

Terrorisme et Droits de l'Homme

Terrorismo y Derechos Humanos

Terrorism and Human Rights

Editor: Federico Andreu-Guzmán



International Commission of Jurists
P.O. BOX 216, 81A, avenue de Châtelaine
1219 Châtelaine, Geneva, Switzerland

Terrorismo y Derechos Humanos

“Seguramente, los podríamos liberar sin escucharlos. Sin embargo, ha costado muchos miles de vidas americanas para someter a estos hombres e impedirles que sigan haciendo daño. Liberarlos sin procesarlos equivaldría a burlarse de los muertos y a alentar el cinismo de los vivos. De otro lado, bien podríamos ejecutarlos o castigarlos sin previo proceso. Pero las ejecuciones y los castigos indiscriminados que no estén acompañados de conclusiones precisas de culpabilidad, a las que se habría llegado en toda equidad, violarían las promesas hechas en repetidas ocasiones y pesarán intensamente sobre la conciencia americana, y, nuestros hijos, no los recordarían con orgullo. La única solución consiste en determinar la inocencia o la culpabilidad de los acusados, después de haberlos escuchado con tanta imparcialidad como los tiempos y el horror de los crímenes lo permitan y, argumentando, claramente, nuestras razones y motivos”

Robert H. Jackson¹

1 Fragmento del informe de Robert H. Jackson dirigido al Presidente Roosevelt, publicado el 7 de junio de 1945, en Telford Taylor, *Procureur à Nuremberg*, Editions du Seuil, París 1955, página 67. (original en francés, traducción libre)

INDICE DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	95
A. EL TERRORISMO INTERNACIONAL	99
1. El Tratado de Ginebra de 1937	99
2. La Comisión de Derecho Internacional	100
3. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y los Tribunales <i>Ad hoc</i>	103
4. Los Comités Especiales de las Naciones Unidas sobre el terrorismo ...	104
5. El Centro de Prevención del Crimen Internacional de las Naciones Unidas	106
6. La Asamblea General de las Naciones Unidas	107
7. Actos de terrorismo específicos	108
8. El Derecho Internacional Humanitario	110
9. El Derecho Internacional Consuetudinario	113
a) Terrorismo y piratería	114
b) Terrorismo y crimen contra la humanidad	116
B. LA CONVENCION INTERNACIONAL GENERAL SOBRE EL TERRORISMO INTERNACIONAL	119
1. La Definición del crimen de terrorismo internacional	120
2. El proyecto de Convención y el Derecho Internacional Humanitario ...	124
3. El principio de <i>non refoulement</i>	126
4. Salvaguarda contra la impunidad	127
C. DERECHOS HUMANOS Y REPRESION DEL TERRORISMO	129
I. Algunos problemas relacionados con la represión del terrorismo	129
1. Las definiciones del delito de “terrorismo”	132
2. El Estado de excepción	135
3. Las medidas de privación de la libertad	141
4. <i>Habéas Corpus</i>	150
5. El derecho a un tribunal independiente e imparcial	152
6. Las garantías judiciales	158
7. Devolución, extradición y expulsión	160
II. Criterios fundamentales que se deben respetar en la lucha contra el terrorismo	172

INTRODUCCIÓN

El terrorismo, en aumento en el actual contexto internacional, es abordado, generalmente, a partir de perspectivas con un alto contenido ideológico y político, y frecuentemente emotivas y manipuladoras. La conocida fórmula “terroristas para los unos y héroes para otros” constituye una patética expresión de ello. Como lo señala Jean-Marie Domenach “la palabra [terrorismo] ha sido consagrada por el vocabulario de la propaganda”.² Dicho esto, no es menos cierta la existencia de un problema real, de fronteras vagas y geometría variable.

Las reacciones frente a los hechos del 11 de septiembre del 2001 en Nueva York, así como las dinámicas emprendidas en nombre de la lucha antiterrorista, son más que preocupantes. La adopción, en varios países, de medidas en nombre de la lucha antiterrorista, los desarrollos y proyectos de las legislaciones nacionales, la reactivación de la iniciativa por una Convención internacional general sobre el terrorismo internacional, el proyecto de un mandato europeo de detención, etc... son fuentes de preocupación toda vez que varios de ellos ponen en tensión, y en ciertos casos transgreden, los derechos humanos y principios del derecho internacional.

Si bien ciertos países se ven confrontados a reales amenazas terroristas, frecuentemente las medidas adoptadas vulneran los derechos humanos y socavan principios del derecho internacional. En otros casos, aún cuando no exista una verdadera amenaza, la lucha antiterrorista es invocada para adoptar medidas con el propósito de restringir las libertades públicas y reprimir a la oposición política y social. El derecho internacional y la jurisprudencia de las cortes y órganos de derechos humanos constituyen una fuente de gran valor, que dan indicaciones sobre el tipo de medidas, las circunstancias en las que estas pueden ser adoptadas y las condiciones de su puesta en práctica, para contrarrestar en el marco del estado de derecho los actos terroris-

2 Citado en Michel Veuthey, *Guérilla et Droit Humanitaire*, Edition CICR, Genève 1983, página 148. (original en francés, traducción libre)

tas.

No cabe duda de que, a la luz del derecho internacional, todo Estado tiene el derecho y el deber de combatir y de reprimir los actos criminales, que por su naturaleza, objetivos y medios empleados para su comisión, son tipificados como actos terroristas -. De igual forma, la Comunidad internacional debe dotarse de instrumentos y medios necesarios para combatir este flagelo. No obstante, no es menos cierto que los Estados deben hacerlo en el marco del estado de derecho, del respeto de los principios de derecho internacional y de las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. En la represión de los actos terroristas, la acción de los Estados no puede sustraerse de ciertos principios básicos, especialmente del derecho penal y del derecho internacional. La naturaleza odiosa y particularmente grave de ciertos actos terroristas, no puede servir de pretexto a un Estado para no cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, con mayor razón cuando los derechos intangibles son puestos a prueba. Como lo ha señalado el Secretario General del Consejo de Europa, “la lucha contra el terrorismo tiene por objeto proteger los derechos humanos fundamentales y la democracia; no de socavarlos.”³

Este documento no tiene otra pretensión que la de contribuir, con algunos elementos de información y de reflexión, al debate sobre el terrorismo. El documento esta dirigido a los gobiernos, a los magistrados y otros funcionarios de la administración de justicia, a las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, a los usuarios del derecho y a los defensores de derechos humanos. El documento aborda los siguientes puntos: el “terrorismo internacional” (Sección A); el proyecto de Convención internacional general sobre el terrorismo internacional (Sección B) y la lucha nacional contra el terrorismo y los derechos humanos (Sección C). La Sección A presenta un desarrollo histórico de los debates acerca de la

3 Comunicado de prensa “Le Secrétaire Général du Conseil de l’Europe appelle à la prudence dans l’adoption de lois anti-terrorisme”, del 14 de noviembre 2001. (original en francés, traducción libre)

definición del “terrorismo internacional” con el propósito de mostrar las dificultades y obstáculos jurídicos en el proceso de tipificación del crimen de terrorismo internacional. La Sección B pone e evidencia varios aspectos del proyecto de convención internacional general sobre el terrorismo internacional que están en contradicción con el derecho internacional existente, con el propósito de alertar a la Comunidad internacional. La Sección C hace una relación de la jurisprudencia internacional sobre la compatibilidad o no de medidas nacionales para luchar contra el terrorismo, en materia de administración de justicia. La Comisión Internacional de Juristas espera que este documento sea tenido en cuenta por los Estados, para garantizar que las medidas para combatir el terrorismo tanto en el plano nacional como internacional, estén conformes con las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos y del estado de derecho.

A. EL TERRORISMO INTERNACIONAL

Aunque la Comunidad internacional haya condenado en repetidas oportunidades el “terrorismo internacional”, no existe un consenso acerca de lo que es este crimen. A lo largo de varias décadas, los Estados, los juristas y la comunidad académica han intentado, infructuosamente, establecer una definición jurídicamente aceptable conforme a las técnicas de incriminación del derecho penal. Mas de un centenar de definiciones fueron elaboradas.⁴

1. El Tratado de Ginebra de 1937

El Tratado de Ginebra sobre el terrorismo, de 1937, de la Sociedad de las Naciones, constituye el primer precedente de codificación de una definición del terrorismo. Las dificultades no fueron pocas y el texto optó por incluir una definición general del crimen de terrorismo con una enumeración limitativa de actos calificados como terrorismo. De esta manera, el Tratado de Ginebra definía el terrorismo como “los hechos criminales dirigidos contra un Estado y cuyo fin o naturaleza es provocar el terror en personas determinadas, grupo de personas o en el público.” Los artículos 2 y 3 del Tratado tipificaban actos específicos o modalidades de participación, entendiéndose complicidad a dichos actos.

Tanto la definición general como las incriminaciones específicas fueron objeto de serias críticas.⁵ Así, algunos autores consideraban que las definiciones de actos específicos eran demasiado vagas. Otros, consideraban que la finalidad perseguida por el crimen de terrorismo no era la de crear terror y que éste último era más bien un medio para cometer actos con objetivos

4 Ver A.P. Schmid, *Political Terrorism: A Research Guide to Concepts, Theories, Data Bases and Literature*, Amsterdam, North-Holland Publishing Co., 1983, páginas 119-152.

5 Ver, entre otros, *Annuaire de la Commission du Droit International - 1985*, Volumen II, Primera parte, doc. A/CN.4/SER.A/1985/Add.1 (Part.1), párrafos 138 a 148.

políticos, ideológicos o criminales. Igualmente, las definiciones del Tratado de Ginebra, hacían una amalgama entre los diferentes tipos de terrorismo (el “terrorismo nacional” y el “terrorismo internacional”).

El tratado nunca entró en vigor por falta de ratificaciones suficientes.

2. La Comisión de Derecho Internacional

Durante los trabajos sobre *el proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad*, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) abordó, desde 1954, el problema del terrorismo. En el proyecto de aquel año, la CDI había abordado el terrorismo como un crimen contra la paz. Retomando el Tratado de Ginebra sobre el terrorismo de 1937, ésta centró su labor sobre una definición general del terrorismo así como también en la incriminación de actos específicos.⁶ Pero se trataba de terrorismo de Estado, en el que los sujetos activos y pasivos de la infracción son Estados. En el curso de los trabajos, se indicó que el terrorismo debía ser objeto de un tratamiento particular.

La CDI decidió considerar la existencia del crimen de “terrorismo internacional”, teniendo en cuenta tanto el terrorismo de Estado como aquel cometido por particulares.⁷ Así, en la versión de 1990 del *proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad*, el crimen de “terrorismo internacional” era incriminado y su definición se encontraba en el artículo 24 del Proyecto.⁸ Sin embargo, en 1995, no hubo consenso entre los miembros de la CDI.⁹ Varios miembros de la CDI señalaron,

6 Ver, entre otros, *Annuaire de la Commission du Droit International - 1985*, Volumen II, Primera parte, doc. A/CN.4/SER.A/1985/Add.1 (Part.1), párrafos 124 en adelante. La definición y los actos incriminados se encuentran en la página 85.

7 Ver *Annuaire de la Commission du Droit International - 1990*, Volumen II, Segunda parte, páginas 28-29.

8 Ver Informe de la Comisión de Derecho Internacional (1991), Doc. Suplemento N.10 (A/46/10), artículo 24, página 268.

9 Ver Informe de la Comisión de Derecho Internacional (1995), Doc. Suplemento N.10 (A/50/10), Comentario al artículo 24, párrafos 105 en adelante.

particularmente, las dificultades en la elaboración de una definición del crimen de terrorismo que pudiera tener la precisión necesaria requerida por el derecho penal.¹⁰ Otros hicieron notar que el terrorismo no era *per se* un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, pero que únicamente algunos actos de terrorismo eran crímenes internacionales. No obstante, algunos miembros de la CDI señalaron que “el terrorismo internacional podría ser considerado como crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad cuando los actos de terrorismo fueran especialmente graves y de carácter masivo” y, en ese marco, éstos podían ser incluidos en la categoría de crímenes contra la humanidad.¹¹

Queda claro que no hay consenso en torno al carácter de amenaza contra la paz y la seguridad internacional del crimen de terrorismo internacional. La *Declaración sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1994, consideró que los actos terroristas “pueden representar una amenaza para la paz y la seguridad internacionales”¹². Si bien es cierto que, más recientemente, durante los trabajos del Comité *Ad hoc* sobre el terrorismo internacional y del Comité Especial de la Resolución 51/210, numerosas delegaciones coincidieron en calificar el “terrorismo internacional” como una “amenaza contra la paz y la seguridad internacional”¹³, no deja de ser menos cierto que otras matizaron el alcance de esta calificación. En este orden de ideas, India, en su documento de trabajo sobre el proyecto de Convención general sobre

10 En este mismo sentido, ver el Informe sobre *el proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad* del Relator Especial M. Doudou Thiam, en *Annuaire de la Commission du Droit International - 1985*, Volumen II, Primera parte, párrafos 124 al 154.

11 Ver Informe de la Comisión de Derecho Internacional (1995), Doc. Suplemento N.10 (A/50/10), Comentario al artículo 24, párrafo 106.(original en francés, traducción libre)

12 Resolución N. 49/60 del 9 de diciembre de 1994, artículo 2.

13 Ver, por ejemplo, *Informe del Comité Especial creado por la resolución 51/210 de la Asamblea General del 17 de diciembre de 1996*, doc. Suplemento N. 37 (A/55/37), párrafo 16.

el terrorismo internacional, indicaba que “los actos, los métodos y las prácticas de terrorismo [...] pueden representar una amenaza para la paz y la seguridad internacionales”.¹⁴

Debido a estas dificultades, la versión del *proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad* de 1996 no incorporó el “terrorismo internacional” como crimen específico o autónomo. La CDI decidió, sin embargo, incluir los “actos terroristas” en los actos constitutivos de crimen de guerra, cometidos en infracción al Derecho Internacional Humanitario y en el marco de conflictos armados.¹⁵ La proposición de la CDI, que retomaba la fórmula del *Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional* (el artículo 4, párrafo 2, letra d), no daba ninguna definición de los “actos de terrorismo”. La CDI se limitaba a citar el Derecho Internacional Humanitario y, más concretamente, el Protocolo II.¹⁶ Hay que señalar que éste tampoco da ninguna definición - conforme a las condiciones requeridas por el derecho penal - de los “actos de terrorismo”.¹⁷

14 Documento de las Naciones Unidas A/C.6/55/L.2, páginas 9.

15 “actos cometidos en violación del Derecho Internacional Humanitario aplicable a conflictos armados sin carácter internacional”, artículo 20, f, iv del Proyecto de 1996. (original en inglés, traducción libre)

16 Ver Informe de la Comisión de Derecho Internacional (1996), Doc. Suplemento N.10 (A/51/10), Comentario al artículo 20.

17 En sus comentarios al artículo 4 (párrafo 2, letra d) del Protocolo II, el CICR consideró: “La prohibición de los actos de terrorismo se inspira en el artículo 33 del IV Convenio. El proyecto del CICR preveía la prohibición “de los actos de terrorismo en la forma de actos de violencia dirigidos contra ellas” (a saber, las personas protegidas). La fórmula aprobada finalmente, más simple y más general, amplía el alcance de la prohibición. En efecto, la prohibición de los actos de terrorismo, sin otra mención, cubre no sólo los actos dirigidos contra las personas, sino también los actos contra instalaciones (aéreas, por ejemplo) y que puedan provocar incidentalmente víctimas. Cabe destacar que los actos o las amenazas de violencia cuya finalidad sea aterrorizar a la población civil constituyen una forma particular de terrorismo y son objeto de una prohibición específica en el artículo 13 (Protección de la población civil), párrafo 2.”

3. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y los Tribunales *Ad hoc*

Durante los trabajos preparatorios del *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, fue abordado el problema del terrorismo. A través del reenvío a un anexo, La CDI propuso incluir algunos actos de terrorismo, que ya estaban tipificados por tratados, en la lista de los crímenes de competencia de la Corte.¹⁸ La proposición de la CDI calificaba estos actos como “crímenes de trascendencia internacional que son de una gravedad excepcional”. Se trataba, entre otros, de la captura ilícita de aeronaves, de la Convención de La Haya de 1970, y de crímenes definidos por la Convención de Montreal de 1971. En su proyecto de 1998, el Comité Preparatorio propuso un artículo titulado “Delitos de Terrorismo”. Este establecía dos categorías de delitos de terrorismo (actos de naturaleza a provocar el terror y utilización de ciertas armas para cometer actos de violencia indiscriminada) y hacía reenvío a otras convenciones, en particular a las de La Haya y Montreal en lo concerniente a otros actos terroristas tipificados previamente.¹⁹ Sin embargo, ninguna de las dos proposiciones fue retenida por el Estatuto de Roma. El proyecto de la CDI incorporaba, también, los actos terroristas, bajo título “crímenes de guerra”, en tanto infracción grave de las leyes y las costumbres de guerra, pero sin darles una definición.²⁰ El Proyecto del Comité Preparatorio no hacía ninguna referencia explícita sobre este aspecto. No obstante, el *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* tampoco retuvo esta proposición.

18 Se trataba del artículo 20, letra e, del Proyecto. Ver Informe del Comité Preparatorio para la creación de una Corte Penal Internacional - Volumen II - (Compilación de proposiciones), doc. Suplemento N. 22A (A/51/22), páginas 56 y 301-302.

19 Informe del Comité Preparatorio para la creación de una Corte Penal Internacional, doc. A/CONF.183/2/Add.1, de 1998, página 28.

20 Informe del Comité Preparatorio para la creación de una Corte Penal Internacional - Volumen II - (Compilación de proposiciones), doc. Suplemento N.22A(A/51/22), página 62.

Es preciso recordar, como lo dispone el artículo 5 del Estatuto de Roma, que “la competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional” en su conjunto. En los *travaux préparatoires* del Estatuto de Roma, varios Estados habían expresado que los crímenes previstos en las Convenciones de La Haya y de Montreal, eran “posiblemente menos graves” que los crímenes de guerra, de genocidio y contra la humanidad y que por lo tanto, esto podría “banalizar el papel” de la futura corte internacional.²¹ Con razón, la juez *ad hoc* de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Congo c. Bélgica*, la Señora Christine Van den Wyngaert, señaló que “los crímenes más graves, según el Derecho Penal Internacional (*core crimes*), [son] a saber, los crímenes de guerra, el genocidio y los crímenes contra la humanidad”.²²

El Estatuto del Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para la ex -Yugoslavia no incorporó el terrorismo ni los actos terroristas en la lista de crímenes bajo su competencia. En cambio, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para Ruanda, en su artículo 4 “Violaciones al Artículo 3 Común de las Convenios de Ginebra y al Protocolo Adicional II”, incluyó entre los crímenes de la competencia de dicho tribunal, los “actos de terrorismo”, sin dar ninguna definición.

4. Los Comités Especiales de las Naciones Unidas sobre el terrorismo

A raíz del fracaso del Proyecto de “Convención para la prevención y la represión de algunos actos de terrorismo”,²³ propuesto por los Estados Unidos de América en 1972 y, en el contexto de los graves hechos de los

21 Informe del Comité Preparatorio para la creación de una Corte Penal Internacional (1995), doc. Suplemento N. 22 (A/50/22), página 18, párrafo 81.

22 http://www.icj-cij.org/cijwww/cij/cdoCKET/ccobe/ccobeorders/ccobe_corder_declaration_wyngaert_20001208.htm (original en francés, traducción libre)

23 Documento A/C.6/L.850.

Juegos Olímpicos de Munich, la Asamblea General de las Naciones Unidas creó diversos Comités Especiales encargados de estudiar el terrorismo internacional: el Comité *Ad hoc* sobre el terrorismo internacional, creado por la resolución 3034 (XXVII), de 18 de diciembre de 1972; el Comité Especial creado por la resolución 31/103, de 15 de diciembre de 1976 para la elaboración de una Convención internacional contra la toma de rehenes; y el Comité Especial creado por la resolución 51/210, de 17 de diciembre de 1996 con miras a elaborar una convención internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas y, posteriormente, otros instrumentos internacionales contra el terrorismo, entre los cuales una convención general (*ver* la Sección B).

Los trabajos, a lo largo de varias décadas, del Comité *Ad hoc* sobre el terrorismo internacional ilustran las dificultades encontradas para el logro de un consenso en torno a una definición jurídica del crimen de terrorismo internacional.²⁴ En particular, en lo referente a las interpretaciones que lo amalgamaban con las luchas de liberación nacional, de resistencia contra la ocupación extranjera o la agresión o incluso que hacían extensiva la definición a formas legítimas de oposición políticas o sociales.²⁵ En los debates se señaló como elementos propios de la definición: el carácter internacional de los actos; los móviles; los autores; y las víctimas. No obstante, no se logró ningún consenso acerca de la naturaleza y los alcances de estos elementos.²⁶ Es así, como, por ejemplo, para ciertos Estados las víctimas del crimen debían limitarse a los Estados y a las organizaciones intergubernamentales, mientras que para otras delegaciones, éstas debían incluir a personas inocentes o a civiles.

24 *Ver*, entre otros, Informe del Comité *Ad hoc* sobre el terrorismo internacional, Suplemento N. 37 (A/ 34 /37), párrafos 88 y siguientes.

25 *Ver*, entre otros, Informe del Comité *Ad hoc* sobre el terrorismo internacional, Suplemento N. 37 (A/ 34 /37), párrafos 16, 23, 30, 31

26 *Ver*, por ejemplo, Observaciones presentadas por los Estados conforme a la Resolución 3034 (XXVII) de la Asamblea General - Estudio Analítico del Secretario General, documento de las Naciones Unidas A/AC.160/2, del 22 de junio de 1973.

El problema de la amalgama con las luchas de liberación nacional, de resistencia contra la ocupación extranjera o la agresión se situó, también, en el centro de los debates y los trabajos para la elaboración de una Convención internacional contra la toma de rehenes. Por esto, la Convención internacional contra la toma de rehenes incorporó una cláusula que remitía a los Convenios de Ginebra y a los Protocolos Adicionales.²⁷

5. El Centro de Prevención del Crimen Internacional de las Naciones Unidas

El Servicio para la Prevención del Terrorismo del Centro de Prevención del Crimen Internacional, al constatar que “los Estados miembros de las Naciones Unidas no llegaron a un acuerdo sobre una definición”,²⁸ propone la elaboración de una definición del terrorismo internacional tomando como punto de partida el consenso existente sobre los crímenes de guerra. La página web del Servicio señala “Si el núcleo de los crímenes de guerra - ataques deliberados a los civiles, toma de rehenes y asesinato de prisioneros - se extiende a tiempos de paz, podríamos, simplemente, definir los actos de terrorismo como ‘crímenes en tiempos de paz equivalentes a crímenes de guerra’”.²⁹ A pesar de que no se trate más que de una “Definición legal corta: acto de terrorismo = al equivalente en tiempos de paz al crimen de guerra”³⁰ y que la definición *stricto sensu* no haya sido, aparentemente, establecida, este atajo jurídico podría conducir a un callejón sin salida. Esto, porque si invirtiéramos “la ecuación” propuesta, algunos actos terroristas e ilícitos en tiempos de paz, pero lícitos en tiempos de guerra,³¹ escaparían a una definición semejante.

27 Artículo 12 de la Convención internacional contra la toma de rehenes.

28 Ver http://undcp.org/terrorism_definitions.html. (original en inglés, traducción libre).

29 Ver http://undcp.org/terrorism_definitions.html. (original en inglés, traducción libre).

30 Ver http://undcp.org/terrorism_definitions.html. (original en inglés, traducción libre).

31 Para un ejemplo, ver Eric David, *Principes de droit des conflits armés*, Ed. Bruylant, 1era Edición, Bruxelles 1994, párrafo 4.113, página 596.

6. La Asamblea General de las Naciones Unidas

Numerosas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas abordan el problema del terrorismo. Ninguna de ellas define, en términos jurídicos, el crimen de terrorismo internacional. Sin embargo, varias de ellas aportan una definición operativa o, más exactamente, una definición empírica. Más allá de expresar un consenso en torno a la condena política y moral del terrorismo y de recordar las obligaciones generales de los Estados, las resoluciones rechazan la amalgama entre terrorismo y formas legítimas, según el Derecho Internacional, de ejercer la violencia. Así, se puede citar las Resoluciones 2625 (XXV), *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*, de 1970; 2734 (XXV), *Declaración sobre el fortalecimiento de la seguridad internacional*, de 1970; 36/103, *Declaración sobre la inadmisibilidad la intervención y de la injerencia en los asuntos internos de los Estados*, de 1981; y 42/22, *Declaración sobre el mejoramiento de la eficacia del principio de la abstención de la amenaza o de la utilización de la fuerza en las relaciones internacionales*, de 1987.

La Asamblea General, en su *Declaración sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional*,³² dio una definición operativa del terrorismo: “actos criminales con fines políticos y concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o personas determinadas”.³³ Esta definición ha sido reiterada por otras resoluciones de la Asamblea General.³⁴ Todas estas resoluciones condenan “los actos y todos los métodos y prácticas de terrorismo [que la Asamblea General] juzga como criminales e injustificados, donde quiera que sean cometidos y quienes quiera que sean los autores” Pero, más allá de este consenso, no es menos cierto que no existe una definición jurídica del terrorismo internacional.

32 Resolución N. 49/60 del 9 de diciembre de 1994.

33 Artículo 3 de la Declaración.

34 Resoluciones N. 51/210 de 1996; 52/165 de 1997; 53/108 de 1998; 54/110 de 1999; y 55/158 de 2000.

7. Actos de terrorismo específicos

A falta de un consenso sobre una definición general del terrorismo internacional, tanto en el plano de las Naciones Unidas, como en los planos regionales, el enfoque ha estado centrado en incriminar actos de terrorismo específicos. De allí que el enfoque sea “sectorial” y en ese marco, el terrorismo es una “infracción [...] multiforme”.³⁵ Las 20 Convenciones existentes³⁶ lo evidencian. Como lo precisó en su documento de trabajo

35 Catherine Bourges-Habif, “Le Terrorisme international”, en H. Ascencio, E. Decaux et A. Pellet, Droit international pénal, Ed. A. Pedone, París 2000, Capítulo 35, párrafo 18.

36 Convenciones con vocación universal: Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves, firmado en Tokio el 14 de septiembre de 1963; Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970; Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 23 de septiembre de 1971; Convención sobre la prevención y el castigo de los delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1973; Convención internacional contra la toma de rehenes, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1979; Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares, firmada en Viena el 3 de marzo de 1980; Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil internacional, firmado en Montreal el 24 de febrero de 1988; Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988; 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; Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección, firmado en Montreal el 1° de marzo de 1991; 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 (aun no ha entrado en vigor); 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. Convenciones regionales: Convención árabe sobre la represión del terrorismo, firmada en una reunión celebrada en la Secretaría General de la Liga de Estados Árabes en El Cairo, el 22 de abril de 1998; Convención de la Organización de la Conferencia Islámica sobre la lucha contra el terrorismo internacional, aprobada en Uagadugú el 1° de julio de 1999; Convención Europea para la Represión del Terrorismo, concertada en Estrasburgo el 27 de enero de 1977; Convención de la Organización de los Estados Americanos (OEA) para la prevención y represión de los actos de terrorismo encuadrados como delito contra las personas y actos conexos de extorsión de alcance internacional, concertada en Washington, D.C. el 2 de febrero de 1971; Convención de la Organización de la Unidad Africana (OUA) sobre la prevención y lucha contra el terrorismo, aprobada en

sobre Terrorismo y Derechos Humanos, la Señora Kalliopi K. Koufa, Relatora Especial de la Subcomisión de la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos:

“Todos estos convenios o convenciones antiterroristas se caracterizan por la criminalización de los actos que abarcan, independientemente de que en algún caso concreto puedan calificarse de terroristas, y por la exigencia de que los Estados Miembros concedan la extradición del presunto autor o lo presenten a sus autoridades nacionales para su procesamiento (principio de *aut dedere aut judicare*).”³⁷

Para ser más exactos, es necesario señalar que las convenciones relativas a actos terroristas que establecen el principio *aut dedere aut judicare*, no lo hacen en términos absolutos, toda vez que el ejercicio de la jurisdicción por el tercer país está condicionado a la negativa de extraditar al presunto responsable de los actos.³⁸ Los debates sobre el proyecto de Convenio internacional para la represión de atentados terroristas cometidos con bombas, pusieron en evidencia las dificultades encontradas por diversas delegaciones para aplicar el principio de jurisdicción universal para este tipo de terrorismo. La mayoría de las delegaciones se manifestaron a favor de la

36 (Continuación)

Argel el 14 de julio de 1999 (aún no ha entrado en vigor); Convención regional sobre la eliminación del terrorismo de la Asociación del Asia Meridional para la Cooperación Regional, firmada en Katmandú el 4 de noviembre de 1987 (entró en vigor el 22 de agosto de 1988); Tratado de Cooperación entre los Estados Miembros de la Comunidad de Estados Independientes para Combatir el Terrorismo, hecho en Minsk el 4 de junio de 1999 (entró en vigor en la fecha en que fue firmado por aquellas Partes cuya legislación no exige el cumplimiento de procedimientos nacionales).

37 Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1997/28, 26 de junio de 1997, párrafo 10.

38 Ver, entre otros, el artículo 7 de la Convención para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, de La Haya; el artículo 7 de la Convención para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, de Montreal; el artículo 7 de la Convención sobre la prevención y el castigo de los delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos; el artículo 8 de la Convención Internacional contra la toma de rehenes; los artículos 6, 7 y 8 de la Convención Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas; el artículo 7 (4) de la Convención Internacional para la represión de la financiación del terrorismo.

inclusión del principio *aut dedere aut judicare*. Incluso, algunas delegaciones señalaron que dicho principio debía ser enunciado en términos tales que no creara la obligación de extraditar si, en ciertas circunstancias, la legislación del Estado requerido, no autorizaba la extradición.³⁹ Fue ésta la solución retenida en la Convención.

8. El Derecho Internacional Humanitario

Uno de los aspectos problemáticos de la elaboración de una definición general del terrorismo y, en menor medida, de las definiciones de infracciones específicas, ha sido y es, lo relacionado con los actos cometidos en tiempos de guerra internacional o de conflicto armado interno. Tal como lo señaló la Relatora Especial de la Subcomisión de la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos, la Señora Kalliopi K. Koufa:

“Una razón evidente para distinguir claramente el conflicto armado del terrorismo es por que el derecho de los conflictos armados (y el derecho humanitario) entra automáticamente en vigor cuando hay un conflicto armado. En este cuerpo el derecho tiene definiciones establecidas desde hace mucho tiempo, como obligaciones manifiestas en lo que respecta a todos los aspectos del comportamiento militar que conlleva operaciones militares y armamento (el derecho de La Haya) y la protección de las víctimas de conflicto armado (las normas de Ginebra). Según el derecho de los conflictos armados, los actos de guerra no son imputables ni como actos criminales ni como actos terroristas. Lo que es más importante, existen claras obligaciones en lo que respecta a su aplicación, de las cuales el respecto del derecho humanitario en todas las circunstancias no es la

39 Ver Informe del Grupo de Trabajo, Sexta Comisión, “Medidas para eliminar el terrorismo internacional”, documento de las Naciones Unidas A/C.6/52/L.3, 19 de octubre de 1997.

menor. Por tanto, es necesario distinguir la guerra del terrorismo y los actos de guerra de los actos de terrorismo.”⁴⁰

El artículo 33 del IV Convenio de Ginebra prohíbe “toda medida de intimidación o de terrorismo” contra personas protegidas. El Protocolo I, en su artículo 51 (2), prohíbe “los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil”. El Comité Internacional de la Cruz Roja ha expresado: “es cierto que los actos de violencia relacionados con el estado de guerra aterrorizan a la población y, a veces, a las fuerzas armadas. Sucede, también, que los actos contra las fuerzas armadas se hacen con una brutalidad intencional para intimidar y provocar la rendición de los soldados enemigos. No es este tipo de terror al que se pretende apuntar. Aquí, lo que se ha querido prohibir son los actos de violencia que, sin presentar un valor militar importante, tienen como principal objetivo sembrar el terror en la población civil”.⁴¹

El Protocolo II prohíbe, en todo tiempo, “los actos terroristas”⁴² cometidos contra las personas protegidas. Esta prohibición “cubre no sólo los actos dirigidos contra las personas, sino también los actos contra instalaciones (aéreas, por ejemplo) y que puedan provocar incidentalmente víctimas.”⁴³ Tanto el Protocolo II como el artículo 51 (2) del Protocolo I, prohíben la utilización o la amenaza de utilización de la violencia con fines de crear el terror entre la población civil.⁴⁴ Como lo señala el Comité Internacional de la Cruz Roja, “El artículo 13 codifica el principio general de la protección de la población civil contra los peligros de las hostilidades, ya reconocido por el derecho internacional consuetudinario y todo el derecho de la guerra. Este

40 Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/2001/31, del 27 de junio de 2001, párrafo 72

41 Comentario del CICR al artículo 51 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativos a la protección de las víctimas de conflictos armados internacionales, párrafo 1940. (original en francés, traducción libre)

42 Artículo 4, párrafo 2.

43 Comentario del CICR al artículo 4 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados internacionales, párrafo 4538.

44 Artículo 13 del Protocolo Adicional II.

principio se puntualiza en el párrafo 2 mediante la prohibición absoluta de los ataques directos y de los actos o las amenazas de violencia tendentes a aterrorizar.[...] Los ataques destinados a sembrar el terror son una forma de ataque particularmente condenable. Se ha tratado desde hace tiempo de prohibir este tipo de ataques, cuya práctica es corriente y que infligen sufrimientos particularmente crueles a la población civil. Así, el proyecto de normas sobre la guerra aérea, preparado en La Haya en 1922, preveía ya su prohibición. Los bombardeos aéreos se han utilizado a menudo para aterrorizar a la población, pero no son el único método; por eso, el texto contiene una expresión mucho más amplia, a saber: “actos o amenazas de violencia”, a fin de cubrir todas las eventualidades.[...] Todo ataque es susceptible de aterrorizar a la población civil. Aquí se hace, pues, referencia a los actos o amenazas cuyo objeto principal es sembrar el terror. Como manifestó un delegado en el transcurso de los debates de la Conferencia, se quiso prohibir la intención de aterrorizar.”⁴⁵

No obstante, como lo indica Pietro Verri, la noción de terrorismo no se aplica a actos entre combatientes o de combatientes contra objetivos militares ejecutados con medios lícitos.⁴⁶ Dentro de ese marco, hay que recordar la precisión que aporta el Comité Internacional de la Cruz Roja sobre el campo de aplicación del principio de protección de civiles: “las personas civiles pierden la protección del Título IV si participan en las hostilidades y mientras dure su participación.”⁴⁷

La prohibición de la utilización del terror, así como también de los actos terroristas no es ni general ni abstracta. Esta prohibición está en directa relación con las personas o bienes blancos de estos actos. Las nociones de “población civil” y de “personas protegidas” son esenciales así como

45 Comentario del CICR al artículo 13 del Protocolo Adicional a las Convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados sin carácter internacional, párrafos 4761, 4785 y 4786.

46 Pietro Verri, *Diccionario de derecho internacional de los conflictos armados*, Ediciones TM-Editores /CICR, Bogotá, 1998, página 107.

47 Comentario del CICR al artículo 13 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados sin carácter internacional, párrafos 4761.

aquellas relativas a la naturaleza de los bienes. Igualmente, la prohibición está en estrecha relación con los medios empleados, en particular su carácter ilícito, sus efectos indiscriminados.⁴⁸ Como lo señaló Michel Veuthey, “es en el marco de un principio general, aplicable a todos y en toda circunstancia, donde hay que buscar una limitación, sino una prohibición de tales actos: tanto el respeto de las personas civiles y de sus bienes esenciales como la necesidad, en el enfrentamiento armado, sufrimientos inútiles”.⁴⁹ Así, un hecho catalogado como terrorista en tiempos de paz podría no serlo en tiempos de guerra, y su comisión podría ser lícita a la luz del Derecho Internacional Humanitario.⁵⁰ Si los actos terroristas se refieren siempre a ataques destinados a la población civil, personas protegidas o bienes de carácter civil, no existe en los Convenios de Ginebra y en sus Protocolos, una definición del terrorismo o de actos de terrorismo.⁵¹

9. El Derecho Internacional Consuetudinario

Los hechos del 11 de septiembre en Nueva York han reanimado una vieja polémica: ¿Es el terrorismo un crimen de Derecho Internacional Consuetudinario? ¿O, como lo sugieren algunos autores, un crimen de *jus cogens*⁵² y, en consecuencia, sometido al principio de jurisdicción universal?

-
- 48 Michel Veuthey, Guérilla et Droit Humanitaire, Edición CICR, Ginebra 1983, páginas 134 en adelante.
- 49 Ibid, página 160.
- 50 Eric David, Principes de droit des conflits armés, Ed. Bruylant, 1 Edition, Bruxelles 1994, página 566, párrafo 4.113.
- 51 Michel Veuthey, Guérilla et Droit Humanitaire, Edición CICR, Ginebra 1983, páginas 134 en adelante.
- 52 Para estos autores, la noción “crimen de *jus cogens*” esta referida a los crímenes que transgreden normas de *jus cogens* y respecto de los cuales existe una obligación *erga omnes* de sancionarlos. Ver, por ejemplo, Cherif Bassiouni “International crimes: *jus cogens* and obligatio *erga omnes*” in Law Contemporary Problems - Accountability for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights, School of Law / Duke University, Vol. 59, Autumn 1996, N° 4, página 63 y siguientes.

A partir de los hechos del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York, numerosas voces se han manifestado para calificar estos actos de “terrorismo internacional”. Pero, esta calificación tiene más connotaciones políticas que de Derecho Penal Internacional. La referencia a una fórmula, respecto de la cual no existe una definición jurídicamente válida en términos de Derecho Penal, responde a la necesidad de estigmatizar los graves hechos del 11 de septiembre en Nueva York. Hay quienes consideran que se trata de un crimen de terrorismo internacional que, por analogía al crimen de piratería, sería un crimen de *jus cogens* sometido al principio de jurisdicción universal. Otros califican los hechos, igualmente, de crimen de terrorismo internacional que también por analogía, debiera ser asimilado a la noción de crimen contra la humanidad. Por su parte, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Human Rights Watch consideran que estos hechos constituyen crímenes contra la humanidad dado el carácter masivo o a gran escala de las muertes, pero sin considerar que el terrorismo sea *per se* un crimen contra la humanidad.

En el estado actual del Derecho Internacional, es difícil afirmar que “el terrorismo internacional” o que todo “acto terrorista”, de manera general, sean *per se* crímenes contra la humanidad y/o crímenes de Derecho Internacional Consuetudinario. Algunos “actos terroristas” específicos son crímenes bajo el Derecho Internacional Consuetudinario, como las violaciones a las disposiciones del Artículo 3 Común de los Convenios de Ginebra de 1949. Sin embargo, es difícil decir que todos los “actos terroristas” -tal y como están definidos en las diferentes convenciones relativas al terrorismo- sean *per se* crímenes de Derecho Internacional Consuetudinario.

a) Terrorismo y piratería

Algunos autores sostienen que el apoderamiento ilícito de aviones es una forma de piratería puesto que “éste presenta, por consecuencia,

semejanzas con dicho crimen”.⁵³ Otros argumentan, particularmente, que en ausencia de una definición general del terrorismo internacional, “la alternativa debiera residir en declarar el terrorismo internacional enemigo de la humanidad, como los piratas y la piratería según el Derecho Internacional Consuetudinario”.⁵⁴

No cabe duda de que la piratería marítima en alta mar es un crimen de Derecho Internacional Consuetudinario, universalmente reconocido desde vieja data.⁵⁵ La Convención de Ginebra sobre Alta Mar (1958) y luego la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (1982) codifican el crimen de la piratería en alta mar, pero asimismo, no establecen una disposición específica relativa al principio *aut dedere aut judicare*. Cabe señalar que la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar define el crimen de piratería de aeronaves en alta mar o en “un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado” (artículo 101,a,ii). Si el principio *aut dedere aut judicare* es reconocido en materia de piratería marítima en alta mar, lo es en virtud del Derecho Internacional Consuetudinario.⁵⁶

Aparentemente, no hay consenso sobre el carácter de crimen de Derecho Internacional Consuetudinario de todo acto de piratería aérea y de secuestro de un avión. Es así como Cherif Bassiouni, en su comentario al artículo XI del Proyecto de Código Penal Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal (1979), el cual retomaba las incriminaciones de las Convenciones de La Haya (1970) y de Montreal (1971), escribía que la piratería aérea estaba “convirtiéndose en una de las nuevas normas del

53 Cherif Bassiouni, en Revue internationale de droit pénal, “Projet de Code pénal international”, Association internationale de droit pénal, Ediciones Erés, 52 année, 1 y 2 trimestre 1981, página 67.

54 Robert A. Friedlander, en Revue internationale de droit pénal, “Projet de Code pénal international”, Association internationale de droit pénal, Ediciones Erés, 52 année, 3 y 4 trimestre 1981, página 400 (Original en inglés, traducción libre).

55 Ver Informe de la Comisión de Derecho Internacional (1984), Doc. Suplemento N. 10 (A/39/10), párrafo 62. Ver también Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier y Allain Pellet, Droit public international, 5eme édition, L.G.D.J., Paris 1994, párrafo 427, página 622.

56 Cherif Bassiouni, en Revue internationale de droit pénal, op cit, página 67.

Derecho Internacional Consuetudinario”.⁵⁷ Además, es necesario distinguir las diferentes modalidades de piratería aérea y de apoderamiento ilícito de aviones : aquella que se realiza en alta mar o en “un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado”; aquella que es estrictamente nacional; etc...

Igualmente, hay que señalar que es poco probable que la piratería aérea y el secuestro de aviones, a pesar de ser considerados como crímenes internacionales, sean objeto de consenso para ser considerados un crimen que “amenaza la seguridad de la humanidad”.⁵⁸

b) Terrorismo y crimen contra la humanidad

De acuerdo con el estado actual del Derecho Internacional, no se puede decir que el “terrorismo internacional” o que todos los “actos terroristas” específicos sean *per se* un crimen contra la humanidad.

Es posible, empero, afirmar que un crimen contra la humanidad pueda ser cometido mediante actos terroristas o la utilización del terror. Así lo admitieron, en 1995, varios miembros de la Comisión de Derecho Internacional, durante los trabajos sobre el proyecto de *Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad*, toda vez que se trate de “actos terroristas especialmente graves” y con un “carácter masivo”.⁵⁹

Un crimen contra la humanidad puede ser cometido mediante actos que, también, constituyen actos terroristas. El que hechos cometidos a través de actos terroristas sean calificados de crímenes contra la humanidad, dependerá de si los elementos constitutivos de la infracción de crimen contra la humanidad son reunidos. El quid de la cuestión reside en establecer si en los hechos se reúnen los elementos característicos y constitutivos del crimen

57 Cherif Bassiouni, en *Revue internationale de droit pénal*, *op cit.*, página 145.

58 Ver Informe de la Comisión de Derecho Internacional (1984), doc. Suplemento N. 10 (A/39/10), párrafo 62.

59 Ver Informe de la Comisión de Derecho Internacional (1995), doc. Suplemento N. 10 (A/50/10), párrafo 105.

contra la humanidad: a saber, ciertos actos (muerte, tortura, etc...) y su carácter o práctica a gran escala o sistemática.

En estos casos, dos hipótesis son plausibles: se trata de un concurso real de infracciones o se trata de un concurso ideal o cúmulo ideal de infracciones. En la primera hipótesis, los hechos son constitutivos de diversas infracciones. Se trata de hechos complejos que se caracterizan por unidad del autor y por una pluralidad de infracciones y de designios criminales.⁶⁰ En la hipótesis del concurso ideal o cúmulo ideal de infracciones, los hechos se caracterizan por su unidad de acción, tanto en términos materiales como intencionales, y también por la unidad de autor.⁶¹ No existe una pluralidad de infracciones, “sino una única infracción para la que se trata de encontrar una calificación exacta”.⁶² Así, los actos terroristas llegan a ser un elemento de circunstancia o de *modus operandi* de la comisión del crimen contra la humanidad. Esos actos son parte de un crimen mayor, el crimen contra la humanidad, en tanto elementos de circunstancia o de *modus operandi*. Algunas corrientes del Derecho Penal hacen la distinción entre el concurso ideal y el concurso aparente de infracciones.⁶³ Este último se caracterizaría por el hecho de que un mismo acto sería punible de acuerdo con diferentes tipos penales. Se trataría de calificar los actos con base en los principios de adecuación típica, a saber, de subsidiariedad, de especialidad y de consunción. Para otras corrientes del Derecho Penal, como también para varias legislaciones penales nacionales, no existe esta distinción y el concurso aparente de infracciones no es más que una modalidad de concurso ideal de infracciones.

60 Guiseppe Bettiol, Dirrito penale, Ed. Priulla, Palermo 1962, 5 Ed., página 506; Eugenio Cuello Callón, Derecho Penal, Ed. Bosch, Barcelona 1980, 13 ed., página 637; Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, Tipográfica-Editora Argentina, Buenos Aires 1956, Tomo II, página 315; Alfonso Reyes Echandía, Derecho Penal – parte general, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1979, páginas 188 - 197; Enrique Bacigalupo, Manual de Derecho Penal - Parte general, Ed. Temis-ILANUD, Bogotá, 1984, páginas 238 en adelante.

61 *Ibidem*.

62 G. Stefani, G. Levasseur et B. Bouloc, Droit pénal général, Ed. Dalloz, 13 ed, Paris 1987, párrafo 596, páginas 628-629.(Original en francés, traducción libre).

63 Ver, por ejemplo, Enrique Bacigalupo, Op.Cit., página 238 en adelante.

En ninguna de estas hipótesis el crimen de terrorismo es asimilado, en términos jurídicos, al crimen contra la humanidad. Aunque se trate de un concurso real de infracciones o de un concurso ideal (inclusive la figura del concurso aparente), no se puede deducir que esta situación confiera carácter de crimen contra la humanidad a estos actos terroristas y, con mayor razón, al “terrorismo internacional”. Esta situación no es inusual en materia de crímenes de guerra y de crímenes contra la humanidad, tal como lo ha puesto en evidencia el fallo del Tribunal de Nuremberg. Al respecto, Eric David señaló que un hecho constitutivo de crimen de guerra puede ser igualmente constitutivo de otra infracción internacional, como un acto de terrorismo (Convención Europea sobre la Represión del Terrorismo, de 1979) o un atentado contra la seguridad de la aviación civil (Convención de Montreal, de 1971). Sí existe en este caso un concurso ideal de infracción, Eric David señala que no obstante “ello no quiere decir que de manera recíproca, todo acto terrorista es un crimen de guerra”.⁶⁴ *Mutatis mutandis*, esto es aplicable a los crímenes contra la humanidad cometidos mediante actos terroristas.

No hay que olvidar que el hecho de que el crimen contra la humanidad es un crimen de Derecho Internacional Consuetudinario y que la definición del Estatuto de Roma es para efectos del ejercicio de la competencia de la futura Corte Penal Internacional. De esta forma, los crímenes contra la humanidad no se limitan solamente a la definición del artículo 7 del Estatuto de Roma, tal y como lo confirman los artículos 10 y 22 (3) del mismo Estatuto.

64 Eric David, *Principes de droit des conflits armés*, Ed. Bruylant, 1^{re} Edition, Bruxelles 1994, párrafo 4.113, página 596. (Original en francés, traducción libre).

B. LA CONVENCION INTERNACIONAL GENERAL SOBRE EL TERRORISMO INTERNACIONAL

En 1996, la Asamblea General de las Naciones Unidas creó un Comité Especial, conocido como Comité Especial de la Resolución N° 51/210, con el mandato de elaborar diversos instrumentos internacionales contra el terrorismo, y, en particular, un instrumento general sobre el terrorismo.⁶⁵ El Comité Especial se concentró en la elaboración de una Convención Internacional General sobre el Terrorismo sobre la base de un proyecto propuesto por la India en 1996 y revisado en 2000,⁶⁶ para lo cual se constituyó un Grupo de Trabajo. Los trabajos de este Grupo coinciden con los del Grupo de Trabajo sobre las medidas en torno a la eliminación del terrorismo internacional, de la Sexta Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Los debates desarrollados desde el año 2000 ponen en evidencia las dificultades de orden político, ideológico y jurídico para el establecimiento de una definición del delito de terrorismo internacional. Diversos aspectos presentan dificultades, especialmente, en lo que respecta a diferenciar claramente el terrorismo de “la lucha legítima de los pueblos en el ejercicio de su derecho a la autodeterminación y a la legítima defensa contra la agresión y la ocupación”.⁶⁷ Diversas delegaciones insistieron acerca de la necesidad de establecer una definición del crimen de terrorismo internacional, que distinga este fenómeno de las formas legítimas de lucha, en el marco del

65 Resolución N° 51/210 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 17 de diciembre de 1996.

66 Documentos de las Naciones Unidas A/ C.6/51/6 y A/C.6/55/L.2.

67 Documento de las Naciones Unidas A/C.6/55/L.2, párrafo 12. En particular, ver la proposición de Malasia en nombre del Grupo de la OCI. Ver, igualmente, la proposición de Costa de Marfil, Doc.A/56/37, párrafos 10, 12, 13 y 14.

68 Informe del Comité Especial creado por la Resolución 51/210 de la Asamblea General el 17 de diciembre de 1996, cuarta sesión (14-18 de febrero de 2000), doc. Suplemento N. 37 (A/55/37).

ejercicio del derecho a la autodeterminación y a la independencia.⁶⁸ Otro aspecto de las dificultades es el del reconocimiento del terrorismo de Estado.⁶⁹ Dificultades éstas que no son menores puesto que aparentemente, no existe un consenso sobre el principio mismo de elaborar una definición jurídica general del terrorismo y algunas delegaciones se interrogan si la técnica de tipificación de actos específicos de terrorismo sería más adecuada jurídicamente.⁷⁰

El proyecto de Convención Internacional General sobre el Terrorismo Internacional, en el estado actual de los debates⁷¹, presenta diversos aspectos que son fuente de preocupación.

1. La Definición del crimen de terrorismo internacional

El artículo 2 del proyecto de la India, en su versión revisada de 2000, propone una definición que tipifica, como crimen de terrorismo internacional, dos tipos de actos “si el propósito de tal acción es, por su naturaleza o contexto, intimidar a la población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a hacer o a dejar de hacer algo.”⁷² El primer comportamiento incriminado es definido como la comisión ilícita e intencional, por cualquier medio, de un acto que cause “la muerte o lesiones corporales graves a una persona o personas”. El segundo es la comisión ilícita e intencional, por cualquier medio, de un acto que cause graves daños o produzca o pueda producir un gran perjuicio económico a una instalación gubernamental o pública, una infraestructura, un sistema de transporte o de comunicación pública. El proyecto incrimina, también, la tentativa y las formas de participación en el crimen y, particularmente, toda forma de contribución, sin precisar las consecuencias de ésta.

69 Documento de las Naciones Unidas A/56/37, párrafo 15.

70 *Ibidem*, párrafo 9.

71 Documento de las Naciones Unidas A/C.6/56/L.9, del 29 de octubre de 2001.

72 Documento de las Naciones Unidas A/C.6/55/L.2, página 10.

En los debates, se hicieron diversas proposiciones y modificaciones en torno a la definición del crimen de terrorismo,⁷³ lo cual ilustra las dificultades para el logro de una definición. Finalmente, el Coordinador sometió un texto oficial de definición en octubre de 2001, para ser debatido ulteriormente.⁷⁴ El texto oficial presentado por el Coordinador, retoma la definición propuesta por la India, pero con algunos cambios. De una parte, el texto divide en dos categorías los actos destinados a causar graves daños. De esta manera, una primera categoría de actos se refiere a aquellos que causan graves daños a un bien público o privado, entre otros bienes. La

73 Hechas, particularmente, por Colombia, Costa de Marfil, Australia, Bélgica, Bolivia, Costa Rica, Chile, Malasia en nombre del Grupo de la OCI, y Austria.

74 Documento de las Naciones Unidas A/C.6/56/L.9, páginas 14 y 15, Texto oficioso de los artículos 2 y 2 bis, preparado por el Coordinador del Grupo de Trabajo: Artículo 2: “1. Comete delito en el sentido de la presente Convención quien ilícita e intencionadamente y por cualquier medio cause:

- a) La muerte o lesiones corporales graves a otra persona o personas; o
- b) Daños graves a bienes públicos o privados incluidos lugares de uso público, instalaciones públicas o gubernamentales, redes de transporte público, instalaciones de infraestructura o el medio ambiente; o
- c) Daños a los bienes, lugares, instalaciones o redes a que se hace referencia en el apartado precedente, cuando produzcan o puedan producir un gran perjuicio económico,

si el propósito de tal acto sea, por su naturaleza o contexto, intimidar a la población u obligar a un gobierno o una organización internacional a hacer o dejar de hacer algo.

2. También constituirá delito la amenaza creíble y seria de cometer cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo.

3. También será punible la tentativa de cometer cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo.

4. También comete delito quien:

- a) Participe como cómplice en cualquiera de los delitos enunciados en los párrafos 1, 2 ó 3 del presente artículo;
- b) Organice o dirija a otros a los efectos de la comisión de uno de los delitos indicados en los párrafos 1, 2 ó 3 del presente artículo; o
- c) Contribuya a la comisión de uno o más de los delitos enunciados en los párrafos 1, 2 ó 3 del presente artículo por un grupo de personas que actúe con un propósito común. La contribución deberá ser intencional y hacerse:
 - i) Con el propósito de colaborar con los fines delictivos o la actividad delictiva general del grupo, si tales fines o tal actividad entrañan la comisión de cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo; o
 - ii) Con conocimiento de la intención del grupo de cometer cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo.”

segunda, se refiere a los “daños” a esos mismos bienes, cuando “produzcan o puedan producir un gran perjuicio económico”. De otra parte, el texto del Coordinador propone una nueva incriminación: la “amenaza terrorista”, cuando ésta es “creíble y seria” de cometer uno de esos tres actos específicos de terrorismo antes mencionados.

La propuesta del Coordinador tiene numerosos problemas, especialmente en lo que concierne las técnicas de incriminación y de tipificación del Derecho Penal. El artículo 2 del texto oficial propuesto por el Coordinador del Grupo de Trabajo contiene varios elementos que son contrarios al principio de legalidad, dado que van en detrimento de una definición estricta y precisa de los crímenes. Así, los términos empleados en el texto tales como “daños graves” (artículo 2,1,b); “gran perjuicio económico” (artículo 2,1,c); “naturaleza o contexto” (artículo 2,1); y “creíble y seria” (artículo 2,2) constituyen referencias a conceptos vagos e inciertos.

El artículo 2 del texto oficial del Coordinador define la intencionalidad del acto en términos (“por su naturaleza y su contexto”) que sugieren que ésta dependería de la “funcionalidad” del crimen y no de la intencionalidad del autor (elemento moral o dolo). Así, la definición se orienta hacia la adopción de un principio de responsabilidad objetiva, contrario al principio de responsabilidad subjetiva del Derecho Penal y al principio de legalidad.

Finalmente, la letra c del párrafo 4 del artículo 2 del texto oficial del Coordinador incrimina la contribución. Esta noción - contribución - no tiene límites precisos y no queda claro si ésta hace referencia a modalidades de participación criminal, tales como la complicidad, o a otras figuras jurídicas, tales como la asociación criminal, concierto para delinquir, la conspiración.

El principio de legalidad en materia de crímenes y de delitos, - *nullum crimen sine lege* - es universalmente reconocido de vieja data. Este principio es válido tanto para las normas nacionales como para las incriminaciones contenidas en tratados de Derecho Penal Internacional. El principio *nullum crimen sine lege* está igualmente reconocido por los tratados de derechos humanos⁷⁵ y el Estatuto de Roma de la Corte Penal

Internacional lo clasificó como uno de los principios generales del derecho penal.

El principio de legalidad significa que las definiciones de infracciones penales, o tipos penales, deben ser precisas y desprovistas de todo equívoco y ambigüedad.⁷⁶ Como lo señala la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, el derecho penal enuncia normas de conducta que los individuos deben respetar.⁷⁷ El principio tiene, igualmente, como corolario, el principio de interpretación restrictiva del derecho penal y de la prohibición de la analogía. Es así como, por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 22 del Estatuto de Roma prescribe que “la definición de un crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía.” Además, hay que resaltar que este principio de legalidad ha sido la piedra angular de la elaboración de los elementos de crímenes previstos por el Estatuto de Roma.

En ese orden de ideas, en desarrollo del principio de legalidad, no pueden ser admitidos los tipos penales vagos, ambiguos o imprecisos. Como lo señaló el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Independencia de Jueces y Abogados, las definiciones legales vagas, “nebulosas”, imprecisas son contrarias al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y a las “condiciones generales prescritas por el Derecho Internacional”.⁷⁸ Cuando estas definiciones permiten la criminalización de comportamientos legítimos de acuerdo con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos o de actos lícitos según el Derecho Internacional Humanitario, éstas transgreden el principio de legalidad.

75 Artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos; artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el artículo 7 de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos.

76 Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia de 25 de mayo de 1993, *Caso Kokkinakis c. Grecia*, Serie A, N° 260-A, página 22, párrafo 52.

77 Informe de la Comisión de Derecho Internacional (1996), documento de las Naciones Unidas Suplemento N° 10 (A/51/10), página 90.

78 Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Independencia de los jueces y los abogados, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/1998/39/Add.1, párrafo 129. Ver, también, las “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos - Portugal (Macau)”, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.115, del 4 de noviembre de 1999, párrafo 12, y “Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: República Popular Democrática de Corea”, documento de las Naciones Unidas CCPR/CO/72/PRK, del 27 de agosto de 2001, párrafo 14.

2. El proyecto de Convención y el Derecho Internacional Humanitario

Los artículos 1 (2) y 18 (2) del proyecto de Convención⁷⁹ presentan serios problemas en lo que respecta la aplicación del Derecho Internacional Humanitario. El proyecto, en la letra 2 del artículo 18, prevé que las Fuerzas Armadas sean excluidas del campo de aplicación de la Convención Internacional General sobre el Terrorismo Internacional. Aunque el párrafo 2 del artículo 18 emplee el término “Fuerza Armada”, ésta es definida en la párrafo 2 del artículo 1 como “Fuerzas Armadas de un Estado”.⁸⁰ Pero el proyecto no excluye del campo de aplicación de la Convención las partes no gubernamentales a un conflicto interno⁸¹ y a los movimientos que “luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas.”⁸² Esto tiene como consecuencia la criminalización a nivel del Derecho Internacional de todo acto de guerra, sea éste lícito o no a la luz del Derecho Internacional Humanitario, y permite la criminalización de actos lícitos de acuerdo con los Convenios de Ginebra de 1949 y de sus

79 Documento de las Naciones Unidas A/C.6/56/L.9.

80 Documento de las Naciones Unidas A/C.6/55/L.2, página 8.

81 *Ver* el Artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra y el artículo 1º del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados sin carácter internacional.

82 Párrafo 4 del artículo primero del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. Hay que señalar que se trata de movimientos que luchan 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. No se trata de cualquier movimiento de liberación nacional si no de aquellos que son reconocidos como luchando en los territorios coloniales, contra la ocupación extranjera o contra regímenes racistas. Numerosas resoluciones de la Asamblea general de las Naciones Unidas reglamentan las condiciones bajo las cuales tales luchas son consideradas legítimas según el derecho internacional. Así, por ejemplo, en su resolución 2105 (XX) de 20 de diciembre de 1965, la Asamblea General reconoció la legitimidad de la lucha que llevan a cabo los pueblos bajo dominación colonial, en el ejercicio de su derecho a la autodeterminación y a la independencia. En su Resolución 3103 (XXVIII), de 12 de diciembre de 1973, intitulada “Principios básicos sobre el estatuto jurídico de los combatientes que luchan contra la dominación colonial y extranjera y contra regímenes racistas” (original en francés, traducción libre), la Asamblea General precisó el estatuto jurídico de los combatientes de los movimientos de liberación nacional.

Protocolos Adicionales. Esto vulnera, de manera fundamental, el Derecho Internacional existente.

El Derecho Internacional Humanitario define los actos ilícitos, en particular aquellos de naturaleza terrorista.⁸³ En el marco de los conflictos armados, internacionales o internos, la prohibición de la utilización del terror y de actos de terrorismo no es ni general ni abstracta. Está en estrecha relación con las personas o bienes a los que apuntan esos actos. Las nociones de “población civil” y de “personas protegidas” son esenciales, como lo es también la de “naturaleza de los bienes”. Así mismo, la prohibición está, también, en estrecha relación con los medios utilizados, en particular, su carácter ilícito, sus efectos no discriminados. En principio, la noción de terrorismo no se aplica a los actos entre combatientes o de combatientes contra objetivos militares, ejecutados con medios lícitos.

Para estar en conformidad con las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario, la Convención Internacional General contra el Terrorismo debería excluir de su campo de aplicación, las partes en conflicto, trátase de Fuerzas Armadas gubernamentales, de partes no gubernamentales en un conflicto armado interno, tal como lo indica el Artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra, o de movimientos que “luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas”. Cabe señalar que ciertos instrumentos internacionales tienen cláusulas de exclusión del campo de aplicación tanto para estas partes como para estos movimientos.⁸⁴ El proyecto de Convención Internacional General sobre el Terrorismo Internacional debería emplear una fórmula que permita excluir del campo de aplicación todas las partes a un conflicto armado, internacional o interno. Así, los artículos 1 y 8 del proyecto deberían hacer referencia a las “partes en conflicto”, tal como están definidas por el Artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra y por sus Protocolos adicionales, y no únicamente a las fuerzas armadas estatales.

83 *Ver*, particularmente, el Artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra; el artículo 33 del IV Convenio de Ginebra; el Artículo 51 del Protocolo I; y los artículos 4 y 13 del Protocolo II.

84 *Ver* el artículo 12 de la Convención internacional contra la toma de rehenes.

3. El principio de non refoulement

El artículo 15 del proyecto de Convención Internacional General sobre el Terrorismo Internacional establece una suerte de salvaguardia de *non refoulement* (o principio de no devolución). Así, el texto propuesto retoma la fórmula enunciada en disposiciones de otros tratados en materia de extradición y de terrorismo,⁸⁵ pero en lugar de establecer el principio de *non refoulement*, en toda su dimensión, ésta fórmula reproduce la “cláusula irlandesa” de la *Convención europea de extradición*, pero introduciendo las razones de origen étnico. El texto propuesto no está en concordancia con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional de los Refugiados.

De una parte, el artículo 15 del proyecto condiciona el *non refoulement* a la existencia de “serías razones para creer” que la demanda de extradición tiene el propósito de enjuiciar o castigar a la persona por consideraciones de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas. Esta exigencia - “serías razones para creer” - no está prevista por el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Esta exigencia adicional del artículo 15 socava la protección establecida por el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

De otra parte, el artículo 15 del proyecto no tiene en cuenta algunas prescripciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en materia de *non refoulement*⁸⁶ y, en consecuencia, limita el alcance de este principio.

85 La Convención internacional contra la toma de rehenes (art.9), la Convención europea de extradición (art.3), la Convención europea para la represión del terrorismo (art.5) y la Convención Interamericana sobre Extradición (art.4,5).

86 *Ver*, en particular, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, artículo 3; la Declaración sobre el Asilo Territorial, artículo 3(1); la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (artículo 8) y los Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias (principio 5). Igualmente, *ver* la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art.22 (8) y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (art. 13 (4)).

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos prohíbe toda forma de devolución si existen riesgos de que la persona pueda ser víctima de tortura, de desaparición forzada o privación arbitraria de la vida. Así, por ejemplo, el artículo 3 de la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, prescribe que “Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura”. A pesar de que el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* no prevé ninguna disposición explícita sobre el principio de *non refoulement*, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General N° 20 (pár. 9), y en lo que concierne a la tortura y a los tratos inhumanos, considera que se trata de un principio y de una obligación inherentes al artículo 7 del Pacto.

4. Salvaguarda contra la impunidad

El artículo 18 del proyecto de Convención plantea el problema del campo de aplicación de la Convención. El texto del proyecto excluye a las Fuerzas Armadas del campo de aplicación de la Convención. Además del hecho de que las partes en conflicto - y no solamente las fuerzas armadas - deberían ser excluidas del campo de aplicación de la Convención, el proyecto de Convención, precisamente el artículo 18, debería contener una cláusula de salvaguarda contra la impunidad. Esta exclusión del campo de aplicación de la Convención no debería ser interpretada como una “licencia” para cometer actos ilícitos, y, en particular, hechos que constituyan crímenes internacionales.

Es importante señalar que en los debates del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de Convención Internacional General sobre el Terrorismo Internacional, un grupo de Estados había propuesto la inclusión en el artículo 18 de una cláusula de salvaguarda contra la impunidad. Esta cláusula estipulaba que las disposiciones de este artículo no podían ser interpretadas como autorizando o legitimando actos por demás ilícitos, ni como excluyendo juzgamientos previstos por otros derechos. En toda evidencia, esta

proposición tenía que ser no solamente adoptada, sino también mejorada al hacer una referencia explícita a los crímenes internacionales. Desafortunadamente, la proposición no fue adoptada por el Grupo de Trabajo.

C. DERECHOS HUMANOS Y REPRESIÓN DEL TERRORISMO

No cabe duda de que, a la luz del Derecho Internacional, todo Estado tiene el derecho y el deber de combatir y de reprimir los crímenes, en particular los actos criminales que por su naturaleza, objetivos o medios empleados para su comisión, son reputados o calificados de actos terroristas. No es pues menos cierto que el Estado, en el marco del Estado de Derecho, tiene la obligación de respetar los principios del Derecho Penal y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es así como la Comisión de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, reafirmó “que todas las medidas contra el terrorismo deben ajustarse estrictamente al derecho internacional, incluidas las normas internacionales de derechos humanos”.⁸⁷

I. ALGUNOS PROBLEMAS RELACIONADOS CON LA REPRESIÓN DEL TERRORISMO

La experiencia ilustra cómo, con frecuencia, en la represión de actos de terrorismo, los Estados recurren a legislaciones, métodos y prácticas contrarias al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, especialmente en materia de derechos intangibles. La jurisprudencia y la doctrina de órganos y de mecanismos intergubernamentales de derechos humanos son ricas en ejemplos al respecto. Pero también, a *contrario sensu*, la jurisprudencia y la doctrina de órganos y de mecanismos intergubernamentales dan claras indicaciones sobre el tipo de medidas, las circunstancias en las que estas pueden ser adoptadas y las condiciones de su puesta en práctica, para contrarrestar, en el marco del estado de derecho y el respeto de los derechos humanos, los actos terroristas. En ese orden de ideas, la jurisprudencia, las

87 Resolución N° 2001/37, del 23 de abril de 2001, párrafo 20 del Preámbulo. Igualmente, Ver las Resoluciones N° 2000/30, 1999/27 y 1998/47, de la Comisión de Derechos Humanos.

observaciones de países y las observaciones generales del Comité de Derechos Humanos son de gran importancia. Este órgano, integrado por 18 expertos provenientes de diferentes regiones del mundo, supervisa y vigila la aplicación e implementación por los Estados del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el principal tratado de derechos civiles y políticos con vocación universal. Por ello, la Comisión Internacional de Juristas le da un lugar privilegiado a la jurisprudencia y a las observaciones del Comité de los Derechos Humanos.

La adopción por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de la Resolución 1373, el 28 de septiembre 2001, que solicita a los Estados miembros de las Naciones Unidas tomar medidas - tanto en el plano internacional como nacional- para combatir el terrorismo, vuelve a lanzar un gran desafío: garantizar que la lucha contra el terrorismo sea llevada a cabo en conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y los principios del estado de derecho.

En algunos países, las medidas adoptadas en nombre de la lucha antiterrorista socavan los fundamentos mismos del Estado de Derecho, tales como la separación de los poderes y el principio de legalidad. Así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al examinar una serie de medidas antiterroristas adoptadas por la administración peruana de M. Fujimori, las cuales tuvieron como consecuencia la militarización del sistema judicial, consideró que estas medidas desnaturalizaban el estado de derecho y vulneraban el principio de separación efectiva de los poderes públicos.⁸⁸ Las medidas antiterroristas que vulneran principios del estado de derecho - tales como los principios de legalidad, de separación de los poderes públicos y de subordinación de las fuerzas armadas a las autoridades civiles - son contrarias al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, recordó recientemente que “los principios de legalidad y del Estado de

88 Segundo Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en el Perú, documento de la Organización de los Estados Americanos, OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 59 rev., de 2 junio 2000, párrafo. 238.

derecho [son] inherentes al Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos] en su conjunto”.⁸⁹

Con frecuencia, las medidas y prácticas adoptadas en nombre de la “lucha antiterrorista” generan numerosos problemas en materia de derechos humanos y de administración de justicia. Muy a menudo, las medidas adoptadas son incompatibles con las normas internacionales. Así lo señala el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la independencia de jueces y abogados:

“El azote del terrorismo también ha dado lugar a medidas para refrenarlo que a menudo plantean problemas para la independencia del poder judicial o de la profesión jurídica. Al igual que en el caso de los estados de excepción, un aspecto de esas medidas ha sido la creación de tribunales especiales. En algunos países, las exigencias procesales de las medidas constituyen una clara injerencia en la relación entre abogado y cliente, por ejemplo, una intromisión en el carácter confidencial de la misma. Otras medidas, como el ardid cada vez más utilizado de encapuchar a los jueces para protegerlos de las represalias, plantean cuestiones más amplias acerca del procedimiento judicial establecido que podrían guardar relación con los conceptos de independencia e imparcialidad del órgano judicial. Podría ser preciso fijar normas en este sentido.”⁹⁰

Sin embargo, las normas relativas a la administración de la justicia no son las únicas afectadas. Igualmente, diversas medidas y prácticas adoptadas en nombre de la “lucha antiterrorista” generan numerosos problemas relacionados con el derecho y procedimientos de asilo, el principio de no discriminación, el derecho al respeto de la vida privada, del domicilio y al de la correspondencia. Desafortunadamente, la lista puede ser larga. Sin pretender establecer una lista exhaustiva de los principales problemas en materia

89 “Observación general n° 29, Estados de excepción (art.4)”, documento de las Naciones Unidas, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, del 31 de agosto de 2001, párrafo 16.

90 Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/1995/39, 6 de febrero de 1995, párrafo 60.

de derechos humanos suscitados por las medidas antiterroristas, en lo que concierne a la administración de justicia, es importante resaltar los problemas siguientes.

1. Las definiciones del delito de “terrorismo”

El principio de legalidad en materia de crímenes y de delitos - *nullum crimen sine lege, nulla poena* - es universalmente reconocido por los tratados de derechos humanos.⁹¹ Este principio significa que los actos calificados por la ley como infracciones penales, deben ser definidos de una manera estricta y sin equívocos ni ambigüedad.⁹² El principio significa, también, que la ley penal, nacional o internacional, no puede ser aplicada retroactivamente. De igual forma, el principio tiene como corolarios, el principio de interpretación restrictiva de la ley penal y el de la prohibición de la analogía.⁹³ Así, las definiciones legales vagas, “nebulosas”, imprecisas o que permitan criminalizar actos legítimos y/o lícitos según el Derecho Internacional, son contrarios al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y a las “condiciones generales estipuladas por el derecho internacional”.⁹⁴

91 Artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 7 de la Convención europea de Derechos Humanos, artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y artículo 7 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

92 Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia de 25 de mayo de 1993, *Caso Kokkinakis c. Grecia*, en Serie A, N° 260-A, página 22, párrafo 52.

93 Este principio y sus corolarios se aplican tanto en derecho penal nacional como en derecho penal internacional. Así, el artículo 22 (2) del Estatuto de Roma prescribe: “la definición del crimen es de estricta interpretación y no puede ser extensiva por analogía”.

94 Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la independencia de los jueces y abogados, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/1998/39/Add.1, párrafo 129. Ver, también, las “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos - Portugal (Macau)”, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.115, del 4 de noviembre de 1999, párrafo 12, y “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: República Popular Democrática de Corea”, documento de las Naciones Unidas CCPR/CO/72/PRK, del 27 de agosto de 2001, párrafo 14.

Desafortunadamente, en materia de terrorismo, las legislaciones nacionales han recurrido, con frecuencia, a definiciones vagas, ambiguas, imprecisas que, a menudo, permiten criminalizar formas legítimas de ejercicio de libertades fundamentales, de oposición política y/o social pacífica y de actos lícitos. De allí que el Comité de Derechos Humanos haya sido llevado a presentar algunas observaciones respecto de diversos Estados.⁹⁵ Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos ha considerado, respecto de una ley antiterrorista, que “la definición de terrorismo plasmada en la ley parecía muy general, por lo que las autoridades debían revisarla, especialmente en vista de que la Ley contra el terrorismo había ampliado la gama de delitos punibles con la pena de muerte.”⁹⁶ Igualmente, el Comité de Derechos Humanos ha considerado que “el Decreto-ley 25.475 [del Perú] contiene una definición muy amplia de terrorismo al amparo de la cual personas inocentes han sido y siguen estando detenidas.”⁹⁷

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que la ley se aplica de manera arbitraria, cuando las tipificaciones de los delitos son definidas en términos vagos o imprecisos, que no permiten determinar con previa certeza los comportamientos incriminados.⁹⁸ La Comisión Interamericana consideró que “la definición del delito de terrorismo que consagra [un decreto antiterrorista del Perú] es abstracta e imprecisa, y de tal forma, viola el principio básico de legalidad, consustancial al derecho penal, que en última instancia tiene como objetivo la seguridad jurídica que el

95 Ver, por ejemplo, “Observaciones y recomendaciones del Comité de Derechos Humanos - Argelia”, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.95, del 18 de agosto de 1998, párrafo 11.

96 “Observaciones y recomendaciones del Comité de Derechos Humanos - Egipto”, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.23, 9 de agosto de 1993, párrafo 8.

97 “Observaciones y recomendaciones del Comité de Derechos Humanos - Perú”, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.67, 25 de julio de 1996, párrafo 12.

98 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual de Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1983- 1984, página 85, párrafo 7.

individuo necesita para saber con precisión cuáles hechos y omisiones pueden hacerle incurrir en responsabilidad penal”.⁹⁹

En años recientes, en algunos Estados ha aparecido una nueva “técnica” según la cual las autoridades elaboran listas oficiales de grupos calificados como terroristas. La pertenencia a los grupos denominados terroristas resulta *ipso facto* un delito, y así mismo la colaboración a éstos. Se trata de una suerte de incriminación nacional. Esta técnica de incriminación no deja de presentar problemas como lo ha señalado la Relatora Especial de la Subcomisión de la Promoción y de la Protección de los Derechos Humanos, la Señora Kalliopi K. Koufa:

“Unas [legislaciones] contienen disposiciones en las que se incluye a ciertos grupos en una lista oficial de terroristas, frecuentemente sin realizar ningún análisis de los pormenores de la situación ni de la naturaleza del grupo. Esos grupos, y otros que tienen ideas semejantes aunque no tienen nada que ver con los grupos en cuestión, pueden verse gravemente perjudicados. [...] los procedimientos judiciales para impugnar esta falsa etiqueta o para defender a una persona acusada de un delito en virtud de esa legislación antiterrorista podrían dar lugar a una denegación grave de muchos derechos procesales.”¹⁰⁰

Aún cuando existe poca jurisprudencia sobre este fenómeno, es de destacar que la Corte Europea de Derechos Humanos precisó que el artículo 5 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos* no legitima la detención de una persona sospecha de cometer una infracción únicamente por el hecho de pertenecer a un grupo de individuos reconocidos como peligrosos y suscep-

99 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Perú, documento OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., de 2 junio 2000, párrafo 80.

100 Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/2001/31, del 27 de junio de 2001, párrafo 111.

101 Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia de 6 de noviembre de 1980, *Guizzardi c. Italia*, Serie A No. 39, para. 102.

tibles de cometer actos criminales.¹⁰¹

2. El Estado de excepción

Los poderes de excepción son invocados con frecuencia en la lucha contra el terrorismo.¹⁰² Si se permiten algunas limitaciones o suspensiones en tiempos de excepción, éstas deben hacerse conforme a los principios de legalidad, proporcionalidad y necesidad y no tienen ningún valor respecto de los derechos intangibles, tanto de fuente convencional como de no convencional. Así lo recordó el Comité de Derechos Humanos en su Observación N. 29, relativa a los Estados de excepción:

“Las medidas que suspenden la aplicación de alguna disposición del Pacto deben ser de carácter excepcional y temporal. Antes de que un Estado adopte la decisión de invocar el artículo 4 es necesario que se reúnan dos condiciones fundamentales: que la situación sea de un carácter excepcional que ponga en peligro la vida de la nación y que el Estado Parte haya proclamado oficialmente el estado de excepción. Este último requisito es esencial para el mantenimiento de los principios de legalidad e imperio de la ley cuando son más necesarios. Al proclamar un estado de excepción cuyas consecuencias pueden entrañar la suspensión de cualquier disposición del Pacto, los Estados deben actuar dentro del marco constitucional y demás disposiciones de ley que rigen esa proclamación y el ejercicio de las facultades de excepción [...]En virtud del Pacto, aun en un conflicto armado las disposiciones que suspendan la aplicación del Pacto se permitirán sólo en la medida en que la situación constituya un peligro

102 *Ver* documentos de las Naciones Unidas Reservas, declaraciones, notificaciones y objeciones relativas al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los Protocolos Facultativos respectivos, CCPR/C/2/Rev.4.

para la vida de la nación. [...] Un requisito fundamental de cualesquiera disposiciones que suspendan la aplicación del Pacto [...] es que esas disposiciones se adopten en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación. Este requisito guarda relación con la duración, el ámbito geográfico y el alcance material del estado de excepción y de cualesquiera disposiciones excepcionales aplicadas en razón de la emergencia. La suspensión de algunas de las obligaciones contraídas en virtud del Pacto en situaciones de excepción es claramente distinta de las restricciones o limitaciones permitidas aun en circunstancias normales conforme a diversas disposiciones del Pacto. Sin embargo, la obligación de limitar cualesquiera suspensiones a las estrictamente necesarias según las exigencias de la situación refleja un principio de proporcionalidad común a las facultades de suspensión y de limitación. [...] La enumeración contenida en el artículo 4 de las disposiciones cuya aplicación no puede suspenderse guarda relación, aunque no sea lo mismo, con la cuestión de si ciertas obligaciones en materia de derechos humanos tienen el carácter de normas imperativas de derecho internacional. El hecho de que en el párrafo 2 del artículo 4 se declare que la aplicación de ciertas disposiciones del Pacto no puede suspenderse debe considerarse en parte como el reconocimiento del carácter de norma imperativa de ciertos derechos fundamentales garantizados por el Pacto en la forma de un tratado [...] Las garantías relacionadas con la institución de la suspensión, según se definen en el artículo 4 del Pacto, se basan en los principios de legalidad y del Estado de derecho inherentes al Pacto en su conjunto.”¹⁰³

En sus observaciones a países, el Comité de Derechos Humanos abordó el problema de la utilización del estado de excepción en el marco de la lucha antiterrorista. Así por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos expresó

103 Documento de las Naciones Unidas CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 de agosto de 2001, párrafos 2, 4 y 16.

“su profunda preocupación por las recientes propuestas de reforma constitucional [colombiana] destinadas a suprimir los límites de tiempo para los estados de excepción, eliminar las facultades de la Corte Constitucional para revisar la proclamación de un estado de excepción, otorgar funciones de policía judicial a las autoridades militares, añadir nuevas circunstancias en las cuales se puede proclamar el estado de excepción y reducir los poderes de la Procuraduría General y de la Fiscalía General para investigar las violaciones de derechos humanos y la conducta de integrantes de las fuerzas militares, respectivamente. Si se aprueban estos textos, surgirán graves problemas en relación con el artículo 4 del Pacto.”¹⁰⁴ Igualmente, en sus observaciones al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, el Comité de Derechos Humanos tomó nota “con preocupación de que el Estado Parte, en su afán de dar cumplimiento, entre otras cosas, a su obligación de luchar contra las actividades terroristas en cumplimiento de la resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad, está considerando la posibilidad de adoptar medidas legislativas que podrían tener efectos de largo alcance sobre los derechos enunciados en el Pacto y que, en opinión del Estado Parte, podrían exigir la suspensión de algunas de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. El Estado Parte debe velar por que cualesquiera medidas que adopte a este respecto cumplan plenamente con las disposiciones del Pacto, inclusive, en su caso, con las disposiciones en materia de suspensión que figuran en el artículo 4 del Pacto.”¹⁰⁵ Respecto de otro país, el Comité de Derechos Humanos reiteró su preocupación “por la continua utilización de las facultades especiales otorgadas en virtud de leyes tales como la Ley de facultades especiales de las fuerzas armadas, la Ley de seguridad pública y la Ley de seguridad nacional en zonas declaradas “afectadas” por disturbios [...] El Comité [hizo hincapié] en que el terrorismo debe

104 “Observaciones y recomendaciones del Comité de Derechos Humanos - Colombia”, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.76, 3 de mayo de 1997, párrafo 23.

105 Documento de las Naciones Unidas, CCPR/CO/73/UK, CCPR/CO/73/UKOT, del 5 de noviembre de 2001, párrafo 6.

106 “Observaciones y recomendaciones del Comité de Derechos Humanos - India” Documento de las Naciones Unidas, CCPR/C/79/Add.81, 4 de agosto de 1997, párrafo 18.

combatirse con medios compatibles con el Pacto.”¹⁰⁶

La Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso *Lawless*, admitió que la detención sin cargos o acusación sin juicio, hecha sobre la base de una ley de excepción, de un ciudadano irlandés sospechoso de realizar actividades que atentaban la seguridad del Estado, en violación del artículo 5 de la *Convención Europea de Derechos Humanos*, estaba cubierta por el derecho de derogación previsto en el artículo 15 de la *Convención Europea de Derechos Humanos*. La Corte reconoció que la situación que prevalecía en la República de Irlanda en ese entonces, estaba caracterizada, particularmente, por la presencia en su territorio de un ejército secreto que “actúa al margen del orden constitucional y emplea la violencia para alcanzar sus objetivos”; por el hecho de que este ejército operaba fuera del territorio irlandés, comprometiendo gravemente las relaciones del Estado “con el país vecino”; y también por “el agravamiento progresivo y alarmante de la actividades terroristas”. Se trataba, entonces, de una situación de peligro excepcional que amenazaba la vida de la Nación y que por tanto, justificaba el recurso al artículo 15 de la Convención.¹⁰⁷ Esta determinó que las medidas tomadas por el Gobierno irlandés eran estrictamente proporcionales a la gravedad de la situación, anotando que “el funcionamiento de los tribunales penales ordinarios e incluso de la cortes penales especiales o de los tribunales militares no suficientes para restablecer la paz y el orden público” puesto que “la recolección de pruebas suficientes para condenar a las personas involucradas en la actividades del I.R.A. y en sus grupos disidentes se enfrentaba a grandes dificultades en razón de la naturaleza militar y secreta de estos grupos así como del temor que ellos crean en la población” así como por la circunstancia de que las actividades de estos grupos se desarrollaban principalmente en el extranjero.¹⁰⁸

En el caso *Irlanda c. Reino Unido*, la Corte Europea de Derechos Humanos constató que en Irlanda del Norte existía una situación particular-

107 Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia del 1° de julio de 1961, *Caso Lawless (Fond)*, Serie A No. 3, párrafo 28.

108 *Ibid.*, párrafo 212.

mente peligrosa para la vida de la nación. Aunque tal situación hacía que las medidas de privación “extrajudicial” de libertad adoptadas por el Gobierno británico respecto de personas sospechosas de estar involucradas en actividades terroristas, fueran estrictamente necesarias, y teniendo en cuenta que el margen de apreciación por parte del Reino Unido para decidir las medidas a tomar contra el terrorismo, la Corte consideró que esa situación no podía justificar algunas prácticas cometidas por las autoridades británicas, como tratos inhumanos y degradantes¹⁰⁹. La Corte resaltó que la detención de individuos que no fueran sospechosos de crímenes o de actividades que atentaran contra la paz o el orden público, con el único fin de obtener información, era excepcionalmente justificada, en el caso en litigio, por la necesidad de garantizar la incolumidad de los testigos¹¹⁰. Es importante anotar que, en el mismo caso, la Comisión Europea de Derechos Humanos también había concluido que la adopción de medidas de privación “extrajudicial” de libertad por parte del Gobierno británico, eran justificadas dada la situación existente en Irlanda del Norte, especialmente debido a la imposibilidad del sistema judicial de operar correctamente en razón de las intimidaciones hechas por los grupos terroristas al conocer a los testigos¹¹¹. La posibilidad del Reino Unido de valerse del derecho de derogación *ex* artículo 15 de la *Convención Europea de Derechos Humanos*, también fue reconocida por la Corte en el caso *Brannigan*. En aquella oportunidad, después de haberle reconocido a los Estados un amplio margen de apreciación para evaluar las exigencias variables de una situación de crisis¹¹², la Corte admitió que la amplitud y los efectos de la violencia terrorista en Irlanda del Norte y las dificultades particulares inherentes a la instrucción y a la represión de ese tipo de criminalidad, hacían necesaria la decisión del Gobierno británico de

109 Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia del 18 de enero de 1978, Serie A No.25, *Irlanda c. Reino Unido*, párrafos. 163 y 214

110 *Ibidem*, para.212.

111 Comisión Europea de Derechos Humanos, Comunicación No.5310/71, *Irlanda c. Reino Unido*, Informe del 25 de enero de 1976, página 97.

112 Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia No. del 26 de mayo de 1993, Serie A No. 258-B, *Caso Brannigan y McBride c. Reino Unido*, párrafo 43.

113 *Ibidem*, párrafos 47, 54 y 59.

prolongar, provisionalmente, la duración de la detención administrativa, tiempo durante el cual quedaba excluida la intervención de un magistrado.¹¹³ En el caso *Aksoy*, la Corte constató que los actos terroristas del PKK en el sudeste de Turquía había creado una situación de peligro público que amenazaba la vida de la nación y que justificaba el recurso al derecho de derogación *ex* artículo 15 de la *Convención Europea de Derechos Humanos*.¹¹⁴ Sin embargo, la Corte consideró que el Gobierno turco no había dado “razones detalladas que explicaran por qué la lucha contra el terrorismo en el sudeste de Turquía imposibilitaría toda intervención judicial”.¹¹⁵

Al considerar el efecto del estado de excepción debido a la existencia de actividades terroristas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos admitió que algunas amenazas al orden público “por parte de personas o grupos que emplean la violencia”, y en razón de su importancia, pueden justificar una limitación provisional de las libertades. No obstante, la Comisión precisó que existe una categoría de derechos fundamentales que, bajo ninguna circunstancia, pueden ser suspendidos, como por ejemplo, el derecho a la vida y el derecho al debido proceso.¹¹⁶ La Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que el *Hábeas corpus* y el recurso de *amparo* constituyen derechos inderogables, que no pueden ser suspendidos, ni aún en situaciones de excepción o de emergencia.¹¹⁷

114 Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia del 18 de diciembre de 1996, *Caso Aksoy c. Turquía*, Rec. 1996-VI, No. 26, para. 70.

115 *Ibidem*, para.78.

116 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Argentina, 11 de abril 1980, OEA/Ser.L/V/II.49, página 26. Igualmente, *ver* la resolución adoptada por la Comisión en la Sesión de 1968, en documento OEA/Ser.L/V/II.19 Doc. 32, página 61, letras e y f.

117 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-8/87, “*El hábeas corpus bajo Suspensión de Garantías*,” del 30 de enero de 1987, párrafo 42; Opinión Consultiva OC-9/87, “*Garantías judiciales en Estados de Emergencia*”, del 6 de octubre de 1987, párrafos 30 y 41.

118 También hay que señalar que los Estados partes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Convención Europea de Derechos Humanos, tienen la obligación de notificar tal declaratoria al órgano o instancia respectivo previsto por el tratado correspondiente.

Es importante recordar aquí, que hasta tanto no se haya declarado el estado de excepción, las autoridades deben garantizar todos los derechos y las libertades fundamentales.¹¹⁸

3. Las medidas de privación de la libertad

En la represión de los delitos “de terrorismo”, el Estado está en la obligación de respetar escrupulosamente las normas internacionales en materia de privación de la libertad, trato humano, y seguridad jurídica de la persona.¹¹⁹ Ni la naturaleza odiosa ni grave de un delito, cualquiera que sea, puede justificar derogación alguna. Algunas limitaciones son admitidas, pero dentro del marco preciso establecido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Igualmente, si se permiten algunas limitaciones y derogaciones en tiempos de excepción, éstas deben estar en conformidad con los principios, entre otros, de legalidad, proporcionalidad y necesidad, y no pueden tener valor frente a los derechos intangibles. Asimismo, las autoridades deben establecer medidas de salvaguarda para los derechos humanos. El Comité de Derechos Humanos en su Observación General N. 29, relativa a los Estados de urgencia (art. 4 del Pacto), ha considerado que:

“Los Estados Partes no pueden en ningún caso invocar el artículo 4 del Pacto como justificación de actos que violan el derecho humanitario o normas imperativas de derecho interna-

119 En particular, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2,4,9 y 10); Convención sobre los Derechos del Niño (art. 37); Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (art.15); Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos; Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión; Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley; Directrices sobre la Función de los Fiscales; Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura; Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas; Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias.

120 Documento de las Naciones Unidas CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 de agosto de 2001, párrafo 11.

cional, por ejemplo, la toma de rehenes [...] la privación arbitraria de la libertad [...]”¹²⁰

El Comité de Derechos Humanos señaló, también que

“a) Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Aunque este derecho, reconocido en el artículo 10 del Pacto, no se mencione separadamente en la lista de derechos que no pueden ser suspendidos en virtud del párrafo 2 del artículo 4, el Comité estima que el Pacto expresa una norma de derecho internacional general cuya aplicación no puede ser objeto de suspensión. Esto se sustenta en la referencia que se hace en el preámbulo del Pacto a la dignidad inherente a los seres humanos y en la estrecha relación existente entre los artículos 7 y 10.

“b) Las prohibiciones de la toma de rehenes, los secuestros o la detención no reconocida son disposiciones que no pueden ser objeto de suspensión. El carácter absoluto de estas prohibiciones, aun en situaciones excepcionales, se justifica por su condición de normas de derecho internacional general.”¹²¹

También es importante resaltar que las personas privadas de libertad deben ser detenidas en lugares oficiales de detención y las autoridades deben llevar un registro de los detenidos.¹²² Respecto de la comunicación entre las personas privadas de libertad y sus abogados, es necesario recordar que los *Principios Básicos sobre la Función de los Abogados*, de las

121 *Ibid.*, párrafo 13.

122 La Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (artículo 10(1)); Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos (regla 7); Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (principios 20 y 29); Reglas penitenciarias europeas (reglas 7 y 8).

Naciones Unidas, estipulan que

“A toda persona arrestada, detenida, o presa, se le facilitarán oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial. Estas consultas podrán ser vigiladas visualmente por un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero no se escuchará la conversación.”¹²³

En las observaciones de países, el Comité de Derechos Humanos abordó la compatibilidad de medidas “antiterroristas” en materia de privación de libertad, sean éstas de naturaleza judicial o administrativa. Así, el Comité expresó su “preocupación por el constante mantenimiento en vigor de una legislación especial en virtud de la cual los sospechosos de pertenecer a grupos armados o de colaborar con ellos, pueden ser detenidos en régimen de incomunicación por períodos de hasta cinco días, [y puso de relieve] que esas disposiciones no se ajustan a los artículos 9 y 14 del Pacto. También con respecto a estos dos artículos, el Comité tom[ó] nota con preocupación de que la prisión provisional puede prolongarse por varios años y que la duración máxima de esa prisión se determina en función de la pena del delito imputado. [El Comité exhortó] al Estado parte a abstenerse de utilizar la detención en régimen de incomunicación y le invita a reducir la duración de la prisión provisional y a no emplear la duración de la pena aplicable como criterio para determinar la duración máxima de esa prisión.”¹²⁴

El Comité expresó su preocupación por el hecho “que sigan aplicándose las leyes antiterroristas de 2 de septiembre de 1986 y de 16 de diciembre de 1992 [en Francia], que disponen la existencia de un tribunal central, con fis-

123 Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, principio N° 8.

124 “Observaciones y recomendaciones del Comité de Derechos Humanos- España”, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.61, del 3 de abril de 1996, párrafos 12 y 18.

cales que poseen facultades especiales para dictar órdenes de detención, registro y permanencia bajo custodia de la policía por un máximo de cuatro días (el doble de la duración ordinaria), y conforme a las cuales el acusado no tiene los mismos derechos con respecto a la determinación de la culpa que en los tribunales ordinarios. Al Comité también le preocupa que el acusado no tenga derecho a ponerse en contacto con un abogado durante las primeras 72 horas de su permanencia bajo custodia de la policía. Al Comité le preocupa que no esté previsto ningún procedimiento de recurso contra las decisiones del Tribunal Especial. [...] Por lo tanto, habida cuenta de las circunstancias: el Comité recomendaría que las leyes antiterroristas, que al parecer son necesarias para combatir el terrorismo, se ajusten plenamente a lo dispuesto en los artículos 9 y 14 del Pacto.¹²⁵ Respecto de India, el Comité de Derechos Humanos observó “con preocupación que, aunque ya no está en vigor la Ley (de prevención) de actividades terroristas y disturbios, 1.600 personas siguen detenidas en virtud de sus disposiciones. Por consiguiente, el Comité recomienda que se tomen medidas para velar por el pronto enjuiciamiento de esas personas o para su puesta en libertad. Le preocupa también que existan propuestas de leyes para que se introduzcan de nuevo algunas partes de esa Ley y que ello pueda conducir a nuevas violaciones del Pacto.”¹²⁶

Al tomar nota de que en Israel la separación de los presos supone un aislamiento considerable y puede durar largos períodos de tiempo, el Comité de Derechos Humanos recordó su “Observación general N° 20 (44) en la cual estimó que la incomunicación prolongada de una persona detenida o presa puede violar el artículo 7. El Comité recomienda que se procure evitar la incomunicación prolongada junto con la separación de los presos.” El Comité afirmó que seguía preocupado porque “sigue siendo posible mante-

125 “Observaciones y recomendaciones del Comité de Derechos Humanos- Francia”, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.80, del 4 de agosto de 1997, párrafo 23.

126 “Observaciones y recomendaciones del Comité de Derechos Humanos- India”, documento de las Naciones Unidas, CCPR/C/79/Add.81, del 4 agosto de 1997, párrafo 25.

ner detenidas a las personas durante períodos largos y aparentemente indefinidos sin que pasen a disposición judicial. También expresa su preocupación porque los palestinos detenidos por las autoridades militares israelíes en los territorios ocupados no tienen los mismos derechos a la revisión judicial que las personas detenidas en Israel según la legislación ordinaria. Preocupa en particular al Comité que al menos algunas de las personas en detención administrativa por razones de seguridad del Estado [...] no amenazan personalmente la seguridad del Estado, sino que se les mantiene como “rehenes” para promover negociaciones con otras partes sobre la puesta en libertad de soldados israelíes detenidos o la entrega de cuerpos de soldados fallecidos. El Comité considera que la aplicación actual de la detención administrativa es incompatible con los artículos 7 y 16 del Pacto, ninguno de los cuales se puede suspender durante las emergencias públicas. El Comité toma debida nota de que Israel ha restringido los derechos que se desprenden del artículo 9 del Pacto. Sin embargo, el Comité insiste en que un Estado Parte no puede apartarse del requisito de una revisión judicial efectiva de la detención. El Comité recomienda que se tomen medidas para que la aplicación de la detención corresponda estrictamente al Pacto y que la revisión judicial efectiva se vuelva obligatoria.”¹²⁷

En sus observaciones al Perú, el Comité de Derechos Humanos recordó que “deben tomarse medidas urgentes para limitar estrictamente la detención en régimen de confinamiento solitario. Deben incluirse disposiciones en el Código Penal para tipificar como delito los actos cometidos con el fin de infligir dolor, independientemente de que estos actos provoquen lesiones permanentes. La duración de la detención preventiva debe ser razonable,

127 “Observaciones y recomendaciones del Comité de Derechos Humanos- Israel”, documento de las Naciones Unidas, CCPR/C/79/Add.93, 18 de agosto de 1998, párrafos 20 y 21.

128 “Observaciones y recomendaciones del Comité de Derechos Humanos- Perú”, documento de las Naciones Unidas, CCPR/C/79/Add.67, del 25 de julio de 1996, párrafos 23 y 24.

y cualquier persona detenida debe ser puesta rápidamente a disposición judicial.”¹²⁸

Respecto de las detenciones prolongadas, el Comité de Derechos Humanos consideró que “son excesivos los poderes que se ostentan en virtud de las disposiciones [del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte] que permiten violaciones de las libertades civiles, como son los prolongados períodos de detención sin cargos o sin acceso a un abogado, la penetración en la propiedad privada sin mandato judicial [...]”¹²⁹ Igualmente, el Comité tomó “nota con preocupación de que, en virtud de la Ley de prevención del terrorismo de 2000, los sospechosos pueden permanecer detenidos durante 48 horas sin acceso a un abogado cuando la policía sospeche que ese acceso pudiera resultar, por ejemplo, en la desvirtuación de pruebas o servir para alertar a otro sospechoso. En especial, en circunstancias en que no se ha recurrido a estas facultades durante varios años en Inglaterra y Gales, cuando se dude de su compatibilidad, entre otras cosas, con los artículos 9 y 14 y cuando, además existen medios menos intrusivos para lograr los mismos fines, el Comité opina que el Estado Parte no ha justificado estas facultades. El Estado Parte debería revisar estas facultades a la luz de las opiniones del Comité.”¹³⁰

En una decisión sobre el caso de una persona juzgada y condenada por actos de terrorismo en el Perú, El Comité de Derechos Humanos consideró que las circunstancias de que “no se le permitiera escribir a nadie ni hablar con nadie, prohibición que lleva implícita la imposibilidad de entrevistarse con un asesor jurídico,” y que estuviera reclusa “23 horas y media diarias

129 “Observaciones y recomendaciones del Comité de Derechos Humanos - Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte” documento de las Naciones Unidas, A/50/40, del 3 de octubre de 1995, párrafo 418.

130 “Observaciones y recomendaciones del Comité de Derechos Humanos - Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte”, documento de las Naciones Unidas CCPR/CO/73/UK,CCPR/CO/73/UKOT, del 5 de noviembre de 2001, párrafo 19.

131 Decisión del 6 noviembre de 1997, Comunicación N° 577/1994, *Caso Víctor Alfredo Polay Campos c. Perú*, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/61/D/577/1994, del 9 enero de 1998, párrafo 8.4.

132 *Ibid.*, párrafo 8.6.

en una celda sin iluminación y a temperaturas cercanas al punto de congelación” constituían una violación del párrafo 1 del artículo 10 del Pacto.¹³¹ En el mismo caso, el Comité consideró que “el aislamiento total [al que fue sometido el detenido] durante un período de un año, al igual que las restricciones impuestas a la correspondencia entre él y su familia, constituyen un tratamiento inhumano en el sentido del artículo 7, y son incompatibles con las reglas del tratamiento humano exigido bajo el párrafo 1 del artículo 10 del Pacto.”¹³²

La Corte Europea de Derechos Humanos afirmó, respecto de dos casos relacionados con personas sospechosas de terrorismo, que las medidas privativas de la libertad están justificadas únicamente cuando se aplican para llevar ante las autoridades judiciales competentes a la personas detenidas, trátase de personas sospechosas de haber cometido un delito o de sospechosas de cometerlo en el futuro.¹³³ Más recientemente, la Corte precisó que para que una detención sea compatible con el artículo 5 (1) de la *Convención Europea de Derechos Humanos*, se requiere suficientes indicios objetivos para hacer plausible la sospecha sobre la persona detenida. La Corte resaltó que aunque el delito de terrorismo conduzca a cierta vaguedad en la interpretación de la noción de “plausibilidad”, ello no podría “justificar el que se extienda [esta noción] al punto de vulnerar la sustancia de la garantía asegurada” por dicho artículo¹³⁴.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha recordado, en varias oportunidades, que “nadie puede ser privado de la libertad personal sino por las causas, casos y circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos definidos

133 Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia del 1° de julio de 1961, *Caso Lawless (Fond)*, Serie A No. 3 párrafo 14; y sentencia del 18 de enero de 1978, Serie A N° 25, *Irlanda c. Reino Unido*.

134 Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia del 30 de agosto de 1990, *Caso Fox y otros c. Reino Unido*, Serie A No 182, párrafo 32.

135 Sentencia de 21 de enero de 1994, caso *Gangaram Panday*, in Serie C, N° 16, párrafo 47. Ver también la Sentencia de 12 de noviembre de 1997, caso *Suaréz Rosero*, in Serie C, N° 35, párrafo 43.

por la misma (aspecto formal).”¹³⁵

En materia de detención administrativa, es importante destacar la Observación General N° 8 del Comité de Derechos Humanos. El Comité precisó que “Incluso en los casos en que se practique la detención por razones de seguridad pública ésta debe regirse por las mismas disposiciones, es decir, no debe ser arbitraria, debe obedecer a las causas fijadas por la ley y efectuarse con arreglo al procedimiento establecido en la ley (párr. 1), debe informarse a la persona de las razones de la detención (párr. 2) y debe ponerse a su disposición el derecho a recurrir ante un tribunal (párr. 4), así como a exigir una reparación en caso de que haya habido quebrantamiento del derecho (párr. 5). Si, por añadidura, en dichos casos se formulan acusaciones penales, debe otorgarse la plena protección establecida en los párrafos 2 y 3 del artículo 9, así como en el artículo 14.”¹³⁶

La Corte Europea de Derechos Humanos, siempre ha insistido en la necesidad de que las medidas de detención administrativa tomadas contra personas sospechosas de actividades terroristas, tomadas en el ejercicio del derecho de derogación ex artículo 15 de la *Convención Europea de Derechos Humanos*, estén acompañadas de un mínimo de garantías suficientes contra la arbitrariedad. En el caso *Lawless*, al determinar que la detención sin comparecencia ante un juez, tal y como está previsto por la ley de excepción irlandesa era una medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación de excepción existente en el país, la Corte tuvo en cuenta el hecho según el cual esta ley “incorporaba una serie de garantías que apuntaban a evitar abusos en la puesta en marcha del régimen de detención administrativa” (por ejemplo, control por el Parlamento; posibilidad de someter un caso a una “Comisión de detención” competente para pronunciar la libe-

136 “Observación General N° 8 - El derecho a la libertad y a la seguridad personales (Artículo 9)”, párrafo 4.

137 Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia del 1° de julio de 1961, *Caso Lawless (Fond)*, Serie A No. 3, párrafo 37.

138 Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia del 18 de enero de 1978, Serie A No. 25, *Irlanda c. Reino Unido*, párrafo.218.

ración de la persona interesada; liberación si el detenido se compromete a respetar la Constitución y la ley).¹³⁷ En el caso *Irlanda c. Reino Unido*, la Corte constató que, en la adopción de medidas de privación “extrajudicial” de la libertad, el Gobierno británico había preservado un mínimo de garantías para evitar todo abuso por parte de las autoridades ejecutivas.¹³⁸ Es de anotar en ese caso, el Gobierno británico argumentó ante la Comisión Europea de Derechos Humanos que la detención arbitraria era necesaria en el caso en litigio, ya que la situación en Irlanda del Norte impedía juzgar y condenar a los autores de actos terroristas por una corte que brindara las garantías de un proceso justo.¹³⁹ La Comisión retomó este punto al enumerar las razones que, directa e indirectamente estaban relacionadas con la situación de Irlanda del Norte, justificaban una derogación del artículo 5 de la *Convención Europea de Derechos Humanos* y al referirse a la adopción de medidas extrajudiciales como alternativa frente a las posibilidades de modificar los procedimientos penales en tiempos de excepción.¹⁴⁰ Igualmente, la existencia de garantías reales contra el abuso y las detenciones en secreto, fue considerada por la Corte en el caso *Brannigan* como un elemento que contribuía a determinar la licitud de la medida de derogación adoptada por el Gobierno británico.¹⁴¹ Por el contrario, en el caso *Aksoy*, la Corte concluyó que el arresto y la detención del peticionario durante 14 días sin intervención de un juez, en virtud de la legislación antiterrorista turca, no constituían medidas exigidas por la situación de peligro público que amenaza la vida de la Nación, creada por los actos terroristas del PKK en el sudeste de Turquía. Esta conclusión fue justificada *inter alia* por el hecho de que el peticionario no había tenido las suficientes garantías contra los abusos. La Corte destacó, entre otros, “la denegación de acceso a un abo-

139 Comisión Europea de Derechos Humanos, caso *Irlanda c. Reino Unido*, Informe de 25 de enero de 1976, página 59.

140 Ibid, párrafo 101.

141 Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia del 26 de mayo de 1993, Serie A No.258-B, Caso *Brannigan y McBride c. Reino Unido*, párrafos 61-65.

142 Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia del 18 de diciembre de 1996, Caso *Aksoy c. Turquía*, párrafo 83. (original en francés, traducción libre)

143 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Diez años de actividades, 1971-1981, Organización de los Estados Americanos, Washington, 1982, página 319.

gado, un médico, un familiar o a un amigo y la ausencia de toda posibilidad realista de disponer de un recurso para contestar la legalidad de su detención ante un tribunal, quedando así a la merced de sus guardianes”.¹⁴²

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por su lado, precisó que “sostener el Poder Ejecutivo puede prolongar indefinidamente la detención de una persona, sin someterla a proceso legal, implicaría convertirlo en Poder Judicial y terminar así con la separación de los Poderes Públicos que es una característica del sistema democrático”.¹⁴³ La Comisión recordó que “no se conocen normas del orden jurídico internacional que justifiquen la detención prolongada, invocando las facultades del estado de situación, y menos aún, para mantener en prisión a las personas sin que se les formulen cargos por presuntas violaciones a leyes de seguridad nacional o de otro tipo y sin que tengan derecho a ejercer las garantías del debido proceso regular”.¹⁴⁴

Igualmente, el Comité contra la Tortura abordó este problema.¹⁴⁵ Frente a “la prohibición de los consejos en Irlanda del Norte a asistir a los interrogatorios cuando se trata de delitos ligados al terrorismo”, el Comité contra la Tortura recomendó al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte la “ampliación de los interrogatorios grabados a todos los casos, y no sólo a los que no se refieren a actividades relacionadas con el terrorismo y, en todo caso, autorización a los abogados para que estén presentes en los interrogatorios en todos los casos”.¹⁴⁶

4. Hábeas Corpus

Una de las prácticas más frecuentes en materia de lucha contra el terro-

144 *Ibid.*, página 320.

145 *Ver*, en particular, las “Observación y recomendaciones del Comité de Derechos Humanos - Sri Lanka”, documento de las Naciones Unidas A/53/44, párrafos 243-257, 19 de mayo de 1998.

146 Documento de las Naciones Unidas, A/51/44, párrafos 58-65 , 9 de julio de 1996, párrafo 65.e.

rismo es la de limitar o de suspender el derecho a un recurso en materia de privación de libertad, particularmente *Hábeas Corpus*. Aunque el derecho a un recurso con respecto a las privaciones de libertad, como el *Hábeas Corpus*, no esté incluido, explícitamente, en la lista de derechos intangibles del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, el Comité de Derechos Humanos en su Observación General N.29, sobre los Estados de urgencia (art. 4 del Pacto), consideró que:

“El párrafo 3 del artículo 2 del Pacto exige a los Estados Partes en el Pacto que proporcionen recursos para cualquier violación de las disposiciones del Pacto. Aunque esta cláusula no se mencione entre las disposiciones que no pueden ser objeto de suspensión enumeradas en el párrafo 2 del artículo 4, constituye una obligación inherente del Pacto en su conjunto. Incluso si los Estados Partes pueden, durante un estado de excepción y en la estricta medida que la situación exige, introducir ajustes en el funcionamiento práctico de los procedimientos relativos a los recursos judiciales o de otra índole, deben conformarse a la obligación fundamental de garantizar un recurso efectivo, en virtud del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto. [...] A juicio del Comité, dichos principios y la disposición sobre recursos efectivos exigen que los principios fundamentales del derecho a un juicio imparcial se respeten durante un estado de excepción. Sólo un tribunal de derecho puede enjuiciar y condenar a una persona por un delito, y se debe respetar la presunción de inocencia. Con el objeto de proteger los derechos que no pueden ser objeto de suspensión, se sigue de este mismo principio que el derecho de acceso a los tribu-

147 Documentos de las Naciones Unidas CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 de agosto de 2001, párrafos 14 y 16.

148 Ver el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (principio 32); y la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (artículo 9).

nales, para que éstos decidan sin demora sobre la legalidad de cualquier clase de detención, no debe ser afectado por la decisión del Estado Parte de suspender ciertas garantías del Pacto.”¹⁴⁷

De la misma forma, el carácter inderogable del *Hábeas corpus* es reconocido en diversas normas internacionales de carácter declarativas.¹⁴⁸ La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su Resolución 1992/35, “*Hábeas corpus*”, exhortó a los Estados a mantener el recurso de *Hábeas corpus* incluso durante el estado de excepción. La Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que los recursos judiciales para proteger los derechos intangibles, como el *Hábeas corpus*, son inderogables.¹⁴⁹

En sus observaciones sobre países, el Comité de Derechos Humanos abordó los problemas relativos a las limitaciones, e incluso la suspensión, del *Hábeas corpus* o de recursos similares. Así por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos expresó su preocupación por el hecho de “que la detención por tiempo indeterminado que puede ordenar el secretario del Ministro de Defensa viole el Pacto, en particular, cuando dicha detención sólo puede ser impugnada un año después de producirse. Ante esta situación, al Comité le sigue preocupando la eficacia del recurso de *hábeas corpus* respecto de las personas detenidas en virtud de la Ley de prevención del terrorismo.”¹⁵⁰

La Corte Europea de Derechos humanos, en el caso *Brannigan*, consideró que la ampliación provisional de la duración de la detención administrativa, decidida por el gobierno británico, no afectaba el derecho de los peticionarios (dos individuos sospechosos de pertenecer al I.R.A.) a disponer de un recurso de *Hábeas corpus*. La Corte consideró que el recurso de

149 Opiniones Consultivas OC-8/87 “*El hábeas corpus bajo Suspensión de Garantías*” del 30 de enero de 1987, y OC- 9/87, “*Garantías judiciales en Estados de Emergencia*”, del 6 de octubre de 1987.

150 “Observaciones y recomendaciones del Comité de Derechos Humanos - Sri Lanka”, documento de las Naciones Unidas, A/50/40, del 3 de octubre de 1995, párrafo 452.

151 Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia del 26 de mayo de 1993, Caso *Brannigan*...., doc. cit., párrafo 62.

Hábeas corpus era una garantía fundamental contra los abusos.¹⁵¹

5. El derecho a un tribunal independiente e imparcial

Una práctica frecuente de los Estados, es la someter los presuntos autores de actos de terrorismo a jurisdicciones de excepción o a tribunales militares. Los *Principios relativos a la independencia de la magistratura* hacen referencia al principio del “juez natural”: “Toda persona tiene el derecho de ser juzgado por las jurisdicciones ordinarias de conformidad con los procedimientos legales establecidos”.¹⁵² La Comisión de Derechos Humanos en su Resolución 1989/32, recomendó a los Estados tener en cuenta los principios consignados en el Proyecto de *Declaración sobre la Independencia de la Justicia*, que en su artículo 5 estipula que:

“(b) no se establecerán tribunales de excepción de ninguna clase para sustituir la jurisdicción que corresponda debidamente a los tribunales; [...]

(e) en situaciones excepcionales, el Estado velará por que los civiles acusados de un delito sean juzgados por tribunales civiles ordinarios”

Igualmente, el Comité de Derechos Humanos precisó que incluso en tiempos de guerra o en estado de urgencia:

“ Sólo un tribunal de derecho puede enjuiciar y condenar a una persona por un delito”¹⁵³

En lo que concierne a las jurisdicciones penales militares, en varias oportunidades, el Comité de Derechos Humanos recomendó la modificación de las legislaciones para que los civiles sean juzgados únicamente por

152 Principio 5.

153 Documento de las Naciones Unidas, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, del 31 de agosto de 2001, párrafo 16.

tribunales civiles y no por tribunales militares. Es así como el Comité de Derechos Humanos formuló observaciones respecto de diversos Estados. Así, el Comité de Derechos Humanos expresó “su preocupación por la amplitud de la jurisdicción de los tribunales militares del Líbano, en particular su extensión a cuestiones que van más allá de las disciplinarias, y su aplicación a los civiles. Al Comité le preocupan también los procedimientos empleados por esos tribunales militares, así como la falta de supervisión de los procedimientos y fallos de los tribunales militares por parte de los tribunales ordinarios. [El Comité recomendó al Estado Parte] revisar la jurisdicción de los tribunales militares y traspasar a los tribunales ordinarios la competencia de los tribunales militares en todas las causas relativas a civiles y todos los casos de violación de los derechos humanos por miembros del ejército.”¹⁵⁴ El Comité de Derechos Humanos expresó su profunda preocupación “por los Decretos-ley 25.475 y 25.659 [del Perú], que obstaculizan seriamente la protección de los derechos enunciados en el Pacto en el caso de las personas acusadas de terrorismo y en muchos aspectos contravienen las disposiciones del artículo 14 del Pacto. [...] Con arreglo al Decreto-ley 25.659, los casos de traición a la patria son juzgados por tribunales militares, independientemente de que el acusado sea un civil o un miembro de las fuerzas militares o de seguridad. A este respecto, el Comité expresa su profunda preocupación por los hechos de que las personas acusadas de traición a la patria sean juzgadas por la misma fuerza militar que las ha detenido y acusado, que los miembros de los tribunales militares sean oficiales en servicio activo, que la mayoría de ellos no posea ninguna formación jurídica y, además, que no exista ninguna norma sobre la revisión de la condena por un tribunal superior. Estas insuficiencias suscitan serias dudas sobre la independencia e imparcialidad de los jueces de los tribunales militares. El Comité subraya que los procesos contra civiles deben llevarse a cabo en tri-

154 “Observaciones y recomendaciones del Comité de Derechos Humanos - Líbano”, documento de las Naciones Unidas, CCPR/C/79/Add.78, párr.14.

155 “Observaciones y recomendaciones del Comité de Derechos Humanos - Perú”, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.67, del 25 de julio de 1996.

156 “Observaciones y recomendaciones del Comité de Derechos Humanos - Eslovaquia”, documento de las Naciones Unidas, CCPR/C/79/Add.79, párrafo 20.

bunales civiles, integrados por jueces independientes e imparciales.”¹⁵⁵ Respecto de Eslovaquia, el Comité constató “con inquietud que en determinados casos los tribunales militares pueden juzgar a civiles, en particular en los casos relacionados con la divulgación de los secretos de Estado, el espionaje y la seguridad estatal. Por consiguiente, el Comité recomienda que se modifique el Código Penal con el fin de prohibir el enjuiciamiento de civiles por tribunales militares en cualquier circunstancia.”¹⁵⁶ Igualmente, el Comité tomó nota “con preocupación de que los tribunales militares [en Uzbequistán] tienen una jurisdicción muy amplia. Esta jurisdicción no se limita a las causas penales que afectan a miembros de las fuerzas armadas, sino que también abarca las causas civiles y penales cuando, a juicio del ejecutivo, las circunstancias excepcionales que rodean a un caso determinado no permiten la intervención de los tribunales de jurisdicción general. El Comité observa que el Estado Parte no ha proporcionado más información sobre la definición de las “circunstancias excepcionales” y le preocupa que estos tribunales tengan competencia para ocuparse de causas civiles y penales que afectan a personas que no son militares, en contravención de los artículos 14 y 26 del Pacto. [El Comité recomendó al Estado Parte] adoptar las medidas legislativas necesarias para limitar la jurisdicción de los tribunales militares a los juicios de miembros de las fuerzas armadas acusados de delitos militares.”¹⁵⁷ En sus observaciones a Siria¹⁵⁸ y a Kuwait¹⁵⁹, el Comité consideró que el procesamiento de civiles por tribunales militares era incompatible con el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El Relator Especial sobre la independencia de jueces y abogados en su informe acerca de su misión al Perú, consideró que:

157 “Observaciones y recomendaciones del Comité de Derechos Humanos - Uzbequistán”, documento de las Naciones Unidas CCPR/CO/71/UZB, del 26 de abril de 2001, párrafo 15.

158 “Observaciones y recomendaciones del Comité de Derechos Humanos - Siria”, documento de las Naciones Unidas CCPR/CO/71/SYR, párrafo 17.

159 “Observaciones y recomendaciones del Comité de Derechos Humanos - Kuwait”, documento de las Naciones Unidas CCPR/CO/71/KWT, párrafo 10.

160 Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/1998/39/Add.1, párrafo 78.

“En lo que respecta a la utilización de tribunales militares para juzgar a civiles, en el derecho internacional está apareciendo un consenso sobre la necesidad de restringir radicalmente, o incluso prohibir, esa práctica”.¹⁶⁰

El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, de las Naciones Unidas, estimó “que de subsistir alguna forma de justicia militar, debería en todo caso respetar cuatro límites: a) debería declararse incompetente para juzgar a civiles; b) debería declararse incompetente para juzgar a militares, si entre las víctimas hay civiles; c) debería declararse incompetente para juzgar a civiles y a militares en los casos de rebelión, sedición o cualquier delito que ponga o pueda poner en peligro un régimen democrático; d) no estaría en ningún caso autorizado a imponer la pena de muerte.”¹⁶¹

En lo referente al caso *Incal c. Turquía*, la Corte Europea de Derechos Humanos, consideró que la presencia de un juez militar en el Tribunal de Seguridad del Estado contravenía los principios de independencia y de imparcialidad, condiciones inherentes al debido proceso.¹⁶² En el caso *Findlay*, la Corte consideró que la corte marcial que había juzgado al peticionario no era ni independiente ni imparcial toda vez que sus miembros estaban subordinados al oficial que ejercía la función de fiscal, y este último podía modificar la sentencia impuesta.¹⁶³

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en un caso en el que un

161 Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, E/CN.4/1999/63, del 18 de diciembre de 1998, párrafo 80.

162 Citado en la Opinión No 35/1999 (Turquía), del Grupo de Trabajo sobre la detención arbitraria, *caso Abdullah Öcalan*, del 2 de diciembre de 1999, en documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2001/14/Add.1, del 9 de noviembre de 2000.

163 Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia del 25 de febrero de 1997, *Caso Findlay c. Reino Unido*, párrafos 74 a 77.

164 Sentencia del 30 de mayo de 1999, *Caso Castillo Petruzzi et all c. Perú*, Igualmente, ver sentencia del 17 septiembre de 1997, *Caso Loaya Tamayo c. Pérou*, Serie C, No. 33, párrafo 61.

165 Citado en documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1992/Add.2, pág. 103.

166 Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, documento de la Organización de los Estados Americanos, OEA/Sr.L/V/II.88, doc. 9, rev., 1995.

tribunal militar juzgaba a civiles por actos de terrorismo, consideró que el juzgamiento de civiles por un tribunal militar violaba el derecho a un proceso justo, así como el principio “del juez natural”.¹⁶⁴ La Comisión Interamericana siempre ha considerado que los tribunales militares no reúnen las condiciones de independencia y de imparcialidad exigidas por la Convención y la Declaración americanas.¹⁶⁵ Según la Comisión Interamericana, un Tribunal militar especial no constituye un tribunal independiente e imparcial, toda vez que esta subordinado al Ministerio de Defensa, o sea al Poder Ejecutivo.¹⁶⁶ De igual forma, la Comisión Interamericana consideró que el juzgamiento de civiles, y en especial aquellos relacionados con delitos políticos, por tribunales militares violaban el derecho a un tribunal independiente e imparcial.¹⁶⁷ Recientemente, en su Resolución “Terrorismo y Derechos Humanos”, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aseveró:

“La doctrina de la CIDH ha sido que tribunales militares no pueden juzgar civiles, salvo ante la inexistencia material de cortes civiles, cuando tal juzgamiento es de hecho imposible. Incluso y en tal caso, la CIDH ha señalado que el juzgamiento debe reconocer las garantías mínimas establecidas en el derecho internacional, que incluyen la no discriminación entre ciudadanos y quienes se encuentren bajo la jurisdicción de un Estado, juez independiente, derecho de defensa, libre elección, y acceso a las pruebas y posibilidad de contradecirlas.”¹⁶⁸

Respecto de las jurisdicciones de excepción, el Comité de Derechos Humanos precisó que éstas deben estar en conformidad con las disposicio-

167 *Ver Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Nicaragua*, citado en documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1992/Add.2, pág.103; *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II.53, doc. 22; e *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile*, OEA/Ser.L/V/II.17.

168 Resolución “Terrorismo y Derechos Humanos”, del 12 de diciembre de 2001.

169 “Observación general N° 13, Igualdad ante los tribunales y derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por la ley (Artículo 14)”, párrafo 4.

170 *Ibidem*.

nes del artículo 14 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.¹⁶⁹ Sin embargo, el Comité de Derechos Humanos señaló que “a menudo, la razón por la que se constituyen estos tribunales es para permitir la aplicación de aquéllas que no están amparadas por las normas ordinarias de la justicia”.¹⁷⁰ Así, el Comité de Derechos Humanos precisó que “la Ley [irlandesa] constitutiva del Tribunal Penal Especial no se especifican claramente los asuntos que han de someterse al Tribunal, sino que ello corresponde a la Fiscalía del Estado (Director of Public Prosecutions (DPP)), la cual tiene amplias facultades discrecionales al respecto. [...] La aplicación de la referida ley plantea problemas de compatibilidad con el artículo 9 y el apartado g) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto. [...] Deberían adoptarse las medidas necesarias para poner término a la jurisdicción del Tribunal Penal Especial y adaptar todos los procedimientos penales a lo dispuesto en los artículos 9 y 14 del Pacto”.¹⁷¹

6. Las garantías judiciales

En la represión de delitos, incluidos los actos de terrorismo, las normas internacionales relativas a las garantías judiciales y a la administración de justicia¹⁷² deben ser observadas estrictamente. Si algunas limitaciones son admitidas (como las audiencias no públicas), éstas no pueden sustraerse del marco prescrito por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General N. 29, relativa a los Estados de urgencia (art.4 del Pacto) consideró que:

“Los Estados Partes no pueden en ningún caso invocar el artí-

171 “Observaciones y recomendaciones del Comité de Derechos Humanos - Irlanda”, documento de las Naciones Unidas, A/55/40, del 24 de julio de 2000, párrafos 436 y 437.

172 Particularmente: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2, 4, 14 y 15); la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 37); la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 15); las Directrices sobre la Función de los Fiscales; y los Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura.

173 Documento de las Naciones Unidas CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, del 31 de agosto de 2001, párrafo 11.

culo 4 del Pacto como justificación de actos que violan el derecho humanitario o normas imperativas de derecho internacional, por ejemplo [...] la inobservancia de los principios fundamentales de juicio imparcial, en particular la presunción de inocencia.”¹⁷³

Así, el Comité de Derechos Humanos precisó:

“Las garantías relacionadas con la institución de la suspensión, según se definen en el artículo 4 del Pacto, se basan en los principios de legalidad y del Estado de derecho inherentes al Pacto en su conjunto. Como ciertos elementos del derecho a un juicio imparcial están explícitamente garantizados por el derecho humanitario internacional en tiempo de conflicto armado, el Comité no encuentra ninguna justificación para suspender dichas garantías durante cualquier otra situación de excepción. [...] se debe respetar la presunción de inocencia. Con el objeto de proteger los derechos que no pueden ser objeto de suspensión, se sigue de este mismo principio que el derecho de acceso a los tribunales, para que éstos decidan sin demora sobre la legalidad de cualquier clase de detención, no debe ser afectado por la decisión del Estado Parte de suspender ciertas garantías del Pacto.”¹⁷⁴

En sus observaciones de países, el Comité de Derechos Humanos abordó el tema de la compatibilidad de medidas “antiterroristas” que imponen restricciones en materia de garantías judiciales. Así, el Comité expresó “preocupación por el constante mantenimiento en vigor de una legislación

174 Documento de las Naciones Unidas CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, del 31 agosto de 2001, párrafo 16.

175 “Observaciones y recomendaciones del Comité de Derechos Humanos - España”, documento de las Naciones Unidas, CCPR/C/79/Add.61, del 3 de abril de 1996, párrafos 12 y 18.

especial en virtud de la cual los sospechosos de pertenecer a grupos armados o de colaborar con ellos, pueden ser detenidos en régimen de incomunicación por períodos de hasta cinco días, no tienen derecho a designar su propio abogado y son juzgados por la Audiencia Nacional sin tener la posibilidad de presentar recurso. [El Comité puso] de relieve que esas disposiciones no se ajustan a los artículos 9 y 14 del Pacto. [El Comité recomendó] la abrogación de las disposiciones legislativas que establecen que las personas acusadas de actos terroristas, o los sospechosos de colaborar con ellas, no pueden designar abogado.”¹⁷⁵

Igualmente, el Comité expresó su preocupación de “que sigan aplicándose las leyes antiterroristas de 2 de septiembre de 1986 y de 16 de diciembre de 1992 [en Francia], que disponen la existencia de un tribunal central, con fiscales que poseen facultades especiales para dictar órdenes de detención, registro y permanencia bajo custodia de la policía por un máximo de cuatro días (el doble de la duración ordinaria), y conforme a las cuales el acusado no tiene los mismos derechos con respecto a la determinación de la culpa que en los tribunales ordinarios. [el Comité también manifestó su preocupación por el hecho de] que el acusado no tenga derecho a ponerse en contacto con un abogado durante las primeras 72 horas de su permanencia bajo custodia de la policía. Al Comité le preocupa que no esté previsto ningún procedimiento de recurso contra las decisiones del Tribunal Especial. [El Comité recomendó] que las leyes antiterroristas, que al parecer son necesarias para combatir el terrorismo, se ajusten plenamente a lo dispuesto en los artículos 9 y 14 del Pacto.”¹⁷⁶

Respecto de Colombia, el Comité de Derechos Humanos expresó su preocupación “porque integrantes de las fuerzas militares y de seguridad u otras

176 “Observaciones y recomendaciones del Comité de Derechos Humanos - Francia”, documento de las Naciones Unidas, CCPR/C/79/Add.80, del 4 de agosto de 1997, párrafo 23.

177 “Observaciones y recomendaciones del Comité de Derechos Humanos - Colombia”, documento de las Naciones Unidas, CCPR/C/79/Add.76, del 3 de mayo de 1997, párrafo 19.

fuerzas supuestamente siguen ejerciendo poderes especiales sobre la población y las autoridades civiles, incluidas las autoridades judiciales, poderes que se les otorgaron mediante el establecimiento de las zonas especiales de orden público por decretos que ya no están en vigor. El Comité está especialmente preocupado por el hecho de que los militares ejerzan las funciones de investigación, arresto, detención e interrogatorio.”¹⁷⁷ Respecto de Irlanda, el Comité expresó su preocupación por el hecho de que siguiera “en vigor la Ley de delitos contra el Estado, que haya aumentado la duración de la detención sin formulación de cargos al amparo de esta ley, que se pueda detener a una persona por la simple sospecha de que esté a punto de cometer un delito y que la mayoría de las personas detenidas nunca lleguen a ser acusadas de la comisión de algún delito. También inquieta que, en determinadas circunstancias reguladas por la citada ley, el hecho de no contestar a las preguntas que se hagan al detenido pueda considerarse una prueba de pertenencia a una organización proscrita. La aplicación de la referida ley plantea problemas de compatibilidad con el artículo 9 y el apartado g) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto. El Comité lamenta que no se pueda prestar asistencia letrada ni asesoramiento a las personas detenidas hasta que no se hayan formulado cargos contra ellas. [El Comité recomendó que se tomaran] las medidas necesarias para poner término a la jurisdicción del Tribunal Penal Especial y adaptar todos los procedimientos penales a lo dispuesto en los artículos 9 y 14 del Pacto.”¹⁷⁸ El Comité consideró “son excesivos los poderes que se ostentan en virtud de las disposiciones [del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte] que permiten violaciones de las libertades civiles, como son los prolongados períodos de detención sin cargos o sin acceso a un abogado, la penetración en la propiedad privada sin mandato judicial, la imposición de órdenes de no admisión dentro del Reino Unido, etc..[...].”¹⁷⁹ Igualmente, el Comité tomó nota “con preocupación de que las disposiciones de la Ley de justicia penal y orden público de 1994, que pro-

178 “Observaciones y recomendaciones del Comité de Derechos Humanos - Irlanda”, documento de las Naciones Unidas, A/55/40, del 24 de julio de 2000, párrafos 436 y 437.

179 Documento de las Naciones Unidas A/50/40, de 3 de octubre de 1995, párrafo 418.

180 *Ibid.*, párrafo 424.

rrogaba la legislación inicialmente aplicable en Irlanda del Norte, mediante la cual pueden extraerse conclusiones del silencio de personas acusadas de delitos, viola diversas disposiciones del artículo 14 del Pacto, pese a la serie de salvaguardias incorporadas a la legislación y a los reglamentos adoptados al respecto.”¹⁸⁰

En lo que respecta a los interrogatorios durante la detención, El Comité de Derechos Humanos expresó su preocupación por que en virtud de las directrices existentes en Israel, en los interrogatorios de personas sospechosas de terrorismo “los servicios de seguridad pueden recibir atribuciones para utilizar “presión física moderada” a fin de obtener información que se considera crucial para la protección de la vida. El Comité lamenta que siga siendo secreta la parte del informe de la llamada Comisión Landau donde se enumeran y describen los métodos autorizados de ejercer presión. El Comité toma nota de que la delegación del Estado Parte ha reconocido que los métodos consistentes en esposar, cubrir la cabeza con una capucha, sacudir violentamente y privar del sueño a los detenidos han sido y siguen siendo utilizados como formas de interrogatorio, tanto por separado como en combinación. El Comité estima que las directrices se prestan a abusos y que la utilización de los métodos descritos constituiría una violación del artículo 7 del Pacto en cualquier circunstancia. El Comité insiste en que el artículo 7 del Pacto es una prohibición de la tortura y de todas las formas de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes imposible de suspender. El Comité insta al Estado Parte a que deje de utilizar los métodos mencionados. Si se promulgan leyes con el fin de autorizar técnicas de interrogatorio, éstas deben prohibir explícitamente todas las formas de trato que proscriben el artículo 7.”¹⁸¹

Una práctica bastante frecuente es la institucionalizar procedimientos

181 “Observaciones y recomendaciones del Comité de Derechos Humanos - Israel”, documento de las Naciones Unidas, CCPR/C/79/Add.93, del 18 de agosto de 1998., párrafo 19.

182 “Observaciones y recomendaciones del Comité de Derechos Humanos - Colombia”, documento de las Naciones Unidas, CCPR/C/79/Add.76, del 3 de mayo de 1997, párrafo 21.

judiciales que admiten el anonimato de los testigos, el carácter secreto de las pruebas y, a veces, el anonimato de los jueces, y de los fiscales y auxiliares de justicia. El Comité de Derechos Humanos consideró que “el sistema judicial [colombiano], que permite la existencia de jueces sin rostro y de testigos anónimos, no está en consonancia con el artículo 14 del Pacto, y en particular los apartados b) y e) del párrafo 3, ni con la Observación General 13 (21) del Comité.”¹⁸² Asimismo, el Comité consideró que en el Perú el Decreto-ley 25.475 “establece un sistema de juicio por “jueces sin rostro”, en que los acusados no saben quién es el juez que los está juzgando y se ven denegado el derecho a un juicio público, lo que constituye un serio impedimento, de derecho y de hecho, para que los acusados preparen su defensa y puedan comunicarse con sus abogados. [El Comité instó] en particular a que se suprima el sistema de “jueces sin rostro”, y a que se restablezcan inmediatamente los juicios públicos de todos los acusados, incluidos los acusados de actividades relacionadas con el terrorismo. El Gobierno del Perú debe garantizar que todos los juicios se lleven a cabo respetando plenamente las garantías de un juicio justo previstas en el artículo 14, incluido en particular el derecho del detenido a comunicarse con un abogado y el derecho a disponer de tiempo y facilidades para preparar su defensa, así como el derecho a la revisión de la condena.”¹⁸³

El Comité de Derechos Humanos, en la decisión sobre el caso de una persona juzgada y condenada por hechos de terrorismo por un tribunal especial y “sin rostro”, en el Perú, consideró que “los juicios ante tribunales especiales integrados por jueces anónimos son incompatibles con el artículo 14 del Pacto.”¹⁸⁴ El Comité precisó:

183 “Observaciones y recomendaciones del Comité de Derechos Humanos - Perú”, documento de las Naciones Unidas, CCPR/C/79/Add.67, del 25 de julio de 1996.

184 Decisión del 6 de noviembre de 1997, Comunicación No 577/1994, *Caso Víctor Alfredo Polay Campos c. Perú*, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/61/D/577/1994, del 9 de enero de 1998, párrafo 8.4. En el mismo sentido, ver la Decisión de julio de 2000 del Comité de los Derechos Humanos, Comunicación No 688/1996, *Caso María Sybila Arredondo c. Perú*, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/69/D/688/1996, del 14 de agosto de 2000, párrafo 11.

“En esta situación, los acusados desconocen quiénes son los jueces que les juzgan, y la posibilidad de que los acusados preparen su defensa y se comuniquen con sus abogados tropieza con obstáculos inaceptables. Además, este sistema no garantiza un aspecto fundamental de un juicio justo de conformidad con el significado del artículo 14 del Pacto: el de que el Tribunal deba tanto ser, como parecer ser independiente e imparcial. En el sistema de juicios con “jueces sin rostro”, ni la independencia ni la imparcialidad de los jueces están garantizadas, ya que el tribunal, establecido ad hoc, puede estar compuesto por militares en servicio activo. En opinión del Comité, ese sistema tampoco asegura el respeto a la presunción de inocencia, garantizado en el párrafo 2 del artículo 14. En las circunstancias del caso, el Comité concluye que se han violado los párrafos 1, 2 y 3(b) y (d) del artículo 14 del Pacto..”¹⁸⁵

Igualmente, el Comité contra la Tortura abordó este problema y consideró que la legislación peruana “destinada a reprimir los actos terroristas no satisface lo requerido en los acuerdos internacionales sobre lo que debe ser un juicio equitativo, justo e imparcial y rodeado de garantías mínimas que aseguren los derechos de los procesados (por ejemplo, los jueces “sin rostro”, graves limitaciones al derecho de defensa, ausencia de recursos ante órganos de justicia, extensión del período de incomunicación, etc.).”¹⁸⁶

La utilización, en Colombia y en el Perú, de “jueces sin rostro”, de pruebas “secretas” y testigos “anónimos”, establecidos por legislaciones antiterroristas, ha sido fuertemente criticado, y con justa razón, por el Relator Especial sobre la independencia de jueces y abogados.¹⁸⁷

185 Decisión del 6 de noviembre de 1997, Comunicación No 577/1994, *Caso Víctor Alfredo Polay Campos c. Perú*, párrafo 8.4.

186 Documento de las Naciones Unidas A/50/44, del 26 de julio de 1995, párrafo 68.

187 Documentos de las Naciones Unidas E/CN.4/1998/39/Add.1 y E/CN.4/1998/39/Add.2.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró que los sistemas de “justicia sin rostro” contravenían el Derecho a un tribunal independiente e imparcial y transgredían las garantías judiciales. La Comisión consideró respecto del Perú que :

“Las características de este sistema de justicia secreta [...] violan de manera flagrante la garantía, consustancial al debido proceso, de ser juzgado por un juez o tribunal independiente e imparcial [...] así como la garantía relativa a la publicidad del proceso penal[...]. En tal sentido, la Comisión refirió en su Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Perú de 1993 que “al no conocerse la identidad de los funcionarios intervinientes, nada puede decirse acerca de su imparcialidad e independencia, aspecto de por sí cuestionable debido a las medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo en relación con el Poder Judicial desde el 5 de abril [de 1992]”. Adicionalmente, conforme al artículo 13(h) del Decreto Ley N° 25475 no procede en los procesos por terrorismo la recusación de los jueces ni la de los auxiliares de justicia. Ciertamente, esta última disposición es de alguna manera redundante, puesto que la identidad secreta de estos funcionarios impidió a los encausados y a sus abogados conocer de la existencia de cualquier causal de recusación. [...] Ciertamente, constituye una garantía básica el derecho que tiene la persona acusada en cualquier procedimiento judicial de saber quién la está juzgando y de determinar la competencia subjetiva de su juzgador, es decir, si éste está comprendido en alguna causal de inhibición o recusación. El anonimato de los jueces despoja al acusado de tal garantía básica y viola además su derecho a ser juzgado por una corte imparcial, pues le impide recusar a un juez que esté incurso en las causales de recusación respectivas. [...] La Comisión considera que este tipo de proceso viola el derecho fundamental al

188 Segundo Informe de la situación de Derechos Humanos en Perú, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., Junio 2, 2000, párrafos 103, 104 y 110.

debido proceso legal, es decir, al derecho de toda persona a ser oída, con las debidas garantías, en cualquier acusación penal formulada contra ella; a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad; a recibir comunicación previa y detallada de la acusación formulada y a recibir tanto el tiempo como los medios adecuados para la preparación de su defensa, garantías consagradas expresamente en el artículo 8 de la Convención Americana.”¹⁸⁸

Respecto de Colombia, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró que “los sistemas judiciales “sin rostro” no brindan garantías adecuadas del debido proceso a los acusados. El anonimato de fiscales, jueces y testigos priva al acusado de las garantías básicas de justicia. [...]Dado que el acusado no sabe quién lo está juzgando o acusando, no puede saber si la persona está calificada para ello. Tampoco puede saber si existe algún fundamento para solicitar la recusación de esas autoridades en base a incompetencia o falta de imparcialidad. En consecuencia, el acusado no puede obtener la garantía de ser procesado por un tribunal competente, independiente e imparcial, [...]El acusado tampoco puede realizar interrogatorio efectivo alguno de los testigos de cargo.”¹⁸⁹

Hay que señalar que la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos es más matizada en materia de testigos anónimos y de las pruebas secretas. No obstante, la Corte ha señalado que no se puede condenar a

189 Tercer Informe de la situación de Derechos Humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 rev. 1, 26 febrero 1999, párrafos 121, 122, 123 y 124.

190 Sentencia del 14 de diciembre de 1999, *Caso A.M. c. Italia*.

191 Sentencia de 20 noviembre de 1989, *Caso Kostovski c. Países Bajos*; Sentencia del 15 junio de 1992, *Caso Lüdi c. Suiza*; Sentencia del 26 de marzo de 1996, *Caso Doorson c. Países Bajos*; y Sentencia del 23 de abril de 1992, *Caso Van Mechelen y otros c. Países Bajos*.

192 “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos - Francia”, del 4 de agosto de 1997, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.80, párrafos 16 en adelante; “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos - Bolivia”, del 1º de mayo de 1997, CCPR/C/79/Add.74, párrafos 17 y 34; “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos - Colombia”, CCPR/C/79/Add.76, del 5 de mayo de 1997, párrafo 19.

alguien sobre la base única, o determinante, de pruebas que no han sido objeto de debates contradictorios durante la instrucción o durante el juicio.¹⁹⁰ La Corte no rechaza *per se* la utilización de testigos anónimos: sin embargo, éstos deben estar sometidos al principio del contradictorio y no pueden constituir la base única o determinante para la condena.¹⁹¹

La atribución a las Fuerzas Armadas de funciones de Policía Judicial o de poder de investigación criminal es una práctica frecuente en la lucha contra el terrorismo u otras modalidades graves de criminalidad. En varias ocasiones, el Comité de Derechos Humanos ha expresado su preocupación por el hecho de que cuerpos armados ejerzan tales funciones.¹⁹² El Comité recomendó a Bolivia y a Colombia tomar las medidas necesarias para que la Policía Judicial esté bajo el control judicial. El Comité contra la Tortura hizo igual recomendación a Ecuador.¹⁹³

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha criticado, en diversas oportunidades, la atribución de facultades de Policía Judicial a las Fuerzas Armadas y ha señalado que esta práctica, en particular, está al origen de graves violaciones a los derechos humanos.¹⁹⁴

7. Devolución, extradición y expulsión

193 Documento de las Naciones Unidas A/49/44, párrafo 105.

194 Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en México, OEA/Ser.L/V/II.100, Doc. 7 rev. 1, del 24 Septiembre 1998, párrafo 35; Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Brasil, OEA/Ser.L/V/II.97, Doc 29, rev 1, 1997, párrafo 86; Primer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Perú, OEA/Ser.L/V/II.83, Doc. 31, 12 marzo 1993, párrafo 24; Segundo informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Perú, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 junio 2000, párrafo 210; Quinto informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala, OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 21 rev., 6 abril 2001, párrafo 31; Segundo informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V/II.84, Doc. 39 rev., 14 octubre 1993.

195 Ver "Observación general N° 15, la situación de los extranjeros", del Comité de Derechos Humanos.

La cooperación entre los Estados en materia de extradición, juega un role importante en represión judicial de los autores de actos de terrorismo. Sin embargo, algunos Estados, recurren a la expulsión y/o devolución para eludir los procedimientos de extradición, en circunstancias que están prescritas por el derecho internacional y, en particular, por el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.¹⁹⁵ Así, el Comité de Derechos Humano precisó que:

“Antes de expulsar a un extranjero, el Estado Parte debería proporcionarle suficientes salvaguardias y un recurso efectivo, de conformidad con el artículo 13 del Pacto. Se exhorta al Estado Parte a considerar la posibilidad de promulgar leyes que rijan la expulsión de extranjeros, que debería estar en consonancia con el principio de no devolución.”¹⁹⁶

En una decisión relativa a una expulsión de un presunto miembro de la agrupación ETA por Francia hacia España, en la que declaró que Francia había violado el artículo 3 de la Convención, el Comité contra la Tortura consideró:

“La expulsión se llevó a cabo según un procedimiento administrativo, cuya ilegalidad declaró posteriormente el tribunal administrativo de Pau, que consistía en la entrega directa de policía a policía, de manera inmediata sin intervención de una autoridad judicial, y sin que el autor tuviera la posibilidad de ponerse en contacto con su familia o su abogado. Esas circunstancias no respetaban los derechos del detenido, lo que colocaba al autor en una situación especialmente vulnerable a posibles abusos. El Comité reconoce la necesidad de estable-

196 “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: República popular democrática de Corea”, documento de las Naciones Unidas CCPR/CO/72/PRK, del 27 de agosto de 2001, párrafo 21.

197 Decisión del 9 de noviembre de 1999, Comunicación No 63/1997, *Josu Arkauz Arana c. Francia*, CAT/C/23/D/63/1997, párrafo 11.5.

cer una cooperación estrecha entre los Estados en la lucha contra la delincuencia y de adoptar medidas eficaces en este sentido. No obstante, considera que estas medidas deben respetar plenamente los derechos y libertades fundamentales de los individuos.”¹⁹⁷

Otros Estados han recurrido a procedimientos de extradición que no están en conformidad con las prescripciones del Derecho Penal y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Para justificar la extradición, algunos invocan el carácter no político de los delitos de terrorismo, para desconocer el principio de *non refoulement* (no devolución). El principio de *non refoulement* es reconocido en numerosos tratados de derechos humanos¹⁹⁸ y por normas declarativas.¹⁹⁹ Pese a que el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* no prevé ninguna disposición explícita al respecto, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General N. 20 (par. 9) y en lo concerniente a la tortura y a los tratos inhumanos, consideró que se trata de una obligación inherente al artículo 7 del Pacto. Así, el Comité de Derechos Humanos expresó su preocupación por la posición de Canadá, según la cual:

“puedan alegarse intereses apremiantes de seguridad para justificar el envío de personas a países donde pueden correr un riesgo sustancial de sufrir torturas o un trato cruel, inhumano o degradante. El Comité se remite a su Observación General

198 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, artículo 33; Convención sobre el Asilo Territorial de la O.E.A. (artículo IV); Convención Americana sobre Derechos Humanos. Art. 22 (8); Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, artículo 3; y Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, art. 13 (4).

199 La Declaración sobre el Asilo Territorial, artículo 3 (1), la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, artículo 8 y los Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, principio 5. Igualmente, *ver* el Tratado tipo de extradición, adoptado por el Octavo Congreso sobre la Prevención del Crimen, artículo 3.

200 Documento de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add. 105, párrafo 13.

201 *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1984-1985*, OEA/Ser.L/V/II.66, Doc. 10 rev. 1, 1º octubre 1985.

sobre el artículo 7 y recomienda que el Canadá revise su política a fin de cumplir las obligaciones que le impone este artículo y se abstenga de expulsar, extraditar, deportar o enviar por cualquier otro medio a una persona a un lugar donde corra el riesgo sustancial de ser objeto de un trato o un castigo que sean contrarios al artículo 7.”²⁰⁰

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, citando la Declaración de Cartagena, expresó que la cláusula de *non refoulement* es la piedra angular de la protección internacional de los refugiados y un principio de *jus cogens*.²⁰¹

La Corte Europea de Derechos Humanos afirmó que un Estado Parte adoptaría un comportamiento incompatible con los valores subyacentes a la Convención si entregaba a un fugitivo - por odioso que pueda ser el crimen que se le imputa- a otro Estado, en el cual existen serias razones para creer que pueda ser víctima de torturas. La Corte consideró que, a pesar de la ausencia de referencia explícita en el artículo 3 de la *Convención Europea de Derechos Humanos*, la obligación implícita de no extraditar se extiende también a los casos en el cual un fugitivo correría riesgos de ser sometido a penas o tratos inhumanos o degradantes en el Estado de destino.²⁰² El mismo principio ha sido aplicado por la Corte en casos de expulsión de solicitantes de asilo hacía un Estado en el cual corrían el riesgo de ser sometidos a tortura o a penas o tratos inhumanos o degradantes.²⁰³

De igual forma, hay que señalar que el principio de *non refoulement* es

202 Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia de 7 de julio de 1989, Caso *Soering*, párrafo 88.

203 Corte Europea de Derechos Humanos: Sentencia de 20 de marzo de 1991, Caso *Cruz Vara y otros*, párrafo 69; y Sentencia de 30 de octubre de 1992, Caso *Vilvarajah y otros c. Reino Unido*.

204 La Convención internacional contra la toma de rehenes, (art. 9), la Convención europea de extradición, (art. 3), la Convención europea para la represión del terrorismo, (art.5) y la Convención Interamericana sobre Extradición, (art.4,5) tienen una cláusula general de *non refoulement*. También, ver el Tratado tipo de extradición (artículo 3) adoptado por Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

amparado por varios tratados de extradición y/o sobre el terrorismo.²⁰⁴ Así, aunque estas convenciones estipulen el carácter no político de los actos de terrorismo para efectos de extradición o el carácter extraditabile de estos delitos, éstas adoptan igualmente, una cláusula de *non refoulement*. No obstante, como se ha señalado en la Sección B (punto 3), los tratados de extradición y/o sobre el terrorismo, más que establecer en toda su dimensión el principio de *non refoulement*, reproducen la “cláusula irlandesa”. Según esta cláusula, ningún Estado está en la obligación de extraditar si el Estado requerido tiene razones sustanciales para creer que la demanda de extradición [...] ha sido hecha con el propósito de perseguir judicialmente o de castigar a una persona a causa de su raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas.²⁰⁵ La cláusula irlandesa, aunque importante, limita el alcance del principio de *non refoulement*. Cabe precisar que estos tratados consagran una cláusula de *non refoulement* cuyo alcance es limitado debido a que ésta no retoma el principio de *non refoulement* en toda su dimensión conforme a las prescripciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.²⁰⁶ El Derecho Internacional considera, también, otras causas para no extraditar, devolver o expulsar a un individuo. De acuerdo con las obligaciones de

205 Artículo 5 de la Convención europea para la represión del terrorismo. Igualmente, ver P. Weis, “Asilo y Terrorismo”, en *La Revista*, Comisión Internacional de Juristas, N° 18-19, 1977, página 94 en adelante.

206 Ver, en particular, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos, o Degradantes, artículo 3; la Declaración sobre el Asilo Territorial, artículo 3 (1); la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, artículo 8 y los Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, principio 5. Igualmente, ver la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura, artículo 13 (4).

los Estados y a la luz del Derecho Internacional, no se puede limitar el principio de *non refoulement* a la simple “cláusula irlandesa”. No obstante, no se puede sostener el argumento según el cual el principio de *non refoulement* actuaría como un factor de impunidad. No hay que olvidar que aunque las convenciones sobre el terrorismo no establezcan una obligación absoluta de extraditar, éstas incorporan el principio *aut dedere aut judicare*. En este orden de ideas, un presunto autor de un acto de terrorismo que se encuentra en el territorio de un tercer Estado, que de ser extraditado, podría correr un riesgo serio de ser víctima de tortura o de violación grave de derechos humanos, puede ser juzgado por Tribunales de ese Estado.

II. CRITERIOS FUNDAMENTALES QUE SE DEBEN RESPETAR EN LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO

En la represión de los actos de terrorismo, la acción del Estado no puede ni debe sustraerse de ciertos principios básicos del derecho internacional y del derecho penal, aún a pesar de la naturaleza odiosa y particularmente grave de algunos actos de terrorismo. Como lo reafirmó la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución “Derechos Humanos y terrorismo”, de 1999, “todas las medidas contra el terrorismo deben ajustarse estrictamente al derecho internacional, incluidas las normas internacionales de derechos humanos”.²⁰⁷ Así, en lo concerniente a la administración de justicia y a la lucha contra el terrorismo, todo Estado debe observar, al menos, los criterios siguientes:

- El imperio del estado de derecho y las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Como criterio general, toda medida de lucha antiterrorista debe estar enmarcada dentro del estricto respeto del imperio del estado de derecho y de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.
- El Estado de urgencia o de excepción. La declaración del Estado de

207 Resolución 54/164, del 17 de diciembre de 1999, último párrafo del Preámbulo.

urgencia o de excepción, la utilización de poderes de excepción para evitar los actos de terrorismo debe hacerse dentro del ámbito prescrito por el derecho internacional. La utilización de los poderes de excepción debe estar estrictamente limitada a las necesidades temporales de la situación y debe estar en conformidad con los principios de legalidad, proporcionalidad y necesidad. Les Estados deben prever medidas y procedimiento de salvaguarda de los derechos humanos. Ninguno de los derechos intangibles pueden ser objeto de suspensión, ni pueden hacerse modificaciones que alteren la independencia e imparcialidad del sistema judicial.

- La no suspensión de los derechos intangibles. En todo tiempo y circunstancia deben mantenerse y asegurarse los derechos y libertades fundamentales reconocidas como intangibles, tanto por los tratados como por el derecho internacional consuetudinario. De allí que en todo tiempo deban mantenerse y asegurarse, entre otros:
 - La prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos; por ejemplo, deben prohibirse todas las medidas como las “presiones físicas necesarias”;
 - La prohibición de discriminación fundada únicamente en la raza, el color, el sexo, la lengua, la religión o el origen social;
 - La prohibición de privar arbitrariamente de la vida;
 - La prohibición de privaciones arbitrarias de la libertad; así como las detenciones no reconocidas y secretas;
 - El principio de legalidad de los delitos y de las penas;
 - El derecho a un recurso judicial para cuestionar la legalidad de toda medida de privación de la libertad (*Hábeas Corpus*);
 - El derecho a un tribunal independiente e imparcial, la presunción de inocencia y las garantías judiciales; y,
 - La existencia efectiva de un recurso judicial contra toda violación de los derechos humanos;
- Las infracciones penales. Las definiciones de las infracciones penales

deben ser precisas y estrictas. Bajo ninguna circunstancia deben admitirse tipos penales vagos, ambiguos o imprecisos o que permitan criminalizar actos legítimos o lícitos según el derecho internacional de los derechos humanos o el derecho internacional humanitario. Igualmente, debe prohibirse la aplicación retroactiva de la legislación penal.

- Los tribunales independientes e imparciales. Los tribunales competentes para reprimir los actos de terrorismo deben ser independientes e imparciales. Bajo ninguna circunstancia, los presuntos autores de estos actos deben ser juzgados por instancias no judiciales (como comisiones del poder ejecutivo con funciones “judiciales”) y, cuando se trata de civiles, procesados por tribunales militares.
- El procedimiento judicial. El procedimiento penal debe asegurar las garantías judiciales de toda persona justiciable. Nadie puede ser condenado por un crimen sin haber sido sometido a un proceso ante un tribunal independiente e imparcial y que no observe las garantías judiciales básicas, y en particular:
 - La presunción de inocencia hasta que su culpabilidad haya sido establecida legalmente, y a ser tratada como tal;
 - A ser informada oportunamente, en una lengua comprensible y de manera detallada acerca de la naturaleza y los motivos de la acusación que se impugna;
 - A nombrar su propio abogado;
 - A disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa y a comunicarse con su abogado;
 - A ser juzgada en un plazo corto después de la detención sin excesiva demora;
 - A estar presente en su propio proceso;
 - A interrogar o a hacer interrogar los testigos de cargo y a obtener la comparecencia y el interrogatorio de los testigos de descargo;
 - A no ser forzada a testificar contra sí misma o a declararse culpable.

- A obtener un recurso judicial ante una jurisdicción superior, en caso de ser condenada;
- El principio *Non bis in idem*.
- Las medidas de privación de la libertad. Las personas privadas de libertades deben ser mantenidas en lugares oficiales de detención y se debe llevar un registro de los detenidos, al cual deben tener acceso sus abogados y familiares. Toda modalidad de aislamiento celular debe ser prohibida. En toda circunstancia, las personas privadas de la libertad deben tener el derecho de ejercer un recurso de *Hábeas Corpus*, como también a comunicarse con sus abogados. Toda medida de privación de la libertad debe estar bajo control judicial, incluso en caso de detención administrativa.
- Las investigaciones penales. Las investigaciones penales deben realizarse bajo control judicial. No se debe otorgar facultades de Policía judicial a las fuerzas militares ni a cuerpos de seguridad estar bajo el control del ejército.
- La expulsión, la extradición y la devolución. Todo procedimiento de expulsión, extradición o devolución debe: reunir las garantías estipuladas por el derecho internacional de los derechos humanos; garantizar el derecho a un recurso útil; y estar en conformidad con el principio del *non-*