder Judicial y la Ley 29/1998 que regula la Jurisdicción Contencioso-Administrativo. De esta forma, la L.O. 4/2003 señaló que las decisiones de la Comisión de Vigilancia podrían ser impugnadas mediante un recurso tramitado ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional¹³⁴.

Esta es la forma como España, a través de la Ley 12/2003 y la L.O. 4/2003, combate no al terrorismo en sí mismo, sino a las actividades financieras que guarden relación directa con este delito.

E. La Unión Europea: el Reglamento del Consejo (CE) NO. 2580/2001

La Unión Europea tampoco ha sido ajena a los acontecimientos de 11 de septiembre de 2001, y particularmente a los atentados del 11 de marzo de 2004, en Madrid y del 7 de julio de 2005 en Londres. Sin embargo, dada su naturaleza originalmente económica, la Unión Europea ha tardado más que los Estados nacionales en adoptar medidas contra el terrorismo.

¹³³ L.O. 4/2003, “complementaria de la Ley de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo, por la que se modifican la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, publicada en el *B.O.E.* el 23 de mayo de 2003.

¹³⁴ En la exposición de motivos a la L.O. 6/1985, se dispuso que:

“Como garantía de los derechos de los sujetos previstos en la Ley 12/2003, de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo, su artículo 3 prevé, en su apartado 3, la posible interposición del recurso contencioso-administrativo contra las medidas adoptadas por la Comisión de Vigilancia de Financiación del Terrorismo. Dada la naturaleza de esas medidas, resulta preciso establecer que el conocimiento de los recursos contencioso-administrativos que se deduzcan en relación con las mismas, corresponda a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, por lo que se haga preciso dar nueva redacción al artículo 66 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, introduciendo una regla competencial que amplíe los supuestos cuyo conocimiento se atribuya a dicha Audiencia Nacional”.

Para llegar a tal objetivo, la Ley 4/2003 reformó la L.O. 6/1985 del Poder Judicial, así como la Ley 29/1998, en “Exposición de Motivos a la Ley Orgánica 4/2003, de 21 de mayo, complementaria de la Ley de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo, por la que se modifican la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo”.

Durante la década de los setenta del siglo pasado (cuando la Unión Europea no estaba aún conformada y solamente existían las Comunidades Europeas), el problema del terrorismo era visto únicamente como cuestión doméstica, por lo que les correspondía a los Estados dentro de sus jurisdicciones nacionales combatirlo¹³⁵. No obstante, la constante violencia terrorista dentro de los Estados miembros de la Unión Europea, obligó a los países europeos a cambiar la concepción sobre el terrorismo y dejar de concebirlo como “[...] un mero acto delictivo y pasar a considerarlo (*sic*) como un grave atentado contra la libertad y la estabilidad del mercado europeo y por tanto que afecta directamente y en sentido negativo la consecución de los fines y objetivos comunitarios, debiendo entonces participar activamente en la lucha contra el terrorismo”¹³⁶.

Sin embargo fue hasta después de los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos, cuando la Unión Europea comenzó a legislar en materia de combate al terrorismo. En este sentido, el 27 de diciembre de 2001 el Consejo de la Unión aprobó el Reglamento (CE) NO. 2580/2001 “sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo”, en la cual se estableció en su artículo 2, apartado 3, la elaboración de una lista de personas y grupos considerados como terroristas alrededor del mundo y a los cuales les serían específicamente aplicadas las restricciones de las que el resto del Reglamento dispone¹³⁷. El procedimiento descrito en el Reglamento (CE) NO. 2580/2001 es prácticamente el mismo previsto por la *AEDPA 1996*

¹³⁵ Esto debido a que:

“(d) *e jure*, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas giran alrededor de aspectos económico-comerciales de todo tipo (aranceles, libre circulación de bienes, capitales y mercancías, la restricción de monopolios, etc.) y como tal no se refieren a temas vinculados con el terrorismo. En este sentido los órganos comunitarios carecían en esas fechas de competencias para adoptar medidas en la lucha contra el terrorismo”, en REMOTTI CARBONELL José Carlos, “Constitución y Medidas contra el Terrorismo. La Suspensión Individual de Derechos y Garantías”, COLEX, Madrid, 1999, página 71.

¹³⁶ Entre las medidas iniciales tomadas por las Comunidades Europeas está la Reunión de Jefes de Estado y de Gobierno en Roma en 1975, en donde se creó una Comisión especial integrada por los Ministros de Justicia y Interior, con la finalidad de coordinar la actividad de la policía de los Estados miembros en la lucha contra el terrorismo. Esta Comisión fue denominada como “Grupo de Trevi”, en honor precisamente a la famosa *fontana* romana frente a la cual se celebró esta reunión, en ELSÉN Charles, “Les mecanismes institutionnels: Trevi, Shengen, Dublín Maastricht” en PAULY Alexis *comp.*, “Shengen en Panne”, Institut Européen de Administration Publique, Maastricht, 1994, páginas 43 y 44.

De igual forma, el propio Parlamento Europeo exhortó a los Estados miembros de las Comunidades a ratificar y ejecutar la Convención Europea para la represión del Terrorismo de 1977, la cual se había redactado en el marco del Consejo de Europa, en “Parlamento Europeo”, *Boletín de las Comunidades Europeas*, n. 1-1977, página 64.

¹³⁷ Reglamento (CE) N° 2580/2001 del Consejo, sobre Medidas Restrictivas Específicas dirigidas a Determinadas Personas y Entidades con el Fin de Luchar contra el Terrorismo, publicado en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* el 27 de diciembre de 2001.

estadounidense conocido como “designación”. Los artículos 2.1 y 2.2 señalan que una vez que el Consejo de la Unión Europea ha determinado a través de Decisiones una lista actualizada de personas y organizaciones, se procede a congelar las cuentas bancarias y activos financieros que dichos sujetos tengan en cualquiera de los Estados miembros de la Unión Europea.

Así pues, para cumplir con el mandato de los artículos 2.1 y 2.2 del Reglamento (CE) NO. 2580/2001, el artículo 2.3 impone al Consejo de Ministros la elaboración y actualización de listas de organizaciones y personas mediante Decisiones que a criterio de este órgano europeo son a quienes se debe aplicar el Reglamento (CE) NO. 2580/2001¹³⁸. En la última de ellas, del 21 de diciembre de 2005 se designó a veintiséis personas, todas ellas de origen musulmán, y a veintisiete organizaciones de procedencia islámica y latinoamericana¹³⁹.

Esta serie de medidas recientes dictadas por la Unión Europea han sido objeto igualmente de múltiples cuestionamientos, los cuales han llegado incluso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en dos casos contenciosos, en los que lamentablemente se ha concluido en declararlos inadmisibles por errores en la presentación de las demandas¹⁴⁰. También este

¹³⁸ El artículo 2, apartado 3 del Reglamento (CE) No. 2580/2001 señala que:

“(e)l Consejo, por unanimidad, establecerá, revisará y modificará la lista de personas, grupos y entidades a los que se aplica el presente Reglamento, con arreglo a las disposiciones previstas en los apartados 4, 5 y 6 del artículo I de la Posición común 2001/931/PESC. Dicha lista consistirá en:

- i) las personas físicas que cometan o traten de cometer un acto de terrorismo, participen en él o faciliten su comisión;
- ii) las personas jurídicas, grupos o entidades que cometan o traten de cometer un acto de terrorismo, participen en él o faciliten su comisión;
- iii) las personas jurídicas, grupos o entidades que sean de propiedad o estén controlados por una o más personas físicas o jurídicas, grupos o entidades enumerados en los incisos i) y ii); o
- iv) las personas físicas o jurídicas, grupos o entidades que actúen en nombre o bajo la dirección de una o más personas físicas o jurídicas, grupos o entidades enumeradas en los incisos i) y ii)”

¹³⁹ Cfr. Artículo 1 de la Decisión del Consejo de 21 de diciembre de 2005, relativa a la Aplicación del Artículo 2, apartado 3, del Reglamento (CE) n° 2580/2001 sobre Medidas Restrictivas Específicas a Determinadas Personas y Entidades con el Fin de Luchar contra el Terrorismo y por la que se Deroga la Decisión 2005/848/CE, publicada en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* el 23 de diciembre de 2005.

¹⁴⁰ Dos organizaciones no gubernamentales a través de sus voceros, presentaron denuncias sobre las medidas tomadas por el Consejo de la Unión Europea, relacionadas con el combate al terrorismo, alegando violaciones a los artículos 3 y 6 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y a los artículos 2, 8, 10, 11 y 13 del Protocolo No. 1 al mismo Convenio. Estos casos son: Caso Segi y otros v. 15 Estados de la Unión Europea (no. 6422/02) y Caso Gestoras Pro-Amnistía y otros v. 15 Estados de la Unión Europea (no. 9916/02). Ambos casos fueron declarados inadmisibles el 16 de mayo de 2002, en *European Court of Human Rights, “Annual Activity Report 2002. Third Section”, Estrasburgo, enero de 2003, página 4.*

controvertido Reglamento ha llegado a conocimiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el Caso del Congreso Nacional de Kurdistán (KNK) en contra del Reino Unido, en la que también se declaró inadmisibile por ser la demandante una organización de origen turco y por lo tanto fuera de la protección de la jurisdicción europea¹⁴¹.

F. Chile: la ley 18.314

Mediante la ley 18.314, Chile cuenta actualmente con su respectiva legislación antiterrorista, que tiene como finalidad diseñar un sistema especial de investigación, juicio y sanción del terrorismo. Curiosamente esta ley no contempla medios de prevención, lo que la hace ciertamente incompleta.¹⁴² Asimismo, es preciso destacar que la ley 18.314 es uno de los vestigios del régimen pinochetista que acosó a Chile durante dieciséis años, por lo que aún cuando esta ley fue promulgada en 1984, es decir, en la parte de final de la dictadura, hace pensar seriamente en su dureza e incompatibilidad con los derechos humanos consagrados por la propia Constitución chilena y con los tratados internacionales ratificados por este país. La ley 18.314 en sus veinte años de vigencia ha sufrido cuatro reformas, la última de ellas en noviembre de 2003.

De esta manera, la ley 18.314 cuenta únicamente con dos capítulos; el primero de ellos se refiere a la definición del terrorismo, así como a todos los actos que de forma enunciativa se enumeran en su artículo 2 como actos considerados como terrorismo. De igual forma el primer capítulo aborda lo relativo a la sanción privativa de la libertad aunque al disponer el tiempo del castigo penal, se remite a los artículos 293 y 294 del Código Penal¹⁴³. Por su parte, el segundo capítulo titulado “De la Jurisdicción y del Procedimiento”, detalla la

El exjuez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Juan Antonio Carrillo Salcedo, explica que la causa por la cual fueron declaradas inadmisibles ambas denuncias se debió a que el Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales no prevé para los particulares una especie de *Actio Popularis*, esto es, la posibilidad de que cualquier persona pueda acudir al Tribunal Europeo aún cuando no sea la víctima directa de la alegada violación. De esta forma, las organizaciones no gubernamentales, SEGI y Pro-amnistía, no fueron consideradas por el Tribunal como las víctimas de las violaciones alegadas con motivo de la expedición y aplicación de las medidas terroristas, *en CARRILLO SALCEDO Juan Antonio, “El Convenio Europeo de Derechos Humanos”, Tecnos, Madrid, 2003, página 51.*

¹⁴¹ Esta decisión señaló que, “(d)esde que el demandante no puede confiar en el hecho de que uno de sus miembros tiene derecho a ejercer acción de anulación en contra de la decisión controvertida, la conclusión debe ser que dicha decisión no es de interés individual del demandante”, *en Caso Congreso Nacional de Kurdistán v. Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sentencia de inadmisibilidad del 12 de febrero de 2005, párrafo 39.*

¹⁴² Ley 18.314, promulgada el 16 de mayo de 1984 y publicada en el *Diario Oficial* el 17 de mayo de 1984.

¹⁴³ *Ibidem*, artículo 3.

forma en cómo debe ser llevada la investigación, así como la forma del juicio seguido en contra de probables terroristas. Cabe destacar igualmente que fiel a su condición de medida antiterrorista, la ley 18.314 le otorga al terrorismo un tipo de investigación y sanción diferente a cualquier otra clase de delito.

En tiempos muy recientes esta ley ha sido aplicada en contra de grupos de mapuches, con motivo de los largos conflictos entre esta comunidad y empresas forestales trasnacionales. En 1999 por ejemplo, la Corte Suprema de Chile aplicó la ley 18.314 en contra de la comunidad mapuche por la participación de varios de sus integrantes en un atentado incendiario a la hacienda Rucañaco, al norte de Chile¹⁴⁴.

G. Perú: los Decretos Ley 25.475 y 25.659

Uno de los Estados que más agresivos se han mostrado en la implementación de leyes antiterroristas en América Latina, es definitivamente Perú. Sin embargo, este país andino no tomó tales medidas como consecuencia de la coyuntura internacional actual, sino de la situación interna que se vivió durante la década de los ochenta y noventa, como consecuencia de la aparición de grupos guerrilleros con actividades terroristas como *Tupac Amaru* o Sendero Luminoso, quienes colapsaron durante cerca de veinte años a la población peruana.

Por tal razón, el gobierno de Alberto Fujimori tomó medidas radicales para tratar de erradicar el terrorismo. Para ello, el 5 de abril de 1992 se expidió el Decreto Ley 25.418 en que se instituyó un “Gobierno de Emergencia”, y mediante el cual el Presidente adquirió poderes para disolver el Congreso, así como destituir jueces y fiscales de todos los niveles¹⁴⁵. Además, como reacción a una serie de violentos atentados terroristas en la capital, Lima, el 24 de junio de 1992 se expidió el Decreto Ley 25.475 para perseguir y juzgar a responsables de terrorismo, así como el Decreto Ley 25.659 para los señalados

¹⁴⁴ Cfr. Comunicado de Prensa de la Comunidad Mapuche, del 21 de agosto de 1999, Temuco, Chile.

¹⁴⁵ En 1997, cuando la violencia terrorista disminuyó, el Decreto Ley 26.248 sustituyó el Decreto Ley 25.475, con lo que se le otorgaron algunas garantías procesales a los inculcados, tales como el otorgamiento de la facultad al juez para dictar libertad incondicional. Así también, a través del Decreto Ley 26.447 se estableció el derecho a designar un abogado defensor y el derecho a uno de oficio si no lo designa el propio inculcado. Mediante el Decreto Ley 26.671 se aumentó la edad penal a dieciocho años cuando la legislación de “emergencia” había reducido a solamente quince años, en “Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Perú”, Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos, Washington D.C. 2000, párrafo 64.

como culpables de delitos de traición a la patria, en los cuales se dispusieron modos muy peculiares en la forma de investigar, juzgar, sancionar y cumplir la pena de estos delitos.

En concepto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, estos Decretos instituyeron auténticos estados de excepción *de facto*, pues no se siguieron con los principios elementales que rigen las situaciones de emergencia, además de que los decretos se expidieron con la intención de que su vigencia fuera permanente¹⁴⁶. Así también, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha conocido de una gran cantidad de casos contenciosos en los que se alegan violaciones a los derechos más elementales en la aplicación de estos Decretos Ley¹⁴⁷. Entre otros aspectos, la Corte Interamericana determinó que la definición de terrorismo contemplada en el Decreto Ley 25.475 y la descripción típica de “traición a la patria” prevista en el Decreto Ley 25.659, compartían ciertos elementos comunes, por lo que una misma conducta podría actualizar ambos supuestos jurídicos¹⁴⁸.

¹⁴⁶ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló que

“De acuerdo con el artículo 27 de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos] y las pautas señaladas por la Corte Interamericana, existe un presupuesto fundamental de respeto al régimen de democracia representativa y ciertos requisitos para que un Estado pueda declarar válidamente un estado de emergencia.

Con relación al presupuesto de respeto al régimen de democracia representativa debe señalarse que conforme al artículo 3(d) de la Carta de Bogotá (1948), uno de los principios que rigen la Organización de los Estados Americanos es el requisito de que los Estados que la conforman deben organizarse políticamente conforme a los postulados de la democracia representativa. A su vez, la Convención [Americana sobre Derechos Humanos] reafirma en su preámbulo el “propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos evaluó los Decretos Ley emitidos por el Perú en relación con el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual se refiere a la suspensión de derechos. De esta forma, este órgano interamericano determinó que dichos Decretos no se ajustaban a los parámetros fijados por la propia Convención Americana, así como del artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, *en Ibidem*, párrafos 27-28.

¹⁴⁷ Tanta fue la actividad que la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el Perú, que este país andino pretendió retirar la competencia contenciosa de la Corte Interamericana para conocer de casos contenciosos. Sin embargo, este tribunal en ejercicio de su facultad inherente de la *competence de la competence*, determinó que el pretendido retiro no procedía en virtud de que al aceptar la competencia de la Corte de acuerdo con el artículo 62 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados ya no están facultados para retirar de forma unilateral dicha aceptación, sino que deberían de denunciar la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su conjunto para dejar de estar sometidos a la jurisdicción de la Corte Interamericana. Finalmente, con el cambio democrático en Perú en el año 2000, se decidió continuar bajo la jurisdicción del este tribunal interamericano, *en* Caso Ivcher Bronstein, Corte IDH, Sentencia sobre competencia de 24 de septiembre de 1999, Serie C, Número 77 y Caso del Tribunal Constitucional Corte IDH, Sentencia sobre competencia de 24 de septiembre de 1999, Serie C Número 78.

¹⁴⁸ Los casos contenciosos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha conocido en relación con los Decretos Ley del Perú en materia de terrorismo son: Caso Loayza Tamayo (1998); Caso Castillo Petrucci y

De igual forma, en mayo de 2003 el Tribunal Constitucional peruano consideró que los Decretos Ley emitidos para combatir al terrorismo y a la traición a la patria son inconstitucionales en la gran mayoría de sus disposiciones y por lo tanto, declaró nulo lo establecido en estas leyes denominadas “de emergencia”. De esta forma, Perú terminó con once años de régimen de excepción *de facto*, en donde el miedo y la incertidumbre fueron una constante dentro de la población¹⁴⁹.

H. México: la Ley de Seguridad Nacional

El 9 de diciembre de 2004 la Cámara de Diputados de México aprobó la Ley de Seguridad Nacional, la cual fue publicada el 2 de febrero de 2005¹⁵⁰. La Ley de Seguridad Nacional mexicana tiene como finalidad controlar todas aquellas amenazas a la seguridad y la paz nacional, entre las que se encuentran las relacionadas con el terrorismo. En efecto, el artículo 5, apartado XIII, dispone que “(p)ara los efectos de esta Ley, son amenazas a la Seguridad Nacional: [...] XIII. Todo acto de financiamiento de acciones y organizaciones terroristas”.

La finalidad de la Ley es dotar de nuevas facultades al órgano administrativo encargado de la seguridad nacional denominado “CISEN” (Centro de Investigación y Seguridad Nacional), entre las cuales está la de presentar solicitudes a la autoridad judicial para que ésta emita órdenes que permitan intervenir comunicaciones hasta por ciento ochenta días¹⁵¹.

otros (1999); Caso Cantoral Benavides (2000); Caso Hermanos Paquiyaury (2004); Caso De la Cruz (2004); Caso Lori Berenson y Mejía (2004); y recientemente el Caso García Asto y Ramírez Rojas (2005).

¹⁴⁹ El Tribunal Constitucional del Perú conoció de la Acción Constitucional promovida por más de 5 mil individuos en relación con “los Decretos 25.475, 25.659, 25.708 y 25.880, así como sus normas complementarias y conexas” en la cual se declararon inconstitucionales los artículos 7 y 13 h) del Decreto Ley 25475 así como la frase establecida en el artículo 20, “con aislamiento celular continuo durante el primer año de su detención y luego” y “(e)n ningún caso, y bajo responsabilidad del Director del establecimiento, los sentenciados podrán compartir sus celdas unipersonales, régimen disciplinario que estará vigente hasta su excarcelación”.

También declaró inconstitucionales los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 7 del Decreto Ley 25.659, así como la frase “traición a la patria” prevista en el artículo 6. Del Decreto 25.708 declaró incompatibles con la Carta Magna peruana, los artículos 1, 2 y 3. Finalmente, también consideró inconstitucionales los artículos 2, 3 y 4 del Decreto Ley 25.744, en Tribunal Constitucional, Acción de Inconstitucionalidad contra Decretos-Leyes N° 25.475, 25.659, 25.708 y 25.880, Lima, Sentencia de 30 de mayo de 2003.

¹⁵⁰ Ley de Seguridad Nacional, publicada en el *D.O.F.* el 2 de febrero de 2005.

¹⁵¹ El artículo 42 de la Ley de Seguridad Nacional establece que, (l)as intervenciones se autorizarán por un lapso no mayor de ciento ochenta días naturales. Como casos de excepción debidamente justificados, el juez podrá autorizar prórroga a dicho plazo hasta por un período igual al de la autorización original”.

Sin embargo esta facultad ha abierto una serie de discusiones entre los juristas en México, en virtud de que es tradicionalmente conocido que en nuestro país solamente es el Ministerio Público (equivalente al Fiscal en otros países), quien tiene la facultad de solicitar a un juez la intervención de las comunicaciones. Empero, con esta nueva Ley se abre la posibilidad de que otras autoridades puedan ejercer tal función, lo cual deja abierto el riesgo de que en aplicación de la Ley se presenten arbitrariedades, en virtud de que este ordenamiento impone al juez cargas difíciles que hacen relativamente sencillo obtener de él, una resolución favorable a la intervención a comunicaciones¹⁵². Habrá que esperar el desarrollo de la Ley de Seguridad Nacional, una vez aplicada, realizar un análisis con base en la práctica, y determinar si es violatoria de las garantías constitucionales o si por el contrario, su aplicación es compatible con ellas.

Además, la Ley de Seguridad Nacional procura ampliar la gama de información clasificada o reservada para efectos de que ella no pueda ser conocida por el público a través de los modernos sistemas de acceso a la información con los nuestro país actualmente cuenta. Por ello, tan pronto como fue sometida a su discusión en el seno del Congreso de la Unión, el Instituto Federal de Acceso a la Información (IFAI) mostró su preocupación ante la limitación ciudadana de acceder a la información concerniente a la seguridad nacional de México. A parecer del IFAI la nueva Ley de Seguridad Nacional viola el derecho a la información de los ciudadanos puesto que en su concepto, la información que se pretende clasificar no es justificable y por lo tanto, es violatoria de las garantías¹⁵³.

3. El combate al terrorismo consagrado en la Constitución

¹⁵² La Ley de Seguridad Nacional prevé que el Poder Judicial deberá establecer jueces especiales que conozcan de las solicitudes presentadas por el Centro de Investigación y Seguridad Nacional (CISEN). Al respecto el artículo 34 de la citada Ley dispone que,

“El Poder Judicial de la Federación, de acuerdo con su ley orgánica, determinará los juzgados que deban conocer de las solicitudes que en materia de Seguridad Nacional se presenten para intervenir comunicaciones privadas”.

Así también impone e impone un serie de restricciones para el Poder Judicial al señalar en el artículo 35 que:

“Los procedimientos judiciales que se instauran para autorizar las solicitudes de intervención en materia de Seguridad Nacional no tendrán naturaleza contenciosa y sus constancias procesales carecerán de valor probatorio en procedimientos penales o administrativos”.

¹⁵³ Cfr. “Consideraciones sobre la Iniciativa de Ley de Seguridad Nacional”, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, junio 2004.

Se han analizado algunos de los Estados que han intentado combatir al terrorismo a través de legislación de excepción. De igual manera se han estudiado algunos países que han dictado leyes ordinarias especiales encaminadas a la lucha y erradicación del terrorismo. Empero, existen naciones que han ido más allá en su intención de combatir y reprimir al terrorismo dentro de sus jurisdicciones, mediante la implementación de mecanismos especiales en los textos constitucionales. Los casos más importantes en el mundo occidental son, sin duda, España y Colombia.

A. España: el artículo 55.2 de la Constitución de 1978

La Constitución española ha incorporado en su texto un método particular de combate al terrorismo. Desde su redacción y aprobación en 1978, en el artículo 55.1 se establecieron los derechos que podían ser suspendidos bajo estado de excepción o de sitio. Asimismo, el mismo artículo en su segundo párrafo estableció la posibilidad de suspender los derechos contenidos en los artículos 17.2 (plazo máximo de detención de setenta y dos horas), 18.2 (inviolabilidad del domicilio sin orden judicial) y 18.3 (secreto de las comunicación salvo con orden judicial), cuando se tratare de investigaciones relacionadas con la actuación de “bandas armadas o elementos terroristas”¹⁵⁴.

De esta manera, el artículo 55.2 de la Constitución española previó desde su promulgación un tratamiento distinto a las investigaciones de terrorismo respecto de otros delitos. Los estados de emergencia en el sistema constitucional español quedaron reducidos únicamente al combate al terrorismo. Cabe mencionar que esta inclusión fue votada prácticamente por unanimidad por el constituyente español, lo cual resulta entendible si se considera por los aquellos tiempos, los atentados terroristas aumentaron su intensidad, llegándose a hablar incluso de una “normalización” de la violencia¹⁵⁵.

¹⁵⁴ El texto completo del artículo 55.2 constitucional dispone que:

“Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas”.

¹⁵⁵ De esta forma, José María Olarieta considera que el proceso de transición de la dictadura franquista a la democracia fue contrariamente a lo que muchos autores opinan, “sangriento y especialmente represivo”, en OLARIETA ALBERDI J.M. “Transición y Represión Política”, en *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, Número 70, octubre-diciembre de 1990, Madrid, página 226.

Así también la profesora de la Universidad de Granada, María Dolores Martínez Cuevas, señala que hasta el segundo semestre de 1978, año en que se promulgó la Constitución española,

El artículo 55.2 de la Constitución española ha sido reglamentado en varias ocasiones, ya sea de manera directa o bien, en cuestiones derivadas de este precepto constitucional. En efecto, la primera ley que reguló el artículo 55.2, fue la L.O. 11/1980¹⁵⁶ aunque con fuertes críticas por parte de senadores y diputados por considerarla como “terrorista” e “innecesaria”¹⁵⁷. Por su parte, la L.O. 11/1980 tuvo vigencia hasta el 4 de enero de 1985, fecha en la que entró en vigor la L.O. 9/1984¹⁵⁸. Esta nueva ley también fue duramente objetada durante los debates parlamentarios por considerarse imprecisa en sus disposiciones, violando el principio de legalidad, además de que no pudo superar los errores de la L.O. 11/1980 en relación con las amplias facultades concedidas a las autoridades. Así también, a la L.O. 9/1984 se le criticó su falta de delimitación en el tema de la extraterritorialidad¹⁵⁹.

“[...] las dos organizaciones terroristas que contaban con mayor infraestructura E.T.A. y G.R.A.P.O., tuvieron en el punto de mira de sus atentados a las Fuerzas de Orden Público, pero a partir de esa fecha atacaron también al Ejército. Ello significa que las organizaciones terroristas intentaron provocar a la citada Institución para que interviniera.

...

Durante los trabajos parlamentarios relativos al artículo 55 y preceptos concordantes de la Constitución española de 1978, consta expresamente la presencia de *violencia política* cuando se estaban redactando, así como las *presiones* recibidas por parte de nacionalistas vascos y catalanes. Estos atentados muestran el clima en que se redactó la Constitución y la posible repercusión que pudo tener en la redacción concreta de algunos preceptos constitucionales, como el actual artículo 55.2 de la Constitución (*sic*)”.

En este sentido, la profesora Martínez Cuevas incluso intituló a esta sección de su obra como “(e)l papel del consenso y de la violencia política en el proceso de elaboración del artículo 55.2 y preceptos concordantes de la Constitución Española (*sic*)”, en MARTINEZ CUEVAS María Dolores, “La suspensión individual de Derechos y Libertades Fundamentales en el Ordenamiento Constitucional Español: un Instrumento de Defensa de la Constitución de 1978”. Universidad de Granada-Editorial Comares, Granada, 2002, páginas 164-191.

¹⁵⁶ Ley Orgánica 11/1980, “sobre los supuestos previstos en el artículo 55.2 de la Constitución”, publicada en el *B.O.E.* el 1 de diciembre de 1980,

¹⁵⁷ La L.O. 11/1980 disponía entre otras cosas, el incremento del plazo de detención preventiva de tres (señalado por la Constitución como regla general) a diez días; la competencia jurisdiccional es asignada a la Audiencia Nacional; la escasez de garantías mínimas a los detenidos sobretudo por la incomunicación y la posibilidad de dejar la indefensión al inculpado y; la amplia facultad de la autoridad de registrar las comunicaciones.

Además, el Diputado Bandrés Molet en su participación denunció que la Ley no es nueva en su contenido sino una prolongación de la legislación antiterrorista de épocas anteriores, con lo que imita los “tremendos estados de excepción franquista”, en MARTINEZ CUEVAS María Dolores, *supra* nota 66, páginas 192-193.

¹⁵⁸ Ley Orgánica 9/1984, “contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución”, publicada en el *B.O.E.* el 26 de diciembre de 1984.

¹⁵⁹ La L.O. 9/1984 tuvo una triple perspectiva, pues en primer lugar desarrolló el contenido del artículo 55.2 de la Constitución española. En segundo término, contuvo disposiciones de carácter penal, relacionadas con el terrorismo. Finalmente, estableció la regulación procesal penal respecto de bandas armadas y elementos terroristas, en REMOTTI CARBONELL José Carlos, *supra* nota 46, páginas 267-297.

Finalmente, la L.O. 9/1984 reglamentó al artículo 55.2 constitucional hasta 1988, cuando se expidió la L.O. 4/1988¹⁶⁰, mediante la cual se dispuso la derogación de la ley de 1984. En esta nueva ley también se generaron múltiples discusiones entre los diputados pues al igual que sus antecesoras, había resistencia de algunos legisladores debido al peligro que corría la figura de la presunción de inocencia; el rompimiento del principio de igualdad de las partes al otorgar al Fiscal una posición de ventaja frente al acusado, de acuerdo al artículo 504 bis de la ley; la inutilidad de la prolongación del tiempo de detención preventiva; la eliminación de la intervención judicial en caso de investigaciones de terrorismo y; el cuestionamiento de la competencia otorgada a la Audiencia Nacional para este tipo de causas¹⁶¹.

Asimismo, paralelamente al desarrollo reglamentario del artículo 55.2 de la Constitución, se han dictado otras leyes que, si bien no se desprenden directamente de lo preceptuado en esta disposición constitucional, influyen de igual forma en lo relativo a la investigación de bandas armadas y de elementos terroristas. Entre ellas se destacan la L.O. 3/1988 “para la reforma del Código Penal”¹⁶², la L.O. 1/1992 “sobre Protección de la Seguridad Ciudadana”¹⁶³ y la L.O. 10/1995 “del Código Penal”¹⁶⁴.

Esta es pues la legislación española en materia de combate al terrorismo que tiene su origen en el propio texto constitucional y del que se han derivado distintas leyes reglamentarias. La presencia del grupo terrorista vasco ETA, aunado con la aparición de grupos islámicos responsables de los atentados del 11 de marzo de 2004 en la línea ferroviaria de Madrid, hacen que este país se mantenga en constante alerta ante el terrorismo y diseñe toda una estructura legal y constitucional para combatir a este germen.

¹⁶⁰ Ley Orgánica, 4/1988, “de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, publicada en el *B.O.E.* el 25 de mayo de 1988.

¹⁶¹ La L.O. 4/1988 contenía entre sus aspectos más relevantes la posible suspensión de la notificación a los afectados de que son objeto de aplicación de las medidas suspensivas previstas en el artículo 55.2 de la Constitución; la inclusión de la suspensión provisional de no ejercer cargos públicos como resultado de un “auto firme de procesamiento” y de ingreso a prisión y; sanciones para el caso de un ejercicio abusivo de las facultades establecidas en el propio artículo 55.2 constitucionalidad. Así también, no se reglamentó la forma en cómo el órgano legislativo debe de ejercer el control respecto del artículo 55.2, ni tampoco se abordó lo relativo a las garantías mínimas en la aplicación de la suspensión de derechos y libertades previstas en los artículos 18.2 y 18.3 de la Constitución, en REMOTTI CARBONELL José Carlos, *supra* nota 46, páginas 315-329.

¹⁶² Ley Orgánica 3/1988 “de Reforma del Código Penal”, publicada en el *B.O.E.* el 25 de mayo de 1988.

¹⁶³ Ley Orgánica 1/1992 “sobre la Protección de la Seguridad Ciudadana”, publicada en el *B.O.E.* el 21 de febrero de 1992.

¹⁶⁴ Ley Orgánica 10/1995 “del Código Penal”, publicada en el *B.O.E.* el 23 de noviembre de 1995.

B. Colombia: el Estatuto Antiterrorista de 2003

Ya se ha mencionado que durante décadas Colombia utilizó recurrentemente la legislación de emergencia para hacer frente a la violencia terrorista que la guerrilla y grupos de choque generaban dentro de su territorio. Estos decretos de emergencia tenían la problemática de ser temporales por lo que una vez terminada su vigencia, los poderes especiales con los que contaba el ejecutivo automáticamente desaparecían y con ello, no se atacaba de fondo el problema real que ocasionaba tal violencia. Esta situación fue así calificada por la Corte Constitucional colombiana al señalar que:

*Si se comparan los considerandos del decreto 1793 del 8 de noviembre de 1992, con los del decreto 1370 del 16 de agosto de 1995, se encuentra que sustancialmente son los mismos. ¿Por qué? Sencillamente porque las situaciones de desorden público que se pretendía conjurar en las dos épocas eran, en esencia, las mismas, con la única diferencia de la agravación de ellas en 1995 [...]*¹⁶⁵.

De esta forma, dado que los decretos de emergencia no cumplían con la función de erradicar totalmente la violencia terrorista, el gobierno colombiano sometió en el 2002 un proyecto de reforma constitucional, en el cual se planteó la incorporación a la Constitución de mecanismos de investigación específicamente para actos de terrorismo, con la finalidad de que se eliminara el grave defecto que aquejaban los decretos de emergencia como lo era precisamente la temporalidad de su vigencia¹⁶⁶.

La reforma constitucional que finalmente entró en vigor en 2003 dispuso la posibilidad de intervenir correspondencia y otros tipos de comunicación sin la necesidad de orden judicial,

¹⁶⁵ La Corte Constitucional de Colombia declaró inconstitucional al decreto de excepción 1370 de 1995 pues consideró que la causa por la que fue impuesto es decir, los actos terroristas, no eran suficientes para que la seguridad pública o nacional se vieran amenazadas. Sin embargo, dejó ver que con la implementación de Decretos de emergencia no se atacaba de fondo el problema de terrorismo, debido a que no se le daba al gobierno el tiempo necesario para combatir este problema desde sus raíces, *en* Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia C-466/95.

¹⁶⁶ En la exposición de motivos a esta reforma constitucional se estableció que:

“Hoy nos encontramos ante la misma situación crítica de orden público, si no peor, y han pasado siete años desde este pronunciamiento [refiriéndose a la sentencia C-466/1995 de la Corte Constitucional de la República de Colombia]. No puede señalarse nada distinto a que, si se han mantenido tales considerandos durante tantos años, es porque la situación no es transitoria y, por ende, los mecanismos adecuados para conjurarla no se puede facilitar mediante decretos legislativos.

Se requiere, por el contrario, normatividad permanente [...]”.

Para ahondar en la explicación de la reforma constitucional se recomienda, la Exposición de Motivos al PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO No. 223-2003 CÁMARA “Por medio del cual se modifican los artículos 15, 28 y 250 de la Constitución Política de Colombia, para enfrentar el terrorismo”.

lo cual marcaba una excepción a la regla general establecida en los dos primeros párrafos del artículo 15 constitucional. Así también el artículo 28 del texto constitucional estableció la facultad de realizar detenciones, allanamientos y registros domiciliarios sin necesidad de orden judicial cuando existieren “serios motivos para prevenir la comisión de actos terroristas”. Finalmente en el artículo 250 se facultó a la Fiscalía General de la Nación para que con la finalidad de combatir al terrorismo, conformara unidades especiales tanto por policías judiciales como por miembros del ejército.

La reforma constitucional fue severamente criticada desde el momento mismo de su aprobación, a grado tal que la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia, insistió desde su discusión en el Congreso del grave impacto que esta reforma constitucional podría acarrear a las obligaciones contraídas por Colombia a través de los tratados internacionales de derechos humanos de los que este país es parte¹⁶⁷.

Sin embargo, fue tanto el impacto negativo que dentro de la sociedad colombiana causó esta reforma constitucional, que incluso llegó a conocimiento de la Corte Constitucional de la República de Colombia un par de Acciones Públicas de Inconstitucionalidad en las que se alegaba la incompatibilidad de la reforma en relación con la Carta Magna. Así, en su sentencia de 30 agosto de 2004, la Corte Constitucional determinó la inconstitucionalidad de la reforma por haber padecido de vicios en el procedimiento de su formación y aprobación, los cuales si no se hubieran presentado, muy probablemente no se habría obtenido la mayoría absoluta necesaria para lograr la aceptación de la reforma

¹⁶⁷ La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia, señaló que

“(a)nte la Cámara de Representantes la Oficina ha hecho notar la incompatibilidad entre los tratados de derechos humanos y las propuestas que buscan introducir en el ordenamiento jurídico colombiano el ejercicio de funciones de policía judicial por miembros de las fuerzas militares, y el otorgamiento a las autoridades administrativas de facultades permanentes para disponer, sin orden judicial previa y ‘para prevenir el terrorismo’, la interceptación de comunicaciones privadas, la aprehensión de personas fuera del caso de flagrancia y el allanamiento del domicilio”.

Además este órgano de Naciones Unidas agregó que:

“La Oficina estima necesario que, en vez de otorgar facultades de policía judicial a los militares, el Estado fortalezca los servicios de policía judicial hoy prestados por la Policía Nacional. Con tal fin este cuerpo debe ser dotado de mayores recursos financieros y técnicos para apoyar, con mayor eficacia y prontitud, la tarea de las autoridades encargadas de administrar justicia mediante la investigación y el juzgamiento de los delitos”.

Para analizar el texto completo, “Observaciones y Sugerencias sobre el Proyecto de Modificaciones Constitucionales para Combatir el Terrorismo”, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 23 de septiembre de 2003.

constitucional¹⁶⁸. Con esto, la reforma constitucional que disponía el estatuto antiterrorista ha quedado sin efectos por no haberse seguido los procedimientos parlamentarios exigidos por la propia Constitución nacional para modificar el texto fundamental colombiano.

4. Iniciativa de ley en Argentina para combatir al terrorismo

El 11 de septiembre de 2002 en el seno del Congreso Nacional de la República de Argentina, el bloque justicialista ante el Senado, encabezado por el senador Miguel Pichetto, presentaron un proyecto de Ley Antiterrorista para que fuera discutido y aprobado. Sin embargo, a diferencia de otros países, este proyecto de ley antiterrorista ha encontrado más resistencia dentro de los órganos legislativos argentinos, debido fundamentalmente a la agresividad que muestra el proyecto en donde se le asignan funciones especiales a la policía nacional y al ejército, además de introducir figuras de “espionaje” en la etapa de investigación¹⁶⁹.

Así también, el proyecto de ley antiterrorista argentina permite la ampliación hasta en el doble de “[...] todos los plazos procesales de la duración establecida en el Código Procesal

¹⁶⁸ La Corte Constitucional de Colombia señaló al respecto que:

“135. El examen adelantado en esta sentencia muestra que la Corte constató una grave irregularidad en la sesión del 5° de noviembre de 2001, pues la Mesa Directiva levantó indebidamente la sesión y suprimió los efectos de la votación del informe de ponencia que había ocurrido ese día. El análisis jurídico demostró que esa irregularidad constituía un vicio de procedimiento en el trámite del Acto Legislativo No 2 de 2003 pues afectó la formación de la voluntad democrática de las cámaras.

...

144. [...] el vicio consistió nada más y nada menos, que en el desconocimiento del procedimiento agravado propio de reforma constitucional y en la distorsión de la formación de la voluntad democrática de las cámaras, puesto que se pretendió ignorar una votación que mostraba que la reforma no había alcanzado la mayoría absoluta exigida por la Carta. Y si eso no es un vicio de inconstitucionalidad, ¿entonces qué puede ser un vicio de procedimiento en la aprobación de un acto legislativo?”

Finalmente la Corte Constitucional decidió “DECLARAR INEXEQUIBLE el Acto Legislativo 02 de 18 de diciembre de 2003, “*por medio del cual se modifican los artículos 15, 24, 28 y 250 de la Constitución Política de Colombia para enfrentar al terrorismo*”, por el vicio de procedimiento ocurrido en el sexto debate de la segunda vuelta”, en Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia C-816 de 30 de agosto de 2004, Bogotá D.C.

¹⁶⁹ El Proyecto de Ley Antiterrorista de Argentina permite la figura del “agente encubierto”, al prever en el artículo 5 que:

“Durante el curso de una investigación y a los efectos de comprobar la comisión de alguno de los delitos previstos en esta ley, de impedir su consumación, de lograr la individualización o detención de los autores, partícipes o encubridores, o para obtener y asegurar los medios de prueba necesarios, el juez por resolución fundada podrá disponer que agentes de las fuerzas de seguridad en actividad actuando en forma encubierta:

1. Se introduzcan como integrantes de organizaciones delictivas que tengan entre sus fines la comisión de los delitos previstos en esta ley;
2. Participen en la realización de alguno de los hechos previstos en esta ley”.

Penal de la Nación (Ley 23.984)”¹⁷⁰. De igual forma, el proyecto permite que con tal de no comprometer el éxito de la investigación, “[...] el juez de la causa podrá actuar fuera de su jurisdicción territorial ordenando directamente a las autoridades de prevención las diligencias que considere pertinentes”¹⁷¹.

En definitiva, este proyecto viene a instaurar un régimen de investigación agresivo, el cual deberá ser revisado y enmendado para que pueda obtener la mayoría necesaria en el Congreso argentino. Sin embargo, al ser la única iniciativa antiterrorista propuesta hasta el momento, es de gran utilidad someter este proyecto de ley a un examen para determinar su compatibilidad con el derecho constitucional e internacional de los derechos humanos.

¹⁷⁰ Artículo 3 del Proyecto de Ley Antiterrorista presentado ante el Senado por el bloque justicialista, el 11 de septiembre de 2002.

¹⁷¹ Idem.

LA DEFINICIÓN DEL TERRORISMO

En este inicio de siglo XXI nadie duda que el terrorismo como mal social deba ser erradicado de todos los rincones en donde este germen se esconda. El terrorismo es una amenaza no sólo para el ejercicio diario de los derechos y libertades de todos los individuos, sino también un fenómeno que pretende menoscabar la institucionalidad democrática sobre la que los países sientan, o al menos debieran sentar, sus esfuerzos.

Sin embargo, el combate al terrorismo no es una lucha de fácil realización. La politización que inherentemente conlleva, así como las diversas opiniones y críticas sobre cada aspecto de la “lucha contra el terrorismo”, hacen que las reacciones gubernamentales no se lleven a cabo sin que exista oposición a cada paso que se procure en aras de desarticular y erradicar al terrorismo. En estos desencuentros, quizás la definición del terrorismo sea el tema de debate que ha causado mayor divergencia entre sectores académicos, políticos y diplomáticos, lo que ha convertido a este tema en la prioridad de las agendas de los órganos de seguridad internacionales y nacionales, así como en las discusiones académicas, jurídicas y políticas, en todos los países del orbe, sin que ninguna solución se haya logrado ni parezca alcanzarse pronto.

Paradójicamente el terrorismo ha penetrado en el lenguaje diario de la gente, principalmente en países donde el terrorismo internacional encuentra a sus más atractivos objetivos. En Estados Unidos, Inglaterra, Canadá o Australia, por citar algunos ejemplos, son incontables las ocasiones en que cada día la gente escucha en la radio o la televisión, alguna noticia o anuncio gubernamental relativa al terrorismo, llegando incluso a extremos de incluir en programas informativos en televisión, señales permanentes en las que se indica si la alerta terrorista es baja, media o alta¹⁷². Como consecuencia de ello, la palabra “terrorismo” es común en las conversaciones diarias de la gente sin ni siquiera detenerse a meditar sobre su significado real. Empero, el problema no se reduce a si la gente común conoce lo que terrorismo como concepto implica, sino que por el contrario, esta cuestión se

¹⁷² En Estados Unidos, las principales cadenas televisivas de información CNN, CBS y FOX presentan permanentemente esta clase de alertas. Igualmente, en la cadena nacional australiana ABC, se informa a los televidentes sobre la posibilidad de que se esté ante la inminencia de un probable atentado. Similares anuncios son presentados en la cadena BBC británica.

complica cuando se pretende contestar una pregunta que ha inquietado a la comunidad internacional por más de setenta años sin encontrar aparente respuesta, ¿el terrorismo por sí mismo tiene un significado?

El terrorismo es una palabra de contenido ambiguo desde el momento mismo que fue acuñada. Desde la etapa posrevolucionaria en Francia, con este término se han denominado a diferentes actos que progresivamente han sido identificados con este término; al paso del tiempo el terrorismo cada vez comprende más actos o conductas dentro del lenguaje cotidiano, sin que en ningún momento se haya ofrecido una definición generalmente aceptada y consistente del terrorismo como concepto. Esto ha llevado incluso a que batallas de independencia o guerras contra opresión que se han cubierto de gloria e inmortalidad en la historia de muchas naciones, hoy serían consideradas como terrorismo, y los que hubieren luchado en aquellos acontecimientos, mientras que por ello se convirtieron en próceres nacionales, bajo la ambigua idea actual del terrorismo, hoy serían terroristas¹⁷³.

Así, para que un objeto pueda ser conocido es primordial analizarlo en abstracto para convertirlo en un concepto. Posteriormente se debe de identificar con un término, y con estas tres bases, objeto, concepto y término, entonces es posible llegar a una definición, misma que será la encargada de ofrecer la diferenciación de un objeto en relación con otros. Aunque el terrorismo no puede escapar de este proceso de conocimiento, lo cierto es que a lo largo de su desarrollo no ha dejado claro cuál es su objeto, su concepto y por ende, su definición. Lo único que se tiene en el terrorismo es la identificación del término. Sin embargo, el término “terrorismo”, como ya se ha mencionado anteriormente, significa algo diferente para cada persona; igualmente, al preguntar a la gente común, a expertos y agentes gubernamentales sobre alguna definición probable de “terrorismo” todos los encuestados seguramente pensarán en diferentes opciones, con grandes diferencias entre

¹⁷³ De acuerdo con la concepción actual en Estados Unidos sobre terrorismo, por ejemplo, “[...] bajo ciertas definiciones adoptadas por agencias del Gobierno de Estados Unidos y algunos académicos, la Guerra de Independencia, la Guerra del Golfo, la ‘Contra’ insurgencia en Nicaragua, la insurgencia antiCastro apoyadas por los Estados Unidos, son ejemplos de terrorismo”, en BERES René, “The Meaning of Terrorism. Jurisprudential and Definitional Clarifications”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 28 *Vand. J. Transnat'l L.* 239, marzo 1995, página 240. Así también, “[...] eventos de la historia de Estados Unidos, que son generalmente honrados, como el ‘Boston Tea Party’, que ayudó a desencadenar la Revolución Americana, y la lucha contra esclavos de John Brown podrían encuadrarse bajo las definiciones actuales de terrorismo”, en SETO Theodore, “The Morality of Terrorism”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, 35 *LOY L.A L. R.* 1227, 2002, página 1227.

cada una de las respuestas, dado que la dificultad para lograr una definición del terrorismo radica en que ni siquiera se ha podido delimitar el objeto y por consecuencia, tampoco se tiene un consenso sobre el concepto de “terrorismo”.

Por ello, este Capítulo analizará en primer lugar los principales problemas que enfrentan académicos, parlamentarios y diplomáticos para llegar a un consenso en la definición de terrorismo. Asimismo, se estudiarán los elementos estructurales que la descripción del tipo penal debe contener en aras de mostrar efectividad en su aplicación. Finalmente, se abordarán posibles escenarios de lo que podrá ser el debate de la definición del terrorismo en el futuro de mediano y largo plazo.

3. ¿Por qué el terrorismo es difícil de definir?

Históricamente, la definición del terrorismo se ha enfrentado a gran cantidad de problemas de diverso carácter, mismos que han impedido la construcción de un consenso internacional, como resultado de la diversidad de elementos que involucra el terrorismo. Entre las dificultades que los intentos doctrinales, gubernamentales y diplomáticos no han podido superar se encuentran principalmente: *i)* la disyuntiva entre terroristas o luchadores por la libertad, así como contra la ocupación y la opresión; *ii)* la vinculación del terrorismo con la deslegitimación y la criminalidad; *iii)* la multiplicidad de formas y manifestaciones de los atentados terroristas y; *iv)* la intensa variabilidad de la idea de terrorismo en los últimos dos siglos.

A. ¿Terroristas o luchadores contra la opresión y la ocupación?

La primera gran dificultad, y quizás la más importante, es la connotación social y política que el terrorismo conlleva como fenómeno. Aunque la idea más simplista de analizar al terrorismo es como un delito más a perseguir por las leyes penales, lo cierto es que este mal trasciende la esfera criminal para constituirse como un factor real en la vida política y social de una sociedad determinada.

Como se ha señalado en el Capítulo I, la idea de combatir al terrorismo frecuentemente no es compartido por todos los sectores de un grupo social. Como prueba de ello, mientras que para los palestinos *Hamas* se constituye como un grupo de liberación nacional y que resiste a la opresión frente a lo que ellos llaman como la “ocupación israelí”, los israelíes consideran a este grupo islámico como terrorista. La frase acuñada por el Presidente

estadounidense Ronald Reagan “un terrorista es para algunos un luchador de la libertad” demuestra claramente que el terrorismo es un concepto utilizado para los intereses de cada parte participante en un conflicto de interés¹⁷⁴. Así, si bien para Israel, la Organización para la Liberación Palestina (OLP) es de corte terrorista por ejecutar atentados suicidas en ciudades israelíes, para los palestinos la ocupación y constante acoso de las autoridades israelíes sobre suelo árabe son igualmente actos de terrorismo. De esta forma, el terrorismo es un concepto político más que jurídico.

Tanto es el terrorismo un fenómeno político que aún cuando nadie duda que es un mal social que debe ser erradicado, por sus características suele ser un crimen fácilmente perdonable, incluso por personas, grupos y países que hoy lideran la “guerra contra el terror”. Grupos que tradicionalmente han sido etiquetados como terroristas, reciben públicamente apoyo por parte de distintos actores políticos nacionales e internacionales para que continúen con sus actividades, muchas de ellas terroristas¹⁷⁵. En Colombia, por ejemplo, mientras distintos gobiernos consideraron a las Fuerzas Armadas y Revolucionarias de Colombia (FARC) y al Ejército de Liberación Nacional (ELN) como grupos armados ilegales entre otras cosas por cometer atentados terroristas, la administración encabezada por el ex Presidente Andrés Pastrana (1998-2002) cambió la política en relación con la guerrilla y les otorgó prerrogativas a estos grupos de acuerdo, según aquel gobierno, con el Derecho Internacional Humanitario (DIH). Otros Estados han optado por no sancionar y más aún negociar con grupos terroristas posibles treguas o para dar fin a la violencia, tal es el caso de Israel, un país históricamente represor ante los atentados palestinos, que prefirió sentarse a la negociación con el líder de la OLP, el mítico Yasser Arafat, quien durante décadas fue condenado internacionalmente como el comandante de los atentados palestinos en Israel. De esta negociación se originaron los

¹⁷⁴ El reconocido especialista en Derecho Penal Internacional, Cherif Bassiouni, al observar la dificultad en encontrar un consenso sobre la definición de “terrorismo”, ha señalado que “(l)o que es terrorismo para unos, es heroísmo para otro”, en BASSIOUNI Cherif, “Internacional Terrorism; Multilateral Conventions (1937-2001)”, Transnational Publishers, Inc. Nueva York, 2001, página 15.

¹⁷⁵ Sólo basta observar el apoyo que anualmente recibe la Organización para la Liberación Palestina por parte de diversos sectores, entre ellos la propia Unión Europea. Igualmente, durante décadas los grupos separatistas de Irlanda del Norte fueron financiados en gran parte por estadounidenses de origen irlandés por medio del Fondo de Ayuda para Irlanda del Norte (NORAIID por sus siglas en inglés), para que a través de actividades consideradas como terroristas lograran el objetivo de separarse de la corona británica, hasta que autoridades del Reino Unido prohibieron estas transferencias, en COMBS Cindy C., “Terrorism in the Twenty First Century”, Prentice Hall, Londres, 2003, página 168.

Acuerdos de Oslo en 1994, en donde países como Estados Unidos o el Reino Unido, quienes actualmente comandan la “guerra contra el terrorismo”, hicieron una “excepción” y apoyaron dichas negociaciones cuya aplicación se extendió fallidamente hasta prácticamente el final de la administración federal del Presidente Bill Clinton en el año 2000.

El carácter político del terrorismo ha influenciado también a las más altas esferas de los órganos promotores de la paz. Nadie hubiera imaginado que el prestigiado Premio Nóbel de la Paz hubiese sido concedido ya en tres ocasiones a personajes que en algún momento fueron catalogados como terroristas. El primero de ellos, en la temprana posguerra, Menachen Begin, el líder de la organización sionista Irgun, fue condecorado con la máxima distinción del Rey de Suecia, no obstante su responsabilidad en atentados terroristas contra bases británicas y árabes en los territorios palestinos cuando aún no se reconocía el Estado de Israel¹⁷⁶. Asimismo, el fundador del Congreso Nacional Africano (ANC por sus siglas en inglés), Nelson Mandela, fue severamente cuestionado por las prácticas terroristas que el ANC ejecutó a través de su brazo armado Arma de la Nación (también conocido como *Umkhonto We Sizwe*). Empero, a Nelson Mandela se le ha reconocido como luchador de la paz no sólo por el Comité Evaluador del Premio Nóbel de la Paz, sino además por toda la comunidad internacional¹⁷⁷, tanto que en la actualidad a Mandela se le considera como un valuarte de la paz del siglo XX junto a personalidades como Mahatma Ghandi o Karol Wojtila, a pesar de los ataques, muchas veces indiscriminados de la ANC comandados por Mandela.

También el líder palestino, Yasser Arafat, conocido por liderar la OLP y sus actividades catalogadas como terrorismo, fue durante años señalado como la persona que ordenaba la violencia en contra de blancos israelíes. Sin embargo, los Acuerdos de Oslo entre la OLP y

¹⁷⁶ La organización *Irgun*, bajo el mando de Menachem Begin, fue responsable entre otros atentados, del ataque terrorista del Hotel Rey David en Jerusalén el 22 de junio de 1946, que mató a noventa y un personas, aprovechando que en su interior se encontraba el Secretario de Gobierno de Palestina, así como los Jefes de las Fuerzas Británicas en Palestina y Jordania, en LAQUEUR Walter, “The New Terrorism”, Oxford University Press, Oxford, 2000, pagina 23.

¹⁷⁷ Durante los años del *apartheid* a Nelson Mandela se le consideró como terrorista no sólo por el gobierno sudafricano, sino incluso por la comunidad internacional en su conjunto. La ANC, bajo el liderazgo de Mandela, es responsable por atentados, varios de ellos indiscriminados, en contra de comunidades europeas dentro de territorio sudafricano, en el que se destaca el atentado a un centro comercial de Durbán en diciembre de 1985, en MUTUA Makua, “Terrorism and Human Rights: Power, Culture and Subordination” Buffalo Human Rights Law Review, 8 Buff. Hum. Rts. L. Rev. 1, 2002, página 9.

el gobierno israelí del Presidente Yitzhak Rabin, la significaron a Arafat el Premio Nóbel de la Paz y el reconocimiento internacional como promotor de la paz en el oriente medio. Con ello, el temido terrorista palestino de la década de los setenta, ochenta y noventa se convirtió en otro valuarte de la paz en aquella región¹⁷⁸.

Así, el elemento político ha logrado que el terrorismo a lo largo de su historia haya provocado grandes contradicciones. Mientras Estados Unidos ahora insiste en combatir al terrorismo internacional, en tiempos anteriores pareciera que prefería sentarlos a la mesa a dialogar. Arafat, Mandela y Begin de ser considerados criminales se convirtieron en promotores de la paz, aunque, ¿será que la comunidad internacional se equivocó en llamarlos terroristas? o, visto desde otra perspectiva ¿será que fue un error otorgarles el Premio Nóbel de la Paz? Quizás ni la comunidad internacional en su momento, ni el Comité Calificador del Premio Nóbel de la Paz se equivocaron en sus apreciaciones, pues al no estar perfectamente delimitado el término “terrorismo”, hace que éste se convierta en extremadamente flexible y permite que una persona simultáneamente pueda ser terrorista o un luchador de la paz.

El aspecto político del terrorismo ha encontrado su mayor punto de conflicto en los movimientos fundados en el principio de autodeterminación de los pueblos. Al final de la Segunda Guerra Mundial, las potencias europeas mantenían bajo su control más de la mitad de los territorios africanos, del medio oriente y de la región surasiática. Con motivo de la entrada en vigor de la Carta de las Naciones Unidas, y con ello el reconocimiento del principio de autodeterminación, distintas subnaciones de diversas partes del orbe comenzaron a buscar su independencia de las potencias europeas. A lo largo de la segunda mitad del siglo XX, decenas de países lograron su libertad como naciones respecto de la dominación extranjera, mediante un proceso conocido como “descolonización”, el cual desencadenó la creación de grupos armados que lucharon en contra de los ejércitos europeos que mantenían el control sobre sus territorios. Obviamente, los países de Occidente consideraron a todos estos grupos no como de liberación, sino como terroristas, mientras que otros países, con simpatía hacia esos grupos de liberación nacional, señalaron

¹⁷⁸ Quizás el líder palestino Yasser Arafat es el caso más notorio y de quien ha nacido la frase “el terrorista de ayer es el héroe de mañana y el héroe de ayer se convierte en el terrorista de mañana”, en ZAREH Firooz, “Islam versus Terrorism”, Twin Lakes Publishing, Denver, 2002, página 23.

en conferencias diplomáticas que los actos que los grupos nacionales armados desarrollaban eran en ejercicio del derecho a la autodeterminación y a la lucha contra la opresión¹⁷⁹.

Por ello, además de la Carta de la ONU, otros países y organizaciones creados precisamente durante la época de la “descolonización” han marcado como límite al combate al terrorismo a toda violencia legítima que tienda a reivindicar la autodeterminación como valor supremo de todo grupo socialmente organizado. En efecto, la Carta de la antigua Organización de la Unión Africana establecía en su artículo 3 que:

No obstante lo previsto en el artículo 1, la lucha desarrollada por pueblos de acuerdo con los principios del Derecho Internacional para su liberación o autodeterminación, incluidas luchas armadas contra colonialismo, ocupación, agresión y dominación por fuerzas extranjeras no deben ser consideradas como actos terroristas¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Después de los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York y Washington D.C., las discusiones en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas en torno a la definición de terrorismo, giraron en la discrepancia entre lo que para unos países es terrorismo y para otros es una lucha de liberación. Como se ha hecho costumbre en los debates internacionales, el caso típico que unos y otros tomaron el respecto fue la ocupación israelí en territorios palestinos. Para países árabes, como Siria e Irak (antes de la caída del régimen de Saddam Hussein):

“Nosotros no podemos condenar al terrorismo y combatirlo cuando pegue a algún país, y hacernos ciegos cuando pega a otros. No es aceptable calificar como terrorismo la lucha de pueblos para protegerse o para alcanzar su independencia, mientras al mismo tiempo se ignora al terrorismo real y sus muchas facetas, como la ocupación [...]”, en “Calls for Resolute Action Against Terrorism Tempered in Assembly by Appeals for Caution in Identifying ‘enemy’”, U.N. GAOR, 56th Sess., 19th & 20th plen. mtgs. U.N. Doc. GA/9962, 12 de noviembre de 2001.

Con este tipo de manifestaciones los países árabes se refieren a la ocupación en Palestina como el verdadero terrorismo. En reacción a la posición árabe la delegación israelí en la Asamblea General de las Naciones Unidas señaló que, “[...] terrorismo debe ser definido por lo que uno hace, no por lo que uno lo realiza”, en “General Assembly Hears 34 Speakers in Continued Debate on Global Terrorism; Difference Between Terrorism, Among Issue Raised”, U.N. GAOR, 56th Sess., 19th & 20th plen. mtgs. U.N. Doc. GA/9927, 4 de octubre de 2001.

¹⁸⁰ Otras organizaciones internacionales también han consagrado la lucha contra la opresión, la colonización y la ocupación en sus Cartas constitutivas, principalmente en la región árabe. La Liga Árabe en el artículo 2.a menciona que:

“Todos los casos de lucha por cualquier motivo, incluidas luchas armadas, contra ocupación extranjera y agresión para la liberación y auto-determinación, de acuerdo con los principios del Derecho Internacional, no debe ser considerado como ofensa. Esta norma no debe aplicar a ningún acto que afecte la integridad territorial de ningún Estado árabe”.

A su vez, la Organización de la Conferencia Islámica ha establecido al respecto que:

“La lucha de pueblos incluidas luchas armadas contra ocupación extranjera, agresión, colonialismo y hegemonía, que ayuden a la liberación y a la auto-determinación de acuerdo con el Derecho Internacional no debe ser considerada como terrorista”.

Ahora bien, del texto transcrito, se puede advertir que aunque el derecho a la autodeterminación es una prerrogativa sagrada de los pueblos, ésta no puede apartarse de las permisiones y límites que impone el Derecho Internacional. Sin embargo, ¿existe alguna norma jurídico-internacional que permita a un grupo rebelarse violentamente ante el sector dominante, vulnerando así el orden jurídico imperante?

Al igual que a nivel interno, los conflictos a escala internacional pueden desembocar en luchas armadas tradicionalmente entre Estados o entre un Estado por un lado, y un grupo rebelde por otro¹⁸¹, sin que esto signifique que estén desapegados a normas jurídicas. Por el contrario, desde la segunda mitad del siglo XIX, la comunidad internacional fue preocupándose más intensamente por la situación tan inhumana en la que las batallas se desarrollaban. Con estos esfuerzos fue como nació formalmente el DIH, como una nueva rama jurídica para regular los conflictos. No obstante, el DIH fue diseñado en principio para imponer obligaciones y conceder derechos a Estados involucrados en hostilidades; el DIH inició su vida *iusinternacional* en 1899 con el primer Convenio de la Haya, aunque su desarrollo doctrinal data de décadas atrás.

No obstante, fue hasta la celebración de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 cuando entró a escena un nuevo sujeto de DIH. En efecto, a través del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, los Estados acordaron establecer derechos y obligaciones a grupos internos o domésticos en beneficio de grupos armados no estatales¹⁸². Más aún, con la entrada en vigor del Protocolo I de 1977 a los Convenios de

¹⁸¹ Existen varias definiciones que válidamente describen la Guerra. La primera de ellas señala por guerra, “[...] la violencia que se da entre Estados o grupos políticos organizados”. Asimismo, la concepción ofrecida por Clausewitz, la cual es la más común, señala que la guerra es “un acto de violencia destinado a obligar a nuestro enemigo a hacer nuestra voluntad”. También en Cicerón se puede encontrar una definición de guerra plenamente vigente en la actualidad, misma que fue recogida por Hugo Grocio. Para ellos la guerra es “un conflicto de intereses a través de la fuerza”, en MARTINEZ Francisco José, “Guerra Justa y Lucha contra el Terrorismo” en *Guerra, Terrorismo y Derechos Humanos*, Papeles de la FIM No. 19, 2º época, Barcelona, 2002, página 59.

¹⁸² El artículo 3 común a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949 señala las garantías mínimas que los Estados deben garantizar a las partes en un conflicto interno armado. En este sentido esta disposición señala textualmente que:

“En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas

Ginebra, las luchas armadas no internacionales adquirieron una reglamentación más completa y complementaria del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra¹⁸³. Así, no cabe duda este instrumento internacional provee de una amplia normatividad en esta materia, a pesar de que una gran cantidad de Estados se han mostrado reticentes a ratificar este Protocolo, entre ellos México.

El Derecho Internacional General establece enfáticamente la prohibición del terrorismo. Por su parte, el DIH igualmente establece expresamente la prohibición del terrorismo como estrategia de cualquier campaña bélica. La disposición que se refiere a ello es el artículo 33 del Convenio IV de Ginebra de 1949, la cual señala que, “(n)inguna persona protegida podrá ser sancionada por alguna ofensa que el o ella no ha cometido. Penas colectivas e igualmente todas las medidas de intimidación y terrorismo están prohibidas”. Similarmente, el párrafo segundo del artículo 51 del Protocolo I hace mención tangencial a la prohibición del terrorismo dentro de los conflictos armados. Al respecto, dicho precepto dispone que, “(l)a población civil como tal, así como individuos civiles, no deberán ser objeto de ataques, actos o amenazas de violencia cuyo propósito primordial sea expandir terror entre la población civil son prohibidos”.

con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;

b) la toma de rehenes;

c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.

Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto”.

¹⁸³ Particularmente, los movimientos armados de liberación nacional son considerados como conflictos armados internacionales. Al respecto, el párrafo 4 del artículo 1 del Protocolo 1 de 1977 establece que:

“Las situaciones a que se refiere el párrafo precedente comprenden los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”.

Ni los Convenios de Ginebra de 1949, ni otros tratados de DIH ofrecen una definición de terrorismo, por lo que si por un lado se reconocen como legítimos los movimientos armados internos y, por otro el terrorismo está prohibido, ¿cómo entonces delimitar cuando se esté en presencia de un caso de hostilidad legítima conforme al DIH y cuando sea un atentado terrorista? Dentro de una contienda armada, principalmente interna, la línea divisoria entre terrorismo y acción violenta legítima se hace muy delgada y en muchas ocasiones ni siquiera existe. Incluso los estudios doctrinarios no logran consenso en encontrar la delimitación entre un grupo de beligerancia y un grupo terrorista¹⁸⁴, a pesar de la importancia de esta tema, puesto que mientras para el primero el DIH le protege dentro del período de hostilidades, el segundo, es decir el grupo terrorista, debe ser castigado.

Para que un acto beligerante pueda ser protegido bajo el DIH y por lo tanto, no ser considerado como un acto terrorista, las partes en el conflicto incluidos miembros civiles de grupos armados no estatales, deben respetar las normas básicas que los cuatro Convenios de Ginebra 1949 imponen. La vaga y muy criticada concepción de terrorismo podrá actualizarse en conflictos armados internos e internacionales cuando los grupos beligerantes, ya sea de liberación nacional de o cualquier otro carácter, incumplan con sus obligaciones de acuerdo con el DIH y además, se actualicen los elementos fundamentales que se pueden obtener sobre el terrorismo, que serán analizados en páginas siguientes.

Con esto, si bien las normas obligatorias de los Convenios de Ginebra de 1949 reconocen el derecho de los grupos beligerantes a levantarse en armas, también les imponen las obligaciones que deben de cumplir para poder seguir siendo protegidos por el DIH. El terrorismo, sea cual fuere el concepto que sobre él hubieren tenido los creadores de los Convenios de Ginebra, está prohibido bajo cualquier circunstancia, y es un claro ejemplo de que aún en tiempos de guerra, existen limitaciones a la conducta de las partes en un conflicto. Sin embargo, la insignificante línea entre terrorista *versus* libertador, o terrorista

¹⁸⁴ El Protocolo I de 1977 a los Convenios de Ginebra ha sido objeto de diversas críticas tanto gubernamentales como académicas precisamente por la falta de delimitación entre un conflicto armado y atentados terroristas. Incluso, una vez que el Presidente de Estados Unidos Ronald Reagan sometió a consideración del Congreso la ratificación del Protocolo I, éste fue considerado como por estar “[...] el servicio del terror” o como por “igualar la lucha armada de los pueblos por autodeterminación con terrorismo”, en GASSER Hans Peter, “Acts of Terror, ‘Terrorism’, and International Humanitarian Law”, Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), Vol. 84, septiembre 2002, páginas 562-564.

versus grupo armado protegido por el DIH, es una de los grandes problemas que impide, y ha impedido, el consenso universal de la definición de terrorismo.

B. La vinculación del terrorismo con la deslegitimación y la criminalidad

Como ya se ha mencionado, el terrorismo va más allá de ser un crimen pues constituye propiamente un fenómeno político. Sin embargo, el terrorismo también tiene una faceta moral pues con ella se pretende catalogar a personas y grupos con la intención de etiquetarlos como “terroristas”, para hacerlos pasar por sujetos despreciables y en consecuencia, legitimizar cualquier tipo de medidas contra ellos, como convertirlos en no dignos de ningún derecho.

No existe divergencia en que el terrorismo es un término peyorativo. En ningún lugar del mundo hay gente que defienda al terrorismo como tal, por lo que al terrorista se le ve como un sujeto nocivo para la sociedad; sin embargo, al convertirse en un tema de actualidad mundial, el terrorismo y los que son asociados con él adquieren una clasificación por parte de personas, grupos, gobiernos y organizaciones internacionales que va mucho más allá de ser simples delincuentes o criminales. Hoy, cualquier acto de violencia con el mínimo contenido político o social es denominado terrorismo, sin importar si realmente lo es, y por lo tanto, cualquier sujeto que atente en contra del Estado o un grupo social puede ser por ese mismo hecho, considerado como “terrorista”. Pareciera entonces que en este inicio de siglo XXI, el terrorismo parece reducirse a lo que “[...] la gente mala hace”¹⁸⁵.

El terrorismo se ha anexado a otros términos que sin saber exactamente qué se quiera decir con ellos, se utilizan para ubicar y condenar moral y socialmente a personas por determinadas circunstancias. El terrorista, junto con el nazi, el fascista o el comunista son catalogados así para recibir el desprecio de la sociedad, para que la gente los considere como enemigos y en consecuencia, convencerles de que se debe hacer uso de cualquier medio para erradicarlos. El aumento en la intensidad de la propaganda en los medios masivos de comunicación sobre la amenaza terrorista y la búsqueda del convencimiento popular de que el terrorismo es el enemigo a vencer, han hecho que sociedades como las

¹⁸⁵ MALIK Omar, “Enough of the Definition of Terrorism” Royal Institute of International Affairs, Nueva York, 2001, página XVII.

europeas, norteamericanas y australianas consideren que una persona que se le llame terrorista no tiene derechos y por lo tanto, que merece el desprecio y el peor trato posible.

Asimismo, el interés gubernamental de señalar a los terroristas como el principal enemigo trasciende de la intención de salvaguardar la seguridad nacional de los Estados, y penetrar en el aspecto psicológico de sus sociedades. Si se analiza la historia del siglo XX en los países que en la actualidad comandan la “guerra contra el terrorismo”, es sencillo advertir que han requerido siempre de tener un enemigo que haga pensar a sus sociedades que de no combatirlo, su seguridad se vería seriamente comprometida. En la Segunda Guerra Mundial, para Estados Unidos el enemigo a vencer era el imperio japonés, mientras para el Reino Unido era la avanzada alemana, y ya terminada la guerra, Norteamérica convenció al mundo occidental que el enemigo era el comunismo y que había que iniciar una carrera militar y tecnológica para poder vencer a los regímenes socialistas dirigidos por la antigua Unión Soviética. Finalmente, con la caída del muro de Berlín en 1989 y la escisión de la Unión Soviética, los países de occidente quedaron sin un enemigo a quien combatir. Por ello, durante la década de los noventa la mirada cambió de los países excomunistas, al Medio Oriente y Asia Central, la gran mayoría de ellos de cultura islámica¹⁸⁶.

Pero, ¿por qué es necesario tener enemigos a vencer? La respuesta es muy compleja dado que convergen factores de distintos tipos. Obviamente, el desarrollo económico y armamentista juegan un papel fundamental en esta idea de confrontación, pues el propósito de mantener control sobre otras partes del mundo hace que distintos Estados lancen insistentemente campañas propagandísticas para poder escoger ellos mismos a sus enemigos. Sin embargo, existen otras causas que inciden directamente en la necesidad de contar con personas o grupos enemigos. Una de ellas, es utilizada para mantener cohesionada a sus sociedades, es decir, mediante la existencia de enemigos, se busca hacer florecer y mantener viva la identidad de una sociedad, la cual no puede ser descubierta sino a través del contraste con otros. De esta forma, la “otredad”, es decir, el contacto y

¹⁸⁶ En este sentido, “(c)on el fin de la Guerra Fría en 1990, la mayoría de comunistas que financiaban al terrorismo, cambiaron, creando problemas para grupos terroristas Marxistas y Maoístas. El principal problema internacional entonces, se trasladó a los grupos extremistas musulmanes”, en WILLIAMS Clive, “Terrorism Explained: The Facts about Terrorism and Terrorist Groups” New Holland, Nueva York, 2004, página 24.

confrontación con otros pueblos es lo que permitirá encontrar la identidad de un núcleo social y por lo tanto, la cohesión de la sociedad¹⁸⁷.

A consecuencia del fin del régimen comunista, los Estados Unidos experimentaron una caída en el sentimiento de identidad “americana” que tradicionalmente los ha caracterizado. La gente comenzó a preguntarse qué era lo que los hacía mejor que los demás, e incluso quienes eran los demás. Empero, a consecuencia de los atentados del 11 de septiembre de 2001, los estadounidenses regresaron a las tiendas a comprar banderas nacionales, recordando cual era su país y sus símbolos de identidad nacional. Las calles en Nueva York se colmaron de banderas estadounidenses gigantes para que la gente no olvidara que había un nuevo enemigo y que por ello, había que estar unidos pues un nuevo “extraño” amenazaba a la “identidad americana”¹⁸⁸.

Así, al catalogar a alguien como terrorista, no sólo se le está diciendo criminal, sino también con dicha distinción se le expresa odio, rencor, y un deseo de que es un extraño, de

¹⁸⁷ La identidad puede ser definida como, “[...] la percepción colectiva de un “nosotros” relativamente homogéneo (el grupo visto desde dentro), por oposición a “los otros” (el grupo visto desde fuera), en función de reconocimiento de caracteres, marcas y rasgos compartidos que funcionan como signos y emblemas, así como de una memoria colectiva común”. Esta definición destaca la existencia de un grupo diferente, es decir, que sin su presencia es imposible que un pueblo pueda construir su identidad, en GALL Olivia, “Identidad, Exclusión y Racismo: Reflexiones Teóricas y sobre México”, en *Revista Mexicana de Sociología*, Instituto de Investigaciones Sociales-UNAM, año 66, núm 2, México, abril-junio 2004, pp. 223-224.

Igualmente, Vamik Volkan, resalta la necesidad del “otro”, que él denomina “enemigo”, para alcanzar el convencimiento de una identidad. Al respecto Volkan arguye que, “[...] la *psyque* es el creador del concepto de enemigo [...] en la medida en que el enemigo es mantenido al menos a una distancia psicológica, éste nos da ayuda y tranquilidad, fortaleciendo nuestra cohesión y haciendo gratificantes comparaciones de nosotros mismos”, en VOLKAN Vamik, “The Need to Have Enemies and Allies: From Clinical Practice to International Relations”, Aronson, Northvale, 1994, página 35.

¹⁸⁸ El profesor de la Universidad de Harvard, Samuel Huntington, advierte que:

“Probablemente nunca en el pasado, la bandera fue tan omnipresente como lo fue después del 11 de septiembre de 2001. Esta estaba en todos lados: casa, negocios, automóviles, ropa, muebles, ventanas y puestos de teléfonos. En octubre, ochenta por ciento de americanos dijeron que mostraban la bandera, sesenta y tres por ciento en sus casas, el veintinueve por ciento en su ropa y veintiocho por ciento en sus automóviles. Walmart reportó haber vendido más 116 mil banderas en 11 de septiembre y más de 250 mil al siguiente día”.

Adicionalmente, el profesor Huntington cita palabras de una mujer americana que poco después de los atentados del 11 de septiembre de 2001 comentó:

Cuando tenía diecinueve me mudé a la ciudad de Nueva York, Si me preguntaras que me describiera, te hubiera dicho que yo era una música, poeta, artista, tener una afinidad política, mujer, lesbiana y judía. Ser americana nunca hubiera entrado en mi lista.

En mi clase de Género y Economía mi novia y yo estábamos frustradas por la inequidad en América (sic) que discutíamos cambiarnos a otro país. El 11 de septiembre todo cambió. Me di cuenta que había tomado las libertades que me había sido dadas. Ahora tengo banderas en mi mochila. Yo le debo a los aviones que se estrellaron que puedo llamarme patriota, en HUNTINGTON Samuel, “Who Are We: America’s Great Debate”, Free Press, Londres, 2005, páginas 3 y siguientes.

que es una amenaza para el núcleo social. El uso del término terrorismo “[...] implica un juicio moral. Y si una parte puede exitosamente imponer el carácter de terrorista a su oponente, entonces está indirectamente persuadiendo a otros de tomar su punto de vista moral”¹⁸⁹.

El carácter moral del término “terrorismo” es un obstáculo para lograr un consenso en la definición de este concepto. Al incorporarse el terrorismo en el vocabulario diario de la gente, aún cuando se consiguiera el consenso parlamentario y diplomático, la población común ya tendría, cada uno, su propia concepción de terrorismo, la cual corre el riesgo de ser distinta a lo que las leyes sancionen. Por ello, la deslegitimación del terrorismo, aunado con la disyuntiva entre terrorista *versus* libertador, hace muy difícil la tarea de establecer una definición única del terrorismo.

C. Las diversas formas y manifestaciones del terrorismo

Otro de los graves obstáculos para arribar a una definición universalmente consensuada de terrorismo es la inmensa cantidad de formas y manifestaciones en las que un atentado terrorista puede presentarse. Para poder definir un delito, es necesario tener exactamente delimitada la conducta y actos que se van a sancionar. El terrorismo sufre precisamente de la gran cantidad de formas que se presentan tanto por las estrategias utilizadas, como por los medios que se aplican en la comisión de un atentado terrorista. Asimismo, el avance implacable de la tecnología ha permitido a los terroristas hacer uso de nuevos y sofisticados métodos de terrorismo, dado que si bien el atentado terrorista tradicional había sido mediante la utilización que bombas colocadas en lugares estratégicos, ahora es claro que el terrorismo puede manifestarse a través del secuestro de un avión, del uso de químicos o incluso, por medio del Internet.

Si bien el terrorismo no es un fenómeno nuevo, sus nuevas formas y manifestaciones hacen a este delito siempre novedoso en cuanto a sus medios. Los atentados del 11 de septiembre de 2001 dieron a este germen una nueva faceta. El secuestro de cuatro aviones

¹⁸⁹ JENKINS Brian Michel, “The Study of Terrorism: Definitional Problems”, Rand Reports, Los Angeles, 1980, página 1.

por expertos en la conducción de aeronaves para impactarlos exactamente en las Torres Gemelas en Nueva York así como en el Departamento de Defensa de Estados Unidos en Washington D.C., mostró al mundo que el terrorismo es mucho más allá de preparación de bombas para explotarlas en lugares generalmente simbólicos para un grupo social determinado.

También diversas sospechas de infiltración de virus y bacterias creadas en laboratorios para expandirlas entre ciertos sectores ha dado lugar al llamado bioterrorismo¹⁹⁰. En Estados Unidos y el Reino Unido la preocupación de que esta forma de terrorismo se propague entre la población ha desencadenado enormes inversiones gubernamentales para evitar que en sus jurisdicciones se cometan actos bioterroristas. En Estados Unidos, por ejemplo, a través de la *Emergency Public Health Powers Act* se buscó entre otros resultados: *i*) la identificación de víctimas de bioterrorismo; *ii*) obtener acceso de emergencia a facilidades para tratar las enfermedades; *iii*) decomisar y destruir todo el material contaminado; *iv*) asegurar los derechos de las personas a sus propiedades a través del decomiso por los medios legales procedentes y; *v*) la comunicación entre entidades de la salud públicas y privadas¹⁹¹.

Igualmente, en los últimos tiempos también ha aparecido lo que algunos llaman como “ciberterrorismo”. Esta nueva forma de hacer terrorismo, que hace veinte años era impensable, supone la interferencia en el Internet para desde ahí causar averías en los sistemas de tecnología y de información de prácticamente cualquier persona u organización. Ahora bien, el ciberterrorismo es precisamente terrorismo porque se busca dañar a un sector de la población, sino es que a toda, mediante la emisión de programas informáticos denominados “virus”, para causar daños en los sistemas computacionales. Estos virus pueden dañar cualquier base de información de cualquier organización ya sea

¹⁹⁰ El bioterrorismo ha sido ya cometido en Estados Unidos. A este respecto:

“Un incidente en el Centro Médico Beth Israel en Nueva York ayuda a ilustrar el potencial rol del Derecho de Salud Pública de Emergencia. Smallpox es una enfermedad peligrosa y es largamente intratable, por lo que solamente la prevención provee de seguridad. Seguido a su erradicación en 1977 por la campaña global de la Organización Mundial de la Salud, se creyó que el virus solamente existió bajo condiciones controladas en laboratorio; su apariencia podría por lo tanto indicar una liberación deliberada del virus”, en HENDERSON Donald A., “Bioterrorism (Guidelines for Medical and Public Health Management), AMA Press, Chicago, 2002, páginas 137 y siguientes.

¹⁹¹ Cfr. SAPSIN Jason, “Combating Terrorism in the Environmental Trenches: Responding to Terrorism: Introduction to Emergency Public Health Law for Bioterrorism Preparedness and Response”, Widener Law Symposium, 9 Wid. L. Symp. J. 387, 2003, página 391.

privada o pública. Sólo basta imaginar que a través del ciberterrorismo se eliminara o borrara todo el soporte de información del Departamento de Defensa de Estados Unidos o de su órgano de inteligencia (CIA por sus siglas en inglés); el gobierno estadounidense no dudaría en llamarle terrorismo y de aplicar toda su maquinaria antiterrorista contra los perpetradores de tales actos.

Como se puede advertir, el terrorismo cada día se sofisticaba y nuevas formas van siendo incluidas en lo que se entiende por este término. Algunos países han anexado a sus leyes o preceptos legales antiterroristas listas de actos que de manera enunciativa, se dice que son terrorismo¹⁹². No obstante, el terrorismo cambia su forma constantemente y las definiciones tienen que adaptarse a las nuevas tendencias de la tecnología. Los grupos terroristas internacionales, y también algunos nacionales, no se detienen y se colocan en la vanguardia para lograr impactar en sus objetivos, por lo que las listas de actos de terrorismo que procuran aclarar las definiciones en su intento corren el riesgo de desactualizarse y no responder a las exigencias del momento. Países como Estados Unidos y Canadá no

¹⁹² El Código Criminal francés, en su artículo 421-2, enlista una serie de actos que aunado con los requisitos de la definición general, son considerados como terrorismo, tales como: intento de homicidio; asalto; secuestro; toma de aviones o embarcaciones; robo; extorsión; producción de armas de destrucción; producción, venta importación y exportación de explosivos; adquisición, tenencia y transporte de sustancias explosivas ilegales; producción, tenencia, almacenamiento o adquisición de armas químicas o biológicas y; lavado de dinero.

De igual manera, la *Terrorism Act 2000* británica también incluye ciertos actos de forma enunciativa para considerar terrorismo. La sección I.2 señala también como actos terroristas aquéllos que atenten contra la salud pública o contra sistemas electrónicos, entre los que se encuentran los sistemas computacionales.

Por su parte, la Ley 18314 de Chile igualmente en lista una serie de actos considerados como terrorismo. Al efecto el artículo 2 dispone que:

Constituirán delitos terroristas, cuando reunieren algunas de las características señaladas en el artículo anterior:

1. Los de homicidio sancionados en los artículos 390 y 391; los de lesiones penados en los artículos 395, 396, 397 y 399, los de secuestro, sea en forma de encierro o detención, sea de retención de una persona en calidad de rehén, y de sustracción de menores, castigados en los artículos 141 y 142; los de envío de efectos explosivos del artículo 403 bis; los de incendio y estragos, reprimidos en los artículos 474, 475, 476 y 480; las infracciones contra la salud pública de los artículos 313 d), 315 y 316; el de descarrilamiento, contemplado en los artículos 323, 324, 325 y 326, todos del Código Penal.
2. Apoderarse o atentar en contra de una nave, aeronave, ferrocarril, bus u otro medio de transporte público en servicio, o realizar actos que pongan en peligro la vida, la integridad corporal o la salud de sus pasajeros o tripulantes.
3. El atentado en contra de la vida o la integridad corporal del Jefe del Estado o de otra autoridad política, judicial, militar, policial o religiosa, o de personas internacionalmente protegidas en razón de sus cargos.
4. Colocar, lanzar o disparar bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo, que afecten o puedan afectar la integridad física de personas o causar daño.
5. La asociación ilícita cuando ella tenga por objeto la comisión de delitos que deban calificarse de terroristas conforme a los números anteriores y el artículo 1°.

incluyen listas de actos terroristas, pero implícitamente en sus descripciones típicas hacen mención a formas y manifestaciones específicas conocidas en la actualidad¹⁹³.

Asimismo, las formas y manifestaciones del terrorismo también trascienden en el sujeto activo de un atentado terrorista. Aunque generalmente el terrorismo es asociado con grupos clandestinos, en últimos tiempos le ha sido asociado con violencia generada por agentes estatales en su función oficial, con lo que se ha acuñado el término “terrorismo de Estado”. ¿quién negaría que las matanzas en países latinoamericanos durante las dictaduras de la década de los setenta no son verdaderos ejemplos de terrorismo o que las hambrunas provocadas en Somalia o Eritrea no colocan en situación pánico a su población quizás más de lo que *Al Qaeda* los amedrenta? Aun cuando por obvias razones diversos Estados se niegan a aceptar esta acepción, es innegable que es un tipo de manifestación del terrorismo¹⁹⁴.

Así, la multiplicidad de formas y manifestaciones que el terrorismo va copando con el desarrollo de la tecnología y la imaginación, acarrea que las definiciones tradicionales se vayan quedando detrás y por lo tanto, el terrorismo es un concepto que debe de actualizarse, no sin que al pretender reformarse los debates parlamentarios o diplomáticos entren en nuevas y agitadas discusiones.

D. La variabilidad de la idea de “terrorismo” en los últimos dos siglos

Otra de las dificultades que académicos, parlamentarios y diplomáticos enfrentan para tratar de definir al terrorismo es precisamente la variabilidad de este concepto a lo largo de los años. El terrorismo como concepto ha variado no sólo por los elementos utilizados que hacen evolucionar a este germen social, sino porque incluso desde el momento en que fue

¹⁹³ A diferencia de diferentes legislaciones penales europeas, Estados Unidos y Canadá han optado solamente por presentar una definición de terrorismo, aunque la canadiense “[...] es, sin embargo, más específica que la legislación estadounidense la cual ni siquiera enlista ninguna particularidad sobre actos de terrorismo”. Igualmente otros países que no participan en la “guerra contra el terrorismo”, como algunos latinoamericanos, siguen esta misma tendencia en sus leyes penales, *en* TIEFFENBURN Susan, “A Semiotic Approach to Legal Definition of Terrorism”, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 9 *ILSA J. Int'l & Comp. L.* 357, 2003, páginas 369 y siguientes.

¹⁹⁴ Mientras para unos la idea de terrorismo se reduce al derribo de las Torres Gemelas en Nueva York, para otros el terrorismo es la pesadilla que se vivió durante la Limpieza Étnica en los Balcanes durante la década de los noventa o por otra parte, la necesidad de dejar sus casas por miedo a la guerrilla en Colombia, donde los índices de desplazados asciende dramáticamente cada año, *en* SCHMID Alex, “‘Terrorism on Trial’: Terrorism – The Definitional Problem”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, 37 *Case W. Res. J. Int'l L.* 375, 2005, página 399.

acuñado, el terrorismo ha servido para nombrar fenómenos completamente diferentes a lo largo del tiempo.

El terrorismo nació en la época posrevolucionaria en Francia durante el régimen de Maximilien Robespierre, momento que fue conocido como “el terror”. Durante esta breve etapa, más de trescientas mil personas fueron detenidas y cerca de diecisiete mil ejecutadas. Para ello, Robespierre dio una concepción muy peculiar sobre el terrorismo pues para él, el terrorismo era una virtud que no significaba más que justicia pronta, severa e inflexible. Al ser aplicada a los traidores, según su fundamentación ideológica, el terrorismo derivaba de un principio básico de la democracia, debido a que esa era la forma de salvaguardar los intereses de la colectividad¹⁹⁵.

Durante el siglo XIX no apareció el terrorismo como tal hasta 1866 en relación con los actos cometidos en Irlanda, que comenzaba a levantarse contra la corona británica para lograr su independencia. A estos intentos de sublevación se les llamó terroristas, con lo que el concepto de “terrorismo” sufrió un cambio diametral de la concepción tradicional de finales del siglo XVIII en Francia. Ya en el siglo XX el terrorismo fue popularizándose en el lenguaje común y también en utilización como medio de protesta y reivindicación política. Los atentados cometidos por partidarios de ideologías comunistas y fascistas movieron muy tempranamente a la comunidad internacional quien pretendió sancionar al terrorismo mediante un tratado internacional, denominado Convención para la Prevención y el Castigo del Terrorismo, pero las negociaciones se detuvieron en el momento de buscar una definición de terrorismo. En efecto, en 1937 en el seno de la Sociedad de las Naciones, se dio el primer intento de codificar a escala internacional la prohibición del terrorismo, en la que la Sociedad de las Naciones sugirió la siguiente definición: “Todo acto criminal dirigido en contra de un Estado y con la intención o calculado para crear terror en las mentes de personas particulares, grupo o el público en general”. Sin embargo, esta primera Convención internacional contra el terrorismo aún cuando fue firmada por veinticuatro países, solamente fue ratificada por India y por lo tanto nunca entró formalmente en

¹⁹⁵ Esta postura encontró apoyo entre los grupos intelectuales del periodo posrevolucionario en Francia. El *Courier de l'Legalité* el 30 de agosto de 1793 publicó en aprobación al “terror” que, “(e)s necesario que el terror causado por la guillotina se propague en todo Francia y traiga justicia a todos los traidores. No hay otra forma para inspirar el terror que consolide la Revolución”, en SCHMID Alex, “Political Terrorism: A Research Guide to Concepts, Theories, Data Bases and Literature”, Transaction, Nueva Jersey, 1984, página 66.

vigor¹⁹⁶. Así, el terrorismo del periodo de entreguerras siguió una justificación ideológica, muy diferente al terrorismo francés del siglo XVIII y del terrorismo irlandés de mediados del siglo XIX.

Posterior a la Segunda Guerra Mundial los movimientos de descolonización iniciaron y aún cuando estaban protegidos bajo el principio de autodeterminación de los pueblos, no faltó el país que catalogó estas subversiones como terroristas. La inmensa mayoría de los pueblos lograron su independencia aunque en la actualidad quedan reminiscencias de aquellas luchas como lo es precisamente el conflicto entre palestinos e israelíes. El terrorismo en estos movimientos, si es que lo hubo, fue para la consecución de un fin legítimo de acuerdo con la Carta de la ONU, al buscar la liberación nacional de sus pueblos.

Así, en el final del siglo XX e inicio del siglo XXI, el terrorismo se ha transformado para convertirse ahora en terrorismo “internacional”. Anteriormente, el terrorismo era un fenómeno doméstico, en el peor de los casos, que involucraba una cantidad muy reducida de Estados y con una gran relación entre ellos. Sin embargo, durante la década de 1990, los fundamentalismos religiosos comenzaron a idear atentados terroristas contra intereses de países de otras partes del mundo. Los atentados a las embajadas de Estados Unidos en Kenia y Tanzania en 1998 implicó un ataque a intereses simbólicos estadounidenses, no obstante que la mayoría de los muertos fueron nacionales de aquellos países africanos. Por su parte, los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 significaron la consolidación del terrorismo internacional, al cual a partir de esos sucesos dieron el aviso al mundo de que la globalización también era aplicable al terrorismo.

El terrorismo así ha cambiado su fundamentación, sus actores y hasta sus fines a lo largo de su historia. De ser en sus inicios “la intimidación del gobierno”, al paso del tiempo se ha convertido en la “intimidación al gobierno”. Los sujetos activos del terrorismo (no obstante que las ideas terroristas de Robespierre parecen haber sido emuladas por los gobiernos dictatoriales del siglo XX en nuestra América) es en la actualidad cometido por personas y

¹⁹⁶ Esta Convención finalmente nunca entró en vigor y la definición propuesta nunca se materializó en Derecho Positivo. Los inminentes tiempos hostiles que avecinaba la Segunda Guerra Mundial hicieron que los países enfocaran sus esfuerzos a combatir a los enemigos, más que combatir al terrorismo que en esos momentos era más doméstico que internacional, *en* NOTEBOOM Aaron, “Terrorism: I know It when I See It”, *Oregon Law Review*, 81 Or. L. Rev. 553, verano 2002, página 563.

grupos que operan en la clandestinidad y que precisamente buscan desestabilizar a los gobiernos. Además, como se ha comentado, el *motif* del terrorismo ha cambiado pues si bien en la época del terror francés la razón de la violencia era para hacer “justicia” contra los traidores, en el siglo XX fue para liberarse de la opresión y en la actualidad es para menoscabar a las grandes potencias mundiales a través del terrorismo internacional. Esta evolución, a veces contradictoria, del terrorismo como concepto ha hecho que ninguna definición típica de terrorismo pueda ser llevada a consenso sin arriesgarse a desactualizarse por el simple transcurso de tiempo.

4. Los elementos de la definición del terrorismo

A diferencia de los demás tipos penales, el delito de terrorismo es una figura jurídico-penal cuyo contenido es conformado por un gran cantidad de elementos. Tanta es su complejidad, que en muchas ocasiones las definiciones ofrecidas en distintas leyes nacionales contienen tantos elementos típicos que no les es suficiente una oración e incluso, un párrafo para poder definir al terrorismo. De acuerdo con estudios sobre los elementos vertidos en la descripción típica de este mal social, se han llegado a contabilizar hasta veintidós elementos en distintas definiciones¹⁹⁷.

Las definiciones de terrorismo pueden dividirse en dos tipos, a saber: deductivas e inductivas. Las primeras, esto es, las definiciones deductivas “[...] cubren una amplia variedad de conductas criminales, pero sólo bajo algunas circunstancias” y son “[...] caracterizadas por el uso de un amplio elemento sustantivo, así como por una intención generalmente política”¹⁹⁸. Así, las definiciones deductivas se componen de tres elementos:

¹⁹⁷ Si en una definición se utilizaran los veintidós elementos sobre terrorismo, ésta quedaría de la siguiente manera:

Terrorismo es un (1)método de (2)ansiedad para cometer (3)acciones violentas, empleada por (4)grupos, (5)individuos (6)clandestinos o por (7)Estados, por (8)idiosincrasia o razones (9)criminales o (10)políticas, donde los directos (11)objetos de violencia no son los (12)principales objetivos. Las (13)víctimas inmediatas de la violencia son escogidas al (14)azar o (15)selectivamente de la población y (16)sirven como generadores de mensaje. Esta (17)forma de comunicación entre los terroristas, víctimas y las principales objetivos son usados para (18)manipular el verdadero objetivo (la sociedad), (19)sometiéndola en un clima de terror o de demandas, dependiendo si la intimidación, la (20)coerción o la (21)propaganda es (22)primariamente buscada, en SCHMIDT Alex, *supra* nota 24, página 70.

¹⁹⁸ LEVITT Geoffrey, “Is ‘Terrorism’ Worthy Defining?”, Ohio University Law Review, 13 Ohio N.U. L. REV. 97, 1997, página 97.

a) un elemento sustantivo que contenga un conducta prohibida; b) la intención o motivación para cometer el acto terrorista y; c) un elemento jurisdiccional.

Por su parte, las definiciones inductivas de terrorismo, “[...] se basan en una relativa descripción precisa de la conducta que constituye el elemento sustantivo y omite la intencionalidad política que caracteriza a las definiciones deductivas”¹⁹⁹. Para esta tipo de definiciones lo importante es la conducta, sin preocuparse de la motivación que haya tenido el agente para la comisión del acto terrorista. Este tipo de posturas son generalmente tomadas por países en cuyas jurisdicciones existen grupos terroristas con fines ideológicos de gran intensidad. Israel, por ejemplo, ha llegado a señalar en foros internacionales que el, “[...] terrorismo debe ser definido por lo que uno hace, no por lo que uno lo realiza”²⁰⁰.

Así, de todos los componentes identificados en una gran cantidad de definiciones de terrorismo, éstas se pueden reducir en cinco elementos estructurales, los cuales, merece atención especial individualmente por su extrema complejidad. Estos elementos, que serán analizados en las siguientes páginas, son: *i*) la generación de violencia; *ii*) la ilegalidad de los actos; *iii*) la intención de causar daño para lograr crear miedo o intimidar a un sector de la población; *iv*) la finalidad de perseguir una meta política, militar, étnica, ideológica o religiosa y; *v*) la dualidad de particular-Estado como sujetos activos²⁰¹.

A. La generación de violencia

De acuerdo con las definiciones tradicionales, los actos terroristas son cometidos mediante violencia en contra de las víctimas directas y también indirectas. La violencia que se genera a las víctimas directas normalmente es física, es decir, el daño que se busca con la violencia es corporal. Asimismo, el servir estas víctimas como transmisores de un mensaje a un grupo social determinado, los miembros de dicho grupo se convierten en víctimas indirectas y por lo tanto sufren lesiones a su integridad moral. El terrorismo, entonces, afecta no sólo a quienes directamente son objeto del atentado terrorista, sino que además, menoscaba la tranquilidad del grupo receptor del mensaje terrorista.

¹⁹⁹ Idem.

²⁰⁰ “General Assembly Hears 34 Speakers in Continued Debate on Global Terrorism; Difference Between Terrorism, Among Issue Raised”, *supra* nota 8.

²⁰¹ Cfr. GROSS Emmanuel, “Legal Aspects of Tackling Terrorism: The Balance Between the Right of a Democracy to Defend Itself and the Protection of Human Rights”, U.C.L.A. Journal of International Law & Foreign Affairs, 6 U.C.L.A. J.Int’l L. & For.Aff., 2001, página 89

Sin embargo, la violencia física es difícil por sí misma de definir, debido a que las definiciones de terrorismo no proveen del nivel de violencia que se requiere para actualizar dichas descripciones típicas. Incluso los diccionarios son vagos al ofrecer un concepto de violencia, lo cual dificulta la integración de la definición de terrorismo. A pesar de ello, de entre todas las descripciones encontradas en relación con la violencia física como primer elemento del terrorismo, se puede concluir que ésta, la violencia física, sólo se actualiza cuando causa un peligro real a la integridad de las personas o bien, de bienes o propiedades²⁰².

Ahora bien, ¿qué sucede con otras formas de terrorismo como el ciberterrorismo? En el ciberterrorismo no existe violencia física pues todos los actos se realizan mediante operaciones a través de servicios de cómputo. No obstante, en el ciberterrorismo la violencia indirecta se actualiza plenamente al causar un menoscabo a la integridad psíquica o psicológica de las víctimas de dicho atentado. Incluso, de acuerdo con diversas definiciones de terrorismo, la propiedad también es un bien jurídico protegido por este delito, por lo que el ciberterrorismo causa daños irreversibles a la información afectada en los sistemas informáticos atacados.

Por otra parte, la amenaza de violencia también es constantemente sancionada por diversas definiciones de terrorismo. Con el sólo hecho de que a través de comunicados se amedrente a la población de que va a cometerse un atentado terrorista, es suficiente para que el tipo penal, y por ende todas sus consecuencias, se apliquen a toda persona. Sin embargo, no hay prácticamente ninguna definición de terrorismo que señale con claridad qué debe ser entendido por “amenaza”, pues ellas, “[...] nunca establecen umbrales identificables de amenaza”²⁰³. En este sentido, ¿hasta qué punto una amenaza terrorista puede ser considerada como punible a la luz del derecho penal?, ¿por el sólo hecho de que alguien anuncie que va a cometer actos terroristas es suficiente para se actualice la “amenaza”?

²⁰² Para los fines del tipo penal de “terrorismo”, violencia puede ser definida como la “fuerza física ilegal ejercida con la intención de lastimar”, en BASSIOUNI Cherif, *supra* nota 3, página 8.

²⁰³ Asimismo, el profesor René Beres señala que “¿(c)uando exactamente, es una amenaza suficiente para argumentar convincentemente la presencia de terrorismo? En ausencia de una especificación, la palabra ‘amenaza’ dentro de la definición puede servir solamente para propósitos propagandísticos o geopolíticos”, en BERES René, *supra* nota 2, página 243.

El problema sobre si la libertad de expresión tiene como límite que se incite o se amenace con fines terroristas, ha sido ampliamente abordado por tribunales y órganos internacionales de derechos humanos. Para ello, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como el órgano principal interamericano encargado de la protección de los derechos humanos, estableció que solamente la libertad de expresión puede verse limitada por razones terroristas, cuando el individuo tenga la intención de incitar a alguna actividad violenta, además de obtener posibilidad de éxito en su intento²⁰⁴. De esta forma no toda proclamación de apoyo al terrorismo, ni de amenaza terrorista son por sí mismas suficientes para acreditar el elemento normativo de la amenaza. Se requiere además, que dichos actos obtengan o puedan obtener alguna posibilidad de que efectivamente se materialicen. Sobre el punto de los límites de la libertad de expresión en el terrorismo se volverá en el Capítulo V.

Así, la violencia, directa e indirecta o la simple amenaza de ella es el primer elemento que las definiciones de terrorismo deben ofrecer. Una tarea para debates futuros deberá girar en torno a delimitar qué se debe considerar por violencia y cuál es el umbral de una amenaza para poder ser considerada como terrorismo.

B. La ilegitimidad de la violencia

Como se ha analizado ya con anterioridad, no toda violencia es por sí misma ilegal ni ilegítima. En muchas ocasiones, el recurso de la fuerza es el único medio efectivo para poder hacer frente a la opresión, la ocupación o para lograr la liberación de los pueblos. Muchas definiciones hacen mención a que el terrorismo es toda violencia “ilegal”, por lo que reconocen que la violencia ejercida por particulares es en ciertas circunstancias permitida. Desde los postulados básicos del Derecho Natural hasta recientes convenciones internacionales, el Derecho ha reconocido que no toda violencia no estatal es por sí misma ilegal. Además, de conformidad con el DIH, la violencia de grupos rebeldes es permitida y más aún, sus perpetradores son protegidos siempre que cumplan las reglas de humanidad que establece precisamente el DIH.

²⁰⁴ Cfr. “Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos”, Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos, octubre de 2002, párrafos 285 y siguientes

Sin embargo, para que la violencia cometida por particulares pueda ser legal y legítima, ésta debe cumplir con dos requisitos indispensables, a saber: medios legítimos y un fin justo. Un fin justo conocido en el DIH como “derecho a la guerra” o *jus ad bellum*, es la facultad de un grupo privado o estatal de iniciar hostilidades en contra de otro u otros. En los casos de conflictos armados internos, los grupos de individuos pueden tomar las armas en contra del Estado bajo la permisión ya comentada del principio de autodeterminación de los pueblos. Tradicionalmente la ONU ha consentido el ejercicio de este derecho a movimientos de liberación nacional o contra la opresión, de forma tal que, ¿quién dudaría que algún movimiento armado contra el régimen nazi o en contra de los culpables de la hambruna en Somalia hubiere sido amparado por el sagrado derecho a la resistencia contra la opresión?

Empero, un fin justo no es suficiente para legitimar la violencia de un grupo no estatal. Aunado a él, los perpetradores de violencia deben seguir ciertas normas en la ejecución de sus campañas hostiles, normas que en el contexto de un conflicto armado conforman el denominado *jus in bello*, por lo que aún cuando su fin sea completamente legítimo, si no se respetan los estándares mínimos de respeto a la dignidad tanto en conflicto armado, como en normalidad, la violencia carecerá de legitimidad.

Pero, ¿los terroristas cumplen con los fines justos y medios legítimos necesarios para fundamentar su violencia? La respuesta pudiera ser contundente si no se tuviera en cuenta los problemas tradicionales para definir al terrorismo, dado que como se ha sostenido anteriormente, el terrorismo es un fenómeno que mientras para algunos es un crimen, para otros es la única forma de expresión frente a la opresión o la ocupación. Para quienes cometen terrorismo y para sus seguidores, este fenómeno persigue fines justos y legítimos pues siempre conlleva un elemento de protesta política, ideológica, social, étnica o religiosa. El terrorismo es así, una forma de manifestación de aquello que se considera está mal, siendo en muchos casos la única forma de expresión que puede trascender.

El terrorismo tiene su máxima deficiencia en la falta de medios legítimos en la ejecución de actos violentos. La intención de impactar sus atentados en la población civil de una forma simbólica para que las víctimas sean agentes mensajeros a través de su dolor, convierte al terrorismo en un acto lamentable y repudiable, independientemente de que su

fin último sea legítimo. El Derecho Internacional es lo único que ha logrado un consenso en repudiar el terrorismo, mediante condenas plasmadas en tratados internacionales, resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU, las Asambleas Generales de la ONU y la OEA, así como en declaraciones públicas del Secretario General de la ONU. En ellas se destaca que el terrorismo por sus medios, es condenable, sin importar su causa²⁰⁵.

Por su parte, el DIH también prevé una regulación especial para el uso de la violencia en un conflicto armado²⁰⁶. Como se ha señalado, para que un acto de hostilidad no sea considerado como terrorismo debe, entre otros elementos, cumplir con las obligaciones que el propio DIH consagra a las partes en una contienda armada, entre las que destacan: portar armas abiertamente; vestir uniforme durante las hostilidades que les permita distinguirse del resto de la población civil y²⁰⁷; dirigir sus ataques armados a bases u objetivos militares, respetando con ello a la población civil, quienes bajo ningún motivo podrán ser objeto de ataques.

Para efectos del tema de la falta de medios legítimos en el terrorismo, es de destacar la obligación de respetar a la población, apuntando sus avanzadas a objetivos exclusivamente militares. Para que la violencia generada no desencadene en terrorismo, las partes combatientes deben respetar a los civiles, pues la intención de un conflicto bélico es

²⁰⁵ En diciembre de 1999 la Asamblea General de la ONU intentó ofrecer una definición de terrorismo al mismo tiempo que condenó dichos actos cualquiera que fuera la motivación. Al respecto, consideró al terrorismo como, “[...] actos criminales calculados para provocar un estado de terror en el público en general, a un grupo de personas o personas en lo individual por razones políticas que son en cualquier circunstancia injustificables, cualquiera que sea la motivación política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa, o de otra naturaleza que pueda ser justificada por invocarla”, en “Convención Internacional para la Financiación del Terrorismo”, Asamblea General A/RES/54/109, 54º Período de Sesiones, 25 de febrero de 2000.

En este mismo sentido, el Secretario General de la ONU también ha condenado el terrorismo cualquiera que sea la causa o motivación, al señalar que, “El terrorismo pega en el corazón de las Naciones Unidas. Representa una verdadera amenaza a la democracia el estado de Derecho, los derechos humanos y la estabilidad [...] los métodos y prácticas del terrorismo son criminales e injustificables quien sea quien los cometa y donde sea que se cometan”, en TIEFENBRUN Susan, *supra* nota 22, página 376.

²⁰⁶ El Derecho Internacional Humanitario (DIH) regula el *jus in bello*, es decir, los medios legítimos para ejercer violencia. Esta rama del Derecho no regula el *jus ad bellum* pues para ello el Derecho de la Organización de las Naciones Unidas es el área del Derecho Internacional a quien le corresponde codificar los fines legítimos en los que válidamente se puede ir a la guerra.

²⁰⁷ Aunque los grupos beligerantes deben distinguirse en su vestuario respecto de los demás civiles, el hecho de que no sean distinguibles, no necesariamente conlleva la violación a esta obligación, de acuerdo con el mismo artículo 44.3 del Protocolo I de 1977, que dispone:

“[...] reconociendo que existen situaciones en conflictos armados en donde debido a la naturaleza de las hostilidades, un combatiente armado no puede distinguirse [...] el deberá retener su *status* como combatiente, mientras en esas situaciones el cargue sus armas abiertamente:

- a) durante cada avanzada militar, y
- b) durante el tiempo en que sea visible frente al adversario.”

precisamente destruir los objetivos militares, sin utilizar blancos civiles como estrategia de ataque. En el DIH también conducirse a través de medios legítimos es fundamental y a falta de ellos la violencia generada será ilegal y si se configuran los restantes elementos, podría constituir terrorismo²⁰⁸.

No obstante, es preciso hacer una diferenciación entre civiles considerados como “inocentes” y civiles no inocentes. Es fácil distinguir entre un combatiente y un civil, pues incluso el propio DIH dispone que debe haber una clara diferencia en la forma de vestir de forma tal que no quede duda de quién es combatiente y quién es un civil. Sin embargo, deberán existir situaciones en que civiles, aprovechándose de su condición intervienen en las hostilidades y, para efectos del DIH, esta gente automáticamente deja su condición de civiles, y por lo tanto de sujetos “protegidos”. Como la diferencia entre miembros de un grupo rebelde protegido por el DIH por un lado, y civiles por el otro, es bastante delgada, el artículo 43 del Protocolo I a los Convenios de Ginebra delimita lo que es un grupo armado para los efectos del DIH. A este respecto, para que una persona pueda ser miembro de las fuerzas armadas de alguna Parte combatiente, debe pertenecer a un grupo beligerante organizado y ser sujeta a disciplina interna dentro de dicha organización de forma tal que se le obligue a seguir las normas del DIH²⁰⁹. Por ello, una persona que no forma parte de un grupo armado bajo dichos requisitos se entiende que es civil.

²⁰⁸ El artículo 48 del Protocolo I a los Convenios de Ginebra señala que “(p)ara asegurar el respeto y protección de la población civil [...] las Partes del conflicto deberán en todo momento distinguir entre la población civil y los combatientes [...]”.

Asimismo, la “[...] violencia en contra de personas y la destrucción de la propiedad son inherentes a la guerra [...] El Derecho Internacional Humanitario acarrea dos problemas desde dos ángulos. El primero, el derecho al uso de la fuerza y cometer actos de violencia está restringido a las fuerzas armadas de cada parte en un conflicto armado. Sólo miembros de dichas fuerzas armadas tienen el ‘privilegio’ a usar la fuerza en contra de otras fuerzas armadas, pero su derecho de escoger los métodos o medios de guerra no son ilimitados. Por otro lado, solo miembros de las fuerzas armadas y objetivos militares pueden ser objeto de actos de violencia. Segundo, otras categorías de personas, en particular la población civil, u objetos tales como infraestructura civil, no son blancos legítimos de ataques militares. Ellos están en términos de los Convenios de Ginebra ‘protegidos’ y deben ser respetados en todos los casos”, en GASSER Hans-Peter, *supra* nota 13, página 554.

²⁰⁹ Al respecto el artículo 43 del Protocolo I a los Convenios de Ginebra textualmente establece que:

“Las fuerzas armadas de una parte comprenden todas las fuerzas armadas organizadas, grupos y unidades quienes están bajo el comando responsable de una Parte por conducto de sus subordinados, incluso si esa Parte es representada por el gobierno o una autoridad no reconocida por la Parte adversaria. Estas fuerzas armadas deben ser sujetas a disciplina interna, la cual debe hacer cumplir las normas del Derecho Internacional aplicable a un conflicto armado”.

Pero, ¿qué pasa con un civil que espontáneamente lleva a cabo ataques a favor de alguna Parte involucrada en un conflicto armado? Situaciones como ésta son muy comunes e incluso en distintas confrontaciones bélicas internas muchos grupos crean subgrupos para que desarrollen una campaña armada en contra del enemigo pero de forma independiente al grupo principal. Un ejemplo de ello, en el corazón de nuestro continente americano se tiene en Colombia, en donde miembros del gobierno crearon un grupo paramilitar con la finalidad de combatir a la guerrilla. Formalmente, las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) como es conocido este grupo paramilitar, ha dejado de responder a las órdenes de sus creadores, entre los que destaca el actual Presidente Álvaro Uribe, pues se han convertido igualmente en otro grupo opositor al gobierno.

A esta gente que participa de forma clandestina y desorganizada en un conflicto armado, el DIH los denomina “combatientes ilegales”, e incluye a “[...] todas las personas que toman parte directa en hostilidades sin tener derecho a ello y quienes por lo tanto no pueden ser clasificados como prisioneros de guerra en el momento en el que caigan en poder del enemigo”²¹⁰. Ahora bien, si en un conflicto armado se cometen actos violentos contra combatientes ilegales, aún cuando ellos son estrictamente civiles, no puede considerarse que dicho acto de violencia fuese por sí mismo ilegal. Es por ello, que muchos doctrinarios son cuidadosos en señalar que la violencia ilegal constitutiva de terrorismo debe considerarse un acto en contra de civiles “inocentes”, es decir, excluyendo a civiles considerados como combatientes ilegales.

Por su parte, si bien la posición doctrinal más común es que un acto de terrorismo se distinga entre la violencia legal e ilegal, existe un sector que sostiene que para definir al terrorismo la legalidad o ilegalidad de la violencia carece de importancia. En este sentido, uno de los más reconocidos especialistas del Derecho Penal Internacional, Cherif Bassiouni ha sugerido que por terrorismo se debe entender:

Una estrategia ideológicamente motivada de violencia internacionalmente prohibida diseñada para inspirar terror dentro un segmento particular de una determinada sociedad con la finalidad de obtener un resultado de poder o de

²¹⁰ La razón de esta clasificación de combatiente ilegal responde a que sería injusto para la otra Parte exigirle que además de cuidarse del grupo armado opositor, también se preocupara por otra serie de grupos que ni siquiera hacen el esfuerzo de distinguirse de la población civil, en DÖRMANN Knut, “The Legal Situation of ‘Unlawful/Unprivileged’ Combatants”, *International Review of the Red Cross*, página 46.

*propagar un reclamo o queja, sin importar si los perpetradores están actuando en representación de ellos mismos o en representación del Estado*²¹¹.

Bassiouni omite aclarar entre legalidad e ilegalidad de la violencia generada en relación con los sujetos a los que se dirigiere el ataque violento. En lugar de ello, señala “inspirar terror dentro de un segmento particular de una determinada sociedad” para determinar los sujetos pasivos del atentado. Bassiouni así, no distingue tampoco entre víctimas directas e indirectas, con lo que para este autor, lo mismo resulta que el ataque terrorista sea contra un civil inocente, un civil en calidad de combatiente ilegal o contra un combatiente conforme al DIH. Incluso, Bassiouni tampoco distingue entre daños humanos y daños a bienes ya sean civiles o militares, lo importante para él es que la violencia empleada cause terror, sin importar los destinatarios inmediatos de dicha violencia.

Esta posición por supuesto ha encontrado su principal crítica entre aquellos que defienden la inclusión de medios ilegítimos y un fin injusto en la definición de terrorismo²¹². Para ellos, un acto violento no puede ser considerado como terrorismo si éste cumple con medios y un fin legítimos. Así, si una definición carece de la valoración de medios justos y fin legítimo, como Bassiouni propone, ésta “[...] no tendrá ningún valor legal”²¹³.

De esta manera, existen posiciones encontradas en relación con la inclusión de la distinción entre civiles inocentes y personas a las que válidamente se les puede dirigir un ataque violento²¹⁴. Cualquiera que sea la definición que universalmente se llegare a adoptar

125

²¹¹ BASSIOUNI Cherif, *supra* nota 3, páginas 16-17.

²¹² Entre la misma comunidad internacional no logra haber un acuerdo “[...] sobre si el terrorismo es ilegal bajo todas las situaciones o si por el contrario, es permisible algunas veces en orden a lograr una meta legítima. Algunas organizaciones internacionales proclaman que el derecho a la autorregulación legitima el uso de los más apropiados medios, incluido terrorismo, para lograr metas de liberación e independencia”, en YONAH Alexander y Michael Swetnam, “ETA: Profile of a Terrorist Group”, Transnacional Publishers, Nueva York, 2001, página 4.

²¹³ Asimismo, el profesor de la Universidad de Purdue, René Beres, agrega que “(s)i el recurso de la fuerza es apoyado en medios justos y fin legítimo, este uso de la fuerza debe ser reconocido como legítimo. Sin embargo, si el uso de la fuerza carece tanto de medios justos como de fin legítimo, el uso de la fuerza debe ser considerado terrorismo y por ende, combatido”, en BERES René, “The Legal Meaning of Terrorism for the Military Commander”, Connecticut Journal of International Law, 11Conn. J. Int’l L. 1, 1995, páginas 2-3.

²¹⁴ Existen distintas definiciones sobre terrorismo que destacan la importancia de que el acto violento sea en contra de civiles. En este sentido el historiador estadounidense Caleb Carr ha definido al terrorismo como, “[...] el deliberado ataque a civiles en tiempos de guerra, con el propósito de destruir la voluntad de otras de apoyar tanto a líderes como políticas que los agentes de dicho ataque consideran como cuestionable”, en CARR Caleb, “Lessons of Terror”, Random House, Londres, 2002, páginas 245 y siguientes.

en el futuro, se deberá tomar en cuenta la ilegitimidad de la violencia, para no caer en la vaguedad que en estos inicios del siglo XXI el terrorismo padece. De otra forma, la definición por su tremenda amplitud, carecería totalmente de sentido y se dejaría a los contentillos políticos de cada intérprete.

C. La intención de causar daño para lograr crear miedo o intimidar a un sector de la población

Otro de los elementos estructurales que debe tener una definición integral de terrorismo es relativo a la intención de causar daño para intimidar o causar terror a un sector de la población. Este elemento de naturaleza subjetiva tiene igualmente un aspecto inmediato y otro mediato. El terrorismo a diferencia de otros crímenes, no busca como finalidad principal lastimar a sus víctimas directas; incluso, el terrorismo debe buscar sus víctimas inmediatas al azar, o bien selectivas, tal como diversas definiciones lo proponen²¹⁵. Estas personas de quien el terrorista no conoce sus identidades, sirven de agentes mensajeros a la población en general o a un sector de ella, de que cualquier persona perteneciente a su grupo social, político, nacional, étnico o religioso, pudo haber estado en el lugar de las víctimas inmediatas y que por lo tanto, en futuros ataques cualquier miembro de ese grupo social puede convertirse en la víctima inmediata²¹⁶.

En este sentido, lo que al terrorista le importa es el resultado mediato, de forma tal que los daños humanos y materiales causados por la violencia directa ilegal empleada es “[...] más simbólica en su naturaleza que propiamente finalista”²¹⁷.

También puede acontecer que el terrorista escoja a sus víctimas inmediatas no al azar pero selectivamente. Quizás el terrorista sabe la identidad de la víctima inmediata pero atenta contra él no por querer lastimarlo directamente, sino para decirle al grupo al que

²¹⁵ De acuerdo con la definición que se ha citado en el pie de página 27 en la cual se recopilan todos los elementos identificados en diferentes definiciones de terrorismo, las víctimas que son directamente objeto de la violencia ilegal empleada son escogidas al azar o de forma selectiva de forma tal que sean representativas del grupo social al cual se pretende amedrentar.

²¹⁶ Existen definiciones de terrorismo en que se destaca el interés sobre las víctimas inmediatas. En este sentido, el terrorismo ha sido definido como “[...] una forma de ataque político-militar que ataca civiles [...] no quieren realmente el resultado político y militar de quienes realmente van a matar. El terrorismo es el arma que pueblos oprimidos siempre han empleado en contra de aquellos que consideran sus opresores, porque usualmente es la única arma disponible”, en PFAFF William, “The Politics of Terrorism: or Civilians v. Civilians”, *International Herald Tribune* 8, 10 de enero de 2002, página de inicio.

²¹⁷ SOLL Gabriel, “Terrorism: The Known Element No One Can Define”, *Willamette Journal of International Law & Dispute Resolution*, 11 *Willamette J. Int’l L. & Dispute Res.* 123, 2004, página 137.

pertenece la víctima, que ese atentado terrorista puede repetirse contra alguno de los demás miembros. Ahora bien, ¿cuál es la diferencia entre un homicidio común y un acto de terrorismo?, ¿los atentados que el grupo terrorista vasco ETA ha cometido en contra de fiscales y miembros del Poder Judicial son homicidios o terrorismo?

La línea entre terrorismo y otros delitos suele ser muy delgada; cuando la víctima inmediata es selectiva, como en los atentados de ETA, suelen ser fácilmente confundibles; sin embargo, el elemento subjetivo de intencionalidad es fundamental, pues si el sujeto activo busca privar de la vida a un fiscal porque éste ha intervenido en alguna investigación contra el sujeto activo o contra algún miembro de su grupo delictivo, el delito que se cometería sería homicidio y no terrorismo. En este caso, la intención sería privar de la vida a una persona específica, buscando que la víctima sea única, es decir, la inmediata. No obstante, si el sujeto activo mata a ese fiscal pero no por circunstancias especiales sino como mensaje a los demás fiscales de que lo mismo les puede suceder a los demás, entonces se estaría en presencia de un delito de terrorismo, si es que los demás elementos igualmente se actualizan. Así, la intencionalidad del sujeto activo es fundamental para considerar un acto violento ilegal como terrorismo.

D. La finalidad de perseguir una meta política, militar, étnica, ideológica o religiosa

Otro elemento fundamental que distingue al terrorismo de otros delitos es la finalidad última que siempre será política, militar, étnica, o religiosa. Este elemento resulta trascendental pues es el que le da el contenido ideológico al terrorismo. Generalmente, tanto la violencia directa como la indirecta resultan ser inservibles para el terrorista, si no se consigue con ello, una meta mayor. Aunque un atentado pueda ser exclusivamente llevado a cabo por odio, el terrorismo se perfecciona cuando existe alguna fundamentación en cuestiones políticas, militares, étnicas o religiosas²¹⁸.

Sin embargo, este es un elemento de los que mayor debate han generado a lo largo de las discusiones académicas, parlamentarias y diplomáticas. Como se ha analizado anteriormente, cada día el terrorismo ha sido empleado para mayores propósitos y las definiciones deben actualizarse rápidamente. Si bien el terrorismo es ligado a razones

²¹⁸ Así, “(s)i la definición de terrorismo no incluye específicamente el elemento de la intención de coaccionar o intimidar, luego cualquier criminal, como el ‘hijo de Sam’ que mata sólo por el hambre de violencia sangrienta, podría ser considerado terrorista”, en TIEFENBURN Susan, *supra* nota 22, página 367.

políticas, ¿quién iba a pensar hace quince años que alguien cometería atentados terroristas para protestar por el desarrollo tecnológico? En efecto, antes esta finalidad para cometer terrorismo era impensable; sin embargo, en 1995 un estadounidense, Timothy Mc Veigh, ejecutó atentados terroristas vía correo postal, fundamentando tales actos en el rechazo al desarrollo tecnológico de Estados Unidos.

No obstante, la diversificación de argumentos justificativos del terrorismo no es el único problema que enfrenta la comunidad internacional para lograr una definición por lo que respecta a la finalidad de los terroristas. Quizás el mayor obstáculo se encuentra precisamente cuando la justificación es de carácter político. En tiempos actuales donde el terrorismo se ha internacionalizado, los sujetos, activos y pasivos de este crimen suelen no coincidir en el mismo lugar. Mientras los atentados el 11 de septiembre de 2001 fueron presuntamente ideados en Afganistán por personas de diversas nacionalidades, los ataques finalmente se produjeron en Estados Unidos. Igualmente se puede decir de los atentados en Madrid en 2004, en Londres en 2005 y en muchos de los lugares que han sido objeto de atentados terroristas en los últimos años.

Esta nueva realidad global ha generado que los países víctimas de atentados terroristas de carácter internacional requieran de la presencia de los culpables en sus jurisdicciones bajo las leyes penales nacionales. Para ello, el Derecho Penal Transnacional establece la figura de la extradición, la cual es la que permite que un probable responsable de un delito pueda ser trasladado a otro país por ser juzgado. En esta materia diversos Estados han firmado tratados bilaterales o multilaterales de asistencia mutua, con la finalidad de agilizar los procedimientos de entendimiento y cooperación penal entre las Partes de dichos tratados internacionales.

Sin embargo, de acuerdo con el Derecho Internacional una excepción a la extradición es precisamente cuando la persona solicitada se le pretende juzgar por algún delito de carácter político²¹⁹. Ahora bien, ¿el terrorismo es un delito político? Hasta el momento no existe

²¹⁹ La excepción de extradición por razones políticas permite a una Estado rechazar una petición de extradición cuando el Estado requirente se fundamenta en un delito de carácter político. La *ratio* de esta concepción se debe a que la persona puede correr peligro si es extraditada ya que no se trata de un delito común si no que guarda relación directa con el Estado y puede haber represalias mientras esté bajo resguardo estatal, *en* BLAKESLEY Christopher, “Terrorism, Drugs, International Law and the Protection of Human Liberty”, Transnational Publishers, Nueva York, 1992, páginas 75-89.

una respuesta contundente en esta cuestión pues mientras en algunos foros internacionales el terrorismo es considerado un crimen político, cuando es cometido con fines políticos, para otros no existe relación entre un delito político y un delitos con fines políticos. A este respecto, el artículo 14 de la Convención Europea sobre la Supresión del Terrorismo de 1977, celebrada en el marco del Consejo de Europa, permite la posibilidad de que Estado Parte pueda negar la extradición de un probable terrorista si considera que la razón de la petición del Estado requirente es por un “delito político”.²²⁰ En este mismo sentido, hace ya más de un siglo un tribunal de Estados Unidos también denegó la extradición de cinco ciudadanos salvadoreños que viajaron a aquel país en la década de 1890 después de un movimiento revolucionario fallido que tuvo como consecuencia muertes y robos a bancos. En este caso, un tribunal estadounidense aplicó la excepción de la naturaleza política en la extradición definiéndola como, “[...] cualquier ofensa cometida en el curso de una guerra civil, insurrección o conmoción política”²²¹.

Por su parte, el Derecho Internacional ha ido evolucionando al abordar la cuestión sobre la politización del terrorismo como una excepción para la extradición. Durante los esfuerzos en el seno de la ONU para elaborar una convención internacional para combatir al terrorismo, que no se ha logrado dada la falta de consenso en la definición, se estableció un artículo expreso para evitar que se pudiera alegar el elemento “político” del terrorismo como excusa de extradición. En efecto, en el artículo 14 del Proyecto de la Convención sobre Terrorismo Internacional se dispuso que ninguna de las formas y manifestaciones del terrorismo deberían ser considerados como “delitos políticos”²²². De esta manera, la

²²⁰ El artículo 13 de la Convención Europea para la Supresión del Terrorismo de 1977 establece que:

“Cualquier Estado podrá al momento de la firma o cuando deposite su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, declarar que se reserva el derecho de rechazar extradición en relación con cualquier delito mencionado en el artículo 1, que lo considere como delito político, un delito conectado con un delito político o un delito inspirado por motivos políticos [...]”

²²¹ Cfr. LEARY Christie A., “The Political Exception: The Irish Republican Army, and the Supplementary Treaty – The Inadequacy of Anglo-American Extradition Policy Demonstrated by *In Re* Requested Extradition of Artt, Brenna and Kirby”, *Journal of International Legal Studies*, 5 J. Int'l Legal Stud. 293, 1999, página 295.

²²² El artículo 14 del Proyecto de Convención sobre el Terrorismo Internacional, en discusión en la ONU, señala expresamente que:

“Ninguna de los delitos referidos en el artículo 2 deberán ser vinculados, para fines de extradición o mutua asistencia legal, como delito político, como delito ligado a un delito político o como delito inspirado por motivos políticos. De igual manera, un pedido de extradición o de asistencia legal mutua basada en dicho delito no debe ser rechazada por la sola razón de que responda a un delito político como delito ligado a un delito político o como delito inspirado por motivos políticos”.

comunidad internacional reconoce la vinculación del terrorismo como una “ofensa política” y por ello, se ha decidido hacer mención expresa en el sentido de que no se deberá entender como un delito político para efectos de extradición.

Con ello, las tendencias actuales están dirigidas a separar al terrorismo de los “delitos políticos”. Nuestro país, quien también prohíbe la extradición de reos políticos, ha conocido recientemente de casos relativos a la extradición de personas vinculadas al terrorismo. Al más conocido de ellos, el caso Cavallo, la Corte desechó la petición de Amparo, en la que el quejoso consideró que el delito alegado para su extradición, era un delito político y que por lo tanto su extradición estaba prohibida conforme al artículo 15 de nuestra Constitución. La Suprema Corte de Justicia de la Nación contestó a ello que se daba prioridad al Tratado bilateral celebrado en México y España en 1978, en el que igualmente se señaló expresamente que el terrorismo no debe ser considerado como un delito político para efectos de extradición²²³. Con esta experiencia reciente, queda de manifiesto que la tendencia es de eliminar la posibilidad de vincular al terrorismo con los delitos políticos.

Así, la definición de terrorismo debe contener una finalidad ya sea que se trate de orden político, religioso, étnico o de cualquier otro. Si un acto violento, ilegal, y con la intención de causar víctimas inmediatas y mediatas no tuviera este elemento subjetivo, no se entendería como terrorismo. Por ello, si se cumplen los demás requisitos pero la intencionalidad es meramente criminal, como lo sería el narcotráfico, el secuestro o delitos comunes, no podrán constituir terrorismo.

E. La dualidad particular-Estado como sujetos activos

El último de los elementos estructurales de la definición de terrorismo es determinar quién puede ser sujeto activo en la definición de terrorismo. En sus inicios, el terrorismo como concepto fue acuñado a la masacre del régimen posrevolucionario francés, en contra de individuos considerados como “traidores”. Asimismo se ha analizado cómo la concepción estatalista del “terrorismo” fue convirtiéndose en un delito de particulares y precisamente contra el Estado. Así, hasta hace algunas décadas el terrorismo fue

²²³ Cfr. SIQUEIROS José Luís, “La Extradición y la Jurisdicción Universal. El Caso Cavallo”, Revista de Derecho Privado, IJ-UNAM, enero-abril 2004, Número 7, 2004, páginas 115 y siguientes.

considerado exclusivamente como actos de particulares en contra del Estado o de otros sectores de la sociedad.

La idea de reducir el terrorismo a los particulares ha sido principalmente apoyada y sostenida por países de Occidente. Por el contrario, naciones del mundo islámico han pugnado por desarrollar un concepto de terrorismo en el que se incluya a los Estados como sujetos capaces de cometer terrorismo. Ambas posiciones han encontrado tradicionalmente su fundamento fáctico en el conflicto palestino-israelí, pues para Occidente los palestinos son terroristas al cometer actos dentro de territorio israelí, pero la violencia cometida por el ejército israelí como reacción, aunque sea desproporcionada, no puede ser considerada como terrorismo. También, recientemente la invasión a Irak abrió a su discusión las diferencias reales entre los atentados del 11 de septiembre de 2001 y las consecuencias que ha dejado esa intervención ilegal iniciada en marzo de 2003.

La catalogación moral del terrorismo hace que ambas posiciones se radicalicen. Llamar al adversario como terrorista se ha convertido en lo mismo a si se le señalara como “malo” o “despreciable”²²⁴. Bajo la posición occidental, si un particular comete violencia contra un Estado, esa persona debe llamársele “terrorista”, pero si semejante violencia fuere llevada a cabo por agentes estatales entonces se llamaría “protección a la seguridad nacional”. Por otro lado, de acuerdo con la idea islámica, si un individuo comete actos violentos contra el Estado se le debería llamar “libertador” o “héroe”, pero si el Estado es quien arremete contra individuos o grupos de personas, entonces éste sería un terrorista.

Sea cual fuere la posición correcta, lo cierto es que si los anteriores cuatro elementos constitutivos de terrorismo se actualizan, no hay razón para señalar que por razón del sujeto pasivo se deba configurar este delito o no. El terrorismo de Estado puede ser cometido de dos formas distintas²²⁵; la primera, podría llamarse “terrorismo estatal internacional”, en la cual un Estado comete actos de terrorismo en contra de otros Estados, ya sea en el marco de un conflicto armado, o bien mediante al apoyo y financiamiento de grupos que operan en el

²²⁴ San Agustín, en lo que denominó como una “gran pandilla de ladrones” narra una historia entre Alejandro Magno y un pirata. Según ésta, el pirata contestando a las acusaciones del imperio acerca de por qué había atacado en el mar, éste se defendió diciéndole a Alejandro Magno que, “(e)l mismo derecho que tu tienes de atacar el mundo. Pero solamente porque yo lo hago en un barco pequeño yo soy llamado ladrón, mientras que porque tu lo haces en una nave enorme te llaman emperador”, en BERES René, *supra* nota 2, página 247

²²⁵ Cfr. SOLL Gabriel, *supra* nota 46, página 127.

territorio de otro país. En el primero de ellos, son muchos los ataques bélicos que carecen de legitimidad o de proporcionalidad como bien pudieron haber sido los bombardeos en Dresden en 1944, o las bombas atómicas en Hiroshima y Nagasaki en 1945. Al igual que los grupos de beligerancia no estatales, los Estados se encuentran obligados a que sus actos de violencia cumplan igualmente con fines justos y medios legítimos. A falta de cualquiera de estos dos elementos, y si se actualizan los demás, los Estados podrían estar cometiendo terrorismo.

Así también, el terrorismo estatal internacional puede presentarse como forma de financiamiento o cualquier otra ayuda para que se cometan actos terroristas en otro Estado; ejemplos de ello se han dado en Oriente Medio recientemente, con la cooperación del régimen Talibán en Afganistán a *Al Qaeda* y las presunciones del apoyo iraní a la denominada “insurgencia” en Irak.

Una segunda forma en la que se puede cometer terrorismo por parte del Estado puede denominarse “terrorismo estatal interno”. Esta forma de terrorismo responde precisamente a sus orígenes, pues se refiere a la forma Robespierreiana de ejecutar violencia contra los opositores. En regímenes totalitarios, el miedo es una estrategia utilizada por los tiranos para mantener “ordenado” a su pueblo. En la gran mayoría de las experiencias no persigue fines legítimos, ni se realiza mediante medios justos. En el terrorismo estatal interno casos de tortura, ejecuciones o detenciones arbitrarias son formas de actuar cotidianas, lo cual se hace precisamente para generar terror entre la población y de esta forma, influir en su conducta, para obtener control total. Ejemplos de terrorismo estatal interno se pueden observar en nuestro propio continente, durante las dictaduras de los setenta en Paraguay, Bolivia, Brasil, Argentina, Chile y Uruguay, en donde incluso se tejieron redes entre estos países para matar y desaparecer opositores políticos, a través de terribles sistemas de cooperación entre dictaduras, como la denominada “Operación Cóndor”²²⁶.

Sin embargo, las discusiones diplomáticas siguen prefiriendo dejar de lado a la responsabilidad del Estado respecto de actos terroristas. Esta posición liderada por Estados Unidos y sus aliados ha contado con mayor apoyo de países “no alineados”, respecto de la

²²⁶ Para ahondar en el tema de la cooperación intergubernamental en Sudamérica para la comisión de estos terribles delitos se recomienda NILZON Cezar Mariano, “Operación Cóndor: Terrorismo de Estado en el Cono Sur”, Lumen Argentina, Buenos Aires, 2004.

postura islámica. En el Proyecto de Convención sobre Terrorismo Internacional, los Estados occidentales quizás temiendo poner en riesgo sus campañas militares en otros países, rechazaron incluir la responsabilidad estatal al establecer en el artículo 18 de dicho proyecto de Convención que:

1. *Nada en esta Convención deberá afectar otros derechos, obligaciones o responsabilidades de Estados, pueblos e individuos bajo el Derecho Internacional, en particular los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, y el Derecho Internacional Humanitario.*
2. *Las actividades de las fuerzas armadas durante un conflicto armado, bajo el Derecho Internacional Humanitario, no son reguladas por esta Convención.*
3. *Las actividades llevadas a cabo por las fuerzas armadas de un Estado en ejercicio de sus deberes oficiales, mientras estén regulados por otras reglas del Derecho Internacional, no son regulados por esta Convención.*

Tristemente, el proyecto de la Convención sobre Terrorismo Internacional, que busca regular todo el marco del terrorismo internacional, deja fuera *ratione personae* a los Estados, como sujetos activos. Para asegurarse de ello, establece en la primera fracción del artículo 18 que nada, absolutamente nada, de lo preceptuado por la Convención podrá afectar los derechos de los Estados bajo el Derecho Internacional. Sin embargo, para no dejar duda sobre la exclusión de los Estados como sujetos activos, los párrafos dos y tres dejan fuera la posible actuación terrorista estatal en tiempo de confrontación bélica, ya se trate doméstica o internacional. Particularmente en el párrafo dos se descarta la aplicación de la Convención (que debe reiterarse está diseñada para que aborde todo lo relativo al terrorismo internacional), a los actos bélicos que los Estados cometan en un conflicto armado²²⁷. Para ello, deja que el DIH regule esa materia, por lo que se excluye al terrorismo estatal internacional dentro del ámbito material de validez de la Convención.

Así también, el párrafo tres regula todos los actos que otras ramas del Derecho Internacional prevean. Con ello, también deja fuera de la Convención al terrorismo estatal interno, pues seguramente se argumentaría que en casos de regímenes totalitarios, si bien el

²²⁷ Como señala el profesor de la Universidad de Québec, Bruce Broomhall, “(o)bviamente esta propuesta tiene otros propósitos (como asegurar que las situaciones de ocupación extranjera sean entendidos como ‘conflicto armado’, pensando en el conflicto palestino-israelí) [...]”, en BROOMHALL Bruce, “Terrorism on Trial: State Actors in an International Definition of Terrorism from a Human Rights Perspective”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, 37 Case W. Res. J. Int’l L. 421, 2005, página 435.

DIH podría no ser aplicado, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se aplicaría y por lo tanto, tampoco podría aplicársele la Convención sobre Terrorismo Internacional.

Si bien esta Convención aún no logrado consenso internacional para que se apruebe y se abra a la firma de los Estados, es clara la intención de descartar la posibilidad de prevenir, investigar y castigar al terrorismo estatal ya sea internacional o interno. Sin embargo, varias preguntas deben aún resolverse en relación al artículo 18 del proyecto de la Convención tales como si las exclusiones comentadas aplican solamente para efectos de una eventual responsabilidad internacional estatal, o si también excluye la responsabilidad internacional individual del margen de este proyecto de Convención. Si la respuesta fuere la segunda, nada sería más lamentable pues se contribuiría con mantener más impunidad a favor de gobernantes autoritarios.

3. Escenarios futuros de la definición de terrorismo

Como se ha reiterado, la definición del terrorismo es el problema más grave entre la comunidad internacional para poder lograr consensos en la lucha contra este flagelo. Su connotación política ha sido utilizada como bandera por algunos para aparecer como la víctima, ya sea que trate como sujeto pasivo del ataque o como sujeto activo en su calidad de luchador contra la opresión. Asimismo, la catalogación moral de “terrorista” provoca que el terrorismo se convierta en mucho más que un delito, sino en una forma de designar a quienes no comparten la identidad de un grupo, o en otras palabras, atentan contra ellos. Por ello, el debate sobre los elementos necesarios para una definición del terrorismo ha cedido ligeramente terreno frente a otras interrogantes. La doctrina, quien juega un papel fundamental en este tema se ha preguntado sobre la conveniencia de tener diferentes definiciones de terrorismo dentro de un mismo sistema jurídico; tener una sola definición de terrorismo aplicada tanto a nivel nacional como internacional o; sencillamente no tener ninguna definición²²⁸. Estas tres posturas serán analizadas a continuación:

B. La conveniencia de tener diversas definiciones de terrorismo

En la actualidad, existen países que tienen una gran variedad de definiciones de terrorismo en sus sistemas jurídicos. Estados Unidos, por ejemplo, contiene en distintas

²²⁸ Cfr. PERRY Nicholas J., “The Numerous Federal Legal Definitions of Terrorism: The Problem of Too Many Grails”, *Journal of Legislation*, 30 J. Legis. 249, 2004, páginas 270-274.

leyes y disposiciones definiciones que varían dependiendo el órgano que las emite y la finalidad para las que son promulgadas. En este sentido, la *Foreign Intelligence Surveillance Act* de 1978 estableció la primera definición sobre terrorismo en Estados Unidos, mientras que como consecuencia de los atentados del 11 de septiembre de 2001, la producción de leyes y medidas antiterroristas, con sus respectivas definiciones, se incrementó exponencialmente tanto a nivel federal como en cada estado²²⁹. Incluso, el Departamento de Estado norteamericano también ha definido al terrorismo para efectos de contar con un parámetro en el marco de la “lucha contra el terrorismo”²³⁰.

La diversidad de definiciones tiene ciertas ventajas. En países donde las leyes antiterroristas se han multiplicado el terrorismo ha sido regulado desde todas sus vertientes posibles; además de castigar penalmente al terrorista, se crean medios policiales y de investigación y prevención especial; también se regula la prohibición del financiamiento y ayuda a corporaciones terroristas. Para todas estas acciones se elaboran múltiples legislaciones por lo que cada una tiene su propia definición sobre lo que se debe entender por terrorismo para los efectos de cada ley en específico. Al tener cada cuerpo legal su propia definición, permite que éstas se adecuen de mejor manera a la materia particular de cada ley, y aunque no fueren igual una a las demás, la definición de terrorismo en una ley de inmigración puede ser la apropiada para tratar la relación entre este flagelo terrorista y la inmigración, mientras que la definición de terrorismo en una ley de seguros podría contener

²²⁹ Como consecuencia del 11 de septiembre de 2001, en Estados Unidos tanto el Congreso federal como las Cámaras de los estados promulgaron medidas antiterroristas con definiciones distintas. Así, el Código Criminal Federal estableció el delito de terrorismo; la *Immigration and Nationality Act*; la *Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act 1996*; la *USA PATRIOT Act 2001*; la *Internacional Money Laundering Abatement and Financial Anti-Terrorism Act 2001*; la *Homeland Security Act 2002*; y la *Terrorism Risk Insurance Act 2002*. También los Congresos de los estados han promulgado medidas antiterroristas, cada una con su propia definición, entre las que destacan: el *Illinois Criminal Statute*; el *Wisconsin Statute*; el Código Penal de California y; la *Anti-Terrorism Act* de Nueva York, en DONIGAN CarryeLyn, “Internacional Legal Mechanisms for Combating Transnational Organized Crime; The Need for a Multilateral Convention”, *Berkeley Journal of International Law*, 18 Berkeley J. Int’l L., 2000, página 53.

²³⁰ Con las definiciones ofrecidas por el Departamento de Estado también surge la pregunta sobre quién debe formular las definiciones a nivel interno, es decir, “¿(q)uién debe tener la facultad de plasmar la definición en el ordenamiento jurídico? ¿Parlamentos nacionales, miembros del poder ejecutivo o el Poder Judicial? O, ¿Debe dejarse esta tarea a la doctrina, las víctimas, la prensa o a la ONU?”, en SCHMID Alex, *supra* nota 23, página 385. Así, la cuestión de la definición del terrorismo debe comenzar primero por determinar al órgano encargado de dicha tarea, con la finalidad de no dejar posibilidad de invasión de competencias y de lograr seguridad jurídica.

una definición que fuere la necesaria para hacer frente a las indemnizaciones de las víctimas de los atentados terroristas²³¹.

Empero, la enorme cantidad de definiciones puede arrojar como resultado que ciertos actos puedan ser considerados bajo algunas definiciones como terrorismo y en otras simplemente no. Esta confusión adquiere importancia en relación a la catalogación moral sobre la que un terrorista es etiquetado por la sociedad²³². Con un sistema de diversas definiciones de terrorismo, una persona puede o no ser terrorista dependiendo la ley que se le esté aplicando, con lo que no sólo se estaría violando su seguridad jurídica, sino que además se confundiría a la sociedad en su inercia de catalogar a un sujeto o una corporación como terrorista. Esta confusión aunada con la inmensa inseguridad jurídica en la que se deja tanto a la sociedad como a los sospechosos de terrorismo, acarrearán como resultado que las desventajas de contar con diversas definiciones pesen más que la ventaja de tener una definición por cada materia a regular.

B. Una sola definición de terrorismo tanto a nivel nacional como internacional

Otro posible escenario en el futuro de la definición del terrorismo es el establecimiento de una sola descripción de este mal social, tanto a nivel internacional como nacional. Las ventajas y desventajas de esta posibilidad son totalmente inversas a aquellas que ofrecen un sistema de pluralidad de definiciones. En este sentido, la gran desventaja de contar con una única definición se refiere a la tremenda amplitud de materias a la que ésta se aplicaría sin importar que se trate de medidas de inmigración, de sanción penal, de prevención, financiamiento o comercio relacionados con el terrorismo. Así, la constante renovación del terrorismo tanto en sus medios como en sus fines, hacen que dicha actualización se lleve a cabo de forma rápida, sobretodo en determinadas materias donde esperar a un consenso parlamentario podría implicar la pérdida de la posibilidad de prevenir atentados terroristas. Por ello, mediante las definiciones emitidas por órganos del Poder Ejecutivo, dicha

²³¹ Así, diferentes definiciones en un sistema jurídico, “[...] reflejan las prioridades e intereses particulares de cada materia involucrada”, en HOFFMAN Bruce, “Inside Terrorism”, Indigo, Londres, 1998, página 38.

²³² Los sistemas de pluralidad de definiciones de terrorismo, además de causar confusión, crean ambigüedad, y con ello, un tremendo estado de inseguridad jurídica. Este terrible problema en países que han adoptado una gran cantidad de definiciones, ha ocasionado en descontento generalizado entre la población pues en algunos casos personas o grupos son tratados como terroristas y en otros, simplemente no se les aplican sanciones porque para esas leyes, no son terroristas, en NOTEBOOM Aaron, *supra* nota 25, página 568.

actualización podría llevarse a cabo, dejando a salvo las definiciones de terrorismo establecidas para el órgano legislativo para efectos de procesar y sancionar a terroristas²³³.

No obstante, las ventajas son mayores que las posibles desventajas en el establecimiento de una definición única nacional e internacional para el terrorismo. La posibilidad de contar con solamente una descripción sobre lo que terrorismo es, permitirá una adecuada seguridad jurídica y moral sobre quién es un terrorista. Además, este escenario “[...] permitiría una mejor comunicación entre agencias en el combate contra el terrorismo y proveería al menos de una protección a los cargos que los Estados suelen inconsistentemente etiquetar como terroristas”²³⁴. Así, si no se adoptara un sistema de definición única a nivel interno e internacional se podría caer en “[...] la potencial existencia de un intento no coordinado de combatir al terrorismo causado por la duplicación de esfuerzos o lagunas en la cobertura, falta de asignación de recursos y un defectuoso monitoreo de gastos para combatir al terrorismo”²³⁵.

Por ello, los esfuerzos parlamentarios y diplomáticos deben orientarse a diseñar un sistema con definición única sobre el terrorismo. Solamente en la medida en que todos los Estados tengan la misma concepción sobre lo que es el terrorismo, sin más ni menos elementos, es como podrá contribuir el Derecho al combate global contra el terrorismo que tanto se pregona en nuestros días. Así también, mediante este sistema se permitirá eliminar catalogaciones injustas sobre quién es terrorista y quién no, además de que con una definición única, debates como “terroristas-luchadores sociales” carecería de sentido por ser aprobada por todos; sin embargo, no sobra advertir que esta propuesta es poco menos que utópica y lamentablemente pasará mucho tiempo antes de poder ver que los diferentes miembros de la comunidad internacional logren un consenso en la materia. Quizás para esa fecha el terrorismo haya “pasado de moda” en la agenda político-internacional.

²³³ Con ello, al pretender contar con una sola definición de terrorismo, se estaría por un lado, tratando de agrupar lo que es terrorismo y por el otro, excluyendo todo lo demás. En el caso de un delito tan dinámico como lo es éste, una definición única correría el grave riesgo de desactualizarse, dejando sin posibilidad a los órganos de seguridad estatales de adaptar rápidamente nuevas definiciones para enfrentar eventuales contingencias, *en MALIK Omar, supra* nota 14, página XX.

²³⁴ PERRY Nicholas J. *supra* nota 57, página 273.

²³⁵ DECKER Raymond, “Combating Terrorism: Observations on National Strategies Related to Terrorism: Testimony before the House Subcommittee on National Security, Emerging Threats, and International Relations of the House Committee on Government Report”, 108 Congreso de Estados Unidos de América. 2003.

D. La eliminación de cualquier definición del terrorismo

El último de los escenarios futuros es la eliminación de cualquier tipo de intento definicional del terrorismo. Aunque igualmente utópico, existen doctrinarios que han propuesto deshacerse de la idea de tratar de definir al terrorismo y en cambio, dejar esta discusión a la ciencia política y a la filosofía. Para ellos, el terrorismo escapa del ámbito del Derecho y pretender establecerlo en una norma de carácter legal, sería manipular un sistema jurídico para castigar a personas que entran dentro de un término totalmente político. Los partidarios de este posible escenario argumentan igualmente que el terrorismo es una palabra que mal manejada por aquéllos que pretenden castigar social y moralmente a alguien mediante la catalogación del término “terrorista”, que es por demás vago, impreciso y sin ningún propósito legal real²³⁶. De esta manera, “[...] el terrorismo no es precisamente un término jurídico”²³⁷.

El apoyo a la eliminación de esta postura ha resurgido a consecuencia de la “guerra contra el terrorismo” emprendida por Estados Unidos y sus aliados. A diferencia de otras guerras, el gobierno del Presidente George W. Bush declaró una campaña contra una organización no estatal por actos de los que ni siquiera se tiene un concepto claro como lo es el terrorismo. Aunque asustada por los atentados del 11 de septiembre de 2001, la gente cuestionó al nuevo enemigo, pues si bien antes habían sido perfectamente identificables, como la Unión Soviética en la Guerra Fría, ahora no se sabía contra quien había que luchar. A esto, expertos en asuntos de terrorismo mostraron su preocupación ante la posibilidad de utilizar el término “terrorismo” prácticamente a capricho de los líderes de los países involucrados en la “guerra contra el terrorismo”. Por esto, “[...] es ilógico para Estados

²³⁶ Para quienes apoyan la eliminación del debate definicional del terrorismo, este término no posee por sí mismo un propósito jurídico real. Si un terrorista en un atentado mata, lesiona o daña alguna propiedad, las leyes penales ya sancionan dichos actos. El terrorismo, entonces, viene simplemente a castigar la intencionalidad política de los perpetradores. Para esta posición no existe un bien jurídico protegido adicional en el terrorismo que no sea tutelado por otros delitos. Así, según ellos el terrorismo es una forma de persecución política y de catalogación moral escondido en un tipo penal, *en* BAXTER R.R., “A Skeptical Look at the Concept of Terrorism”, *Akron Law Review*, AKRON L. REV. 380, 1974, página 380.

²³⁷ ROBERTS Guy, “Self-help in Combating State Sponsored Terrorism; Self Defense in Peace Time Reprisals”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, 19 Case W. RES. J. INT’L L. 243, 1987, página 249.

Unidos tener una guerra sobre algo que ni siquiera tratan de definir, y la palabra ‘guerra’ ha sido utilizada y ahora ya no puede ser retirada”²³⁸.

Sin embargo, este posible escenario además de utópico, no es deseable en el mundo del siglo XXI. La violencia transnacional ha crecido y grupos cada día mejor organizados están planeando nuevos atentados contra distintos blancos, sin respetar prácticamente ningún rincón en el orbe; el delito de terrorismo interno o internacional, protege bienes jurídicos diferentes además de la vida, la integridad física o la propiedad.; además, una definición de terrorismo busca proteger valores como la tranquilidad y seguridad de las personas, las cuales conforman la intención inmediata y mediata del terrorista, así como la estabilidad democrática de las instituciones públicas como finalidad última del perpetrador de un atentado terrorista.

Al no haber un delito que conjugue la pluralidad de bienes jurídicos tutelados como la vida, la integridad personal, la propiedad, la seguridad personal y la estabilidad de la institucionalidad democrática, el terrorismo debe existir como un delito a perseguir y juzgar por las autoridades penales nacionales y cuando proceda, internacionales. Los graves problemas que históricamente han surgido para definir al terrorismo no deben justificar la idea de eliminar el debate sobre esta materia. Por el contrario, si los países involucrados realmente están dispuestos a erradicar el terrorismo de todos los rincones del mundo, se debe empezar por consensuar una verdadera definición internacional para que ella sea adaptada a los sistemas jurídicos nacionales. Mientras no haya voluntad política para este fin, el terrorismo seguirá siendo una herramienta manipulada a gusto de los intereses del poder.

²³⁸ HOWARD Michael, “What’s in a name? How to fight Terrorism”, Foreign Affairs, 81 FOREIGN AFF. 8, 2002, página 10.

EL RÉGIMEN IMPUESTO POR LAS LEYES ANTITERRORISTAS

En este inicio de siglo XXI nadie duda que el terrorismo sea un fenómeno que por sus características propias debe ser combatido de forma diferente a cualquier otro crimen. A ello, los Estados han tenido que adoptar medidas especiales para la prevención, investigación y sanción de los perpetradores de atentados terroristas, que como se ha analizado previamente se encuentran contenidas en cuerpos legislativos enteros dedicados exclusivamente a erradicar al terrorismo dentro de sus jurisdicciones y en ocasiones, fuera de ellas. Ahora bien, las medidas y leyes que los Estados frecuentemente decretan para proteger su seguridad nacional, particularmente frente a la amenaza terrorista, no son adoptadas sin que en ellas se afecte el régimen de derechos y libertades que las constituciones y los tratados internacionales consagran, ya sea porque restrinjan su ejercicio bajo un régimen de “normalidad”²³⁹, o incluso porque impongan un estado de emergencia, el cual debe ser afrontado no con la legislación promulgada para regir bajo la normalidad, sino a través de leyes y decretos especiales en los que se dicten todas las medidas extraordinarias necesarias para enfrentar la contingencia terrorista.

Así, las leyes decretadas especialmente para combatir y erradicar al terrorismo despiertan dudas sobre cuál es el régimen que instauran, es decir si ellas son decretadas en una situación de normalidad donde ciertas restricciones a derechos y libertades son permitidas, o si por el contrario lo que vienen a imponer es un estado de excepción mediante el otorgamiento de poderes extraordinarios al Ejecutivo, así como la suspensión de ciertos derechos y libertades. Cabe señalar que cada ley tiene un tratamiento distinto en su lucha contra el terrorismo de forma tal que algunas de ellas imponen un estado de excepción ya sea *de iure* o *de facto*, y otras simplemente pretenden restringir ciertos derechos y libertades pero dentro de una situación de normalidad.

Consecuentemente, ya sea que se trate de situaciones de normalidad o de Excepción las leyes antiterroristas inciden directamente en dos valores imperantes en todo régimen

²³⁹ Al hacer mención a la “normalidad” en este trabajo debe entenderse como el régimen en el que el Estado vive cotidianamente y cuyo orden jurídico rige de forma permanente.

democrático, a saber: el mantenimiento de la seguridad nacional y la protección de derechos humanos. El primero de ellos, es decir, la seguridad nacional, es un presupuesto fundamental para que un grupo social pueda crecer y desarrollarse, pues sin las condiciones de tranquilidad pública y estabilidad política no hay pueblos que logren los fines comunes para los que toda sociedad es creada. Por ello, el terrorismo es un crimen diferente a cualquier otro, porque contrariamente al homicidio o al robo, aquél es un fenómeno que ataca directamente a la seguridad de una nación y por lo tanto a sus instituciones democráticas, de ahí que es fundamental tomar cuantas medidas se requieran para erradicarlo. Sin embargo, dichas medidas a menudo afectan los derechos y libertades de los miembros de esa comunidad, con lo cual se transgrede otro de los postulados básicos en los que se cimenta la democracia, a saber: la debida protección de los derechos fundamentales. De esta forma, el debate doctrinal sobre las leyes antiterroristas ha girado principalmente en torno a cuál de los dos valores debe darse preferencia en el caso en que no puedan coexistir en una situación determinada o si en su caso, existe la posibilidad de alcanzar un balance entre ambos valores democráticos fundamentales.

Así, en el presente Capítulo se estudiará el régimen que las leyes imponen en su intento de combatir al terrorismo, y cómo la Excepción, como figura jurídico-constitucional, opera en aquéllos regímenes donde las leyes antiterroristas van más allá de simples restricciones a derechos y libertades. Para ello, se comenzará con algunos principios teóricos sobre la institución de la Excepción, para continuar con la aplicación de esta figura jurídica a través de las leyes antiterroristas analizadas en el Capítulo II. Así también, se estudiará la forma en cómo España regula de manera peculiar el combate al terrorismo mediante una especie de Excepción “permanente”. En segundo término, se analizarán las distintas posiciones doctrinales sobre la relación entre la seguridad nacional y los derechos humanos en el marco de la lucha contra el terrorismo. En este orden de ideas se abordará en primer término el fundamentalismo de la seguridad nacional; después se estudiará su contraparte, es decir, el fundamentalismo de la protección de los derechos humanos; y finalmente, se tratarán nuevos estudios surgidos a manera de alternativa a los fundamentalismos anteriores, en especial la doctrina “minimalista” y la teoría del “mal menor”.

5. Las Leyes Antiterroristas, ¿Imponen un Estado de Emergencia?

La Excepción es la figura jurídica de la teoría constitucional que quizás menos ha sido estudiada y explorada; ante los sistemas garantistas del siglo XX, la excepcionalidad ha constituido una parte que aunque necesaria, se ha dejado de lado en los debates constituyentes. Su relación con la suspensión de derechos, autorización de poderes extraordinarios y el uso especial de la violencia estatal, convierten a la Excepción en un tema de mucho tacto político y que por lo tanto, los redactores constitucionales optan por dejarlo de lado para no dificultar el resto de las negociaciones.

Un estado de Excepción, cualquiera que sea su nombre, es una situación comprendida por “[...] hechos actuales, urgentes y a menudo imprevisibles, que requieren una acción inmediata, frecuentemente sin tiempo de reflexión y consideración previas”²⁴⁰. Sin embargo, la Excepción al ser una de las partes menos discutidas de la teoría constitucional, en muchas ocasiones ha sido seriamente objetada y hasta negada como una figura legítimamente válida. A menudo se considera a la Excepción como un atentado al orden jurídico de un país o como una amenaza a los derechos y libertades fundamentales; así, en lugar de ser considerada como una figura con una finalidad tan noble como lo es la protección de la seguridad de la colectividad ante alguna contingencia, la Excepción se ha convertido en opinión de muchos, en un atentado a la institucionalidad democrática a través de medidas y atribuciones estatales extraordinarias.

Sin embargo, la Excepción es una institución que más allá de concepciones simplistas, permite a las autoridades hacer frente a contingencias actuales o inminentes de una forma especializada, debido a que mediante el sistema de atribuciones estatales utilizado bajo situaciones de normalidad sería prácticamente imposible de afrontar. Es precisamente en Estados democráticos en donde la Excepción debe ser considerada una institución de gran valor jurídico pues permitirá que tal como su nombre lo indica, se aplique sólo de forma excepcional debiendo guardar celosamente limitaciones de temporalidad. Por ello, en las democracias la Excepción debe estar prevista en los ordenamientos jurídico-

²⁴⁰ Los Estados de Excepción adquieren diferentes nombres en las distintas constituciones nacionales, así como en los tratados internacionales de derechos humanos, como “suspensión de garantías”; “estado de sitio”; “estado de conmoción interior”; “estado de emergencia”; o “estado de ley marcial o de guerra”. Cualquiera que sea el nombre que se reciba, dichos términos se refieren a la misma contingencia *latu sensu*, de acuerdo con la definición ofrecida de Excepción, en VALENCIA VILLA Hernando, “Derechos Humanos”, Espasa, Madrid, 2003, página 171.

constitucionales para que ésta se aplique cuando sea estrictamente necesario y tan pronto se supere la contingencia, se deje automáticamente de aplicar para recobrar así la normalidad.

Ahora bien, ¿la amenaza del terrorismo es suficiente para acreditar la existencia de una contingencia tal que justifique el régimen de Excepción? A partir de los atentados del 11 de septiembre de 2001 diversos Estados han enfocado su actividad legislativa a combatir y erradicar el terrorismo dentro de sus jurisdicciones, por lo que diversos estados de excepción han sido decretados, de *iure* o de *facto*, para poder contrarrestar las actividades de bandas y células terroristas. Por esta razón, en las siguientes páginas se abordará en primer término, la evolución teórica de la Excepción como concepto jurídico desde el Derecho Romano Público, hasta las tendencias contemporáneas en las constituciones y tratados internacionales de derechos humanos vigentes; en segundo lugar se tratará al régimen de Excepción en el combate al terrorismo, especialmente en las leyes y medidas adoptadas con posterioridad a los atentados del 11 de septiembre del 2001; y finalmente, se analizará la forma en cómo la Constitución española regula peculiarmente la Excepción “permanente” en la investigación del terrorismo.

B. La Excepción; de Roma a la Teoría Moderna de los Derechos Humanos

La excepción es quizás una de las figuras más antiguas en la ciencia constitucional. Desde que los seres humanos se congregaron en comunidades políticas, la Excepción ha jugado un papel fundamental dentro de las sociedades humanas, pues al haber Derecho que regule las relaciones entre individuos también debe haber Excepción que permita afrontar contingencias no previstas por la legislación de “normalidad”. Así, las civilizaciones remotas prontamente previeron que ante situaciones de urgencia se adoptaran de forma extraordinaria medidas especiales, es decir, fuera del orden jurídico ordinario.

Desde la época de la República en Roma se puede encontrar la incorporación de la institución de la Excepción, el cual quizás, es el primer intento de regularla jurídicamente. En efecto, bajo períodos de crisis el Senado romano tenía la atribución de proponer a sus dos Cónsules que nombraran a un funcionario para ejercer el poder de Excepción o emergencia. Con esto, se evitaba que la persona a quien se le designara como encargada de

afrontar la contingencia no pudiera autonombrarse para ejercer tal encomienda²⁴¹. La Excepción prevista en la República romana proveía al oficial designado por los Cónsules, de poderes militares y policíacos amplios, pero con algunas limitaciones sustantivas. Sin embargo, para sus funciones este oficial dependía económicamente del Senado; no podía actuar en calidad de juez civil respecto de posibles detenidos; y no tenía autoridad para emprender guerras de ofensiva, es decir, sus funciones sólo se circunscribían a la defensa de la República²⁴².

La Excepción en Roma se rigió por una serie de principios que como gran parte de su producción jurídica sigue vigente hasta los tiempos actuales. De acuerdo con Nicolás Maquiavelo, “[...] es claro que el poder de emergencia, al haber sido otorgado de acuerdo con las instituciones públicas, y no asumido por el dictador por su propia autoridad, fue siempre en beneficio del Estado”²⁴³. Es preciso igualmente destacar que la Excepción concebida en el sistema jurídico romano se regía por el principio de temporalidad, pues el oficial designado por los Cónsules para erradicar la contingencia sólo duraba en su encargo seis meses, y una vez terminado este período debía procederse a la designación de otro oficial si es que la eventualidad que dio origen al régimen de Excepción no cesaba; además, esta figura jurídica permitía poderes extraordinarios limitados pues se exigía que sólo se utilizaran aquellos exactamente necesarios y proporcionales a la contingencia presente; por otra parte, la Excepción debía regirse dentro del sistema legal y constitucional de la República de Roma, debiendo respetar las leyes que no estuviesen suspendidas en sus efectos; finalmente, la Excepción era decretada con el único objetivo de reestablecer el orden que se tenía hasta antes de la contingencia²⁴⁴.

Estos requisitos o elementos que en la Roma republicana se exigían para la Excepción han sido cuestionados por diferentes autores al paso de los siglos. El mayor exponente de la Excepción, sin embargo, apareció a inicios del siglo XX y es tristemente recordado por ser uno de los principales artífices de la justificación jurídica y política del régimen Nacional-

²⁴¹ Cfr. ROSSITER Clinton, “Constitutional Dictatorship”, Transnational Publishers, Nueva York, 2002, página 15-28.

²⁴² Durante esta época este oficial también cumplió otras funciones como la celebración de eventos ceremoniales y otros actos menores, *en Ibidem*, página 22.

²⁴³ MAQUIAVELO Nicolás, “Discursos sobre la Primera década de Tito Livio”, Losada, Barcelona, 2005, página 115.

²⁴⁴ *Ibidem*, página 116. .

Socialista alemán. En efecto, Carl Schmitt dedicó gran parte de su estudio legal al análisis de la Excepción como un elemento esencial en la vida del Estado, además de utilizar esta figura jurídica como arma para atacar al liberalismo jurídico y las ideas positivistas que cobraban gran vigencia en la década de 1920.

Empero, a lo largo de su desarrollo doctrinal Carl Schmitt modificó su posición de forma radical, de donde se pueden deducir tres grandes tendencias conocidas como: normativista; decisionista; e institucionalista. La primera de ellas llamada por él como “dictadura por comisión”, aparecida en su obra “La Dictadura” en 1921, es aquella que se rige por los principios establecidos por el orden legal y constitucional previamente establecidos. El funcionario que tiene a su cargo afrontar la contingencia, según el normativismo de Schmitt, se encuentra limitado en razón de una diversidad de factores y no puede suspender todo el orden jurídico, sino únicamente la parte estrictamente necesaria para hacer frente a la eventualidad. Su función se reduce a mantener suspendida dicha parte del ordenamiento jurídico pero no puede reformarla ni mucho menos abrogarla, pues una vez superada la contingencia, la parte del sistema legal suspendida debe recobrar su plena vigencia. Adicionalmente, la Excepción según Schmitt, debe ser decretada con la concurrencia del órgano legislativo por un lado, y del titular del poder Ejecutivo por el otro²⁴⁵.

De acuerdo a la posición normativista de Schmitt, debe delimitarse exactamente entre situaciones de normalidad y estados de excepción. Tal como se desprende del significado de dichos términos, la Excepción opera en casos donde la emergencia presente conlleve un evento repentino, urgente y generalmente imprevisible que requiera una acción inmediata para su eliminación. Por su parte, por normalidad debe entenderse aquella situación para la cual ordinariamente se legisla y donde una emergencia es únicamente la excepción a ella. Siguiendo la postura normativista schmittiana, la Excepción debe seguir los principios de temporalidad, naturaleza excepcional de la contingencia e intención de reestablecer la normalidad, principios que como se analizó previamente son los adoptados desde la

²⁴⁵ La Excepción de acuerdo con la posición normativista de Schmitt es “[...] definida por la norma. Es el orden legal ordinario el que define las circunstancias bajo el recurso de la Excepción puede ser necesaria. Es el mismo orden legal el que establece los procedimientos precisos que deben seguirse por el dictador por comisión, así como prescribir por adelantado las condiciones para la terminación de sus poderes extraordinarios”, en GROSS Oren, “Exception and Emergency Powers: The Normless and Exceptionless Exception: Carl Schmitt’s Theory of Emergency Powers and the ‘Norm-Exception’ Dichotomy”, *Cardozo Law Review*, 21 *Cardozo L. Rev.* 1825, mayo 2000, página 1835.

República romana. Schmitt concibe entonces, bajo su posición normativista, la relación entre normalidad y emergencia como “normalidad-regla, emergencia-excepción”²⁴⁶.

En la posición normativista, Schmitt no hizo más que citar las ideas que un siglo y medio antes ya había ofrecido Jean Jacques Rousseau en “El Contrato Social”, quien advirtió que “(l)a inflexibilidad de las leyes que no permitan que se modifiquen según las circunstancias, pueden hacerlas perjudiciales en ciertos casos y causar de este modo la pérdida del Estado en una crisis”²⁴⁷. Asimismo, Rousseau argumentó la validez de la Excepción como una figura legítima y necesaria al señalar que “(p)ueden presentarse mil casos para los cuales nada ha determinado el legislador y es necesario tener la previsión de que no es posible preverlo todo”²⁴⁸. Empero Rousseau no dejó ilimitada la facultad de decretar situaciones de Excepción, sino sólo cuando existiera grave riesgo a la vida de la nación²⁴⁹. Igualmente previó dos posibles escenarios en los que podría operar la Excepción. De esta forma este autor señaló:

*Si para ponerle debido remedio basta que se aumente la actividad del Gobierno, se le puede concentrar en uno o dos de sus miembros; de este modo no se altera la autoridad de las leyes, sino tan sólo la forma de su administración. Más si es tal el peligro que el aparato de las leyes sea uno de los peligros que permita preservarse de él, se nombra entonces un jefe supremo que haga callar todas las leyes y que suspenda por un momento la autoridad soberana*²⁵⁰.

Es interesante hacer notar que Rousseau admite la necesidad excepcional de suspender la vigencia de las leyes, justificándose en la voluntad general que es su postulado principal a lo largo de su obra “El Contrato Social”. Según este autor, “[...] la intención principal del pueblo es que el Estado no perezca”²⁵¹. No obstante, la autoridad no es ilimitada pues puede hacer todo menos modificar las leyes²⁵². Así también la Excepción debe ser establecida por un tiempo determinado y llegado éste no prolongarse jamás dicha

²⁴⁶ *Ibidem*, páginas 1834-1836.

²⁴⁷ ROUSSEAU Jean Jacques, “El Contrato Social”, Ediciones Quinto Sol, México, 1987, página 138.

²⁴⁸ *Idem*.

²⁴⁹ Jean Jacques Rousseau limitó los estados de Excepción argumentando que, “[...] solamente los mayores peligros pueden compensar el de alterar el orden público, y jamás se ha de suspender el poder sagrado de las leyes sino cuando se trata de la salud de la patria”, *en Idem*.

²⁵⁰ *Ibidem*, páginas 138-139.

²⁵¹ *Ibidem*, página 139.

²⁵² Rousseau acota que aunque en la Excepción, “[...] se suspende la autoridad legislativa, no por eso se extingue: el magistrado que la hace callar no puede hacerla hablar; la domina sin poder representarla; todo puedo hacerlo menos leyes”, *en Idem*.

Excepción; si los poderes extraordinarios siguen aplicándose una vez que el tiempo de validez ha concluido, entonces se estará en presencia de un gobierno tiránico y por lo tanto, los gobernados o súbditos estarán legitimados a rebelarse en ejercicio de su sagrado derecho a la resistencia a la opresión²⁵³.

Un año después a la publicación de “La Dictadura”, Carl Schmitt publicó su obra magna “Teología Política”, en la cual dio un cambio radical en su postura en relación con la figura de la Excepción, dejando el normativismo para adoptar el decisionismo. Schmitt desarrolla un vínculo entre la soberanía y la Excepción a tal grado que inicia esta obra señalando que, “(e)s soberano quien decide el estado de excepción”. En la postura decisionista, Schmitt critica al liberalismo jurídico pues esta corriente exige de la Excepción que sea establecida formalmente en una ley²⁵⁴; Schmitt considera que la Excepción puede plasmarse en el orden jurídico como “un caso de necesidad extrema, de peligro para la existencia del Estado o algo semejante”, pero solamente de manera abstracta, pues al ser contingencias de carácter imprevisible en su mayoría, es imposible para el legislador prever todas las situaciones de hecho posibles y ofrecer legalmente soluciones particulares para ello.

Así, Schmitt propone la teoría del decisionismo la cual consiste en otorgarle al gobernante o detentador del poder, la potestad de decidir cuándo se está en un régimen de excepción con no mayor límite que sea para mantener el bien común. Schmitt arguye, es cuando se podrá ver quién es el verdadero soberano, pues sólo aquel que puede decidir sobre la Excepción, es a quien verdaderamente podrá llamársele soberano. Obviamente que ante esta postura, ciertamente radical, hubo prontamente opiniones condenatorias debido a que bajo esta tesis, el decisionismo podría inducir a regímenes dictatoriales, por lo que Schmitt fundamentó su postura en autores célebres como Jean Bodin y John Locke, quienes apoyan la posición del decisionismo, tal como el propio Bodin lo acepta al preguntarse en su afamada obra “La República” hasta qué punto el soberano debe acatar las leyes. Adicionalmente Bodin se cuestiona si las promesas dadas por el gobernante menoscaban su soberanía por deberlas cumplir aún en contra de los intereses del Estado. A manera de

²⁵³ Cfr. *Ibidem*, página 141.

²⁵⁴ Carl Schmitt arguye que, “(c)uando Mohl afirma que no es posible determinar si existe un estado de excepción con base en una prueba jurídica, parte del supuesto de que una decisión en el sentido jurídico debe poder derivarse completamente del contenido de una norma”, en SCHMITT Carl, “Teología Política I”, en ORESTES AGUILAR Héctor comp., “Carl Schmitt, Teólogo de la Política”, FCE, México, 2004, página 23.

respuesta, Bodin señala que si tales promesas comprometen la seguridad de los súbditos, el gobernante puede incumplirlas y también suspender cualquier ley. Si por el contrario, admite este autor francés, se tuviera que consultar con el Senado o cualquier otro cuerpo, esto equivaldría a que el gobernante estuviera pidiendo disculpas por el incumplimiento de tales promesas y leyes, lo cual demostraría que no es plenamente soberano²⁵⁵.

De esto Schmitt quiere señalar que la doctrina de la soberanía de Bodin también concluye que la Excepción se debe regir por un principio de decisión y no por la postura normativista que profesa el liberalismo jurídico. Incluso alude a *iusnaturalistas* del prestigio de Samuel Puffendorff, para demostrar que la excepción debe provenir de una decisión y no de una norma al citar de él:“(t)odos están de acuerdo en que, al divergir las opiniones dentro de un Estado, es natural que cada partido desee lo mejor para todos –en ello consiste el *bellum omnium contra omnes*-, pero que la soberanía, y por ello el Estado mismo estriba en decidir este conflicto”²⁵⁶.

Schmitt critica también la adopción de la Excepción en la Constitución de Weimar de 1919. En este sentido, este texto constitucional en su artículo 48, contempló el estado de emergencia pero siempre que contase con la autorización del *Reichstag* y reservándole a éste el derecho de revocar tal medida. Esta forma de establecer la Excepción, que fue seguida por numerosas constituciones de la época como la mexicana de 1917, no hace según Schmitt, más que aplazar el tema de la soberanía, es decir pretender repartirla entre distintos órganos del Estado, lo que hace inoperante la Excepción porque entonces ya no permite una acción inmediata ante una contingencia que así lo requiera²⁵⁷.

Como puede desprenderse de su teoría, Schmitt encontró adversarios que negaron el carácter jurídico de la postura decisionista, argumentando que era precisamente contraria a Derecho el negarse a prever en una norma legal a la Excepción y basarla únicamente en la decisión del soberano, lo cual lleva directamente a la tiranía o la dictadura. Schmitt por el

²⁵⁵ *Ibidem*, página 25.

²⁵⁶ *Idem*.

²⁵⁷ Schmitt manifiesta al respecto que, “(e)ste estatuto corresponde al desarrollo y a la *praxis* del Estado de derecho, que al dividir las competencias e instaurar el control mutuo procura aplazar lo más posible la cuestión de la soberanía”, en *Ibidem* página 26-27.

Interesantemente este autor alemán también vincula a la Excepción como elemento fundamental de la soberanía al cuestionar si los estados miembros de una Federación son realmente soberanos como se suele pregonar. A ello, Schmitt considera que, “(s)i los estados individuales ya no cuentan con la facultad autónoma de declarar el estado de excepción, según corresponde a la interpretación usual del artículo 48 [de la Constitución de Weimar], no son Estados” en *Idem*.

contrario afirma que el decisionismo es Derecho pues se realiza en el ejercicio de un derecho de autoconservación que si bien destruye la norma, se ciñe dentro del deber jurídico natural de salvaguardar los intereses de la población²⁵⁸.

Asimismo, mientras justifica su postura decisionista, Schmitt aprovecha para criticar al positivismo jurídico, al recordar que esta corriente *iusfilosófica* niega la existencia de la Excepción e incluso niega también la soberanía como tal. Según Schmitt, el “neokantiano” Hans Kelsen “[...] no sabe que hacer con el estado de excepción”²⁵⁹, e incluso al abordar el tema de la soberanía el maestro vienés, éste señala expresamente que “[...] la soberanía debe suprimirse de manera radical”²⁶⁰. Por último, en respuesta a los positivistas “neokantianos”, Schmitt les recomienda que, “[...] debería interesarles que el orden jurídico mismo pueda prever el caso de excepción y ‘autosuspenderse’”²⁶¹.

Finalmente, Schmitt responde de forma contundente a sus adversarios doctrinales quienes niegan la importancia de la Excepción en la ciencia jurídica, al señalar que:

*Precisamente la filosofía de la vida concreta no debe apartarse de la excepción y del caso extremo, sino interesarse en ellos en grado sumo. La excepción puede revestir mayor importancia para ella que la regla, no a partir de la ironía romántica de la paradoja sino con todo el rigor del conocimiento que profundiza más que las generalizaciones claras del término promedio repetido. La excepción es más interesante que el caso normal. Lo normal no demuestra nada, la excepción lo demuestra todo; no sólo confirma la regla sino que la regla vive sólo gracias a aquélla*²⁶².

La teoría decisionista de Schmitt se resume entonces en las siguientes tres proposiciones, a saber: *i*) la decisión es el principal acontecimiento político; *ii*) la soberanía descansa en el poder definitivo de la decisión; y *iii*) el poder de decisión acerca del estado de emergencia es la manifestación definitiva de la soberanía²⁶³.

Empero, doce años después de la aparición de la “Teología Política” en 1922 en donde dio conocer la postura decisionista, se dio lugar a la segunda edición de esta obra. Aún cuando su texto se mantuvo sin cambios, Carl Schmitt escribió una “advertencia” previa a

²⁵⁸ *Ibidem*, páginas 27-28.

²⁵⁹ *Ibidem*, página 28.

²⁶⁰ *Ibidem*, página 32.

²⁶¹ *Ibidem*, página 28.

²⁶² *Ibidem*, página 29.

²⁶³ *Cfr.* HELLER Agnes, “La Decisión, Cuestión de Voluntad o Elección”, en *Zona Abierta*, núm. 53, Madrid, octubre-diciembre de 1989, página 149.

la segunda edición en la cual reconoce la existencia no de dos, sino de tres posiciones distintas en relación con la Excepción. Así, forzado por las críticas generadas en torno al decisionismo, Schmitt admite que paralelamente a esta posición y al normativismo que previamente también ya había defendido y abandonado, también existe lo que el denominó como el “institucionalismo”²⁶⁴.

Sin embargo, de la lectura de la advertencia a la segunda edición es posible observar que Schmitt no cambia totalmente su posición respecto de la Excepción. Sigue desdeñando al normativismo al mencionar que lleva “[...] a convertir el derecho en simple modo de funcionamiento de una burocracia estatal”²⁶⁵; además, continúa defendiendo al decisionismo aunque reconoce que esta posición “[...] corre el peligro de no reconocer la esencia inherente a todo gran movimiento político”²⁶⁶. Por su parte, la posición que el incluye en esta nueva edición de su “Teología Política”, el institucionalismo, viene a ser una variable del decisionismo, en la cual la decisión ya no proviene del soberano como individuo, sino de “[...] organismos e instituciones suprapersonales”²⁶⁷. No obstante, Schmitt admite que esta tercera postura “[...] conduce al pluralismo de un crecimiento feudal-corporativista sin soberanía”²⁶⁸.

La contribución de Carl Schmitt en relación con la Excepción es sencillamente invaluable. Más allá de lo que políticamente significó su pensamiento, es indudable que se trata de uno de los grandes constitucionalistas del siglo XX y en lo que se refiere a la Excepción ha sido el referente contemporáneo en la elaboración de los textos constitucionales modernos. Más aún, si bien durante los años que siguieron a la segunda posguerra sus ideas fueron satanizadas y ubicadas dentro de lo despreciable del régimen Nacional-Socialista, en últimos tiempos la Guerra contra el Terrorismo ha regresado a debate los pensamientos de Carl Schmitt por lo que aún siguen siendo vigentes dentro de la teoría constitucional. A este renacimiento schmittiano se regresará más adelante en este trabajo, especialmente en relación con las medidas que Estados Unidos ha adoptado en la

²⁶⁴ En palabras de Schmitt, “(a)ctualmente ya no distinguiría entre dos tipos de pensamiento jurídico, sino en tres, a saber: además del normativista, y el decisionista, también el institucionalista”, en SCHMITT Carl, “Advertencia a la Segunda Edición”, en ORESTES AGUILAR Héctor comp..., *supra* nota 16, página 21.

²⁶⁵ *Ibidem*, página 22.

²⁶⁶ *Idem*.

²⁶⁷ *Idem*.

²⁶⁸ *Idem*.

lucha contra el terrorismo y en las decisiones que muchos de los tribunales de aquel país han determinado en interpretación de las leyes antiterroristas promulgadas recientemente.

El último gran trabajo sobre la Excepción elaborado por Carl Schmitt fue en 1933. En los años que le siguieron esa figura constitucional pasó de los libros y los debates académicos a la triste realidad. Apenas tres años después España entraba a uno de los períodos más terribles de su historia a través de la Guerra Civil, y en 1939 la más sangrienta de las confrontaciones bélicas de la historia daba formalmente su inicio, con la declaración de guerra del Reino Unido y Francia contra Alemania por sus preocupantes avanzadas en Europa Central. La Excepción se convirtió en la regla durante seis años, en los cuales más de cincuenta millones de personas perdieron la vida, además de una infinidad de daños que a más de sesenta años muchos de ellos aún no subsanan; no obstante, la Segunda Guerra Mundial dejó a la comunidad internacional un sentimiento de revalorización de la naturaleza humana, dando origen a la internacionalización de los derechos humanos²⁶⁹.

En el primer gran documento internacional en esta materia, esto es la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la Excepción fue dejada a un lado y no se incluyó ninguna provisión al respecto. La euforia parece haberse apoderado de los delegados de los países miembros de la ONU, y este instrumento internacional fue compuesto exclusivamente de una larga lista de derechos. En este sentido, el primer documento de carácter internacional en el que se estableció la Excepción como figura jurídica aplicable fue el Convenio Europeo de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales en 1950. En efecto, el artículo 15 de este tratado regional, creado en el marco del Consejo de Europa, incorporó la Excepción al Sistema Europeo de Derechos Humanos. De esta forma este artículo permite a los Estados miembros de este tratado regional la posibilidad de derogar o suspender los derechos previstos en el mismo texto del CEDH cuando se esté “(e)n caso de guerra, o de otro peligro público que amenace la vida de la nación”.

²⁶⁹ La internacionalización de los derechos humanos supone la incorporación de ellos como materia de protección del Derecho Internacional. Este rama jurídica, tradicionalmente encargada de velar por las relaciones entre Estados, se convirtió en reguladora de los derechos fundamentales de las personas, no obstante que el Derecho Constitucional había sido tradicionalmente la rama encargada de su protección, *en* SEPÚLVEDA César, “Estudios sobre Derecho Internacional y Derechos Humanos”, CNDH, México, 2000, página 13.

En el ámbito de la ONU también se instituyó la figura de la Excepción en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Tres años después, nuestro tratado interamericano general de derechos humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, hizo prácticamente una transcripción del artículo 4 del PIDCP, adoptando en su artículo 27 la Excepción como potestad de los Estados miembros de la CADH, “(e)n caso de guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o integridad de un Estado parte [...]”.

Ahora bien, ¿cuál es la diferencia entre la Excepción concebida hasta antes de la Segunda Guerra Mundial y la Excepción después de la internacionalización de los derechos humanos? Mientras Bodin y Schmitt apoyaban otorgar poderes ilimitados al gobernante durante la Excepción, la teoría moderna de los derechos humanos nacida en la segunda posguerra, ha restringido severamente los alcances de la excepcionalidad. Para ello, el Derecho Constitucional y sobretodo Internacional han establecido una serie de principios que un Estado debe cumplir para poder decretar una Excepción o Emergencia, los cuales se desprenden de los propios textos constitucionales e internacionales, además de la interpretación que del CEDH, el PIDCP y la CADH han hecho distintos tribunales regionales y organismos internacionales de derechos humanos.

Los principios rectores de la Excepción en la teoría de los derechos humanos buscan acotar las facultades del gobernante bajo períodos de contingencia, a la vez de concederle la potestad de actuar de forma especial para poder sobrepasar la eventualidad que requiere atención y especial y que no puede ser afrontada con el sistema jurídico de normalidad²⁷⁰. Dichos principios son: *i)* amenaza excepcional²⁷¹; *ii)* legalidad²⁷²; *iii)* temporalidad²⁷³; *iv)*

²⁷⁰ Tal como señala el profesor venezolano Héctor Faúndez Ledesma:

“Ciertamente, el Estado no posee atribuciones discrecionales para declarar la existencia de una emergencia e interrumpir la vigencia de los derechos humanos. En este sentido, el art. 27, párrafo 1, de la Convención Americana [sobre Derechos Humanos] enuncia las condiciones en que se permite a los Estados la suspensión de los derechos consagrados en ella, incluyendo casos de guerra, de peligro público, o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte”, en FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales”, IIDH, 4° ed., San José, 2004, página 98.

²⁷¹ El principio de la amenaza excepcional establece los supuestos por los que un Estado válidamente puede decretar un Estado de Excepción y de Emergencia. El CEDH, permite a los Estados europeos partes derogar los derechos reconocidos por este tratado en caso de “(e)n caso de guerra, o de otro peligro público que amenace la vida de la nación [...]”. Por su parte, la CADH prevé en su artículo 27.1 que, “(e)n caso de guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o integridad de un Estado parte [...]” se pueden suspender ciertos derechos y libertades contenidos en la CADH.

proporcionalidad²⁷⁴; v) no discriminación²⁷⁵; vi) proclamación²⁷⁶; vii) notificación²⁷⁷; viii) compatibilidad²⁷⁸; y ix) la insusceptibilidad de ciertos derechos y libertades²⁷⁹.

También los textos constitucionales prevén el principio de la amenaza excepcional para suspender el ejercicio de los derechos y libertades. El artículo 29 de nuestra Carta Magna dispone que, “(e)n los casos de invasión, perturbación grave a la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto [...]”. Por su parte, el artículo 213 de la Constitución de Colombia consagra que, “(e)n caso de grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de Policía [...]”.

²⁷² El principio de legalidad exige que la Excepción se decrete conforme al orden constitucional del Estado. De esta forma, aún cuando las normas de Derecho Internacional lo permitan, si el Estado de Emergencia previsto por alguna constitución es más restrictivo, de acuerdo con el principio *pro homine* se deberá atender a lo dispuesto por la propia constitución, independientemente que los tratados internacionales aplicables avalen mayores atribuciones estatales, en “Informe del Relator Especial Leandro Despouy, sobre los Estados de Excepción”, Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/1997/19, 23 de junio de 1997, párrafos. 50-52.

²⁷³ La temporalidad en la Excepción es uno de sus elementos inherentes, pues precisamente será este principio el que permita a la Excepción ser un régimen esporádico y dejar a la situación de normalidad que sea la regla. La temporalidad puede estar prescrita directamente en el texto constitucional o bien, establecerse en el Decreto de Emergencia que para ello se emita. No obstante, diversos tribunales internacionales han coincidido en señalar que de manera general un período de tres meses es un plazo prudente aunque dependiendo la contingencia puede ser renovado, en “Observación general sobre el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: estados de excepción y suspensión de derechos”, Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Distr. GENERAL CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 de agosto de 2001 párrafo 4.

²⁷⁴ El principio de proporcionalidad permite que un Estado no argumente una contingencia para suspender indiscriminadamente todos los derechos y libertades. De acuerdo con la naturaleza de la eventualidad que se quiere hacer frente, deberán de ser los derechos que se van a suspender. Así también, la Excepción debe ser proporcional en relación al territorio, es decir, que si la contingencia se presenta en una región específica de un país, no hay razón para decretar un Estado de Emergencia en todo el territorio, en Caso Castillo Petruzzi y otros, Corte IDH, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C No. 52. párr. 109; igualmente en “El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, Corte IDH, Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 38 y “Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, Corte IDH, Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párrafo. 36.

²⁷⁵ La no discriminación también debe ser un principio fundamental en la Excepción, pues no se pueden suspender derechos y libertades a grupos de personas basados en un origen nacional, étnico, religioso o de cualquier otro, tal como parece que se hace en las leyes antiterroristas estadounidenses, británicas y canadienses que son estudiadas en este trabajo, en DESPOUY Leandro, “Los Derechos Humanos y los Estados de Excepción”, UNAM, México, 1999, páginas 42-43.

²⁷⁶ El principio de proclamación impone al Estado la obligación de informar a la población sobre la medida tomada, con la finalidad de alertarla y prevenirla de los derechos y libertades que han sido suspendidos. Este principio se satisface dando aviso al Congreso sobre la medida que se pretende, en Caso Baena Ricardo, Corte IDH, Sentencia de 2 de febrero de 2001 Serie C No. 72, párrafo 90.

²⁷⁷ La notificación es una obligación internacional que prescriben todos los tratados internacionales que regulan la excepción. En este sentido el artículo 15.3 del CEDHDF dispone que el Estado que decreta la Excepción deberá informar inmediatamente al Secretario General del Consejo de Europa de la medida adoptada. Asimismo, el artículo 27.3 de la CADH carga la obligación a los Estados partes de presentar inmediatamente al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos un reporte sobre la situación en ese país, así como las medidas de emergencias tomadas al respecto. A su vez, el PIDCP impone la misma obligación de notificación ante el Secretario General de la ONU sobre las medidas tomadas particularmente sobre los derechos y libertades suspendidos.

²⁷⁸ El principio de compatibilidad comporta la obligación de los Estados de dirigir sus medidas en concordancia con todos los tratados internacionales aplicables. Es decir, el deber impuesto por el artículo 27 de la CADH no se satisface cumpliendo con lo preceptuado por este artículo sino además con lo del artículo 4

Empero, estos principios imponen a los Estados una serie de obligaciones que tal como Schmitt señaló en su momento, impiden la acción rápida ante una contingencia que requiera la intervención gubernamental inmediata. Es esta circunstancia por la que quizás en muchas ocasiones los Estados incumplen con estos principios dado que al estar ante la eventualidad, lo que a los gobernantes importa es tomar una decisión rápida que les permita afrontar la contingencia de forma efectiva. Es por ello, que la Excepción sea una de las asignaturas pendientes de las teorías modernas de los derechos humanos, pues el sistema actual, criticado por ser sobreprotector, no ha demostrado tener la eficacia que requiere la institución de la Excepción, como mecanismo jurídico-constitucional-internacional necesario en tiempos de crisis.

La Excepción, desde un punto de vista amplio, ha sido mal empleada por muchos Estados entre los que más destacan países de nuestro hemisferio. Durante los últimos cincuenta años nuestro continente ha presenciado la imposición de numerosos estados de emergencia, sin que en ellos se hayan cumplido con los principios citados y que son, valga señalarlo, de aplicación obligatoria por los Estados²⁸⁰. Por ello, es necesario enfatizar que no se debe confundir el carácter sobreprotector que tiene la Excepción en la actualidad, con la negligencia y el despotismo de los gobernantes al pretender utilizar esta figura jurídica

del PIDCP. Debe destacarse en este sentido que todos los Estados pueden ser partes del PIDCP pero sólo los Estados europeos pueden ser signatarios del CEDH y los americanos de la CADH, *en* “Informe del Relator Especial Leandro Despouy, sobre los Estados de Excepción”, *supra* nota 34, párrafos 95-101.

²⁷⁹ La teoría moderna de los derechos humanos defiende que existen derechos que no pueden ser suspendidos ni en las peores contingencias. Esta postura ha sido recogida por los tratados internacionales en esta materia. En efecto, el artículo 15.2 del CEDH dispone que, “(1) a disposición precedente [la permisión de suspender derechos y libertades] no autoriza la derogación del artículo 2 [derecho a la vida], salvo para el caso de muertes resultantes de actos ilícitos de guerra, y a los arts. 3 [prohibición de la tortura], 4, párrafo 1 [prohibición de trabajos forzados] y 7 [prohibición de encarcelamiento por deudas civiles].”

Asimismo, la CADH dispone en su artículo 27.2 que, “(1) a disposición precedente [permisión de suspender derechos y libertades] no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y la Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad); y 23 (Derechos Políticos), ni de ninguna de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”.

Por su parte, el PIDCP señala en el artículo 4.2 que, “(1) a disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6 [derecho a la vida], 7 [prohibición de la tortura], 8 (párrafos 1 y 2) [prohibición de la esclavitud y servidumbre], 11 [prohibición de encarcelamiento por deudas civiles], 15 [principio de legalidad], 16 [derecho a la personalidad jurídica] y 18 [libertad de conciencia].”

²⁸⁰ Según el profesor uruguayo Héctor Gros Espiell, “[...] la cuestión de los Estados de Emergencia o de excepción no ha tenido en Europa la gravedad dramática que ha poseído en América Latina”, *en* GROS ESPIELL Héctor, “La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis Comparativo”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991, página 124.

como arma para suspender derechos y libertades de forma indiscriminada, y sobretodo, sin que esto signifique una necesidad real para la protección de la población.

Así, este es el desarrollo que ha tenido la figura de la Excepción a lo largo de la historia. Su utilización tan temida como necesaria hace de esta institución una de las más controvertidas pero también, de las más imprescindibles del diseño constitucional. Las radicalizaciones ideológicas en torno a la Excepción han dejado graves resultados pues por un lado, los postulados schmittianos jugaron un papel fundamental para constituir el régimen Nacional-Socialista pero por el otro, el sistema garantista que actualmente regula la Excepción ha probado ser bastante bondadoso y a la vez, inútil ante las circunstancias reales a las que los Estados diariamente se enfrentan.

B. La Figura de la Excepción en el Combate al Terrorismo

Los atentados del 11 de septiembre de 2001 no sólo significaron la consolidación del terrorismo internacional sino sobretodo, el establecimiento de un nuevo orden jurídico al interior de cada uno de los Estados. La Guerra contra el Terrorismo que Estados Unidos y sus aliados emprendieron implicó no solamente una política de ofensiva, sino también una serie cambios legales drásticos en sus ordenamientos jurídicos que afectaron de forma directa a los ciudadanos bajo sus respectivas jurisdicciones.

Empero, ¿cuáles fueron las consecuencias de los cambios legales que ha originado la Guerra contra el Terrorismo?, en otras palabras, ¿las medidas antiterroristas han impuesto un régimen de Excepción? Nadie duda que todo ordenamiento jurídico es susceptible de ser reformado conforme el transcurso del tiempo; de ello depende que una sociedad encuentre energía para buscar su desarrollo o bien, fortalezca sus mecanismos propios para garantizar su seguridad. Para lograr esto, es frecuente que diversos derechos y libertades individuales se vean afectados, pues es comprensible que no a todos los miembros de una sociedad las habrá de convenir dichas reformas legales o constitucionales.

Tanto para combatir al terrorismo doméstico como internacional, las leyes antiterroristas han significado uno de los mayores cambios en la historia de diversos sistemas jurídicos. Su implicación en los derechos y libertades es enorme y en muchas ocasiones vulneran su ejercicio en aras de proteger la seguridad nacional. A esto surge la pregunta sobre si estas leyes antiterroristas imponen un régimen de Excepción o simplemente son leyes restrictivas que operan bajo situaciones de normalidad.

No toda ley que afecte derechos y libertades supone por sí misma una situación de Excepción. La teoría de los derechos humanos ha diferenciado entre la restricción de derechos y su suspensión. En este sentido, la restricción nace de la idea de las libertades civiles de Jean Jacques Rousseau, en la que este autor explica que el hombre al nacer con libertad natural inherente a su condición, decide entregársela a la comunidad política a la que pertenece (*polis, civitas*, feudo o Estado, por mencionar algunas formas de organización política a lo largo del tiempo), para que ésta última le devuelva libertad civil, que no es tan amplia como la libertad natural, pero que le permitirá coexistir con sus semejantes en un ambiente de seguridad y convivencia²⁸¹.

Las restricciones de los derechos y libertades fundamentales se basan precisamente en la idea de la libertad civil de Rousseau. Así, cuando se habla de restricción de derechos se piensa en que el ser humano tiene ciertos derechos que el Estado le reconoce debido a que son preexistentes a la conformación de la organización política y que aunque no le quita su ejercicio, de alguna manera le restringe una parte de esa capacidad, sacrificándola en aras de la convivencia en sociedad²⁸². Un individuo tiene la libertad natural de privar de la vida a un semejante, pero su libertad civil le restringe realizar tal acto porque estaría interfiriendo en la esfera de derechos de otra persona. En este sentido, la restricción de derechos es una figura válida para situaciones de normalidad, en donde las legislaturas promulgan leyes que pueden afectar ciertos derechos y libertades pero que de ninguna forma suspenden su ejercicio sino que únicamente los limitan o restringen en ciertas circunstancias, aunque en todos los casos, será una ley o la propia constitución la encargada de establecer dichas restricciones y evitar con ello, posibles arbitrariedades²⁸³.

²⁸¹ Cfr. ROUSSEAU Jean Jacques, *supra* nota 9, páginas 5-30; también SOBERANES FERNÁNDEZ José Luís, “Historia del Derecho Mexicano”, Porrúa, México, 2000, páginas 101-107.

²⁸² Robert Alexy ofrece un concepto sobre la restricción de derechos. En este sentido señala que son, “[...] normas que restringen posiciones *iusfundamentales prima facie*”, en ALEXY Robert, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, página 272; igualmente el argentino Germán Bidart Campos arguye como fundamento a la restricción de derechos fundamentales que, “[...] la afirmación de una personalidad es limitación respecto de la personalidad de otro, necesariamente afirmada en el mismo acto; y dicha limitación es a la vez separación y conjunción o yuntura, porque la exigencia de una parte se coordina el deber de la otra, y ninguno de ambos términos puede subsistir por sí [...]”, en BIDART CAMPOS Germán, “Teoría General de los Derechos Humanos”, UNAM, México, 1993, página 211-212.

²⁸³ Particularmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que, “[...] la Convención no se limita a proclamar el conjunto de derechos y libertades cuya inviolabilidad se garantiza a todo ser humano, sino que también hace referencia a las condiciones particulares en las cuales es posible restringir el goce o

Por su parte, la Excepción supone un tratamiento distinto en relación con la restricción pues bajo este régimen los derechos y libertades fundamentales se suspenden, es decir, no existe posibilidad de su ejercicio durante la vigencia de los poderes extraordinarios²⁸⁴. La normalidad encuentra en la Excepción una interrupción en su aplicación y debe ser mantenida hasta que la contingencia se erradique para recobrar su vigencia plena. Sin embargo, como se ha dicho la Excepción no es una interrupción al orden constitucional de un país puesto que esta figura es prevista por las leyes y Cartas Magnas. Es una figura que como de su nombre se infiere opera por excepción y por ello tiene una vigencia temporal determinada. Por paradójico que pudiera parecer, la Excepción encuentra como finalidad última “[...] preservar el Estado de Derecho y el principio de legalidad”²⁸⁵.

Ahora bien, es inexacto señalar que todas las leyes antiterroristas imponen un sistema de Excepción solamente por afectar derechos y libertades. Puede ser que en algunos casos se traten simplemente de restricciones legítimas hechas bajo situaciones de normalidad. Por el contrario, existen otras que sí recurren a la Excepción ya sea de *iure* o de *facto*, dependiendo si se siguieron los principios enunciados anteriormente o no. Los Decretos 1793 de 1992 y, 1370 de 1995 en Colombia, por ejemplo, fueron explícitamente emitidos como Estados de Conmoción Interior, es decir como Excepción, en los cuales se aludieron los preceptos constitucionales que permiten la imposición temporal de esas medidas; igualmente los múltiples Decretos en el Reino Unido en las décadas de los setenta, ochenta y noventa para combatir al terrorismo en Irlanda del Norte buscaron explícitamente

ejercicio de tales derechos o libertades sin violarlos, en “La Expresión ‘leyes’ en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, CorteIDH, Serie A, No. 7, 9 de mayo de 1986, párrafo 17.

²⁸⁴ En este aspecto existe una discusión doctrinal sobre si en la Excepción se suspenden los derechos o simplemente su ejercicio. Los doctrinarios que defienden la segunda de las posiciones argumentan que los derechos son consustanciales o inherentes a la persona humana y por lo tanto, no existe forma de suspender tales derechos, sino solamente su ejercicio, en NOGUEIRA ALCALÁ Humberto, “Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales”, UNAM, México, 2003, páginas 245-249; también en BIDART CAMPOS Germán, *supra* nota 44, página 213; y FAÚNDEZ LEDESMA Héctor, *supra* nota 32, página 96.

²⁸⁵ O’DONNELL Daniel, “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004, página 982; también el Relator de la ONU para Estados de Excepción, Leandro Despouy señaló en su informe de 1997 que, “[...] resulta decisivo ubicar a esta institución dentro del campo del derecho y así desterrar erróneas concepciones que emparentan el Estado de Excepción con la potestad discrecional de ejercer el poder en situaciones de crisis”, en “Informe del Relator Especial Leandro Despouy, sobre los Estados de Excepción”, *supra* nota 34, párrafos 100.

implementar un estado de excepción para combatir el incremento de la violencia terrorista en aquellos momentos²⁸⁶.

Sin embargo, existen otras leyes antiterroristas que formalmente se promulgan bajo situaciones de normalidad pero que en realidad imponen un auténtico estado de excepción. De acuerdo con las leyes que han sido analizadas en el Capítulo II, existen algunas que de hecho aplican estados de emergencia sin observar los principios que para ello exigen las normas constitucionales e internacionales, especialmente las legislaciones adoptadas por Estados Unidos y sus aliados tradicionales cuyos mecanismos llevan no a otra cosa que a imponer un régimen de Excepción *de facto*. En este sentido, el procedimiento de “certificación” que como se verá más adelante constituye evidente discriminación, además de violación a la libertad personal y al principio de legalidad, viene a imponer un régimen de Excepción pues no se trata de una restricción necesaria para la convivencia social, sino que es una medida agresiva en contra de un determinado grupo de la sociedad cuyos miembros se consideran potenciales terroristas. En el caso particular de la *ACSA 2001* en el Reino Unido, órganos de derechos humanos de la ONU y del Consejo de Europa han determinado que el sistema de “certificación” que implementa el Reino Unido a través de la *ACSA 2001*, impone un Estado de Excepción *de facto*²⁸⁷. Al ser este sistema similar a los

²⁸⁶ Tanto los Decretos 1793 y 1370 en Colombia, como los decretos de Estado de Emergencia en el Reino Unido son abordados en el Capítulo II de este trabajo.

²⁸⁷ El Relator Especial de las Naciones Unidas para Estados de Excepción, Leandro Despouy señaló que:

“Como resultado de esta situación excepcional, la Ley de 2001 relativa a la delincuencia, la seguridad y la lucha contra el terrorismo, amplía en particular las facultades de arresto y detención de ciudadanos extranjeros, con sujeción a ciertas condiciones estipuladas por la propia ley. El Gobierno informó al Secretario General de que había examinado la posible incompatibilidad de esas facultades de detención ampliadas en virtud de la Ley de 2001, con las obligaciones contraídas en virtud del artículo 9 del Pacto, decidiendo en tanto en cuanto el ejercicio de esas facultades pudiera ser incompatible con las obligaciones contraídas por el Reino Unido en virtud de dicho artículo 9, hacer uso hasta nueva orden del derecho de suspensión que la confiere el párrafo 1 del artículo 4 del Pacto”.

Esta información fue obtenida de la notificación que el Gobierno del Reino Unido hizo llegar al Secretario de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 2001, en “Lista de Estados que han proclamado o prorrogado el estado de excepción. Informe de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos presentado de conformidad con la decisión 1998/108 de la Comisión de Derechos Humanos”, Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 55° Período de Sesiones, 2003.

Así también, el Comisionado para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, Álvaro Gil-Robles, condenó el sistema de “certificación” implementado por la *ACSA 2001*, al señalar que:

“Parecería entonces que las medidas derogatorias de la *Anti-Terrorism, Crime and Security Act* permiten tanto la detención de aquéllos no considerados como amenaza directa al Reino Unido, como para la liberación de aquéllos si considerados como amenaza. Dicha conclusión paradójica es difícil de conciliar con las estrictas exigencias de la situación”, en Opinión 1/2002 del Comisionado para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, Álvaro Gil-Robles, sobre Ciertos Aspectos de la

implementados por la *USA PATRIOT Act 2001* estadounidense y la *IRPA 2001* canadiense, también estas leyes deben ser consideradas como de aquéllas que implementan un régimen de Excepción.

Existen otras legislaciones que también decretan estados de emergencia aunque sean expedidas durante situaciones de normalidad. Los Decretos-Ley emitidos por Perú en la década de los noventa vinieron a instituir un régimen de Excepción durante todo el gobierno de Alberto Fujimori; el combate a grupos terroristas por medio de los Decretos-Ley 25.475 y 25.659 significaron violaciones graves al principio de legalidad, la libertad personal, el derecho de libre expresión, y a las garantías judiciales básicas en todo proceso. Ante tal preocupación, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró en relación a la situación por la que atravesaba Perú, que si bien este país aquejaba de una contingencia terrorista que debía ser atendida con prontitud, las medidas adoptadas en los Decretos-Ley 25.475 y 25.659 no correspondían a restricciones válidas de acuerdo con el artículo 30 de la CADH, y por lo tanto lo procedente era seguir los procedimientos previstos por el artículo 27 de la misma, referente a los principios rectores del estado de emergencia²⁸⁸. Cabe insistir que estos Decretos-Ley tuvieron una vigencia de once años, aunque su derogación no vino del procedimiento ordinario propio de una reforma legal, sino de una sentencia del Tribunal Constitucional peruano en la que declaró a ambos Decretos incompatibles con el texto fundamental de aquel país andino. Esta célebre sentencia será estudiada en el Capítulo VII.

Empero, no toda legislación antiterrorista es por sí misma instauradora de un régimen de Excepción. Las leyes antiterroristas en Chile o en México, por ejemplo, son cuerpos legales que ciertamente vienen a restringir derechos y libertades pero que no llegan a suspender su ejercicio. En la Ley 18.314 chilena, aunque dispone un sistema de investigación y sanción diferente para el terrorismo que para otros crímenes, sus disposiciones no buscan derogar los derechos y libertades, ni las garantías básicas durante el proceso penal. El problema de

Suspensión del artículo 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, por parte del Reino Unido, 28 de agosto de 2002, párrafo 38.

²⁸⁸ En este sentido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recomendó, “(a)decuar el conjunto de la legislación antiterrorista y las normas concordantes con éstas a la Convención Americana [sobre Derechos Humanos]. En esta materia el Estado debe dar pleno cumplimiento al artículo 27 de la Convención Americana que regula las situaciones de emergencia en lo relativo al respeto absoluto de los derechos cuyo ejercicio no es suspendible, y a las garantías indispensables para la protección de tales derechos, en “Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Perú”, Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos, Washington D.C. 2000, párrafo 245(3).

esta ley ha sido más que en su contenido, en su aplicación, pues grupos de protesta indígenas han sido procesados y sentenciados bajo el delito del terrorismo por adaptar la definición ofrecida en la Ley 18.314 al activismo realizado por tales organizaciones.

Así también, aunque la reciente Ley de Seguridad Nacional mexicana también ha impactado en diversos derechos y libertades, no por ello se puede señalar que impone un estado de excepción *de facto*. La investigación de elementos terroristas que se regula a través de esta ley, permite que el Centro de Inteligencia y Seguridad Nacional (CISEN) solicite de un juez la posibilidad de realizar cateos e intervenciones telefónicas en cualquier momento, por lo que bajo la legislación mexicana es todavía una autoridad judicial la encargada de decidir los casos en los que dicha afectación al derecho a la intimidad son permisibles. Asimismo, la clasificación de información relacionada con la seguridad nacional por mayor tiempo al generalmente establecido por la Ley Federal Acceso de la Información Pública Gubernamental tampoco insta por ese hecho un régimen de Excepción. Más allá de que pudiera considerarse violatoria del derecho a la información, esta regulación es permitida bajo situaciones de normalidad, pues el gobierno debe mantener cierta información resguardada de forma permanente para no comprometer su seguridad.

La Guerra contra el Terrorismo, sin embargo, ha retado a los postulados básicos de la teoría de la Excepción; los países que a partir del 11 de septiembre del 2001 emprendieron una política interna y externa de ofensiva han adoptado disposiciones legales que trascienden la normalidad pero que tampoco se autodefinen como de Excepción y a más de cuatro años de los atentados en Nueva York y Washington DC, las medidas antiterroristas de países como Estados Unidos, Reino Unido y Canadá, no dejan claro si funcionan bajo normalidad o si por el contrario, imponen un régimen de emergencia o incluso un estado de guerra²⁸⁹.

²⁸⁹ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su célebre “Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos” de octubre de 2002 ha establecido los distintos regímenes en los que un Estado puede ubicarse ante la decisión de tomar medidas contra el terrorismo. Al respecto, este órgano de la OEA señaló que:

- “[...] a su vez, depende de que la naturaleza y el grado de la violencia terrorista provoque o manifieste:
- en una situación de paz, en que tiene plena aplicación el derecho internacional de los derechos humanos
 - en una emergencia que amenaza la independencia o seguridad de un Estado, en cuyo caso se aplica el derecho internacional de los derechos humanos sujeto a toda suspensión permisible basada estrictamente en las exigencias de la situación, o

En este orden de ideas, la *USA PATRIOT Act 2001* es una ley ideada para que su vigencia fuera determinada y renovada en su caso, de acuerdo con las circunstancias actualizadas. Sin embargo, a más de cuatro años de su expedición, este ordenamiento legal sigue en plena vigencia aunque habrá que decirse que, cada vez que llega al Congreso para su renovación encuentra más obstáculos ya no sólo de la oposición al Presidente George W. Bush, sino también de miembros de su propio partido en las Cámara de Representantes y el propio Senado. Asimismo, la *AUMF* aunque ha quedado establecido que no es propiamente una ley, le ha conferido poderes ilimitados al Presidente de Estados Unidos para actuar en contra de los responsables de los atentados del 11 de septiembre del 2001, aunque la misma *AUMF 2001* le da la facultad al titular del Poder Ejecutivo de determinar él mismo quiénes son los responsables de dichos ataques terroristas.

La *USA PATRIOT Act 2001* y la *AUMF*, aunadas a la *AEDPA 1996*, expedida cinco años antes de los atentados en Estados Unidos conforman el principal armamento jurídico de aquel país para contrarrestar al terrorismo. Ahora bien, ¿qué régimen imponen estos productos legislativos? La respuesta es incierta puesto que mientras la *AEDPA 1996* se instituyó como una ley general y permanente bajo situaciones de normalidad, la *USA PATRIOT Act 2001* no se definió como de Excepción o de normalidad, aunque debido a su calidad de temporal o renovable, podría dejarse abierta la posibilidad de que fue ideada para superar la contingencia y después de ello cesar en sus efectos, lo cual podría llevar a considerarse como una ley de Excepción, aún cuando no se cumplió con ninguno de los requisitos necesarios exigidos por el PIDCP para decretar el estado de emergencia y del cual Estados Unidos es parte desde 1992. Asimismo, la *AUMF 2001* es una autorización del Congreso para poder utilizar la fuerza, es decir, un permiso para declarar la guerra a los responsables del 11 de septiembre del 2001, por lo que vino a constituir un Estado de Guerra.

Ante toda esta ambigüedad el gobierno de Estados Unidos ha manipulado constantemente la situación impuesta por estas leyes, para confundir y utilizar uno u otro régimen de

-
- en un conflicto armado, en que se aplican el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, pero en la cual las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos podrían tener que ser interpretadas a la luz del derecho internacional humanitario como *lex specialis* aplicable”, en “Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos”, CIDH, 116° Período de Sesiones, Washington DC, octubre de 2002, párrafo 18.

acuerdo a su interés. Al pueblo estadounidense se le dice a través de los medios de comunicación que se está en una guerra y hasta la denomina como “la Guerra contra el Terrorismo” (*War on Terror*). No obstante, al exigírsele un tratamiento conforme a lo prescrito por el Derecho Internacional Humanitario a los prisioneros en la Bahía de Guantánamo, por ser detenidos durante la intervención en Afganistán en el marco de la Guerra contra el Terrorismo, las autoridades estadounidenses se niegan argumentando que no son combatientes de guerra sino simplemente terroristas, con lo que se arrogan el derecho de mantenerlos detenidos por más de cuatro años sin juicio alguno, no determinando siquiera su situación jurídica. Ahora, si no son prisioneros de guerra y se les considera terroristas, ¿no sería entonces la legislación de normalidad la aplicable? Con esto, la indeterminación del régimen que la Guerra contra Terrorismo impone, crea un estado de inseguridad jurídica no sólo a los ciudadanos estadounidenses, sino a cualquier persona independientemente del país en el que se encuentre, pues ha quedado asentado que la maquinaria legislativa antiterrorista estadounidense no respeta fronteras y es aplicable en cualquier parte del mundo.

Esta situación de indeterminación ha generado un gran debate doctrinal en los grandes círculos universitarios en Estados Unidos, tanto de apoyo a la política de aquel país como en contra. En este sentido, quienes critican el sistema antiterrorista señalan precisamente que el régimen actual deja en incertidumbre a la población en general. De entre quienes defienden esta crítica, Bruce Ackerman en su artículo *The Emergency Constitution*, puntualiza que el combate al terrorismo debe ser considerado como un estado de excepción y no como actualmente es visto, es decir, como una guerra o como un crimen, dependiendo de la conveniencia²⁹⁰. Ackerman hace una distinción entre las recientes intervenciones en Irak y Afganistán por un lado, y la lucha contra *Al Qaeda* y particularmente *Osama Bin Laden*, por el otro. En la primera de ellas si existió una verdadera guerra pues ésta la define como “un estado de beligerancia entre soberanos”; pero la segunda no, porque en la guerra contra Estados es bien sabido quiénes son los enemigos, pero luchar contra un grupo de

²⁹⁰ Bruce Ackerman enfatiza que, “(s)i yo estoy en lo correcto en el sentido de que la amenaza del terrorismo no puede ser contrarrestada dentro de las tradicionales categorías de guerra y de crimen, que no podemos dejar a los jueces que resuelvan sobre el pánico que probablemente puede surgir, y que las normas constitucionales vigentes no cumplen con una función para atacar al terrorismo, tenemos que pensar en cómo afrontarlo. Así, ¿cómo debería ser una verdadera constitución de emergencia?”, en ACKERMAN Bruce, “The Emergency Constitution”, *Yale Law Journal*, 113 *Yale L.J.* 1029, marzo 2004, página 1031.

particulares de quien no se sabe cuántos miembros lo conforman ni de donde sean, como es el caso de *Al Qaeda*, hace que todas las personas en cualquier parte del mundo sean en principio, sospechosas²⁹¹.

Igualmente, Ackerman considera que el terrorismo no debe ser visto como un crimen, pues aunque quizás no sea más devastador que el narcotráfico o los delitos comunes, si tiene mayores efectos políticos y por lo tanto, mayor repercusión en la estabilidad de los gobiernos²⁹². Al considerar al terrorismo simplemente como un crimen, se está haciendo implícitamente referencia a un régimen de normalidad, es decir, que al ser un delito más a perseguir por la legislación criminal, no hay razón para concebir a la Guerra contra el Terrorismo como algo distinto que la “guerra contra el narcotráfico” o “la guerra contra la delincuencia”.

Ackerman aduce el problema de la falta de determinación de la Guerra contra el Terrorismo en el sistema jurídico estadounidense a la débil provisión de la Excepción en la Constitución de este país. La única disposición que hace alusión a la Excepción es el párrafo segundo de la sección 9 del artículo I, según la cual el *Habeas Corpus* no puede ser suspendido salvo en casos de rebelión, invasión o seguridad pública. Por ello, ante este inútil sistema de Excepción Ackerman propone establecer una forma actualizada para que Estados Unidos pueda incorporar un auténtico régimen de Excepción a la Constitución mediante la fórmula que el denomina *Supermajoritarian Escalator*, y en la cual propone que el decreto de Emergencia sea aprobado por más de la mitad del Congreso y si se buscara renovarlo, entonces buscar una mayoría de dos terceras partes, y así elevar el número necesario de votos a favor para subsecuentes renovaciones²⁹³. Así, mediante esta fórmula se pretende que la Guerra contra el Terrorismo que Estados Unidos emprende desde 2001 sea renovada por el Congreso periódicamente y al exigírsele más apoyo conforme pasen las renovaciones, dicha campaña antiterrorista tendría la legitimidad necesaria para poder seguir con sus efectos.

²⁹¹ Cfr. *Ibidem*, página 1033.

²⁹² En palabras de Bruce Ackerman, “(l)as muertes causadas por terroristas pueden ser menores en número que las causadas por la mafia del narcotráfico. Sin embargo, el reto que lanzan los terroristas a la autoridad política es mucho mayor”, en *Ibidem*, página 1036.

²⁹³ Bajo la fórmula de la *Supermajoritarian Escalator*, Ackerman ejemplifica en el sistema de excepción implementado por Sudáfrica la primera autorización de Excepción puede concederse con mayoría simple de la Asamblea, pero debe ser renovable cada tres meses, la primera de ellas por la mitad y las subsecuentes por el sesenta por ciento de todos los miembros de la Asamblea, en *Ibidem*, página 1055.

No obstante, no pasó mucho tiempo para que las ideas aportadas por Bruce Ackerman fueran seriamente cuestionadas. Los profesores de la Universidad de Harvard y de Miami, Laurence Tribe, Patrick Gudridge respectivamente, publicaron en su artículo titulado *The Anti-Emergency Constitution* una serie de respuestas y criticaron a Ackerman por considerarlo en extremo, protector de los derechos y libertades individuales y por no preocuparse de la seguridad nacional. A este respecto, Tribe y Gudridge critican todos los requisitos que Ackerman propone para implementar la Excepción en Estados Unidos preguntando si la fórmula de la *Supermajoritarian Escalator*, “es remotamente una vía posible para una acción gubernamental organizada”²⁹⁴.

Del mismo modo, Tribe y Gudridge consideran que la postura de Ackerman es inconstitucional pues, al obstaculizar la acción rápida gubernamental ante alguna contingencia, contraría el deber supremo de preservar la seguridad nacional²⁹⁵. Igualmente critican la fórmula de la *Supermajoritarian Escalator* por considerar que un sistema político bipartidista como es el de Estados Unidos, en donde la representación es pareja, no habría posibilidad de acercarse a las mayorías que la fórmula de Ackerman supone. Así, el proceso de negociación legislativa además de tener efectos nocivos sobre otras iniciativas, dilataría la acción que el gobierno requiere emplear frente a alguna eventualidad como lo podría bien ser un atentado terrorista de la magnitud de aquéllos del 11 de septiembre de 2001²⁹⁶.

Mientras ha sido duramente criticada la propuesta de Ackerman, se ha aprovechado para defender toda la maquinaria antiterrorista estadounidense. De acuerdo con esta tendencia, la Carta de Derechos o *Bill of Rights* estadounidense no debe significar un “pacto suicida” que implique al gobierno encontrar en ella una limitación para actuar prontamente en aras de proteger la seguridad de Estados Unidos. Lo que se debe buscar entonces es un balance entre libertad y seguridad, pues si se da un valor preferente a la libertad, la seguridad se puede ver menoscabada y podría de esta forma, terminar por socavar también a la libertad²⁹⁷.

²⁹⁴ TRIBE Laurence y Patrick Gudridge, “The Anti-Emergency Constitution”, Yale Law Journal, 113 Yale L.J. 1801, junio 2004, página 1801.

²⁹⁵ *Ibidem*, páginas 1805-1806.

²⁹⁶ *Ibidem*, páginas 1810-1811.

²⁹⁷ Así, “(l)a cuestión no es entre orden y libertad. Es entre libertad con orden o anarquía sin ninguno de los dos. Existe un peligro que los tribunales deben resolver con sabiduría y no convertir al *Bill of Rights* en un

Basados en esta argumentación, es como se defienden las medidas tomadas por la *USA PATRIOT Act 2001* como la intervención de comunicaciones, el congelamiento de activos financieros, así como el procedimiento de “certificación” de extranjeros. La anteposición de la seguridad nacional a la protección de los derechos y libertades en Estados Unidos parece que ha sido la constante durante la administración del Presidente George W. Bush, aunque ello no signifique condenar estas medidas de forma automática, si es que con ello realmente se logra el resultado de erradicar del terrorismo. Empero, seguirá la preocupante pregunta si no será precisamente que uno de los objetivos principales de los terroristas sea infundir tanto pánico que provoque la expedición desmesurada de medidas y leyes antiterroristas y se genere con ello, un colapso en el sistema de derechos y libertades de los estadounidenses. Quizás el pánico de una sociedad podría producirse más por la respuesta antiterrorista que por los mismos atentados.

D. La Excepción como regla en la constitución española para la investigación del terrorismo

Cada Constitución nacional regula la forma en cómo se podrá decretar un Estado de Emergencia, así como todos los requisitos y circunstancias que con independencia de la regulación internacional, los Estados deben seguir en aras de cumplir debidamente con el mandamiento constitucional. Sin embargo, la Constitución española representa un caso único por los términos en los que el constituyente de 1978 decidió regular la excepción. En este sentido, el artículo 55 de este texto fundamental consagra que:

- 1. Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción.*
- 2. Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria supervisión judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas y elementos terroristas.*

pacto suicida”, en THORNBURGH Dick, “Balancing Civil Liberties and Homeland Security; Does the USA PATRIOT Act avoid Justice Robert H. Jackson’s ‘Suicide Pact’?”, *Albany Law Review*, 68 *Alb. L. Rev.* 801, 2005, página 803.

De la lectura del artículo 55.1 se puede desprender la posibilidad de suspender una serie de derechos y garantías bajo un Estado de Excepción o bien, de Sitio²⁹⁸. De esta disposición parecería que la Excepción está prevista de forma análoga a otras constituciones nacionales, pues tanto el Estado de Excepción como de Sitio, permiten la suspensión temporal del ejercicio de los derechos y garantías previstos en los artículos 17 (derecho a la libertad personal); 18, apartados 2 (inviolabilidad del domicilio) y 3 (secreto en las comunicaciones); 20, párrafo 1, incisos a) (libertad de pensamiento), y d) (derecho a la información) y párrafo 5 (derecho de no ser privado de publicaciones, grabaciones y otros medios de información sin orden de autoridad judicial); 21 (derecho de reunión); 28 (derecho a la sindicalización); y 37, apartado 2 (derecho de huelga).

No obstante, el apartado dos del artículo 55 viene a instaurar un régimen peculiar en el combate al terrorismo. Bajo este precepto constitucional, también el Estado español puede suspender el ejercicio de los derechos establecidos en los artículos 17, apartado 2, y 18 apartados 2 y 3, pero únicamente cuando se trate de investigaciones de “bandas armadas o elementos terroristas”. Sin embargo, si ya se había contemplado la Excepción en el primer párrafo del artículo 55, ¿por qué incluir otra figura en el párrafo 2 del mismo precepto constitucional dedicada a combatir al terrorismo?, ¿será que los constituyentes no pensaron en la suspensión de derechos prevista en el apartado dos como una situación de Excepción, y por lo tanto no impusieron la limitación de la temporalidad que ello conllevaría?

²⁹⁸ Si bien la Constitución española de 1978 no define los presupuestos en los que son aplicables los Estados de Excepción y de Sitio, sus respectivas leyes reglamentarias han sido las encargadas de regular en qué hipótesis son operables ambas figuras constitucionales. Así la Ley Orgánica 4/1981 en su artículo 13.1, establece que:

“(c)uando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que e ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo, el Gobierno, de acuerdo con el apartado 3 del artículo 116 de la Constitución, podrá solicitar del Congreso de los Diputados autorización para declarar el estado de excepción”, en Ley Orgánica 4/1981 de 1 de Junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, publicado en el *B.O.E.* de 5 de junio de 1981.

Por su parte, el Estado de Sitio también ha sido definido en sus supuestos. En este orden de ideas, el artículo 23.1 de su Ley Orgánica dispone que:

“(c)uando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios, el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 116 de la Constitución, podrá proponer al Congreso de los Diputados la declaración del estado de sitio”, en *Ibidem*, artículo 32.

Para poder ofrecer contestación a estas interrogantes es oportuno primeramente considerar la situación de violencia que la incipiente democracia española vivía en la época en que fue redactada y aprobada la Constitución. En efecto, una vez terminado el régimen franquista en 1975, España inició un camino hacia la institucionalización de la democracia. Ayudados ciertamente por la Comunidad Europea, un país como España con más de treinta años de dictadura, presentaba el enorme reto de cambiar no sólo de gobernante sino a toda su estructura política. Paralelamente, uno de los mayores retos de aquel país, los separatismos, encontraron en la muerte de Franco un momento ideal para buscar sus metas de escisión a través de la generación de violencia terrorista principalmente en el País Vasco y Cataluña. Así, estos grupos colapsaron a España durante los años que siguieron a la transición democrática, lo cual no fue ajeno en los debates constituyentes y finalmente, esta violencia terrorista condujo a la redacción del artículo 55.2²⁹⁹.

Ahora bien, si el párrafo primero del artículo 55 y sus leyes reglamentarias remiten a la necesidad de una contingencia o emergencia para que pueda ser decretado un Estado de Emergencia o bien, de Sitio, la “Suspensión Individual de Garantías” como doctrinalmente es conocida la cláusula del artículo 55.2, no refiere a ninguna situación excepcional que legitime a la suspensión de los derechos, por lo que puede llevarse a cabo dicha suspensión de forma permanente y aún sin que exista alguna eventualidad que requiera urgentemente de tal medida³⁰⁰.

²⁹⁹ La profesora Ma. Dolores Martínez Cuevas escribe al respecto que:

“Durante los trabajos parlamentarios relativos a los artículos 55 y preceptos concordantes de la Constitución española de 1978, consta expresamente la presencia de la *violencia política* cuando se estaban redactando, así como *presiones* recibidas por parte de nacionalistas vascos y catalanes. Estos atentados muestran el clima en que se redactó la Constitución y la posible repercusión que pudo tener en la redacción concreta de algunos preceptos constitucionales, como el actual artículo 55.2 de la Constitución”, en MARTÍNEZ CUEVAS Ma. Dolores, “La Suspensión Individual de Derechos y Libertades Fundamentales en el Ordenamiento Constitucional Español: un Instrumento de Defensa de la Constitución de 1978”, Universidad de Granada, Granada, 2002, página 165.

Igualmente, la profesora Martínez Cuevas da cuenta de los atentados terroristas cometidos en la localidad navarra de Pamplona el 11 de julio de 1978, es decir unos días antes de la discusión del artículo 55 en el seno del Congreso de los Diputados, lo cual creó en los constituyentes un sentimiento de repudio al terrorismo y que los animó a incluir la cláusula prevista finalmente en el artículo 55.2.

³⁰⁰ Así el catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, Pedro Cruz Villalón manifiesta sobre la suspensión individual de garantías prevista en el artículo 55.2 que, “[...] no estamos ante un instituto integrable en el derecho de excepción, desde el momento que le falta su elemento formal básico, el confinamiento de su eficacia o virtualidad a situaciones excepcionales formalizadas: La suspensión individual de garantías es un instituto –al menos potencialmente– de eficacia permanente”, en CRUZ VILLALÓN Pedro, “Estados Excepcionales y Suspensión de Garantías”, Tecnos, Madrid, 1984, página 146.

Por su parte, el artículo 55.2 delega a una ley orgánica “la forma y los casos”, en los que deberá llevarse a cabo la suspensión de los derechos, es decir, deja al legislador la facultad de determinar si para tomar tal acción se deba presentar una contingencia o si una vez suspendidos, dicha medida tenga un tiempo de vigencia. Así, la Ley Orgánica vigente 11/1980, ha convertido de la suspensión individual de garantías “una situación de duración indefinida”³⁰¹.

Es de destacar que aún cuando el artículo 55.2 constitucional se refiere al procedimiento de investigación de “bandas armadas”, éstas deben entenderse no como cualquier grupo de delinquentes comunes armados, sino en conexión al siguiente supuesto, es decir “elementos terroristas”, lo que significa que la hipótesis prevista por el artículo 55.2 se refiere a bandas que se reúnen para atentar contra personas y bienes pero siempre con una intención terrorista.

Como se puede apreciar, en España el terrorismo posee un tratamiento peculiar, llegando incluso a ser consagrado constitucionalmente su combate, y más temido incluso que otras amenazas a la seguridad nacional, pues mientras que para la rebelión o el motín, como dos claros ejemplos de atentados a la seguridad nacional española, el procedimiento de suspensión de derechos se rige por el artículo 55.1, el artículo 55.2 regula exclusivamente lo conducente al terrorismo. Los motivos que llevaron a los constituyentes para incluir una cláusula antiterrorista en el artículo 55.2, demuestra claramente que el terrorismo en España, como en muchos otros países, no es visto como un delito más a perseguir, y que su combate trasciende las normas criminales ordinarias para convertirse en un asunto de seguridad nacional. A pesar de ello, la amenaza terrorista en España no ha cesado a casi treinta años de la promulgación de la Constitución, no obstante que en marzo de 2006 la organización terrorista vasca *ETA*, la última reminiscencia de la violencia posfranquista, comunicó la intención de lograr la paz permanente en aquél país ibérico³⁰².

2. El debate entre la Seguridad Nacional vs. Derechos y Libertades Fundamentales

El combate al terrorismo ha llevado en sí mismo un debate doctrinal, legislativo y judicial de gran escala para definir los lineamientos por los que dicha lucha debe enmarcarse. Al ser el terrorismo un ilícito de amplias repercusiones políticas, su combate se ha convertido en

³⁰¹ *Ibidem*, párrafo 154.

³⁰² *Cfr.* “ETA anuncia un alto el fuego permanente”, ABC, Madrid, 22 de marzo de 2006, página 20.

una prioridad en la agenda nacional e internacional por ser precisamente el fenómeno moderno que más amenaza la seguridad de los Estados aquejados por el terrorismo. Empero, recurrentemente los esfuerzos gubernamentales por garantizar y proteger la seguridad nacional implican una afectación a los derechos y libertades que las naciones democráticas consagran ya sea a través de su Constitución o por medio de tratados internacionales de los que sean parte. Esta restricción a los derechos e incluso su suspensión temporal, puede llegar a ser legítima tal como se ha analizado en páginas anteriores si dichas medidas son necesarias para el fin que se busca, como lo puede ser la lucha contra el terrorismo.

Sin embargo, señalar que el combate al terrorismo es una situación que legitima la restricción o suspensión de derechos y libertades no es suficiente para despejar el debate sobre dos valores fundamentales de la democracia que se contraponen en la lucha contra el terrorismo, es decir, la seguridad nacional por un lado, y la protección de derechos y libertades por el otro. Por el contrario, es en esta discrepancia en donde el debate ha cobrado su mayor punto de discrepancia; en este sentido, ¿hasta qué grado es legítimo restringir o suspender derechos y libertades en aras de garantizar la seguridad nacional? En otras palabras, si se tuviera que sacrificar alguno de estos dos valores, ¿sería lo correcto desdeñar los derechos y libertades fundamentales con tal de defender la seguridad nacional o por el contrario, bajo ninguna circunstancia los derechos y libertades deben ser afectados ni aún en tiempos en que la vida de la nación esté en peligro?

Para tratar de despejar estas interrogantes, en las siguientes páginas se analizarán las diferentes posturas que principalmente en Estados Unidos se han pronunciado a consecuencia de los atentados del 11 de septiembre de 2001, comenzando en primer término con lo que este trabajo se ha dado a la tarea de denominar como el fundamentalismo en la protección de la seguridad nacional; asimismo se estudiará su contraparte, es decir, el fundamentalismo en la protección de los derechos y libertades; en tercer lugar se presentarán algunas opciones alternativas ofrecidas como opciones ante los excesos de las posturas anteriores. A este respecto se abordará la doctrina minimalista y finalmente, la teoría del “mal menor”. Cabe mencionar que la doctrina ha ofrecido distintos nombres a todas estas posturas aunque de manera general, se pueden agrupar en las categorías presentadas en este trabajo.

A. El Fundamentalismo en la Protección de la Seguridad Nacional

Por sus características propias, el terrorismo es un fenómeno que afecta directamente a las estructuras políticas de todo Estado. Se ha comentado que más que un crimen común, la intención del terrorista es desestabilizar a algún gobierno específico pero no mediante ataques frontales y directos a las fuerzas militares y policiales, sino a través de la propagación de terror y pánico dentro de la población para así forzar a las autoridades a actuar de conformidad a como los terroristas desean que respondan. Particularmente a consecuencia de los atentados del 11 de septiembre de 2001, Estados Unidos y sus aliados respondieron a los terroristas con sendas medidas que buscaban en su totalidad defender su seguridad nacional a costa de los demás, incluida por supuesto la protección de los derechos fundamentales. Aunque distintos países han recurrido al fundamentalismo en la protección de la seguridad nacional para contraatacar al terrorismo, fue hasta después de los ataques a las Torres Gemelas y al Pentágono cuando esta postura cobró un extraordinario soporte entre la gran mayoría de los países involucrados en la Guerra contra el Terrorismo.

La doctrina estadounidense ha denominado a la tendencia de dar prioridad a la seguridad nacional sobre los derechos fundamentales de diferentes formas, como “Fundamentalismo de la Seguridad Nacional”, “Cinismo”, o “Constitución Flexible” e implica fundamentalmente que, “[...] la Constitución ordena una alta omisión del Poder Judicial, sobre la base de que cuando la seguridad nacional es amenazada, el Presidente debe ser permitido a hacer lo que se necesite hacer para proteger al país”³⁰³. Así, los fundamentalistas de la seguridad nacional procuran concentrar el poder de reacción ante la contingencia terrorista en el Presidente, y forzar con ello a que el Congreso no pueda ejercer un control sobre las medidas tomadas por el Ejecutivo, ni que los tribunales puedan conocer de ellas y en su caso, anular tales acciones.

El fundamentalismo de la seguridad nacional en Estados Unidos además de ser defendido por las autoridades administrativas, también encuentra soporte en la jurisprudencia de los

³⁰³ En este sentido igualmente, “[...] los tribunales deben adoptar una fuerte presunción en el sentido de permitir al Presidente hacer lo que el desee”, en SUSTEIN Cass R. “Recent Decisions of the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit: National Security, Liberty, and the D.C. Circuit”, *George Washington Law Review*, 73, *Geo. Wash. L. Rev.* 693, junio 2005, página 693; asimismo, esta postura también llamada como “Cinismo”, defiende que, “[...] la reflexión ética es irrelevante; las agentes del Estado harán lo que harán, y lo mismo harán los terroristas y, solamente la fuerza y el poder decidirán el resultado”, en IGNATIEFF Michael, “La Democracia y el Mal Menor”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2005, página 26.

tribunales. En efecto, aunque la Suprema Corte de Justicia recientemente ha dado sendos reveses a las medidas antiterroristas de la administración del Presidente George W. Bush, tribunales de menor jerarquía han demostrado su complacencia con el fundamentalismo de la seguridad nacional³⁰⁴. Incluso, jueces de la Suprema Corte de Justicia estadounidense han apoyado la exclusividad del Presidente en materias concernientes a la seguridad nacional, tales como la Jueza Clarence Thomas en el reciente caso *Hamdi v. Rumsfeld* en el que señaló expresamente en su voto disidente que, “[...] el Presidente tiene la responsabilidad primordial [...] de proteger la seguridad nacional y de dirigir las relaciones exteriores de la Nación”³⁰⁵.

Al argüir la Jueza Thomas que el Presidente tiene la “responsabilidad primordial” de velar por la seguridad nacional, prosiguió para afirmar que ni el Congreso ni el Poder Judicial tienen facultades para intervenir en las decisiones del Ejecutivo cuando se esté en presencia de alguna cuestión de seguridad nacional. Así, la Jueza Thomas señaló que, “(e)s crucial reconocer que la interferencia judicial en estos temas [la seguridad nacional] destruyen el propósito de dotar de la responsabilidad primordial en un Ejecutivo unitario”³⁰⁶. Con ello, la Jueza Thomas reconoce expresamente que en temas de seguridad nacional, el Poder Judicial debe abstenerse de conocer de asuntos concretos llegados a su conocimiento por considerar que constitucionalmente, el Presidente de Estados Unidos tiene la facultad exclusiva y no sujeta a revisión judicial, de actuar de la forma como él lo considere pertinente. Igualmente, la Jueza Thomas aprovechó la oportunidad de tratar lo relativo a la protección de los derechos fundamentales en el marco de posibles amenazas a la seguridad nacional. Al respecto, la Jueza Thomas afirmó que la protección de la

³⁰⁴ El tema de la seguridad nacional es de aquellos que los tribunales estadounidenses se han negado a conocer por considerarse de exclusivo dominio del Presidente. En el caso *Mojahedin Organization of Iran v. United States Department of State*, en el cual se alegaba la injusta inclusión de este grupo en la lista de terroristas de conformidad con la *AEDPA 1996*, la Suprema Corte de Justicia señaló que ella solamente podría conocer de dos de los tres elementos necesarios que debe reunir toda organización terrorista para formar parte de dicha lista, es decir, solamente si, *i*) se trataba de una organización terrorista; y *ii*) si estuviera involucrada en actos terroristas. El tercer elemento, relativo a si esta organización constituye una amenaza a la seguridad nacional de Estados Unidos, la Suprema Corte de Justicia afirmó que no podría decidir sobre él, porque “[...] el Poder Judicial no tiene ni aptitud, facilidades ni responsabilidad porque este tema pertenece al dominio del poder político, no sujeto a intromisión judicial”, en IRAOLA Roberto, “Due Process, Judicial Review, the First Amendment, and the Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act of 1996”, *North Dakota Law Review*, 78 N. Dak. L. Rev 1, 2002, página 15.

³⁰⁵ Caso *Hamdi v. Rumsfeld*, Suprema Corte de Justicia (*Supreme Court of Justice*), Voto Disidente de la Jueza Clarence Thomas, 2004, párrafo 3.

³⁰⁶ *Ibidem*, párrafo 7.

seguridad nacional es un dato justificativo de la privación del ejercicio de los derechos y garantías³⁰⁷. Con ello, se puede observar el fundamentalismo en la seguridad nacional, al reconocer al Ejecutivo la potestad absoluta y sin revisión alguna, en asuntos de seguridad nacional.

No obstante, la opinión de la Jueza Clarence Thomas no es una postura aislada dentro del sistema judicial de Estados Unidos. Por el contrario, la tendencia de tribunales inferiores se ha dirigido a fortalecer las facultades del Presidente, en detrimento de la facultad de revisión de los tribunales. Quizás los circuitos judiciales que mayor actividad en ocasión a la maquinaria legislativa antiterrorista estadounidense son el Circuito del Distrito de Columbia y el Cuarto Circuito. En el primero de ellos, con motivo de la interpretación de la *Freedom of Information Act (FOIA)*, los peticionarios solicitaron de los tribunales del Circuito judicial del Distrito de Columbia información relativa a nombres, fechas y razones de la detención, de personas a quienes se les había aplicado la “Certificación” prevista en la *USA PATRIOT Act 2001*³⁰⁸. En respuesta a dicha petición el tribunal se fundamentó en una de las excepciones al acceso de la información prevista por la sección 7(A) de la *FOIA*, relativa a la información concerniente a la seguridad nacional y por lo tanto negaron la petición solicitada por considerarse de interés de la seguridad nacional³⁰⁹. Así, con esta decisión de los tribunales del Circuito del Distrito de Columbia se recurrió al fundamentalismo de la seguridad nacional para negar información que más allá de afectar a la seguridad del Estado, ayudaría a sus familiares a acceder a la justicia para impugnar una posible detención ilegal. Con esta decisión se dejó a aquellas personas en pleno estado de incapacidad de impugnar la “Certificación” que les fue aplicada.

Por su parte, el Cuarto Circuito judicial estadounidense también ha conocido de casos relacionados con el armamento jurídico que aquel país ha promulgado a consecuencia de los atentados del 11 de septiembre de 2001. El caso *Hamdi v. Rumsfeld* fue tramitado precisamente ante este circuito judicial antes de que éste llegara a conocimiento de la

³⁰⁷ Así, la Jueza Clarence Thomas textualmente afirmó en el caso *Hamdi v. Rumsfeld* que, “[...] incluso bajo el intento de buscar un balance, el interés del Gobierno Federal de proteger la nación, debe justificar la privación de las libertades fundamentales”, en *Ibidem* párrafo 10.

³⁰⁸ La información requerida, “[...] tenía una gran justificación democrática: la evaluación de la conducta del Ejecutivo no podría hacerse sino se proveyera de esa información”, en SUSTEIN Cass R. “Recent Decisions of the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit: National Security, Liberty, and the D.C. Circuit”, *supra* nota 65, párrafo 698.

³⁰⁹ *Idem*.

Suprema Corte de Justicia, cuya sentencia es comentada en el Capítulo VII de este trabajo. En este célebre caso en que un ciudadano americano fue detenido durante la operación militar en Afganistán, la Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito respaldó la decisión presidencial de mantenerlo sin juicio de forma indefinida, incluso después de terminada la intervención en aquel país asiático. La Corte de Apelación agregó que el poder del Presidente incluía también la facultad de, “[...] deportar o detener enemigos durante la duración de las hostilidades y de confiscar o destruir la propiedad enemiga”³¹⁰.

Así también, la Corte de Apelaciones dejó clara la imposibilidad que, según ella, tienen los tribunales judiciales de conocer asuntos en las que la seguridad nacional sea un punto de controversia. Igual a otros tribunales, este tribunal del Cuarto Circuito señaló que, “[...] el otorgamiento constitucional de poderes de guerra permite al Presidente de una extraordinaria autoridad como Comandante en Jefe y obliga a las cortes a evitar conocer de casos relativos a la seguridad de la Nación”³¹¹. En otra clara muestra de fundamentalismo de la seguridad nacional, la decisión de la Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito dejó como conclusión en el caso *Hamdi v. Rumsfeld* que ciudadanos combatientes pueden quedar privados de juicio permanentemente si el Presidente de Estados Unidos así lo decide, y de una forma general, esta sentencia trató de asentar que en una de las materias fundamentales de todo país, la seguridad nacional, el Poder Judicial carece de toda atribución que tienda a conocer sobre la legalidad de la actuación presidencial. Afortunadamente, no pasó mucho tiempo para que la Suprema Corte de Justicia revocara los fallos de la Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito judicial y con ello, asumió competencia para conocer sobre la aplicación de la legislación antiterrorista con independencia de que interfiriera en temas de seguridad nacional, particularmente en los casos *Hamdi v. Rumsfeld*, *Rasul v. Bush* y *Rumsfeld v. Padilla*, cuya sentencias serán estudiadas en el Capítulo VII.

El fundamentalismo de la seguridad nacional ha encontrado su máxima expresión en las medidas concretas que el Presidente de Estados Unidos ha tomado a lo largo de esta Guerra contra el Terrorismo emprendida el 11 de septiembre de 2001. Bajo las interpretaciones que el Ejecutivo ha ofrecido en relación con las facultades presidenciales bajo la amenaza a la

³¹⁰ Caso *Hamdi v. Rumsfeld*, Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito (Court of Appeals), 2003, párrafo 450.

³¹¹ *Ibidem*, párrafo 452.

seguridad nacional, la Oficina Legal del Departamento de Justicia ha tenido la ocurrencia de señalar que debido a que el Presidente tiene la atribución constitucional de dirigir las operaciones militares en su calidad de Comandante en Jefe, “[...] cualquier esfuerzo del Congreso para regular los interrogatorios sobre combatientes de guerra violaría la facultad constitucional del Presidente”³¹². Pero más aún, el mismo Departamento de Justicia ha llegado al extremo de destacar que el Presidente de Estados Unidos tiene incluso la facultad inherente de “[...] torturar a terroristas sospechosos para hacer constitucionalmente inaceptable del Congreso el prohibir la práctica de la tortura”³¹³. Específicamente, el Presidente tiene la facultad de llevar a cabo y ordenar los interrogatorios sin limitaciones si es que con ellos, se obtienen resultados para la prevención, investigación y sanción de atentados terroristas. Con ello, la permisión abierta de la tortura es el grado máximo del fundamentalismo de la seguridad nacional y de la negación total de la dignidad humana en tiempos de crisis terrorista.

Las posturas contrarias al fundamentalismo de la seguridad nacional critican a esta doctrina por generar múltiples consecuencias negativas en una sociedad democrática determinada, entre las que destacan: *i*) el aumento progresivo del poder conferido al Presidente; y *ii*) el pánico exagerado creado entre la población. El primero de ellos, es decir, el aumento incontrolable de los poderes extraordinarios otorgados al Ejecutivo, supone que en cada estado de emergencia el Presidente adquiere poderes que una vez sobrepasada la contingencia no regresan a su estado de normalidad tal como se encontraban antes de que la eventualidad se presentara. Esto implica que progresivamente el titular del

³¹² El Presidente de Estados Unidos tiene la facultad de recurrir a todo tipo de medidas por poseer “facultades discrecionales exclusivas” para conducir las actividades beligerantes, *en* Memorandum for Alberto Gonzales Council to the President, Re: Standards of Conduct for Interrogation Under 18 USC 2340-2340^a, 1 de agosto de 2002, página 39.

Tantas son las facultades que el Presidente de Estados Unidos se arroga en el marco de la Guerra contra el Terrorismo que en sus argumentos expuestos en el caso *Rumsfeld v. Padilla*, afirmó tener en su carácter de Comandante en Jefe, el poder inherente de ordenar detener ciudadanos estadounidenses sin autorización judicial, y tenerlos incomunicados, además de no tener acceso a abogado, y sin ni siquiera informar a sus familias sobre la detención, *en Rumsfeld v. Padilla*, Suprema Corte de Justicia (*Supreme Court of Justice*), 2004, párrafo 1027.

³¹³ SUSTEIN Cass R. “Recent Decisions of the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit: National Security, Liberty, and the D.C. Circuit”, *supra* nota 65, página 696.

Poder Ejecutivo va adquiriendo mayores facultades conforme se presentan las Emergencias, pues de cada una de ellas se reserva más atribuciones³¹⁴.

Así también, el fundamentalismo en la seguridad nacional ha sido severamente criticado por crear un pánico exagerado ante las amenazas que en muchas ocasiones ni siquiera existen. El pánico que crea adoptar esta teoría, según arguyen sus adversarios, puede ahondar tanto en la población en su calidad de víctima mediata e inmediata, como en el gobierno que es el objetivo final de los terroristas. Así, el pánico que se crea en la población se trata de una de las metas esenciales del terrorista, de forma tal que al fomentar los gobiernos y medios de comunicación el terror, coadyuvan de alguna manera a los terroristas a lograr su fin inmediato, es decir, la creación de terror o pánico entre la sociedad.

Adicionalmente, los gobiernos también pueden buscar aterrorizar a sus pueblos para que una vez provocado un sentimiento de angustia generalizado, no exista objeción de nadie para decretar las medidas de emergencia que puedan llevar a la supresión de los derechos y libertades³¹⁵. Así, la sociedad en su conjunto no va a dudar en verse privada en sus libertades, si con ello se adquiere un sentimiento de seguridad. Ahora bien, existen fenómenos que aunque deben ser combatidos y erradicados, su lucha no requiere de acciones inmediatas pues la amenaza no lo amerita. En el caso particular del terrorismo si bien es un mal cuyo combate no debe ser puesto en duda, ¿es de aquellos fenómenos que merecen una reacción tan pronta como aquella que tuvieron los congresistas estadounidenses ante los atentados del 11 de septiembre de 2001? Quizás los ataques a las Torres Gemelas y al Pentágono no representaron una amenaza para futuros atentados pues no había indicios para ello, y por lo tanto la premura en la expedición de la *AUMF* y de la *USA PATRIOT Act 2001* no tenían una razón plenamente justificada porque no se preveían

³¹⁴ Esta crítica “[...] identifica una tendencia de políticas de emergencia que se convierten inmovibles con el paso del tiempo y por lo tanto normalizados y hechos rutina”, en POSNER Erick A. y Adrian Vermeule, “Accommodating Emergencies”, Public Law and Legal Theory Working Paper No. 80, University of Chicago, diciembre 2004, página 6.

³¹⁵ Por ello, el profesor Bruce Ackerman afirma que, “[...] debemos prevenir a los políticos de explotar el pánico momentáneos para imponer limitaciones permanentes a la libertad”, en ACKERMAN Bruce, “The Emergency Constitution”, *supra* nota 52, página 1030.

próximos atentados, como si lo hubiera podido ser un acto de agresión o una declaración de guerra en contra de Estados Unidos³¹⁶.

Por su parte, el pánico también puede invadir el ánimo de los gobernantes. Aún cuando la población no se encuentre aterrorizada por un atentado, las autoridades pueden dar otra lectura de ciertas actividades terroristas y en consecuencia responder de forma automática. Según los detractores del fundamentalismo de la seguridad nacional, estas respuestas se dan de forma irracional, movidos más por la ira y el furor del momento que por un estudio debidamente realizado de las circunstancias actuales³¹⁷. Así, una medida gubernamental fundamentada en el sentimiento de pánico llegará a ser tan lamentable que la excesiva preocupación de mantener protegida la seguridad nacional, terminará por menoscabar el régimen de protección de los derechos y libertades fundamentales. Bajo esta tesis, los opositores del fundamentalismo de la seguridad nacional señalan que las medidas estadounidenses posteriores a los atentados del 11 de septiembre de 2001 tuvieron su *ratio* en el pánico que rodeó las altas esferas políticas de aquel país, y por ende, dejaron seriamente lesionado el régimen de derechos en Estados Unidos.

A manera de conclusión, el fundamentalismo de la seguridad nacional plantea que lo más importante es la vida del Estado por encima de cualquier otro bien. La democracia en su concepto, requiere como primer presupuesto la seguridad de la comunidad política para que sobre ella, se sienten los demás principios como lo es la protección de los derechos y libertades. Sin embargo, si la seguridad nacional está en riesgo, automáticamente todos los demás valores democráticos corren el peligro de desaparecer, por lo que es necesario sacrificarlos en aras de la protección y salvaguarda de la seguridad de la nación. Aún cuando bajo esta perspectiva parece incuestionable, el fundamentalismo de la seguridad nacional ha demostrado ser la razón ideológica para implantar regímenes peligrosos y

³¹⁶ Así, “(i)ndudablemente, existen tiempos cuando la sociedad política lucha por su supervivencia [...] El terrorismo –ejemplificado por los ataques sobre las Torres Gemelas- no constituye una amenaza existencial, al menos en las democracias consolidadas occidentales”, *en Ibidem*, página 1044.

³¹⁷ En este sentido, “(l)a tesis del pánico argumenta que el problema con las medidas de emergencia o es que puedan ser racionales, pero que las cuestionables afectaciones a las libertades civiles sean frecuentemente irracionales, y sin que se creen suficientes beneficios a la seguridad nacional. Durante emergencias, el pánico interfiere con la evaluación racional de los riesgos. La distorsión puede tomar una serie de formas: exageración de la probabilidad o magnitud del daño amenazado; o las probabilidades de que se pueda repetir la emergencia”, *en* POSNER Erick A. y Adrian Vermeule, “Accommodating Emergencies”, *supra* nota 76, página 18.

agresivos para la institucionalidad democrática en países de Occidente en aras de combatir y erradicar el terrorismo.

B. El Fundamentalismo en la Protección de los Derechos y Libertades

Ante cualquier contingencia que requiera la actuación pronta y extraordinaria del Estado existen posiciones que pugnan por el respeto irrestricto de los derechos y libertades consagrados en los textos constitucionales e internacionales, aún en los momentos de mayor crisis y en los que la vida de toda una nación pueda estar en peligro. Esta posición conocida por la doctrina como “perfeccionista” o de interpretación constitucional estricta, señala que la debida tutela de los derechos humanos es de mayor peso moral y jurídico que incluso la salvaguardia de la seguridad nacional. Por ello, según esta doctrina, si un gobierno quiere hacer frente a alguna contingencia como lo pudieren ser atentados terroristas seriales, debe en todo momento respetar en su integridad el marco de protección de los derechos y garantías reconocidos por su Carta Magna y por los tratados internacionales de los que sean parte.

El fundamentalismo de los derechos y libertades difiere también en cuanto a la función de los jueces en una contingencia que ponga en riesgo a la seguridad nacional. Se ha analizado que el fundamentalismo de la seguridad nacional procura que el Poder Judicial evite conocer de casos en el que se impugnen medidas del Presidente relacionadas con la protección de la seguridad nacional, pues esta postura busca concentrar en el Ejecutivo las facultades extraordinarias para custodiar la seguridad nacional, siguiendo las aportaciones ideológicas de Carl Schmitt en la década de 1920. Sin embargo, el fundamentalismo de los derechos y libertades pretende precisamente que la judicatura mantenga control sobre todas las actividades del Presidente, incluyendo aquéllas relacionadas con la seguridad nacional del Estado, de forma tal que los jueces se conviertan en verdaderos defensores de los derechos humanos³¹⁸.

Asimismo, los fundamentalistas de los derechos y libertades se encuentran divididos en cuanto a la figura de la Excepción se refiere. Por un lado, la postura más radical niega como

³¹⁸ De conformidad con esta postura, “[...] los Perfeccionistas creen que bajo circunstancias de guerra, lo más importante es que los jueces federales tengan una posición fuerte en defensa de la libertad. Los Perfeccionistas enfatizan que cuando la seguridad nacional está en riesgo, el pánico público injustificado es, inclusive inevitable. Si lo jueces no protegen la libertad en el contexto del pánico, ¿entonces quién?” *en* SUNSTEIN Cass R., “Recent Decisions of the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit: National Security, Liberty, and the D.C. Circuit”, *supra* nota 65, página 693.

legítima la posibilidad que frente a contingencias de gravedad el Ejecutivo adquiriera poderes extraordinarios y que principios democráticos básicos como la separación de poderes, el sistema de pesos y contrapesos (*Checks and Balances*), y la protección de los derechos y libertades constitucionales e internacionales, queden suspendidos y supeditados a que la eventualidad cese por completo. Bajo esta tesis, los fundamentalistas de los derechos y libertades ven en la Excepción una figura que no ayuda en lo absoluto a la preservación de la democracia y por el contrario aún, viene a instituir un régimen autoritario institucionalizado³¹⁹. La experiencia en muchos países de nuestro hemisferio, argumenta esta postura, demuestra cómo la Excepción es una figura constitucional en la que los gobiernos se guardan el derecho de declarar suspensión del orden democrático para mantener oprimida a la población bajo el velo de la seguridad nacional. Fue la Excepción precisamente el fundamento jurídico-constitucional que permitió las violaciones masivas de derechos humanos en los regímenes dictatoriales de la década de 1970 y 1980 en gran parte de nuestra América Latina. Por ello, para los activistas en derechos humanos o los familiares de las víctimas de las masacres latinoamericanas, la Excepción ha sido satanizada para exigir su exclusión de los textos constitucionales³²⁰.

Por su parte, existen fundamentalistas de derechos y libertades que aceptan la figura de la Excepción, pero le imponen una serie de requisitos que hacen a esta institución constitucional inútil. Como se ha comentado anteriormente, la normativa internacional de los últimos sesenta años ha regulado la Excepción de una manera bastante limitada y sujeta a diversos requisitos; los redactores de los documentos internacionales, así como el desarrollo jurisprudencial de la que la Excepción ha sido objeto, demuestra que la doctrina del fundamentalismo de los derechos y libertades es precisamente la que se ha impuesto en

³¹⁹ Diferentes voces suelen alzarse para condenar a la figura de la Excepción. En este sentido, es común escuchar frases como, “(e)l Estado de Excepción es, así, la transformación por decreto de un mal tácito en un mal explícito”, en EZKERRA Iñaki, “Estado de Excepción. Vivir con miedo a Euzkadi”, Booket, Barcelona, 2002, página 69; o afirmaciones como, “¿(q)ué es el estado de excepción? Pues algo bien simple: la suspensión del orden jurídico. La puesta entre paréntesis de libertades y garantías ya normativizadas. Dicho de otro modo: la suspensión legal del orden mismo de lo legal”, en ANTICH Javier, “Estado de Excepción”, Vanguardia, Barcelona, miércoles 3 de marzo de 2004, página 23.

³²⁰ Como señala el profesor israelí Natán Lerner, “(e)xiste también una considerable cantidad de información relativa a abusos, en ocasiones masivas de carácter cruel, en la aplicación de los estados de emergencia o de excepción por muchos regímenes latinoamericanos, en flagrante violación a las normas universales y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. No hace mucho, el Estado de Excepción era la regla en América Latina”, en LERNER Natán, “Book Review: Los Estados de Excepción y los Derechos Humanos en América Latina. By Daniel Zovatto. Instituto Interamericano de Derechos Humanos”, *American Journal of International Law*, 86 A.J.I.L. 187, enero 1992, página 187.

el tratamiento de esta figura jurídica. Aún cuando se acepta que bajo ciertas circunstancias un Estado deba actuar de forma extraordinaria con poderes que normalmente no posee, esta postura impone una serie de trámites que deben ser satisfechos antes de proceder a ejercer tal potestad, con lo que se corre el riesgo que dependiendo la contingencia, cuando se autoricen dichos poderes extraordinarios sea demasiado tarde. Con esto, la Excepción de acuerdo al desarrollo internacional que ha tenido los últimos sesenta años es prácticamente inservible por no ser el instrumento jurídico ideal para afrontar contingencias que requieran acción inmediata.

El fundamentalismo de los derechos y libertades ha sido adoptado por grupos de presión gubernamental dedicados a proteger derechos humanos. Estas Organizaciones No Gubernamentales (ONG's) han procurado reclamar de las autoridades estatales el debido respeto de los derechos y libertades fundamentales frente a las medidas para preservar la seguridad pública y nacional. A esta práctica se han sumado numerosos órganos estatales no gubernamentales e incluso, internacionales, que suelen recomendar a los Estados qué hacer para proteger los derechos de las personas. Sin embargo, habrá que decirse también que estos órganos han fallado en proporcionar paralelamente a las recomendaciones en materia de derechos humanos, estudios sobre la compatibilidad de éstos con la seguridad nacional, pues de sus informes suele desprenderse cómo se critica al Estado por su actuación, pero no se entra al estudio que le coadyuve a manejar el balance entre estos dos principios democráticos. Un reto para las ONG's, los *Ombudsman* y los órganos internacionales en materia de derechos humanos en el futuro deberá ser asumir un papel más propositivo más que crítico y cooperar con los Estados a encontrar un balance entre el respeto de los derechos humanos y la salvaguarda de la seguridad pública y nacional. De otra forma, estos grupos de presión seguirán perdiendo la credibilidad popular ante la creencia que apoyan más a los criminales y terroristas que a la sociedad en su conjunto.

C. La Doctrina Minimalista

Los fundamentalismos de la seguridad nacional por un lado y de los derechos y libertades por otro, han mostrado ser perjudiciales en la búsqueda del balance necesario para equilibrar estos dos valores democráticos. El impacto que ambas posiciones imponen sobre la actuación de la Judicatura en tiempos de crisis, es quizás el punto de debate sobre el cual más han girado las discusiones doctrinarias, legislativas y judiciales sobre qué valor,

seguridad nacional o, protección de derechos y libertades, debe prevalecer en momentos de emergencia pública, especialmente por lo que respecta al combate al terrorismo.

Mientras el fundamentalismo de la seguridad nacional exige que jueces y tribunales se abstengan de analizar las medidas que Presidente implemente en temas de seguridad nacional, su contraparte otorga al Poder Judicial un poder central en la decisión y en su caso, la anulación de dichas medidas cuando contravengan principios democráticos, particularmente la protección de los derechos y libertades constitucionalmente tutelados. Ante la radicalidad de ambas posturas, los jueces y tribunales han adoptado a lo largo de la historia de Estados Unidos una posición que más que ser propiamente intermedia, evita entrar a la discusión sobre cuál de los dos valores democráticos debe prevalecer en momentos en que la vida de la nación se encuentre en riesgo. Por el contrario esta doctrina denominada “minimalista” afirma que en situación de emergencia o guerra, los jueces deben negarse a realizar pronunciamientos de largo alcance y responder exclusivamente la cuestión planteada. Así, la Judicatura no debe aportar revisión constitucional alguna sobre cuestiones de seguridad nacional, aunque si el peticionario alega justificadamente violación a algún derecho, el juzgador deberá otorgarle la protección correspondiente únicamente³²¹. Con la doctrina minimalista se busca que la actuación judicial no interfiera en la política de seguridad nacional del Presidente; no debe fallar sobre si las medidas aprobadas son en efecto inconstitucionales, ni mucho menos declararlas nulas, por lo que los jueces deben dirigirse cautelosos en sus decisiones y sólo pronunciarse sobre los casos concretos sin entrar en conocimiento de cuestiones profundas³²².

De esta forma, la doctrina minimalista destaca tres principios que la Judicatura debe seguir en los casos llegados a su conocimiento y en los que esté involucrada la seguridad nacional. En primer lugar, los jueces y tribunales deben exigir una clara autorización del Congreso o Parlamento para que el Presidente pueda interferir en preceptos constitucionales como son los derechos y libertades establecidos en la Carta Magna; en segundo lugar, la Judicatura debe exigir el respeto al debido proceso legal en el caso de que derechos y libertades sean transgredidos; y por último, los tribunales deben ceñirse

³²¹ *Cfr.* ISSACHAROFF Samuel y Richard H. Pildes, “Between Civil Libertarianism and Executive Unilateralism; An Institutional Process Approach to Rights During Wartime”, *Theoretical Inquiries Law Journal*, 5 *Theoretical Inquiries L.J.* 1, páginas 1-2

³²² *Cfr.* SUNSTEIN Cass R., “Recent Decisions of the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit: National Security, Liberty, and the D.C. Circuit”, *supra* nota 65, página 693.

exclusivamente a resolver la cuestión planteada sin aportar elementos extraordinarios, como la forma en que se aplican las medidas del Ejecutivo o hacer pronunciamientos sobre la inconstitucionalidad o ilegalidad de los métodos que el Presidente ordena en situaciones de crisis³²³.

Pero, ¿por qué la doctrina minimalista exige de la Judicatura una actuación discreta, es decir, sin que pueda sentar bases de alta repercusión para la debida interpretación tanto de la Constitución como de las leyes? En situaciones de emergencia es el Ejecutivo el que tiene la posibilidad de actuar de forma inmediata para repeler la contingencia y, ni el Congreso ni el Poder Judicial, tienen por sus funciones, la capacidad de tomar medidas de forma directa. Así, el Presidente es quien tiene la información y los medios necesarios para ello, además que por disposición constitucional es quien debe afrontar la crisis.

El Congreso, de acuerdo con la doctrina minimalista, tiene la responsabilidad de autorizar el uso de poderes extraordinarios al Presidente, y la Judicatura por su parte es quien debe recibir, tramitar y en su caso fallar sobre asuntos en específico. Sin embargo, los jueces y tribunales no tienen la facultad investigativa que sí posee el Ejecutivo y por lo tanto, al conocer de asuntos relativos a la seguridad nacional cuenta tan sólo con los elementos de prueba que las partes les hagan llegar y sobre los cuales tendrán que decidir la petición concreta. Con ello, los jueces no cuentan con toda la información requerida para hacer pronunciamientos de largo alcance jurídico-político y por lo tanto, aceptar que la Judicatura pueda decidir sobre la constitucionalidad de una medida antiterrorista, por ejemplo, implicaría un grave riesgo pues desde la frialdad de un tribunal y sin la información necesaria, podría dejar sin efectos alguna ley que en verdad fuese necesaria para combatir a grupos terroristas. Asimismo, pronunciarse sobre aspectos de profundidad en casos contenciosos concernientes a la seguridad nacional también podría desembocar en otorgar

³²³ La autorización clara y concreta del Congreso permite una revisión sobre posibles afectaciones injustificadas a la libertad, sin comprometer la seguridad nacional; asimismo, los jueces y tribunales deben respetar y también hacer respetar que a toda persona se le respete el debido proceso legal, en virtud de que no hay razón para mantenerle en estado de inseguridad jurídica bajo ninguna circunstancia, incluso en el marco de la lucha antiterrorista. A través del debido proceso legal una persona podrá ser escuchada y mediante el estudio de las pruebas, se podrá determinar entonces si la privación de sus derechos es legal; también los jueces y tribunales deben dirigirse con cautela y no pronunciarse más allá de lo estrictamente necesario para resolver el caso en concreto, omitiendo entrar a conocimiento de cuestiones de legalidad o constitucionalidad o a qué métodos deberían ser empleados para hacer frente a la contingencia, *en* SUNSTEIN Cass R. “Minimalism at War”, Public Law, and Legal Theory Working Paper No. 80, University of Chicago, diciembre 2004, páginas 7 y 8.

mayores poderes al Presidente, en perjuicio de los derechos y libertades de los individuos³²⁴. Así, por la incapacidad de realizar un juicio con suficientes bases, la doctrina minimalista impone a la Judicatura la restricción de no interferir en la forma en cómo el Ejecutivo conduce la política en materia de seguridad nacional.

Es prudente resaltar que aunque los minimalistas demandan cierta aquiescencia de la Judicatura, esto no implica que el Presidente pueda arrogarse la autoridad que desee sin ningún tipo de control. Empero, tal como se ha analizado, el control no proviene de un órgano jurisdiccional sino de uno político, es decir, del Congreso. A través de la autorización inicial, y de las subsecuentes revisiones será como las medidas para afrontar la crisis serán revisadas y cuestionadas. En su calidad de representante del pueblo es el Congreso, según la doctrina minimalista, quien mantendrá el contrapeso en los temas relacionados con la seguridad nacional.

D. La Doctrina del “Mal Menor”

Ante el extremismo de los fundamentalistas de la seguridad nacional, así como de aquellos que postulan a la protección de los derechos y libertades como premisa básica, nuevas doctrinas han sido formuladas como alternativas viables en la lucha contra el terrorismo. En páginas anteriores se ha analizado ya a los minimalistas que tratan de otorgar una función al Poder Judicial, que aunque discreta, permite cierta revisión de las medidas y métodos antiterroristas que el Ejecutivo impone. Ante los fundamentalismos, la doctrina minimalista plantea un cierto control por parte de juzgados y tribunales, de forma tal que ni los seguidores de la seguridad nacional otorguen poder ilimitado al Presidente, ni los protectores de los derechos y libertades nieguen toda oportunidad de reacción rápida al titular del Ejecutivo.

No obstante, recientemente ha surgido una nueva corriente para tratar de encontrar un balance entre la seguridad nacional y, los derechos y libertades denominada la doctrina del “mal menor”, cuyo máximo exponente es el profesor de la Universidad de Harvard, Michael Ignatieff. Así, la doctrina del “mal menor”, más allá de representar una estructura teórica jurídico-política, es una justificación moral para el combate al terrorismo no afiliada a ninguno de los fundamentalismos; el carácter ético de esta postura se desprende de su

³²⁴ Así, “(l)os jueces deben evitar establecer precedentes que puedan, en retrospectiva, otorgar excesivos poderes al Presidente. La doctrina minimalista pretende asegurarse de ello también”, *en Ibidem*, página 55.

nombre mismo, ya que no reconoce a las posibles violaciones a derechos humanos como daños, sino como males dado que si bien jurídicamente lo que se produce es un daño, para Ignatieff lo importante no es la connotación legal en la disyuntiva entre seguridad nacional y derechos humanos, sino la importancia moral entre estos dos valores democráticos. Por ello, al llamar “mal menor” se refiere a una relación de bueno-malo o más específicamente mal menor-mal mayor³²⁵.

De esta forma, la doctrina del “mal menor” identifica que en el combate al terrorismo las acciones deben ser tomadas de forma rápida y ciertamente brinda cierta preferencia a la seguridad nacional sobre cualquier otro bien democrático, incluidos los derechos humanos. Sin embargo, esto no significa en lo absoluto que esta teoría muestre indiferencia ni mucho menos centralice los poderes en el Presidente, tal como postulan los seguidores del fundamentalismo de la seguridad nacional. Por el contrario, la doctrina del “mal menor”, consciente de que tanto el terrorismo es un mal como así también lo es infringir derechos y libertades, considera que habrá que sacrificar ciertos valores democráticos para poder vencer a un mal de mayor gravedad, lo cual no implica que se deba poner en riesgo la dignidad humana. Para ello, Ignatieff explica, la forma para que el daño producido sea el menor posible debe ser tener siempre una clara distinción entre lo “[...] que la necesidad puede justificar y lo que la moralidad de la dignidad puede justificar a su vez, y no permitir jamás que las justificaciones de necesidad, desbaraten el carácter moralmente problemático de las medidas necesarias. Porque las medidas son problemáticas moralmente, ellas deben ser estrictamente dirigidas, aplicadas al menor número de personas posibles, utilizadas como último recurso y siempre bajo escrutinio del Congreso”,³²⁶.

La doctrina del “mal menor” no es sin embargo, negadora de los derechos y libertades, sino que en contraste, los coloca en lo más alto dentro de los anhelos de una sociedad democrática y justamente por ello, denomina como “mal” a la alteración que pueda imponerse al ejercicio de los derechos y libertades. Empero, esta teoría reconoce la necesidad de que en ocasiones:

³²⁵ Así, “(e)l término determina a todos quienes responden al mal sobre lo bueno y lo correcto”, en MINOW Martha, “Book Review: What is the Greater Evil? The Lesser Evil: Political Ethics in an Age of Terror: By Michael Ignatieff”, Harvard Law Review, 118 Harv. L. Rev. 2134, página 2136.

³²⁶ IGNATIEFF Michael, “What is the Greater Evil? The Lesser Evil: Political Ethics in an Age of Terror”, Edinburgh University Press, Edimburgo, 2004, páginas 8 y 21.

*Los derechos deben ceder ante la seguridad en algunas ocasiones pero debe tener buenas razones para que puedan configurarse las limitaciones a los derechos. De otra forma, los derechos pronto perderán todo su valor [...] además la seguridad es un derecho humano y el respeto a un derecho podría llevarnos a traicionar otro*³²⁷.

Asimismo, la doctrina del “mal menor” busca un balance entre la seguridad y, los derechos y libertades. Para lograr ello, Ignatieff señala que, “(e)l balance no puede privilegiar derechos sobre todo, ni dignidad sobre todo, ni seguridad pública sobre todo”³²⁸. Así, si bien los derechos y libertades pueden ser infringidos en aras de la preservación de la seguridad nacional, ésta tampoco es absoluta pues también sufre limitaciones, tales como el control del Congreso sobre las acciones del Ejecutivo para mantener la seguridad del Estado. Ignatieff arguye que la forma de encontrar el balance es mediante la figura de pesos y contrapesos (*checks and balances*), en la cual los derechos y la seguridad deben ser puestos en balanza y de ambos se debe restar parte de su contenido para no desequilibrar esta ecuación y por lo tanto, no anteponer uno sobre el otro.

La doctrina del “mal menor” no es solamente aplicable a la Guerra contra el Terrorismo, sino que se observa a casi todas las actividades que desarrolla el Estado y que guardan relación directa con la ciudadanía. Así, el “mal menor” se manifiesta en la violencia que las autoridades ejercen sobre los delincuentes o sobre beligerantes ilegítimos, pues aunque nadie niega la inmoralidad que la violencia puede generar, ésta es utilizada para evitar un mal más grave y por lo tanto, el “mal menor” resulta no sólo deseable sino necesario. También, los impuestos son una especie de “mal menor”, pues aunque a nadie le agrada pagar al Estado una suma de dinero que éste les impone, los recursos recaudados van a las arcas públicas, lo que redundará en beneficio de toda la población³²⁹.

Sin embargo, Ignatieff reconoce, la doctrina del “mal menor” sufre debilidades que hacen dudoso el postulado de sacrificar el “mal menor” para salvaguardar el “mal mayor”. Desde un estudio académico es relativamente fácil diseñar y proporcionar ejemplos de qué puede ser considerado como uno y otro. Empero, en la práctica es difícil poder determinar cual es la decisión correcta en el caso que se quiera sacrificar un bien democrático³³⁰. En este

³²⁷ *Ibidem*, página 9.

³²⁸ IGNATIEFF Michael, “La Democracia y el Mal Menor”, *supra* nota 65, página 18.

³²⁹ *Cfr. Ibidem*, páginas 23-24.

³³⁰ Michael Ignatieff incluso hace una analogía con la historia de la literatura griega, Medea, en la cual una madre prefiere matar a sus hijos antes de que caigan en poder de enemigos. Con ello, determinar cuál es el

sentido, si un terrorista ha colocado una bomba que amenaza matar cincuenta personas en el transporte público y éste es aprehendido antes de que su artefacto explote, ¿las autoridades pueden torturarlo si se resiste a señalar el lugar donde colocó la bomba? En este caso, quizás uno de los más paradigmáticos, demuestra cómo el decidir cuál es el “menor menor” es más difícil de lo que pueda pensar un académico sentado detrás de un escritorio. Ahora bien, quizás el lector podrá advertir que si en nuestro ejemplo, las autoridades tienen la seguridad que el terrorista detenido ha sembrado una bomba en un autobús, seguramente decidirán que este sujeto sea torturado con tal de que sean salvadas las cincuenta personas. No obstante, ¿quién tendría la seguridad de que el detenido efectivamente es el terrorista?, o incluso si hubiese la certeza de que fue él quien colocó la bomba ¿quién tendría la seguridad de que bajo tortura esta persona declarará la verdad? Si se recuerda que el terrorista desea convertirse primordialmente en un mártir, ¿la tortura no sería entonces la que el terrorista quiere con tal de victimizarse? Es en estos casos donde determinar cuál es el “mal menor” se convierte imposible.

Para concluir su tesis, Michael Ignatieff ofrece cuatro requisitos esenciales para aplicar la doctrina del “mal menor” sin temor a deslegitimar las medidas adoptadas, a saber; *i)* estar plenamente consciente de que aún cuando sea el “mal menor”, no deja éste de ser un mal; *ii)* se debe tomar sobre una situación de estricta necesidad; *iii)* se debe buscar el “mal menor” como último recurso, es decir, deben ser agotados todos los demás métodos que sean menos lesivos; y *iv)* las medidas que se tomen y sean consideradas deben ser sometidas a escrutinio público para su revisión, en cumplimiento de los mandamientos que la democracia exige³³¹.

Finalmente Ignatieff pretende adaptar la doctrina del “mal menor” a la lucha antiterrorista que muchos países han intensificado a partir de los atentados del 11 de septiembre de 2001. En primer lugar, la Guerra contra el Terrorismo debe ser evaluada por el *test* de la dignidad, es decir, si las medidas promulgadas transgreden la dignidad individual; en segundo término, el *test* conservador, de forma que se analice si las exigencias de la contingencia antiterrorista realmente exigen la vulneración de los derechos y libertades; asimismo, las

“mal menor” es subjetivo a cada persona, de tal manera que hace de esta doctrina complicada en su aplicación, en MINOW Martha, “Book Review: What is the Greater Evil? The Lesser Evil: Political Ethics in an Age of Terror: By Michael Ignatieff”, *supra* nota 87, página 2151.

³³¹ Cfr. IGNATIEFF Michael, “What is the Greater Evil? The Lesser Evil: Political Ethics in an Age of Terror”, *supra* nota 88, página 19.

medidas antiterroristas deben ser expuestas al *test* de efectividad, el cual implica no sólo la relación entre la medida adoptada en relación con la protección de los derechos humanos, sino que si la medida o ley promulgada contiene los elementos necesarios para combatir y erradicar al terrorismo; por su parte, el *test* del último recurso también debe cumplir un rol fundamental pues toda medida que prevea alterar el régimen de protección de derechos y libertades debe ser tomada únicamente como último recurso, lo que debe suponer que ninguna otra medida o método sea eficaz para el fin requerido; como sexto punto, las leyes antiterroristas deben ser evaluadas por el *test* de escrutinio público, pues es precisamente donde la democracia se verá ejercida incluso bajo los momentos de mayor tensión política y social. Mediante el debate público sobre las medidas adoptadas, será la forma como los miembros de la comunidad política podrán evaluar por ellos mismos las acciones del Gobierno en la lucha antiterrorista; finalmente, Ignatieff agrega un elemento más, esto es un *test* de gran trascendencia que el denomina de “respeto por las opiniones de la humanidad”, el cual permitirá obtener el apoyo de la comunidad internacional para combatir al terrorismo. Es quizás este último *test* el que más ha fallado en la Guerra contra el Terrorismo, pues ni siquiera los países tradicionalmente aliados del Occidente han podido consensuar acciones como la intervención en Irak en 2003. De esta manera, probablemente el choque de las civilizaciones que previó Samuel Huntington hace más de diez años va a privar de lograr este consenso internacional y por lo tanto, la Guerra contra el Terrorismo encontrará siempre el grave problema de la falta de acuerdo en las acciones globales a implementar en contra del terrorismo internacional³³².

Para concluir baste señalar que la doctrina del “mal menor” como postulado moral, va a calificar como aceptable matar cuando con ello se pueda prevenir una masacre, o torturar si con ello se puede prevenir un atentado masivo. Es antifundamentalista de derechos y libertades por esencia, pues los concibe como elementos susceptibles de derogación moralmente aceptada en tiempos de crisis y cuando la vida de toda una sociedad esté en peligro. Para esta corriente, la democracia no exige el respeto absoluto de los derechos humanos, sino un balance entre todos los factores que componen una sociedad democrática, balance que se debe decir, supone muchas veces lacerar derechos y libertades en aras de no socavar otros valores democráticos como lo es la seguridad de toda una nación.

³³² *Ibidem*, páginas 23-24.

DERECHOS Y LIBERTADES AFECTADOS POR LAS LEYES ANTITERRORISTAS

El afán de proteger la seguridad nacional frente a la amenaza terrorista, ha convertido a las medidas gubernamentales y legislativas en un constante atentado al debido respeto de los derechos y libertades que los individuos gozan constitucional e internacionalmente. Como se ha analizado en el Capítulo anterior, la democracia supone una serie de principios que muchas veces no siguen vías paralelas y que por el contrario, suelen contraponerse uno al otro en tiempos de crisis, tal como lo hacen la seguridad nacional por un lado, y la protección de los derechos y libertades por el otro. Ambos principios, que deben teóricamente complementarse y coexistir en toda sociedad democrática, ante la excepcionalidad de una contingencia como el terrorismo la seguridad nacional y su contraparte, la protección de los derechos humanos se presentan como valores antagónicos, pues de sacrificar alguno de ellos dependerá la supervivencia del otro.

La discusión entre qué valor debe prevalecer ante la presencia de la contingencia terrorista, ha sido ampliamente discutido por la doctrina y la jurisprudencia estadounidenses, por ser precisamente este país el líder en la Guerra contra el Terrorismo. Mientras activistas, ONG's y algunos académicos se inclinan en optar por la protección de los derechos y libertades por encima de la seguridad nacional, las medidas gubernamentales y la jurisprudencia de los tribunales han preferido, o bien desdeñar los derechos humanos en aras de la seguridad del Estado o, buscar un balance entre ambos valores mediante doctrinas alternativas como la minimalista o la del "mal menor". Este "balance" implica el sacrificio de ciertos derechos y libertades para mantener y salvaguardar la seguridad nacional, pero sin que se llegue a lesionar la dignidad humana, pues ante este punto se debe entonces limitar la búsqueda de la protección de la seguridad nacional. De esta manera, el balance entre estos dos principios democráticos fundamentales se alcanzará, tal como la afirma Michael Ignatieff, mediante la cesión parcial recíproca del contenido de ambos valores³³³.

³³³ Cfr. "IGNATIEFF Michael, "La Democracia y el Mal Menor", en *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2005, página 26.

Asimismo, ha sido analizado previamente que la cesión parcial de la protección de los derechos y libertades se puede presentar mediante la restricción o suspensión que válidamente permite la Teoría de los Derechos Humanos. Ante ello, en la práctica se puede apreciar cómo las leyes antiterroristas han limitado y en algunos casos, suspendido diversos derechos y libertades en aras de hacer frente a la contingencia terrorista dentro de un territorio determinado. Por esta razón, en este Capítulo se analizarán diversos derechos humanos que han sido afectados, ya sea mediante restricción o derogación, por las diversas leyes antiterroristas. En este orden de ideas se abordará el derecho a la vida en primer término, seguido del derecho a la integridad personal; el derecho a no ser discriminado; el principio de legalidad; la libertad personal; la libertad de expresión; la libertad de asociación y reunión; el derecho a un recurso legal; el derecho a contar con un tribunal presto; las garantías judiciales; derecho a la intimidad; derecho a la información; derechos políticos; y finalmente, el derecho a la propiedad. Cabe señalar que varios de estos derechos son considerados como insuspendibles o inderogables, aún cuando *de facto* algunas leyes antiterroristas llevan a cabo suspensiones al ejercicio de ellos.

1. Derecho a la vida

El derecho a la vida es de aquellos considerados como insuspendibles incluso ante las situaciones de crisis más comprometedoras. Sin embargo, en determinadas circunstancias este derecho puede ser restringido si es por la legítima facultad de las autoridades estatales de hacer uso de la fuerza letal o en la aplicación de la pena de muerte, causales que pueden presentarse en el contexto del terrorismo y en las cuales el Estado no compromete su responsabilidad por privar de la vida a algún miembro de la sociedad. Ambas situaciones serán abordadas a continuación.

B. El uso de la fuerza letal

El uso de la fuerza letal se encuentra contemplado por la teoría de los derechos humanos como una excepción permisible al ejercicio pleno del derecho a la vida. Esta facultad estatal estriba en la necesidad que tienen las autoridades para reaccionar inmediatamente a acciones ilegales que pongan en peligro a los miembros de una sociedad, en las que incluso pueden responder si la situación lo exige, con la privación de la vida del individuo perturbador. En este sentido, la ONU ha sostenido que los agentes estatales puedan privar

de la vida a alguien, siempre que sea “[...] en casos estrictamente inevitables para protegerse o proteger a otras personas contra una amenaza inminente de muerte o lesiones graves o mantener por otros medios la ley y el orden cuando sea estrictamente necesario y proporcionado”³³⁴. Asimismo, el Convenio Europeo también ha contemplado que no habrá violación al derecho a la vida cuando se trate del legítimo recurso de la fuerza letal, ya sea que las autoridades actúen en defensa legítima o bien, en el cumplimiento de un deber³³⁵.

Así, en caso de alguna amenaza criminal el Estado puede en determinadas circunstancias hacer uso de la fuerza letal, fundados en las figuras que el derecho penal establece de la defensa legítima, el estado de necesidad o incluso el cumplimiento de una obligación, aunque siempre por supuesto las medidas que se tomen deben ser estrictamente necesarias y proporcionales a la situación concreta, pues de lo contrario la muerte deberá ser considerada como privación arbitraria de la vida.

Ahora bien, ¿un atentado terrorista podría ser considerado en determinadas circunstancias como justificativo del uso de la fuerza letal? Bajo ciertas es posible considerar la fuerza letal puede ser eficaz para prevenir atentados terroristas. Empero, el *modus operandi* con el que los terroristas suelen actuar, se ciñe precisamente por una conducta que trata de confundir a la gente que los rodea, es decir, el terrorista busca pasar desapercibido entre la gente sin dejar viso de lo que planea cometer. Así por ejemplo, cargar una mochila escolar no puede ser indicativo de que se esté portando una bomba, pues ello sería tanto como ubicar bajo sospecha a los millones de estudiantes que diariamente cargan el mismo tipo de mochilas que un terrorista suicida utiliza para inmolarse. Salvo que el terrorista por descuido deje ver que precisamente se propone cometer un atentado, la factibilidad de prever y prevenir un atentado mediante el uso de la fuerza letal es prácticamente imposible.

³³⁴ Artículo 9 de “Los Principios Básicos de la ONU sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley”, Octavo Congreso de la ONU sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, La Habana, 27 de agosto de 1990, ONU Doc. A/CNF.144/28Rev.1,112 (1990).

³³⁵ El artículo 2.2 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales señala que:

“La muerte no se considerará como infringida en infracción al presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario:

- a. en defensa de una persona contra una agresión ilegítima;
- b. para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente;
- c. para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o resurrección”.

No obstante, la historia reciente demuestra cómo el uso de la fuerza letal ha sido aplicada dentro del esfuerzo policial de detener atentados terroristas. En efecto, días después de los atentados del 7 de julio de 2005 en Londres, miembros de la policía británica *Scotland Yard* dispararon al brasileño Jean Charles de Menezes en una estación de tren en el sistema de transporte londinense. El uso de la fuerza letal que fue aplicada contra esta persona fue fundamentada en que vestía una ropa excesivamente afelpada para los calurosos días de verano. Esto hizo parecerle a los miembros policiales que era suficiente para considerarle sospechoso y proceder a disparar a la cabeza de esta sujeto. No obstante, el examen sobre la legalidad de la fuerza letal en el caso de este ciudadano brasileño, fue prontamente despejado por la propia *Scotland Yard*, quien durante el transcurso del 23 de junio de 2005 fue forzada a declarar en primer lugar que Menezes no portaba explosivos, y después que ni siquiera existía vínculo alguno entre él y los atentados del 7 de julio de ese año en Londres³³⁶.

El ejemplo de Jean Charles de Menezes demuestra la inoperatividad de la fuerza letal para prevenir atentados terroristas. Un solo indicio de la forma de vestir bastó a las autoridades británicas para disparar y como el resultado arrojó, se trató de un error³³⁷. La fuerza letal debe decirse, no puede estar sujeta al error, porque si bien existen derechos que se pueden poner en riesgo ante la posibilidad de una contingencia, aún cuando la amenaza no resulte ser cierta como lo podrían ser la libertad personal o de expresión por ejemplo, el derecho a la vida por el altísimo valor que tutela no puede ser sujeto a su privación sin que la exigencia estrictamente lo requiera, es decir, no por una sospecha como la que llevó al homicidio de Menezes. Además, aún cuando Menezes estuviera vinculado con los atentados del 11 de julio de 2005, esto no es justificación para que se le aplicara la fuerza letal, pues ésta solamente debe ser utilizada ante la inminencia del ataque. Si por el

³³⁶ La *Scotland Yard* fue progresivamente aceptando el error en que se incurrió al dispararle cinco veces a Jean Charles de Menezes. Sin embargo, este reconocimiento fue progresivo pues incluso el mismo día de este homicidio, aún cuando el policía implicado destacó que efectivamente este ciudadano brasileño no poseía explosivos, se continuó señalando que el brasileño baleado estaba involucrado en los atentados de 7 de julio de 2005. Ya al día siguiente la *Scotland Yard* se vio forzada a declarar que no había vínculo alguno entre Menezes y los ataques terroristas en Londres, en CALVERT Jonathan, "Police Shot Wrong Man", *The Sunday Times*, Londres, 24 de julio de 2005, página 3.

³³⁷ De acuerdo con testimonios de personas que presenciaron el homicidio de Menezes, este individuo fue detenido, puesto al suelo y una vez sometido se le disparó en cinco ocasiones en la cabeza. Aunque esta versión no ha sido oficialmente confirmada aún, cierto es que fueron cinco las detonaciones en la cabeza lo cual hace difícil pensar tal cantidad de balas sin que el sujeto haya perdido la verticalidad sino hasta después del quinto disparo, en *Idem*.

contrario, las autoridades británicas se hubiera percatado de que Menezes hubiera portado explosivos y que justo en ese momento pensaba inmolarse, entonces la fuerza letal no sólo sería permisible, sino además necesaria y obligatoria, pero el sólo de hecho de estar vinculado a un grupo terrorista, que tampoco era el caso de Menezes, no justifica el uso de la fuerza letal.

Asimismo, la fuerza letal en el terrorismo puede más que evitar un problema, crear muchos más pues baste recordar que la actual Guerra contra el Terrorismo tiene segmentos de la población mundial muy bien identificados. Concretamente, debido a que en la actualidad cualquier musulmán es por ese mismo hecho un sospechoso terrorista, la permisión deformada de la fuerza letal los haría especialmente vulnerables a ser atacados por las fuerzas de seguridad por su sola apariencia física o costumbres. Por ello, la fuerza letal debe ser reducida a casos extremos donde se tenga la total seguridad de que la persona a quien ha de dispararse esté ante la inminencia del atentado. De otra forma, la privación de la vida será arbitraria con las consecuencias jurídicas que ello conlleva tanto para los perpetradores de la privación de aquella vida, como para efectos indemnizatorios a los familiares y personas dependientes de la víctima.

B. Pena de muerte

La pena de muerte está igualmente prevista por la teoría de los derechos humanos y recogida por los textos internacionales de derechos humanos. Su permisión se encuentra de forma muy restrictiva en el PIDCP en su artículo 6, numerales 2, 3, 4, 5 y 6, en la cual deja la posibilidad de aplicar la pena de muerte, aunque paralelamente a esta facultad estatal se imponen toda una serie de limitaciones para los Estados miembros como que ésta sólo pueda ser declarada a través de sentencia judicial; no se aplique a delitos políticos; y no se condene a la pena de muerte a niños, mujeres embarazadas o mayores de setenta años³³⁸.

Adicionalmente, el PIDCP prohíbe a los Estados la reimplantación de la pena de muerte cuando éstos ya la hubieren abolido, así como la obligación de no extender a más delitos esta pena de los que se tenían contemplados en el momento en que se ratificó el Pacto. Es en este sentido, que si después de formar parte del Pacto, un Estado parte pretende

³³⁸ En la esfera interamericana, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 4 contiene prácticamente las mismas disposiciones respecto del derecho a la vida y la pena de muerte, que lo preceptuado en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

promulgar una ley antiterrorista, deberá abstenerse de castigar con pena de muerte a las personas condenadas por terrorismo, pues de lo contrario se estaría en franca contravención a lo preceptuado por los tratados internacionales en materia de derechos humanos³³⁹. Sin embargo, no todos los Estados miembros de estas convenciones internacionales cumplen con sus obligaciones concernientes a la pena de muerte. Por el contrario, existen naciones que aún después de ratificar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos han incorporado la pena de muerte en sus jurisdicciones para delitos como el terrorismo. Estados Unidos reaccionó al atentado en Oklahoma en 1996 con la *Anti-Terrorism and Death Penalty Act 1996*, en la cual incorporó la pena de muerte para los culpables de atentados terroristas, así como ampliarla a otros tipos penales, no obstante que cuatro años antes había ratificado el propio Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asimismo, en la actualidad existe una iniciativa de ley en el Congreso estadounidense para ampliar el tipo penal de terrorismo para extender los efectos de la pena de muerte a más conductas que las contempladas en la antigua *Anti-Terrorism and Death Penalty Act 1996*³⁴⁰.

Es de destacar que los Estados europeos han evolucionado más consistentemente en la búsqueda de la abolición de la pena de muerte. Mientras en la década de 1950, en la que fue redactado el Convenio Europeo de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, la pena de muerte era una forma de sanción aceptable en el mundo occidental, el continente europeo ha evolucionado su concepción sobre la pena de muerte por razón de su restricción a través del Protocolo No. 6 de reformas al CEDH de 1985 y posteriormente con su

³³⁹El PIDCP establece al respecto en el artículo 6.2 que:

“En los países en que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente”.

Por su parte, en nuestro hemisferio la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone en el artículo 4.2 que:

“En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente”.

³⁴⁰ La iniciativa de ley introducida con el título propuesto de *Terrorist Death Penalty Enhancement Act of 2005*, fue presentada el 24 de junio de 2005 ante la Cámara de Representantes de los Estados Unidos de América. Además de ampliar los elementos configurativos del terrorismo, esta iniciativa promueve la eliminación de ciertos beneficios que otras leyes reconocen a los delincuentes.

abolición mediante el Protocolo No. 13 de 2003. Con este Protocolo, ningún Estado europeo puede ejecutar la pena de muerte como forma de sanción penal para ningún delito y por lo tanto, las leyes antiterroristas que se promulguen en alguna jurisdicción europea debe abstenerse de contemplar la pena de muerte para los culpables de terrorismo.

La pena de muerte ha cobrado gran importancia en el contexto de la Guerra contra el Terrorismo, no tanto por su inclusión en los textos legales, sino por su vinculación con el tema de la extradición de terroristas. De acuerdo con un principio general de la extradición, los Estados requeridos deberán negar la extradición solicitada por el Estado requirente si el delito por el cual se pretende extraditar a determinada persona es sancionado por éste último con la pena de muerte y no así por el Estado requerido³⁴¹; ahora bien, si el Estado requirente otorga suficientes garantías de que aún cuando fuere prevista la pena de muerte como sanción aplicable a ese delito, no se le aplicará a la persona extraditable, entonces si se debe proseguir con el procedimiento de extradición.

La relevancia de la pena de muerte en la extradición radica fundamentalmente en que el líder de la Guerra contra el Terrorismo es precisamente Estados Unidos, uno de los países que aplica la pena de muerte dentro de su jurisdicción. Así, bajo la regla general los terroristas que se encuentren en otro país no deben ser extraditados a Estados Unidos pues seguramente, de encontrarse culpables serán condenados con la pena de muerte conforme a la legislación penal aplicable. Empero, de conformidad con diversos tratados de extradición que este país norteamericano tiene signados con otras naciones se desprende que, aún cuando la pena de muerte es la sanción impuesta a los terroristas que generen pérdidas humanas, si el Estado requirente es decir Estados Unidos, otorga garantías de que al sujeto extraditado no le será aplicada dicha pena, entonces debe procederse a su extradición³⁴².

³⁴¹ De acuerdo con el Juez de la Corte Europea de Derechos Humanos, J. de Meyer, “(c)uando el derecho de una persona a la vida se encuentra involucrada, ningún Estado requerido puede tener derecho a permitir a un Estado requirente a hacer lo que el Estado requerido no tiene permitido hacer”, en Voto Concurrente del Juez, J. de Meyer en *Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Soering v. Reino Unido, Sentencia de 7 de julio 1989*.

³⁴² Diversos tratados internacionales, bilaterales y multilaterales, dan cuenta de la obligación de Estados Unidos de otorgar debidas garantías al Estado requerido de que el sujeto extraditable no será sentenciado con la pena de muerte, aún cuando de acuerdo a la legislación penal aplicable, la sanción sea la pena capital. Así por ejemplo, el artículo 7 del Convenio Bilateral entre el Reino Unido y Estados Unidos de 2003, señala que:

“Cuando el delito por el cual la extradición se busca sea sancionado con la muerte bajo las leyes del Estado requirente y no es sancionado con la muerte bajo las leyes del Estado requerido, la autoridad del

Bajo esta cláusula es entendible que a Estados Unidos le baste con brindar certidumbre de que la persona que se busca extraditar no será condenada a la pena de muerte, para que el Estado requerido proceda a entregar a dicho sujeto. Esta cláusula se basa precisamente en la buena fe de los Estados y especialmente de los requirentes, pues una vez entregada la persona extraditable, sólo queda confiar en que el país requirente cumpla con no imponer la pena de muerte, debido a que no existe posibilidad de revocar la extradición una vez que ésta ya ha sido ejecutada. En este sentido, Estados Unidos es quizás la nación que más ha vulnerado esta confianza en la que se basa la buena fe, pues en diversas ocasiones ha dado suficientes garantías diplomáticas y políticas de que no aplicará la pena de muerte y una vez llevada la extradición, las autoridades estadounidenses contrariamente a su compromiso aplica esta sanción³⁴³.

Además, la cláusula de la excepción de la pena de muerte no sólo es aplicable para la extradición sino incluso también para la cooperación judicial penal internacional. Distintos tratados internacionales y especialmente interamericanos disponen como condición para que los Estados contribuyan con los procesos penales en otros países, a que los Estados requirentes de información y de elementos de prueba no pretendan imponer la pena de muerte en la causa criminal por la que se solicita la asistencia del Estado requerido³⁴⁴. Por analogía, si el Estado requirente ofrece la seguridad de que aún cuando su legislación

Estado requerido puede rechazar la extradición, a menos que el Estado requirente otorgue garantías de que la pena de muerte no será impuesta, o si impuesta, no será ejecutada”.

³⁴³ Incluso la Corte Europea de Derechos Humanos ha conocido sobre la reclamación del incumplimiento de la cláusula de la denegación de extradición cuando exista el riesgo de ser aplicada la pena de muerte. En efecto, en el Caso *Söering v. Reino Unido* un individuo reclamado por Estados Unidos al Reino Unido fue extraditado y posteriormente condenado a la pena de muerte, no obstante que Estados Unidos comunicó a las autoridades del Reino Unido que no sería sujeto de la aplicación de la pena capital. En conclusión, la Corte Europea de Derechos Humanos determinó que el Reino Unido violó el derecho a la vida de Jens Söering por no exigir garantías suficientes a Estados Unidos de que no le sería la pena de muerte, *en* Caso *Söering v. Reino Unido*, Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia de 7 de julio de 1989, párrafo 1 de la parte resolutive. Igualmente el Comité de Derechos Humanos de la ONU conoció de un procedimiento de extradición de Joseph Kindler, un ciudadano norteamericano que huyó de una cárcel de Pensilvania y detenido en Canadá. Estados Unidos pidió la extradición de este sujeto a Canadá, dando las garantías de que no sería condenado con la pena de muerte. El Comité de Derechos Humanos de la ONU determinó que Canadá falló en las garantías que recibió de Estados Unidos y que por lo tanto, era responsable indirecto de la violación del artículo 6 del PIDCP, relativo al derecho a la vida, *en* Caso *Kindler v. Canadá*, Comité de Derechos Humanos del ONU, Decisión de U.N. Doc. CCPR/C/48/D/470/1991 (1993), 11 de noviembre de 1993, párrafo 16.

³⁴⁴ El artículo 9.e de la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal dispone que, (e)l Estado requerido podrá denegar la asistencia cuando a su juicio: [...] se afecta el orden público, la soberanía, la seguridad o los intereses públicos fundamentales”. Al ser considerada la pena de muerte como un aspecto de orden público, los Estados deben negar la asistencia a otro Estado si esa ayuda coopera a la condena a la pena de muerte de algún procesado.

prevea la pena de muerte, ésta no será aplicada en ese caso en específico, la asistencia a cargo del Estado requerido debe ser proporcionada.

En la Guerra contra el Terrorismo que Estados Unidos ha emprendido a partir de los atentados del 11 de septiembre de 2001, la cláusula de la excepción de la pena de muerte a la asistencia judicial penal internacional ha cobrado especial relevancia por la oposición que otros países han mostrado en relación con la petición de colaboración en materia judicial para procesar a probables terroristas. De hecho, en la única causa penal por los atentados del 11 de septiembre del 2001 en la que se involucra a Zacarías Moussaoui, un ciudadano francés de origen marroquí detenido el 16 de agosto de 2001 en Estados Unidos, el gobierno francés mostró una fuerte reticencia de cooperar con las autoridades norteamericanas. El gobierno galo alegó que Moussaoui, por los cargos que pesan sobre él, corre el riesgo de ser sentenciado a muerte y por lo tanto, debía negarse la petición de información de conformidad con el artículo 6.1 b) del Tratado Bilateral de Asistencia Penal Mutua entre Francia y Estados Unidos³⁴⁵. Después de negociaciones diplomáticas Francia finalmente aceptó cooperar con Estados Unidos mediante el envío de información sobre la identidad de Zacarias Moussaoui, señalando el Ministro de Justicia francés Dominique Perben que, “(c)uando Francia dio elementos sobre el señor Moussaoui a la justicia americana (*sic*), yo obtuve por escrito el compromiso de Estados Unidos de que no utilizará esos elementos para pedir o ejecutar la pena de muerte”³⁴⁶.

No obstante, en el Caso Moussaoui Estados Unidos parecía volver a incumplir sus compromisos internacionales, pues a pesar de que por escrito se obligó a no aplicar la pena de muerte a este ciudadano marroquí-francés, el anterior Procurador General estadounidense John Ashcroft manifestó que “(c)reo en la ley, que es clara en relación con la pena de muerte en Estados Unidos, es la ley que debemos ser capaces de aplicar”³⁴⁷. Así, el fiscal de la causa penal en contra de Zacarías Moussaoui solicitó del Jurado la

³⁴⁵ El artículo 6.1 b) del Tratado Bilateral sobre Asistencia Penal Mutua entre Francia y Estados Unidos de 1998 establece que, “(e)l Estado requerido podrá rechazar el pedido de asistencia si considera, [...] que la ejecución de la demanda pone en riesgo la soberanía, la seguridad, orden público u otros intereses nacionales”.

³⁴⁶ Previamente, el Gobierno de Francia había alertado a que aún cuando se tratara de miembros de *Al Qaeda*, si la pena de muerte se presentaba como una opción para castigar a los condenados, Francia no cooperaría con Estados Unidos, a menos de que recibiera garantías suficientes de que esta pena no fuera aplicada, en CLARKE Alan, “Justice in a Changad World: Terrorism, Extradition, and the Death Penalty”, *William Mitchell Law Review*, 29 Wm. Mitchell L. Rev. 783, 2005, páginas 807-808.

³⁴⁷ *Ibidem*, página 784.

imposición de la pena de muerte por su participación en la preparación de los atentados en Nueva York y Washington D.C. Como respuesta, en una decisión ciertamente complaciente el Jurado del Primer Circuito Judicial de Estados Unidos, determinó que en principio, Zacarías Moussaoui era elegible para ser sentenciado con la pena de muerte, no obstante del compromiso estadounidense con Francia de que este sujeto no sería condenado con tal pena³⁴⁸.

Afortunadamente, el 4 de mayo de 2006 se dictó la sentencia de la Corte de Distrito con sede en Alejandría, Virginia, en relación con el Caso *Moussaoui*, en la cual el Jurado compuesto por nueve hombres y tres mujeres determinaron que finalmente la pena de muerte no debería ser aplicada a este sujeto, quien es el único procesado y ahora sentenciado por los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York y Washington D.C. En cambio, la Jueza distrital Leonie Brinkema condenó a Moussaoui a seis cadenas perpetuas, a purgar en una cárcel de alta seguridad en Florence, Colorado.³⁴⁹

Pero, ¿el Jurado y la Jueza Brinkema perdonaron la pena de muerte a Moussaoui para respetar las obligaciones internacionales de Estados Unidos en materia de cooperación internacional y protección a los derechos humanos? Si bien el Jurado de la causa en su momento contempló la pena de muerte como sanción probable para Moussaoui, la determinación final de preferir la cadena perpetua en prisión no se debió a finalidades de cumplimiento de obligaciones internacionales. Si bien el texto de la sentencia aún no se encuentra disponible, de acuerdo con la información aparecida en los medios de comunicación, el criterio adoptado por el Jurado se derivó de la valoración de atenuantes en la responsabilidad de Moussaoui, tales como; *i*) la marginación, discriminación y violencia que este sujeto sufrió durante su niñez; y *ii*) la mínima participación en los hechos del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos. Por estas razones, el Jurado recomendó a la Jueza Brinkema fallar que Moussaoui no debería ser ejecutado, aunque por su vinculación con *Al Qaeda* y su conocimiento previo sobre los atentados en Nueva York y en Washington D.C., su pena debería ser entonces la reclusión en un penal de máxima seguridad, en donde por

³⁴⁸ Cfr. LEWIS Neil, “Jurors Permit Death Penalty for Moussaoui”, *The New York Times*, Nueva York, 4 de abril de 2006, página 4.

³⁴⁹ Cfr. SNIFFEN Michael, “Moussaoui Defiant in Last Outburst”, *Express*, Washington D.C., viernes 5 de mayo de 2006, página 3.

cierto también se encuentran purgando sus condenas otros terroristas de gran relevancia³⁵⁰. La reciente sentencia de 4 de mayo de 2006 será estudiada en el Capítulo VII.

Así, nuestras sociedades contemporáneas corren el grave riesgo de que la pena de muerte, tanto en su incorporación en las leyes antiterroristas como en temas relacionados con extradición y asistencia judicial internacional, se propague y se convierta en la sanción común a los terroristas. Llegar a esa exageración no sería más lamentable en este inicio del siglo XXI donde parece que la humanidad empieza a comprender que la muerte no es la pena adecuada para ningún delito. Más allá de debates filosóficos, es loable el esfuerzo de muchas naciones y de Europa como unidad regional, sobre el consenso en relación con la erradicación de la pena de muerte. Ni el combate al terrorismo ni ningún otro crimen es suficiente para que una decisión judicial, que finalmente es humana y susceptible de equivocación, decida sobre la vida de otro ser humano.

2. Derecho a la integridad personal

El derecho a la integridad personal se enuncia de manera muy parecida en los distintos tratados internacionales de derechos humanos, en el sentido de que nadie debe ser sometido a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes³⁵¹. El respeto a la integridad personal es tal vez el mayor valor que un ser humano puede gozar, pues es el derecho que mayor tiene relación con la dignidad del individuo, incluso por encima del derecho a la vida. Su violación no se reduce solamente a los martirios corporales que se puedan producir sobre la víctima, sino que por el contrario atenta contra su esencia, contra la razón de ser del género humano y declina en la barbarie cualquiera que sea su justificación³⁵². Por ello, el derecho a

³⁵⁰ En la prisión de máxima seguridad de Florence, Colorado, en la cual Zacarias Moussaoui deberá pagar su condena, se encuentran otros terroristas como Terry Nichols, cómplice en el atentado sobre un edificio federal en Oklahoma en 1995; Theodore Kaczynski, conocido como el “Unabomber”, quien hacía detonar explosivos por medio de cartas postales, según él, por odio al avance tecnológico; Ramzi Yousef, conocido por su participación en el atentado terrorista en el estacionamiento de las Torres Gemelas en Nueva York en 1993; y Richard Reid también conocido como “Shoe Bomber”, por su intento de detonar un avión en 2001, *en* EGGEN Dan, “New Home is ‘Alcatraz of the Rockies’”, *The Washington Post*, Washington, D.C., viernes 5 de mayo de 2006, página A6.

³⁵¹ *Cfr.* Artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales; Artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y; Artículo 5 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

³⁵² El profesor alemán, Claus Roxin señala específicamente de la tortura que:

“La tortura, por el contrario, inflige al martirizado suplicios corporales para obtener por la fuerza una declaración, por tanto, no se contenta con la defensa corporal, sino que convierte el cuerpo y alma del afectado en objeto sin voluntad de una acción coactiva. En esta instrumentalización de la personalidad

la integridad personal y particularmente la prohibición de la tortura ha sido considerado como *ius cogens*, esto es, como de aquellas normas que por su alto valor tutelable, son consideradas como perentorias e inmutables³⁵³. Así, el derecho a la integridad personal es absolutamente insuspendible y también el menos restringible de toda la gama de derechos humanos, incluso bajo campañas antiterroristas³⁵⁴.

El derecho a la integridad personal consta de diferentes elementos. El primero de ellos, la prohibición de tratos inhumanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA ha afirmado que son aquellos “[...] que deliberadamente provocan sufrimiento mental o psicológico, el cual dada la situación particular, es injustificable y que el tratamiento es degradante si se le humilla severamente ante a otros o se le compele a actuar contra sus deseos o su conciencia”³⁵⁵. El hecho de que para que se constituya el trato inhumano el sufrimiento deba ser injustificado, cobra gran relevancia para este estudio en virtud de que si un terrorista se resiste a una detención debidamente ordenada, las autoridades encargadas podrán hacer uso de todos los medios razonables para lograr la aprehensión, sin importar que la persona pueda sufrir determinados daños, siempre que éstos sean proporcionales a la resistencia opuesta.

Las leyes antiterroristas también han autorizado ciertos tipos de tratos inhumanos, no obstante ser el derecho a la integridad personal considerado como absoluto. A este respecto,

del atormentado reside la infracción contra la dignidad del individuo que va más allá de una mera protección frente al ataque y que justifica la prohibición categórica del sufrimiento”, en ROXIN Claus, “¿Puede Llegar a Justificarse la Tortura?”, INACIPE, México, 2005, página 12.

³⁵³ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, además de una muy amplia doctrina, ha ubicado a la prohibición de la doctrina como de aquellas normas como forman parte del *ius cogens*. Al respecto este tribunal interamericano ha señalado reiteradamente que, “(e)xiste un régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura, tanto física como psicológica, régimen que pertenece hoy día al dominio del *ius cogens*”, en Caso Tibi, Corte IDH, Sentencia de septiembre de 2004, Serie C, No. ,párrafo 143; igualmente en Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, Corte IDH, Sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C, No. 110, párrafo 112; y Caso Maritza Urrutia, Corte IDH, Sentencia de 27 de noviembre de 2003, Serie C, No. 93, párrafo 92.

³⁵⁴ La Corte Europea de Derechos Humanos enfatizó que:

“La Corte reitera que el artículo 3 [del Convenio Europeo] consagra uno de los valores más importantes en las sociedades democráticas. Incluso, en las más difíciles circunstancias, como en el combate al terrorismo o al crimen organizado, el Convenio prohíbe absolutamente la tortura o los tratos o penas inhumanas, o degradantes. A diferencia de la mayoría de las cláusulas sustantivas del Convenio y de los Protocolos 1 y 4, el artículo 3 no hace provisiones de excepción ni derogaciones permitidas bajo el artículo 15, incluso frente a la emergencia pública de amenaza a la vida de la nación”, en Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Selmouni v. Francia, Sentencia de 28 de julio de 1999, párrafo 95.

³⁵⁵ Caso Luís Lizardo Cabrera v. República Dominicana, Informe Anual de la CIDH 1997, párrafo. 77.

el artículo 20 del Decreto Ley 25.475 del régimen fujimorista del Perú dispuso un sistema penitenciario infrahumano para los terroristas al confinarlos, “[...] con aislamiento celular continuo durante el primer año de detención”. Asimismo, continua este artículo, “[...] en ningún caso [...] los sentenciados podrán compartir sus celdas unipersonales durante todo el tiempo de su detención”. Este artículo demuestra claramente la existencia de un trato inhumano y degradante. El propio tribunal constitucional consideró respecto de esta disposición antiterrorista que “[...] someter a un sentenciado a una pena que suponga el aislamiento absoluto durante el periodo de un año constituye una medida irrazonable y desproporcionada, constitutiva de un trato cruel e inhumano”³⁵⁶. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también se ha pronunciado sobre el “aislamiento celular” de los detenidos durante el régimen del Presidente Fujimori, al encontrarlo equivalente un trato cruel, inhumano y degradante y por lo tanto, incompatible con el artículo 5 de la CADH³⁵⁷.

Por su parte, la prohibición de la tortura es otro de los elementos constitutivos del derecho a la integridad personal. La tortura se conforma por tres elementos fundamentalmente, a saber: *i*) un acto intencional en el que se cause dolor y sufrimientos ya sean físicos o mentales; *ii*) la existencia de una finalidad bien definida como extraer información; y *iii*) que sea cometida por una autoridad pública o un particular pero actuando por instigación de aquél. Por ello, la tortura es considerada como un “trato inhumano agravado”³⁵⁸.

En la lucha contra el terrorismo, la tortura ha jugado un papel fundamental. Si bien no hay legislación antiterrorista que expresamente la permita, la desquiciada lucha contra los terroristas ha empujado a gobiernos y círculos doctrinales a reabrir el tema de la permisibilidad de la tortura bajo circunstancias en donde a través de ella se puedan prevenir atentados terroristas, y con ello salvar vidas humanas. La actuación gubernamental y militar a través de la tortura ha sido tristemente denunciada por la prensa estadounidense en

³⁵⁶ Caso Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos, Tribunal Constitucional de la República de Perú, Sentencia de 3 de enero de 2003, párrafo 223.

³⁵⁷ En el Caso Loayza Tamayo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos encontró que:

“La incomunicación durante la detención, la exhibición pública con un traje infamante a través de medios de comunicación, el aislamiento en celda reducida, sin ventilación ni luz natural, los golpes y otros maltratos como el ahogamiento, la intimidación por amenazas de otros actos violentos, las restricciones al régimen de visitas (supra, párr. 46 c., d., e., k. y l.), constituyen formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes en el sentido del artículo 5.2. de la Convención Americana” *en* Caso Loayza Tamayo, Corte IDH, Sentencia de 17 de septiembre de 1997, Serie C, No. 33, párrafo 58.

³⁵⁸ *Cfr.* Caso Raquel Martín de Mejía v. Perú, Informe Anual de la CIDH 1995, párrafo. 185.

relación con los tratos vejatorios que reciben prisioneros iraquíes a manos de soldados de la coalición³⁵⁹. Así también, en Israel la tortura ha sido una práctica recurrente en las operaciones antiterroristas en contra de la población islámica, tal como lo ha denunciado la Suprema Corte de Israel en su célebre sentencia sobre los métodos de interrogación en 1999, en la que señaló que la tortura no tiene excepciones y que “[...] no hay espacio para el balance” entre la protección de la seguridad nacional y la permisibilidad de la tortura³⁶⁰. Así el máximo tribunal israelí destacó que la prohibición de la tortura es absoluta y no permite restricciones ni aún en tiempos de crisis terrorista.

Sin embargo, aunque desde una perspectiva moral la tortura es absolutamente prohibida, la Suprema Corte israelí entró a conocimiento de la tortura desde un enfoque práctico. Así, este tribunal aceptó que cuando se esté ante la inminencia de un ataque terrorista, y mediante la tortura pueda obtenerse información que logre evitar la muerte de personas inocentes, dicha tortura puede ser justificada como una atenuante a efectos de disminuir la pena, o en el mejor de los casos como una causa de impunidad³⁶¹, pero no se puede absolver de la tortura como tal, pues aunque sea justificable, a dicha conducta le subsiste la criminalidad y la inmoralidad³⁶².

Ya se ha discutido en el Capítulo IV el debate sobre la moralidad de la tortura y permisibilidad o no en el curso de las investigaciones en la Guerra contra el Terrorismo. Cualquiera que sean las medidas gubernamentales no se puede perder de vista que el

³⁵⁹ Estas imágenes demostraron cómo los soldados estadounidenses torturaban a prisioneros iraquíes aparentemente por mera diversión. En una de ellas, por ejemplo, se muestra la forma en que un sujeto es subido a una caja, vendado de los ojos y atado de las manos, amenazándole que si caía al suelo habría agua electrificada por lo que se electrocutaría. Otras imágenes mostraban a prisioneros en posiciones con connotación sexual mientras los soldados se mostraban entretenidos ante tales escenas, *en* RAVIV Adam, “Torture, and Justification: Defending the Indefensible”, *George Mason Law Review*, 13 *Geo. Mason L. Rev.* 135, página 135.

³⁶⁰ Judgement on the Interrogation Methods applied by the GSS, Suprema Corte de Israel reunida como la Alta Corte de Justicia, Sentencia de 6 de septiembre de 1999.

³⁶¹ Así también, la Suprema Corte de Israel afirmó que :

“El Estado de Derecho requiere que una afectación a un derecho humano debe estar prevista por ley, autorizando a los oficiales administrativos para este efecto. La exoneración de la responsabilidad penal no implica autorización para afectar derechos humanos. Debe ser notado que esta Corte no sostiene que la defensa basada en la necesidad sea una fuente de autoridad para emplear medios físicos por parte de los investigadores de la GSS durante el curso de los interrogatorios. Todo lo que esta Corte determina es que si el investigador se encuentre en una situación de ‘necesidad’, lo obliga a escoger el ‘mal menor’, dañando al sospechoso con el propósito de salvar vidas humanas por lo que su defensa basada en la ‘necesidad’ debe ser aceptada” *en Idem*.

³⁶² *Cfr.* IGNATIEFF Michael, “The Lesser Evil: Political Ethics in the Age of Terror”, Edinburgh University Press, Edimburgo, 2004, página 13.

respeto a la integridad personal de los individuos no es otra cosa que el respeto a la dignidad como tal. Si se lacera la dignidad, se habrá entonces llegado a la máxima negación de la esencia del ser humano y a partir de ese momento, cualquier cosa así sea la más aterradora que se pueda pensar, será una medida posible para las autoridades. Para no llegar a estos niveles de incivildad, no se deben perder nunca de la razón, los valores y principios inamovibles en los que se fundan nuestras sociedades democráticas contemporáneas y por los que incansables luchadores sociales han incluso dado sus vidas.

3. El Derecho a no ser Discriminado

Por su carácter especializado, una interrogante que puede surgir al abordar la compatibilidad entre las leyes terroristas y los derechos humanos, es si el tratamiento distinto al crimen de terrorismo en su prevención, investigación y sanción es por si mismo discriminatorio para los indiciados, procesados y condenados por este delito.

El principio de no discriminación está consagrado en todos los instrumentos internacionales generales de derechos humanos. En el ámbito universal este principio se encuentra consagrado en el artículo 2.1 del PIDCP³⁶³. Así también, el CEDH³⁶⁴ dispone el principio de no discriminación en el artículo 14³⁶⁴. En el continente americano la no discriminación se encuentra establecida en el artículo 1.1 de la CADH³⁶⁵. Estas tres disposiciones convencionales establecen la obligación de los Estados partes de respetar y garantizar los derechos y libertades contenidos en los respectivos tratados, sin discriminación de ninguna especie.

³⁶³ El artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone lo siguiente:

“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, o cualquier otra condición social”.

³⁶⁴ El artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales consagra que:

“El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

³⁶⁵ El artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que:

“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Empero, para determinar si las leyes antiterroristas contienen elementos discriminatorios, es preciso conocer en primer término, qué se debe entender por “discriminación” en concepto de los órganos encargados de aplicar el PIDCP, el CEDH y la CADH. De esta forma, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en interpretación del PIDCP, desentrañó el alcance del término “discriminación” al determinar que es toda distinción que trate de menoscabar o anular los derechos de unas personas respecto de otros³⁶⁶.

Del mismo modo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la aplicación del CEDH, determinó que habrá discriminación cuando exista una distinción que “[...] carezca de justificación objetiva y razonable”³⁶⁷. Así también, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que no todo trato diferenciado constituye discriminación, sino que éste debe carecer de un objetivo legítimo, así como de racionalidad, esto es, que dicho trato diferenciado no sea proporcional con el fin que se pretende obtener³⁶⁸, de tal manera entonces que si niños o personas de la tercera edad gozan de protecciones especiales de acuerdo con normas nacionales e internacionales, no es porque exista discriminación, sino que por sus circunstancias especiales es necesario que sean tratados de forma distinta a los demás.

³⁶⁶ El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas literalmente ha concluido que por “discriminación” debe entenderse como:

“Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión la opinión política o de otra índole el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”.

Comité de Derechos Humanos O.N.U., “Observación General No. 18, relativa a la no discriminación”, aprobada en el 37° Período de Sesiones, 1989, numeral 7.

³⁶⁷ La Corte Europea de Derechos Humanos determinó el alcance del concepto “discriminación” al conocer de un caso en el que se alegaba que el gobierno belga cometía actos de discriminación en relación con los idiomas utilizados en las escuelas, *en* Corte Europea de Derechos Humanos, Caso “relativo a ciertos aspectos de las leyes sobre el uso de los idiomas en la educación en Bélgica”, sentencia de 23 de julio de 1968, párrafo 34.

³⁶⁸ En su Opinión Consultiva No. 18, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos se le cuestionó sobre el alcance de los derechos humanos de los migrantes indocumentados, entre ellos el derecho a la igualdad y si el trato diferenciado del que son objeto los migrantes “ilegales”, es objetivo y razonable, *en*, Opinión Consultiva OC-18/03, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, Corte IDH, Serie A, No. 18, párrafo 89.

Esta misma definición de “discriminación” fue sostenida desde la Opinión Consultiva No. 4 fallada en 1984, en la cual Costa Rica le cuestionó a la Corte Interamericana sobre la compatibilidad entre la Convención Americana y un proyecto de reforma constitucional de este país centroamericano, *en* Corte IDH, Opinión Consultiva OC-4/84, “Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”, del 19 de enero de 1984, Serie A No. 4, párrafo 56.

Con la delimitación del concepto de “discriminación”, lo que importa en este estudio es determinar si el trato diferente que contemplan las leyes antiterroristas es objetivo y razonable, y por lo tanto si constituye o no discriminación. La Corte Constitucional de la República de Colombia ha tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto y al examinar uno de los múltiples Decretos de Conmoción Interior (en los que se declaraban medidas excepcionales en el combate y enjuiciamiento de presuntos terroristas), afirmó que “(e)l hecho de que se le confiera un tratamiento excepcional al delito de terrorismo no implica el desconocimiento de los principios en la Constitución y en los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos”³⁶⁹.

Para llegar a esta conclusión, la Corte Constitucional colombiana condicionó la expedición de leyes que regulen un tratamiento excepcional al delito de terrorismo, a que respeten “[...] los umbrales de protección contenidos en los acuerdos internacionales de derechos humanos”³⁷⁰. Tales mínimos de protección incluyen el respeto al derecho a la vida, la integridad personal, la seguridad y la libertad personales, y especialmente las garantías judiciales de cualquier detenido y procesado, de conformidad con el derecho constitucional e internacional de los derechos humanos³⁷¹.

Ahora bien, el terrorismo por sus propias características ha sido combatido a través de legislación especializada debido a diversas razones. En primer lugar, el terrorismo es de los delitos más graves pues atenta contra una pluralidad de bienes jurídicos protegidos. Tal como lo estableció el legislador mexicano al plasmarlo en el Código Penal Federal, el terrorismo se realiza mediante una conducta en la que se actúa con premeditación, alevosía,

³⁶⁹ La Corte Constitucional de la República de Colombia conoció de la constitucionalidad del Decreto 2266, que convertía expresamente como permanente la legislación que en su momento fue adoptada como de emergencia, *en* Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia C-127/93 de 30 de marzo de 1993.

³⁷⁰ *Idem*.

³⁷¹ La Corte Constitucional de la República de Colombia, en interpretación al artículo 13 de la Constitución de aquel país, definió el concepto de razonabilidad como requisito para poder dar un trato diferenciado sin constituir discriminación. Al efecto expresó que:

“La vinculación entre los supuestos de hecho diferentes y el “patrón de igualdad”, debe ser tal, que el trato diferenciado se encuentre justificado. Para lograr este propósito la doctrina internacional ha señalado los siguientes aspectos constitutivos de la justificación:

1. Diferencia de los supuestos de hecho.
2. Presencia de sentido normativo (fin o valor) de la diferencia o trato.
3. Validez constitucional del sentido (fin) propuesto
4. Eficacia de la relación entre hechos norma y fin
5. Proporcionalidad de la relación de eficacia”.

Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia T-230/94 de 13 de mayo de 1994.

ventaja y traición³⁷². A diferencia de otros tipos penales, el terrorismo pretende socavar bienes colectivos, por lo que el tratamiento a este delito debe ser distinto, al igual que otras conductas que pongan en grave peligro la integridad de la sociedad, pues se está arriesgando nada menos que la convivencia democrática.

Así también, el terrorismo se diferencia de otros delitos en que su descripción típica es abierta, es decir, que con el paso del tiempo tiene que ir adaptándose al uso de nuevos métodos y tecnologías³⁷³. De esta manera, el terrorismo debe ser objeto de un trato especializado mediante mecanismos propios, los cuales pueden válidamente estar plasmados en una ley diferente de la normatividad penal general. El único límite al que se encuentra este tipo de legislación, como lo señaló la Corte Constitucional colombiana, es que no se vulneren los derechos humanos establecidos en los textos constitucionales, así como en los tratados internacionales, aunque cierto también es que en la lucha antiterrorista los derechos y libertades son constantemente violentados, pues si bien el terrorismo debe ser combatido y erradicado, “[...] su represión suele realizarse con cierta frecuencia a través de procedimientos extraños al constitucionalismo democrático y a las leyes y

³⁷² El legislador mexicano señaló respecto del terrorismo que:

“En la ejecución de su conducta delictuosa, el terrorista piensa, premedita lo que va a hacer 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 a faltar a la confianza que se le guarda porque se ignoran sus actividades y los fines que persigue.

...

La víctima del terrorismo es el pueblo, que siente cólera y desprecio hacia quien coloca o lanza el instrumento de destrucción. El terrorista, 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 dedicatoria personal. Destruye a ciegas” en GARCÍA RAMÍREZ Sergio, “Consideraciones sobre Terrorismo”, en *Problemas Jurídicos y Políticos del Terrorismo*, UNAM, México, 2003, páginas 86-87.

³⁷³ La Corte Constitucional de Colombia concluyó que:

“Frente a delitos estáticos o tradicionales, deben consagrarse tipos penales cerrados. Pero frente a delitos ‘dinámicos’ o fruto de las nuevas y sofisticadas organizaciones y medios delincuenciales, deben consagrarse tipos penales abiertos. Así pues, el ‘terrorismo’ es un delito dinámico y se diferencia por tanto de los demás tipos. Como conducta responde a unas características diferentes de cualquier tipo penal, por lo siguiente: primero, es pluriofensivo pues afecta o puede llegar a afectar varios bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento penal. Segundo, obedece a organizaciones delincuenciales sofisticadas. Tercero, el terrorista demuestra con su actitud una insensibilidad frente a los valores superiores de la Constitución Política, que son un mínimo ético, al atentar indiscriminadamente contra la vida y dignidad de las personas” en Corte Constitucional de Colombia, *supra* nota 37.

costumbres de la guerra”³⁷⁴. Se puede concluir entonces que el hecho de que el delito de terrorismo tenga un tratamiento especial, no viola *per se* el principio de no discriminación.

Pero, ¿qué pasa cuando dicha ley, no respeta los “umbrales de protección” de los que habla la Corte Constitucional colombiana? Ejemplos existen en una diversidad de leyes antiterroristas como la *IRPA 2001* en Canadá, la *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001 (ACSA 2001)* en el Reino Unido o la *USA PATRIOT Act 2001* de Estados Unidos, promulgadas como reacción a los hechos del 11 de septiembre de 2001. Estas legislaciones establecieron procedimientos prácticamente análogos para combatir al terrorismo. Así, la Parte IV de la *ACSA 2001*, la sección 412 de la *USA PATRIOT Act 2001* y las Secciones 77 a 81 de la *IRPA 2001* dispusieron procesos especiales similares para detener a extranjeros sospechosos de ataques terroristas, independientemente de encontrarse de manera legal o ilegal en aquellas naciones. Dicho procedimiento en los tres países empieza con una figura denominada “Certificación” por medio de la cual un extranjero queda señalado y detenido en calidad de probable terrorista o, como un riesgo para la seguridad nacional³⁷⁵.

Una vez que un extranjero ha sido registrado y detenido a través de la Certificación, se procede a la investigación de posibles indicios que pudieran llevar al descubrimiento de algún elemento terrorista. Mientras la averiguación sigue su curso, se puede proceder entonces a la deportación si existe algún acuerdo internacional con el país del cual el detenido es nacional o en su defecto, a prolongar indefinidamente la detención si se considera que mantenerlo detenido puede servir para efectos de investigación de otros grupos o ataques terroristas. De esta manera, si el sujeto no es deportado, estas leyes permiten la detención de manera indefinida, por lo que el extranjero se encontrará privado de su libertad hasta que se ejerza acción penal sobre él o se le retire su calidad de “certificado” y sea liberado³⁷⁶.

³⁷⁴ Asimismo, Valencia Villa señala que estas leyes excesivamente represivas han tenido hasta ahora “[...] la eficacia del puño que pega una nube de mosquitos”, en VALENCIA VILLA Hernando, “Derechos Humanos”, Espasa, Madrid, 2003, página 401.

³⁷⁵ Cfr. Sección 21 de la Parte IV de la *ACSA 2001*; Sección 412.A de la *USA PATRIOT Act 2001*; sección 77 de la *IRPA 2001*.

³⁷⁶ Cfr. Sección 22 de la Parte IV de la *ACSA 2001*; Sección 412.A(6) de la *USA PATRIOT Act 2001*; Sección 78 de la *IRPA 2001*.

Asimismo, estas legislaciones antiterroristas permiten la posibilidad de que la Certificación sea recurrida. La *ACSA 2001* permite un recurso ante la Comisión Especial de Apelaciones sobre Inmigración, creada en 1997. Ante este órgano los representantes de los detenidos acuden para impugnar la Certificación y una vez que ha

Del procedimiento descrito se observa que además de varios derechos y garantías violados, con estas leyes se rompe con el principio de no discriminación en contra de los no nacionales de estos países. Si bien el combate al terrorismo es y debe ser un objetivo totalmente legítimo y necesario, el trato diferenciado que los extranjeros reciben en virtud de la *IRPA 2001* canadiense, la *ACSA 2001* británica y la *USA PATRIOT Act 2001* estadounidense, no es justificable debido a que con estas leyes se está pensando que solamente los no nacionales pueden ser terroristas, ya sea consumados o potenciales, cuando de la historia reciente se puede observar que también los nacionales estadounidenses, canadienses o británicos pueden cometer violencia terrorista³⁷⁷.

Es preciso recordar que tales leyes fueron expedidas unos días después de los atentados del 11 de septiembre, cuando se señaló a musulmanes como terroristas y dado que en Estados Unidos y en el Reino Unido radican una gran cantidad de ellos, ambos gobiernos buscaron mecanismos de “defensa” en su contra, como si en cada una de estas personas hubiera un terrorista. Por ello, el dirigir una ley antiterrorista a un determinado grupo con las fuertes restricciones que en ella se contemplan carece de justificación objetiva y razonable, por lo que tales ordenamientos constituyen en definitiva una flagrante violación al principio de no discriminación.

Asimismo, la *ACSA 2001* ha sido anulada por el máximo tribunal del Reino Unido, la Cámara de los Lores (*House of Lords*), a través de la comentada sentencia de 16 de diciembre de 2004, en la que declaró la incompatibilidad de la *ACSA 2001* con las

resuelto un asunto, se tiene el recurso final ante la Corte de Apelaciones. Empero, la única ocasión en que la Comisión Especial de Apelación sobre Inmigrantes ha resuelto a favor del detenido (por considerar que la conducta de un ciudadano pakistaní no afectaba la seguridad nacional tal y como argumentaba la Secretaría de Estado británico), fue finalmente revocada por la Corte de Apelaciones³⁷⁶. En la *IRPA 2001* de Canadá, la Certificación puede ser impugnada ante el Tribunal Federal quien determinará si se confirma o anula esta resolución³⁷⁶. De igual forma, la *USA PATRIOT Act 2001* permite la interposición de un recurso de *Habeas Corpus* ante un tribunal federal.

Este recurso es para recurrir la decisión solamente en el sentido de impugnar las “suficientes razones” que las autoridades hubieren tenido para considerar a una persona como probable terrorista o como amenaza a la seguridad nacional. Sin embargo, si el Tribunal que conoce del recurso considera que si hay las razones son justificadas para considerarlo como sospechoso, la detención podrá prolongarse ilimitadamente.

³⁷⁷ Incluso los propios ciudadanos canadienses, estadounidenses o británicos han sido capaces de estremecer a sus naciones con violencia terrorista en varias ocasiones. Como ejemplo de ello, baste recordar el terrible atentado al edificio federal Alfred E. Murrah en Oklahoma, Estados Unidos, el 19 de abril de 1995, en el que más de un centenar de personas perdieron la vida y en el que se demostró que fue un estadounidense, Timothy Mac Veigh, quien cometió el ataque. Así también, el famoso caso del “unabomber”, en donde se cometían actos de terrorismo vía postal, y después de dieciocho años de investigaciones resultó ser un prestigiado profesor estadounidense de Matemáticas Richard Katzinsky, quien dirigía sus atentados contra altos funcionarios de empresas dedicadas a la investigación y comercialización de tecnología.

obligaciones del Reino Unido en virtud de los artículos 5 y 14 del CEDHLF³⁷⁸. El motivo principal para anular esta ley antiterrorista fue que la Cámara de los Lores consideró que el tratamiento a los no nacionales británicos sospechosos de terrorismo constituía flagrante discriminación, pues este trato no era igual a los ciudadanos de ese país cuando se encontraran igualmente como sospechosos de ser terroristas o constituir una amenaza a la seguridad nacional³⁷⁹.

Otro caso de flagrante discriminación insertada en leyes antiterroristas se presenta en la Unión Europea, quien también ha emitido normas antiterroristas vinculantes que afectan directamente el principio de no discriminación. En efecto, en el ámbito comunitario el Consejo de la Unión aprobó un Reglamento como reacción a los atentados del 11 de septiembre que entre otras cosas, se propuso elaborar una lista de personas y organizaciones dedicadas a cometer actos de terrorismo³⁸⁰. Ante el mandato de esta norma comunitaria, el mismo Consejo de la Unión ha emitido en los años subsecuentes, Decisiones en las cuales ha actualizado la lista de personas y organizaciones consideradas como terroristas. Este procedimiento es básicamente idéntico al implantado por la *AEDPA 1996* estadounidense mediante la cual igualmente se actualiza una lista de organizaciones terroristas internacionales para aplicárseles medidas principalmente dirigidas a congelar sus activos financieros y patrimoniales³⁸¹.

La intención de mantener actualizada una lista de personas y organizaciones terroristas de acuerdo con el Reglamento 2580/2001, y con la *AEDPA 1996* ha sido para tomar acciones en su contra, específicamente en lo relativo al combate a la financiación y decomiso de bienes destinados a fines terroristas. Así, no obstante que tanto la Unión Europea como Estados Unidos tienen la necesidad de protegerse de este delito, el hecho de señalar

³⁷⁸ A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent) Y; X (FC) and another (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent), Sentencia de 16 de diciembre de 2004, Cámara de los Lores del Reino Unido, párrafo 45.

³⁷⁹ La Cámara de los Lores resolvió respecto de la *ACSA 2001* que:

“Habrá una orden anulatoria respecto de la *Human Rights Act 1998 (Designated Derogation) 2001*. Habrá también una declaración bajo la Sección 4 de la *Human Rights Act 2001* de que la sección 23 de la *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001* es incompatible con los artículos 5 y 14 del Convenio Europeo debido a su desproporcionalidad y a que permite detenciones de sospechosos de terrorismo internacional en el sentido de discriminar por razones de nacionalidad o del *status migratorio*”, en *Ibidem*, párrafo 73.

³⁸⁰ Cfr. Artículo 2.3 del Reglamento (CE) N° 2580/2001.

³⁸¹ IRAOLA Roberto, “Due Process, Judicial Review, the First Amendment, and the Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act of 1996”, *North Dakota Law Review*, 78 N. Dak. L. Rev. 1, páginas 1-22.

personas determinadas constituye un rompimiento total al principio de que la ley debe ser general, es decir, dirigida a toda una comunidad. Al ser los Reglamentos y las Decisiones normas comunitarias europeas vinculantes, éstas deben dirigirse a toda la sociedad y no solamente a determinados grupos o personas pues con ello acarrearán un vicio en la formación de estas normas.

Más aún, tanto el procedimiento que prevén la *ACSA 2001* estadounidense, la *IRPA 2001* canadiense y, la *USA PATRIOT Act 2001* estadounidense, como aquel señalado por el Reglamento 2580/2001 y la *AEDPA 1996* estadounidense, están dirigidas a extranjeros únicamente, por lo que a sus nacionales no le son aplicables las medidas antiterroristas mencionadas. A esto surgen varias preguntas, ¿será que sólo los extranjeros (por no querer pensar que van dirigidas exclusivamente al mundo islámico) son capaces de ser terroristas? o, ¿acaso los estadounidenses, los canadienses o los británicos no pueden llegar a cometer atentados? Por más que se pueda buscar alguna respuesta favorable a esas leyes, estas interrogantes parecen denunciar la falta de objetividad y racionalidad en el trato diferenciado que tanto el procedimiento de “certificación”, como el de las listas de organizaciones terroristas aquejan. Cuando medidas restrictivas son aplicadas a toda una población, probablemente exista un grado de inconformidad mayor, pero cuando dichas medidas restrictivas son impuestas a grupos en específico, es decir de manera selectiva y sin que exista objetividad y racionalidad en ese trato desfavorable, quizás habrá menos oposición pero en cambio, esa sociedad se convertirá en una dictadura de mayorías, sin respeto alguno a los derechos de la minoría afectada³⁸².

Con esto, si bien una ley antiterrorista no es violatoria *per se* del principio de no discriminación, dicho ordenamiento debe guardar estrictos controles sobre el cumplimiento

³⁸² Cfr. SUSTEIN Cass R., “Minimalism at War”, Public Law and Legal Theory Working Paper, No. 80, University of Chicago, diciembre de 2004, páginas 25-27; esta dictadura de las mayorías es precisamente la que el *iusfilósofo* italiano representa como en tercer estadio de las diferencias que ha sido descrito en la cita de pie de página 32 del Capítulo I de este trabajo.

Incluso este trato discriminatorio que Estados Unidos impone en lo que respecta a la “Certificación” (*USA PATRIOT Act 2001*), y en lo que se refiere a la lista de organizaciones terroristas internacionales (*AEDPA 1996*), contradice los propios valores fundacionales en los que se cimienta la nación estadounidense, pues desconoce postulados como aquél proveniente de uno de los padres de ese país, James Madison, que reza: “(c)omo extranjeros deben por un lado obediencia, pero cumplida con ella tienen derecho a toda la protección y privilegios”, en MADISON James, “Report on the Virginia Resolutions”, citado por GLOVER Aubrey, “Terrorism: Aliens’ Freedom of Speech and Association under Attack in the United States”, *Duquesne University Law Review* 41 *Duq. L. Rev.* 363, página 369.

de los derechos y garantías contenidos en las Constituciones nacionales, así como en los distintos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Toda trato diferenciado que no esté fundado en la objetividad y la razonabilidad implicará automáticamente violación al principio de no discriminación, con independencia de los demás derechos y libertades que igualmente resulten vulnerados.

4. Derecho a la libertad personal

El derecho a la libertad personal, contenido en los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos de carácter general³⁸³, es de aquellos considerados como suspendibles y mayormente restringibles y junto con las garantías judiciales, es de los derechos que las leyes antiterroristas más limitaciones imponen. Por esta razón, para analizar la forma en que este tipo de legislación regula la libertad personal a los individuos sospechosos o acusados de terrorismo, se estudiará en primer término la orden de aprehensión, y posteriormente, la detención preventiva así como el trato que debe tener cualquier persona detenida por concepto del delito de terrorismo.

A. Orden de aprehensión

Los agentes sólo pueden detener a un individuo, cuando se presente alguna de las tres circunstancias siguientes: que exista una orden de autoridad que expresamente lo indique; que se sorprenda al individuo en flagrancia durante la comisión del delito o; que esté decretado un estado de emergencia, en el cual se suspenda el derecho a la libertad personal³⁸⁴. Estas causales operan no sólo para el terrorismo sino para cualquier delito.

³⁸³ Cfr. Artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Artículo 5 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales; Artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y; Artículo 6 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

³⁸⁴ La Corte Interamericana ha señalado las tres únicas causas por las que se puede detener a una persona al acotar que:

“En primer término, está demostrado que la víctima fue detenida por personal de la policía Nacional del Perú sin que mediaran las causas y condiciones establecidas por la Constitución Política de 12 de julio de 1979 que estaba en vigor en la época en que se produjo la detención, ya que dicha ley fundamental disponía que sólo se podía privar de la libertad a una persona por mandamiento escrito y motivado por autoridad judicial, lo que no ocurrió en el caso. No se demostró y tampoco se alegó por el Estado, que la aprehensión del señor Castillo Páez se hubiese producido al haber sido sorprendido *in flagranti* en la comisión de un delito o que estuviere vigente en ese momento un estado de emergencia, circunstancias que hubiesen podido justificar la detención de la víctima por agentes policiales, sin intervención judicial”, en Corte IDH, Caso Castillo Páez, Sentencia de 3 de noviembre de 1997, Serie C, párr. 56.

Sin embargo, las leyes antiterroristas regulan de forma diferente la orden de aprehensión. Si bien la regla general es que ésta debe ser emitida por autoridad judicial competente y por escrito, en las leyes de combate al terrorismo este procedimiento se ve frecuentemente afectado. Existen algunas legislaciones en la materia que permiten que la orden de detención o aprehensión sea decretada por autoridad diferente de la judicial. En este sentido, la Constitución colombiana, establecía en su artículo 28 que:

Una ley estatutaria reglamentará la forma en que, sin previa orden judicial, las autoridades que ella señale puedan realizar detenciones, allanamientos y registros domiciliarios, con aviso inmediato a la Procuraduría General de la Nación y control judicial posterior dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, siempre que existan serios motivos para prevenir la comisión de actos terroristas.

Con ello, la Carta Magna colombiana permitía que una autoridad no judicial pudiera ordenar detenciones cuando se tratara de prevenir actos terroristas. Medidas como ésta han sido incluso avaladas por los principales órganos de protección de derechos humanos, tal como el Comité de Ministros del Consejo de Europa quien a través de las “Líneas Directrices sobre los Derechos Humanos y la Lucha contra el Terrorismo” consideró que no es absolutamente indispensable que la orden de detención sea decretada por autoridad judicial, si una vez ejecutada el sujeto aprehendido es puesto inmediatamente a disposición de un juez³⁸⁵.

Asimismo, existen otras legislaciones que permiten que la orden de detención se decrete incluso, de manera verbal u oral. Por citar un ejemplo, la *Terrorist Act 2000* británica permite que las autoridades administrativas puedan detener a personas sospechosas en la calle con la finalidad de investigarlos, atendiendo una orden que puede ser de forma verbal, si la autoridad que la dicta cree que es mejor por “razones prácticas”³⁸⁶. Sobre esta disposición aún ningún tribunal internacional se ha pronunciado, pero podría esperarse que en el momento en que se conozca de un caso en relación con este precepto, el criterio será declararlo incompatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos, en

³⁸⁵ Cfr. Artículo VII de las “Líneas Directrices del Consejo de Europa sobre los Derechos Humanos y la Lucha contra el Terrorismo” aprobadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 11 de julio de 2002 en la 804ª reunión de los Delegados de Ministros.

³⁸⁶ La Sección 44.5 de la *Terrorist Act 2000* establece que, “(s)i la autorización es dada oralmente, la persona que la da debe confirmarla por escrito tan pronto como sea razonable”.

virtud de que una orden de aprehensión verbal deja abiertamente en estado de inseguridad jurídica a la persona detenida.

Algunas leyes antiterroristas también prevén la posibilidad de dictar órdenes de aprehensión en contra de personas cuando aún son sospechosos y no se tienen reunidos los elementos necesarios para consignarlos o presentarlos ante el juez. Con ello, se permite mantener detenida a una persona para investigar un delito aún cuando no se hubiere sido sorprendido en flagrancia a este individuo o no estuviere válidamente decretado un estado de emergencia. El Proyecto de Ley Antiterrorista que sigue en discusión en la Cámara de Diputados de Argentina prevé en su artículo tercero que “(e)l juez de la causa podrá disponer la detención de personas o el secuestro de efectos, cuando estime que la ejecución inmediata de esas medidas [la liberación] puede comprometer el éxito de la investigación”. Con ello, se puede solicitar incluso una detención indefinida, únicamente con la finalidad de seguir investigando y reuniendo los elementos de prueba necesarios, sin importar que la detención prolongada por sí misma, atenta contra la integridad del detenido.

Tanto el Consejo de Europa como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA han consentido que las órdenes de aprehensión se dicten en contra de sospechosos de haber cometido actos terroristas, siempre que se respeten las debidas garantías consagradas en los distintos instrumentos internacionales, como que toda persona acusada o sospechosa de terrorismo detenida deberá notificársele las razones precisas de su detención³⁸⁷. Además, deberá ser puesto sin dilación ante un juez para que determine la legalidad de su aprehensión³⁸⁸, así como tener acceso a un recurso comúnmente conocido en nuestros sistemas jurídicos como “*habeas corpus*” para impugnar su detención. Según estos criterios, si las autoridades dictan una orden de aprehensión sin observar todas estas garantías, incurrirán en violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

³⁸⁷ En el ámbito europeo, esta garantía se encuentra en el artículo VII.1 de las Líneas Directrices del Consejo de Europa sobre los Derechos Humanos y la lucha contra el Terrorismo, así como en el artículo 5.2 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. En el continente americano, dicha garantía se encuentra consagrada en el artículo 7.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³⁸⁸ *Cfr.* Artículo VII.2 de las Líneas Directrices del Consejo de Europa sobre los Derechos Humanos y la lucha contra el Terrorismo; artículo 5.3 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. En el ámbito interamericano esta garantía se encuentra consagrada en el artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

B. Prisión preventiva

La detención preventiva tiene la finalidad de llevar a cabo una investigación sobre los hechos que pudieran constituir un delito, teniendo al probable responsable bajo detención. De esta manera, un aspecto que cobra especial relevancia es el relativo al tiempo que transcurra entre el momento de la detención, hasta el instante en que es puesto a consideración de un juez o bien, es liberado. De acuerdo con la regulación constitucional e internacional, un sujeto que es aprehendido debe ponerse “inmediatamente” a disposición de una autoridad judicial para que ésta determine la legalidad o ilegalidad de la detención. En este sentido, la pregunta que debe formularse es qué se debe entender por “inmediatamente”, “sin dilación” o “sin demora”, términos que son utilizados por los diferentes instrumentos de naturaleza internacional para regular la detención preventiva³⁸⁹.

La intención de los términos “sin demora” o “inmediatamente” es el que la persona detenida no permanezca en incomunicación prolongada, debido a que bajo esta circunstancia puede correr peligro de ser desaparecida o de sufrir cualquier tipo de tortura, y por lo tanto se viole su derecho a la integridad personal. Por ello, distintos tribunales internacionales han coincidido en señalar que, “[...]el vocablo “sin demora” debe ser interpretado de conformidad con las características especiales de cada caso”³⁹⁰.

³⁸⁹ Los conceptos “sin demora”, “sin dilación” o “inmediatamente” referidos al tiempo que debe transcurrir desde que se detiene a un individuo hasta que es presentado a autoridad judicial, se encuentran en todos los tratados internacionales generales de derechos humanos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 9.3, establece que, “(t)oda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales [...]”.

Así también, el Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales dispone en el artículo 5.3 que “(t)oda persona detenida o privada de libertad en las condiciones previstas en el párrafo 1.c., del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales [...]”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos también consagra en el artículo 7.5 que “(t)oda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales [...]” (Subrayado mío)

³⁹⁰ Caso Castillo Petrucci y otros, Corte IDH, Sentencia 30 de mayo de 1999, Serie C, No. 53, párrafo 108; Caso Bámaca Velásquez, Corte IDH, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, Serie C, párrafo 140; Caso Brogan y otros v. Reino Unido, Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia de de noviembre de 1988, párrafos 58-59 y 61-62 y; Caso Aksoy v. Turquía, Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia de 18 de diciembre de 1996, párrafo 76.

También en el seno del sistema de protección de derechos humanos de las Naciones Unidas, se ha establecido el mismo criterio *en*, Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Caso Kone vs. Senegal, Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, CCPR/C/52/D/386/1989, Comunicación 386/1989, 21 de octubre de 1997, párrafo 8.6.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha delimitado con mayor precisión lo que se debe entender por “sin demora” o “inmediatamente”, al puntualizar que, “[...]no se considerará razonable una demora de más de dos o tres días en llevar al detenido ante una autoridad judicial en general[...]”³⁹¹. Así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estableció un máximo de tres días para presentar a cualquier sospechoso de terrorismo detenido ante autoridad judicial, de modo que éste resuelva su situación jurídica.

Cualquiera que sea la interpretación de lo que diversos instrumentos internacionales pretenden señalar con los términos “inmediatamente” o “sin demora” sólo con una pronta revisión judicial se podrá evitar que la persona detenida sea sometido a tortura, así como a tratos crueles, inhumanos o degradantes, más aún que la sola aprehensión prolongada constituye una violación a su integridad moral. Empero, existen leyes antiterroristas que violan la garantía de ser puesto inmediatamente a disposición de autoridad judicial tal como en el procedimiento de “Certificación” previsto en la *IRPA 2001* canadiense, la *ACSA 2001* británica y la *USA Patriot Act 2001* estadounidense, en las cuales se permite que los extranjeros que han sido “certificados” sean detenidos por tiempo indefinido hasta que puedan ser deportados y si no es posible, hasta que se reúnan los elementos necesarios para ejercer acción penal o bien, retirársele el carácter de “certificado”.

5. La libertad de expresión

Las leyes antiterroristas frecuentemente suelen afectar el derecho a la libertad de expresión. En la práctica, estas legislaciones contienen prohibiciones a la libertad de expresión cuando en el ejercicio de este derecho, se incite a crear o fomentar violencia terrorista. La *Terrorism Act 2006* británica es quizás el ordenamiento antiterrorista vigente que más restringe la libertad de expresión. Las primeras cuatro secciones de esta ley están directamente dirigidas a contrarrestar la libertad de expresión cuando ésta tenga como finalidad alentar e incitar a preparar o ejecutar atentados terroristas. La *Terrorism Act 2006* prohíbe entonces cualquier tipo de comunicado público (sección 1) o, propaganda y publicaciones impresas o electrónicas (sección 2), buscando prevenir que las personas

³⁹¹ “Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos”, Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos, octubre de 2002, párrafo 122; también *en* Caso 12.023, Informe 41/00, *Desmon Mcenzie otros v. Jamaica*, Informe Anual de la CIDH 2000, párrafo, 247.

participen en la difusión de actividades terroristas ya sean pasadas o futuras³⁹², mediante la imposición de penas en prisión a quien realice estos actos³⁹³.

Ahora bien, la libertad de expresión es uno de los derechos humanos considerados como los de mayor susceptibilidad a ser restringidos e incluso suspendidos bajo momentos de emergencia. Incluso, los propios textos constitucionales e internacionales establecen directamente las limitaciones que el ejercicio de la libertad de expresión tiene dentro de sus respectivas jurisdicciones. Así, todos los textos jurídicos establecen como excepción válida a este derecho humano, el que sea ejercido con la finalidad de hacer apología de la violencia o a cualquier tipo de odio, nacional, regional o de cualquier otro tipo³⁹⁴. Es precisamente bajo esta permisón que los Estados han implementado en las leyes antiterroristas sanciones a quienes provoquen, inciten o alienten a otras personas a preparar o cometer atentados terroristas.

Empero, para que la excepción a la apología al terrorismo como límite permitido a la libertad de expresión pueda actualizarse, no es suficiente con que exista la externalización de la idea de preparar, cometer o exaltar a la gente a que participen en atentados terroristas, pues debe existir además una posibilidad de éxito en su objetivo³⁹⁵. Este segundo requisito impedirá abusos de las autoridades, pues baste imaginar que en una manifestación se escuche algún grupo de personas referirse a grupos catalogados como terroristas señalando simpatía hacia ellos, sin que ello deba ser considerado por si mismo ilegal y en consecuencia, tal conducta no puede ser reprimida por alegar que se está haciendo apología del terrorismo³⁹⁶. Así pues, la posibilidad de éxito en la expresión de ideas a favor del

³⁹² La sanción aplicable para quien trasgreda lo establecido por la *Terrorism Act 2006* en relación con la prohibición de divulgación de actividades terroristas es de prisión hasta por siete años, según su sección 2.11.

³⁹³ Así, la sección 2.4 a) de la *Terrorism Act 2006* señala que:

“Para los propósitos de esta sección debe ser entendido una persona que directa o indirectamente aliente a la comisión o preparación de actos de terrorismo incluido cualquier forma en que:

a) se glorifique la comisión o preparación (ya se trate en el pasado, en el futuro o de forma general) de esos actos;”

³⁹⁴ La excepción de la apología en el ejercicio a la libertad de expresión se encuentra consagrada en el artículo 13.5 de la CADH; el artículo 20 del PICDCP; y artículo 10.2 del CEDH. También las Constituciones nacionales encuentran la restricción de la apología a la violencia o a la desestabilización del orden público, como por ejemplo, el artículo 6 de nuestra Carta Magna; artículo 10 de la Constitución de República Dominicana; artículo 20 de la Constitución de Colombia; y artículo 20.4 de la Constitución española.

³⁹⁵ Cfr. *Ibidem*, párrafos 322 y 323.

³⁹⁶ No obstante que en Estados Unidos cualquier manifestación a favor de algún grupo considerado como terrorista puede acarrear diversas sanciones, que para los extranjeros puede ser hasta de la deportación. Un conocido caso bajo la jurisdicción estadounidense se presentó en contra de un ciudadano palestino residente

terrorismo debe considerarse como un elemento fundamental para la restricción legítima del derecho a la libertad de expresión.

Por otra parte, la legislación antiterrorista peruana también ofrece terribles ejemplos de cómo se puede restringir la libertad de expresión en el contexto de la lucha en contra del terrorismo, al disponer en el artículo 7 del Decreto Ley No. 25.475 que:

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años, el que, públicamente a través de cualquier medio hiciere la apología del terrorismo o de la persona que lo hubiere cometido. El ciudadano peruano que cometa este delito fuera del territorio de la República, además de la pena privativa de libertad, será sancionado con la pérdida de la nacionalidad peruana.

Además, el Decreto Ley 25.880 estableció una limitación a la libertad de cátedra, como especie de la libertad de expresión, pues en el artículo 1° impuso a los docentes la obligación de no hacer apología del terrorismo, so pena de ser dicha conducta equiparada a la de traición a la patria castigada por el Decreto Ley 25.659³⁹⁷.

Empero es de destacar que en el caso de los Decretos Ley 25.475 y 25.880 el Tribunal Constitucional peruano determinó que las restricciones a la libertad de expresión por sí mismas no son inconstitucionales, en virtud de que a través de estas limitaciones se puede lograr “[...] la preservación del orden democrático constitucional”³⁹⁸. Sin embargo, el Tribunal Constitucional determinó que las disposiciones contenidas en ambos Decretos Ley son inconstitucionales porque, “[...] tipifican el delito de apología al terrorismo, en su versión genérica y agravada. En efecto, dichos tipos penales no describen con precisión el objeto sobre el que ha de recaer la apología y lo que debe entenderse por ella”³⁹⁹.

en aquel país, quien se manifestó a favor de la causa palestina, además de cooperar con recursos financieros para tal fin. El gobierno de Estados Unidos consideró que aquella manifestación de ideas constituía apología al terrorismo y decidió deportarlo, *en* GLOVER Aubrey, “Terrorism: Aliens’ Freedom of Speech and Association under Attack in the United States”, *Duquesne University Law Review*, 41 *Duq. L. Rev.* 363, invierno 2003, páginas 380-381.

³⁹⁷ En efecto, el artículo 1° del Decreto Ley 25.880 disponía que:

“El que valiéndose de su condición de docente o profesor influye en sus alumnos haciendo apología del terrorismo, será considerado como autor de delito de traición a la Patria, reprimiéndosele con la pena máxima de cadena perpetua, quedando la pena mínima a discreción del Juez, de acuerdo con la gravedad de la acción delictiva. Asimismo será de aplicación la pena accesoria de inhabilitación conforme a los incisos 2), 4), 5) y 8) del artículo 36° del Código Penal”.

³⁹⁸ Caso Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos, *supra* nota 24, párrafo 86.

³⁹⁹ *Ibidem* párrafo 88.

Asimismo, el Tribunal Constitucional peruano calificó de inconstitucionales las restricciones a la libertad de expresión en los Decretos antiterroristas porque el Código Penal de aquel país previamente ya establecía una pena la conducta sancionada por el artículo 7 del Decreto Ley 25.475 y el artículo 1° del Decreto Ley 28.880. Por ello, el Tribunal Constitucional consideró que, “[...] es una expresión de una innecesaria sobrecriminalidad, al encontrarse contemplado dicho ilícito en el artículo 316 del Código Penal, que obviamente subsiste”⁴⁰⁰. Con esto, ya sea porque no se justificó la apología como causal para restringir la libertad de expresión, o porque se penaliza dos veces la misma conducta, las restricciones previstas por los Decretos Ley 25.475 y 28.880 fueron consideradas inconstitucionales y por lo tanto, derogadas del orden jurídico vigente en el Perú. Aunque esta sentencia será analizada en el Capítulo VII, es necesario señalar que el Tribunal Constitucional también determinó la violación al derecho a la nacionalidad, por prever en el artículo 7 del Decreto Ley 25475 la pérdida de la nacionalidad como pena aplicable al delito de apología al terrorismo. No obstante, el Tribunal Constitucional llegó a esta conclusión por considerar que esta pena constituía una doble incriminación⁴⁰¹, aunque lamentablemente evitó entrar al estudio sobre si esta sanción era realmente una pena proporcional a la falta cometida, pues no parece haber ningún vínculo lógico entre el hecho punible y la sanción aplicable. De haber conocido de esta cuestión muy probablemente el Tribunal Constitucional hubiera determinado que además de la doble incriminación, también se hubiera configurado violación al derecho a la nacionalidad consagrado por el artículo 53 de su Constitución y por el artículo 20 de la CADH de aplicación obligatoria para el Perú, por la falta de proporcionalidad y relación lógica entre el delito y la pena.

Finalmente, sólo queda destacar que la libertad de expresión como elemento esencial de la democracia, no debe ser sacrificada en aras de proteger la seguridad nacional. Libertad de expresión y seguridad nacional no son conceptos que se contrapongan, ni que se tenga que sacrificar uno para la consecución del otro. Por el contrario, ambos se complementan

⁴⁰⁰ *Idem.*

⁴⁰¹ Al respecto el Tribunal Constitucional destacó que:

“La pérdida de la nacionalidad funciona respecto de los ciudadanos peruanos por nacimiento y extranjeros naturalizados. El artículo 7 del Decreto Ley 25.475 parece que ha creado un nuevo tipo de pena, aumentando el catálogo de penas diseñados en el Código Penal. Así los artículos 30 y 31 enumeran los casos de penas. La pérdida de la nacionalidad en tanto pena no se encuentra en dichos artículos”, *en Ibidem*, párrafo 216.

pues la seguridad nacional debe tener “escapes” por donde puedan ventilarse y solucionarse los distintos conflictos de interés entre los miembros de una misma sociedad, y una de esas salidas es precisamente la libertad de expresión. Si ésta es comprometida u oprimida, entonces sí la seguridad nacional podría verse amenazada más que garantizada⁴⁰².

6. El derecho de asociación y reunión

La asociación y la reunión son dos derechos que las leyes antiterroristas afectan muy frecuentemente en su intento de bloquear y desarticular bandas y organizaciones domésticas o internacionales, o bien para prevenir manifestaciones o agrupaciones ocasionales de grupos de protesta. Así, el delito de terrorismo se actualiza a través de una conducta que por un lado cause terror o alarma entre la población y que además, tenga alguna finalidad de carácter político, social, religioso, étnico o ideológico. Estos requisitos suelen tener incidencia sobre grupos u organizaciones de presión, cuyas actividades diarias frecuentemente son vinculadas con actos terroristas. Incluso, algunas legislaciones han vinculado absurdamente a grupos protectores de animales o ambientalistas con actos de terrorismo, pues según ellas al llevar a cabo movimientos de protesta o de presión se encuentran manifestando “comportamientos terroristas potenciales”⁴⁰³.

En el ejercicio del derecho de reunión, si bien es cierto que organizaciones de protesta tienen finalidades políticas, sociales, religiosas e ideológicas, y que en ocasiones sus actividades pudieran intimidar a la población, es preciso hacer una diferencia entre el terror que causan los actos terroristas y el temor que pueden provocar los grupos de protesta en determinadas ocasiones. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de México ha

⁴⁰² El profesor Ronald Dworkin señala que:

“Protegemos la libertad de expresión no sólo porque esto permite espacio para la expresión personal, sino porque promueve la estabilidad que viene de la disponibilidad de canales para el disenso y el cambio pacífico [...] sacrificar la libertad en nombre del combate al terror es no sólo una tragedia constitucional sino probablemente inefectivo y contraproducente” en DWORKIN Ronald, "The real threat to US values," *The Guardian*, Londres, 9 de marzo de 2002, Página 3.

⁴⁰³ La sección 2.2 de la *Reinsurance (Acts of Terrorism) Act 1993* establece que “ ‘acto de terrorismo’ significa actos de personas actuando en representación o en conexión con alguna organización, la cual lleva a cabo actividades dirigidas a derrocar o influenciar por medio de la violencia al gobierno de Su Majestad en el Reino Unido o de cualquier otro gobierno *de iure* o *de facto*”. En una crítica a este artículo, la organización británica Liberty ha señalado que en la práctica este precepto se ha aplicado a grupos de protesta en defensa de animales, de intereses laborales o de ambientalistas, en BINGLINO Irene, “Anti-terrorism Legislation in the United Kingdom”, Liberty, Londres, 2002, página 4 y siguientes.

delimitado claramente la distinción entre “terror” y “temor”, en un asunto en el que una manifestación por las calles concluyó en un recinto de gobierno, mismo que fue apoderado por los activistas. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia mexicana afirmó que una manifestación puede efectivamente causar cierto temor entre la población, pero aclaró la diferencia que existe entre este tipo de temor, y el requerido por el tipo penal de terrorismo, pues el temor infundido en una manifestación no compromete “[...] la integridad física de las personas, ni jurídica de la nación, ni la seguridad del Estado”⁴⁰⁴.

Así también la libertad de asociación también se ve afectada por el procedimientos de las listas de organizaciones terroristas internacionales que imponen el Reglamento 2580/2001 de la Unión Europea, así como la *AEDPA 1996*. Particularmente a lo que se refiere a ésta última, diversas organizaciones de origen principalmente islámico han impugnado las determinaciones de la Secretaría de Estado de Estados Unidos que las incluyen en la lista “negra” de organizaciones terroristas internacionales. Según los peticionarios en diversos casos judiciales, el procedimiento de las listas previsto por la *AEDPA 2001* es violatorio de la Primera enmienda constitucional, que si bien se refiere solamente a la libertad de expresión, la jurisprudencia ha extendido dicha protección a la libertad de asociación⁴⁰⁵. Sin embargo, en el Caso *Humanitarian Law Project v. Reno*, la Suprema Corte de Justicia estadounidense determinó que el procedimiento previsto por la *AEDPA 1996*, “[...] no prohíbe ser miembro de uno de los grupos designados ni tampoco promover vigorosamente

⁴⁰⁴ La Suprema Corte de Justicia de la Nación señaló al respecto 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”, *en TERRORISMO NO CONFIGURADO. DELITO DE. (LEGISLACION DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA)*, Amparo en revisión 237/93. Agente del Ministerio Público Federal adscrito al Juzgado Quinto de Distrito en el Estado, Semanario Judicial de la Federación, Parte: XII-Diciembre, Tesis, 21 de septiembre de 1993, p. 974.

⁴⁰⁵ La Suprema Corte de Justicia estadounidense ha extendido el alcance de la Primera Enmienda constitucional por considerar que, “[...] la libertad de asociación para el desarrollo de las ideas y creencias es un aspecto inseparable de la libertad asegurada por la cláusula del debido proceso legal, que abarca la libertad de expresión”, *en IRAOLA Roberto*, “Due Process, Judicial Review, the First Amendment, and the Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act of 1996”, *supra* nota 49, página 17.

las metas políticas de este grupo”⁴⁰⁶. Lo que la *AEDPA 1996* prohíbe, en términos del máximo tribunal de Estados Unidos, es “[...] el acto de dar apoyo material, y no hay ningún precepto constitucional que permita dar a terroristas las armas y explosivos con los lleven a cabo sus atentados”⁴⁰⁷.

Por su parte, el Reglamento 2580/2001 de la Unión Europea también ha sido objeto de impugnación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Ante ella, el Partido Laboral de Kurdistán (*PKK*) y el Congreso Nacional Kurdo (*KNK*) solicitaron del máximo tribunal europeo la anulación de la Decisión del Consejo de Ministros en las que se incluyeron a ambas organizaciones como terroristas y por lo tanto, como destinatarias de las sanciones previstas por el Reglamento 2580/2001. No obstante, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas decidió declarar inadmisibile esta causa por considerar que los peticionarios no eran organizaciones nacionales de alguno de los Estados miembros, por lo cual no estaban legitimados para acudir a este tribunal⁴⁰⁸. Con esto, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no sólo dejó la oportunidad de conocer sobre el Reglamento 2580/2001, sino que también sentó un precedente por demás peligroso pues, si el procedimiento que el propio Reglamento 2580/2001 prevé es para organizaciones terroristas de carácter internacional, es decir, para no nacionales de los Estados miembros, de forma tal que sólo organizaciones provenientes de países ajenos a la Unión Europea pueden resultar afectados por las medidas impuestas al Reglamento 2580/2001, y considerando el criterio del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de que organizaciones no nacionales de los Estados miembros carecen de personalidad para acudir ante ella, se estaría concluyendo entonces que el Reglamento 2580/2001 no está sujeto de escrutinio por parte del órgano jurisdiccional de la Unión Europea, debido a que las únicas organizaciones afectadas no tienen legitimidad o personalidad para promover ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Finalmente, el derecho de asociación también ha sido afectado por las leyes político-electorales en lo que se refiere al combate a partidos políticos relacionados con el

⁴⁰⁶ *Idem.*

⁴⁰⁷ *Ibidem*, páginas 17-18.

⁴⁰⁸ *Cfr.* Caso T-206/02 (Congreso Nacional de Kurdistán [KNK] v. Consejo de la Unión Europea), Recurso de Anulación 2005/C 143/64; y Caso T-229/02 (Congreso Nacional de Kurdistán [KNK] y Partido Laboral de Kurdistán [PKK] v. Consejo de Unión Europea), Recurso de Anulación 2005/C 143/65.

terrorismo. Los casos más significativos han sido registrados en Turquía y en España, en donde partidos políticos han sido disueltos por considerárseles como brazos políticos de organizaciones terroristas. Empero debido a la afectación de estos paradigmáticos ejemplos sobre otros derechos, ellos serán analizados en páginas siguientes, al abordarse lo relativo al impacto de las leyes antiterroristas en los derechos políticos.

7. Derecho a la intimidad

La intimidad es otro de los derechos más son abordados y en la mayoría de las ocasiones, vulnerados por las leyes antiterroristas. En el plano internacional, el derecho a la intimidad no está expresamente consagrado como un derecho autónomo, por lo que se le asocia con otros tipos de derechos⁴⁰⁹. Sin embargo, en términos generales tanto en el sistema internacional, como en el europeo e interamericano de derechos humanos se puede apreciar que el derecho a la intimidad conlleva el respeto a la persona en la privacidad de sus bienes, familia y comunicaciones⁴¹⁰.

Prácticamente todas las leyes antiterroristas buscan limitar el derecho a la intimidad en aras de allegarse de mejores elementos de investigación y búsqueda de elementos de prueba. Sin embargo, existen dos legislaciones que son de especial relevancia para nuestro estudio, dado que al estar dichas limitaciones incorporadas en los propios textos

⁴⁰⁹ Tal como afirma Daniel O'Donnell:

“El derecho a la intimidad está muy vinculado con otros derechos. El derecho a la confidencialidad del hogar y a las comunicaciones, está estrechamente a la presunción de inocencia y al debido proceso de las personas acusadas penalmente. Este derecho también está vinculado al derecho de expresión, sobre todo porque la protección de los derechos de terceros es un bien jurídico que permite limitar la libertad de expresión. El derecho a la intimidad de la familia está vinculado con el derecho a la familia a recibir protección. El derecho a desarrollar la personalidad sin injerencias indebidas esta vinculado con la libertad de creencias, la prohibición de la discriminación, y el derecho al nombre” en O'DONNELL Daniel, “Derecho Internacional de Derechos Humanos”, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia, Bogotá, 2004, páginas 524-525.

⁴¹⁰ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 17.1 consagra que, “(n)adie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”.

Asimismo, en la esfera interamericana, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 11.2 señala que, “(n)adie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”.

Por el contrario, en el sistema europeo no existe alguna norma que contenga expresamente el derecho a la intimidad. El desarrollo de este derecho ha sido llevado a cabo por el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, mediante la asociación de varios derechos con el de la intimidad.

constitucionales, adquieren especial relevancia. Estas son, la Constitución de Colombia y la Constitución de España.

Tanto los artículos 15 y 28 de la Constitución de Colombia, como el artículo 55.2 de la Constitución española establecen la posibilidad de realizar allanamientos a domicilios o la interceptación de comunicaciones sin necesidad de orden judicial previa cuando se trate de investigaciones en materia de terrorismo.

Ahora bien, ¿existe algún requisito para ejercer esta facultad? La Constitución española no hace mención sobre los requisitos que se deben cumplir para poder allanar domicilios e interceptar comunicaciones. Por el contrario, la Constitución colombiana establece como exigencia para poder ejercer esta facultad que “existan serios motivos” para prevenir futuros actos de terrorismo. Admitiendo esta práctica, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que el allanamiento de domicilios, así como interceptación de comunicaciones sin orden judicial previa deben fundarse bajo un criterio de “racionalidad” de las sospechas⁴¹¹.

Este *test* de racionalidad se debe basar en elementos objetivos que les puedan hacer creer válidamente a las autoridades que determinada persona o grupo puede estar involucrado en actividades terroristas. Adicionalmente, el Tribunal Europeo acotó que para que las autoridades puedan llevar a cabo allanamientos a domicilios e interceptaciones a comunicaciones sin orden judicial, las sospechas deben ser auténticas y sinceras⁴¹².

No obstante, los textos constitucionales de España y Colombia no son las disposiciones antiterroristas que más afectan al derecho a la intimidad. Por el contrario, es quizás el armamento antiterrorista estadounidense el que más incida en el ejercicio de este derecho específicamente, la *USA PATRIOT Act 2001* la cual vino a reforzar los procedimientos de cateos e intervenciones telefónicas, además de endurecer el sistema de acceso a registros de

⁴¹¹ En el Caso Fox, Campbell y Hartley, la Corte Europea de Derechos Humanos afirmó que:

“Como dice el gobierno, las dificultades propias de la investigación y persecución de los delitos de terrorismo en Irlanda del Norte no siempre permiten apreciar según los mismos criterios que en los de carácter común la ‘racionalidad’ de las sospechas que llevan a esas detenciones”, *en* Corte Europea de Derechos Humanos, Caso de Fox, Campbell y Hartley v. Reino Unido, Sentencia de 30 de agosto de 1990, párrafo 32.

⁴¹² El Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló en el Caso Murray que, “(c)omo mínimo, la autenticidad y la sinceridad de las sospechas constituyen un elemento indispensable para apreciar su adecuación”, *en* Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Murray v. Reino Unido, Sentencia 28 de octubre de 1994, párrafo 61.

dependencias públicas y privadas. Así, la sección 213 de esta ley dispuso que los cateos se puedan realizar incluso sin presentar la orden judicial correspondiente a los sujetos cuyas propiedades han de ser inspeccionadas, es decir, la orden judicial puede ser presentada incluso hasta después de terminado el cateo, con lo que deja a los afectados sin la posibilidad de impugnar la legalidad de esta medida para exigir que se detenga⁴¹³.

Así también la sección 215 de la *USA PATRIOT Act 2001* faculta al Director de la Agencia Federal de Investigación (*FBI* por sus siglas en inglés), de requerir de cualquier dependencia pública o privada, información o materiales que ayuden a proteger a Estados Unidos del terrorismo internacional. Esta orden igualmente se lleva a cabo sin notificación previa y las instituciones solicitadas, “[...] no deben hacer del público que tal requerimiento fue expedido para efectos de alguna investigación” relacionada con el terrorismo internacional. Con ello, los datos internos de toda una organización pueden verse vulnerados por una orden de la *FBI*, por lo que el derecho a la intimidad se ve afectado en aras de encontrar mayores elementos para contrarrestar al terrorismo.

Por otra parte, existen otro tipo de legislaciones antiterroristas que, aunque abordan frontalmente al derecho a la intimidad, no inciden intensamente en él, de modo que en ningún caso podría existir una violación a este derecho. Tal es el caso de la recientemente aprobada Ley de Seguridad Nacional en México, la cual concede la legitimidad procesal al Centro de Investigación y Seguridad Nacional para solicitar a una autoridad judicial una orden de allanamiento a domicilios o de interceptación de comunicaciones. Si bien esta Ley abre la posibilidad de que autoridades distintas al Ministerio Público puedan obtener de un juez una orden de cateo o de intervención de comunicaciones, la legislación antiterrorista mexicana sigue respetando el principio de que sólo una autoridad judicial sea quien ordene el allanamiento a domicilios y la interceptación de cualquier tipo de comunicaciones personales. Sin embargo, habrá que esperar su aplicación para determinar el impacto real de esta Ley sobre el derecho a la intimidad.

8. Derechos Políticos

Los derechos políticos tampoco han sido ajenos a las leyes antiterroristas y particularmente a las decisiones judiciales. Aunque los derechos políticos son bastante

⁴¹³ *Cfr.* FENNELLS Drew, “The USA PATRIOT Act: Can We Be Both Safe and Free”, Delaware Lawyer, 21 Delaware Lawyer 10, verano 2003, página 14.

amplios, la proscripción de partidos políticos vinculados con el terrorismo han sido particularmente la forma en como esta clase de derechos se han afectado a través de las medidas antiterroristas. Turquía y España son quizás los países donde más ha trascendido la cancelación de los registros de ciertos partidos políticos por filiaciones terroristas. El primero de ellos, Turquía ha tenido que enfrentar una larga historia de confrontaciones con distintos grupos separatistas kurdos, así como fundamentalistas islámicos, quienes han formado agrupaciones y partidos políticos. España por su parte, también da cuenta de movimientos terroristas durante la última mitad de siglo, logrando uno de ellos, *ETA (Euzkadi Ta Askatasuna)* tener una representación incluso a través de un partido político cuyo centro de operaciones principalmente se circunscribió en el País Vasco. A consecuencia del vínculo entre dicho partido denominado en su última faceta como *Batasuna*, con *ETA*, el Tribunal Supremo de Justicia español declaró la disolución de este partido, así como de cualquier reminiscencia de sus antecesores como lo son: *Herry Batasuna* y *Euzkal Herriarrok*.

A. Los Partidos Políticos Fundamentalistas en Turquía

La Corte Europea de Derechos Humanos tiene ya una larga experiencia en el conocimiento sobre las disoluciones de los partidos políticos en Turquía. Así, este tribunal regional ha señalado que para que un Estado pueda tomar este tipo de medidas en contra del derecho de asociación y los derechos políticos, se deben actualizar los siguientes requisitos, a saber: *i)* que la restricción esté prevista por la ley; *ii)* que la medida tomada tenga fines legítimos y; *iii)* que sean necesarias para la sociedad⁴¹⁴.

El primer requisito se cumple con establecer en una ley la pena de disolución de un partido político. A su vez, el segundo elemento se integra con la intención de que con la medida se puedan salvaguardar bienes o valores de mayor jerarquía que el daño que representa la proscripción de un partido político. Sin embargo, el tercer requisito se refiere a que la medida tomada no debe reducirse a ser formalmente legal y tener un fin legítimo, sino que la sociedad como tal requiera verdaderamente de esta medida. Así por ejemplo, nadie duda que erradicar al terrorismo se encuentra plasmado en la ley y además es un fin

⁴¹⁴ *Cfr.* Caso Refah Partisi v. Turquía, Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia de 31 de julio de 2001, párrafo 36; también *en* Caso The Socialist Party and Others v. Turquía, Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia de 25 de mayo de 1998, párrafo 31.

plenamente legítimo pero quizás las acciones tomadas pueden llegar a ser exageradas para las necesidades reales de una sociedad, de ahí que la Corte Europea de Derechos Humanos arguyó que para cumplir con este tercer requisito la medida adoptada debe ser “[...] proporcional al fin legítimo buscado y si las razones aducidas por las autoridades justifican que son relevantes y suficientes”⁴¹⁵.

De esta manera, en casos en los que partidos políticos se consideran vinculados con grupos o actos terroristas, como en el Caso *Zana v. Turquía*, la Corte Europea de Derechos Humanos determinó de que el hecho de que los líderes de algún partido político expresen solidaridad con alguna organización terrorista justo en momentos en que la campaña de atentados estén causando víctimas mortales, es suficiente para considerar que la actitud de esta persona, así como del partido que preside no siguen las vías democráticas para lograr sus fines políticos y por lo tanto, deben ser disueltos y eliminados de la clase política⁴¹⁶. En este caso, la Corte Europea de Derechos Humanos consideró que las declaraciones de Mehdi Zana no eran suficientes para considerar que se estaba incitando a la violencia, de ahí que determinó que había violación a los derechos políticos de su partido político y de él mismo⁴¹⁷.

B. El caso de Batasuna en el País Vasco

Sin embargo, el caso más reciente y quizás conocido, es el del partido vasco *Batasuna* y su disolución a cargo del Tribunal Supremo español. De acuerdo con el artículo 9.2 c) de la Ley de Partidos Políticos, un partido debe ser considerado ilegal si tiene conexiones con grupos o actividades terroristas⁴¹⁸, y por lo tanto debe disolverse siguiendo el artículo 10.2

⁴¹⁵ *Ibidem* (Caso Refah Partisi v. Turquía), párrafo 53.

⁴¹⁶ *Cfr.* Caso *Zana v. Turquía*, Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia de 25 de noviembre de 1997, párrafo 50; de igual forma la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que no se puede imponer restricciones a los derechos políticos de un partido político por pensar o profesar una u otra ideología pero, “[...] un partido político cuyos líderes inciten el recurso de la violencia, o propongan una política que no cumpla con las reglas de la democracia, [...] no puede reclamar la protección del Convenio [Europeo de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales] en contra de las sanciones impuestas por esas razones”, *en* Caso Refah Partisi v. Turquía, *supra* nota 82, párrafo 47.

⁴¹⁷ Mehdi Zana, miembro del Partido Laborista de Kurdistán (PKK), declaró que “(y)o apoyo al PKK aunque no estoy a favor de las masacres que comete. Cualquiera puede cometer errores y el PKK mata mujeres y niños por error”. La Corte Europea de Derechos Humanos no consideró que esta declaración constituyera en acto de apoyo a la violencia terrorista, *en Ibidem* (Caso *Zana v. Turquía*), párrafo 3 de la Parte Resolutiva.

⁴¹⁸ El artículo 9.2 c) de la Ley de Partidos Políticos, publicado en el *B.O.E.* el 28 de mayo de 2002, dispone textualmente que:

c) de la ley en comento. Ahora bien, ¿por qué se le aplicó la Ley de Partidos Políticos a *Batasuna*? El partido político *Batasuna* y en general todo el movimiento separatista vasco tiene su origen en la década de 1950, cuando un grupo de jóvenes vascos decidieron formar la *ETA*, fundada en cuatro principios fundamentales, a saber: *i*) la defensa del *euskera* como el idioma oficial del País Vasco; *ii*) el etnocentrismo; *ii*) el antiespañolismo; y *iii*) la independencia territorial reclamados por los vascos tanto en España como en Francia⁴¹⁹. *ETA* inició actividades terroristas en 1961 en un intento fallido de descarrilar un tren de voluntarios franquistas en la región norte vasca de San Sebastián.

Sin embargo, el primer brazo político que *ETA* formó fue hasta 1978 con la fundación de *Herri Batasuna* que pronto se convirtió en el principal operador político de esta organización terrorista. Durante los veinte años de existencia de *Herri Batasuna*, los nexos con *ETA* siempre fueron constantes, lo que llevó al Juez de la Audiencia Nacional Baltasar Garzón a disolver este partido político en 1998⁴²⁰. Pocos meses después, los grupos sobrevivientes se reunieron para fundar una nueva organización política denominada *Euskal Herritarrok*, persiguiendo los mismo ideales que había dejado *Herri Batasuna*. Este nuevo partido político vinculado también con *ETA* mantuvo su vigencia hasta las elecciones de mayo de 2001, en donde obtuvo el peor resultado de la historia no sólo de este nuevo partido, sino desde la creación misma de su antecesor *Herri Batasuna*. Como consecuencia a esta debacle, el principal brazo político de *ETA* sufrió una reorganización en su estructura interna, redenominándose *Batasuna*, el cual operó hasta 2003 en el que el Tribunal

“2. Un partido político será declarado ilegal cuando su actividad vulnere los principios democráticos, particularmente cuando con la misma persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático, mediante alguna de las siguientes conductas, realizadas de forma reiterada y grave:

[...]

c) Complementar y apoyar políticamente la acción de organizaciones terroristas para la consecución de sus fines de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, tratando de someter a un clima de terror a los poderes públicos, a determinadas personas o grupos de la sociedad o a la población en general, o contribuir a multiplicar los efectos de la violencia terrorista y del miedo y la intimidación generada por la misma”.

⁴¹⁹ Cfr. REINARES Fernando, “Terrorismo Global”, Taurus, Barcelona, 2003, páginas 23-26.

⁴²⁰ Cfr. CALLEJA José María, “Arriba Euskadi”, Booket, Madrid, 2001, página 33.

Supremo español decidió aplicar los artículos 9.2 c) y 10.2 c) de la Ley de Partidos Políticos y proceder a la disolución de *Batasuna*⁴²¹.

La disolución de *Batasuna* se llevó a cabo de forma secuencial. En 2002 el Juez Baltasar Garzón, quien ya había participado en la disolución de *Herri Batasuna*, promovió en primer lugar una medida provisional para congelar las actividades y los activos financieros de *Batasuna*, con miras a obstaculizar su participación en las elecciones autonómicas de mayo de 2003. Dicha suspensión temporal permitió que se tramitara el tema de la disolución de este partido político ante el Tribunal Supremo español. Así, el 27 de marzo de 2003, el máximo órgano judicial determinó la ilegalidad de *Batasuna* y su consecuente proscripción⁴²².

Ahora bien, aún cuando el caso de *Batasuna* no sido objeto de decisión por parte de la Corte Europea de Derechos Humanos, los criterios que este tribunal regional ofreció en los diversos casos de los partidos políticos en contra de Turquía son igualmente aplicables a *Batasuna*. Así, si este partido desdeña las vías democráticas para utilizar la violencia como medio para lograr los fines políticos, además de profesar la separación del territorio español a través de vías bélicas u hostiles, su disolución resulta plenamente procedente sin que con ello se violente algún derecho reconocido por la Constitución española o por el propio CEDH⁴²³.

Quedan claros entonces los criterios sobre los que deben girar próximas disoluciones de partidos políticos en cualquier parte del mundo. El carácter político del terrorismo, analizado en el Capítulo III, hace difícil la proscripción de partidos pues para lo que uno es violencia ilegítima, para otro puede ser el ejercicio del derecho de autodeterminación. Por ello, la disolución de partidos políticos no debe regirse por ninguna valoración ideológica,

⁴²¹ Cfr. SAWYER Catherine A., “Rejection of Weimarian Politics or Betrayal of Democracy? Spain’s Proscription of Batansuna under the European Convention of Human Rights”, *American University Law Review*, 52 Am. U.L. Rev. 1531, página 1546.

⁴²² El primer punto resolutorio de la Sentencia de la Sala Especial del Tribunal Supremo determina que, “(d)eclaremos la ilegalidad de los partidos políticos demandados, esto es, de HERRI BATASUNA, de EUSKAL HERRITARROK y de BATASUNA”, en Sentencia de 27 de marzo de 2003 sobre el Recurso 6/2002, en relación con la Ilegalización de los Partidos Políticos de *Herri Batasuna*, *Euskal Herritarrok* y *Batasuna*.

⁴²³ Miembros de *Batasuna* constantemente han sido aprehendidos por incitar al terrorismo y a la separación del País Vasco de España. Como ejemplo, recientemente el antiguo vocero de este partido y aún parlamentario Arnaldo Otegi fue liberado después de pagar una fianza tras ser detenido por incitar a actos violentos ocurridos durante la jornada de huelga convocada el 9 de marzo de 2006 en el País Vasco y Navarra, en “Otegi, Petrikorena y Olano salen de la cárcel”, ABC, Madrid, 7 de abril de 2006, página A13.

sino exclusivamente sobre la necesidad de que tal medida tienda al interés de toda la sociedad y sea estrictamente proporcional. De otra forma seguramente existirá violación al derecho humano a la asociación política.

9. Derecho a la propiedad

Las leyes antiterroristas en su mayoría, contienen disposiciones relativas a las propiedades de los presuntos terroristas. Además existen tratados internacionales específicos que abordan el combate a la financiación, así como el aseguramiento de los bienes de grupos y personas acusadas de terrorismo⁴²⁴. La misma resolución 1373 del Consejo de Seguridad de la ONU, la cual obliga a los Estados a adoptar medidas inmediatas contra el terrorismo, ordena a los miembros de esta organización internacional a congelar todos los activos que sean propiedad de personas o grupos que cometan o intenten cometer actos terroristas⁴²⁵.

La *USA PATRIOT Act 2001* amplió la autoridad de la Secretaría del Tesoro para regular actividades de las instituciones financieras norteamericanas y, muy en especial, sus relaciones con personas y entidades extranjeras⁴²⁶. Asimismo, la sección 806 autoriza el decomiso de bienes de “[...] cualquier individuo, entidad u organización involucrada en la planeación o comisión de actos de terrorismo interno o internacional”. Cabe señalar que el decomiso de bienes y activos financieros se lleva a cabo sin juicio previo, y sin ni siquiera notificársele a la persona que existe una investigación sobre ella, enterándose hasta el momento en que se ha de proceder al decomiso de dichos bienes y activos⁴²⁷.

⁴²⁴ Ejemplo de ello se tiene el reciente Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 9 de diciembre de 1999, el cual entró en vigor el 10 de abril de 2002.

⁴²⁵ La intención primordial de la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de la ONU fue bloquear todo tipo de operación financiera de las personas y grupos terroristas. En lo que se refiere al congelamiento de los bienes de los terroristas, el artículo 1 (c) dispuso que:

“Congelen sin dilación los fondos y demás activos financieros o recursos económicos de las personas que cometan, o intenten cometer, actos de terrorismo o participen en ellos o faciliten su comisión; de las entidades de propiedad o bajo el control, directos o indirectos, de esas personas, y de las personas y entidades que actúen en nombre de esas personas y entidades o bajo sus órdenes, inclusive los fondos obtenidos o derivados de los bienes de propiedad o bajo el control, directos o indirectos, de esas personas y de las personas y entidades asociadas con ellos;”

⁴²⁶ *Cfr.* DOYLE Charles, “The USA Patriot Act: a Sketch”, Biblioteca del Congreso, Washington D.C., 18 de Abril de 2002, página 3.

⁴²⁷ *Cfr.* FENNELL Drew, “The USA PATRIOT Act: Can We Be Both Safe and Free”, Delaware Lawyer., 21 Delaware Lawyer 10, verano 2003, páginas 10-11.

Igualmente, ya se ha mencionado el procedimiento de las listas de organizaciones terroristas internacionales que llevan a cabo tanto la *AEDPA 1996* estadounidense y el Reglamento 2580/2001 de la Unión Europea⁴²⁸. En ambas leyes la actualización de dicha lista se produce con la intención de congelar los activos financieros y patrimoniales propiedad de esas organizaciones⁴²⁹.

Por su parte, en el Reino Unido las secciones 24 a 31 de la *Terrorist Act 2000* regulan el aseguramiento de dinero de organizaciones dedicadas al terrorismo. Esta ley prevé un recurso para impugnar tal acción, el cual sí procede, se le devuelve al reclamante con los intereses generados a los reclamantes⁴³⁰. España también contempla mecanismos para combatir la financiación y aseguramiento de bienes destinados a actos terroristas. Para ello, se ha creado la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo, el cual decide sobre qué bienes deben ser objeto de aseguramiento y anteriormente sus resoluciones no podían ser anuladas, en virtud de que no se contemplaba un recurso de impugnación para ello. No obstante, en mayo de 2003 se reformó la L.O. 4/2003 y se contempló la interposición del recurso contencioso-administrativo para que los afectados del aseguramiento de bienes, pudieran reclamar por alguna vía tal decisión⁴³¹.

España también prevé la posibilidad de decomisar bienes de partidos políticos vinculados con el terrorismo. En efecto, de acuerdo con la Ley de Partidos Políticos, una vez que la autoridad judicial determina la disolución de un partido político, por cualquiera de las causales entre ellas aquella relativa a la vinculación con actividades terroristas, se procede a

⁴²⁸ Las medidas que el Reglamento 2580/2001 impone se encuentran previstas en el artículo 2, el cual reza que:

“2.1. Excepto en los casos autorizados en los artículos 5 y 6,

a) se congelarán todos los fondos, otros activos financieros y recursos económicos cuya propiedad, pertenencia o tenencia la ostente una persona física o jurídica, grupo o entidad incluidos en la lista contemplada en el apartado 3 del artículo 2,

b) no se pondrán fondos, otros activos financieros ni recursos económicos a disposición de las personas físicas o jurídicas, grupos o entidades enumerados en la lista contemplada en el apartado 3 del artículo 2, directa o indirectamente, ni se utilizarán en su beneficio.

2.2 Excepto en los casos autorizados en los artículos 5 y 6, estará prohibido prestar servicios financieros a las personas físicas o jurídicas, grupos o entidades enumerados en la lista contemplada en el apartado 3 del artículo 2, o en su beneficio”.

⁴²⁹ Particularmente, la determinación de un organización internacional como terrorista de acuerdo con *AEDPA 1996*, conlleva la suspensión de la exención fiscal de que puedan llegar a gozar, así como el decomiso de los bienes de la organización, *en* PERRY Nicholas J., “The Numerous Federal Legal Definitions of Terrorism: The Problem of Too Many Grails”, *Journal of Legislation*, 30 J. Legis. 249, página 264.

⁴³⁰ *Cfr.* BINGLINO Irene, *supra* nota 71, página 30.

⁴³¹ *Cfr.* Artículo 2 de la Ley Orgánica 4/2003.

la “[...] la apertura de un proceso de liquidación patrimonial, llevado a cabo por tres liquidadores designados por la Sala sentenciadora. El patrimonio neto resultante se destinará por el Tesoro a actividades de interés social o humanitario”⁴³².

En muchas otras leyes antiterroristas se encuentran figuras como el decomiso o la liquidación de los bienes de terroristas y, si bien no hay duda de que el combate a la financiación del terrorismo es fundamental para erradicar este terrible mal, no se debe poner en riesgo derechos humanos como la propiedad, por lo que toda decisión del Estado para restringirlos debe estar fundada en razones totalmente justificadas y proporcionales, pues de lo contrario habrá una violación flagrante al derecho a la propiedad, previsto en la gran mayoría de los instrumentos internacionales⁴³³. Lamentablemente aún no existe apoyo jurisprudencial que ofrezca elementos jurídicos sobre la probable violación a la propiedad; sin embargo, en la lucha antiterrorista la propiedad es un derecho que se afecta de manera accesoria a otros, de tal forma que si existe violación del derecho principal, deberá haber igualmente contravención también el derecho a la propiedad como en su calidad de accesorio.

⁴³² Artículo 12.1 c) de la Ley de Partidos Políticos.

⁴³³ Curiosamente el único tratado internacional universal y general como lo es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no contiene al derecho a la propiedad debido a las pugnas que en 1966, año en que se redactó, se suscitaron dentro de la Asamblea General de las Naciones Unidas entre las representaciones de Estados Unidos de América como defensor del derecho a la propiedad privada y la U.R.S.S. como impulsor del derecho a la propiedad colectiva.

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL ACCESO A LA JUSTICIA ANTE LAS LEYES ANTITERRORISTAS

Aún cuando los Estados suelen presumir que sus textos constitucionales protegen toda la gama de derechos y libertades fundamentales aún en tiempos de emergencia terrorista, de nada serviría si no se respetan paralelamente las garantías suficientes para hacer valer dichos derechos y libertades ante las autoridades judiciales y administrativas, cuando aquéllos fuesen violados. El contenido de los derechos y libertades entonces se vuelve nugatorio cuando el aparato estatal no organiza sus instituciones para que a través de ellas se restituya a los afectados en el goce de sus derechos violados.

Entre las garantías que todo sistema jurídico debe garantizar es en primer lugar, un *corpus iuris* perfectamente delimitado que garantice seguridad jurídica a toda la población, siguiendo el principio de legalidad; además el Estado debe prever recursos legales eficaces para los afectados por las leyes antiterroristas; así también la organización estatal debe proveer de tribunales prestos para que puedan operar los recursos legales; y finalmente, ya que se tiene un orden legal, un recurso judicial y un tribunal, el Estado debe garantizar además los derechos procesales para que las víctimas no resulten privadas de obtener una resolución favorable.

1. El principio de legalidad

La definición de terrorismo es una parte fundamental de toda ley antiterrorista; sin embargo, en el Derecho Penal e Internacional éste ha sido uno de los aspectos más discutidos y tal como se ha estudiado en el Capítulo III, en la actualidad no hay un consenso en lo que se debe entender universalmente por terrorismo. Los intentos de tipificar una serie de conductas bajo este término han supuesto una contraposición de intereses y valores, paralizando en muchas ocasiones los esfuerzos de sancionar este delito en la esfera internacional, cuestión que ha dejado sin definición los tratados y convenciones

regionales e internacionales que actualmente versan sobre la materia⁴³⁴. Pero, ¿qué incidencia puede tener la falta de una definición universalmente aceptada del terrorismo en relación con la protección de los derechos humanos? La definición es fundamental pues de su claridad dependerá la legitimidad y legalidad de una ley antiterrorista y si por el contrario se tiene un concepto ambiguo, la ley podría dejar en una situación francamente de incertidumbre jurídica a los gobernados. Además si se considera que el principio de legalidad por si mismo es un derecho humano consagrado por los textos regionales e internacionales, una mala definición de terrorismo podría acarrear la responsabilidad internacional por la violación del derecho humano a la legalidad⁴³⁵.

El principio de legalidad establece que a nadie puede imponérsele una carga, obligación o una sanción sino se encuentra previamente establecida en una ley. Este principio es fundamental para todo sistema democrático, pues permite al individuo actuar dentro de una esfera objetiva sin el temor de ser sancionado por algo que él no conoce, de donde deriva la frase “para el gobernado, lo que no está prohibido, está permitido” y “para la autoridad, lo que no está expresamente permitido, está prohibido”. Empero, en materia penal no basta que un delito se encuentre previsto en una ley sino que además, su definición debe ser clara y el supuesto jurídico exactamente aplicable a la conducta que se pretende sancionar.

En cuanto se refiere a la descripción típica del terrorismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha abordado ampliamente el principio de legalidad en las leyes antiterroristas, particularmente respecto de los Decretos Ley 25.475 y 25.659 del Perú, en el que analizó la compatibilidad de las definiciones típicas de este delito en relación con el artículo 9 de la CADH. En efecto, este tribunal regional ha señalado recurrentemente que:

[...] en la elaboración de tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al

⁴³⁴ Para citar un ejemplo, baste señalar la Conferencia de Roma de julio de 1998, en la cual por no llegar a un acuerdo sobre el concepto de “terrorismo”, este delito no fue incluido dentro de la gama de crímenes internacionales que actualmente son competencia de la Corte Penal Internacional. También ha sido abordado en el Capítulo I de este trabajo cómo la Convención Interamericana contra el Terrorismo solamente describe como terrorismo los actos que otras convenciones señalan, sin animarse a ofrecer una definición propia sobre este concepto.

Por su parte, las Naciones Unidas mantienen detenida su Convención contra el Terrorismo en virtud de que los Estados no se logran poner de acuerdo en un concepto de “terrorismo”. Para ahondar más en esto se recomienda: “Informe del Comité *ad hoc* constituido por resolución 51/510 de la Asamblea General”, 17 de diciembre de 1996, quinta sesión (12 a 23 de febrero de 2001) UN Doc. A/56/37, párrafos 5 a 22.

⁴³⁵ El principio de legalidad, como derecho humano, se encuentre previsto en el artículo 9 de la CADH; el artículo 7 del CEDH; el artículo 15 del PIDCP; y el artículo 7 de la CADHP.

*principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta indiscriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales*⁴³⁶.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos arguyó que los Decretos Ley 25.659 relativo al delito de traición a la patria y, 25.475 correspondiente al delito de terrorismo⁴³⁷, se referían “[...] a conductas no estrictamente delimitadas por lo que podrían ser comprendidas indistintamente dentro de un delito como en otro [...]”⁴³⁸. Con esta ambigüedad, una determinada conducta podría ser ubicada en dos tipos penales distintos⁴³⁹. Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos encontró que los delitos establecidos en el artículo 4 (colaboración con el terrorismo) y, 5 (afiliación a organizaciones terroristas) del Decreto Ley 25.475 “[...] son tipos penales que por sus características son excluyentes e incompatibles entre sí”⁴⁴⁰.

⁴³⁶ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha conocido en cinco casos distintos sobre los Decretos Ley 25.475 y 25.659 en los que desde el primero de ellos, el caso Loayza Tamayo, señaló que: “(a)mbos decretos-leyes (25.475 y 25.659) se refieren a conductas no estrictamente delimitadas por lo que podrían ser comprendidas indistintamente dentro de un delito como de otro, según los criterios del Ministerio Público y de los jueces respectivos y [...] de la ‘propia policía (DINCOTE)’”, en Caso Loayza Tamayo Corte IDH, Sentencia de 17 de septiembre de 1997, Serie C, No. 33, párrafo 68; Caso Castillo Petruzzi y otros, Corte IDH, Sentencia 30 de mayo de 1999, Serie C, No. 53, párrafo 119; Caso Cantoral Benavides, Corte IDH, Sentencia de 18 de noviembre de 2000, Serie C. No. 69, párrafo 153.

En casos fallados recientemente en noviembre de 2004, la Corte Interamericana ha sostenido el mismo criterio frente a los Decretos Ley 25475 y 25659, en el sentido de que:

“En casos anteriores la Corte ha considerado que las definiciones de los delitos de terrorismo y traición a la patria utilizaban expresiones comunes a ambos tipos, idénticas o coincidentes en relación con las conductas típicas, los elementos con los que se realizaban, los objetos o bienes contra los cuales iban dirigidas y los efectos que tenían sobre el conglomerado social. Esto descaracterizaba la traición a la patria y acercaba esta figura delictiva a la de terrorismo, hasta el punto de asimilarla con ella”, en Caso Lori Berenson y Mejía, Corte IDH, Sentencia de 18 de noviembre de 2004, Serie C, No. 119, párrafo 117.

⁴³⁷ Estos decretos fueron declarados inconstitucionales recientemente por el Tribunal Inconstitucional, por lo que en actualidad han dejado de tener vigencia.

⁴³⁸ Caso Loayza Tamayo, *supra* nota 3, párrafo 68.

⁴³⁹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos encontró que la determinación de un delito u otro en la legislación antiterrorista peruana era fundamental pues, “(l)a existencia de elementos comunes y la imprecisión en el deslinde entre ambos tipos penales afecta la situación jurídica de los inculcados en diversos aspectos: la sanción aplicable, el tribunal del conocimiento y el proceso correspondiente”, en Caso Castillo Petruzzi y otros *supra* nota 3, párrafo 119; Caso Cantoral Benavides, *supra* nota 3, párrafo 156; Caso Lori Berenson y Mejía, *supra* nota 3, párrafo 119.

⁴⁴⁰ Así también la Corte Interamericana de Derechos Humanos estimó que:

“Calificar una conducta con ambos tipos penales, colaboración con el terrorismo y afiliación a organizaciones terroristas establecidos en los artículos 4 y 5 del Decreto Ley No. 25.475, respectivamente, es incompatible con el principio de legalidad establecido en la Convención, por tratarse de tipos penales excluyentes e incompatibles entre sí”, en Caso García Asto y Ramírez Rojas, Corte IDH, Sentencia de 25 de noviembre de 2005, Serie A, número, párrafos 199 y siguientes.

Por su parte, ha existido controversia entre distintos órganos jurisdiccionales y cuasijurisdiccionales de protectores de derechos humanos en relación con la definición del delito de terrorismo, contenida en el artículo 2 del Decreto Ley 25.475⁴⁴¹. En este orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su reciente Caso García Asto y Ramírez Rojas destacó que no violaba el principio de legalidad puesto que, “[...] dicho tipo penal fija los elementos de las conductas incriminadas, permite deslindarlas de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales y no contraviene otras normas de la Convención Americana”⁴⁴². En igual sentido, el Tribunal Constitucional del Perú, en la sentencia de 3 enero de 2003 que será comentada en el Capítulo VII, que, “[...] la formulación subsistente del tipo penal contemplado en el artículo 2 del Decreto Ley 25.475, no afecta tampoco al principio de reserva legal, ni su aplicación para casos pasados, constituye una infracción del principio de ireroactividad de la ley o, acaso, al propio principio de legalidad penal”⁴⁴³.

Otros órganos supranacionales sin embargo, se han manifestado en contra de la compatibilidad del artículo 2 del Decreto Ley 25.475 en comparación a los estándares internacionales que rigen al principio de legalidad. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su calidad de órgano promotor de los derechos humanos de la OEA, consideró que el artículo 2 del Decreto Ley 25.475 estaba redactado en términos muy amplios y por lo tanto, la imprecisión generada violaba el principio de legalidad previsto en el artículo 9 de la CADH⁴⁴⁴. En apoyo a este criterio, el Comité de Derechos Humanos de

⁴⁴¹ El texto del artículo 2 del Decreto Ley 25.475 prescribe que:

“El que provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella, realiza actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personales o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio, empleando armamentos, materias o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años”.

⁴⁴² Caso Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos, Tribunal Constitucional de la República de Perú, Sentencia de 3 de enero de 2003, párrafo 194.

⁴⁴³ *Ibidem.*

⁴⁴⁴ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ratificó entonces:

“Las consideraciones efectuadas en su Informe de 1993 sobre la situación general de los derechos humanos en Perú, respecto a la falta de determinación del tipo penal relacionado con el terrorismo, pues los actos que constituyen delito de terrorismo están definidos y descritos en el artículo 2 del Decreto Ley N° 25475 con notoria imprecisión, a través de términos muy amplios, con lo cual se crean tipos penales abiertos que usan términos muy difusos, ‘contrariamente a lo que constituye un principio fundamental de los sistemas

la ONU se dio a la tarea de revisar la compatibilidad de la legislación antiterrorista peruana al tenor del PIDCP y, particularmente a lo que se refiere al artículo 2 del Decreto Ley 25.475, el Comité de Derechos Humanos declaró igualmente que dicho precepto debe ser derogado en virtud de que es contrario al artículo 15 del PIDCP⁴⁴⁵.

De esta manera, la discusión sobre la compatibilidad de la definición típica del terrorismo en el artículo 2 del Decreto Ley 25.475 en relación con los márgenes internacionales, interamericanos y constitucionales sobre el principio de legalidad, ha dejado a su paso opiniones divididas. Por un lado, dos órganos de carácter jurisdiccional, uno interamericano y otro constitucional, consideran que la definición típica de terrorismo es compatible con el principio de legalidad. Empero otros dos órganos cuasijurisdiccionales, uno interamericano y otro internacional, han declarado incompatible el artículo 2 del Decreto Ley 25.475, con la CADH y el PIDCP, respectivamente. No existe consenso entonces sobre la definición típica del terrorismo en lo que fue, y en algunas de sus partes, sigue siendo la legislación antiterrorista peruana. Por lo demás, no cabe duda que la semejanza entre otros delitos conexos al terrorismo provoca en la población un sentimiento de inseguridad jurídica, tal como se ha comentado entre el terrorismo con la traición a la patria por una parte, y los de colaboración con el terrorismo y afiliación a organizaciones terroristas por otro.

Con estos paradigmáticos casos contra Perú, además de otros sustanciados ante la Corte Europea de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones

penales modernos que utilizan términos rígidos para describir la conducta prohibida, a fin de limitar al máximo la discrecionalidad del intérprete", en "Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Perú", CIDH, 2 de junio de 2000, párrafo 81.

Ya en su Informe sobre la situación de los derechos humanos en Perú, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos había denunciado la incompatibilidad de la definición típica del terrorismo prevista en el artículo 2 del Decreto Ley 25475 con el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Al respecto este órgano interamericano señaló que, "[...] contrariamente a lo que constituye un principio fundamental de los sistemas penales modernos que utilizan términos rígidos para describir la conducta prohibida, a fin de limitar al máximo la discrecionalidad del intérprete", en "Informe Anual 1993", CIDH, 1993, Capítulo IVf.

⁴⁴⁵ El Comité de Derechos Humanos de la ONU se refirió a la descripción típica de terrorismo adoptado por el artículo 2 del Decreto Ley 25.475 estimando que:

"Los Decretos Legislativos N° 921 a 927 adoptados a raíz de este mandato no han conllevado un cambio sustancial en el marco normativo, dado que no han reemplazado la legislación inconstitucional existente, sino que la han complementado en algunos aspectos y modificado en otros. Así pues, no toda la legislación antiterrorista anterior ha sido derogada. En concreto, sigue vigente el Decreto Ley 25475, cuyo artículo 2 mantiene el tipo penal básico del delito de terrorismo", en "Dictamen del Comité de Derechos Humanos emitido a tenor del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos", CCPR/C/85/D/1125/2002, 85° período de Sesiones, 11 de noviembre de 2005, párrafo 5.2.

Unidas⁴⁴⁶, se puede observar que el sólo establecimiento formal del tipo de terrorismo en las leyes que busquen su combate, no basta para que se cumpla con el principio de legalidad, sino que además debe definirse de tal manera que no quede duda sobre la conducta que pretende castigar y así, no confundirse con otros tipos penales.

2. El Derecho a un recurso legal

El acceso a un recurso legal es una garantía básica de la que deben gozar los individuos para poder reclamar de la autoridad generalmente judicial, el respecto a sus derechos y libertades fundamentales. Empero, no basta la existencia formal de un recurso para que los Estados cumplan con su obligación de garantizar este derecho, sino que además tal recurso debe ser breve y sencillo⁴⁴⁷, adecuado y efectivo⁴⁴⁸. En nuestros países latinoamericanos el recurso o juicio extraordinario que cumple con estas características es el Amparo, o conocido en otros países como Acción de Tutela⁴⁴⁹, *Habeas Corpus*, *Habeas Data* o Acción de Garantías.

A pesar de su muy noble función, el acceso a un recurso breve y sencillo, adecuado y efectivo, ha sido restringido y en muchas ocasiones hasta negado por las leyes antiterroristas. El derecho a un recurso legal permite al individuo denunciar los posibles abusos de la autoridad y por consecuencia recuperar el ejercicio del derecho sustantivo

⁴⁴⁶ Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de la ONU en un caso contra Egipto en 1993, expresó su preocupación de que en la legislación antiterrorista que aquel país había promulgado ese año “la definición de terrorismo contenida en esa ley era tan amplia que conlleva un amplio margen de actos de distinta gravedad”, en “Comments on Egypt”, Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.23 (1993), párrafo 8.

⁴⁴⁷ El artículo 25.1 de la CADH impone a los Estados la obligación de que:

“ Toda persona [tenga] derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

⁴⁴⁸ Desde los primeros casos sustanciados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, este tribunal destacó además que el recurso al que se refiere el artículo 25.1 de la CADH debe ser adecuado, entendiéndose por ello que, “[...] sea idónea para proteger la situación jurídica infringida”. También, el recurso debe ser efectivo, es decir, que sea “[...] capaz de producir el resultado para el cual ha sido convencido”, en Caso Velásquez Rodríguez, Corte IDH, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie A, No. 4, párrafos 64-66; además, Caso Godínez Cruz, Corte IDH, Sentencia de 20 de enero de 1989, Serie A, No. 5, párrafos 67-69.

⁴⁴⁹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos desentrañó el artículo 25.1 de la CADH, concluyendo que este artículo:

“Es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, entendido como el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y leyes de los Estados Partes y por la Convención”, en Opinión Consultiva OC-8/87 “El Habeas Corpus bajo Suspensión de Garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, Corte IDH, 30 de enero de 1987, Serie A, No. 9, párrafo 32.

violado, cuestión que en la lucha contra el terrorismo muchas veces no conviene a los oficiales administrativos. Por ejemplo, el régimen fujimorista fue implacable en denegar el acceso a un recurso legal a los inculpados de los delitos de terrorismo y de traición a la patria, tal como lo estableció en el artículo 6 del Decreto Ley 25.659 que en su texto ordenaba que, “(e)n ninguna de las etapas de la investigación policial y del proceso penal proceden las Acciones de Garantía de los detenidos, implicados o procesados por delito de terrorismo, comprendidos en el Decreto Ley N° 25475, ni contra lo dispuesto en el presente Decreto Ley”.

Al mencionar la no procedencia de las Acciones de Garantías, el artículo 6 del Decreto Ley 25.659 se refirió al Amparo, al *Habeas Corpus* y al *Habeas Data* que tal como el Tribunal Constitucional lo ha mencionado “[...] constituyen la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales”⁴⁵⁰. Con esto, la legislación antiterrorista peruana negó total acceso a algún recurso legal para reclamar cualquier violación a los derechos de los inculpados y procesados por delitos de terrorismo o de traición a la patria. Bastaba que un sujeto se encontrara bajo investigación y proceso por esta clase de delitos para que no pudiera acudir a la justicia en búsqueda la protección de sus derechos y libertades violadas. Afortunadamente, el artículo 6 del Decreto Ley 25.659 fue reformado para ampliar la cobertura del *Habeas Corpus* también para los detenidos, implicados o procesados por delitos de terrorismo o traición a la patria⁴⁵¹. Con esto, se dejó sin efectos una de las más agresivas medidas tomadas por el régimen antiterrorista peruano de la década de 1990, pues al no haber la posibilidad de acceder a ningún recurso de garantías, básicamente el Estado estaba negando el ejercicio de cualquier otro derecho o libertad.

Sin embargo, la negación al acceso a un recurso legal más conocido en el contexto antiterrorista es justamente la situación de los prisioneros en la Bahía de Guantánamo, Cuba. En efecto, a consecuencia de la intervención militar de Estados Unidos en Afganistán

⁴⁵⁰ Caso Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos, *supra* nota 9, párrafo 89.

⁴⁵¹ Mediante el artículo 2 de la Ley 26.248 de 25 de noviembre de 1993 se reformó la terrible negación de cualquier Acción de Garantías a los indiciados y procesados por terrorismo o traición a la patria, quedando el artículo 6 del Decreto 25.659 como sigue:

“La Acción de Hábeas Corpus es procedente en los supuestos previstos en el artículo 12 de la Ley N° 23506, en favor de los detenidos, implicados o procesados por los delitos de Terrorismo o Traición la Patria, debiendo observarse las siguientes normas de procedimientos:

1) El Juez Penal Especializado de Terrorismo es competente para conocer la Acción de Hábeas Corpus, en su defecto, es competente el Juez Penal ordinario”.

en 2001, más de seiscientos detenidos fueron trasladados a la base naval que este país norteamericano tiene “arrendado” a Cuba desde principios del siglo XX. Al ser capturadas estas personas en el marco de una confrontación bélica aprobada por el Consejo de Seguridad de la ONU, lo más normal sería suponer que los detenidos recibirían el trato que para ello prescribe el Derecho Internacional Humanitario, más aún que Estados Unidos es parte de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949. Sin embargo, desde principios de 2002 en que fueron confinados en la base naval de la Bahía de Guantánamo, no ha habido juicio o procedimiento alguno que determine cuál es verdaderamente la situación jurídica de cada uno de estos detenidos.

Los argumentos para denegar el acceso a un recurso legal son variados, y han sido sostenidos tanto por académicos, como por miembros de la Judicatura, pasando obviamente también por las autoridades administrativas. Tales criterios destacan por su relevancia: *i*) la extraterritorialidad del lugar de aprehensión así como del centro de detención; *ii*) la condición de enemigos combatientes; y *iii*) la situación de no nacionales.

Así, el primer argumento se refiere a la extraterritorialidad del lugar de detención además de que en centro de confinamiento, esto es la Bahía de Guantánamo, se encuentra fuera del territorio estadounidense y por ende, fuera de su jurisdicción. Basados en el mítico Caso *Jonson v. Eisentrager*, (en el que se buscó la jurisdicción estadounidense para solicitar un pedido de *Habeas Corpus* sobre veintiún combatientes alemanes juzgados por un tribunal militar en China por crímenes de guerra), los tribunales estadounidenses han negado reiteradamente mantener jurisdicción sobre los detenidos en Guantánamo al afirmar que “la bahía de Guantánamo no es parte del territorio soberano de Estados Unidos”⁴⁵². Según esta posición, los tribunales no pueden tener jurisdicción sobre la bahía de Guantánamo debido a que el tratado de “arrendamiento” entre Estados Unidos y Cuba de 1901, y ampliado en 1934, estableció que la soberanía última sobre esos territorios está reservada a Cuba.

Sobre los detenidos en la base naval de Guantánamo, la Suprema Corte de Justicia estadounidense se ha pronunciado en dos ocasiones. Con motivo del Caso *Rasul v. Bush*

⁴⁵² En tribunales inferiores, el Caso *Rasul* fue desestimado por argumentar no tener jurisdicción sobre la bahía de Guantánamo. En este sentido la Corte distrital señaló sobre los presos en Guantánamo que, “[...] el pedido de *Habeas Corpus* no está disponible para extranjeros detenidos afuera del territorio soberano de Estados Unidos”, en BRADLEY Curtis y Jack Goldsmith, “Congressional Authorization and the War on Terrorism”, *Harvard Law Review*, 118 Harv. L. Rev. 2047, Mayo de 2005, páginas 2048-2133.

particularmente, el máximo tribunal de aquel país desestimó la semejanza entre los presos en la bahía de Guantánamo con el caso *Eisentrager*⁴⁵³. Además, respecto del tema de extraterritorialidad, la Suprema Corte de Justicia defendió su jurisdicción sobre la base naval que Estados Unidos tiene “arrendada” con Cuba⁴⁵⁴, fundamentando su competencia en que en primer lugar, aún cuando no se ejerce soberanía sobre ese territorio, Estados Unidos si tiene “completa jurisdicción y control”, por lo que son aplicables las leyes nacionales de aquel país. La Suprema Corte de Justicia equiparó la “completa jurisdicción y control” que se tiene sobre un territorio “arrendado”, a la que se ejerce sobre aquel donde se ha intervenido militarmente⁴⁵⁵. Con ello, de paso, expresamente declaró tener jurisdicción sobre Irak y Afganistán.

Por su parte, otro argumento por el que se ha negado el acceso a un recurso legal a los detenidos en Guantánamo es que ellos no son nacionales estadounidenses y por lo tanto, no tienen los mismos derechos a acceder a la justicia que sí tendrían los ciudadanos de aquel país fuera de Estados Unidos. Diversas opiniones doctrinales y judiciales han enfatizado que aún cuando aquel país no ejerce jurisdicción sobre la bahía de Guantánamo, tratándose de nacionales estadounidenses los tribunales adquieren jurisdicción sobre la detención de los presos en aquella base naval por estar en juego la libertad de un ciudadano de Estados Unidos; sin embargo, deben de declinar su competencia en relación con los extranjeros. Ante estos argumentos, igualmente la Suprema Corte de Justicia estadounidense ha considerado que el derecho al *Habeas Corpus* como el medio para garantizar el derecho a

⁴⁵³ En primer lugar, la Suprema Corte de Justicia estadounidense señaló en el Caso *Eisentrager* que los peticionarios eran nacionales de países con quienes Estados Unidos estaba en guerra, mientras que los peticionarios en el Caso *Rasul* provenían de países distintos a los enemigos; en segundo término y más importante, la petición en el Caso *Eisentrager*, los peticionarios habían sido ya juzgados por un tribunal militar, es decir, habían tenido acceso a un recurso, mientras que en el Caso *Rasul*, los peticionarios no habían sido permitidos a acceder a ningún tipo de órgano jurisdiccional que pudiera determinar la legalidad de su detención. Estas razones fueron suficientes para que la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos determinara que no era aplicable el criterio expuesto en el Caso *Eisentrager* a la situación de los presos en Guantánamo, en CARON David y David Sloss, “Availability of U.S. courts to detainees at Guantánamo Bay Naval Base, Reach of *Habeas Corpus*, Executive Power in War on Terror”, *American Journal of International Law*, 98 A.J.I.L. 788, octubre de 2004, página 789.

⁴⁵⁴ La Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos revocó este criterio y reconoció tener competencia *ratione loci* sobre la base naval ubicada al este de la isla de Cuba, en Caso SHAFIQ RASUL, et al., *Petitioners v. GEORGE W. BUSH, PRESIDENT OF THE UNITED STATES, et al. FAWZI KHALID ABDULLAH FAHAD AL ODAH, et al., Petitioners v. UNITED STATES et al.*, Sentencia de 28 de junio de 2004, página 573.

⁴⁵⁵ *Cfr. Ibidem*, página 574.

la libertad, no encuentra restricciones en razón de nacionalidad ni en la Constitución, ni en su estatuto reglamentario⁴⁵⁶.

Cabe señalar que no a todos los extranjeros detenidos en Guantánamo se les ha negado el acceso a un de recurso legal, sino únicamente a los nacionales de los países “amigos” de Estados Unidos, pues algunos detenidos de origen australiano y británico, aunque no se les otorgó precisamente un recurso adecuado y efectivo durante el tiempo en que estuvieron detenidos en la bahía de Guantánamo, han sido entregados recientemente a sus países por ser éstos, Australia y el Reino Unido, aliados tradicionales de la gran potencia estadounidense en prácticamente todas sus escaladas bélicas⁴⁵⁷.

Finalmente, también hay quienes argumentan que los detenidos en Guantánamo son, *de facto*, enemigos combatientes capturados en el marco de la campaña bélica contra el régimen Talibán en Afganistán. Para los partidarios de esta postura, los detenidos en la base naval estadounidense en Cuba no poseen derechos porque precisamente son enemigos de Estados Unidos y lo que se pretende es mantener garantizada la seguridad del país, es decir, bajo el fundamentalismo de la seguridad nacional los tribunales deben renunciar a cualquier jurisdicción sobre los derechos de personas peligrosas para los intereses nacionales de Estados Unidos. Así, aunque se reconoce que puede haber derechos violados, los partidarios de esta posición prefieren eso a dejar en libertad a potenciales amenazas a la seguridad de todo el país.

⁴⁵⁶ Así, en el Caso *Hamdi v. Rumsfeld*, la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos encontró que un ciudadano de ese país detenido en la bahía de Guantánamo tenía derecho a acudir a los tribunales para solicitar *Habeas Corpus*, en Caso YASER ESAM HAMDI y ESAM FOUAD HAMDI como amigo de YASER ESAM HAMDI, v. DONALD H. RUMSFELD, SECRETARY OF DEFENSE, et al., Sentencia de 28 de junio de 2004, páginas 509 y siguientes.

No obstante, la Suprema Corte de Justicia estadounidense también ha determinado que los extranjeros también tienen derecho a reclamar en vía de *Habeas Corpus*, la legalidad de su detención. Así este tribunal ha señalado en el Caso *Rasul v. Bush* que:

“Considerando que el estatuto no hace ninguna distinción entre americanos (*sic*) y extranjeros detenidos bajo custodia federal, no hay razón para pensar que el Congreso intentó que la cobertura geográfica del estatuto variara dependiendo de la ciudadanía del detenido”, en Caso SHAFIQ RASUL, et al., Petitioners v. GEORGE W. BUSH, PRESIDENT OF THE UNITED STATES, et al. FAWZI KHALID ABDULLAH FAHAD AL ODAH, et al., Petitioners v. UNITED STATES, *supra* nota 21, página 574.

⁴⁵⁷ En enero de 2005 cuatro prisioneros británicos y uno de origen australiano fueron repatriados a sus países. Estos países tuvieron que ofrecer garantías a Estados Unidos de que estas personas no representarían más un peligro a su seguridad nacional, en CROOK John R., “Contemporary Practice of the United States Relating to International Law: Five Guantanamo Detainees Released Following Negotiations with United Kingdom and Australia”, *American Journal of International Law*, 99 A.J.I.L. 485, abril 2005, páginas 485-486.

Así, se dice que son combatientes *de facto* porque no hay determinación de ningún tribunal que decida sobre si realmente lo son o no, por lo que sólo se tiene la presunción de que lo son por haber sido detenidos en el contexto de la escalada militar. Aunque si bien no es la primera vez que Estados Unidos ha sido ambiguo en determinar la situación jurídica de los detenidos en intervenciones bélicas⁴⁵⁸, los prisioneros en Guantánamo vienen a constituir uno de los paradigmáticos casos porque no se presenta en una guerra esporádica frente a un país o grupo de países bien definidos, sino que por el contrario cualquier país o cualquier persona pueden ser sospechosos y colocados en la situación en la que ahora se encuentran los detenidos en la base naval al oriente de Cuba. Por dramático que pudiera parecer, cualquier no nacional estadounidense alrededor del mundo es sospechoso de ser terrorista y está expuesto a sufrir el mismo tratamiento del que son objeto los prisioneros en la base militar en Guantánamo.

A todas estas voces, la Suprema Corte de Justicia ha dado sendos reveses en dos únicos casos sustanciados ante ella. En el Caso *Hamdi v. Rumsfeld*, el máximo tribunal estadounidense revocó las decisiones de tribunales inferiores para determinar que el peticionario, un ciudadano de Estados Unidos, tenía derecho al *Habeas Corpus* como el medio de defensa idóneo que la legislación de aquel país prevé para proteger la libertad personal. Así también, en el Caso *Rasul v. Bush*, determinó que los doce kuwaitíes peticionarios tenían igualmente derecho al acceso al *Habeas Corpus* con independencia de que fueran o no ciudadanos estadounidenses. Con ello, la Suprema Corte de Justicia dio marcha atrás a lo que parecía una situación ya aceptada de que los presos en Guantánamo no tenían derecho al acceso a un recurso legal⁴⁵⁹. De igual manera, la decisión de este

⁴⁵⁸ Por ejemplo, a consecuencia de la intervención militar de Estados Unidos en la isla caribeña de Granada, mantuvo detenidos a varios de los miembros de los grupos que depusieron al Presidente Bishop. Su detención llegó a conocimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y al preguntarle a Estados Unidos cuál era la situación de los detenidos, es decir, si “combatientes” o “civiles”, el gobierno estadounidense contestó que, “[...] eran detenidos civiles retenidos brevemente por razones de necesidad militar”. Con esta muy vaga respuesta no dio debida contestación a la pregunta formulada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y solamente evitó determinar la verdadera situación jurídica de los detenidos, en Caso *Coard y otros v. Estados Unidos*, CIDH, 29 de septiembre de 1999, párrafo 32.

⁴⁵⁹ Con motivo de los Casos *Rasul v. Bush*, y *Hamdi v. Rumsfeld*, el profesor estadounidense Ronald Dworkin ha afirmado que:

“La Suprema Corte finalmente, y de manera definitiva, ha rechazado la indignante afirmación del gobierno de Bush de que el Presidente está facultado para encarcelar a las personas que él acuse de tener conexiones terroristas, sin acceso a abogados o al mundo exterior y sin ninguna posibilidad de que la situación sea sujeta a un examen significativo por los tribunales o por otras entidades judiciales”,

tribunal en relación con los detenidos en la campaña militar en Afganistán prevendrá a los prisioneros no solamente a que se estudie la legalidad de su captura y custodia, sino también y quizás más importante, que se proteja a estos individuos de ser torturados o sujetos a cualquier trato vejatorio⁴⁶⁰.

Ante las decisiones de la Suprema Corte de Justicia, la administración Bush trató de evitar que más casos sobre la legalidad de las detenciones de los presos en Guantánamo llegaran a conocimiento de las autoridades judiciales. Para no arriesgarse a recibir similares sentencias, en julio de 2004 el gobierno de Estados Unidos creó un tribunal especial denominado “Tribunal de Revisión sobre el *Status* de los Combatientes”, el cual se creó para determinar la situación jurídica de los presos en Guantánamo, es decir, si eran efectivamente combatientes enemigos y si no lo eran, entonces proceder a su deportación⁴⁶¹. Empero, esta corte especial fue prontamente cuestionada por diversos tribunales de la Judicatura estadounidense que armada de valor por las decisiones de la Suprema Corte de Justicia en los Casos *Hamdi v. Rumsfeld* y *Rasul v. Bush*, han considerado que el Tribunal de Revisión sobre el *Status* de los Combatientes presenta serias deficiencias procesales, las cuales impiden materialmente el acceso a resoluciones favorables pues los peticionarios no tienen ni siquiera la libertad de ofrecer todas las pruebas que crean pertinentes⁴⁶². Por ejemplo, en enero de 2005 el juez del Distrito Judicial de Columbia, Richard Leon, desconoció la efectividad de este tribunal especial en relación con siete casos de detenidos en Guantánamo quienes después de presentar su respectivo recurso ante el Tribunal de Revisión sobre el *Status* de los Combatientes, acudieron a la justicia civil para presentar una petición de *Habeas Corpus*. Ante esta situación, el juez

en DWORKIN Ronald, “Lo que la Corte Verdaderamente Dijo”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2005, página 33.

⁴⁶⁰ Más aún si se considera que la detención prolongada constituye por sí misma una especie de trato inhumano, es decir prohibida absolutamente por los estándares mínimos de derechos humanos, en GATHII James Thuo, “Torture, Extraterritoriality, Terrorism and International Law”, *Albany Law Review*, 67 Alb. L. Rev. 335, 2003, página 335-361.

⁴⁶¹ *Cfr.* “Memorandum for the Secretary of the Navy. Implementation of Combatant Status Review Tribunal Procedure for Enemy Combatants detained at Guantanamo Bay Naval Base, Cuba”, Orden emitida por el Subsecretario de Defensa de Estados Unidos de América el 29 de julio de 2004.

⁴⁶² *Cfr.* CROOK John R., “Contemporary Practice of the United States Relating to International Law: Treatment of U.S. Detainees at Guantanamo Bay”, *American Journal International Law*, 99 A.J.I.L. 261, enero 2005, páginas 261-262.

Richard Leon señaló en su sentencia que “[...] no había ningún medio legal viable” y por lo tanto, la petición de *Habeas Corpus* ante la jurisdicción civil ordinaria debería proceder⁴⁶³.

El tribunal especial creado por Estados Unidos para conocer sobre la legalidad de los prisioneros en la bahía de Guantánamo, parecer haber sido creado más con la finalidad de evadir los criterios de la Suprema Corte de Justicia, que con la intención de efectivamente proveer de un recurso que permitiera a los detenidos impugnar su aprehensión y custodia. En páginas siguientes se regresará a este tribunal como una de las conocidas como “comisiones especiales” pero basta señalar hasta este momento que el recurso de revisión, *ratione materiae* de este tribunal, no cumple con los requisitos de de eficacia e idoneidad que todo recurso legal debe contener.

II. El derecho a contar con un tribunal

Ha quedado establecido que toda persona tiene derecho a que el sistema jurídico prevea la existencia de un recurso que sea adecuado y efectivo para poder reclamar violaciones a sus derechos más elementales. Empero, este recurso legal de nada servirá si no se cuenta también con un tribunal adecuado para que conozca de las peticiones que las probables víctimas hagan llegar a través del recurso previamente establecido por ley. En el marco de la lucha antiterrorista el tema de los tribunales encargados de juzgar asuntos relativos a la aplicación de las legislaciones antiterroristas ha cobrado gran relevancia. De hecho en la experiencia reciente se puede apreciar como se ha dejado a diversos tipos de tribunales la facultad de conocer sobre las leyes que combate al terrorismo en distintos países, de los que se pueden dar cuenta de: *i*) tribunales civiles que en sus funciones de normalidad aplican las legislaciones antiterroristas de la misma manera como si se tratara de cualquier otra ley; *ii*) tribunales militares permanentes; *iii*) comisiones militares especiales; *iv*) tribunales extranjeros; y *v*) tribunales internacionales.

A. Tribunales civiles

⁴⁶³ Cfr. CROOK John R., “Contemporary Practice of the United States Relating to International Law: Conflicting District Court Decisions on Guantanamo Bay Detainees”, *American Journal of International Law*, 99 A.J.I.L. 485, abril 2005, página 485; además, en enero de 2005 otra jueza del Distrito Judicial de Columbia, Joyce Hens Green, determinó que cincuenta y cuatro detenidos en Guantánamo tenían derecho a promover a su favor el recurso de *Habeas Corpus*, en virtud de que el Tribunal para la Revisión del *Status* de Combatientes no otorgaba las garantías procesales mínimas de acuerdo con la Enmienda Catorce de la Constitución de Estados Unidos, sobretodo en lo relativo a la oportunidad de ofrecer pruebas, así como en su valoración, en LEONNIG, Carol D., “Judge Rules Detainee Tribunal Illegal”, *Washington Post*, 1 de febrero de 2005, página A1.

Probablemente los tribunales civiles sean los que por antonomasia, deban ser los indicados para conocer de las leyes antiterroristas, sobretodo si éstas son promulgadas en situaciones de normalidad o de Excepción. La reputación que el Poder Judicial guarda dentro de las sociedades democráticas, permite a jueces y magistrados civiles ser los idóneos para someter a control de constitucionalidad a las leyes antiterroristas. Además, debido a su independencia de otros poderes, los tribunales civiles garantizan que los asuntos sobre la aplicación de leyes antiterroristas se resuelvan sin interferencia de quienes las promulgan y las ejecutan. En definitiva, el conocimiento de las legislaciones antiterroristas por jueces civiles brindará un sentimiento de certidumbre jurídica pues sin desconocer la salvaguarda de la seguridad jurídica, es la Judicatura quien por excelencia tiene la noble función de proteger los derechos fundamentales de los individuos. Así también, los jueces civiles pueden obtener más fácilmente cooperación de otros países a través de los diversos tratados de cooperación judicial y de extradición, pues a comparación de tribunales militares o comisiones especiales, los jueces civiles poseen mayor legitimidad y certidumbre respecto de Judicaturas extranjeras⁴⁶⁴.

No obstante, juzgar a probables terroristas también acarrea serias deficiencias. En primer lugar, por la trascendencia de este delito, los jueces civiles comunes correrían un riesgo mayor en su integridad al juzgar este tipo de criminales. Cabe recordar que salvo casos excepcionales, los terroristas no actúan aislados y aún cuando se procese a un sujeto estando ya previamente aprehendido, otros miembros de su organización terrorista no dudarían en atacar contra ese juez o contra cualquier otro pero con la intención de que tal acto repercuta en el ánimo del juzgador que conoce sobre la causa del presunto terrorista procesado⁴⁶⁵. Para afrontar estas amenazas retaliatorias, diversos Estados han implementado diversas figuras como aquella denominada “jueces sin rostro”, mediante la cual el procesado no conoce la identidad del juzgador en ningún momento. Esta medida también ha sido extendida a testigos y demás participantes del proceso penal, para que ni el

⁴⁶⁴ A estas ventajas debe agregarse el costo que representa establecer por ejemplo, tribunales especiales para crímenes de terrorismo. Mediante su función diaria, los jueces civiles conocerían de asuntos sobre presuntos terroristas, lo cual no debe implicar ningún gasto extraordinario por ese concepto, *en VAGTS* Detlev F. “Which Courts Should Try Persons Accused of Terrorism”, *European Journal of International Law*, EJIL 2003.14(313), abril 2003, páginas 33-35.

⁴⁶⁵ Esto ha llevado a distintos países a incrementar los niveles de protección y seguridad a los miembros de la Judicatura, *en Ibidem*, página 32.

procesado ni la gente que está involucrada en su defensa puedan conocer a esas personas y por lo tanto, atentar contra ellas⁴⁶⁶. Así, utilizar tribunales civiles para conocer de delitos terroristas con jueces sin rostro, más que generar certidumbre jurídica, crearía un clima de inseguridad entre los propios procesados, sus defensores y sus familiares, pues al hablar de terrorismo, no se piense solamente en las grandes mafias internacionales como *Al Qaeda*, *Jihad Islámica* o *Hezbollah*, sino también en pequeños grupos que realizan operaciones violentas y que bajo las amplias y vagas definiciones legales de terrorismo, encuadran en ellas, pero que probablemente en realidad no sean terroristas. Para ellos, la posibilidad de defensa se vuelve nugatoria al no poder acceder al conocimiento de la identidad del juez y los testigos y con ello, no poderlos refutar.

Otro problema que deviene de juzgar a acusados de terrorismo a través de tribunales civiles es el retraso que implica someter estos crímenes a la intensa carga procesal que de por sí los tribunales ya tienen. Por el contrario, mediante tribunales militares o especiales, los juicios penales contra probables terroristas correrían con mayor celeridad puesto que la carga procesal es obviamente mucho menor. El caso de Zacarías Moussaoui, quien fuera detenido días antes de los atentados del 11 de septiembre del 2001, es significativo de este retraso en tribunales civiles, pues a más de cuatro años apenas ha sido condenado con cadena perpetua por los tribunales del Primer Distrito Judicial estadounidense en Alexandria, Virginia⁴⁶⁷.

El enjuiciamiento de probables terroristas por tribunales civiles es quizás la forma más deseable, aunque no se deben dejar de lado las grandes desventajas que ello también

⁴⁶⁶ Durante la década de los noventa en Colombia fue recurrente la práctica de los jueces sin rostro para juzgar a terroristas, miembros de la guerrilla y narcotraficantes. Es de recordar la forma en que la violencia aquejó a aquel país andino durante los últimos años del siglo pasado, por lo que las autoridades colombianas decidieron negar el acceso a la identidad de los juzgadores, en STEINER Henry y Philip Alston, "International Human Rights in Context", Oxford, Nueva York, páginas 5-6.

Así también, el artículo 15 del Decreto Ley 25.475 del Perú disponía que "[...] la identidad de los magistrados y lo miembros del Ministerio Público, así como la de los auxiliares de justicia que intervengan en el juzgamiento de los delitos de terrorismo sea secreta". Este artículo fue derogado tácitamente por la Ley 26.671 que restableció la obligación de que los magistrados fueron plenamente identificables, por lo que el Tribunal Constitucional peruano omitió pronunciarse respecto del artículo 15 del Decreto Ley 25.475.

⁴⁶⁷ Desde agosto de 2001, por fin una sentencia determinó la verdad legal en el juicio llevado en contra de Zacarías Moussaoui por su participación en la planeación de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001. Más de cuatro años llevaron a la finalización de este procedimiento penal que resultó en la imposición de seis cadenas perpetuas para este sujeto franco-marroquí, en GAVARD Corinne, "Juror Tried to Focus on the Law, Says 9/11 Panelist", The Washington Post, Washington D.C., viernes 5 de mayo de 2006, página A6.

conlleve. Por tal razón, diferentes países han optado por buscar otro tipo de tribunales que cumplan de una forma más eficiente al enjuiciamiento de los perpetradores de crímenes terroristas.

B. Tribunales militares

Los tribunales militares han representado un método moderno para juzgar a probables terroristas. Sin embargo, los tribunales militares aunque dependen jerárquicamente del Poder Ejecutivo, no son por sí mismos contrarios a los derechos fundamentales ni a otros valores democráticos. Las cortes castrenses guardan la función de administrar justicia en relación con los miembros de las fuerzas armadas en ejercicio de sus funciones, por lo que su competencia personal se reduce a los militares. Bajo ninguna circunstancia, ningún civil puede ser sometido a la jurisdicción militar pues para ellos, los tribunales civiles son los competentes.

Perú, a través del aparato legal antiterrorista de la era del Presidente Alberto Fujimori, es probablemente el país que más ha abusado de la jurisdicción castrense para someter a la justicia a personas consideradas como terroristas; su propia Constitución prevé la posibilidad de que civiles sospechosos del delito de terrorismo sean juzgados por tribunales castrenses⁴⁶⁸. Pero, ¿por qué un tribunal militar es incompatible con la protección de los derechos fundamentales de una persona civil, en particular con sus derechos procesales? Los tribunales militares por esencia, dependen jerárquicamente de las fuerzas armadas de todo país. A su vez, las fuerzas armadas en toda sociedad constitucionalmente democrática se encuentran subordinadas al Presidente en su calidad de Jefe de Estado. Esto significa que los tribunales militares guardan un grado de subordinación frente al Poder Ejecutivo, por lo que difícilmente fallarán en alguna sentencia en contra de las medidas expedidas por el propio Presidente. En relación con la implementación de tribunales militares para juzgar presuntos terroristas en el Perú, la Corte Interamericana de Derechos Humanos constató que:

⁴⁶⁸ En efecto, el artículo 174 de dicha Carta Magna consagra, todavía en la actualidad, que:

“En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de éste no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina”.

de conformidad con la Ley Orgánica de la Justicia Militar, el nombramiento de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, máximo órgano dentro de la justicia castrense, es realizado por el Ministro del sector pertinente. Los miembros del Consejo Supremo Militar son quienes, a su vez, determinan los futuros ascensos, incentivos profesionales y asignación de funciones de sus inferiores. Esta constatación pone en duda la independencia de los jueces militares⁴⁶⁹.

Así, solamente a los miembros de las fuerzas armadas o bien a los enemigos caídos en un conflicto bélico pueden llevarse a tribunales militares para que sean juzgados.

Ahora bien, si Estados Unidos ha emprendido una “Guerra” contra el Terrorismo, ¿cuáles son los tribunales competentes para juzgar a presuntos sospechosos de planear, preparar o cometer terrorismo internacional? Diversos sectores académicos estadounidenses se han manifestado a favor de la idea de considerar que los atentados del 11 de septiembre de 2001 fueron expresamente el inicio de una guerra como tal; los actos legislativos siguientes como la *USA PATRIOT Act 2001* y la no fueron sino una expresión de que Estados Unidos efectivamente se encontraba listo para emprender una guerra en reacción a los atentados en Nueva York y Washington D.C. En este sentido, si este país ha considerado la Guerra contra el Terrorismo como una verdadera guerra, muchos académicos se han pronunciado en el sentido de que todos los sospechosos de ser terroristas deben ser juzgados por tribunales militares.

Quizás esta discusión ha encontrado su mayor punto de confrontación recientemente con motivo de la sentencia de 4 de mayo de 2006 en contra del franco-marroquí Zacarías Moussaoui, dictada por un juzgado distrital civil de Alexandría Virginia. Tras casi cinco años de proceso en contra del único procesado de los atentados del 11 de septiembre de 2001, diversos sectores en Estados Unidos han denunciado la dificultad de juzgar terroristas en tribunales de tipo civil; la lentitud en este proceso ha sido incluso considerada como un paso atrás en la lucha contra el terrorismo y como un atentado por sí mismo a la seguridad nacional de Estados Unidos⁴⁷⁰. Además, el enjuiciamiento de presuntos terroristas en

⁴⁶⁹ Caso Cantoral Benavides, *supra* nota 3, párr. 114; Caso Castillo Petrucci y otros, *supra* nota 3, párr. 130; y Caso Lori Berenson y Mejía, *supra* nota 3, párrafo 145.

⁴⁷⁰ Para el profesor de la Universidad de Georgetown, David Cole, la sentencia a cadena perpetua en contra de Zacarías Moussaoui es una lección de cómo el gobierno ha cooperado implícitamente a debilitar la seguridad

tribunales civiles implica que estas personas gocen de los derechos procesales, constitucional y legalmente protegidos. Un ejemplo de ello según algunos académicos señalan, es la utilización de los abogados que de oficio defendieron a Moussaoui, los cuales son pagados por el Estado mismo; además los tribunales civiles son más propensos a perdonar a los procesados de recibir la pena de muerte y, al imponérsele la cadena perpetua, también se le estaría condenando al Estado a mantener a estos sujetos por el resto de sus vidas⁴⁷¹.

En contraste, según los críticos del proceso en el caso *Moussaoui*, los tribunales militares son los órganos jurisdiccionales adecuados para llevar a cabo los procesos contra probables terroristas. Según los partidarios de esta postura, el 11 de septiembre de 2001 no significó solamente un crimen masivo, sino que el inicio de una guerra en la cual Estados Unidos debería enfrentar a un enemigo indefinido mediante respuestas bélicas. Por ello, los detenidos en el marco de la Guerra contra el Terrorismo deberían ser juzgados por tribunales militares, por tratarse precisamente de detenidos en el marco de hostilidades. En una postura ciertamente fundamentalista de la seguridad nacional, los terroristas detenidos y procesados en el contexto de la Guerra contra el Terrorismo no pueden gozar de la presunción de inocencia que los tribunales civiles deben bajo cualquier circunstancia proteger⁴⁷². Por ello, los tribunales militares deben ser los competentes para juzgar a los presuntos terroristas.

Empero, pareciera olvidarse que un tribunal militar carece de la independencia necesaria para poder juzgar a personas civiles por el delito de terrorismo. Aún cuando el trámite procesal pueda ser más expedito que en tribunales civiles, su subordinación ante las autoridades administrativas hacen de estos tribunales militares un atentado a la seguridad jurídica de la población civil⁴⁷³; en cambio se requiere de jueces y magistrados que no

nacional, en COLE David, “How Not to Fight Terrorism”, The Washington Post, Washington D.C., viernes 5 de mayo de 2006, página A19.

⁴⁷¹ Cfr. McCARTHY Andrew, “This is No Way to Fight a War”, The Wall Street Journal, sábado 6 de mayo de 2006, página A9.

⁴⁷² Cfr. *Idem*.

⁴⁷³ Así también los Jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Antonio Augusto Cançado Trindade y Oliver Jackman señalaron al respecto de los tribunales militares en el Perú:

“Si bien es cierto que, en este caso [Caso Loayza Tamayo v. Perú], dichos tribunales absolvieron a la detenida, pensamos que tribunales militares especiales, compuestos por militares nombrados por el Poder Ejecutivo y subordinados a los cánones de la disciplina militar, asumiendo una función que compete específicamente al Poder Judicial, dotados de jurisdicción para juzgar no sólo a militares sino

reciban órdenes de ninguna autoridad ajena al Poder Judicial para que puedan cumplir cabalmente su función de defender los derechos fundamentales infringidos por cualquier autoridad. Los tribunales militares, por su falta de independencia, parecen no poder cumplir con esa función.

C. Comisiones especiales

El terrorismo también puede ser juzgado por comisiones especiales que el Poder Ejecutivo establezca de forma extraordinaria para ello. En este sentido, una comisión especial es un tribunal creado por orden administrativa o del Congreso, en donde se pretende juzgar a personas por la comisión de ciertos hechos ocurridos con anterioridad a la creación de dicha comisión.

Estados Unidos es el país que quizás haya implementado más comisiones especiales en los últimos años. Si bien la práctica estadounidense de juzgar enemigos a través de este tipo de tribunales data prácticamente de toda su historia, en los últimos años este país norteamericano ha instaurado dos tribunales extraordinarios dedicados al enjuiciamiento de terroristas internacionales, así como para determinar la situación jurídica de los presos detenidos en Guantánamo. Así, la primera orden emitida para la creación una comisión especial después de los atentados del 11 de septiembre de 2001, fue expedida por el Presidente George W. Bush para juzgar a los responsables de dichos ataques a las Torres Gemelas y al Pentágono⁴⁷⁴. En ella se le delegó a las fuerzas armadas de aquel país a que administraran esta comisión especial, aunque jamás llegó nadie a ser procesado por ella. El único enjuiciado por los atentados del 11 de septiembre de 2001, Zacarías Moussaoui, actualmente está por ser condenado ante un tribunal civil en el Primer Circuito judicial estadounidense en Virginia.

Por su parte, como ya ha sido estudiado previamente, Estados Unidos también creó un tribunal especial para determinar la situación legal de los prisioneros en la Bahía de

también a civiles, que emiten sentencias -como en el presente caso- desprovistas de motivación, no alcanzan los estándares de las garantías de independencia e imparcialidad requeridos por el artículo 8.1 de la Convención Americana, como elemento esencial del debido proceso legal”, *en Voto Concurrente Conjunto de los Jueces Cançado Trindade y Jackman en Caso Loayza Tamayo, supra* nota 3.

⁴⁷⁴ Esta comisión especial fue creada para juzgar solamente a extranjeros, es decir, que si hubiera habido algún estadounidense involucrado en los atentados del 11 de septiembre de 2001, esta persona no hubiera sido procesado por tal comisión especial, VAGTS Detlev F. “Which Courts Should Try Persons Accused of Terrorism”, *supra* nota 31, página 34.

Guantánamo. En cumplimiento de las sentencias recaídas a los casos *Rasul v. Bush* y, *Hamdi v. Rumsfeld*, las autoridades administrativas se vieron en la necesidad de crear esta comisión especial mediante orden de 7 de julio de 2004, el cual se aplicó “[...] solo a nacionales extranjeros detenidos como combatientes enemigos bajo el control del Departamento de Defensa en la Base Naval de Guantánamo, Cuba”⁴⁷⁵. De acuerdo con esta orden, esta comisión especial tiene la facultad de determinar si los detenidos en la bahía de Guantánamo son o no combatientes enemigos, y si no lo son, deportarlos a su país de origen⁴⁷⁶. No obstante, más que ser una medida que realmente determinara la situación jurídica de los prisioneros, la orden se expidió para calmar la presión que comenzaba a pesar sobre las autoridades administrativas, pues hasta la fecha no ha habido caso alguno del que esta comisión especial haya tenido conocimiento.

Las comisiones especiales aquejan de múltiples deficiencias para que puedan ser consideradas como ilegítimas. Implantar un órgano con facultades meramente jurisdiccionales para que conozca de hechos sucedidos con anterioridad, rompe claramente con el principio de legalidad que debe regir cualquier sociedad democrática. Más allá de la ventaja de contar con un órgano enfocado totalmente a conocer de los delitos de terrorismo, las serias violaciones a los derechos fundamentales que implican comisiones especiales de este tipo llevan a la conclusión de que estos tribunales deben ser eliminados aún cuando tanto la seguridad nacional, como la protección de los derechos humanos estén en riesgo.

D. Tribunales extranjeros

Otra opción para que los probables terroristas sean juzgados es a través de tribunales extranjeros, es decir, bajo la jurisdicción de otro Estado diferente al que en principio tiene la atribución natural y legal de hacerlo. A primera vista parecería absurdo que, salvo que en el ejercicio de la jurisdicción universal, un país extranjero tenga la voluntad de juzgar hechos de los que no son parte sus nacionales, ni hubiese sido cometido dentro de su territorio. Más aún, si el país que si tiene injerencia en dichos hechos está requiriendo a los probables perpetradores de tales atentados, el Estado en donde se encuentran estos sujetos no debe tener objeción en que sean extraditados.

⁴⁷⁵ “*Memorandum for the Secretary of the Navy. Order Establishing Combatant Status Review Tribunals*”, Orden emitida por el Subsecretario de Defensa de Estados Unidos de América el 7 de julio de 2004, numeral e.

⁴⁷⁶ *Cfr. Ibidem*, numeral i.

Empero, aunque pareciera absurdo el enjuiciamiento de probables terroristas ante tribunales extranjeros, en muchas ocasiones esta es la única opción para llevar a la justicia a estos sujetos. Puede darse el caso que entre el país que pretende extraditar y aquél en donde se encuentre el terrorista buscado no tengan signado un tratado de extradición y que por lo tanto no haya compromisos internacionales en específico para ello. Bajo esta circunstancia el procedimiento de extradición sería vía un tercer Estado que sí tenga tratados de extradición con ambos países. Sin embargo piénsese como ejemplo, Estados Unidos sea la nación requirente y algún país como Siria, Irán, Cuba, Corea del Norte o Libia sea donde se encuentren los terroristas buscados. Si no existiese algún tratado que vincule a las partes, los Estados requeridos pueden negarse a la extradición porque cualquier razón incluso por la rivalidad política tradicional que tienen estos países y Estados Unidos⁴⁷⁷.

Así también, podría darse la situación de aún cuando el país requirente y el requerido tuvieran suscrito un tratado de extradición, se actualizara alguno de los supuestos que se establecen como excepciones al cumplimiento de dicho acuerdo internacional. Entre otros, si existe la amenaza de que al sujeto extraditable se le aplicará la pena de muerte; si el Estado requirente no está en posibilidad de garantizarle las garantías judiciales del debido proceso legal; si en el Estado requerido la conducta por la que un sujeto es solicitado no es considerado como delito; o si el delito por el que el Estado requirente solicita la extradición se ha cometido parcial o totalmente dentro del Estado requerido⁴⁷⁸.

Sin embargo, los países que niegan la extradición de un sujeto deben inmediatamente, bajo el principio latino *aut dedere aut judicare* (o se extradita o se juzga), juzgar bajo sus propias leyes a estos sujetos. Que se niegue la extradición no implica permitir la impunidad de los terroristas, sino que deben ser llevados a juicio y en su caso, sancionados. Así, bajo estas circunstancias los tribunales de un Estado extranjero también pueden procesar a los presuntos terroristas.

E. Tribunales internacionales

⁴⁷⁷ Cfr. JENNINGS Robert y Arthur Watts, "Oppenheim's International Law", Longman, Nueva York, 1996, páginas 318-320.

⁴⁷⁸ Otras causales para negar la extradición que recurrentemente se incluyen en los tratados internacionales son: que se busque la extradición por delitos políticos; delitos fiscales; que el sujeto sea pretendido por razones meramente de raza, religión o cualquiera otra que pueda llevar a la discriminación; y que pueda ser objeto de tratos inhumanos, *en Ibidem*, página 960-970.

La última de las opciones para el enjuiciamiento del delito de terrorismo es a través de tribunales penales internacionales, los cuales son creados por virtud de las normas del Derecho Internacional. En la historia del siglo XX diversas cortes de esta clase han sido instauradas para someter a proceso a los perpetradores de los más terribles crímenes⁴⁷⁹. En los últimos quince años los tribunales internacionales penales han sido creados también para juzgar crímenes en países donde las masacres cobraron la vida de millones de personas en confrontaciones bélicas internas, como en los Balcanes, en Rwanda y en Sierra Leona⁴⁸⁰. Finalmente, en 1998 se firmó el Estatuto de Roma que dio nacimiento a la Corte Penal Internacional pese a que no fue sin hasta el 1 de julio de 2002, cuando entró formalmente en funciones.

Sin embargo el terrorismo no ha aparecido como uno de los crímenes que estos tribunales y específicamente la Corte Penal Internacional, tienen dentro de su competencia *ratione materiae*. El estatuto de Roma dispone que los crímenes internacionales que este tribunal habrá de conocer son: *i*) genocidio; *ii*) crímenes contra la humanidad; *iii*) crímenes de guerra; y *iiii*) agresión⁴⁸¹. A pesar de haber sido ampliamente discutida la inclusión del terrorismo como crimen internacional, los delegados de los países participantes de la Conferencia de Roma en 1998 prefirieron dejar fuera este delito básicamente por la falta de consenso de la definición del terrorismo⁴⁸².

⁴⁷⁹ El primer tribunal internacional fue creado para juzgar al *Kaiser* Guillermo II de Alemania. De acuerdo con el artículo 226 del Tratado de Paz de Versalles este tribunal fue previsto para juzgar a este gobernante germano por “el delito supremo contra la moral internacional”. Este tribunal fue parte de lo que se llamó como la “cláusula de la culpa de la guerra” establecida para condenar a Alemania por los costos humanos y materiales de la Primera Guerra Mundial. Al final, el *Kaiser* Guillermo II se refugió en Holanda y el tribunal especial para juzgarlo nunca se instauró formalmente, en KISSINGER Henry, “La Diplomacia”, FCE, México, 2000, página 241.

Asimismo, al final de la Segunda Guerra Mundial las potencias aliadas crearon los tribunales de Nüremberg y Tokio para juzgar a los militares alemanes y japoneses que participaron en aquella conflagración.

⁴⁸⁰ Cfr. BROWNLIE Ian, “Principles of Public International Law”, Oxford, Nueva York, 2002, páginas 565-566.; también en BLANC ALTEMIR Antoni, “El Tribunal Especial para Sierra Leona. Un instrumento contra la Impunidad por las Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario”, en *Anuario de Derecho Internacional*, Departamento de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra, N° XIX, Pamplona, 2003, páginas 101-107.

⁴⁸¹ El crimen de agresión a pesar de haber sido mencionado en el artículo 9 del Estatuto de Roma, no fue definido por lo que materialmente la Corte Penal Internacional no puede conocer sobre actos de agresión.

⁴⁸² Al no encontrar el consenso requerido sobre el concepto de terrorismo, los países participantes de la Conferencia de Roma, señalaron también que este delito podía ser combatido mediante los sistemas de cooperación penal internacional ya existentes, en MCKAY Fiona, “U.S. Unilateralism and International Crimes: The Internacional Criminal Court and Terrorism”, *Cornell International Law Journal*, 36 *Cornell Int'l L. J.* 455, 2004, página 456.

Por su parte, Estados Unidos, el líder de la Guerra contra el Terrorismo, ha sido el país que más se ha opuesto al establecimiento de la Corte Penal Internacional. Ante ello, diversas voces han sido alzadas para alertar a este país de que los atentados del 11 de septiembre de 2001, por ejemplo, pueden constituir crímenes de lesa humanidad y por lo tanto, la Corte Penal Internacional puede coadyuvar a llevar a la justicia a presuntos terroristas⁴⁸³. Empero, que los presuntos terroristas caigan en manos de órganos internacionales quizás sea precisamente lo que Estados Unidos pretende evitar, pues quizás con ello este país no podría tener a sospechosos terroristas confinados en cárceles y bases militares estadounidenses y en las condiciones infrahumanas como en las que actualmente se encuentran los prisioneros en la Bahía de Guantánamo.

De esta manera, los tribunales penales internacionales pueden servir también para juzgar crímenes de terrorismo. Empero, esta alternativa parece poco viable en el futuro pues además de superar la actitud negativa de Estados Unidos respecto de la Corte Penal Internacional, se debe lograr consenso en la definición típica de este crimen en el Estatuto de Roma. La próxima revisión de este tratado internacional será en 2009 y sólo queda esperar si las representaciones de los países logran superar estos obstáculos y así, permitir a la Corte Penal Internacional que conozca del terrorismo como un crimen internacional autónomo. De otra forma, seguirán siendo las jurisdicciones nacionales las encargadas de llevar a la justicia a los sospechosos de planear y ejecutar atentados terroristas, con los abusos y deficiencias que estos tribunales y comisiones inherentemente conllevan.

4. Garantías judiciales

Ya se ha destacado la importancia de contar con un recurso legal para reclamar la protección de los derechos y libertades cuando éstos han sido vulnerados por las autoridades en la lucha antiterrorista. También se ha mencionado que ese recurso carecería de sentido si no se cuenta con un tribunal adecuado que conozca de él. No obstante, para que el acceso a la justicia sea plenamente legítimo, es necesario además que este tribunal

⁴⁸³ En efecto, el Jefe de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, Luís Moreno Ocampo, recomendó a Estados Unidos utilizar a este tribunal internacional como medio para juzgar a terroristas en lugar de emprender campañas bélicas en nombre de la Guerra contra el Terrorismo, *en Ibidem*, página 457.

cuenta y proporcione las garantías mínimas que los procesados deben gozar en la sustanciación de un proceso penal, las cuales conforman por sí mismas un *corpus iuris* denominado “debido proceso legal”⁴⁸⁴. Este derecho a las garantías judiciales se encuentra contenido en los distintos instrumentos internacionales generales sobre derechos humanos y, al ser fundamental para proteger y salvaguardar otros derechos que son insuspendibles, se convierten de igual forma en indispensables y no susceptibles de suspensión ni aún en las situaciones de emergencia más comprometidas⁴⁸⁵.

No obstante, si bien bajo este criterio ninguna ley antiterrorista puede suspender o restringir las garantías judiciales, los órganos internacionales de derechos humanos en sus resoluciones tomadas con motivo de los atentados del 11 de septiembre de 2001, han aceptado que en el combate contra el terrorismo caben ciertas restricciones específicas a algunas de las garantías judiciales. Por ello, en las siguientes páginas se analizará el impacto que producen las leyes antiterroristas en cada una de las garantías judiciales reconocidas constitucional e internacionalmente.

C. Derecho a ser juzgado por un tribunal competente, imparcial y anterior al hecho delictivo

Independientemente de la discusión sobre si un tribunal civil, militar o una comisión especial deban ser los tribunales competentes para juzgar terroristas, una característica que cualquiera de ellos debe cumplir es que sean competentes, imparciales y establecidos con anterioridad a la comisión del delito, pues esta característica es fundamental para el mantenimiento del principio de legalidad. Sin embargo, los órganos internacionales en materia de terrorismo, en una actitud ciertamente complaciente con los Estados, han señalado que esta garantía puede ser restringible en casos de terrorismo, como se analizará en los siguientes párrafos.

a) Tribunal competente

⁴⁸⁴ Respecto del debido proceso legal (término extraído del inglés *due process of law*) consagrado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte Interamericana señaló que, “(e)ste artículo 8 reconoce el llamado ‘debido proceso legal’, que abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial [...]”, en Corte IDH, OC-9/87, GARANTÍAS JUDICIALES EN ESTADOS DE EMERGENCIA (ARTS. 27.2, 25 Y 8 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS), 6 DE OCTUBRE DE 1987 Serie A, párrafo 28.

⁴⁸⁵ *Cfr.* Ibidem, párrafos dos y tres de la parte resolutive.

Todo tribunal que juzgue actos de terrorismo debe ser competente en sus cuatro modalidades, es decir, por razón de la materia, del territorio, del tiempo y de la persona. A pesar de ello, algunas leyes antiterroristas han permitido expresamente que los jueces puedan extender su jurisdicción para conocer de la comisión de actos de terrorismo. En efecto, el Proyecto de Ley Antiterrorista de Argentina en su artículo 3 permite que “el juez de la causa pueda actuar fuera de su jurisdicción territorial ordenando directamente a las autoridades de prevención las diligencias que considere pertinentes”. Como se puede observar, esta disposición permite al juzgador actuar fuera de su competencia *ratione loci* o en razón del lugar, por lo que contraría al principio del juez competente, el cual es fundamental para garantizar la seguridad jurídica a los procesados.

b) Tribunal imparcial

La imparcialidad supone que un tribunal no debe sufrir influencia de algún otro poder o interés particular sobre un caso determinado. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado constantemente la prohibición de que tribunales militares juzguen a civiles, dado que los jueces pueden responder a algún tipo de subordinación respecto del Poder Ejecutivo⁴⁸⁶. Sin embargo, en materia de terrorismo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado una excepción al tribunal imparcial al señalar en su resolución “Terrorismo y Derechos Humanos” de diciembre de 2001 que, “(l)a doctrina de la CIDH ha sido que tribunales militares no pueden juzgar civiles, salvo ante la existencia material de cortes civiles, cuando tal juzgamiento es de hecho imposible”⁴⁸⁷.

El juzgamiento de civiles por tribunales militares en relación con delitos de terrorismo y traición a la patria fue particularmente común en la década pasada en el Perú, lo que llevó al Tribunal Constitucional peruano en su reciente sentencia, comentada anteriormente, a determinar que:

*[...] al haberse previsto que tribunales militares puedan ser competentes para juzgar a civiles, así se trate del delito de traición a la patria o de terrorismo, el Tribunal Constitucional considera inconstitucionales el artículo 4º del Decreto Ley N° 25.659 y el artículo 2º del Decreto Ley N° 25880 y, por conexión, también los artículos 2º y 3º del Decreto Ley N° 25708*⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶ *Cfr.* Caso Cesti Hurtado, Corte IDH, Sentencia de 29 de septiembre de 1999, Serie C, párrafo 68.

⁴⁸⁷ Resolución “Terrorismo y Derechos Humanos”, CIDH, 12 de diciembre de 2001, párrafo 5.

⁴⁸⁸ Caso Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos, *supra* nota 9, párrafo 109.

Con ello, los tribunales militares deben considerarse como una opción nula, debido a que la experiencia en nuestro continente nos muestra que este tipo de órganos materialmente jurisdiccionales carecen totalmente de la independencia necesaria para impartir una adecuada justicia.

c) Tribunal previsto por la ley y establecido con anterioridad al hecho delictivo

El derecho a ser juzgado por un tribunal previsto por la ley y establecido con anterioridad a la comisión del delito, permite al procesado tener plena certidumbre jurídica de que será juzgado conforme normas generales que son aplicables a cualquier persona que se ubique en el supuesto tipificado como delito y no bajo preceptos especialmente creados para sus circunstancias en específico. No obstante, también esta garantía ha sido objeto de restricciones por parte de los órganos internacionales encargados de la protección de los derechos humanos cuando se trate de combatir al terrorismo. En este orden de ideas, la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que “(e)l artículo 6 [del CEDH] no prohíbe la instauración de tribunales especializados para juzgar actos de terrorismo, a condición de que estas jurisdicciones cumplan los requisitos de este artículo [tribunales establecidos por la ley, imparciales e independientes]”⁴⁸⁹.

En el Reino Unido, como consecuencia de la *ACSA 2001* se le otorgó a la Comisión Especial de Apelaciones sobre Inmigración (SIAC por sus siglas en inglés) la competencia para conocer de casos relativos a terroristas extranjeros. La *SIAC*, dependiente del Poder Ejecutivo británico, fue creada exclusivamente para juzgar a terroristas no nacionales, además que tuvo la facultad de conocer de asuntos anteriores a su establecimiento⁴⁹⁰. Por lo

⁴⁸⁹ Asimismo, la Corte Europea estableció que:

“Para la condición de ‘imparcialidad’ de acuerdo al sentido del artículo 6 [del Convenio Europeo] existen dos ‘test’ a aplicar: el primero consiste en tratar de determinar la convicción personal o particular del juez que conoce del caso y el segundo, en considerar si el juez ofrece garantías suficientes que lo excluyan de cualquier legítima duda a este respecto”.

Corte Europea de Derechos Humanos, Caso *Incal v. Turquía*, Sentencia de 9 de junio de 1998, párrafo 65.

⁴⁹⁰ La Sección 35, Parte IV de la *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001*, dispone que:

“Al final de la sección 1 de la Ley sobre la Comisión Especial de Apelaciones sobre Inmigración de 1997 se le agrega:

(3) La Comisión deberá ser el tribunal superior del procedimiento.

(4) Una decisión de la Comisión deberá ser cuestionada por procedimientos legales únicamente en concordancia con:

(a) la sección 7, o

(b) la sección 30.5 (a) de la *Anti-Terrorism, Security, Crime and Security Act 2001*”.

tanto, la *SIAC* es un tribunal especial que a criterio de la Corte Europea de Derechos Humanos está permitido, si cumple con las garantías mínimas en el proceso.

Empero, la historia de los tribunales especiales, principalmente durante las recientes dictaduras latinoamericanas, demuestran los graves abusos procesales que no dejan a su paso mas que condenas injustas y excesivas sin que exista ningún tipo de garantía ni personal, ni judicial. Si bien el derecho a ser juzgado por un tribunal competente, imparcial, previsto por la ley y creado con anterioridad al hecho delictivo es una garantía fundamental del principio de legalidad procesal, la tendencia de las leyes antiterroristas, bajo el permiso de los órganos internacionales, es de restringir seriamente esta garantía. Así, los órganos internacionales de protección de derechos humanos deben pugnar por la erradicación de los tribunales especiales y no por su propagación, ni aún en el combate el terrorismo.

D. La presunción de inocencia

Otra de las garantías fundamentales y seriamente afectadas por las diversas leyes antiterroristas es la presunción de inocencia. Este derecho supone que el sospechoso o acusado debe considerársele inocente hasta que el Ministerio Público o fiscal demuestre lo contrario. En delitos de terrorismo, esta garantía judicial ha sido considerada como indispensable⁴⁹¹, aún cuando existen legislaciones antiterroristas en donde se desconoce el principio de presunción de inocencia y por lo tanto, se invierte la carga de la prueba al acusado.

Específicamente la *Terrorist Act 2000* británica dispone de cuatro “ofensas” específicas (dirigir una organización terrorista, poseer elementos con propósitos terroristas, tener información con finalidad terrorista e incitar terrorismo fuera del Reino Unido), en las cuales es el acusado quien debe probar su inocencia⁴⁹². Así también, esta ley prevé una

⁴⁹¹ Específicamente el artículo IX.2 de las Líneas Directrices del Consejo de Europa sobre los Derechos Humanos y la Lucha contra el Terrorismo consagra que “(u)na persona acusada de actividades terroristas se beneficiará de la presunción de inocencia”.

Así también, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe de “Terrorismo y Derechos Humanos” consideró a la presunción de inocencia como de aquellas garantías procesales insuspendibles, por lo que ni aún en la lucha contra el terrorismo puede ser derogada, en “Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos”, Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos, octubre de 2002, párrafo 247.

⁴⁹² Por citar un ejemplo, la sección 57.2 de esta ley señala que es una obligación de “[...] una persona acusada por una ofensa prevista en esta sección [poseer materiales con propósito terrorista] probar que tal posesión no era con algún propósito conectado con la comisión, preparación o instigación de un acto de terrorismo”, en Sección 57.2 de la Parte VI de la *Terrorist Act 2000*.

disposición muy similar en relación con la “ofensa” de obtener información con fines terroristas, de tal modo que el acusado tiene que probar que no era para tales objetivos⁴⁹³.

Adicionalmente, el principio de presunción de inocencia es de obligatorio cumplimiento no sólo de autoridades judiciales, sino incluso de cualquier otra autoridad pública cualquiera que sea la función que desarrolle⁴⁹⁴. De tal manera que si cualquier autoridad en declaración pública asegura que determinada persona es terrorista, estaría violentando el principio de presunción de inocencia dado que estaría dando como cierto que efectivamente la persona es terrorista, sin que se le hubiere probado previamente ante un tribunal.

Por ello, debe considerarse que bajo ninguna circunstancia se puede permitir que la carga de prueba en materia penal recaiga sobre el acusado.

C. Derecho a contar con la asistencia de un abogado

El derecho a contar con la asistencia de un abogado es también otra de las garantías procesales que más se ven afectadas en las leyes antiterroristas. Las Líneas Directrices del Consejo de Europa expresamente señalan que los Estados en su lucha contra el terrorismo, pueden restringir ciertos derechos de defensa entre ellos “las modalidades de acceso con los abogados”⁴⁹⁵. En el continente americano, esta restricción fue implementada en la legislación antiterrorista peruana de la década pasada, debido a que en el Decreto-Ley N° 25.475 se permitía al acusado la asistencia de su abogado hasta después de que hubiere

⁴⁹³ La sección 58.3 de la *Terrorist Act 2000* dispone que “[...] una persona acusada por una ofensa bajo esta sección [tener información con finalidad terrorista] debe probar que tenía una razonable excusa para tener esa posesión”.

⁴⁹⁴ La Corte Europea de Derechos Humanos ha concluido que declaraciones públicas realizadas por un Ministro del Interior francés, en las que se señalaba a un individuo como responsable de un atentado terrorista constituye por sí mismo, violación al derecho a la presunción de inocencia. Al respecto, este tribunal europeo consideró que:

“La presunción de inocencia puede ser infringida no solamente por un juez o un tribunal, sino también por otras autoridades públicas.

...

Evidentemente una declaración de culpabilidad que, por un lado, incitaba al público a creer en ella y por otra parte, prejuzgaba la apreciación de los hechos por los jueces competentes. Por lo que hay una violación del artículo 6.2”, en Corte Europea de Derechos Humanos, Caso *Allenet de Ribemont v. Francia*, Sentencia 10 de febrero de 1995, párrafos 36 y 41.

⁴⁹⁵ En su artículo IX.3(i), las Líneas Directrices del Consejo de Europa sobre los Derechos Humanos y la lucha contra el Terrorismo señalan que:

“Las particularidades relacionadas con la lucha contra el terrorismo podrán no obstante justificar ciertas restricciones de los derechos de la defensa, especialmente por lo que se refiere a:

(i) las modalidades de acceso y contactos con el abogado”

rendido su primera declaración⁴⁹⁶. Asimismo, en el Decreto-Ley N° 25.744 prohibía que los abogados defensores patrocinaran a más de un “encausado” a nivel nacional⁴⁹⁷.

La asistencia de un abogado se torna fundamental para la defensa de los derechos no sólo procesales sino incluso, de carácter sustantivo como la libertad o la vida. Por estos motivos, es necesario que se considere como imposible la restricción de esta garantía bajo ninguna circunstancia. Los criterios de los órganos internacionales deben de reorientarse para permitir que las personas detenidas gocen de un íntegro debido proceso legal.

D. Derecho a conocer los testigos

Un principio que rige a cualquier proceso es el de la contradicción de la prueba, que consiste en conocer los elementos aportados por la parte contraria y así, poder refutarlos. Empero, existen circunstancias en que esta garantía puede válidamente ser restringida siempre que sea para proteger a los testigos. Al efecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que en ocasiones es necesario “[...] proteger el anonimato de los testigos sin comprometer los derechos de un acusado a un juicio imparcial”⁴⁹⁸. Por su parte las Líneas Directrices del Consejo de Europa también prevén la “utilización de testigos anónimos” cuando esta medida sea estrictamente necesaria⁴⁹⁹.

⁴⁹⁶ El artículo 12 f) del Decreto-Ley N° 25.475 señalaba hasta antes de ser declarado inconstitucional, que:
“En la investigación de los delitos de terrorismo, la Policía Nacional del Perú observará estrictamente lo preceptuado en las normas legales sobre la materia y, específicamente, las siguientes:

...

f) Los encausados tienen derecho a designar su abogado defensor, el mismo que sólo podrá intervenir a partir del momento en que el detenido rinda su manifestación en presencia del representante del Ministerio Público. Si no lo hicieren, la autoridad policial les asignará uno de oficio, que será proporcionado por el Ministerio de Justicia”.

⁴⁹⁷ El artículo 2 c) del Decreto-Ley N° 25.744 (que modifica al Decreto Ley N. 25.475) el cual dispone que:
“Los abogados defensores no podrán patrocinar simultáneamente a más de un encausado a nivel nacional, en ninguna de las etapas sea Investigación Policial, Instrucción o el Juicio. Están exceptuados de esta disposición los abogados defensores de oficio”.

Esta restricción fue particularmente importante en Perú debido a que se creó dentro del círculo de abogados de aquel país un temor generalizado para patrocinar asuntos relacionados con estos Decretos-Leyes. Esto llevó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a señalar que ante circunstancias como ésta, las víctimas podrían recurrir directamente ante las instancias internacionales aún cuando no se hubieren agotado todas las instancias nacionales, *en* Corte IDH, OC-11/90, “EXCEPCIONES AL AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS (ART. 46.1, 46.2.A Y 46.2.B CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS)”, 10 de agosto de 1990, Serie A, párrafo 1 de la parte resolutive.

⁴⁹⁸ “Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos”, *supra* nota 54, párrafo 251.

⁴⁹⁹ Artículo IX.3(iii) de las Líneas Directrices del Consejo de Europa sobre Derechos Humanos y la lucha contra el Terrorismo.

Las leyes antiterroristas han restringido esta garantía, tales como el Proyecto de Ley Antiterrorista de Argentina que regula de manera muy estricta la cuestión del anonimato de los testigos⁵⁰⁰. Del mismo modo, la Ley 18.314 de la República de Chile también permite guardar la identidad de los testigos y en general, de todas las personas que participen en diligencias relacionadas con delitos de terrorismo⁵⁰¹.

No obstante, el hecho de que las circunstancias hagan razonable y necesario el anonimato y sustitución de la identidad de los testigos, los Estados no tienen derecho a adoptar estas medidas de forma indiscriminada a través de las leyes antiterroristas. Debe al igual que todas las demás restricciones, ser concebida como una excepción a la regla general.

E. Otras garantías judiciales

Existen otras garantías consideradas como inderogables y que aún no han sido abordadas en ningún texto antiterrorista examinado. Estas garantías son entre otras: el derecho a ser notificado de las razones de la acusación penal en su contra, el derecho a la asistencia consular, el derecho a la asistencia de testigos y el derecho a no declarar bajo tortura. Todas estas garantías son consideradas por los textos internacionales como absolutas, esto es, no admiten restricción ni para terrorismo ni para ningún otro delito.

5. Derecho a la Información

El derecho a la información es también de los que las leyes antiterroristas suelen frecuentemente vulnerar mediante la clasificación de datos gubernamentales en materia de seguridad nacional. El derecho a la información, como una especie de la libertad de

⁵⁰⁰ En este sentido, el artículo 6 a) y b) del Proyecto de Ley Antiterrorista en Argentina establece que:

“a) Cuando las circunstancias del caso hicieren presumir fundadamente un peligro cierto para la vida o la integridad física de un testigo, o de un imputado que hubiese colaborado con la investigación, el tribunal deberá disponer las medidas especiales de protección que resulten adecuadas.

b) Estas medidas podrán incluso consistir excepcionalmente en la sustitución de identidad del testigo o imputado [...]”

⁵⁰¹ El artículo 15 a), b) y c) de la Ley 18.314 chilena dispone que:

“Para proteger la identidad de los que intervengan en el procedimiento, su domicilio, profesión, y lugar de trabajo, el fiscal podrá aplicar todas o cada una de las siguientes medidas:

a) que no conste en los registros de las diligencias que se practiquen sus nombres, apellidos, profesión u oficio, domicilio, lugar de trabajo, ni cualquier otro dato que pudiera servir para su identificación, pudiendo utilizar clave u otro mecanismo de verificación para esos efectos.

b) Que su domicilio sea fijado, para notificaciones y citaciones, en la sede de la fiscalía o del tribunal, debiendo el órgano interviniente hacerlas llegar reservadamente al destinatario

c) Que las diligencias que tuvieren lugar durante el curso de la investigación, a las cuales deba comparecer el testigo o perito protegido, se realicen en un lugar distinto de aquél donde funciona la fiscalía, y de cuya ubicación no se dejará constancia en el registro respectivo”.

expresión, se encuentra previsto en todos los tratados internacionales y regionales, así como en distintos textos constitucionales. Nuestra Carta Magna en la última parte del artículo 6, consagra la garantía de acceso a la información, la cual ha sido reglamentada por la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (LFTAIPG)⁵⁰².

Sin embargo, la Ley de Seguridad Nacional, publicada en febrero de 2005, impuso limitaciones al derecho a la información, más allá de las que la LFTAIPG ya señalaba. Durante los debates parlamentarios, el Instituto Federal de Acceso a la Información (IFAI) manifestó en reiteradas ocasiones la tremenda incidencia que la Ley de Seguridad Nacional conllevaba en relación a la clasificación de información concerniente a la seguridad nacional. Así, el entonces proyecto de Ley de Seguridad Nacional disponía que la información reservada podía ser negada al público hasta por treinta años, ampliando el plazo original de doce años que la LFTAIPG establecía para mantener la información clasificada como reservada⁵⁰³.

El IFAI igualmente consideró que la definición que sobre seguridad nacional ofrecía la Ley de Seguridad Nacional era “[...] tan confusa y amplia como para incluir cualquier documento gubernamental en ella”⁵⁰⁴. El IFAI recomendó entonces que, “[...] no debe ser aplicable a cuestiones relacionadas con acceso a la información”⁵⁰⁵. También el IFAI señaló en sus comunicados que la Ley de Seguridad Nacional duplicaba lo ya regulado por la LFTAIPG, pues ésta en el artículo 13.I consagraba la posibilidad de clasificar como reservada cierta información que comprometiera “[...] la seguridad nacional, la seguridad pública o la defensa nacional”. Con la promulgación de la nueva Ley de Seguridad Nacional, “[...] crecería significativamente la discrecionalidad de las instancias federales de seguridad nacional para reservar información, sin la necesidad de probar el daño de la publicidad de la información clasificada, a lo cual hoy si les obliga Ley Federal de

⁵⁰² Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, publicada en el *D.O.F.* el 11 de junio de 2002.

⁵⁰³ El artículo 15 de la LFTAIPG establece doce años como plazo máximo de reserva de información. El artículo 51 del Proyecto de Ley de Seguridad Nacional dispuso el plazo de treinta años para la información útil a la seguridad nacional o; aquella información que representara una amenaza.

⁵⁰⁴ “Consideraciones sobre la Iniciativa de Ley de Seguridad Nacional”, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, México, junio de 2004, página 1.

⁵⁰⁵ *Idem.*

Transparencia”⁵⁰⁶. La duplicidad en la reglamentación de la clasificación de información relativa a seguridad nacional provocaba en términos del IFAI, confusión y principalmente, la atribución de la autoridad de, “[...] ya no motivar la causa de la reserva”, pues al ser la Ley de Seguridad Nacional la ley especial, tendría que darse prelación a ésta, y la LFTAIPG quedaría relegada a la supletoriedad.

Sin embargo, aunque la aprobación en la Cámara de Diputados se produjo sin hacer caso a las objeciones del IFAI, al llegar este Proyecto al Senado, pareciera que los miembros de la Cámara Alta sí voltearon a analizar las observaciones hechas en torno a la incidencia del proyecto de Ley de Seguridad Nacional en el derecho a la información. Tanto es así, que el Proyecto fue enmendado y el texto original del artículo 51 por el que se establecía el plazo de treinta años para mantener clasificada la información sobre seguridad nacional fue eliminado en su totalidad, por lo que textualmente se dejó a la LFTAIPG a que regulara lo conducente⁵⁰⁷.

Por lo demás, las objeciones del IFAI en torno a la vaga definición de seguridad nacional y a la duplicación en la regulación de la clasificación de la información relativa a la seguridad nacional, no tuvieron ninguna resonancia tampoco en el Senado. No obstante, es de hacer notar que cuando menos, la eliminación del plazo de treinta años si fue eliminado gracias a la intervención del IFAI, con lo se evitó que se distorsionara el sistema que impuso la LFTAIPG y que tanto se ha aplaudido por su innegable aporte a la democracia mexicana.

El armamento legal antiterrorista en Estados Unidos también contempla la clasificación de información en materia de seguridad nacional. El artículo 7(A) de la *Freedom of Information Act* (similar a la LFTAIPG mexicana), exceptúa de la regla general de acceso a la información pública a “[...] registros o información retenida para la aplicación de la ley [...] al grado que la producción [...] pueda razonablemente interferir con los procedimientos de aplicación de la ley”. A esto, diversos tribunales han coincidido en señalar

⁵⁰⁶ “Ley de Seguridad Nacional, Un Paso Atrás en Materia de Acceso a la Información Pública: IFAI”, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, IFAI/038/04, México, 29 de julio de 2004, página 2.

⁵⁰⁷ La parte relativa a la clasificación de la información en materia de seguridad nacional quedó insertada en el artículo 50 de la LFTAIPG de la siguiente forma:

“Cada instancia representada en el Consejo es responsable de la administración, protección, clasificación, desclasificación y acceso de la información que genere o custodie, en los términos de la presente Ley y de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública gubernamental”.

que esta excepción es precisamente en la que encuadra la seguridad nacional. Particularmente, en el Caso *Center for National Security Studies v. Department of Justice*, el Circuito del Distrito de Columbia determinó que no se podía abrir al público información como el nombre de los detenidos por la Guerra contra el Terrorismo, así como las razones de la detención⁵⁰⁸. Con ello, ni siquiera información tan necesaria para poder recurrir cualquier determinación gubernamental puede, en opinión de los tribunales inferiores estadounidenses, debe ser proporcionada al público.

Debido a que del acceso a datos personales puede depender que una persona no sea menoscaba en sus derechos más esenciales como en el caso *Center for National Security Studies v. Department of Justice*, se puede inferir entonces que la negativa de dicha información básica constituye una violación al derecho a la información. Datos como el nombre del detenido o las razones de la detención deben ser considerados como aquellos relacionados con la seguridad nacional, pues esto va en contra de la dignidad humana y por lo tanto, transgrede la barrera que la lucha por la protección de la seguridad nacional no debe traspasar bajo ninguna circunstancia. El acceso a la información pública debe ser considerado como un elemento inherente a la democracia y así ser contemplado al imponérsele restricciones en las leyes antiterroristas

⁵⁰⁸ *Cfr.* SUSTEIN Cass R. "Recent Decisions of the United Status Court of Appeals for the District of Columbia Circuit: Nacional Security, Liberty and the DC Circuit", *George Washington Law Review*, 73 *Geo. Wash. L. Rev.* 693, páginas 697-698.

SENTENCIAS DE TRIBUNALES SUPREMOS Y CONSTITUCIONALES SOBRE LAS LEYES ANTITERRORISTAS

En los sistemas democráticos en principio fundamental que debe regir es el respeto a los derechos y libertades de los ciudadanos que aún bajo situaciones en que se deban restringir o suspender, nunca se debe lacerar la dignidad humana. Dentro de nuestros regímenes occidentales el Poder Judicial se constituye como el garante por excelencia para hacer respetar no sólo los derechos fundamentales, sino en general, todas las instituciones democráticas.

En el contexto antiterrorista los tribunales nacionales también han jugado un papel fundamental, pues ellos han sometido a escrutinio las leyes y medidas administrativas decretadas para hacer frente a diversas contingencias. Aunque tradicionalmente los tribunales regionales de derechos humanos habían conocido sobre medidas de emergencia contra el terrorismo en países como Turquía, el Reino Unido o Perú, en los últimos diez años tribunales del más alto nivel dentro de la jerarquía judicial nacionales han tomado la responsabilidad de servir como un contrapeso para las intenciones, en ocasiones desmedidas, de promulgar leyes antiterroristas con fuertes restricciones a derechos y libertades. Dentro de las deliberaciones de los órganos judiciales nacionales han aparecido las distintas posiciones respecto de la interacción entre el respeto de los derechos humanos y la seguridad nacional. Así, mientras algunos jueces y tribunales se manifiestan por el fundamentalismo de los derechos humanos como el Tribunal Constitucional del Perú y la Cámara de los Lores del Reino Unido, otros optan por adoptar la doctrina del “mal menor”, como es el caso de la Suprema Corte de Israel. En Estados Unidos, por su parte, la Suprema Corte de Justicia ha adoptado la posición minimalista al resolver la cuestión planteada sobre las peticiones de *Habeas Corpus* relativas a los detenidos en el marco de la Guerra contra el Terrorismo, pero sin hacer pronunciamientos de largo alcance.

Así, en este Capítulo se estudiarán diversas sentencias de diferentes altos tribunales nacionales en relación con las medidas y leyes antiterroristas promulgadas antes y después

de los atentados terroristas. En este sentido, la primer sentencia a estudiar será la decisión de la Suprema Corte de Israel de 1999; en segundo término se analizará la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú de 2003; posteriormente se abordará el fallo de la Corte Constitucional de Colombia de 2004; en cuarto lugar se examinará la decisión de la Cámara de los Lores del Reino Unido de 2004; asimismo, se seguirá con las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos de 2004; y finalmente, se analizará la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina de 2005.

1. La sentencia de la Suprema Corte de Israel sobre los interrogatorios a terroristas

En 1999 la Suprema Corte de Israel dio un revés sin precedente a la política de investigación que durante más de cincuenta años, las autoridades israelíes habían ejercido contra terroristas musulmanes. Lo que parecían ser métodos comúnmente utilizados con un amplio conocimiento popular, el máximo tribunal de este país por primera vez condenó terminantemente todas las formas como policías israelíes llevaban a cabo los interrogatorios sobre sospechosos terroristas. Con esta sentencia, la Suprema Corte pretendió dar fin a las prácticas que aunque no lo señaló textualmente como tortura, sí llegó a la conclusión que lesionaban la dignidad del ser humano, y por lo tanto, estaban prohibidas bajo el sistema jurídico de Israel.

A. El contexto histórico de la realidad antiterrorista israelí

La fatalidad en oriente medio tiene su origen en el momento mismo de la creación del Estado de Israel poco después de la terminación de la Segunda Guerra Mundial⁵⁰⁹. En efecto, en noviembre de 1947, la ONU decidió aprobar la resolución 181/11 mediante la cual acordó la creación de dos Estados, uno árabe-palestino y otro judío-israelí, en los lugares administrados hasta ese momento por el Reino Unido, y cuyo dominio precisamente llegaría a su fin el 15 de mayo de 1948⁵¹⁰. Llegada la fecha de entrega de

⁵⁰⁹ La creación del Estado de Israel se debió entre muchos otros factores a la emigración masiva de judíos a Palestina, en virtud del genocidio alemán en contra de la población hebrea, para erradicarlos de toda Europa, en SERRANO MIGALLÓN Fernando, *comp.* “Con Certera Visión: Isidro Fabela y su Tiempo”, FCE, México, 2000, páginas 97-102.

⁵¹⁰ La resolución 181/11 estableció que el 55% de aquellos territorios corresponderían al Estado israelí, esto es, 14,500 km. Por su parte, el Estado árabe le fue asignado el restante 45% es decir, 11,500 km. Asimismo, se acordó que Jerusalén fuera una ciudad internacional administrada por la ONU. Esta resolución fue aprobada por treinta y tres países a favor, trece en contra y diez abstenciones. Cuba y Grecia fueron los dos únicos países no musulmanes que votaron en contra de esta resolución de la Asamblea General de la ONU, en

administración, el Consejo Provisional de Estado declaró la independencia formal de Israel, sin respetar las fronteras que originalmente se habían establecido por la resolución 181/11, pues de los 14,500 km destinados a la creación del Estado israelí, ocuparon para el 15 de mayo de 1948 casi 21,000 km. Esto despertó inmediatamente la ira de los países árabes de la región y para el día siguiente del establecimiento formal del Estado de Israel, Egipto, Siria, Jordania y Líbano le declararon la guerra a este nuevo país, iniciando con ello la conocida como la “Guerra de Independencia”. Como respuesta, Israel declaró el 19 de mayo de 1948 un Estado de Emergencia para contrarrestar los embates musulmanes, mismo que subsiste en sus efectos hasta la actualidad⁵¹¹.

A lo largo de su breve historia, Israel ha enfrentado numerosas guerras contra sus vecinos en la búsqueda de delimitar sus fronteras, entre la que destaca la Guerra de los Seis Días en 1967, en la que se apoderó del control total de la ciudad de Jerusalén, así como del resto de los territorios palestinos, empujando a las poblaciones musulmanes a emigrar a naciones vecinas como Siria, Jordania y Líbano. No obstante, por esta misma época un líder musulmán de origen tunecino, Yasser Arafat, empezaba a conformar una organización de reivindicación de los derechos palestinos sobre sus ancestrales tierras; así fue como se formó la Organización para la Liberación Palestina (OLP) que fungió como la representación de los intereses palestinos ante los países de la región, y en ocasiones ante toda la comunidad internacional, a través de su participación en los órganos de la ONU. Sin embargo, prontamente la OLP fue culpada por Israel por diversos atentados terroristas cometidos dentro de sus territorios. Yasser Arafat fue considerado como un terrorista y su organización como de aquellas que debían ser combatidas y erradicadas. Paralelamente a la OLP, otras organizaciones terroristas surgieron bajo el ideal de la liberación palestina como *Jezbollah*, *Jihad Islámica* y *Hamas*. Esta última organización cabe decirse, es la que actualmente controla bajo un proceso democrático-electoral, el parlamento palestino.

Así, el terrorismo ha constituido un mal crónico en los territorios de medio oriente y particularmente sobre suelo israelí. Tan sólo entre 1996 y 1998, más de ciento veinte

GOMEZ-ROBLEDO VERDUZCO Alonso, “Palestina: Independencia de un Estado” en *Temas Selectos de Derechos Internacional*, UNAM, México, 1999, páginas 579-580.

⁵¹¹ El decreto de Estado de Emergencia fue expedido por virtud del Estatuto provisional para el Estado de Israel, el cual fue promulgado el mismo día que el Estado de Emergencia, en MIZOCK Adam, “The Legality of the Fifty-Two Year State of Emergency in Israel”, U.C. Davis Journal of International Law & Policy, 7 U.C. Davis J. Int'l & Pol'y 223, primavera 2001, páginas 225-226.

personas murieron y más de setecientos resultaron heridos en una diversidad de atentados terroristas en contra de blancos judíos, a través de detonaciones de “cochebombas”, inmoliciones suicidas, secuestros de civiles, entre otros métodos. Para contrarrestar al terrorismo las autoridades israelíes crearon a la *GSS* (*General Security Service* conocida por sus siglas en inglés), el cual desde su inicio tuvo a su cargo los interrogatorios de los que son objeto los sospechosos terroristas, para obtener información necesaria y con ella prevenir futuros atentados⁵¹². Es precisamente en el contexto de las actividades ejecutadas por la *GSS* que diversas demandas llegaron a conocimiento de la Suprema Corte de Israel cuya sentencia, fallada el 6 de septiembre de 1999, se estudiará a continuación.

B. Los demandantes y las causas de la demanda

La sentencia de la Suprema Corte de Israel del 6 de septiembre de 1999, recayó sobre las funciones de la *GSS* en los interrogatorios a probables terroristas con la finalidad de prevenir futuros ataques. Dichas impugnaciones fueron dirigidas en dos sentidos, es decir: *i*) tres de las aplicaciones buscaron impugnar la incapacidad legal de la *GSS* para llevar a cabo interrogatorios en contra de sospechosos de cometer actividades terroristas; y *ii*) las restantes seis demandas fueron dirigidas a impugnar la legalidad de las técnicas y métodos para llevar a cabo los interrogatorios por parte de la *GSS*.

Así, dos organizaciones civiles protectoras de derechos humanos, El Comité Público contra la Tortura y la Asociación para los Derechos Ciudadanos de Israel, impugnaron que ningún estatuto legal de aquel país otorgaba facultades a la *GSS* para llevar a cabo investigaciones y mucho menos interrogatorios, en contra de sospechosos de ser terroristas. Por lo tanto, solicitaron de la Suprema Corte de Israel ordenar a la *GSS* a que se abstuviera de arrogarse facultades que por ley no le eran concedidas⁵¹³.

El segundo de los reclamos, las aplicaciones en esta causa recayeron sobre demandas promovidas por seis personas de origen árabe-musulmán, en las que alegaban la ilegalidad de las técnicas utilizadas en los interrogatorios por parte de los miembros de la *GSS*. El primero de ellos, *Hat'm Abu Zayda*, fue sujeto a diversos métodos utilizados por agentes de investigación para extraer de él información que a la postre permitió a un tribunal

⁵¹² Cfr. Caso *Judgement on the Interrogation Methods applied by the GSS*, Suprema Corte de Israel actuando como la Alta Corte de Justicia, 6 de septiembre de 1999, párrafo 1.

⁵¹³ Cfr. *Ibidem*, párrafo 2.

determinar su vinculación con actividades del grupo terrorista palestino *Hamas*. *Abu Zayda* era responsable del secuestro de soldados israelíes, así como de cometer ataques a diversas bases de las fuerzas de seguridad. Por todo ello, este terrorista declarado así judicialmente, fue sentenciado a setenta y cuatro meses de prisión⁵¹⁴.

Por su parte, *Abd al Rahman Ismail Ganimat* también fue arrestado e interrogado bajo las prácticas acostumbradas de la GSS, mismas que fueron impugnadas en esta causa. A consecuencia de los tratos recibidos, se pudo extraer información sobre su participación en diversos atentados terroristas, los cuales dejaron decenas de israelíes muertos, como en el conocido bombardeo en el Café *Appropo* en Tel Aviv. Por estos actos, este terrorista fue condenado a cinco cadenas perpetuas y veinte años adicionales⁵¹⁵. Otro de los demandantes en esta causa, *Issa Ali Batat*, alegó haber sido torturado por los agentes de la GSS, aunque con sus confesiones al momento de dictarse esta sentencia estaba pendiente de juicio por su participación en atentados terroristas en la franja de Gaza y Cisjordania⁵¹⁶. Finalmente, *Wa'al Al Kaaqua*, *Ibrahim Abd'alla Ganimat* y *Fouad Awad Quran*, fueron también sujetos de las técnicas utilizadas por la GSS, aunque se les liberó por no hallárseles ninguna conducta delictiva. En estas tres últimas causas, la Suprema Corte de Israel no dictó medidas provisionales debido a que los interrogatorios ya habían cesado⁵¹⁷.

C. El argumento de la falta de atribución legal de la GSS

En la primera de las dos peticiones, las organizaciones actoras reclamaron a la Suprema Corte de Israel que los procedimientos de investigación, incluidos los interrogatorios, estaban fuera de cualquier permisión legal, esto es, no existía estatuto alguno que le confiriera competencia alguna. A ello, la autoridad administrativa contestó que precisamente debido a que no existía norma alguna que le confiriera competencia para llevar a cabo los interrogatorios a presuntos terroristas, bajo el principio de la competencia

⁵¹⁴ Cfr. *Ibidem*, párrafo 4.

⁵¹⁵ Cfr. *Ibidem*, párrafo 5.

⁵¹⁶ Cfr. *Ibidem*, párrafo 7.

⁵¹⁷ Cfr. *Ibidem*, párrafos 3 y 6.

residual⁵¹⁸, la facultad de implantar y dirigir los procedimientos de investigación y los métodos de los interrogatorios se entendía reservada a las autoridades administrativas.

Si bien la Suprema Corte de Israel reconoció como cierta la afirmación de las autoridades administrativas, este máximo tribunal arguyó que cuando la dignidad está en juego, como en el caso de los interrogatorios, no se debe entender que la autoridad administrativa tiene competencia absoluta para imponer las normas y códigos de conducta pertinentes. En esta materia, este tribunal destacó, es el representante popular por excelencia, erigido en el *Knesset*, el que debe decidir la forma en la que se deben llevar a cabo los interrogatorios, pues cualquier cosa que afecte derechos y libertades debe ser aprobado exclusivamente por el órgano legislativo⁵¹⁹. Así, la Suprema Corte de Israel determinó que al no ser una facultad residual a favor de las autoridades administrativas, y al no haber permiso legislativo para que la GSS conduzca las investigaciones y sus consecuentes interrogatorios, concluyó que dichas actividades son ilegales.

D. El argumento de la ilegalidad de los métodos utilizados en los interrogatorios

Por su parte, las demandas de los restantes seis peticionarios se refirieron a la ilegalidad de los métodos que la GSS empleaba para conducir los interrogatorios. En su concepto, dichas técnicas constituían tratos inhumanos y en algunos de ellos, tortura, la cual está prohibida por las leyes israelíes, así como por los tratados internacionales de los que este país es parte. Empero, ¿cuáles son estos métodos que fueron considerados por las presuntas víctimas como tortura? La Suprema Corte de Israel desprendió de todas las aplicaciones cinco distintos métodos de interrogación, a saber: *i*) estremecimiento; *ii*) la posición “de sapo”; *iii*) la privación del sueño; *iv*) el uso prolongado y excesivo de esposas para las manos y pies; y *v*) la posición “*shabach*”.

El estremecimiento es un método de interrogación que consiste en la sacudida violenta de todo el cuerpo hasta llegar a la sensación de no sentir las extremidades por la intensidad de

⁵¹⁸ De acuerdo con el artículo 40 del texto fundamental israelí, el sistema de competencia residual que opera en ese país supone que todo lo que no está expresamente reservado a cualquier otra autoridad, se entiende reservado a la autoridad administrativa, *citado en Ibidem*, párrafo 19.

⁵¹⁹ La sentencia en comento incluso realizó una comparación al señalar que las autoridades administrativas no pueden censurar la libertad de expresión de un periódico sin que para ello existiese facultad expresa del *Knesset*, debido a que un acto de esta clase va “[...] en contra de nuestro entendimiento básico relativo a la libertad humana y de la naturaleza democrática de nuestro régimen”, *en Idem*.

los movimientos provocados. De entre los medios físicos para “alentar” a los sospechosos a declarar, el estremecimiento ha sido considerada como la más dura. Este método, en criterio de la Suprema Corte de Israel, “(v)iola la dignidad. Es un método violento que no forma parte de un investigación legal. Sobrepasa lo que es necesario”⁵²⁰. De esta forma, el estremecimiento que los agentes de la GSS aplicaban como método para obtener información de los sospechosos como terroristas, fue considerado como ilegal.

Por su parte, la posición del “sapo” consiste en colocar al individuo en cuclillas parado sobre los dedos de sus pies por intervalos de cinco minutos. La Suprema Corte de Israel determinó sobre este método que no era útil para el objetivo esencial de obtener la información buscada y que por el contrario, causaba dolores innecesarios, lacerando con ello su dignidad⁵²¹. Así también la privación del sueño fue invocada como un método ilegal de interrogación, en la cual el máximo tribunal israelí consideró que si bien la naturaleza de los interrogatorios conlleva que los sospechosos queden exhaustos precisamente por las intensas jornadas de “lucha” entre las autoridades y ellos, sin que con ello se pueda acreditar su ilegalidad, el hecho de mantener deliberadamente despierta a una persona aún en horas en que no se tiene planeado formularle ningún tipo de pregunta, como en la noche por ejemplo, es un ataque innecesario que no hace más que vulnerar la dignidad del individuo sin que ello conduzca al esclarecimiento de algún hecho⁵²².

Así también, el uso prolongado de esposas pequeñas y finas durante la detención fue impugnado como ilegal. A este respecto, las autoridades administrativas argumentaron que se utilizaba este artefacto para prevenir que los sospechosos pudieran ir a agredir al preguntador. Sin embargo, la Suprema Corte de Israel llegó a la conclusión de que si bien es cierto que es necesario mantener la seguridad para que no pueda escapar el sospechoso, también lo es que esposas tan finas y puntiagudas no son necesarias para ese fin, y por el

⁵²⁰ Incluso las autoridades administrativas demandadas aceptaron que el estremecimiento no era un método de interrogación común y que era aplicado solamente en casos verdaderamente excepcionales, *en Ibidem*, párrafo 24.

⁵²¹ *Cfr. Ibidem*, párrafo 25.

⁵²² *Cfr. Ibidem*, párrafo 31.

contrario esta situación causaba daños innecesarios a las manos y los pies de las personas sujetas a interrogatorio⁵²³.

Finalmente, la posición “*Shabach*” fue la única práctica que las seis demandas incluyeron coincidentemente. Este método consiste en: *i*) esposar al sujeto; *ii*) sentarlo en una silla baja; *iii*) cubrirle la cabeza con un saco oscuro; y *iv*) tocar música con muy alto volumen. La primera de ellas, esposar al sujeto, se ha señalado que la forma en que se demostró que la GSS esposaba a los sospechosos de terrorismo era innecesaria y por ende, ilegal. Asimismo, sentar al sujeto en una silla baja de forma inclinada para que estuviera con dirección al piso, en criterio de la Suprema Corte de Israel, constituye severos daños a la espalda y otras partes de cuerpo y por lo tanto, “[...] esta forma de sentarse no forma parte de los poderes generales para interrogar”⁵²⁴.

El cubrir la cabeza con un saco oscuro fue defendido por las autoridades administrativas, argumentando que esto es muy necesario para que los sospechosos no conozcan la identidad de los preguntadores además de que es importante que no puedan tener acceso a conocer si existen otros interrogados en la misma sala. A este argumento, aunque la Suprema Corte de Israel consideró que efectivamente es necesario que el sospechoso no conozca sobre otros posibles sujetos a interrogar en ese momento, el hecho de que el saco que se le pone sea oscuro y según se demostró sea tan grande que toque incluso los hombros, es indicativo que lo que se busca es el sofocamiento, lo cual constituye otro trato innecesario que atenta contra la dignidad de la persona. Así, este tribunal señaló que si lo que se pretende es evitar que el sospechoso pueda ver, bastaría una venda bien colocada para lograr tal objetivo⁵²⁵. Por último, además de los tres elementos mencionados anteriormente, la posición “*Shabach*” requiere que se toque música a un volumen muy alto. A esto, igualmente las autoridades administrativas argumentaron que ello era necesario para evitar que el sospechoso no escuche a su alrededor sobre otros posibles interrogados. Empero, el máximo tribunal israelí consideró que mantener a una persona por tiempo

⁵²³ Así, la Suprema Corte de Israel señaló expresamente que, “[...] no existe justificación relevante para esposar manos y pies con esposas particularmente pequeñas, si esa es de hecho la práctica”, *en Ibidem*, párrafo 26.

⁵²⁴ *Cfr. Ibidem*, párrafo 27.

⁵²⁵ *Cfr. Ibidem*, párrafo 28.

prolongado con música muy alto volumen causaba un sufrimiento al sospechoso que no ayudaba al éxito de la investigación⁵²⁶.

De esta forma, la Suprema Corte de Israel concluyó que todos los métodos utilizados por la GSS constituían un atentado en contra de la dignidad humana, y que con independencia de que este órgano policial tuviera o no facultades para conducir los interrogatorio, estos métodos o técnicas eran ilegales plenamente.

E. La Defensa de la “Necesidad” para aplicar ciertos métodos de los interrogatorios

Una vez que la Suprema Corte de Israel determinó que la GSS no tiene facultades legales para llevar a cabo interrogatorios en contra de sospechosos de ser terroristas, ni que los métodos para llevar a cabo interrogatorios son legales, el argumento del Estado es que bajo ciertas circunstancias debe operar una excepción de “Necesidad” que permita a las autoridades administrativas hacer uso de dichas técnicas para poder resolver una situación de urgencia. Al argumentar esto, el Estado puso como ejemplo cuando una persona ha colocado una bomba y es detenido por agentes policíacos; frente a esta situación, la excepción de “Necesidad” debe prevalecer, y con ello permitir a las autoridades administrativas llevar a cabo los interrogatorios con todos los medios necesarios para extraer del terrorista la información que les permitiera llegar al artefacto antes de que éste explote y cause muertes y daños⁵²⁷. Aunque finalmente el Estado reconoció que los métodos empleados por la GSS durante los interrogatorios efectivamente constituían un mal, éstos debían cometerse para poder evitar un mal de mayor magnitud⁵²⁸. Por todo esto, argumentaron las autoridades administrativas, la “Necesidad” debe operar como una fuente de Derecho que opera bajo una emergencia de extrema urgencia.

Por su parte, la Suprema Corte de Israel reconoció que bajo el ejemplo citado la “Necesidad” es un recurso que válidamente puede ser empleado por las autoridades administrativas, la cual eximiría de la responsabilidad moral del torturador, si es que con los tratos inhumanos se logra desarticular un atentado terrorista. Incluso, este alto tribunal señaló que la “Necesidad” también opera en situaciones no tan dramáticas como la del ejemplo citado en el párrafo anterior, y aunque no sea urgente pero si inminente un ataque,

⁵²⁶ Cfr. *Ibidem*, párrafo 29.

⁵²⁷ Cfr. *Ibidem*, párrafo 33.

⁵²⁸ Cfr. *Idem*.

también puede ser ejercida la “Necesidad” aún cuando esté planeado dentro de algunos días siguientes⁵²⁹.

Sin embargo, el máximo tribunal israelí impuso un requisito formal para que la “Necesidad” pudiera operar, con el que dejó sin validez el argumento de las autoridades administrativas. En efecto, este órgano jurisdiccional condenó categóricamente que se utilice la “Necesidad” como una fuente del Derecho⁵³⁰. Para que la GSS pudiera ejecutar los métodos extraordinarios para los interrogatorios, la Suprema Corte de Israel sentó una condición *sine qua non* consistente en que dicha “Necesidad” se encuentre prevista por la ley, esto es, que el *Knesset* en su calidad de representante popular sea el único facultado para autorizar afectaciones a la dignidad de los individuos bajo la aplicación de la “Necesidad”. Así, este tribunal concluyó en la parte final de la sentencia en comento que, “(l)a defensa de la ‘necesidad’ no puede servir como base para esta autoridad”.⁵³¹

Finalmente cabe decir que esta sentencia ha servido de base para múltiples posiciones, desde los fundamentalistas de los derechos humanos, hasta los fundamentalistas de la seguridad nacional. Por un lado, la Suprema Corte de Israel condenó terminantemente todas las técnicas utilizadas en el curso de los interrogatorios, ratificando el carácter de absoluto a la prohibición de la tortura. Por otra parte, dejó claramente abierta la posibilidad de que en situaciones de “Necesidad” se puedan hacer uso de estos métodos de interrogatorios, si el *Knesset* lo creía pertinente. No obstante, esta sentencia sentó el primer precedente para la doctrina de lo que se denominaría pocos años después como el “mal menor”. Michael Ignatieff y sus seguidores han precisamente utilizado esta sentencia como la bandera de su posición jurídico-moral⁵³².

⁵²⁹ La Suprema Corte de Israel señaló al respecto que:

“[...] la excepción de la ‘necesidad’ es probable en instancias como ‘*ticking time bombs*’ y la inmediata necesidad se refiere a la inminente naturaleza del acto más que del peligro. Por lo tanto, el criterio se satisface incluso si la bomba está colocada para que explote en algunos días o quizás dentro de semanas”, en *Ibidem*, párrafo 34.

⁵³⁰ En efecto, el máximo tribunal israelí afirmó que, “(l)a defensa de la ‘necesidad’ no constituye una fuente de autoridad, que permita a los investigadores de la GSS a hacer uso de medios físicos durante el curso de los interrogatorios”, en *Ibidem*, párrafo 35.

⁵³¹ *Cfr. Ibidem*, página 38.

⁵³² *Cfr. IGNATIEFF* Michael, “What is the Greater Evil? The Lesser Evil: Political Ethics in an Age of Terror”, Edinburgh University Press, Edimburgo, 2004, páginas 12-13; otros autores también han encontrado de la Sentencia de la Suprema Corte de Israel, el primer precedente para desarrollar la doctrina del “mal menor”, en RAVIV Adam, “Torture, and Justification: Defending the Indefensible”, *George Mason Law Review*, 13 *Geo. Mason L. Rev.* 135, página 135.

2. La sentencia del Tribunal Constitucional del Perú respecto de los Decretos antiterroristas

El 3 enero de 2003 el Tribunal Constitucional de la República del Perú resolvió un asunto derivado de una Acción de Inconstitucionalidad promovida por más de cinco mil ciudadanos peruanos. En dicha acción se reclamó la incompatibilidad de los Decretos-Ley 25.475, 25.659, 25.708 y 25.880 aprobados durante el régimen del Presidente Alberto Fujimori en la década de 1990, en relación con la Constitución nacional y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la que el Perú es parte.

Las peticiones que motivaron esta sentencia se fundamentaron en violaciones a una gran cantidad de derechos y libertades, las cuales fueron abordadas una a una por el Tribunal Constitucional. Ya previamente distintos órganos internacionales habían sometido los Decretos-Ley antiterroristas a estricta revisión. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Constitucional no llegó sino hasta el año 2003, es decir once años después del primer Decreto-Ley antiterrorista⁵³³.

A. Las décadas perdidas de 1980 y 1990 en el Perú. La generalización de la violencia

Perú es uno de los países sudamericanos que más ha aquejado de violencia en los últimos años. Si bien este país no fue azotado por las dictaduras clásicas de la década de 1970 como aquellas en Chile, Uruguay, Argentina, Brasil, Paraguay y Bolivia, en Perú se gestaron varios de los grupos terroristas más crueles de toda la región. Entre 1980 y 1992, la violencia generada dejó a su paso más de veinticuatro mil muertes de entre las cuales poco más de dos mil pertenecían a las fuerzas armadas, más de diez mil correspondieron a civiles y el restante a personas vinculadas con grupos de terrorismo y narcotráfico⁵³⁴. Las organizaciones subversivas eran principalmente dos: *i*) el Movimiento Revolucionario *Tupac Amaru* (emulando el gran revolucionario indígena del siglo XVIII, José Gabriel Tupac Amaru); y *ii*) el PCP-SL (Partido Comunista de Perú – Sendero Luminoso)⁵³⁵. Entre

⁵³³ *Cfr.* Caso Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos, Tribunal Constitucional de la República de Perú, Sentencia de 3 de enero de 2003.

⁵³⁴ *Cfr.* Caso Castillo Petrucci y otros, Corte IDH, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie A, número 53, párrafo 58.1.

⁵³⁵ El Partido Comunista de Perú-Sendero Luminoso, por ejemplo, inició en 1980 lo que denominaron la “Guerra Popular” formando con ello, una organización de guerrilla que aprovechando la falta de presencia gubernamental en zonas aisladas en la sierra, se unieron a la causa de Sendero Luminoso, *en* GARCÍA-SAYÁN Diego, “Perú: Estados de Excepción y régimen jurídico”, *en*: “Estados de Emergencia en la Región Andina”, Comisión Andina de Juristas. Lima, 1987. Pág. 114.

estos dos grupos armados habrían causado al Perú pérdidas humanas y materiales comparables a aquellas sufridas en auténticas guerras civiles, aunque la situación del Perú no era formalmente de un conflicto armado interno⁵³⁶.

Una vez que ascendió al poder el Presidente Alberto Fujimori, las políticas gubernamentales dieron un giro radical en el combate a los grupos terroristas. El establecimiento de múltiples Estados de Excepción en todo el territorio peruano se convirtieron en una constante y cierto es que durante la década de 1990 diversas bandas armadas vinculadas tanto con *Tupac Amaru* como con Sendero Luminoso, fueron desarticuladas, logrando para 1999 mantener bajo Estado de Excepción únicamente al 5% del territorio peruano⁵³⁷. Asimismo, para contrarrestar toda esta violencia, el Presidente Alberto Fujimori implementó una serie de Decretos-Ley en ejercicio de la delegación de facultades legislativas otorgadas por el Congreso de la República a través del Decreto-Ley 25.280 de 20 de octubre de 1990, es decir, apenas unos meses después de que asumiera el poder⁵³⁸. En aplicación de esta facultad extraordinaria, el Presidente Fujimori prontamente expidió el Decreto-Ley 25.418 por el cual estableció un “Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional”. Unos meses después fue expedido el Decreto-Ley 25.475, “destinado a perseguir, juzgar y sancionar a los responsables del delito de terrorismo”, así como el Decreto-Ley 25.659, “destinado a perseguir a los responsables del delito de

⁵³⁶ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe de 1993 sobre la situación en el Perú, constató que:

“Los métodos empleados en las acciones atribuidas al PCP-SL o reivindicadas por él se han caracterizado por provocar extremo sufrimiento y daño, incluso a la población civil no involucrada en el conflicto, incluyendo el empleo de artefactos explosivos de gran poder destructivo. También se ha denunciado el recurso al asesinato selectivo de dirigentes sindicales, políticos y de organismos de base, en su mayoría vinculados a los sectores más desfavorecidos de la sociedad peruana. Se han denunciado, asimismo, prácticas como el reclutamiento forzado de jóvenes y a veces de niños para incorporarlos a sus filas, así como la realización de juicios sumarios, ejecuciones y mutilaciones de personas a las que se consideraban desempeñando un papel adverso a los planes de su Partido. Este tipo de accionar, según se ha informado, ha afectado también a sacerdotes de la Iglesia Católica que se encontraban realizando trabajos de contenido religioso y social, crímenes cuya autoría fue negada por un miembro prominente del PCP-SL a funcionarios de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Según análisis realizados, los métodos que se han reseñado tienen por fin no sólo afectar a las personas individuales a las que están dirigidos sino también a crear en la población en general un estado de terror que impida la oposición activa a las finalidades políticas de sus autores”, en “Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Perú”, CIDH, 12 de marzo de 1993, párrafo 5.

⁵³⁷ *Cfr.* “Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú”, CIDH, 2 de junio de 2000, párrafo 10.

⁵³⁸ *Cfr.* Caso Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos, *supra* nota 25, párrafo 8.

traición a la patria”, así como los Decretos-Ley 25.708 y 25.880 relativos a diversos aspectos de la lucha antiterrorista.

Toda esta legislación antiterrorista no fue ajena al escrutinio internacional, especialmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A su conocimiento se han presentado más de cinco casos en relación a los Decretos-Ley 25.475 y 25.659 y su compatibilidad con los derechos humanos previstos por la CADH, siendo esta legislación antiterrorista la que más proveyó de trabajo judicial a este órgano jurisdiccional interamericano durante cerca de un lustro. Desde el primero de ellos en 1997, el Caso Loayza Tamayo, hasta el más reciente fallado en noviembre de 2005, el Caso García Asto y Ramírez Rojas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha denunciado las arbitrariedades de los Decretos-Ley antiterroristas, pues sin negar que el Estado debe tomar medidas drásticas para eliminar y erradicar al terrorismo, este tribunal ha reiteradamente concluido que la legislación que el régimen de Fujimori implementó para combatir la violencia, es violatoria de diversos derechos humanos⁵³⁹.

Sin embargo, aún cuando en el 2001 cayó el régimen de Alberto Fujimori, su sucesor Alejandro Toledo no hizo modificaciones a la legislación antiterrorista. Por ello, más de cinco mil ciudadanos presentaron ante el Tribunal Constitucional una petición para que se pronunciara sobre la legalidad entre los Decretos-Ley antiterroristas respecto de la Carta Magna peruana y los tratados internacionales de los que este país es parte. Finalmente la sentencia a este juicio recayó el 3 de septiembre de 2003, con las consideraciones que se resumen a continuación.

B. Los derechos y libertades analizados por el Tribunal Constitucional

Ya ha sido abundantemente comentado en Capítulos anteriores el criterio que el Tribunal Constitucional aplicó en la sentencia recaída en relación a la legislación antiterrorista. De hecho, es imposible poder señalar que no sólo existió un criterio, pues como se desprende de su lectura, la sentencia en comento estudió una gran cantidad de derechos y libertades, de forma tal que cada uno de ellos suponía consideraciones distintas. Así, el estudio de la

⁵³⁹ Los casos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos a propósito de las leyes antiterroristas peruanas conoció y resolvió fueron: Caso Loayza Tamayo Corte IDH, Sentencia de 17 de septiembre de 1997, Serie C, No. 33; Caso Castillo Petrucci y otros, Corte IDH, Sentencia 30 de mayo de 1999, Serie C, No. 53; Caso Cantoral Benavides, Corte IDH, Sentencia de 18 de Noviembre de 2000, Serie C. No. 69; Caso Lori Berenson y Mejía, Corte IDH, Sentencia de 18 de noviembre de 2004, Serie C, No. 119;

demanda planteada se basó en los siguientes derechos: *i)* el principio de legalidad; *ii)* las libertades de información, expresión opinión y difusión del pensamiento; *iii)* el derecho al debido proceso; *iv)* la proporcionalidad de las penas; *v)* el derecho a la integridad personal; y *vi)* el derecho a la nacionalidad.

a) El principio de legalidad

El principio de legalidad fue el primer derecho humano sometido a escrutinio del Tribunal Constitucional. En este sentido, los demandantes señalaron que:

El artículo 2° del Decreto Ley 25475 define el llamado delito de terrorismo de manera abstracta, general e imprecisa, pues dice "realiza actos" pero no dice qué tipo de actos. El mismo artículo dice "empleando materias" pero no precisa qué tipo de materias, para luego agregar "o artefactos explosivos" como si materia y artefacto explosivo fueran lo mismo. Del mismo modo dice "cualquier otro medio"⁵⁴⁰.

El Tribunal Constitucional del Perú contestó a la argumentación de los peticionarios que reclamar que una ley sea “abstracta” y “general”, carece de sentido pues estas características son justamente las que deben de vestir todo producto legislativo. De no cumplirse con estas características entonces sí se estaría contraviniendo al principio de legalidad⁵⁴¹. Por el contrario, la alegación de que el artículo 2 del Decreto-Ley 25.745 es impreciso y por ende inconstitucional, este tribunal puntualizó que la “imprecisión” de una disposición legal se presenta cuando los delitos no son tipificados de forma expresa e inequívoca⁵⁴². La imprecisión que los peticionarios reclamaron se trató sobre la definición del terrorismo, expresamente en la frase “realiza actos” porque en su concepto no precisaba con claridad de que tipo de actos se trata. A ello, el Tribunal Constitucional señaló que la

⁵⁴⁰ Caso Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos, *supra* nota 25, párrafo 43.

⁵⁴¹ Al respecto, el tribunal Constitucional del Perú afirmó que, “(s)obre este particular, debe tenerse presente que tanto las normas jurídicas, en general, como los tipos penales, en especial, tienen, por su propia naturaleza, un carácter abstracto y general; por lo que tales características, *per se*, no vulneran norma constitucional alguna”, *en Ibidem*, párrafo 54.

⁵⁴² El artículo 2 del Decreto-Ley 25.475 disponía que:

“El que provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella, realiza actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personales o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio, empleando armamentos, materias o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años”.

frase impugnada se refiere a la comisión de delitos y que lo que importa de la definición no es qué tipos de actos pueden ser ejecutados, sino que éstos creen una sensación de zozobra o terror dentro de la población tal como dicho artículo señalaba más adelante⁵⁴³. La imprecisión de la definición en concepto de los reclamantes también se hacía patente en la frase “empleando materias”, al no dejar claro cuales son las materias que al usarse actualizarían el supuesto jurídico del artículo 2 del Decreto-Ley 25.475. A esto, igualmente el Tribunal Constitucional determinó que lo importante no era saber qué materias son las que el tipo penal mencionado requería, sino que el empleo de ellas causara, “[...] estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado”⁵⁴⁴. Así, el Tribunal Constitucional concluyó que el artículo 2 del Decreto-Ley 25.475 no violaba el principio de legalidad en la forma cómo fue reclamada por los peticionarios.

b) Las libertades de información, expresión opinión y difusión del pensamiento

También los demandantes plantearon la inconstitucionalidad de los artículos 7 del Decreto-Ley 25.475 y, 1° del Decreto-Ley 25.659. El primero de ellos sancionaba a toda persona que fomentara la ejecución o planeación de atentados terroristas en Perú o en el exterior, con pena privativa de libertad, además de la pérdida de la nacionalidad. Por su parte, el artículo 1° del Decreto-Ley 25.659 prohibía a los docentes infundir a sus alumnos cualquier orientación que fomentara o incidiera en el ánimo de éstos, para provocar simpatía por grupos terroristas. El Tribunal Constitucional consideró que estas disposiciones eran inconstitucionales, debido a que por esas conductas el Código Penal ya establecía una pena, de forma tal que aquéllas implicaban una doble sanción por una misma conducta⁵⁴⁵.

De igual manera, Tribunal Constitucional arguyó que el hecho de hacer apología al terrorismo como tal, no es suficiente para considerar como procedente una restricción

⁵⁴³ Cfr. *Ibidem*, párrafo 56.

⁵⁴⁴ *Ibidem*, párrafo 57.

⁵⁴⁵ El Tribunal Constitucional peruano consideró que el supuesto previsto por los artículos 7 del Decreto-Ley 25.475 y, 1° del Decreto-Ley 25.659, “[...] es una expresión de una innecesaria sobrecriminalización, al encontrarse contemplado dicho ilícito en el artículo 316 del Código Penal, que obviamente queda subsistente”, en *Ibidem*, párrafo 88.

legítima a la libertad de expresión. En este sentido, este tribunal destacó que en el intento de promocionar al terrorismo se debe referir a un acto ya realizado o a favor de una persona considerada como terrorista con anterioridad un atentado; así también, que los medios que el apologista utilice deban ser idóneos para obtener éxito en su intento, además de que por último, la exaltación afecte “[...] los principios democráticos de pluralidad, tolerancia y búsqueda de consenso”⁵⁴⁶.

c) El derecho a la nacionalidad

El derecho a la nacionalidad fue planteado también para que el Tribunal Constitucional se pronunciara sobre la posible inconstitucionalidad del artículo 7 del Decreto-Ley 25.475. Los peticionarios argumentaron que éste es uno de los derechos protegidos por diferentes tratados internacionales de los que el Perú es parte, y que por lo tanto, el Estado no puede privar caprichosamente de la nacionalidad a los peruanos sin que exista una causa suficientemente proporcional y requerida estrictamente por las circunstancias, analizadas caso por caso. Igualmente, el artículo 21 de la Constitución nacional prevé que, “[...] toda persona tiene derecho a la nacionalidad y nadie puede ser despojado de ella”; además el artículo 53 del texto fundamental peruano dispone que la nacionalidad se puede perder únicamente por renuncia expresa.

El Tribunal Constitucional dio pleno valor a los argumentos de los peticionarios y declaró efectivamente la inconstitucionalidad del artículo 7 del Decreto-Ley 25.475. Este tribunal consideró que el artículo 316 del Código Penal ya regulaba y sancionaba la conducta que el artículo 7 del Decreto-Ley 25.475 se proponía castigar, viniendo a “sobrecriminalizar” un mismo delito. Según el Tribunal Constitucional, los artículos 30 y 31 del Código Penal establecían el catálogo de penas, entre las cuales la pérdida de la nacionalidad no aparecía dentro de ellas. Por ello, este tribunal declaró que el artículo 7 del Decreto-Ley 25.475 era inconstitucional⁵⁴⁷.

d) El derecho al debido proceso

Ya ha sido estudiada en el Capítulo anterior la forma en cómo los Decretos-Ley antiterroristas peruanos afectaron diversas garantías judiciales, así como las

⁵⁴⁶ Cfr. *Idem*.

⁵⁴⁷ Cfr. *Ibidem*, párrafo 216.

determinaciones del Tribunal Constitucional al respecto. En este sentido, los reclamantes solicitaron de este tribunal que declarara inconstitucionales el artículo 6 del Decreto-Ley 25.659 por la violación al derecho a acceder a un tribunal; el artículo 15 del Decreto-Ley 25.475 por contemplar la figura de los jueces “sin rostro”; el artículo 13 h) del Decreto-Ley 25.475, por infringir el derecho a la recusación de los jueces; el artículo 18 del Decreto-Ley 25.475 por atacar al derecho de la defensa; el artículo 13 a) del Decreto-Ley 25.475 por impedir el derecho a la presunción de inocencia; y el artículo 13 c) del Decreto-Ley 25.475 por violar el derecho a presentar pruebas. Además solicitaron que declarara la violación al artículo 8 de la CADH por la disposición constitucional de que bajo delitos de terrorismo, los civiles pueden ser juzgados por tribunales militares.

El Tribunal Constitucional concluyó que respecto del derecho a acceder a un tribunal eran inconstitucionales tanto en el texto original del artículo 6 del Decreto-Ley 25.659, como en su reforma de 1997⁵⁴⁸. Por su parte, declaró también incompatible con el texto fundamental, la prohibición absoluta de recusar a jueces y magistrados⁵⁴⁹, al igual que la restricción del derecho de defensa prevista en el artículo 18 del Decreto-Ley 25.475⁵⁵⁰. También consideró que la presunción de inocencia era violada por el artículo 13 a) del Decreto-Ley 25.475 y por lo tanto, inconstitucional⁵⁵¹; además declaró la incompatibilidad de las restricciones probatorias impuestas en el artículo 13 c) del Decreto-Ley 25.475, respecto de las garantías tuteladas en la Constitución⁵⁵².

Por último, al entrar al estudio de la incompatibilidad del artículo 173 de la Constitución nacional en relación con el artículo 8 de la CADH por prever la posibilidad de que civiles culpados por la comisión de actos terroristas, el Tribunal Constitucional concluyó que los artículos 4 del Decreto-Ley 25.659 y, 2 del Decreto-Ley 25.880, reguladores del artículo 173 de la Constitución, son incompatibles con la CADH, puesto que exceden las limitaciones y condiciones que el texto constitucional prevé⁵⁵³. Con esto, el Tribunal Constitucional del Perú declaró que casi todas las garantías judiciales resultaban violadas por la legislación antiterrorista de la era fujimorista.

⁵⁴⁸ Cfr. *Ibidem*, párrafos 89-93.

⁵⁴⁹ Cfr. *Ibidem*, párrafos 112-113.

⁵⁵⁰ Cfr. *Ibidem*, párrafo 114.

⁵⁵¹ Cfr. *Ibidem*, párrafo 146.

⁵⁵² Cfr. *Ibidem*, párrafo 168.

⁵⁵³ Cfr. *Ibidem*, párrafos 107-109.

e) La integridad personal

Los demandantes también sometieron a consideración del Tribunal Constitucional la probable violación a la integridad personal, en virtud de que el artículo 20 del Decreto-Ley 25.475 imponía que los condenados por terrorismo fuesen confinados, “[...] en aislamiento celular continuo durante el primer año de su detención”. La determinación del Tribunal Constitucional al respecto ha sido ya analizada en los Capítulos V y VI de este trabajo, aunque baste decir para los efectos de la sentencia emitida por el órgano jurisdiccional de control de constitucionalidad peruano, que el artículo 20 del Decreto-Ley 25.475 fue declarado como inconstitucional, pues si bien no fue considerado como una especie de tortura, sí fue equiparado a un trato inhumano prohibido por la Constitución nacional, así como por los tratados internacionales de los que el Perú es parte⁵⁵⁴.

C. La decisión del Tribunal Constitucional del Perú y sus alcances

Derivado del análisis realizado en la sentencia de 3 de enero de 2003, el Tribunal Constitucional del Perú declaró que la legislación antiterrorista decretada por el entonces Presidente Alberto Fujimori violaba los derechos constitucionales especialmente la libertad de expresión, las garantías procesales, la integridad personal y el derecho a la nacionalidad. Como consecuencia de ello, declaró la inconstitucionalidad del artículo 7 y 13 h) del Decreto-Ley 25.475, así como los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 7 del Decreto-Ley 25.659, y los artículos 1, 2 y 3 del Decreto-Ley 25.708.

Ahora bien, ¿cuál es el alcance jurídico de la sentencia del Tribunal Constitucional peruano? En primer lugar, esta decisión significó la derogación judicial de los artículos declarados inconstitucionales. Para ello, el Tribunal Constitucional instó al Congreso de la República para que, “[...] reemplace la legislación correspondiente a fin de concordar el régimen jurídico” con los lineamientos sentados por este fallo judicial⁵⁵⁵.

Paralelamente y también de gran trascendencia, el Tribunal Constitucional aclaró que esta sentencia, “[...] no genera derechos de excarcelación para los procesados y condenados por la aplicación de las normas declaradas como inconstitucionales en esta sentencia”⁵⁵⁶. Así,

⁵⁵⁴ *Cfr. Ibidem*, párrafos 217-224.

⁵⁵⁵ *Ibidem*, párrafo resolutivo.

⁵⁵⁶ *Idem*.

el Tribunal Constitucional dejó subsistentes las sentencias condenatorias emitidas en aplicación de los Decretos antiterroristas.

De esta forma, Perú terminó con once años de régimen de excepción *de facto*, en donde el miedo y la incertidumbre fueron una constante dentro de la población, no obstante que el Tribunal Constitucional no concedió el beneficio de la excarcelación a los condenados por la aplicación de los Decretos antiterroristas. El régimen del Presidente Alejandro Toledo no ha vuelto a promulgar legislación antiterrorista, a pesar de que parece que en aquel país andino comienzan a revivir viejos grupos subversivos bajo distintos nombres, pero arrogándose los ideales y métodos que alguna vez portaron *Tupac Amaru* y Sendero Luminoso.

4. La sentencia C-816/04 de la Corte Constitucional de la República de Colombia

El 30 de agosto de 2004 la Corte Constitucional colombiana dio marcha atrás a una serie de reformas constitucionales que pretendían erradicar al terrorismo, aprobadas apenas un año antes. En ellas se procuró otorgar facultades especiales a los cuerpos policiales y militares para prevenir e investigar posibles terroristas. Sin embargo, a pesar de cómo comúnmente se llevan a cabo, las medidas antiterroristas fueron más allá de lo normal; el Presidente Álvaro Uribe Vélez sometió a consideración del órgano constituyente colombiano una propuesta de reforma al texto fundamental colombiano en lugar de presentar una iniciativa de ley.

No obstante, si las medidas antiterroristas fueron sorprendivas e inusuales al convertirlas en parte del texto de la Constitución, la respuesta que la Corte Constitucional a través de la sentencia C-816/04, ofreció fue igual o más asombrosa, sorprendiendo hasta a los mismos demandantes pues nadie hubiera supuesto que este órgano de control constitucional hubiese tomado la ruta de la deficiencia en el procedimiento legislativo por sobre la argumentación de fondo, que fue finalmente en la que se basaron las denuncias. Empero, para poder comprender el alcance de las medidas antiterroristas, así como la sentencia C-816/04 es preciso estudiar brevemente la violenta historia de este país andino.

A. Colombia, una historia de violencia y fatalidad

Pareciera mentira que un país tan afortunado en tantos aspectos sea también el que más haya sufrido de violencia social en toda nuestra América Latina en los últimos sesenta años.

En efecto, Colombia quien hasta 1948 se perfilaba como uno de los países más prósperos de toda la región, se vio envuelta en un conflicto político-social entre los partidos liberal y conservador, desatando la violencia con la muerte del caudillo liberal Jorge Eliécer Gaitán⁵⁵⁷, momento que es recordado como “el bogotazo”⁵⁵⁸. A partir de ese momento Colombia vivió un periodo negro entre 1948 y 1958, el cual se conoce en la historia como “la violencia”, concluyendo con el Pacto de Madrid firmado por los dirigentes de los dos partidos políticos protagonistas del conflicto⁵⁵⁹. Con este acuerdo, se formaron los siguientes gobiernos de una forma paritaria entre ambas fuerzas políticas hasta 1974 en que se dio por terminado el Pacto de Madrid.

No obstante, lo que empezó siendo un conflicto violento entre fuerzas políticas se trasladó a la sierra para ahondar sus efectos dentro de las clases campesinas. Para 1958, el acuerdo entre conservadores y liberales sólo sirvió desde una perspectiva política pero ya no pudo contener la violencia desatada en diversas regiones de los Andes colombianos⁵⁶⁰. Por esta razón el Gobierno colombiano tuvo la necesidad de emitir diversos decretos presidenciales entre los que sobresalen el Decreto 3398 de 1965, “por el cual se organiza la defensa nacional”⁵⁶¹, así como el Decreto 1573 de 1974, en el que “se establecen los documentos inherentes a la planeación de la Seguridad Nacional”. También entre esta gran cantidad de legislación de emergencia se expidió el Decreto 70 de 1978, mediante el cual se eximió de cualquier responsabilidad a los miembros de la Fuerza Pública cuando

⁵⁵⁷ El profesor uruguayo Eduardo Galeano afirma respecto del estallamiento de la violencia en Colombia en mayo de 1948 que, “(e)l baño de sangre coincidió con un periodo de euforia económica para la clase dominante”, en GALEANO Eduardo, “Las Venas Abiertas de América Latina”, Siglo XXI, México, 2003, página 164.

⁵⁵⁸ El Bogotazo fue una revuelta popular en la capital colombiana que coincidió con la celebración de IX Conferencia Internacional Americana que dio origen a la Organización de los Estados Americanos (OEA), en mayo de 1948.

⁵⁵⁹ Asimismo, a través de este acuerdo se expidió el Decreto 942 de 27 de mayo de 1958 con la que se creó la Comisión Nacional Investigadora de las Causas de la Violencia, para conciliar los rencores que dejó La Violencia, en VARGAS LLOSA Álvaro, “Liberty for Latin America: How to Undo Five Hundred Years of State Oppression”, FSG, Nueva York, 2005, página 167.

⁵⁶⁰ Cfr. GALEANO Eduardo, “Las Venas Abiertas de América Latina”, *supra* nota 49, página 167.

⁵⁶¹ Este Decreto instauró originalmente un Estado de Sitio de conformidad con la entonces vigente Constitución de 1886. Sin embargo, a través de la Ley 48 de 1968, este régimen fue convertido en permanente, en “Exposición de Motivos del Texto de Modificación Constitucional para establecer un Estatuto Antiterrorista”, presentado al Congreso de Colombia el 23 de mayo de 2003.

intervinieran en operaciones relacionadas con la prevención y represión de casos de extorsión, secuestro o narcotráfico⁵⁶².

Ninguna de estas medidas fueron suficientes para erradicar la violencia en el territorio colombiano ni para evitar la conformación de grupos de guerrilleros como el M-19, el Ejército Popular de Liberación (EPL) las Fuerzas Revolucionarias Armadas de Colombia (FARC) y, el Ejército de Liberación Nacional (ELN), los dos últimos con plena vigencia hasta nuestros días. Como contraparte, también grupos paramilitares fueron creados bajo la aquiescencia y ayuda de las Fuerzas Armadas, quienes han pasado por diversos nombres, el último de ellos, las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC). Los paramilitares han crecido en su número y fuerza en los últimos años y al día de hoy se han desvinculado de cualquier autoridad gubernamental, es decir, el gobierno, si es que alguna vez lo hizo, ya no controla a este grupo de reacción a la guerrilla⁵⁶³.

Para la década de 1980 los problemas sociales en Colombia se agudizaron con el fortalecimiento del narcotráfico en la provincia de aquel país. Como respuesta, los gobiernos prefirieron seguir una política de paz, y tratar de solventar la situación mediante negociaciones con los diversos grupos guerrilleros⁵⁶⁴, aunque el resultado de esta política sólo aumentó la violencia creando un clima de ingobernabilidad, desesperanza, y apoderamiento del control en todo el territorio por los grupos criminales.

En 1991 el Congreso Constituyente se reunió con la misión de redactar una nueva Constitución para el Estado colombiano. Para ese entonces, el texto fundamental vigente quedaba rezagado a la nueva realidad de aquel país, pues databa de más de un siglo su promulgación. La paz y la protección de la seguridad fue un tema toral en la discusión de

⁵⁶² Cfr. *Idem*.

⁵⁶³ Cfr. STANTON Kimberly, “The Colombian Conflict: Regional Impact and Policy Responses”, Washington Office on Latin America (WOLA), Washington D.C., agosto 2005, página 4.

⁵⁶⁴ Así, el Presidente Belisario Betancur formó la Comisión de Paz en 1982 para llevar a cabo negociaciones con la guerrilla. Además se concedió la amnistía mediante la Ley 35 de 1982 para permitir la liberación de guerrilleros presos de la dirigencia del M-19. En este proceso también se negoció con las FARC con el se consiguió un cese al fuego. Sin embargo, la violencia no paró y la guerrilla continuó sus operaciones al matar al entonces Ministro de Justicia Rodrigo Lara Bonilla en 1984. En 1985, el M-19 entró por asalto al Palacio de Justicia en la Plaza Bolívar de la capital colombiana y después de mantener retenidas a todas las personas que se encontraban dentro del inmueble, procedieron a matarlas, dejando en ese lugar el atentado más violento que se recuerde en la historia del conflicto colombiano, en GALLÓN GIRALDO Gustavo, “Reflexiones en la Lucha contra la Impunidad en el Tránsito hacia la Paz en Colombia” en *Verdad y Justicia en Procesos de Paz o Transición a la Democracia*, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2003, páginas 51-64.

los debates parlamentarios⁵⁶⁵. Además se creó un sistema ampliado de protección de derechos y libertades fundamentales, además de prever recursos judiciales efectivos para su defensa. Por lo que respecta al combate al terrorismo, la nueva Constitución implementó nuevas facultades a las autoridades policiales y militares para que hicieran frente a la violencia de la guerrilla y del narcotráfico⁵⁶⁶.

Empero, tampoco el texto constitucional de 1991 sirvió para erradicar la violencia que ya por décadas aquejaba al pueblo colombiano. Aunque durante los noventa los cárteles del narcotráfico fueron desmantelados, los grupos de guerrilla los sustituyeron apoderándose del control de la droga. Además, tanto las FARC como los paramilitares comenzaron sendas campañas terroristas ya no sólo en la lejanía de la sierra sino dentro de las grandes ciudades colombianas. Así, la década de 1990 significó el inicio e intensificación de una nueva manifestación de los movimientos de guerrilla, en la cual se involucró a la sociedad civil en su conjunto. Como reacción a esta nueva violencia terrorista el Gobierno del Presidente César Gaviria emitió los Decretos de Emergencia ya comentados en el Capítulo II para contrarrestar tanto a la guerrilla de las FARC y del ELN como a los paramilitares.

Las siguientes administraciones de los Presidentes Ernesto Samper y sobretodo de Andrés Pastrana fueron débiles en la lucha antiterrorista. Incluso, éste último reinició negociaciones con las FARC mientras este grupo guerrillero seguía cometiendo atentados terroristas, además de que como resultado de esta política, se le otorgó a las FARC una zona de distensión constituida por diversos municipios de la sierra andina, en la cual el gobierno colombiano se comprometió a respetar y no entrar en ella⁵⁶⁷. Mientras el gobierno colombiano cedía, justo al final de la administración del Presidente Pastrana se presentó uno de los más crueles embates que entre las FARC y los paramilitares han protagonizado, dejando a su paso más de cien muertes de personas civiles⁵⁶⁸.

⁵⁶⁵ Incluso, en el nuevo texto constitucional se incluyó un nuevo derecho humano, a saber: el derecho humano a la paz. En efecto, el artículo 22 quedó redactado como sigue: "(1)a paz es un derecho de obligatorio cumplimiento".

⁵⁶⁶ Cfr. "Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia", CIDH, 14 de octubre de 1993, Capítulo III.

⁵⁶⁷ Cfr. STANTON Kimberly, "The Colombian Conflict: Regional Impact and Policy Responses", *supra* nota 55, página 7.

⁵⁶⁸ El enfrentamiento por la lucha de poder entre las FARC y los paramilitares ha tenido indudablemente su punto más dramático en la confrontación de mayo de 2002 en la comunidad de Bojayá en el oeste colombiano, cuando fuerzas de ambos grupos armados clandestinos se enfrascaron en un tiroteo, dejando en

Asimismo, habiendo heredado el mayor acto de complacencia a la guerrilla colombiana, el Presidente Álvaro Uribe tomó el poder de este país en 2002. Un año después, el nuevo gobierno sometió al Congreso de Colombia un paquete de reformas constitucionales para implementar lo que la misma iniciativa denominó como el “Estatuto Antiterrorista”. En él se buscó reformar específicamente los artículos 14, 25, 28 y 250 para otorgar mayores poderes de cateo e intervención de comunicaciones a los cuerpos policíacos, así como de facultar a las Fuerzas Armadas a sumarse a las redadas antiterroristas. No obstante, la reforma constitucional fue severamente criticada desde el momento mismo de su aprobación. La oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia insistió desde su presentación al Congreso del grave impacto que esta reforma constitucional podía producir en los tratados internacionales de derechos humanos de los que Colombia es parte⁵⁶⁹.

Finalmente, el Estatuto Antiterrorista entró formalmente en vigor en noviembre de 2003, aunque sería solamente por un muy corto plazo, pues como se verá en los siguientes párrafos, la Corte Constitucional echó atrás esta reforma al texto fundamental colombiano.

B. Los demandantes y la acción presentada

La sentencia C-816/04 de la Corte Constitucional recayó sobre dos demandas solicitadas por Wilson Alfonso Borja Díaz por un lado, y la otra por Gustavo Gallón Giraldo,

medio a los habitantes civiles de ese lugar. Ellos aterrizados por el enfrentamiento se refugiaron en la iglesia de la localidad mientras se lazaban pipetas de uno hacia otro lado. Una de ellas impactó en la iglesia y explotó adentro de ella, matando a ciento diecinueve personas, en “Informe sobre la Misión de Observación en el Medio Atrato”, Oficina en Colombia del alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, mayo de 2002, páginas 12-15.

⁵⁶⁹ La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia, señaló que

“(a)nte la Cámara de Representantes la Oficina ha hecho notar la incompatibilidad entre los tratados de derechos humanos y las propuestas que buscan introducir en el ordenamiento jurídico colombiano el ejercicio de funciones de policía judicial por miembros de las fuerzas militares, y el otorgamiento a las autoridades administrativas de facultades permanentes para disponer, sin orden judicial previa y ‘para prevenir el terrorismo’, la interceptación de comunicaciones privadas, la aprehensión de personas fuera del caso de flagrancia y el allanamiento del domicilio”.

Además este alto órgano de Naciones Unidas estableció que:

“La Oficina estima necesario que, en vez de otorgar facultades de policía judicial a los militares, el Estado fortalezca los servicios de policía judicial hoy prestados por la Policía Nacional. Con tal fin este cuerpo debe ser dotado de mayores recursos financieros y técnicos para apoyar, con mayor eficacia y prontitud, la tarea de las autoridades encargadas de administrar justicia mediante la investigación y el juzgamiento de los delitos”.

Para analizar el texto completo, “Observaciones y Sugerencias sobre el Proyecto de Modificaciones Constitucionales para Combatir el Terrorismo”, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 23 de septiembre de 2003.

conjuntamente con ciento treinta ciudadanos quienes impugnaron el Acto Legislativo 02 de 2003, “por medio del cual se modifican los artículos 15, 24, 28 y 250 de la Constitución Política de Colombia para enfrentar el Terrorismo”. La Corte Constitucional decidió acumular las dos demandas para resolverlas en una sola sentencia⁵⁷⁰.

Los demandantes argumentaron que la reforma antiterrorista era inconstitucional porque el propio texto fundamental colombiano supedita su aplicación a los tratados internacionales, de forma tal que la reforma viene a derogar el ejercicio de ciertos derechos y libertades internacionalmente reconocidos. Por ello, al pretender pasar por encima de los tratados y convenciones, no se estaba obedeciendo el mandato constitucional. Así, los demandantes consideraron que reforma antiterrorista contravenía los tratados internacionales, en virtud de que se le concedía la facultad a las Fuerzas Armadas de realizar cateos e intervenir comunicaciones sin orden judicial, lo cual en opinión de los demandantes, contrariaba un principio básico de la democracia como lo es, la división de poderes. Igualmente, el hecho de habilitar a las Fuerzas Armadas a revisar comunicaciones y domicilios de personas civiles violaba diversas obligaciones internacionales contraídas por Colombia, porque era sabido que los militares al catear a civiles trasgredían sus funciones naturales de salvaguarda de la nación, y dado que no estaban técnicamente preparados para intervenir a personas civiles, no deberían intrometerse en esos asuntos.

Por otra parte, los demandantes también señalaron que la reforma constitucional antiterrorista violaba el principio *pro homine* que rige en el Derecho Internacional. Para ello, los promoventes indicaron que “[...] no son admisibles las argumentaciones en el sentido de entender que, en la medida en que los tratados internacionales permiten la restricción de derechos humanos, estos tratados puedan ser citados para argumentar la restricción permanente de algunos derechos”. Así, según los demandantes no se pueden autorizar restricciones de los derechos constitucionales, fundamentando la permisión del Derecho Internacional para ello, pues el principio *pro homine* no faculta echar marcha atrás al goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales.

Finalmente, los peticionarios reclamaron de la Corte Constitucional colombiana que declarara inconstitucional la reforma antiterrorista por ser ella violatoria del derecho a la

⁵⁷⁰ Cfr. Sentencia C-816/04, Corte Constitucional de la República de Colombia, 30 de agosto de 2004.

circulación, toda vez que permite a las autoridades policiales y militares detener individuos sin orden judicial para meras revisiones. Así también, consideraron que existía violación al derecho a la intimidad por permitir de igual forma sin orden judicial, la intervención de comunicaciones así como la realización de cateos.

C. ¿Qué dijo la Corte Constitucional?

A pesar de que los demandantes fundamentaron su petición en argumentos de fondo, la Corte Constitucional decidió otra vía para entrar al conocimiento de la demanda planteada. A lo largo de la sentencia C-816/04, el máximo tribunal colombiano evitó considerar si efectivamente la reforma constitucional violaba derechos y libertades. Haberlo hecho de esa manera hubiera implicado entrar una cuestión primordial sobre si una reforma constitucional puede violar la Constitución, lo cual parece ser una incongruencia.

Sin embargo, la Corte Constitucional buscó dar respuesta favorable a los peticionarios estudiando el procedimiento de reforma. Después de analizar celosamente cada uno de los pasos requeridos por la Constitución, así como por el Reglamento del Congreso, la Corte consideró que en el proceso de reforma constitucional había habido una deficiencia en la votación en uno de los debates. Así, en sus propias palabras, “(e)l vicio consistió en la supresión de los efectos jurídicos y prácticos de la votación realizada en el sexto debate en la segunda vuelta en la Cámara de Representantes del informe de ponencia el día 5 de noviembre de 2003, la cual no alcanzó la mayoría absoluta requerida por el artículo 375 de la Constitución”.

Pero, ¿cuál fue el error en el procedimiento legislativo que llevó a la Corte Constitucional a declarar inválida la reforma antiterrorista? Para comprender esta decisión es preciso explicar brevemente el procedimiento de debate y votación de las reformas constitucionales de acuerdo al orden jurídico colombiano. En primer lugar se debe decir que para que proceda dicha iniciativa debe ser aprobada en dos ocasiones por el Congreso colombiano y los debates parlamentarios se pueden extender a los que los congresistas consideren pertinentes⁵⁷¹. Ahora bien, según la determinación de la Corte Constitucional el vicio en la formación de la reforma antiterroristas se presentó durante el sexto debate de la segunda votación. Para abrir aquel debate solamente era necesaria una mayoría simple es decir,

⁵⁷¹ Cfr. *Ibidem*, párrafos 22-37

sesenta y cinco votos; sin embargo, la Mesa Directiva confundió los tipos de votación y entendió que al tratarse de un debate para una reforma constitucional la mayoría necesaria era la absoluta esto es, ochenta y cuatro votos. Al haberse registrado únicamente ochenta y tres, la Mesa Directiva determinó que no había la mayoría requerida y por lo tanto no podría haber debate⁵⁷².

La Corte Constitucional consideró que la Mesa Directiva confundió los procedimientos de votación; para ello, aclaró entre una votación para abrir un debate y otra para aprobar un dictamen. Mientras para la primera la votación es simple, para la segunda debe pasar por la mitad más uno de los congresistas. De esta manera, la Corte Constitucional consideró que al no abrirse, de forma ilegal, el sexto debate se impidió que el proyecto de reforma constitucional fuera debatido aquel día y sometido posteriormente a la votación de su contenido y al no haber mayoría absoluta (porque ahí sí hubiera requerido de ochenta y cuatro votos cuando en ese momento solamente había ochenta y tres presentes), entonces hubiera implicado su “hundimiento”⁵⁷³. Así, el no haberse “hundido” esta iniciativa de reforma constitucional ese día, dio oportunidad para que el día siguiente fuera votada y aprobada lo que en lugar de subsanar el vicio cometido, “[...] fue en realidad su materialización”⁵⁷⁴.

La consideración de la mayoría de los magistrados fue severamente cuestionada por el único miembro de la Corte Constitucional que votó en contra de esta sentencia. En efecto, el Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, en su Opinión Disidente, sostuvo que el criterio de este tribunal fue un “formalismo extremo” de sacrificar la verdadera voluntad de los legisladores por un error insignificante en el procedimiento. Señaló además que el proyecto de reforma antiterrorista fue votada por amplias mayorías en las dos votaciones en la Cámara de Representantes y en el Senado, y que la sentencia de la Corte Constitucional

⁵⁷² Cfr. *Ibidem*, párrafos 38-66.

⁵⁷³ La Corte Constitucional señaló que, “[...] todos los representantes compartían una convicción, que refleja una práctica parlamentaria reiterada, y era la siguiente: si la votación del informe de ponencia no alcanza la mayoría requerida, entonces el proyecto no puede continuar su trámite, por cuanto se entiende ‘hundido’ o ‘archivado’”, en *Ibidem*, párrafo 76.

⁵⁷⁴ Cfr. *Ibidem*, párrafo 124.

venía a quebrantar la voluntad real del Poder Constituyente, por juzgar con extremo rigor el adecuado procedimiento legislativo⁵⁷⁵.

En conclusión, la Corte Constitucional colombiana consideró que la indebida actuación de la Mesa Directiva en el sexto debate de la segunda votación fue suficiente para declarar inconstitucional la reforma antiterrorista⁵⁷⁶. Aunque este tribunal dejó escapar la oportunidad de sentar un precedente de gran relevancia en relación con la legislación constitucional antiterrorista implementada por el gobierno del Presidente Álvaro Uribe, lo cierto es que dejó sin efectos la reforma planteada y aunque fue únicamente por vicios en el proceso legislativo, actualmente Colombia no sufre de los efectos tan agresivos que se planteaban en el Estatuto Antiterrorista de 2003.

4. La sentencia de la Cámara de los Lores contra la ACSA 2001 en el Reino Unido

Una de las decisiones judiciales contra las leyes antiterroristas más sorprendentes es probablemente aquella pronunciada por la Cámara de los Lores del Reino Unido en su calidad última instancia jurisdiccional. En este país conocido por su larga tradición conservadora y reticente al Derecho Internacional, la Cámara de los Lores dio un valor primordial al CEDH para declarar que la ACSA 2001 era contraria a diversos derechos y libertades contenidos en este tratado internacional.

Sin embargo, la sentencia de la Cámara de los Lores de 16 de diciembre de 2004 significó mucho más. En efecto, la decisión implicó un sendo revés a la política antiterrorista que por décadas el Reino Unido ha adoptado y particularmente a las medidas adoptadas durante la administración del Primer Ministro británico Tony Blair, como consecuencia de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos. No obstante, la larga

⁵⁷⁵ En este sentido, el Magistrado Cepeda Espinosa afirmó que, “(l)a voluntad mayoritaria del Congreso no puede quedar supeditada irremediadamente a los yerros de la mesa directiva de una Cámara. La Corte lamentablemente admitió que así suceda”, en Opinión Disidente del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa en Sentencia C-816/04, Corte Constitucional de la República de Colombia, 30 de agosto de 2004.

⁵⁷⁶ Incluso, la Corte Constitucional colombiana señaló lo siguiente:

“Finalmente, en el presente caso, la declaración de inexecutable del Acto Legislativo No 02 de 2003 era ineludible pues el vicio constatado distaba de ser un “*vicio formal puramente formal*”, según la sugestiva expresión de Zagrebelsky, esto es, no era una irregularidad que no comprometiera ningún valor o principio constitucional sustantivo. Por el contrario, el vicio consistió, nada más y nada menos, que en el desconocimiento del procedimiento agravado propio de reforma constitucional y en la distorsión de la formación de la voluntad democrática de las cámaras, puesto que se pretendió ignorar una votación que mostraba que la reforma no había alcanzado la mayoría absoluta exigida por la Carta. Y si eso no es un vicio de inconstitucionalidad, ¿entonces qué puede ser un vicio de procedimiento en la aprobación de un acto legislativo?”, en Sentencia C-816/04, *supra* nota 62, párrafo 144.

y muy sufrida lucha contra el terrorismo es mucha más añeja, pues el Reino Unido ha tenido que lidiar con el terrorismo doméstico durante más de medio siglo.

A. La histórica lucha contra el terrorismo doméstico e internacional en el Reino Unido

Que el Reino Unido se presente como el principal socio de Estados Unidos en la Guerra contra el Terrorismo internacional, no implica que su marco antiterrorista sea nuevo. Por el contrario, el Reino Unido es una de las naciones del viejo continente que más ha aquejado de terrorismo interno o doméstico y quizás después de Turquía, sea el país con mayor violencia por la comisión reiterada de este delito.

La violencia terrorista en el Reino Unido se ha presentado básicamente en Irlanda del Norte que es uno de las cuatro regiones de aquel país. Desde la independencia de Irlanda respecto de la corona británica en la década de 1920, Irlanda del Norte quedó bajo el dominio del Reino Unido separando así la isla en un país independiente y la otra en una región de la Gran Bretaña. No obstante, la parte que no logró su separación de la corona se habría de convertir en una penitencia para el resto del país durante las décadas siguientes no sólo por sus ideas independentistas, sino por las tremendas diferencias religiosas y sociales que se presentan en Irlanda del Norte⁵⁷⁷. Esta situación ha generado un sentimiento de odio entre ambos sectores, en la que ha llegado incluso a confrontaciones violentas directas entre protestantes y católicos.

En el marco de este antagonismo, diversos grupos autollamados revolucionarios surgieron para reivindicar, según ellos, la causa independentista. Además, debido a que el poder político se concentraba en el grupo protestante, los católicos también formaron estos grupos con la intención de protestar contra la opresión que en su concepto sufrían los seguidores de su religión. Es así que nacieron organizaciones violentas como el Ejército República Irlandés (*IRA*) y su contraparte, la Fuerza Voluntaria de Ulster (*UVF*). Su principal objetivo era la separación del Reino Unido para unificarse a Irlanda⁵⁷⁸. Durante todas sus

⁵⁷⁷ En Irlanda de Norte las diferencias se han ahondado por los grupos religiosos que habitan en esta región. Las dos terceras partes de su población son protestantes y el restante es católico. Así, mientras los primeros prefieren su unión con el Reino Unido, los católicos luchan por separarse de la corona británica e integrarse a Irlanda para conformar toda la isla en un solo país, en REMOTTI CARBONELL José Carlos, “Constitución y Medidas contra el Terrorismo”, COLEX, Madrid, 1999, página 34.

⁵⁷⁸ El *IRA* nació en 1916 como una organización dedicada en principio para la separación de la isla en su totalidad de la corona británica. No obstante, llegada la independencia de Irlanda, el movimiento se trasladó a la parte norte, la cual permaneció bajo soberanía del Reino de Inglaterra. Por su parte, el *UVF* fue creado en

actividades, estos grupos han dejado una gran cantidad de confrontaciones directas, además de centenares de muertes en atentados terroristas, perpetrados contra las comunidades religiosas contrarias, y aunque en la actualidad ambas organizaciones se encuentran casi desarticuladas, las rencillas sociales continúan presentándose en Irlanda del Norte.

Como respuesta a toda la violencia terrorista en las principales ciudades norirlandesas, el gobierno central del Reino Unido tomó durante décadas diferentes medidas legales para tratar de erradicar tanto al *IRA* como a la *UVF*; decretos de carácter permanente pero sobretodo temporal, fueron promulgados por las autoridades británicas las cuales tuvieron como finalidad despejar contingencias más que erradicar de forma permanente la violencia en Irlanda del Norte. Así, como ya se ha analizado en Capítulos anteriores, las medidas de emergencia adoptadas por el Reino Unido para afrontar al terrorismo interno fueron prácticamente infructíferas, debido a que no pudieron eliminar de fondo el conflicto entre protestantes y católicos que era la razón última de la violencia. Incluso, la Corte Europea de Derechos Humanos conoció de diversos casos relacionados con las medidas de emergencia expedidas por el gobierno británico determinando que la gran mayoría de ellas eran violatorias de los derechos y libertades protegidos por el CEDH⁵⁷⁹.

Por su parte, la *Terrorism Act 2000* significó la consolidación de la legislación antiterrorista imperante. Tras los fracasos de las leyes de emergencia, el Reino Unido

1966 como un grupo paramilitar de choque al *IRA* formado por jóvenes protestantes que se declaraban leales a la corona, en GARCÍA SANPEDRO José, “Terrorismo: Aspectos Criminológicos y Legales”, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid-Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1993, páginas 99-100.

⁵⁷⁹ En el caso más relevante sobre las medidas antiterroristas de emergencia, el Caso Irlanda v. Reino Unido, la denuncia interestatal presentada por Irlanda se refería a la violación del artículo 3 del CEDH por parte del Reino Unido al promulgar la *Special Powers Act 1972* que en criterio del Estado demandante permitía la tortura. La Corte Europea de Derechos Humanos determinó que lo que esta ley permitía no era tortura pero si tratos crueles e inhumanos, en Caso Irlanda v. Reino Unido, Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia de 18 de enero de 1978, párrafo tercero de la parte resolutive.

Así también, el Caso Brogan y otros v. Reino Unido, la Corte Europea de Derechos Humanos *Terrorism (Temporary Provisions) Act 1974* violaba el derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 5 del CEDH, en Caso Brogan y otros, Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia de 29 de noviembre de 1988; igualmente en el Caso Chahal v. Reino Unido este mismo tribunal señaló que la *Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1984* violaba el artículo 5 del CEDH por la privación arbitraria de la libertad, en Caso Chahal v. Reino Unido, Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia de 25 de octubre de 1996, Parte Resolutive.

Por el contrario, el Caso Brannigan y Mc Bride, la Corte Europea de Derechos Humanos determinó que la *Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1984* constituía una suspensión permitida conforme al artículo 15 del CEDH y por lo tanto, consideró que el Reino Unido cumplió con los requisitos para poder decretar una Suspensión de Garantías, en Caso Brannigan y Mc Bride v. Reino Unido, Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia de 22 de abril de 1993, Parte Resolutive.

implementó un cuerpo legal de carácter permanente. En la *Terrorism Act 2000* se fortalecieron los mecanismos penales para investigar y sancionar al terrorismo además de ofrecer una definición sobre la descripción típica permanente de este delito.

No obstante, los atentados del 11 de Septiembre de 2001 en Nueva York y en Washington también tuvieron efecto en la clase política británica y al sentirse inseguros por un eventual ataque contra ellos, apuraron el procedimiento legislativo para promulgar una ley antiterrorista que regulara la relación de este país con los extranjeros residentes en aquel país. En efecto la *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001 (ACSA 2001)* que fuera aprobada un para de meses después a los atentados terroristas en Estados Unidos, previó sistemas de revisión, persecución y retención de extranjeros que fueran terroristas sospechosos. Así, esta nueva ley constituyó un procedimiento que sus similares canadiense y estadounidense ya habían previamente establecido denominado como de “Certificación” el cual a sido sobradamente estudiado a lo largo de este trabajo. Lo rescatable de la *ACSA 2001* en este momento es que sus disposiciones aunque no hicieron una distinción al hablar de extranjeros, verdaderamente esta ley tenía una dirección muy concreta, que era la enorme comunidad musulmana en el Reino Unido.

Empero, desde que la *ACSA 2001* fue promulgada encontró oposición de casi todos los sectores sociales; movimientos de derechos humanos se manifestaron en contra de la aplicación de la ley por los contenidos tan lesivos que prescribía, sobretodo en relación con los extranjeros e inmigrantes. Incluso, la *ACSA 2001* fue catalogada por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU como de aquellas que materialmente creaban un régimen de excepción *de facto* y, al ser de carácter permanente, era considerada como violatoria de los derechos humanos contenidos en el Pacto y en el Convenio Europeo⁵⁸⁰. Así también, el

⁵⁸⁰ El Relator Especial de las Naciones Unidas para Estados de Excepción, Leandro Despouy señaló que:

“Como resultado de esta situación excepcional, la Ley de 2001 relativa a la delincuencia, la seguridad y la lucha contra el terrorismo, amplía en particular las facultades de arresto y detención de ciudadanos extranjeros, con sujeción a ciertas condiciones estipuladas por la propia ley. El Gobierno informó al Secretario General de que había examinado la posible incompatibilidad de esas facultades de detención ampliadas en virtud de la Ley de 2001, con las obligaciones contraídas en virtud del artículo 9 del Pacto, decidiendo en tanto en cuanto el ejercicio de esas facultades pudiera ser incompatible con las obligaciones contraídas por el Reino Unido en virtud de dicho artículo 9, hacer uso hasta nueva orden del derecho de suspensión que la confiere el párrafo 1 del artículo 4 del Pacto”.

Esta información fue obtenida de la notificación que el Gobierno del Reino Unido hizo llegar al Secretario de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 2001, en “Lista de Estados que han proclamado o prorrogado el estado de excepción. Informe de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos presentado de conformidad con la decisión 1998/108 de la Comisión de Derechos Humanos”, “Lista de Estados que han

Comisionado del Consejo de Europa para los Derechos Humanos, Álvaro Gil-Robles destacó la discriminación que la *ACSA 2001* genera al imponer el procedimiento de Certificación solamente a extranjeros⁵⁸¹.

Asimismo, la indignación causada por la *ACSA 2001* provocó que no solamente órganos internacionales se pronunciaran sobre su compatibilidad con los derechos humanos. En recurso extraordinario interpuesto ante la Cámara de los Lores en su calidad de máximo órgano jurisdiccional británico diversos peticionarios reclamaron la incidencia negativa que la *ACSA 2001* tenía sobre los derechos humanos protegidos por el CEDH/LF del cual el Reino Unido es parte. La sentencia relativa a esas peticiones recayó finalmente el 16 de diciembre de 2004.

B. Los Peticionarios ante la Cámara de los Lores

Frente a las determinaciones de la Comisión Especial de Apelaciones sobre Inmigración (*SIAC*, por su siglas en inglés), nueve apelantes acudieron a la Cámara de los Lores a reclamar la ilegalidad de su Certificación. A pesar de que su identidad fue mantenida en secreto, de la sentencia en comento se desprende que se trato de dos apelaciones distintas. En la primera, ocho de los apelantes fueron certificados por la Secretaría del Interior (*Home Secretary*) y detenidos conforme a la sección 23 de la *ACSA 2001* el 18 de diciembre de 2001. La segunda apelación se refirió a una persona más que fue certificado y posteriormente detenido el 8 de febrero de 2002. Dos de los apelantes ejercieron su derecho de salir del Reino Unido hacia su natal Marruecos y otros dos más salieron a Francia. Un último más ha sido internado por padecer de desórdenes mentales y su

proclamado o prorrogado el estado de excepción. Informe de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos presentado de conformidad con la decisión 1998/108 de la Comisión de Derechos Humanos”, Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 55º Período de Sesiones, 2003..

⁵⁸¹ Así, el Comisionado del Consejo de Europa para los Derechos Humanos, Álvaro Gil-Robles, afirmó respecto del procedimiento de “Certificación” previsto por la *ACSA 2001* que, “(debido a que estas medidas son aplicables solo a extranjeros no deportables, éstas son mostradas en una justicia de dos vías, en las cuales diferentes estándares de derechos humanos aplican tanto a extranjeros como a nacionales”, en “Opinión 1/2001 del Comisionado para los Derechos Humanos, Señor Álvaro Gil-Robles, sobre ciertos Aspectos de las Derogaciones sobre el artículo 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, 28 de agosto de 2002, párrafo 40.

Certificación fue revocada. El resto de los apelantes siguieron detenidos hasta el pronunciamiento de la Cámara de los Lores⁵⁸².

De acuerdo a las conclusiones de la sentencia de la Cámara de los Lores, los nueve apelantes compartían ciertas características que les permitió resolver de forma conjunta todos los casos. En primer lugar, todos ellos eran nacionales no británicos; así también, ninguno había sido previamente sentenciado por algún delito; en tercer término, todos los apelantes reclamaban la ilegalidad de su detención al considerar incompatible el procedimiento de Certificación con los estándares de derechos humanos previstos por el CEDHLF, incorporada al sistema jurídico británico mediante la *Human Rights Act 1998*. Según alegaron los peticionarios, el Reino Unido no tenía la facultad de suspender derechos y libertades pues siguiendo el artículo 15 de la CEDHLF, este país debía primero cumplir con una serie de requisitos formales, lo cual en la promulgación de la *ACSA 2001* no había cumplido. Por ello, pidieron a la Cámara de los Lores que como máxima instancia judicial en el Reino Unido decidiera si efectivamente la *ACSA 2001* era incompatible con las obligaciones internacionales adquiridas por este país⁵⁸³.

C. El criterio de la Cámara de los Lores

Los nueve Lores que intervinieron en la aprobación de la sentencia comentada determinaron declarar que el procedimiento de Certificación era contrario a las obligaciones del Reino Unido por virtud del CEDHLF. El proyecto de resolución redactada por el Lord Bingham de Cornhill, a la que se apegaron los restantes ocho Lores, estudió en primer lugar, la posible existencia de un Estado de Emergencia que válidamente hubiera permitido al Reino Unido ciertos derechos al amparo del CEDHLF. Así, el máximo tribunal británico estudió si tal como señala el artículo 15 de este tratado europeo, las medidas tomadas cumplieron con el principio de proporcionalidad, el Lord Bingham señaló que de los argumentos expuestos por la *SIAC* no se pudo desprender la proporcionalidad en las medidas adoptadas respecto de la contingencia terrorista que alegó aquejar al Reino Unido. Así, suponiendo que efectivamente existiera una amenaza a la seguridad nacional de este país, el Lord Bingham afirmó no haber recibido suficiente prueba que le causara convicción

⁵⁸² *Cfr.* Cámara de los Lores del Reino Unido, A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent) Y; X (FC) and another (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent), Sentencia de 16 de diciembre de 2004, párrafo 2.

⁵⁸³ *Cfr. Ibidem*, párrafo 3.

que en primer lugar, las medidas fueran dirigidas exclusivamente a extranjeros; además la *SIAC* no pudo comprobar por qué de acuerdo con la *ACSA 2001*, una persona es una amenaza dentro del territorio del Reino Unido pero cuando es deportado a cualquier otro país, deja de ser peligroso a los intereses británicos; y tampoco se acreditaron los métodos utilizados para determinar la Certificación de los extranjeros. En conclusión, el proyecto del Lord Bingham concluyó que las medidas establecidas en la *ACSA 2001* no fueron proporcionales a la finalidad que se pretendía⁵⁸⁴.

Por su parte, como extensión de la falta de la proporcionalidad, el Lord Bingham entró al estudio de la discriminación en la Certificación, pues este procedimiento solamente era aplicable a extranjeros. Para él, el principio de no discriminación consagrado en el artículo 14 del CEDH y del artículo 26 del PIDCP es una garantía insusceptible y por lo tanto aún en tiempos de crisis en los que un Estado de Emergencia esté vigente, la no discriminación debe ser respetada absolutamente. Asimismo el Lord Bingham consideró que no por el hecho de que una medida pueda ser más perjudicial por aplicarse a toda la población, se debe ésta ejecutar en contra de un solo grupo, pues bajo esta hipótesis se rompería con el principio de no discriminación. Consecuentemente, el Lord Bingham dejó claro que detener a ciertas personas en razón de su nacionalidad o *status* migratorio es una violación al artículo 14 del CEDH y del artículo 26 del PIDCP⁵⁸⁵.

La sentencia de la Cámara de los Lores también fue implacable en la enorme incidencia que la Certificación prevista en la *ACSA 2001* tiene sobre el derecho a la libertad personal. Este derecho contenido en el artículo 5 del CEDH, resultó seriamente afectado por la permisibilidad de la detención indefinida que la Certificación conllevaba con consecuencia. En efecto, una vez que un extranjero era determinado por las autoridades migratorias como

⁵⁸⁴ Cfr. *Ibidem*, párrafo 44.

⁵⁸⁵ Asimismo, el Lord Bingham afirmó que:

“La evidencia ante nosotros nos demuestra más allá del argumento de que la amenaza no es sólo de los extranjeros. Hay muchos británicos que han sido identificados como de aquellos que pueden caer dentro de la definición de ‘sospechosos de terrorismo internacional’ [...] en estas circunstancias no podemos decir más que la suspensión no es más que discriminatoria por razón del origen nacional”, *en Ibidem*, párrafos 66 y 68.

Por su parte, el Barón Hale de Richmond señaló en su opinión que:

“Nadie tiene el derecho de ser un terrorista internacional. Pero sustituir ‘negro’, ‘discapacitado’, ‘mujer’, ‘homosexual’, u otro adjetivo similar de ‘extranjero’ en vez de ‘sospechoso terrorista internacional’ y preguntar si sería justificable tomar acciones contra ellos, pero no contra los ‘blancos’, ‘no discapacitados’, ‘hombres’, o ‘heterosexual’ como sospechosos de ser terroristas internacionales. La respuesta es clara”, *en Ibidem*, párrafo 238.

“certificado”, se procedía inmediatamente a su detención y si no era deportado a algún país aliado, su confinamiento quedaba indefinido hasta allegarse de los medios de prueba suficientes de que efectivamente es un terrorista, o en su defecto ser liberado. En este sentido, la decisión de la Cámara de los Lores declaró que también había una violación al artículo 5 del CEDHLF por detención prolongada ya que ella no sólo no está contemplada por los estándares mínimos de derechos humanos, sino por el contrario está terminantemente prohibida tanto por el ordenamiento jurídico británico, como por las obligaciones internacionales del Reino Unido⁵⁸⁶.

Para los Lores no fue ajena la posibilidad que el CEDHLF deja a los Estados para suspender el derecho a la libertad personal. Sin embargo, igualmente consideraron que el principio de proporcionalidad, necesario para toda medida tomada en el contexto de un Estado de Emergencia, no se cumplía porque el artículo 5 del CEDHLF “[...] aplica a todos. Los Estados que son parte del Convenio Europeo [de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales] están obligados por el artículo 1º a asegurar los derechos y libertades consagrados por la Convención a ‘todos los individuos dentro de su jurisdicción’”⁵⁸⁷. Así, al haber violación al principio de no discriminación, la detención de los no nacionales británicos constituye también al artículo 5 del CEDHLF relativo al derecho a la libertad personal, debido a que no se cumple con el principio de proporcionalidad en el procedimiento de Certificación⁵⁸⁸.

En conclusión, la sentencia comentada declaró que el procedimiento de Certificación previsto por la Parte IV de la *ACSA 2001* contrariaba diversas obligaciones internacionales contraídas por el Reino Unido, particularmente la no discriminación contenida en el artículo 14 y el derecho a la libertad personal establecida en el artículo 5, ambos del

⁵⁸⁶ El Barón Hale de Richmond por ejemplo, señaló que:

“Ni el *Common Law* ni el Derecho Internacional de los Derechos Humanos autorizan las detenciones indefinidas al arbitrio del Ejecutivo. No le queda al Ejecutivo decidir quien debe quedar detenido por determinar el lapso de tiempo. Solo los tribunales pueden hacerlo y excepto como medida provisional antes de juicio, solo bajo razones que hayan sido probadas para detener. Las detenciones ejecutivas son la antitesis del derecho a la libertad y la seguridad de las personas”, en *Ibidem*, párrafo 222.

⁵⁸⁷ *Ibidem*, párrafo 224.

⁵⁸⁸ En la sentencia de la Cámara de los Lores, se determinó que, “(e)l artículo 14 [del CEDHLF] hace ilegal el hecho de dar a los extranjeros un trato menos favorable respecto de sus derechos contenidos por el artículo 5, ya sea que la derogación de esos derechos sea ‘estrictamente requeridas por las exigencias de la situación’”, en *Ibidem*, párrafo 234.

CEDHLF⁵⁸⁹. Asimismo, consideró que la emergencia terrorista no era suficiente para justificar un Estado de Emergencia fundamentado en el artículo 4 del PICDP y del artículo 15 del CEDHLF.

D. Los efectos de la Sentencia de la Cámara de los Lores

Una vez que la Cámara de los Lores determinó la incompatibilidad entre la Parte IV de la *ACSA 2001* con los artículos 5 y 14 del CEDHLF, este órgano materialmente jurisdiccional declaró la derogación de esta parte legislativa. Con ello, dejó sin efectos el procedimiento de Certificación que había sido expedido como reacción a los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos⁵⁹⁰, con lo que el Reino Unido cambió el rumbo de su política contra el terrorismo. A partir de la decisión de la Cámara de los Lores de diciembre de 2004, ya no sólo las organizaciones no gubernamentales condenaron las agresivas medidas antiterroristas sino que ya incluso el máximo órgano jurisdiccional denunció y por su jerarquía derogó los métodos de control antiterrorista que laceraban los derechos de grupos de extranjeros y migrantes en el Reino Unido.

Lamentablemente, en julio de 2005 un atentado terrorista sacudió la capital británica, dejando a su paso más de cincuenta muertos. Este cobarde ataque al sistema de transporte público londinense regresó al debate político la pertinencia de reactivar medidas legales antiterroristas para prevenir futuros atentados. Sin embargo, es de resaltar que ni aún con los hechos del 7 de julio de 2005, los británicos han vuelto a reinstalar las duras políticas antiterroristas, no obstante que su Primer Ministro Tony Blair presentó nuevamente un paquete antiterrorista con un procedimiento análogo a aquél de Certificación de la *ACSA 2001*, el cual fue rechazado por el Parlamento inglés el pasado 7 de noviembre de 2005.

⁵⁸⁹ La Cámara de los Lores resolvió respecto de la *ACSA 2001* que:

“Habrá una orden anulatoria respecto de la *Human Rights Act 1998 (Designated Derogation) 2001*. Habrá también una declaración bajo la Sección 4 de la *Human Rights Act 2001* de que la sección 23 de la *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001* es incompatible con los artículos 5 y 14 del Convenio Europeo debido a su desproporcionalidad y a que permite detenciones de sospechosos de terrorismo internacional en el sentido de discriminar por razones de nacionalidad o del status migratorio”, en *A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)*, *supra* nota 74, párrafo 73.

⁵⁹⁰ La Cámara de los Lores resolvió respecto de la *ACSA 2001* que:

“Habrá una orden anulatoria respecto de la *Human Rights Act 1998 (Designated Derogation) 2001*. Habrá también una declaración bajo la Sección 4 de la *Human Rights Act 2001* de que la sección 23 de la *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001* es incompatible con los artículos 5 y 14 del Convenio Europeo debido a su desproporcionalidad y a que permite detenciones de sospechosos de terrorismo internacional en el sentido de discriminar por razones de nacionalidad o del status migratorio”, en *Ibidem*, párrafo 73.

Después de intensos debates en el Parlamento inglés a principios de 2006 fue aprobado un nuevo paquete antiterrorista el cual a su vez ha entrado en vigor en abril de este año. Sus efectos a primera vista son sensiblemente menores que lo que la derogada parte de la *ACSA 2001* contempló. En efecto, la *Terrorism Act 2006* incide en otros derechos como la libertad de expresión y de asociación pero definitivamente ha dejado de interferir en la libertad e integridad personal. Así, habrá que esperar que esta nueva legislación británica sea sometida a examen por los órganos jurisdiccionales nacionales, europeos e internacionales para conocer el valor real que los encargados de administrar justicia otorgan a la *Terrorism Act 2006*. Solo queda decir que con independencia de la promulgación de esta nueva ley, es de resaltar la decisión de la Cámara de Lores, sentando con ello un precedente invaluable para la lucha contra el terrorismo pero con estricto apego a los derechos humanos.

5. La sentencia L.845 XL de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina

La justicia argentina también ha resuelto asuntos de gran trascendencia en la lucha antiterrorista. Sin embargo, a diferencia de los países mencionados con anterioridad este país no es de aquellos que aquejan de terrorismo dentro de sus jurisdicciones, por lo que sus resoluciones judiciales en esta materia se deben más a asuntos relacionados con la cooperación judicial internacional respecto de otros países que en la actualidad sufren de terrorismo al interior de sus territorios⁵⁹¹. El 5 de mayo de 2005 la Corte Suprema de Justicia de la Argentina resolvió un recurso ordinario de apelación sustanciado ante ella promovido por el Ministerio Público en contra de la resolución del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal No. 11 en la cual se denegó la extradición del ciudadano vasco-español Jesús María Lariz Iriondo a España, por la participación en diversos atentados terroristas el 8 y 9 de octubre de 1984.

Esta sentencia ha sentado un gran precedente para el procedimiento de extradición pues, en un mundo donde la cooperación internacional en materia de terrorismo se entiende casi sin limitaciones, la sentencia de la República Argentina ha demostrado que no importando el delito de que se trate, las restricciones que los tratados y acuerdos, bilaterales y multilaterales para conceder la extradición deben ser respetados así sea que el crimen en

⁵⁹¹ Aunque en la actualidad el terrorismo no se presenta en la Argentina, cabe recordar que este flagelo afectó intensamente a aquella nación poco antes de la dictadura en 1976. Así también el terrorismo internacional también impactó en Argentina durante la década de 1990 al estallar una bomba en las instalaciones de la embajada de Israel en Buenos Aires.

cuestión sea el terrorismo. Es por esta razón, además del gran revuelo que causó en los círculos de juristas en aquella nación austral, que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia relativa al caso Lariz Iriondo será comentada a continuación.

A. Los miembros de ETA y su internación en América Latina

No es raro escuchar de decisiones de diversos tribunales latinoamericanos en relación con asuntos de extradición requeridos por España para llevar a su jurisdicción a supuestos miembros de la organización terrorista vasca *ETA*. Tampoco es raro observar que esas resoluciones suelen aceptar y conceder la extradición de los sujetos solicitados. No obstante, la Corte Suprema de Justicia de Argentina marcó un precedente para un sentido opuesto: la denegación de extradición basada en una excepción contenida en el Tratado Bilateral sobre Extradición entre Argentina y España. Pero, ¿cuál es la presencia real de agentes de *ETA* en América Latina?

De acuerdo con información proporcionada por el periódico español *El País*, América Latina es el principal santuario para los terroristas vascos. Particularmente México, Venezuela y Cuba son los tres países de la región que más miembros de *ETA* albergan dentro de sus jurisdicciones, seguidos de Argentina, Uruguay y Panamá. Nuestro país es el que más alberga terroristas de esta organización española llegando a la cifra de ochenta en febrero de 2004. Venezuela tiene un contingente aproximado de treinta etarras mientras Cuba cuenta con alrededor de veinte activistas situados todos ellos en la región de Miramar, en la capital La Habana; Uruguay por su parte, tiene una pequeña colonia de seis terroristas vascos y Panamá y Argentina cuentan con un etarra cada uno, el último de ellos precisamente Jesús María Lariz Iriondo⁵⁹².

La idea de internarse en América Latina se debe a dos motivos fundamentales. El primero de ellos, distintos miembros de *ETA* buscan ausentarse de territorio europeo para mantenerse alejados de los radares policíacos españoles; además, estando en otros países pueden conseguir financiamiento para las actividades ilegales que se lleven a cabo en suelo español. Así, estando en su país será más difícil emprender negocios que a su vez financien al movimiento separatista y, al vivir en otros países tienen mayor libertad y facilidades para

⁵⁹² *Cfr.* “ETA Cuenta con más de 130 Militantes para Misiones de Logística”, *El País*, 12 de febrero de 2004, página A3.

ello como el caso de los etarras en Cuba que son considerados como empresarios o la pequeña comunidad en el Uruguay que se distinguen por su condición de restauranteros⁵⁹³.

La segunda razón por la que los etarras buscan América Latina es, según fuentes oficiales españolas, porque las autoridades en nuestra región no tienen tanta capacidad para actuar en el contexto de la cooperación judicial internacional como en otros Estados. Venezuela por ejemplo, ha mostrado desde la llegada a la Presidencia de Hugo Chávez, reticencia para extraditar a los miembros de *ETA* radicados en ese país. Igualmente Cuba ha roto los acuerdos que el Presidente Fidel Castro firmara en 1984 con el entonces Presidente del gobierno español, Felipe González para extraditar sin dilación a los presuntos terroristas vascos⁵⁹⁴. Con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina igualmente sirve para señalar que los terroristas vascos encuentran mayor refugio en países de América Latina que en otros como los europeos o los angloamericanos.

México, sin embargo, podría ser la excepción en esta falta de colaboración con el gobierno español. En nuestro país es común escuchar que nuestro máximo tribunal concede la extradición no sólo de presuntos terroristas de *ETA*, sino de cualquier persona buscada por la justicia española es relativamente común. Tanto es así que recientemente la Suprema Corte de Justicia de México desestimó la acción de Amparo promovida por María Asunción Gorrochategui Vásquez y otros agraviados contra la aplicación de la Ley de Extradición Internacional⁵⁹⁵. Incluso, las mismas autoridades españolas han reconocido públicamente que la detención de terroristas vascos en territorio mexicano ha sido debido a la gran actuación de las autoridades policiales de nuestro país⁵⁹⁶.

B. Las partes en el procedimiento de extradición ante la Corte Suprema de Justicia de Argentina

En la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la república Argentina que se comenta en estas páginas, las partes fueron como recurrente en Ministerio Público y como defendido

⁵⁹³ *Cfr. Idem.*

⁵⁹⁴ Incluso uno de ellos, Ángel Urriaga Martínez, se encuentra con órdenes de aprehensión por organismos policiales internacionales, aunque el gobierno de la La Habana se ha negado a entregarlo, *en Idem.*

⁵⁹⁵ En efecto, durante la Sesión Plenaria de la Suprema Corte de Justicia de México del 6 de abril 2006 se decidió conceder la extradición de la ciudadana española María Asunción Gorrochategui Vásquez y otros agraviados. La votación en esa resolución fue de diez Ministros a favor por el voto solitario del Ministro Juan Silva Meza quien solicitó que e concediera el Amparo por actualizarse un doble incriminación, *en Asunto 868/2005, Amparo en Revisión promovido por María Asunción Gorrochategui Vásquez en contra de la Ley de Extradición Internacional, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sesión Plenaria de 6 de abril de 2006, versión taquigráfica.*

⁵⁹⁶ *Cfr. “ETA Cuenta con más de 130 Militantes para Misiones de Logística”, supra nota 84, página A3.*

el ciudadano vasco-español Jesús María Lariz Iriondo. Así, la recurrente solicitó del máximo tribunal de justicia ordinaria que anulara la determinación del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal No. 11 en el sentido de denegar la extradición de Lariz Iriondo a España⁵⁹⁷. Según el Ministerio Público los hechos acaecidos el 8 y 9 de octubre de 1984 eran constitutivos de terrorismo y por lo tanto, fundamentado en el Tratado Bilateral de Extradición entre ambos países, Argentina estaba obligada a extraditar al sujeto solicitado por la justicia española.

De acuerdo a la sentencia comentada, la resolución apelada por el Ministerio Público fue la denegación del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal No. 11 de la extradición de Lariz Iriondo debido a que en virtud del artículo 9 del Tratado Bilateral sobre Extradición entre Argentina y España, señala como excepción a la extradición que el delito por el cual se busca a determinado individuo se encuentre ya prescrito por el sistema jurídico del país requerido. Así, el *a quo* reconoció que dado que el cómputo de la prescripción debía empezar el 18 de marzo de 1985, día en que se dictó una orden de prisión incondicional, el tiempo computado era de doce años producto del concurso de delitos cometidos en los hechos imputados los días 8 y 9 de octubre de 1984, y por lo tanto, al haber transcurrido en exceso tal lapso de tiempo, dichos delitos se encontraban prescritos por la legislación penal argentina.

Por su parte, la contraparte se trataba del sujeto buscado por los tribunales de España. Jesús María Lariz Iriondo, quien era culpado por el atentado con explosivos contra la vida de varios oficiales policiales encargados de la renovación del Documento Nacional de Identidad de la Comisaría de Policía de Eibar, del cual resultaron dos auxiliares heridos. Además, se le imputó el secuestro de Ramón Álvarez Arias también ocurrido en los mismos días de los atentados con bombas.

C. Las consideraciones de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina

El Ministerio Público solicitó de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina que anulara la decisión del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal No. 11 sobre la extradición de Lariz Iriondo fundamentada en la prescripción de acuerdo a las leyes argentinas. Para ello, el recurrente afirmó que el “[...] el encuadre legal de los hechos

⁵⁹⁷ *Cfr.* Asunto Lariz Iriondo, Jesús María, s/ Solicitud de Extradición, Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, CSJN-10/05/05 (L.845.XL), Sentencia de 10 de mayo de 2005, párrafo 1.

en cuestión de las normas del Código Penal es inadecuado por cuanto no refleja en toda su dimensión la conducta por la cual se solicita la entrega, al no contemplar sus características trascendentales y desconocer la magnitud de los ilícitos perpetrados”⁵⁹⁸.

De esta manera, el Ministerio Público solicitó a la Corte Suprema de Justicia que en lugar de atender al Tratado Bilateral sobre Extradición entre Argentina y España, se aplicara el Convenio Internacional para la Represión de Atentados Terroristas Cometidos con Bombas (en adelante “la Convención de la ONU”), adoptado por la ONU el 15 de diciembre 1997 y ratificado tanto por España como por Argentina. En particular, su artículo dos describe más exactamente la prohibición “[...] por la cual se solicita la extradición de Lariz Iriondo”⁵⁹⁹. Por esta razón, la norma especial prevalece sobre la general y por lo tanto la Convención de la ONU debería ser aplicada en lugar del Tratado de Extradición entre Argentina y España. Ahora bien, ¿por qué el Ministerio Público pretendió que la Corte Suprema de Justicia aplicara uno y no otro? Como se ha señalado, el Tratado Bilateral sobre Extradición estableció como excepción para conceder la extradición que el delito por el cual se buscaba a un sujeto estuviera ya prescrito en el país requerido. Por su parte, la Convención de la ONU también establece sistemas de cooperación internacional, entre ellos la extradición. Así, el Ministerio Público arguyó que al no establecer el tratado “especial” restricciones en función de la prescripción penal, ella carecía de importancia en el caso de Lariz Iriondo y de esta manera, la Corte Suprema de Justicia debería desestimar el argumento de la prescripción por no estar ésta prevista por la Convención de la ONU, además que denegar la extradición sería contrario a la obligación de Argentina de cooperar con procesar a los responsables de delitos contra el Terrorismo⁶⁰⁰. Además, el Ministerio Público consideró que de acuerdo al preámbulo de la Convención de la ONU, los Estados partes se comprometen a no obstruir la acción de la justicia contra los terroristas, y de denegarse la extradición Argentina estaría incumpliendo con esa obligación⁶⁰¹.

La Corte Suprema de Justicia rechazó por completo el argumento de la “especialidad” de la Convención de la ONU. Este tribunal señaló que es incorrecto señalar que el Tratado de Extradición entre Argentina y España debía subsumirse en la Convención de la ONU, y que

⁵⁹⁸ *Ibidem*, párrafo 7.

⁵⁹⁹ *Idem*.

⁶⁰⁰ *Cfr. Ibidem*, párrafo 7-9.

⁶⁰¹ *Ibidem*, párrafo 17.

además adoptar la decisión de extraditar por el simple texto del preámbulo en el sentido de que los Estados partes se comprometen a no entorpecer la acción de la justicia transnacional:

Se apoya en una interpretación exclusivamente literal que atenta contra el objeto y fin del Convenio Internacional para la Represión de Atentados Terroristas cometidos con Bombas ya que desatiende el contexto en el que están insertas las citadas cláusulas convencionales sin correlacionar, además, ese instrumento internacional con los demás tratados vigentes sobre la materia que conforman un régimen interrelacionado y de mutuo esfuerzo que debe aplicarse de manera integral a fin de acordar plena eficacia al acervo jurídico internacional existente en la lucha contra el terrorismo⁶⁰².

Así, la Corte Suprema de Justicia señaló que si bien la Convención de la ONU no prevé norma alguna respecto de la prescripción como causal para denegar la extradición, esto no se debe entender en el sentido de menoscabar el contenido del Tratado Bilateral de Extradición entre Argentina y España, sino que por el contrario deben entenderse como complementarias uno del otro y conformar así lo que la Corte Suprema de Justicia denominó como “régimen interrelacionado”⁶⁰³. Bajo este argumento este tribunal desestimó el primero de los argumentos expuestos por el Ministerio Público.

Por otra parte, el recurrente consideró que el terrorismo constituía un crimen de lesa humanidad y por lo tanto, era un delito imprescriptible. Para ello, se fundamentó en diversos tratados internacionales y resoluciones de diversas instancias como la ONU y la OEA. Señaló que toda vez que ha sido reconocido universalmente que los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles, y que el terrorismo comienza a ser considerado como un crimen de lesa humanidad y por lo tanto la Corte Suprema de Justicia debería dejar de lado el argumento de la prescripción para proceder a la extradición del señor Lariz Iriondo.

No obstante, la Corte Suprema de Justicia igualmente desechó este argumento. Al respecto, este órgano jurisdiccional argentino destacó que si bien es cierto que el terrorismo es considerado por algunos como un crimen de lesa humanidad, “[...] en el derecho internacional no existe un desarrollo progresivo suficiente que permita concluir que todos

⁶⁰² *Ibidem*, párrafo 18.

⁶⁰³ Además la Corte Suprema de Justicia señaló que, “(e)l Convenio no es en sí un tratado de extradición propiamente dicho, sino un complemento de los tratados de extradición en vigor entre los estados partes. De allí que, al margen de las disposiciones previstas en el propio Convenio, todas las otras condiciones de la extradición definidas en el ámbito del derechos internacional o por el derechos interno deben cumplirse”, en *Ibidem*, párrafo 20.

los actos que a partir de tratados internacionales pasen a ser considerados como ‘actos de terrorismo’ pueda reputarse, tan sólo por esa circunstancia delitos de lesa humanidad”⁶⁰⁴. Con este criterio la Corte Suprema de Justicia de Argentina negó la calidad del terrorismo como crimen internacional y por lo tanto, también rechazó que por esa circunstancia se debiera considerar como de aquellos considerados como imprescriptibles.

Así, una vez que fueron desechados los argumentos expuestos por el Ministerio Público, la Corte Suprema de Justicia llevó a cabo el cómputo del tiempo requerido para que pudiera operar la prescripción en el caso de Jesús María Lariz Iriondo. Como en Argentina el terrorismo no es legalmente concebido como un delito autónomo, los actos imputados como constitutivos de terrorismo en España, en Argentina se actualizan a través de un concurso real al consistir del delito de tentativa de homicidio calificado, lesiones graves y también, el delito de estrago. Por ello, de acuerdo con las reglas que para la prescripción prevé el Código Penal argentino, el tiempo que computó la Corte Suprema de Justicia para este caso específicamente fue de doce años, mismos que comenzaron a correr desde el 18 de marzo de 1985, hasta la fecha de solicitud de extradición el 5 de marzo de 2002, por lo cual el máximo tribunal de justicia ordinaria en Argentina determinó que había transcurrido por demás el plazo de la prescripción. Con ello, fundamentado en el artículo 9 del Tratado Bilateral de Extradición entre Argentina y España, se confirmó la sentencia del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal No. 11 y se denegó la extradición de Jesús María Lariz Iriondo a España⁶⁰⁵.

D. Las consecuencias de la Sentencia sobre la extradición de Lariz Iriondo

Como se puede desprender de lo ya explicado, los efectos inmediatos de la sentencia en comento fueron dejar en libertad a Jesús María Lariz Iriondo. Sin embargo, las consecuencias jurídicas van más allá del resultado de esta sentencia. En efecto, un principio básico de la teoría de la extradición reza que una persona buscada por un país y detenida en otro, o se extradita o se juzga bajo sus leyes (*aut dedere, aut judicare*). Este principio se encuentra consagrado en todos los tratados generales y especiales que versan sobre extradición de forma tal que es inherente a esta figura jurídica⁶⁰⁶.

⁶⁰⁴ *Ibidem*, párrafo 26.

⁶⁰⁵ *Cfr. Ibidem*, página 27.

⁶⁰⁶ *Cfr. GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZO* Alonso, “Tratados de Extradición y su Supuesta Ineficacia”, en *Temas Selectos de Derecho Internacional*, UNAM, México, 1999, páginas 100-101.

En el caso de Lariz Iriondo ante la justicia argentina, es claro que la sentencia ordenó la no extradición de este sujeto vaso-español. Sin embargo, al determinar la prescripción de los delitos por los que España buscaba a Lariz Iriondo, en su sentencia la Corte Suprema de Justicia declaró que tampoco la justicia argentina podría llevar a cabo el proceso contra este sujeto. Ahora bien, al existir un Estado que procura someter a juicio a Lariz Iriondo, Argentina podría estar probablemente cometiendo una violación al principio fundamental del *aut dedere, aut judicare*, y con ello no solamente quebrantar sus obligaciones internacionales sino también colocar en estado de crisis las relaciones diplomáticas y de colaboración judicial internacional con España.

Habrá que esperar las repercusiones jurídicas y políticas de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina. A este momento, es prudente dejar esta reflexión sobre si este país sudamericano infringe el principio de *aut dedere, aut judicare* al no procesar a Lariz Iriondo, ni tampoco aceptar su extradición. Si no hubiere violación a las obligaciones internacionales de Argentina, la sentencia en comento vendrá a significar indudablemente un precedente de gran contenido y valor jurídico para futuras decisiones judiciales en materia de extradición.

6. Las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos en la Guerra contra el Terrorismo

Bastante han sido comentadas las decisiones de la Suprema Corte de Justicia estadounidense en relación con asuntos relacionados con presuntos terroristas detenidos por las autoridades de aquel país y sin las más mínimas garantías judiciales ni personales. En efecto, a consecuencia de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001, el Congreso de Estados Unidos emitió la *Authorization for the Use of Military Force (AUMF)* para concederle prácticamente ilimitados recursos a su Presidente para combatir a los culpables de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001. En ejercicio de estos poderes especiales, el Presidente George W. Bush decidió ir a la guerra a Afganistán, ciertamente apoyado por los miembros del Consejo de Seguridad de la ONU⁶⁰⁷.

⁶⁰⁷ Con la aprobación de la *AUMF* el Congreso de los Estados Unidos permitió a su Presidente iniciar la Guerra sobre el Terrorismo. Desde la autorización de poderes casi ilimitados, este país ha comandado las intervenciones militares en Irak y Afganistán, en BRADLEY Curtis y Jack Goldsmith, "Congressional Authorization and the War on Terrorism", Harvard Law Review, 118 Harv. L. Rev. 2047, Mayo de 2005, páginas 2048-2133.

Tras la intervención en Afganistán, Estados Unidos capturó a una inmensa cantidad de personas a quienes inmediatamente catalogó como terroristas. Estos prisioneros fueron traídos en enero de 2002 a la base militar que Estados Unidos conserva desde inicios del siglo XX en Guantánamo, Cuba. A más de cuatro años de su captura, los más de seiscientos detenidos se encuentran aun pendientes de que se inicie proceso legal para determinar su situación legal. Sin embargo, las autoridades militares estadounidenses no han podido evitar que la Suprema Corte de Justicia estadounidense se haya pronunciado sobre casos relativos al *status* legal de los detenidos en la bahía de Guantánamo.

A. *Caso Hamdi v. Rumsfeld*

En el Caso *Hamdi et. Al. v. Rumsfeld*, Esam Fouad Hamdi en representación de su hijo de ciudadanía estadounidense, sometió a la consideración de tribunales civiles la inconstitucionalidad de la decisión de autoridades militares en calificar a los presos en Guantánamo como “combatiente enemigo”. Después de obtener sentencias desfavorables en primeras instancias, la Suprema Corte de Justicia determinó que el peticionario efectivamente tenía derecho a cuestionar ante un tribunal la clasificación de “enemigo combatiente”.

La opinión conjunta de los jueces Sandra Day O’Connor, William Rehnquist, Anthony Kennedy y Stephen Breyer señaló que si bien la captura de Yaser Esam Hamdi estaba permitida bajo la *AUMF*, la detención por un tiempo mayor a la finalización del conflicto armado excedía los límites que la propia *AUMF* establecía⁶⁰⁸. Igualmente, consideró que aunque debe ser un tribunal el que debe de decidir si la persona detenida entra dentro de la categoría de combatiente enemigo, no se requiere que dicho tribunal sea de carácter civil, sino que puede ser llevado a cabo por una corte militar, siempre que se respete la garantía del debido proceso legal⁶⁰⁹.

B. *Caso Rasul v. Bush*

⁶⁰⁸ La *AUMF* otorgó todas las facultades para utilizar toda “la fuerza necesaria y apropiada”. Los jueces O’Connor, Rehnquist, Kennedy y Breyer consideraron que mantener detenida a una persona por un tiempo que exceda a la finalización de un conflicto sobrepasa lo permitido por la propia *AUMF*, en Opinión Disidente O’Connor, Rehnquist, Kennedy y Breyer, en Caso YASER ESAM HAMDI y ESAM FOUAD HAMDI como amigo de YASER ESAM HAMDI, v. DONALD H. RUMSFELD, SECRETARY OF DEFENSE, et al., Sentencia de 28 de junio de 2004, páginas 509 y siguientes.

⁶⁰⁹ Cfr. Idem.

Justo en la misma fecha, la Suprema Corte de Justicia estadounidense igualmente conoció y resolvió el caso *Rasul v. Bush*. A diferencia de Yaser Emar Hamdi (quien era ciudadano estadounidense), en el Caso *Rasul v. Bush* los peticionarios fueron catorce no nacionales de Estados Unidos detenidos durante las hostilidades en Guantánamo (dos ciudadanos australianos y doce nacionales de Kuwait). La petición de *Habeas Corpus* buscaba impugnar la ilegalidad de su detención argumentando que ellos no habían participado en actos en contra de Estados Unidos durante la intervención en Afganistán. Asimismo, los peticionarios alegaron la ilegalidad de la detención prolongada sin que ni siquiera se hubiera determinado la legalidad de su confinamiento y que por lo tanto, violaba las leyes de Estados Unidos y sobretodo, la Cuarta Enmienda de la Constitución nacional.

Después de reveses ante instancias inferiores, la Suprema Corte de Justicia sostuvo que los tribunales de Estados Unidos tienen jurisdicción sobre los detenidos en Guantánamo. En su opinión concurrente, el juez Anthony Kennedy señaló que los tribunales federales mantenían jurisdicción en Guantánamo debido a que por un lado, dicho territorio se encuentra fuera de la zona de conflicto y además, la detención prolongada constituye por sí misma una violación al orden jurídico de Estados Unidos. No obstante, el juez Kennedy también arguyó que aunque esta no sea el caso, deben existir circunstancias en las cuales los tribunales federales tengan que respetar las decisiones ejecutivas militares y por lo tanto, no tengan jurisdicción sobre determinados asuntos⁶¹⁰.

Sin embargo, también hubo opiniones disidentes a la decisión de la mayoría de los jueces en *Rasul v. Bush*. El juez Scalia mostró una seria oposición a la sentencia al determinar jurisdicción de los tribunales federales para conocer de peticiones de *Habeas Corpus* promovidos por los detenidos en Guantánamo. Su opinión disidente, a la que se unieron a

⁶¹⁰ Para justificar las circunstancias en que los tribunales federales carecen de jurisdicción sobre ciertos asuntos militares, el juez Kennedy señaló que:

“En *Eisentrager* [*Johnson v. Eisentrager*, 339 U.S. 763, 94 L. Ed. 1255, 70 S. Ct. 936 (1950)] se consideró el alcance del derecho de petición de *Habeas Corpus* en contra de la violación del mando constitucional de la separación de poderes. El caso sometido ante la Corte (*Johnson v. Eisentrager*) era si los tribunales federales podían ejercer jurisdicción sobre prisioneros alemanes detenidos en la prisión de Landsberg en Alemania, después de la terminación de hostilidades en Europa. La Corte concluyó que la petición no podía ser estudiada. La petición no estaba dentro del campo de acción del Poder Judicial. Este caso involucraba asuntos de exclusiva competencia del Ejecutivo o, del Ejecutivo y el Congreso”, en Opinión Concurrente del juez Anthony Kennedy en Caso SHAFIQ RASUL, et al., Petitioners v. GEORGE W. BUSH, PRESIDENT OF THE UNITED STATES, et al. FAWZI KHALID ABDULLAH FAHAD AL ODAH, et al., Petitioners v. UNITED STATES *et al.*, Sentencia de 28 de junio de 2004, página 246.

los jueces Rehnquist y Thomas, argumentó en primer término que esta decisión contradecía más de cien años de tradición jurisprudencial, haciendo expresamente mención al Caso *Johnson v. Eisentrager* en el que la Suprema Corte de Justicia declinó su jurisdicción por señalar que veintiún ciudadanos alemanes detenidos en China durante la Segunda Guerra Mundial y confinados en Alemania, habían ya sido determinados en su condición jurídica como “combatientes enemigos” por tribunales militares⁶¹¹.

Asimismo, la opinión disidente de los jueces Scalia, Rehnquist y Thomas argumentó que los tribunales federales no deben intrometerse en las decisiones ejecutivas en materias militares. Señalaron que esta sentencia daría paso a que los más de seiscientos detenidos en Guantánamo presentaran peticiones de *Habeas Corpus* lo cual colapsaría el sistema judicial estadounidense. Incluso, criticaron el criterio de que los tribunales federales conservaran su jurisdicción sobre todos los territorios en los que Estados Unidos posee “efectivo control”, argumentado que bajo este supuesto entonces los tribunales federales tendrían jurisdicción sobre cualquier asunto en Irak o Afganistán⁶¹².

C. *El alcance de Hamdi v. Rumsfeld y de Rasul v. Bush*

Una semana después de la decisión de *Hamdi v. Rumsfeld y Rasul v. Bush*, las autoridades militares estadounidenses crearon un órgano jurisdiccional para determinar la situación jurídica de los detenidos, al que denominaron *Combatant Status Review Tribunals* (CSRT). Según la Orden que creó la CSRT, este nuevo órgano estaría compuesto por tres miembros neutrales de entre la Fuerzas Armadas estadounidenses, sin que ninguno de ellos

⁶¹¹ Cfr. CARON David y David Sloss, “INTERNATIONAL DECISION: Availability of U.S. Courts to Detainees at Guantanamo Bay Naval Base -- Reach of Habeas Corpus -- Executive Power in War on Terror”, *American Journal of International Law* (AJIL), The American Society of International Law, 98 A.J.I.L. 788, Octubre de 2004, página 789.

⁶¹² El juez Scalia, seguido por Thomas y Rehnquist, argumentó expresamente que:

La Corte, hoy, sostiene que el Estatuto Federal de *Habeas Corpus*, es aplicable a extranjeros detenidos por el ejército de Estados Unidos más allá de sus fronteras, afuera de sus límites territoriales donde ejerce soberanía y más allá de la jurisdicción territorial de sus cortes. Esto contradice cien años de precedentes en los que indudablemente el ejército confiaba, *Johnson v. Eisentrager*, 339 US 763 (1950). [...] Este es un irresponsable cambio de Derecho establecido con anterioridad, de extrema importancia para nuestras fuerzas actualmente en el campo de batalla. Yo dejaría al Congreso cambiar la sección 2241 [del Estatuto Federal de *Habeas Corpus*] y disiento de la decisión de la Corte”, en Opinión Concurrente del juez Scalia en Caso SHAFIQ RASUL, et al., *Petitioners v. GEORGE W. BUSH, PRESIDENT OF THE UNITED STATES, et al. FAWZI KHALID ABDULLAH FAHAD AL ODAH, et al., Petitioners v. UNITED STATES et al.*, Sentencia de 28 de junio de 2004, páginas 488-489.

hubiere participado en la aprehensión, detención, interrogación o la determinación previa del *status* de combatiente⁶¹³.

La *CSRT* fue creada para juzgar si los detenidos en la base naval de Guantánamo son enemigos combatientes o no. Para ello, la Orden que constituyó la *CSRT* determinó el concepto de “enemigo combatiente” al señalar que por tal *status* se debería entender:

*a. Enemigo combatiente. Para los propósitos de esta Orden, el término ‘enemigo combatiente’ debe significar una persona que fue parte o ayudó a las fuerzas del Talibán o de Al Qaeda, o fuerzas asociadas que están involucradas en hostilidades en contra de Estados Unidos o contra sus socios de coalición. Este término incluye cualquier persona que ha cometido un acto de beligerancia o que ha directamente apoyado hostilidades en ayuda a fuerzas armadas enemigas. Cada detenido sujeto a esta Orden ha sido determinado como enemigo combatiente por múltiples niveles de revisión por oficiales del Departamento de Defensa*⁶¹⁴.

Ahora bien, ¿qué determinaciones puede tomar la *CSRT*? De acuerdo con la referida Orden, la determinación que puede válidamente tomar la *CSRT* es si un detenido es “enemigo combatiente” de acuerdo con su definición o bien, si no se considera enemigo combatiente proceder entonces a su liberación y repatriación a su país de origen, de conformidad con “[...] las obligaciones constitucionales e internacionales, y con la política exterior de Estados Unidos”⁶¹⁵.

Asimismo, el 24 de julio de 2004 fue expedido un nuevo Memorandum de la Secretaría de Defensa de Estados Unidos en la que se establecieron las reglas de procedimiento sobre las que la *CSRT* debería regir su actuación. Este documento que viene a ser un código procesal, previó las normas procesales que la *CSRT* y las partes deberían observar durante las distintas etapas del procedimiento⁶¹⁶. Sin embargo, aún cuando cuenta con la anuencia

⁶¹³ La literalidad de la Orden por la que se creó la *CSRT* señala que:

“e. Composición del Tribunal. Un Tribunal deberá estar compuesta por tres oficiales neutrales comisionados de la las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos de América, los cuales deberán gozar de apropiada seguridad y sin que ninguno de ellos estuviera involucrado en la aprehensión, detención, interrogación o en la determinación del *status* del detenido”, en “*Memorandum for the Secretary of the Navy. Order Establishing Combatant Status Review Tribunals*”, Orden emitida por el Subsecretario de Defensa de Estados Unidos de América el 7 de julio de 2004, párrafo e.

⁶¹⁴ *Ibidem*, párrafo a.

⁶¹⁵ *Ibidem*, párrafo i.

⁶¹⁶ El Memorandum de 29 de julio de 2004, estableció entre otros aspectos la garantía de ser asistido por abogado, la oportunidad de presentar pruebas y la prueba a cargo del detenido, en “*Memorandum for the Secretary of the Navy. Implementation of Combatant Status Review Tribunal Procedure for Enemy Combatants detained at Guantanamo Bay Naval Base, Cuba*”, Orden emitida por el Subsecretario de Defensa de Estados Unidos de América el 29 de julio de 2004.

de los jueces de la Suprema Corte de Justicia, el hecho de que su situación sea resuelta por un tribunal militar deja un amplio margen de discrecionalidad al Poder Ejecutivo, máxime que de acuerdo a los argumentos de los propios magistrados del máximo tribunal estadounidense, muy probablemente las decisiones tomadas por la *CSRT* serán de aquellas consideradas como no sujetas a revisión por los tribunales federales civiles.

Más aún, ya se ha comentado en Capítulos anteriores que la *CSRT* aqueja de serias deficiencias procesales, entre las que destacan la imposibilidad de presentar todas las pruebas necesarias para comprobar la inocencia⁶¹⁷. Estas deficiencias han sido conocidas incluso por jueces federales civiles quienes han llegado a la conclusión que los tribunales ordinarios tienen competencia para conocer de peticiones de *Habeas Corpus*, debido a que aún cuando este tribunal militar proveía formalmente de un procedimiento legal a los detenidos, materialmente no ofrecía las garantías que eventualmente habrían de permitir a los peticionarios obtener una resolución favorable. Por ello los jueces federales civiles guardan competencia sobre las acciones derivadas de peticiones de *Habeas Corpus*⁶¹⁸.

Aún cuando las decisiones de la Suprema Corte de Justicia en *Hamdi v. Rumsfeld* y *Rasul v. Bush* procuraron garantizar la debida protección a los detenidos en la base naval de Guantánamo, el resultado real de la *CSRT* ha sido cuestionable desde su creación misma. Tan pronto como conoció de los primeros cuatro casos en agosto de 2004, la *CSRT* determinó, en serie, que los cuatros peticionarios eran combatientes enemigos y que por lo tanto, no tenían beneficios. La pregunta ahora es, si son combatientes enemigos, ¿entonces los Convenciones de Ginebra de 1949 de los que Estados Unidos es parte, no son aplicables en beneficio de los detenidos en Guantánamo? Cualquiera que sea la respuesta, es claro que la política estadounidense en su “guerra contra el terrorismo” no está precisamente preocupada por respetar los estándares mínimos de protección contenidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en el Derecho Internacional Humanitario.

D. Padilla v. Rumsfeld

⁶¹⁷ *Cfr.* CROOK John R., “Contemporary Practice of the United States Relating to International Law: International Human Rights: Treatment of U.S. Detainees at Guantanamo Bay”, *American Journal of International Law*, 99 A.J.I.L. 261, página 261.

⁶¹⁸ *Cfr.* CROOK John R., “Contemporary Practice of the United status Relating to International Law: Conflicting district Court Decisiones on Guantanamo Bay Detainnes”, *American Journal of International Law*, 99 A.J.I.L. 485, página 485.

Así también la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos conoció de un caso más relativo precisamente a otro terrorista presuntamente vinculado con *Al Qaeda* y los atentados del 11 de septiembre de 2001. Efectivamente, José Padilla, un ciudadano estadounidense y convertido al Islam, fue detenido en Chicago después de cuatro años de permanecer en Medio Oriente, según fuentes oficiales, entrenándose para realizar actividades terroristas. De acuerdo con la Procuraduría Federal en aquel país, Padilla habría planeado detonar un bomba radioactiva dentro de suelo Estadounidense pero los altos mandos de *Al Qaeda* detuvieron este proyecto y a cambio le ordenaron hacer explotar edificios con gas natural⁶¹⁹.

Padilla fue trasladado a una cárcel en Nueva York aunque más tarde sería confinado en una base militar en Carolina del Sur. Tras permanecer indefinidamente detenido sin recibir juicio, Padilla y sus abogados cuestionaron su detención aunque su intento fue rechazado por un tribunal federal de distrito de Nueva York. No obstante, una vez que fue llevado a Carolina del Sur, los representantes legales de Padilla presentaron una petición de *Habeas Corpus* ante una corte federal de apelaciones de Nueva York, declarando procedente dicho recurso, señalando que el Presidente “[...] no tenía derecho a encarcelar a Padilla sin acusarlo de algún delito”⁶²⁰.

Tras la decisión del Segundo Tribunal Federal de Apelaciones de Nueva York, el gobierno impugnó ante la Suprema Corte de Justicia en su calidad de máximo órgano jurisdiccional. En ella, el Caso *Padilla v. Rumsfeld* fue muy controvertido entre los mismos Magistrados y al final la votación fue cinco contra cuatro. De los argumentos adoptados por la mayoría, se señaló que el Estatuto Federal de *Habeas Corpus* establece que dicho recurso debe de formularse en contra de la persona responsable de la custodia y no contra el Secretario de la Defensa. Además señalaron que la petición de *Habeas Corpus* debe tramitarse en el lugar donde efectivamente se encuentre detenida la persona⁶²¹. Igualmente señalaron que aunque la Suprema Corte de Justicia ha permitido en sus precedentes ciertas excepciones, en este caso no se actualizaba ninguna de ellas y por lo tanto, lo procedente

⁶¹⁹ Caso Donald Rumsfeld Secretary of Defense v. José Padilla y Donna R. Newman, Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, Sentencia 28 de junio de 2004.

⁶²⁰ *Idem.*

⁶²¹ *Cfr. Idem.*

era volver a iniciar el procedimiento ante un juez de Carolina del Sur y señalando como autoridad demandada a la persona responsable del lugar de la detención⁶²².

Los Magistrados que se mostraron por la negativa manifestaron que los argumentos esgrimidos por quienes apoyaron esta resolución, son en cierta medida falaces. Que el Estatuto Federal de *Habeas Corpus* exija que la autoridad demandada sea la responsable de lugar de detención, no debe entenderse como absoluto y por el contrario debe aceptar excepciones como precisamente se presenta en el Caso *Padilla v. Rumsfeld*. En efecto, la regla prevista en el Estatuto Federal de *Habeas Corpus* si se considerara como absoluta dejaría al gobierno la facultad de manipular y evadir la jurisdicción de los tribunales pues tal como sucedió con Padilla, bastaría que durante el trámite de la acción de *Habeas Corpus* el detenido sea trasladado a otro centro de reclusión, para que entonces el funcionario señalado como responsable del primer centro de detención dejara de tener a su cargo la custodia de ese detenido y por ello, los tribunales deberían sobreseer la petición de *Habeas Corpus*.

Igualmente si el Estatuto Federal de *Habeas Corpus* dispone que la petición debe ser presentada ante la jurisdicción donde se encuentre el centro de detención, bastaría que el gobierno trasladase al peticionario a otra cárcel fuera de tal jurisdicción, lo cual generaría el sobreseimiento de la causa en virtud de que el juez original carecería de competencia para seguir conociendo de la petición de *Habeas Corpus*. En el caso particular de José Padilla, su detención se produjo en Nueva York y fue primeramente confinado en ese estado, en donde fue presentada la petición de *Habeas Corpus*. Basados en su traslado a una cárcel militar en Carolina del Sur, los Magistrados que votaron a favor de que debido a que la autoridad demandada y la jurisdicción del lugar de reclusión habían cambiado, procedía negar la petición de *Habeas Corpus*. Por ello, los Magistrados que votaron en contra de la resolución en el Caso *Padilla v. Rumsfeld*, señalaron que para evitar algún mal manejo de este requisito, la Suprema Corte de Justicia debió haber aceptado que en este caso operaba una excepción⁶²³.

Diversas voces se han levantado tanto para aplaudir las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia en *Hamdi y Rasul*, como para criticar su decisión en *Padilla*. El reconocido

⁶²² Cfr. *Idem*.

⁶²³ Cfr. *Idem*.

jurista estadounidense Ronald Dworkin alertó que al hacer una interpretación armónica de las tres sentencias analizadas, las autoridades estadounidenses comiencen a trasladar a los prisioneros en la bahía de Guantánamo a otras cárceles para que con ello, se sobresean diversas peticiones de *Habeas Corpus* pendientes de ser resueltas ante la jurisdicción ordinaria en Estados Unidos⁶²⁴. Habrá que esperar cuál será la conducta del gobierno estadounidense para tratar de evitar al máximo la interferencia judicial en la Guerra contra el Terrorismo.

E. El Caso Moussaoui. El único procesado por el 11 de septiembre de 2001

El 4 de mayo de 2006 una Jueza federal del Circuito federal de Virginia, condenó a la cadena perpetua al único procesado por los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York y Washington D.C. Después de días enteros en la discusión sobre la procedencia de la pena de muerte a Zacarías Moussaoui determinó recomendar a la Jueza Leonie Brinkema desechó la posibilidad de la pena capital para imponerle una sanción de seis cadenas perpetuas a pagarse en una cárcel de máxima seguridad en Florence, Colorado.

Zacarías Moussaoui es un ciudadano francés de origen marroquí. De acuerdo con las conclusiones de la Corte del Circuito de Virginia, Moussaoui padeció de una infancia en media de la marginalidad y la discriminación; además, tanto él como sus hermanos también fueron objeto de malos tratos por parte de sus padres, una vez que se trasladara la familia completa a Francia. Esto llevó a Moussaoui a integrarse a grupos islámicos radicales, de los que se tienen constancias al menos, desde 1996 en Londres⁶²⁵.

Desde febrero de 2000, Moussaoui tomó clases de manejo de aviones en una escuela en Oklahoma, la cual por cierto, también sirvió de entrenamiento para Mohamed Atta y Marwan al-Shehhi quienes estrellaron los aviones a los dos Torres Gemelas el 11 de septiembre de 2001. En agosto de 2000, Moussaoui cambió de escuela para trasladarse a Minesota; ahí sus profesores comenzaron a sospechar sobre las verdaderas intenciones de este sujeto pues continuamente sus preguntas iban mucha más allá de los programas de aquella escuela de manejo. Es así que los supervisores contactaron a la *FBI* para que determinara la veracidad de las sospechas. Bajo este temor, el 16 de agosto de 2001

⁶²⁴ Cfr. DWORKIN Ronald, “Lo que la Corte Realmente Dijo”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2005, página 39.

⁶²⁵ Cfr. SNIFFEN Michael, “Moussaoui Defiant in Last Outburst”, *Express*, Washington D.C., viernes 5 de mayo de 2006, página 3

Moussaoui fue detenido por agentes de la *FBI* para revisar supuestamente su situación migratoria, encontrándole en ese momento cuchillos, guantes de vuelo, e información contenida en medios electrónicos⁶²⁶.

Menos de un mes después a la detención de Moussaoui sucedieron los terribles atentados del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York y Washington D.C., con lo que las autoridades consiguieron que Moussaoui fuera consignado y por lo tanto, se le abriera un proceso penal en su contra. Dicho juicio dio comienzo formalmente el octubre de 2002, bajo la responsabilidad de la Jueza Leonie Brinkema. Durante el procedimiento, Moussaoui aceptó su vinculación con *Al Qaeda* en incluso señaló que él había sido el elegido para estrellar un quinto avión en la Casa Blanca⁶²⁷.

Después de más de cuatro años de confinamiento, finalmente el 4 de mayo de 2006 Zacarías Moussaoui fue condenado a petición del Jurado a seis cadenas perpetuas, no obstante que el mismo Jurado había considerado que Moussaoui era elegible para ser ejecutado en virtud de la pena capital. Pero, si la pena de muerte era una sanción probable, ¿qué fue lo que finalmente llevó al Jurado a la Jueza Brinkema ha “perdonarle” la vida a Moussaoui y en cambio, confinarle por el resto de su vida en una prisión?

Si bien no se encuentra aún disponible el texto íntegro de la sentencia, de los reportes periodísticos se desprende que el Jurado encontró culpable a Moussaoui de conspiración en contra de Estados Unidos, en virtud de que a sabiendas de los planes de *Al Qaeda* de impactar aviones sobre edificios de gran importancia para la vida, económica, militar y política estadounidense, durante los interrogatorios frente a agentes de la *FBI* en el período comprendido entre su detención y los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001, Moussaoui se negó a revelar la verdad, con lo que el Jurado consideró que de haber dicho la verdad se hubieran podido prevenir los atentados y con ello se hubieran salvado vidas humanas⁶²⁸. Por ello, Moussaoui resultó culpable de conspiración por su participación en los atentados en Nueva York y Washington D.C.

⁶²⁶ *Cfr. Idem.*

⁶²⁷ *Cfr. Ibidem.*

⁶²⁸ De acuerdo con un miembro del Jurado, se recopiló una lista de cinco mentiras que Moussaoui habría dicho a los agentes de la *FBI*, las cuales no dejaron que se pudieran detener los atentados terroristas que *Al Qaeda* planeaba, MARKON Jerry, y Timothy Dwyer, “Some Saw Moussaoui as Bit player, Juror Says”, *The Washington Post*, Washington D.C., viernes 5 de mayo de 2006, página A6.

Sin embargo, el Jurado también tomó en cuenta ciertas atenuantes para no condenar a Moussaoui con la pena de muerte. En primer lugar, el Jurado consideró que el papel de este sujeto en los atentados del 11 de septiembre de 2001 fue menor, esto es, que aún cuando él mismo señaló que él sería el quinto suicida en secuestrar un avión, no había evidencia concreta que condujera a tal convicción. Así, se comprobó que Moussaoui solamente tenía conocimiento de los planes de *Al Qaeda* pero no se ofreció evidencia bastante para adjudicarle a Moussaoui un papel mayor⁶²⁹.

Así también, el Jurado consideró que la difícil niñez de Moussaoui debería considerarse como una atenuante para no imponerle la pena capital. De acuerdo con algunos miembros del Jurado, Moussaoui había sufrido durante sus primeros años y ello fue lo que lo habría llevado a enlistarse en agrupaciones islámicas radicales. Por ello, se consideró que este sujeto no era plenamente responsable de sus actos, pues respondían parcialmente a las frustraciones sufridas de niño⁶³⁰.

La sentencia de Moussaoui no fue ajena a severas críticas, desde los que condenaron a la política estadounidense contra los musulmanes⁶³¹, hasta aquellos que consideraron que por el contrario, el hecho de juzgar a Moussaoui en un tribunal civil significaba un acto de flaqueza en la lucha contra el terrorismo⁶³². Sin embargo, debe también hacerse notar que en general los familiares de las víctimas quedaron conformes con esta sentencia. Al habersele condenado a la pena de muerte, según algunos de ellos, se le hubiera martirizado y se convertiría quizás, en una figura de inspiración para futuros terroristas. En cambio, con el confinamiento de por vida en una cárcel de máxima seguridad, estará condenado a pasar el resto de sus días en la soledad, sin contacto al exterior en lo absoluto⁶³³.

Así, el único sentenciado y ahora condenado por los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 ha sido ya llevado de Virginia, a la prisión de máxima seguridad en

⁶²⁹ *Cfr. Idem.*

⁶³⁰ *Cfr.* MARKON Jerry y Timothy Dwer, “Jurors Reject Death Penalty for Moussaoui”, *The Washington Post*, Washington D.C., jueves 4 de mayo de 2006, página A16.

⁶³¹ El profesor de la Universidad de Georgetown, David Cole, por ejemplo, señaló que, “(m)ientras el gobierno siga hostigando árabes y musulmanes sin nexos con el terrorismo y siga autorizando tortura, desapariciones fallará en su trabajo que debería hacernos más seguros”, *en* COLE David, “How Not to Fight Terrorism”, *The Washington Post*, Washington D.C., viernes 5 de mayo de 2006, página A19.

⁶³² *Cfr.* McCARTHY Andrew, “This Is No Way to Fight a War”, *The Wall Street Journal*, Washington D.C., sábado 6 de mayo de 2006, página A9.

⁶³³ *Cfr.* SNIFFEN Michael, “Moussaoui Defiant in Last Outburst”, *supra* nota 117, página 3.

Florence, Colorado⁶³⁴. Ahí se unirá a otros terroristas que han aquejado a la sociedad estadounidense como Ferry Nichols, el *unabomber* Theodore Kacynski, Ramzi Yousef, Richard Reid y Robert Hanssen⁶³⁵.

No obstante, la sentencia en contra de Moussaoui viene a contradecir los patrones que Estados Unidos había seguido en el enjuiciamiento de terroristas a partir del 11 de septiembre de 2001. Los casos *Rasul*, *Hamdi* y *Padilla* por un lado, y el caso *Moussaoui* por el otro, demuestran la inconsistencia en la Guerra contra el Terrorismo, sobretodo en el acceso a la justicia de los detenidos.

⁶³⁴ *Cfr.* EGGEN Dan, “New Home Is ‘Alcatraz of the Rockies’”, The Washington Post, Washington D.C., viernes 5 de mayo de 2006, página A6.

⁶³⁵ JOHNSON Kevin, “Moussaoui to Join Worst of Worst at Colo. Prison”, USA TODAY, Washington D.C., viernes 5 de mayo de 2006, página 5A.

CONCLUSIONES

1. El terrorismo es un fenómeno que por sus repudiables efectos debe ser combatido y erradicado en todas las jurisdicciones. Aún cuando extensos sectores de ciertas sociedades apoyen fervientemente a grupos que autodenominándose de liberación nacional cometan atentados terroristas en contra de la población civil, es innegable que toda violencia que constituya terrorismo debe ser eficazmente reprimida.

2. Una de las causas fundamentales por las que el terrorismo debe ser erradicado es precisamente porque atenta contra bienes jurídicos de la mayor jerarquía como la vida, la integridad personal, la propiedad, la tranquilidad pública y la seguridad nacional. Las legislaciones estatales tienen la obligación de establecer en sus códigos penales la tipificación de esta conducta, y aunque puede variar la técnica utilizada para ello, este tipo de legislación debe ser adecuada para no dejar impune a los perpetradores de atentados terroristas. Igualmente, la sanción a este delito puede devenir de la ratificación de tratados internacionales, bilaterales y multilaterales, mediante los cuales los Estados adquieren obligaciones directas de combatir al terrorismo de conformidad el tipo penal consignado en dichos tratados internacionales.

3. La jurisdicción universal y la justicia internacional pueden también servir de coadyuvantes para un fin tan legítimo como lo es sancionar a terroristas. Ante la aquiescencia o incapacidad judicial de un país determinado, terceros Estados o tribunales internacionales pueden cooperar en llevar a la justicia a los terroristas. Sin embargo, se deben tener siempre presentes los principios del Derecho Internacional como la No Intervención y la complementariedad de los tribunales internacionales, en relación con los sistemas judiciales nacionales.

4. Por su parte, el terrorismo debe ser erradicado pues además de atacar bienes jurídicos indispensables, también significa un atentado a la institucionalidad democrática. Si bien este crimen es llevado a cabo con una finalidad generalmente ideológica, todo tipo de conflicto en una sociedad democrática debe tramitarse bajo los cauces que la propia

democracia establece. Como ha quedado establecido, la democracia es el único sistema capaz de crear su gobierno y su oposición, por lo que sólo mediante la inclusión de todos los sectores de la sociedad a un diálogo abierto y permanente, será como los conflictos podrán ser resueltos pacíficamente. Cumplida la democracia en cualquier sociedad, la violencia en cualquiera de sus manifestaciones no tiene ninguna cabida.

5. Es necesario puntualizar que aún cuando la democracia en nuestra América se ha implantado formalmente en los últimos veinte años, ésta se nos ha vendido como discurso político más que como forma de vida. Los latinoamericanos particularmente no hemos sido capaces de penetrar los valores democráticos en nuestra idiosincrasia, y por el contrario ésta ha sido utilizada como botín político ante las mezquindades de los políticos, líderes sociales y también habrá que decirlo, de los pueblos en su conjunto. Ante esta terrible revoltura, el terrorismo ha encontrado un excelente caldo de cultivo que ha aquejado a Colombia, Perú, Ecuador y Centroamérica principalmente, durante los últimos cincuenta años; de contar con una verdadera democracia en nuestro hemisferio, esta violencia simplemente no existiría. Habrá que esperar que la Organización de los Estados Americanos a través de su Carta Democrática Interamericana, encuentre la sabiduría de implementar una verdadera democracia en nuestros pueblos. La tarea es, sin embargo, muy compleja.

6. Si bien es cierto que el terrorismo debe ser erradicado de todas las latitudes, poco han acertado los Estados en promover leyes antiterroristas efectivas para contrarrestar este mal. Desde legislación de emergencia, hasta reformas constitucionales han sido promulgadas para tratar de combatir al terrorismo, sin que ninguna de ellas parezca cumplir en plenitud con su cometido. Estados Unidos parece ser el único país que ha experimentado éxito a través de todo su armamento legal antiterrorista, pues desde los atentados del 11 de septiembre de 2001, este país no ha vuelto a sufrir de ataques terroristas. Por el contrario, las legislaciones antiterroristas en España y el Reino Unido, acompañadas del Reglamento 2580/2001 de la Unión Europea, parecen haber fallado como lo han demostrado los actos terroristas del 11 de marzo de 2004 y 7 de julio de 2005, respectivamente. Otros como Canadá y Australia han redactado recientemente leyes antiterroristas enteras para tratar de

contrarrestar al terrorismo del que ambas naciones son permanentemente amenazadas por su cooperación activa en las intervenciones militares en Afganistán e Irak.

7. En nuestro subcontinente latinoamericano, aunque también existen países con sendas legislaciones antiterroristas, su origen proviene no del terrorismo internacional liderado por *Al Qaeda*, sino por grupos autodenominados populares que han extorsionado a nuestras sociedades con constante violencia. Tal es el caso de Colombia que ni con sus múltiples legislaciones de emergencia, ni con su intento de llevar al texto constitucional el combate al terrorista, ha logrado hacer frente y ganar la batalla contra la violencia que ejercen los grupos de guerrilla y los paramilitares. Por el contrario, el régimen peruano del Presidente Alberto Fujimori logró sofocar a los grupos terroristas durante la década de 1990, no sin que con ello se violaran una gran cantidad de derechos y libertades. Finalmente, aunque México y Chile también cuentan con legislaciones antiterroristas, es de destacar que su función ha sido la de prevenir futuros atentados y grupos terroristas, más que combatir un mal presente.

8. Uno de los problemas más importantes que los debates parlamentarios, diplomáticos y académicos han despertado en la lucha contra el terrorismo es definitivamente su definición. Muchas han sido pronunciadas sin que aún exista un consenso sobre de ello. La dificultad de definir el concepto “terrorismo” estriba en que por sí mismo es indefinible, pues es utilizado a conveniencia o capricho del que lo menciona. Así, el terrorismo ha dejado de ser un concepto estrictamente jurídico-penal para convertirse en un arma moral para catalogar a personas o grupos como dañinos para una sociedad. Para los cubanos por ejemplo, Estados Unidos es un terrorista y para Estados Unidos, Cuba es un país terrorista. La utilización de este concepto se convierte así en una herramienta de condena del enemigo. Además, el terrorismo es un concepto que en sus doscientos años de vida ha sufrido de una evolución considerable. En las postrimerías de la Revolución Francesa, el terrorismo se consideraba que era cometido por el gobierno en contra la población; en la actualidad el terrorismo es cometido por particulares en contra de civiles o agentes estatales. Una excepción de ella sin embargo, es el terrorismo de Estado, tan padecido en las terribles dictaduras latinoamericanas de última mitad del siglo XX.

9. A pesar de todas sus dificultades, la definición del terrorismo es un elemento que no se debe dejar de lado. A pesar de que existen voces que sugieren la eliminación de este debate, el terrorismo debe ser definido para poder entonces ser sancionado. Es por ello, que de todas las definiciones ofrecidas por las legislaciones internas, así como por algunos intentos doctrinales, se pueden encontrar cinco elementos esenciales para la construcción de la definición, a saber; *i*) la generación de violencia; *ii*) la ilegitimidad de dicha violencia; *iii*) la intención inmediata consistente en causar daño para crear miedo o intimidar a un sector de la población; *iv*) la finalidad mediata de perseguir una meta política, militar, étnica, ideológica o religiosa; *v*) la posibilidad de que los sujetos activos de este crimen puedan ser tanto particulares, como el Estado en su calidad de persona jurídica, a través de sus agentes o de personas asistidas por él.

10. La única forma para poder combatir de forma global al terrorismo deberá ser mediante la universalización de un concepto de terrorismo. Aún cuando se ha señalado la dificultad para llegar a un concepto, mientras en el concierto internacional cada quien entienda diferentes elementos en relación al terrorismo, cada debate y cada resolución internacional serán en realidad monólogos con significado distinto para cada país. Por ello, la concepción unificada del terrorismo permitirá que no importa si se trata de Indonesia o Somalia, Estados Unidos o Laos, México o Australia, el combate al terrorismo será uniforme.

11. Otro de los aspectos que las leyes antiterroristas resaltan en su promulgación, es el régimen legal que éstas imponen. En efecto, algunas de ellas expresamente imponen sendos estados de excepción bajo las reglas que el Derecho Constitucional e Internacional exigen. No obstante, otras leyes antiterroristas declaran implícitamente estados de excepción, a pesar de que formalmente son decretadas bajo estado de normalidad. Estas legislaciones deben ser consideradas como violatorias de los derechos y libertades que en ellas se afectan pues dicho estado de excepción *de facto*, no cumple con las normas internacionales y constitucionales para poder declararse una situación de emergencia. Empero, de acuerdo con los estándares constitucionales y sobretodo internacionales de derechos humanos, las autoridades cuentan con la facultad de restringir e incluso suspender derechos y libertades

si que con ello se pueda superar una contingencia. La lucha contra el terrorismo bien puede ser de aquellas contingencias que ameriten la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos, pero siempre bajo las condiciones y limitaciones que el Derecho Constitucional e Internacional.

12. En esta misma discusión, diversos sectores doctrinales y judiciales han debatido la prelación entre valores democráticos, cuando en el lucha contra el terrorismo varios de ellos se encuentren en conflicto, como la seguridad de la nación y la protección de los derechos humanos. Aún cuando existen posiciones extremistas para uno y otro lado, la posición más congruente parece ser definitivamente la de guardar un cierto balance entre ambos valores, ya sea mediante la denominada posición “minimalista” o la del “mal menor”. Cualquiera que sea, ninguna sociedad democrática puede afrontar al terrorismo desconociendo uno u otro principio pues corre el riesgo de tiranizarse si se opta por el fundamentalismo en la seguridad nacional, o de la anarquía y la ingobernabilidad si se prefiere el fundamentalismo de la protección de los derechos humanos. El balance entre ambos conceptos, indispensables en toda democracia, debe imperar en la lucha contra el terrorismo.

13. En la búsqueda del balance entre seguridad nacional por un lado y, derechos y libertades por el otro, los Estados pueden afectar ciertos derechos y libertades mediante la restricción o la suspensión como ha sido mencionado anteriormente. En particular existen algunos que son constantemente infringidos por las leyes antiterroristas como: *i)* el derecho a la vida, ya sea por el abuso en el ejercicio de la fuerza letal y en la aplicación de la pena de muerte; *ii)* el derecho a la integridad personal, por la permisión a las autoridades estatales de ciertos actos que de conformidad con la teoría de los derechos humanos son considerados como tortura; *iii)* el derecho a la no discriminación, sobretodo en el procedimiento de “Certificación” que imponen ciertas legislaciones antiterroristas; *iv)* la libertad personal, en virtud de que diversas legislaciones permiten detenciones prolongadas; *v)* la libertad de expresión, por ejercerse según las autoridades para incitar o reclutar a futuros terroristas; *vi)* la libertad de asociación, por coartar las operaciones de organizaciones consideradas como terroristas o financiadoras del terrorismo; *vii)* el derecho a la propiedad, en virtud de la posibilidad que prácticamente todas las leyes permiten de

congelar y decomisar activos; *viii*) el derecho a la intimidad, por permitir que en el delito de terrorismo existan facultades especiales de catear e intervenir todo tipo de comunicaciones; y *ix*) los derechos políticos, por la proscripción de partidos políticos vinculados a movimientos terroristas como recientemente en Turquía y España.

14. Aunque no siempre las leyes antiterroristas son violatorias de todos estos derechos, existen algunas como aquellas promulgadas en Estados Unidos, el Reino Unido o el Perú en las que parecen haberse redactado sin cuidado a la debida protección a los derechos humanos. En ellas se pueden encontrar severas violaciones a los derechos y libertades recurrentemente. Otras legislaciones antiterroristas contienen también violaciones a ciertos derechos aunque ciertamente son menos insidiosas que las de los países líderes en la Guerra contra el Terrorismo, o la campaña antiterrorista fujimorista.

15. Otro de los aspectos que en la lucha contra el terrorismo diversos países ignoran es el derecho de toda persona al principio de legalidad y al acceso a la justicia. El principio de legalidad, aunque debe ser garantizado en cualquier circunstancia es continuamente negado para los terroristas, especialmente a consecuencia de la creación de tribunales especiales en el marco de la Guerra contra el Terrorismo, comandada por Estados Unidos, Además, diferentes leyes antiterroristas privan a los detenidos del acceso a un tribunal, tales como la legislación de Estados Unidos y que se refleja en la negación de justicia a los detenidos en la Bahía de Guantánamo, Cuba. Otras leyes antiterroristas aunque ofrecen un tribunal, contemplan recursos ilusorios que no ofrecen al detenido ninguna oportunidad real de ser amparados por la Judicatura. Aunado a ello, el derecho a la información sobre elementos trascendentales para los procesos penales seguidos en contra de terroristas, también es frecuentemente limitado o incluso denegado en su totalidad.

16. Afortunadamente, en los últimos años los máximos tribunales de diversos países han sometido a su escrutinio las leyes antiterroristas, arrojando en todos los casos fallos de gran valor jurídico. Dichas sentencias han resultado en diversas ocasiones en la derogación de las leyes antiterroristas ya sea en una parte, o la abrogación en su totalidad. Es de destacar particularmente las sentencias del Tribunal Constitucional del Perú en 2003, de la Corte

Constitucional de Colombia en 2004 y de la Cámara de los Lores en el Reino Unido igualmente en 2004, quienes tuvieron la valentía de echar atrás leyes antiterroristas por demás lesivas a los derechos y libertades fundamentales. Otras sentencias como aquella de la Suprema Corte de Israel dejan espacio al debate sobre su contenido real pues por una parte condena los métodos de interrogatorios pero por el otro, deja abierta la puerta para que bajo la permisión del *Knesset* israelí dichas medidas puedan ser ejecutadas. Finalmente, valga decir el esfuerzo de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos por su intento que aunque discreto, de alguna forma pretendió frenar la desquiciada política antiterrorista de aquel país de mantener detenidos indefinidamente, sin juicio, a los presos en la bahía de Guantánamo.

17. Por último sirva este trabajo para dejar a la reflexión sobre cuáles han sido los resultados reales de la lucha contra el terrorismo tanto interno como internacional. En Colombia y Perú, a pesar de su larga tradición legislativa en materia de terrorismo es triste constatar cómo en este inicio de siglo XXI la violencia no sólo permanece sino que ha incrementado. Por su parte, los países líderes en la Guerra contra el Terrorismo parecen también haber fracasado en su campaña iniciada como producto de los ataques del 11 de septiembre de 2001. Como recientemente ha sido publicado, los atentados terroristas en diferentes partes del mundo no sólo no han disminuido sino que por el contrario han incrementado año con año⁶³⁶. La lucha contra el terrorismo entonces está fallando y además de afectar seriamente a los derechos y libertades, sus resultados distan mucho de salvaguardar la seguridad nacional. ¿Será entonces que la violencia que impone la Guerra contra el Terrorismo más que eliminar este crimen, fomenta la creación de grupos y atentados terroristas? Es sólo una pregunta que quizás la historia sea la única capaz de poder resolverla.

⁶³⁶ *Cfr.* DEYOUNG Karen, “Terrorist Attacks Rose Sharply in 2005, State Dept. Says”, The Washington Post, Washington D.C., 29 de abril de 2005, página A01.

BIBLIOGRAFÍA

- “Carta Democrática Interamericana: Documentos e Interpretaciones”, OEA, Washington D.C., 2002
- ACKERMAN Bruce, “The Emergency Constitution”, Yale Law Journal, 113 Yale L.J. 1029, marzo 2004.
- ALEXY Robert, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- ÁLVAREZ LONDOÑO, Luís Fernando, “Derecho Internacional Público”, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2004.
- ANTICH Javier, “Estado de Excepción”, Vanguardia, Barcelona, miércoles 3 de marzo de 2004.
- BASSIOUNI Cherif, “International Terrorism; Multilateral Conventions (1937-2001)”, Transnational Publishers, Inc. Nueva York, 2001.
- BAXTER R.R., “A Skeptical Look at the Concept of Terrorism”, Akron Law Review, AKRON L. REV. 380, 1974.
- BECERRA RAMÍREZ Manuel, “Tratados Internacionales. Se Ubican Jerárquicamente por encima de las leyes y en un Segundo Plano respecto de la Constitución Federal”, *en Cuestiones Constitucionales*, núm. 3, IJJ-UNAM, 2000.
- BERES René, “The Legal Meaning of Terrorism for the Military Commander ”, Connecticut Journal of International Law, 11Conn. J. Int’l L. 1, 1995.
- _____, “The Meaning of Terrorism. Jurisprudential and Definitional Clarifications”, Vanderbilt Journal of Transnational Law, 28 Vand. J. Transnat’l L. 239, marzo 1995.
- BIDART CAMPOS Germán, “Teoría de los Derechos Humanos”, UNAM, México, 1993.
- BINGLINO Irene, “Anti-terrorism Legislation in the United Kingdom”, Liberty, Londres, 2002.
- BLAKESLEY Christopher, “Terrorism, Drugs, International Law and the Protection of Human Liberty”, Transnational Publishers, Nueva York, 1992.
- BLANC ALTEMIR Antoni, “El Tribunal Especial para Sierra Leona. Un instrumento contra la Impunidad por las Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario”, *en Anuario de Derecho Internacional*, Departamento de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra, N° XIX, Pamplona, 2003
- BOBBIO Norberto, “Diccionario de Política”, Siglo XXI, México.
- BOTTINI Gabriel, “Universal Jurisdiction After the Creation of the International Criminal Court”, New York University Journal of International Law and Politics, 36 N.Y.U. J. Int’l L. & Pol. 503, invierno 2004.
- BRADLEY Curtis y Jack Goldsmith, “Congressional Authorization and the War on Terrorism”, Harvard Law Review, 118 Harv. L. Rev. 2047, mayo 2005.
- BROOMHALL Bruce, “Terrorism on Trial: State Actors in an International Definition of Terrorism from a Human Rights Perspective”, Case Western Reserve Journal of International Law, 37 Case W. Res. J. Int’l L. 421, 2005.
- BROWNLIE Ian, “Principles of Public International Law”, Oxford, Nueva York, 2002.
- CALLEJA José María, “Arriba Euskadi”, Booket, Madrid, 2001.
- CALVERT Jonathan, “Police Shot Wrong Man”, The Sunday Times, Londres, 24 de julio de 2005.

- CANÇADO TRINDADE Antonio Augusto, “El Derecho a la Paz y las Precondiciones para la Paz”, en *Diálogo, Derecho Humano a la Paz: Germen de un Futuro Posible*, UNESCO, No. 21, México, junio de 1997.
- CARON David y David Sloss, “Availability of U.S. courts to detainees at Guantánamo Bay Naval Base, Reach of *Habeas Corpus*, Executive Power in War on Terror”, *American Journal of International Law*, 98 A.J.I.L. 788, octubre de 2004.
- CARON David y David Sloss, “Availability of U.S. courts to detainees at Guantánamo Bay Naval Base, Reach of *Habeas Corpus*, Executive Power in War on Terror”, *American Journal of International Law*, 98 A.J.I.L. 788, octubre de 2004.
- CARRILLO SALCEDO Juan Antonio, “El Convenio Europeo de Derechos Humanos”, Tecnos, 2003.
- CLARKE Alan, “Justice in a Changad World: Terrorism, Extradition, and the Death Penalty”, *William Mitchell Law Review*, 29 Wm. Mitchell L. Rev. 783, 2005.
- CRUZ VILLALÓN Pedro, “Estados Excepcionales y Suspensión de Garantías”, Tecnos, Madrid, 1984.
- CROOK John R., “Contemporary Practice of the United States Relating to International Law: Five Guantanamo Detainees Released Following Negotiations with United Kingdom and Australia”, *American Journal of International Law*, 99 A.J.I.L. 485, abril 2005.
- _____ “Contemporary Practice of the United States Relating to International Law: Conflicting District Court Decisions on Guantanamo Bay Detainees”, *American Journal of International Law*, 99 A.J.I.L. 485, abril 2005.
- _____ “Contemporary Practice of the United States Relating to International Law: Treatment of U.S. Detainees at Guantanamo Bay”, *American Journal International Law*, 99 A.J.I.L. 261, enero 2005.
- DECKER Raymond, “Combating Terrorism: Observations on National Strategies Related to Terrorism: Testimony before the House Subcommittee on National Security, Emerging Threats, and International Relations of the House Committee on Government Report”, 108 Congreso de Estados Unidos de América. 2003.
- DESPOUY Leandro, “Los Derechos Humanos y los Estados de Excepción”, UNAM, México, 1999.
- DONIGAN CarryeLyn, “Internacional Legal Mechanisms for Combating Transnational Organized Crime; The Need for a Multilateral Convention”, *Berkeley Journal of International Law*, 18 Berkeley J. Int'l L., 2000.
- DÖRMANN Knut, “The Legal Situation of ‘Unlawful/Unprivileged’ Combatants”, *International Review of the Red Cross*, 2003.
- DOYLE Charles, “The USA Patriot Act: a Sketch”, Biblioteca del Congreso, Washington D.C., 18 de Abril de 2002.
- DWORKIN Ronald, “Lo que la Corte Verdaderamente Dijo”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2005.
- _____ "The real threat to US values," *The Guardian*, Londres, 9 de marzo de 2002.
- ELSEN Charles, “Les mecanismes institutionnels: Trevi, Shengen, Dublín Maastricht” en PAULY Alexis *comp.*, “Shengen en Panne”, Institut Européen de Administration Publique, Maastricht, 1994.
- EZKERRA Iñaki, “Estado de Excepción. Vivir con miedo a Euzkadi”, Booket, Barcelona, 2002.
- FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales”, IIDH, 4º ed., San José, 2004.

- FENNELL Drew, "The USA PATRIOT Act: Can We Be both Safe and Free?", Delaware Lawyer, 21 Delaware Lawyer 10, verano 2003.
- FERRAJOLI Luigi, "Derechos y Garantías. La Ley del más Débil", Trotta, Madrid, 2002.
- FUENTES HERNÁNDEZ Alejandro, "La Reforma en Colombia: Tendencias Recientes 1991-2003" en-PÁSARA Luis comp. "En Busca de una Justicia Distinta. Experiencias de Reforma en América Latina", IJ-UNAM, 2004.
- GALEANO Eduardo, "Las Venas Abiertas de América Latina", Siglo XXI, México, 2003.
- GALL Olivia, "Identidad, Exclusión y Racismo: Reflexiones Teóricas y sobre México", en *Revista Mexicana de Sociología*, Instituto de Investigaciones Sociales-UNAM, año 66, núm 2, México, abril-junio 2004.
- GALLÓN GIRALDO Gustavo, "Reflexiones en la Lucha contra la Impunidad en el Tránsito hacia la Paz en Colombia", en *Verdad y Justicia en Procesos de Paz o Transición a la Democracia*, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2003.
- GARCÍA RAMIREZ Sergio, "Consideraciones sobre Terrorismo", en *Problemas Jurídicos y Políticos del Terrorismo*, UNAM, México, 2003, página 88.
- GARCÍA SANPEDRO José, "Terrorismo: Aspectos Criminológicos y Legales", Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid-Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1993.
- GARCÍA-SAYÁN Diego, "Perú: Estados de Excepción y régimen jurídico", en: "Estados de Emergencia en la Región Andina", Comisión Andina de Juristas. Lima, 1987.
- GASSER Hans Peter, "Acts of Terror, 'Terrorism', and International Humanitarian Law", Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), Vol. 84, septiembre 2002.
- GATHII James Thuo, "Torture, Extraterritoriality, Terrorism and International Law", Albany Law Review, 67 Alb. L. Rev. 335, 2003.
- GLOVER Aubrey, "Terrorism: Aliens' Freedom of Speech and Association under Attack in the United States", Duquesne University Law Review, 41 Duq. L. Rev. 363, invierno 2003.
- GOMEZ-ROBLEDO VERDUZCO Alonso, "Palestina: Independencia de un Estado" en *Temas Selectos de Derechos Internacional*, UNAM, México, 1999.
- _____ "Tratados de Extradición y su Supuesta Ineficacia", en *Temas Selectos de Derecho Internacional*, UNAM, México, 1999.
- GROSS Emmanuel, "Legal Aspects of Tackling Terrorism: The Balance Between the Right of a Democracy to Defend Itself and the Protection of Human Rights", U.C.L.A. Journal of International Law & Foreign Affairs, 6 U.C.L.A. J.Int'l L. & For.Aff., 2001.
- GROS ESPIELL Héctor, "La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis Comparativo", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991.
- GROSS Oren, "Exception and Emergency Powers: The Normless and Exceptionless Exception: Carl Schmitt's Theory of Emergency Powers and the 'Norm-Exception' Dichotomy", Cardozo Law Review,
- ROUSSEAU Jean Jacques, "El Contrato Social", Ediciones Quinto Sol, México, 1987.
- HELLER Agnes, "La Decisión, Cuestión de Voluntad o Elección", en *Zona Abierta*, núm. 53, Madrid, octubre-diciembre de 1989.
- HENDERSON Donald A., "Bioterrorism (Guidelines for Medical and Public Health Management)", AMA Press, Chicago, 2002.
- HOCKING Jenny, "Terror Laws. ASIO, Counter-Terrorism and the Threat to Democracy", UNSW Press, 2004, páginas 161-180.
- HOWARD Michael, "What's in a name? How to fight Terrorism", Foreign Affairs, 81 FOREIGN AFF. 8, 2002.

- HUNTINGTON Samuel, "Who Are We: America's Great Debate", Free Press, Londres, 2005.
- IGNATIEFF Michael, "La Democracia y el Mal Menor", en *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2005.
- _____, "The Lesser Evil. Political Ethics in an Age of Terror" Edinburgh university Press, Edimburgo, 2004.
- ISSACHAROFF Samuel y Richard H. Pildes, "Between Civil Libertarianism and Executive Unilateralism; An Institutional Process Approach to Rights During Wartime", *Theoretical Inquiries Law Journal*, 5 *Theoretical Inquiries L.J.* 1, 2004.
- JENKINS Brian Michel, "The Study of Terrorism: Definitional Problems", Rand Reports, Los Angeles, 1980.
- IRAOLA Roberto, "Due Process, Judicial Review, the First Amendment, and the Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act of 1996", *North Dakota Law Review*, 78 *N. Dak. L. Rev.* 1, 2002.
- KELSEN Hans, "La Paz por medio del Derecho", Trotta, Madrid, 2003.
- KISSINGER Henry, "La Diplomacia", FCE, México, 2000.
- LAGOS Enrique y Timothy D. Timothy, "Latin America: View on Contemporary Issues in the Region Preventing, Punishing, and Eliminating Terrorism in the Western Hemisphere: A Post 9/11 Inter-American Treaty", *Fordham International Law Journal*, 26 *Fordham Int'l L.J.* 1619, junio 2003.
- LERNER Natán, "Book Review: Los Estados de Excepción y los Derechos Humanos en América Latina. By Daniel Zovatto. Instituto Interamericano de Derechos Humanos", *American Journal of International Law*, 86 *A.J.I.L.* 187, enero 1992.
- LEVITT Geoffrey, "Is 'Terrorism' Worthy Defining?", *Ohio University Law Review*, 13 *Ohio N.U. L. REV.* 97, 1997.
- LÓPEZ GARRIDO Diego, "Terrorismo, Política y Derecho. La Legislación Antiterrorista en España, Reino Unido, República Federal de Alemania, Italia y Francia", Alianza Editorial, Madrid, 1987.
- LAQUEUR Walter, "The New Terrorism", Oxford University Press, Oxford, 2000.
- LEARY Christie A., "The Political Exception: The Irish Republican Army, and the Supplementary Treaty – The Inadequacy of Anglo-American Extradition Policy Demonstrated by *In Re* Requested Extradition of Artt, Brenna and Kirby", *Journal of International Legal Studies*, 5 *J. Int'l Legal Stud.* 293, 1999.
- MADISON James, "Report on the Virginia Resolutions", *citado por* GLOVER Aubrey, "Terrorism: Aliens' Freedom of Speech and Association under Attack in the United States", *Duquesne University Law Review* 41 *Duq. L. Rev.* 363.
- MALIK Omar, "Enough of the Definition of Terrorism" Royal Institute of International Affairs, Nueva York, 2001.
- MAQUIAVELO Nicolás, "Discursos sobre la Primera década de Tito Livio", Losada, Barcelona, 2005.
- MARITAIN Jacques, "Acerca de la Filosofía de los Derechos Humanos", en *Los Derechos Humanos*, Ediciones del Milenio, México, 2000.
- MARTINEZ CUEVAS María Dolores, "La suspensión individual de Derechos y Libertades Fundamentales en el Ordenamiento Constitucional Español: un Instrumento de Defensa de la Constitución de 1978". Universidad de Granada-Editorial Comares, Granada, 2002.
- MARTÍNEZ José Francisco, "Guerra Justa y Lucha contra el Terrorismo" en *Guerra, Terrorismo y Derechos Humanos*, Papeles de la FIM No. 19, 2º época, Barcelona, 2002, página 59.
- MCKAY Fiona, "U.S. Unilateralism and International Crimes: The International Criminal Court and Terrorism", *Cornell International Law Journal*, 36 *Cornell Int'l L. J.* 455, 2004.

- MEYER J. de, *Voto Concurrente en Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Söering v. Reino Unido, Sentencia de 7 de julio 1989.*
- MINOW Martha, "Book Review: What is the Greater Evil? The Lesser Evil: Political Ethics in an Age of Terror: by Michale Ignatieff", *Harvard Law Review*, 118 Harv. L. Rev. 2134.
- MIZOCK Adam, "The Legality of the Fifty-Two Year State of Emergency in Israel", *U.C. Davis Journal of International Law & Policy*, 7 U.C. Davis J. Int'l & Pol'y 223, primavera 2001.
- MUTUA Makua, "Terrorism and Human Rights: Power, Culture and Subordination" *Buffalo Human Rights Law Review*, 8 Buff. Hum. Rts. L. Rev. 1, 2002.
- NILZON Cezar Mariano, "Operación Cóndor: Terrorismo de Estado en el Cono Sur", *Lumen Argentina*, Buenos Aires, 2004.
- NOGUEIRA ALCALÁ Humberto, "Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales", UNAM, México, 2003.
- NOTEBOOM Aaron, "Terrorism: I know It when I See It", *Oregon Law Review*, 81 Or. L. Rev. 553, verano 2002.
- O'DONNELL Daniel, "Derecho Internacional de Derechos Humanos", *Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia*, Bogotá, 2004.
- ORAKHELASHVILI, Alexander, "Arrest Warrant of 1 April 2000 (Democratic Republic of Congo V. Belgium)" *American Journal of International Law*, 96 A.J.I.L. 677, Julio 2002, página 685.
- PAULSEN Michael, "Youngstown Goes to War", 19 *Const. Comment.* 215, 2002.
- PERRY Nicholas J., "The Numerous Federal Legal Definitions of Terrorism: The Problem of Too Many Grails", *Journal of Legislation*, 30 J. Legis. 249, 2004.
- PFAFF William, "The Politics of Terrorism: or Civilians v. Civilians ", *International Herald Tribune* 8, 10 de enero de 2002.
- PLOTKIN Robert, "First Amendment Challenges to the Membership and Advocacy Provisions of the Antiterrorism and Death Penalty Act of 1996", *Georgetown Immigration Law Journal*, 10 *Geo. Immigr. L.J.* 623, 1996.
- POSNER Erick A. y Adrian Vermeule, "Accommodating Emergencies", *Public Law and Legal Theory Working Paper No. 80*, University of Chicago, diciembre 2004.
- RAVIV Adam, "Torture, and Justification: Defending the Indefensible", *George Mason Law Review*, 13 *Geo. Mason L. Rev.* 135.
- REMOTTI CARBONELL José Carlos, "Constitución y Medidas contra el Terrorismo. La Suspensión Individual de Derechos y Garantías", *COLEX*, Madrid, 1999.
- REINARES Fernando, "Terrorismo Global", *Taurus*, Barcelona, 2003
- ROBERTS Guy, "Self-help in Combating State Sponsored Terrorism; Self Defense in Peace Time Reprisals", *Case Western Reserve Journal of International Law*, 19 *Case W. RES. J. INT'L L.* 243, 1987
- ROSSITER Clinton, "Constitutional Dictatorship", *Transnational Publishers*, Nueva York, 2002.
- ROUSSEAU Jean Jacques, "El contrato Social", *Ediciones Nuevo Sol*, México, 1987.
- SAPSIN Jason, "Combating Terrorism in the Environmental Trenches: Responding to Terrorism: Introduction to Emergency Public Health Law for Bioterrorism Preparedness and Response", *Widener Law Symposium*, 9 *Wid. L. Symp. J.* 387, 2003.
- SAWYER Catherine A., "Rejection of Weimarian Politics or Betrayal of Democracy? Spain's Proscription of Batansuna under the European Convention of Human Rights", *American University Law Review*, 52 *Am. U.L. Rev.* 1531.
- SCHMID Alex, "Political Terrorism: A Research Guide to Concepts, Theories, Data Bases and Literature", *Transaction*, Nueva Jersey, 1984.

- _____ “‘Terrorism on Trial’: Terrorism – The Definitional Problem”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, 37 *Case W. Res. J. Int’l L.* 375, 2005.
- SCHMILL ORDOÑEZ Ulises, “Terrorismo y Democracia”, en *Problemas Jurídicos y Políticos del Terrorismo*, UNAM, México, 2003.
- SCHMITT Carl, “Teología Política I”, en ORESTES AGUILAR Héctor comp., “*Carl Schmitt, Teólogo de la Política*”, FCE, México, 2004.
- SEPÚLVEDA César, “Estudios sobre Derecho Internacional y Derechos Humanos”, CNDH, México, 2000.
- SERRANO MIGALLÓN Fernando, “Cabos Universitarios”, Porrúa, México, 2006.
- _____, “Isidro Fabela y la Diplomacia Mexicana”, Porrúa, Colección “Sepan Cuantos...”, México, 1997.
- _____, “Con Certera Visión: Isidro Fabela y su Tiempo”, FCE, México, 2001.
- SETO Theodore, “The Morality of Terrorism”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, 35 *LOY L.A L. R.* 1227, 2002.
- SIQUEIROS José Luís, “La Extradición y la Jurisdicción Universal. El Caso Cavallo”, *Revista de Derecho Privado, IJ-UNAM*, enero-abril 2004, Número 7, 2004.
- SOBERANES FERNÁNDEZ José Luís, “Historia del Derecho Mexicano”, Porrúa, México, 2000.
- SOLL Gabriel, “The Known Element No One Can Define”, *Williamette Journal of International Law and Dispute Resolution*, 11 *Williamette J. Int’l L. & Dispute Res.* 123, 2004.
- STANTON Kimberly, “The Colombian Conflict: Regional Impact and Policy Responses”, *Washington Office on Latin America (WOLA)*, Washington D.C., agosto 2005.
- STEINER Henry y Philip Alston, “*International Human Rights in Context*”, Oxford, Nueva York, 2001.
- TIEFFENBURN Susan, “A Semiotic Approach to Legal Definition of Terrorism”, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 9 *ILSA J. Int’l & Comp. L* 357, 2003.
- THORNBURGH Dick, “Balancing Civil Liberties and Homeland Security; Does the USA PATRIOT Act avoid Justice Robert H. Jackson’s ‘Suicide Pact’?”, *Albany Law Review*, 68 *Alb. L. Rev.* 801, 2005.
- THUO GATHI James, “Torture, Extraterritoriality, Terrorism and International Law”, *Albani Law Review*, 67 *Alb. L. Rev.* 335, 2003, página 342.
- TRIBE Laurence y Patrick Gudridge, “The Anti-Emergency Constitution”, *Yale Law Journal*, 113 *Yale L.J.* 1801, junio 2004.
- VAGTS Detlev F. “Which Courts Should Try Persons Accused of Terrorism”, *European Journal of International Law*, *EJIL* 2003.14(313), abril 2003.
- VAN BERGER Jennifer, “In the Absence of Democracy: The Designation and Material Support Provisions of the Anti-Terrorism Laws”, *Cardozo Public Law, Policy & Ethics Journal*, 2 *Cardozo Pub. L. Pol’y & Ethics J.* 107, diciembre 2003.
- VALENCIA VILLA Hernando, “Derechos Humanos”, Espasa, Madrid, 2003.
- VARGAS LLOSA Álvaro, “Liberty for Latin America: How to Undo Five Hundred Years of State Oppression”, FSG, Nueva York, 2005.
- VOLKAN Vamik, “The Need to Have Enemies and Allies: From Clinical Practice to International Relations”, Aronson, Northvale, 1994.
- WEBER Max, “*Economía y Sociedad. Esbozo de Sociología Comprensiva*”, FCE, México, 2000.
- WILLIAMS Clive, “*Terrorism Explained. The Facts about Terrorism and Terrorists Groups*”, New Holland, 2004.

-YONAH Alexander y Michael Swetnam, "ETA: Profile of a Terrorist Group", Transnational Publishers, Nueva York, 2001.