



NACIONES UNIDAS
Oficina contra la Droga y el Delito

**PREVENCIÓN DE LOS ACTOS TERRORISTAS:
ESTRATEGIA DE JUSTICIA PENAL QUE INCORPORA
LAS NORMAS DEL ESTADO DE DERECHO EN LA
APLICACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS DE LAS
NACIONES UNIDAS RELATIVOS A LA LUCHA
CONTRA EL TERRORISMO**

Documento de trabajo sobre asistencia técnica

Subdivisión de Prevención del Terrorismo

NACIONES UNIDAS OFICINA CONTRA LA DROGA Y EL DELITO
Viena

**PREVENCIÓN DE LOS ACTOS TERRORISTAS:
ESTRATEGIA DE JUSTICIA PENAL QUE INCORPORA
LAS NORMAS DEL ESTADO DE DERECHO EN LA APLICACIÓN
DE LOS INSTRUMENTOS DE LAS NACIONES UNIDAS
RELATIVOS A LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO**

Documento de trabajo sobre asistencia técnica

Subdivisión de Prevención del Terrorismo



NACIONES UNIDAS
New York, 2006

Este documento no ha sido editado.

Documento de trabajo sobre asistencia técnica

Prevención de los actos terroristas: Estrategia de justicia penal que incorpora las normas del estado de derecho en la aplicación de los instrumentos de las Naciones Unidas relativos a la lucha contra el terrorismo

Prólogo

La última declaración del mandato en materia de lucha contra el terrorismo de la Subdivisión de Prevención del Terrorismo de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD) se encuentra en la Resolución 60-175 (2006) de la Asamblea General, en la que ésta:

6. *Pide* a la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito que continúe intensificando sus esfuerzos a fin de prestar a los Estados Miembros que lo soliciten asistencia técnica para reforzar la cooperación internacional en la prevención y lucha contra el terrorismo propiciando la ratificación y aplicación de los convenios y convenciones universales y sus protocolos relativos al terrorismo, incluido el Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear, especialmente por medio de la capacitación de magistrados y fiscales en su aplicación adecuada, teniendo en cuentas, en sus programas, los elementos necesarios para crear capacidades nacionales a fin de fortalecer sistemas de justicia penal justos y eficaces y el estado de derecho como componente integral de toda estrategia de lucha contra el terrorismo.

La lógica indica y la experiencia demuestra que las convenciones, los convenios y los protocolos universales contra el terrorismo no se pueden aplicar fuera de los marcos jurídicos. Todos los países deben incorporar en su sistema de justicia penal en vigor las exigencias sustantivas y de procedimiento recogidas en esos acuerdos teniendo debidamente en cuenta las resoluciones del Consejo de Seguridad y los tratados sobre derechos humanos pertinentes. Para ello, resulta ineludible analizar la responsabilidad individual y grupal, la manera de tratar los delitos que posean una conexión lógica entre sí, los comportamientos preparatorios o auxiliares que se deberían sancionar en el marco de cierto convenio o convención y los que no, las técnicas y normas probatorias que se deberían utilizar en la investigación y el enjuiciamiento y las salvaguardias y mecanismos de cooperación internacional necesarias.

Para prestar servicios de asesoramiento jurídico fiables, los representantes de la Subdivisión de Prevención del Terrorismo de la ONUDD deben estar dispuestos, por el bien de los Estados Miembros, a analizar de qué manera se pueden armonizar e incorporar las convenciones, los convenios y los protocolos contra el terrorismo en la legislación nacional y otras normas internacionales. Al mismo tiempo, la Subdivisión de Prevención del Terrorismo tiene la responsabilidad institucional de reconocer las consecuencias de todas estas medidas, inextricablemente relacionadas en el marco general del estado de derecho. El documento de trabajo que se presenta

a continuación tiene por objeto facilitar la tarea de asesorar a las autoridades nacionales, que cargan con la ardua responsabilidad de prevenir el terrorismo incorporando las normas de carácter obligatorio del estado de derecho en la aplicación de los instrumentos universales de lucha contra el terrorismo.

Jean-Paul Laborde
Jefe de la Subdivisión de Prevención del Terrorismo

7 de abril de 2006
Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito
Oficina de las Naciones Unidas en Viena

Prevención de los actos terroristas: Estrategia de justicia penal que incorpora las normas del estado de derecho en la aplicación de los instrumentos de las Naciones Unidas relativos a la lucha contra el terrorismo

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Parte A. Responsabilidad del Estado de brindar protección contra el terrorismo (párrafos 1 a 17)	1-17	1
a. Obligación de proteger la vida en lugar de limitarse a sancionar su privación (artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)	1-6	1
b. Protección de la población civil: imperativo común a todos los acuerdos de las Naciones Unidas contra el terrorismo	7-10	4
c. Tipificación de los atentados terroristas: sancionar en lugar de prevenir	11-14	6
d. Intervención en la planificación y preparación de actos terroristas	15-17	8
Parte B. Ámbito de aplicación y componentes de una estrategia de justicia penal preventiva de lucha contra el terrorismo	18-111	9
B.1. Delitos	18-61	9
a. Delitos previstos en las convenciones, los convenios y los protocolos contra el terrorismo	18	9
b. Tipificación de actos según los principios del estado de derecho y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	19	10
c. Obligación de tipificar el financiamiento del terrorismo como delito	20-25	10
d. <i>Association de malfaiteurs</i> y conspiración	26-28	12
e. Apoyo a los delitos del terrorismo (principio de legalidad; Resolución 1373)	29-33	14
f. Penalización de la preparación de actos terroristas	34-36	17
g. Incitación a cometer actos de terrorismo (artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Resoluciones 1373 y 1624 del Consejo de Seguridad)	37-40	18
h. Consecuencias de los delitos de incitación para los derechos civiles y políticos (artículos 18 y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)	41-43	21
i. Definición de provocación/incitación según el Consejo de Europa	44-46	22
j. Leyes vigentes en materia de incitación a la violencia	47-48	23
k. Leyes vigentes en materia de incitación a la discriminación y la hostilidad	49-51	24
l. Reclutamiento de terroristas y opciones de procedimiento respecto de los grupos terroristas	52-55	26
m. Posesión de elementos o conocimientos relacionados con el terrorismo	56-59	28
n. Adiestramiento y otras formas de asociación con grupos terroristas	60-61	29

B.2. Mejoras procesales	62-87	30
a. Necesidad de integrar mecanismos sustantivos y procesales en el marco del estado de derecho	62	30
b. Información recabada con la cooperación de la comunidad	63-64	31
c. Controles que permiten presentar como prueba información sobre seguridad nacional	65-68	32
d. Operaciones secretas y consideraciones de política pública	69-71	34
e. Supervisión técnica y controles judiciales	72-74	35
f. Duración de la detención (párrafo 3 del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Observación general N° 8, Comité de Derechos Humanos)	75	36
g. Interrogatorios (artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes)	76-78	37
h. Incentivos para los testigos	79-80	38
i. Normas probatorias	81	39
j. Refuerzo de las medidas contra la financiación del terrorismo por vía normativa	82-84	39
k. Uso indebido de las organizaciones no gubernamentales	85-87	41
B.3. Mecanismos de cooperación internacional	88-111	42
a. Bases jurídicas de la cooperación internacional	88	42
b. Doble incriminación	89-92	43
c. Prescendencia de otras formalidades en materia de cooperación interestatal	93-94	45
d. Excepciones de delito fiscal y político	95-98	45
e. Promoción proactiva de los derechos humanos	99-100	47
f. Cuestiones relativas al asilo y el estatuto de refugiado	101-105	48
g. Denegación de refugio seguro	106-111	50
Conclusión	112	52

Prevención de los actos terroristas: Estrategia de justicia penal que incorpora las normas del estado de derecho en la aplicación de los instrumentos de las Naciones Unidas relativos a la lucha contra el terrorismo

Parte A. Responsabilidad del Estado de brindar protección contra el terrorismo (párrafos 1 a 17)

a. Obligación de proteger la vida en lugar de limitarse a sancionar su privación (artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)

1. Más de 150 de los 191 Estados Miembros de las Naciones Unidas han contraído las obligaciones dimanantes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de garantizar ciertos derechos a todas las personas que se encuentren dentro de su territorio. En el artículo 6 del Pacto, del cual no se autoriza suspensión alguna, se establece que:

El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.

Para el ciudadano común, proteger el derecho a la vida no significa castigar a quienes intentan o consiguen privar a otros de ese derecho sino evitar perderlo. Por tanto, la protección prevista por la ley exige que se adopten medidas jurídicas destinadas a frustrar y prohibir los preparativos de la violencia terrorista, y no sólo que se identifique y castigue a los responsables de un hecho mortal.

2. Al reaccionar de manera instintiva y descoordinada ante las atrocidades, se corre el riesgo de confundir severidad contraproducente con eficacia. En el párrafo 24 del documento de trabajo titulado *Cuestiones concretas de derechos humanos: nuevas prioridades, en particular el terrorismo y la lucha contra el terrorismo* se insta a que:

Las medidas internacionales de lucha contra el terrorismo estén firmemente orientadas a prevenir el terrorismo o los actos de terrorismo. En la medida posible, la iniciativa internacional debe centrarse en la preparación y la aplicación de estrategias con visión de futuro en vez de reaccionar o reflexionar sobre un acto o una serie de actos terroristas¹.

Para que una estrategia de justicia penal destinada a combatir la violencia terrorista sea preventiva y previsor, es preciso contar con un sistema amplio de delitos sustantivos, facultades y técnicas de investigación, normas probatorias y mecanismos de cooperación interestatal. Se necesita un sistema integrado que reúna esas características para hacer valer el derecho a la vida que garantiza el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹ Proyecto marco preliminar de principios y directrices relativos a los derechos humanos y el terrorismo, documento de trabajo ampliado preparado por la Relatora Especial sobre el terrorismo y los derechos humanos de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, GE.05-14600, 22 de junio de 2005, <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/145/97/PDF/G0514597.pdf?OpenElement>.

3. La frase “aplicación proactiva de la ley” se utiliza en contraposición a “aplicación reactiva de la ley”. El uso gramatical adecuado bien podría ser “activa” o, en todo caso, “dinámica”, pero en la literatura criminológica y de divulgación el uso del adjetivo “proactiva” ya se ha impuesto. El eje de la aplicación proactiva de la ley gira en torno a prevenir y poner punto final a los delitos, más que en reaccionar a delitos ya cometidos, y suele exagerarse su carácter novedoso. Las autoridades de orden público siempre han procurado prevenir la delincuencia y resolver los casos de delitos cometidos, sin embargo, estas dos funciones se han caracterizado por la falta de comunicación y no se ha establecido una separación correcta entre ellas. No obstante, hoy en día se califican de “proactivas” a casi todas las iniciativas encaminadas a reducir el delito, ampliando el sentido del término mucho más allá del original, que hacía referencia a las patrullas de la policía. En el presente documento, se usarán indistintamente los términos proactivo y preventivo para describir una estrategia que permite la intervención en las etapas de planificación y preparación de actos terroristas, antes de que éstos se lleven a cabo. El objetivo es integrar de manera proactiva los mecanismos sustantivos y de procedimiento a fin de reducir la incidencia y la gravedad de la violencia terrorista, en el marco de las estrictas limitaciones y protecciones del sistema civil de justicia penal y del estado de derecho.

4. Para dar estricto cumplimiento a los principios del estado de derecho, es preciso que todos los mecanismos que se unan en una estrategia integrada de lucha contra el terrorismo deben proteger incondicionalmente los derechos civiles y políticos contemplados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en otros instrumentos universales de derechos humanos y de lucha contra el terrorismo. Entre las garantías del Pacto que no están sujetas a suspensión, ni siquiera en caso de emergencia que ponga en peligro la vida de una nación, se cuentan las siguientes:

Artículo 7: Nadie será sometido a torturas ni apenas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. (...)

Artículo 15: Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. (...)

Artículo 18 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (...).

3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

Artículo 19 Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también ampara las libertades de expresión y asociación (artículos 19 y 22), aunque éstas quizá se limiten a intereses sociales o individuales o estén sujetas a suspensión en situaciones de emergencia con arreglo a los procedimientos establecidos. Varias garantías del Pacto posiblemente queden comprendidas en la legislación antiterrorista, tal como se debatirá.

5. El profesor inglés A. V. Dicey difundió los conceptos de soberanía legislativa, igualdad ante la ley y competencia judicial para hacer cumplir los derechos constitucionales, conceptos propios del estado de derecho, en su publicación *The Law of the Constitution*, de 1885. Actualmente, prevalece tanto el respeto de esos conceptos que con frecuencia se menciona la vigencia del estado de derecho como parámetro para determinar si los mecanismos de la justicia penal son adecuados. Hay que reconocer que el concepto de estado de derecho se ha tornado muy amplio, incluso amorfo, tal como se señala en el documento *El concepto de Estado de derecho y sus implicaciones para la cooperación al desarrollo*, elaborado por la Agencia suiza para el desarrollo y la cooperación/Departamento Federal de Asuntos Exteriores:

A nivel internacional, no existe una definición única y reconocida de Estado de derecho. Su contenido y sus prioridades han evolucionado en el transcurso de la historia, variando de un país a otro y bajo la influencia de diversos intereses sociales. No obstante, podemos cristalizar algunos elementos comunes e interdependientes, cuya importancia puede, a menudo, ser muy relativa:

- el principio de la legitimidad de la Administración
- una justicia independiente y capaz de desempeñar su papel
- la igualdad de los/las ciudadanos/as en materia de legislación y aplicación del derecho
- primacía de la constitución y de la jerarquía normativa respectiva –desde el principio constitucional abstracto hasta la decisión administrativa concreta. Los acuerdos de lucha contra el terrorismo fueron respuestas especiales a las manifestaciones de violencia o las amenazas percibidas de actividades terroristas
- separación de poderes legislativo, ejecutivo y judicial
- respeto de los derechos humanos, al menos de los derechos cívicos y políticos.

Los principios del Estado de derecho están ausentes del derecho internacional público, a menos que sean objeto de acuerdos internacionales en relación con los derechos humanos. Estructurar su legislación y organizar el funcionamiento de los poderes públicos constituye una parte esencial de las labores de cada Estado soberano cuyo *domaine réservé* se ve cada día más reducido por el proceso de globalización. La comunidad internacional debe mostrarse prudente ante la tentación de influir en el régimen político de un determinado país: el derecho público internacional prohíbe a toda nación ejercer presión sobre otros Estados para forzar ciertas decisiones que pertenecen a su *domaine réservé*. Sin embargo, no se consideran injerencia ilícita las medidas positivas que tienden a promover la causa del Estado de derecho y que no ejercen presión alguna sobre las autoridades gubernamentales.

6. En virtud de los artículos 2 a 7 de la Carta de las Naciones Unidas, esta norma de no intervención es aplicable incluso a las Naciones Unidas. “Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados (...)”. Respetando plenamente este principio, en el siguiente debate se proporcionan recursos para

analizar las medidas preventivas de lucha contra el terrorismo que incluyen salvaguardias establecidas en acuerdos internacionales vinculantes, tales como la Carta de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los instrumentos universales de lucha contra el terrorismo, la Convención contra la Tortura y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Se citan las fuentes de carácter no vinculante, como los informes y observaciones generales del Comité de Expertos creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los Relatores Especiales de la Comisión de Derechos Humanos, para que se comprenda mejor el estado de derecho que establecen.

b. Protección de la población civil: imperativo común a todos los acuerdos de las Naciones Unidas contra el terrorismo

7. En dos publicaciones de las Naciones Unidas, la *Guía legislativa de las convenciones, los convenios y los protocolos universales contra el terrorismo*² y la *Guía para la incorporación de los instrumentos universales contra el terrorismo en la legislación y para su aplicación*, se analizan las exigencias de doce acuerdos contra el terrorismo que se negociaron entre 1963 y 1999³. Desde 1972, la Asamblea General ha solicitado en reiteradas oportunidades que se aprobaran los acuerdos vigentes y que se elaboraran instrumentos más generales⁴. El decimotercer instrumento, es decir, el Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear, se negoció y abrió a la firma en 2005. Ese año se aprobaron además enmiendas y protocolos de enmienda a tres de los instrumentos originales⁵.

8. Esos trece acuerdos fueron respuestas especiales a manifestaciones de violencia o posibles amenazas de actos terroristas. Diversos secuestros de aeronaves dieron lugar a tres convenios para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (Convenio de 1963 relativo a las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves, Convenio de 1970 para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves y Convenio de 1971 para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil). El asesinato del Primer Ministro de Jordania y de los diplomáticos del Sudán fue el antecedente de la Convención de 1973 sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, y las múltiples tomas de rehenes dieron origen a la Convención internacional contra la toma de rehenes de 1979. Los atentados en aeropuertos internacionales tuvieron como consecuencia el Protocolo de 1988 para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicios a la aviación civil internacional. Ese mismo año se celebró el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima en respuesta a la captura del crucero *Achille Lauro* y el asesinato de un

² Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, V.03-85663 (E), Nueva York, 2003, http://www.unodc.org/pdf/crime/terrorism/explanatory_english2.pdf.

³ Véase <http://www.unodc.org>, Terrorismo, Instrumentos de asistencia técnica.

⁴ Véanse las Resoluciones 3034 (1972), 31/102 (1976), 32/147 (1977), 34/145 (1979), 36/109 (1981), 38/130 (1983), 42/159 (1987), 44/29 (1989), 46/51 (1991), 49/60 (1994), 50/53 (1995), 51/210 (1996), 52/165 (1997), 53/108 (1998), 54/110 (1999), 55/158 (2000).

⁵ Enmienda a la Convención sobre la protección física de los materiales nucleares, el Protocolo de 2005 relativo al Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y el Protocolo de 2005 relativo al Protocolo de 1988 para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental.

pasajero, así como un Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental. El Convenio de 1991 sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección tuvo por fin regular la fabricación y fiscalización del tipo de explosivos que se utilizaron para destruir diversas aeronaves civiles, lo que provocó grandes pérdidas de vidas humanas. En 1997, como consecuencia de varios atentados cometidos con bombas, se aprobó el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (en adelante, Convenio relativo a la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas), que a pesar de su nombre contempla casi todos los atentados con armas de destrucción masiva. El Convenio Internacional de 1999 para la represión de la financiación del terrorismo fue reflejo de las preocupaciones sobre el flujo de fondos con que se financian las organizaciones terroristas violentas. La Convención de 1979 sobre la protección física de los materiales nucleares y el Convenio internacional de 2005 para la represión de los actos de terrorismo nuclear plasman la preocupación por el riesgo de que se dé un uso abusivo y catastrófico a esos peligrosos instrumentos. Si bien estas convenciones, convenios y protocolos abordan diferentes formas de terrorismo, hay un imperativo común que los une. En todos se pone de manifiesto el principio humanitario según el cual se debería proteger de la violencia a los civiles y demás no combatientes, y todos generan obligaciones en los sistemas civiles de justicia penal, semejantes a la obligación que imponen las leyes de los conflictos armados de proteger a las personas que no participen directamente en las hostilidades⁶.

9. Todos los acuerdos contra el terrorismo se caracterizan por hacer hincapié en la protección de los civiles. Los tres convenios relativos a la seguridad de las aeronaves y la navegación marítima excluyen específicamente aquellas aeronaves y buques que se utilizan en los servicios militar, aduanero y policial y sólo se aplican a los pasajeros y las tripulaciones civiles, que suelen ser turistas inocentes y personas que realizan viajes de negocios. El Protocolo de 1988 relativo a los aeropuertos, que se negoció tras los atentados perpetrados a mediados del decenio de 1980 contra un grupo de peregrinos religiosos y otros viajeros, se refiere únicamente a los aeropuertos que presten servicios a la aviación civil internacional, es decir, a los vuelos civiles. La Convención de 1973, que exige la tipificación de los atentados contra agentes diplomáticos, pone de manifiesto la vulnerabilidad de esas personas y sus familias en tanto blanco de las organizaciones terroristas. La Convención de 1979 contra la toma de rehenes excluye aquellas tomas de rehenes que sean punibles, en virtud de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos, durante un conflicto armado y hace hincapié en la obligación de proteger a los civiles de las personas que no pueden considerarse fuerzas armadas. Las diversas convenciones y convenios relativos a los instrumentos peligrosos tales como explosivos plásticos (1991), materiales nucleares (1979 y 2005) y explosivos usados en la comisión de actos terroristas y otros artefactos mortíferos, incluidos productos químicos tóxicos, agentes o toxinas de carácter biológico, radiaciones o material radiactivo (1997), contemplan el uso de armas que, por su naturaleza, tienden a causar muertes indiscriminadas. En los convenios para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas y los actos de terrorismo nuclear también se especifica que

⁶ Véanse el artículo 3 y demás artículos comunes a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales.

las disposiciones que contienen no se aplican a las tareas que desempeñan las fuerzas armadas durante un conflicto armado ni a las actividades que realizan las fuerzas militares en cumplimiento de sus funciones oficiales, dado que los Convenios de Ginebra y sus Protocolos ya prohíben el ejercicio de la violencia dirigida a civiles y no combatientes por parte de esas fuerzas. Aquellos convenios hacen hincapié en la protección del público en general que podría correr peligro de sufrir atentados en “un lugar de uso público, una instalación pública o de gobierno, una red de transporte público o una instalación de infraestructura” o ser víctima del uso ilícito de materiales radiactivos. En el Protocolo de 2005 del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y en la Enmienda de 2005 que dio origen a la Convención sobre la protección física de los materiales nucleares y las instalaciones nucleares se excluyeron también las actividades de las fuerzas armadas y las fuerzas militares de los Estados.

10. La importancia que reviste la protección de los civiles se hace patente en el párrafo 1 del artículo 2 del Convenio de 1999 para la represión de la financiación del terrorismo. En él se define el acto de terrorismo, para el que está prohibida la provisión o recolección de fondos, bien como una violación de una de las convenciones, convenios o protocolos negociados con anterioridad en los que se tipificaban delitos penales o bien como:

Cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.

c. Tipificación de los atentados terroristas: sancionar en lugar de prevenir

11. Los acuerdos universales de lucha contra el terrorismo están orientados a la seguridad de la población civil, pero sólo tres de ellos presentan aspectos significativos en lo que a prevención respecta. Dos hacen hincapié en las protecciones reglamentarias que podrían servir para prevenir el abuso de instrumentos peligrosos. En la Convención de 1979 sobre la protección física de los materiales nucleares, que, tras ser enmendada en 2005, se convirtió en la Convención sobre la protección física de los materiales nucleares y las instalaciones nucleares, se tipifican los actos peligrosos que implican el uso de materiales nucleares, pero también se imponen obligaciones normativas respecto de la circulación de esos materiales. En virtud del Convenio de 1991 sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección, se deben efectuar controles de inventario de las existencias de explosivos plásticos e incorporar componentes volátiles que puedan detectar los agentes de detección de vapores. El otro convenio que incluye aspectos preventivos es el Convenio para la represión de la financiación del terrorismo, en virtud del cual las autoridades tienen la facultad de frustrar los operativos financieros para la comisión de futuros actos de violencia⁷.

⁷ El Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear, que todavía no ha entrado en vigor, contiene un artículo relacionado con la cooperación internacional de naturaleza preventiva. De conformidad con ese artículo, los Estados deben cooperar mediante la adopción de todas las medidas practicables para impedir que se prepare en sus respectivos

12. Las ocho convenciones, convenios y protocolos contra el terrorismo que se negociaron entre 1970 y 1988 crean delitos penales de carácter predominantemente reactivo. En ellos se exige que, de presumirse la existencia de la intención dolosa necesaria, se impute responsabilidad penal sólo en tres casos:

(1) Comisión material de un acto tipificado como delito, comúnmente denominada responsabilidad material. El autor material sería la persona que por sus propios medios secuestra ilícitamente una aeronave o buque, toma rehenes, ataca a diplomáticos o pasajeros en un aeropuerto internacional, roba material nuclear o hace uso ilícito de él o profiere amenazas prohibidas por ciertos convenios y convenciones;

(2) Tentativa de cometer algún delito prohibido, que fracase por razones que escapen al control de la persona, como el arresto de un grupo que se ha reunido con su armamento y se dirige hacia su blanco, y

(3) Participación intencional como cómplice en la comisión o tentativa de cometer algún delito, como la de un empleado de una embajada que deja una puerta abierta y permite que entren homicidas y asesinen diplomáticos.

13 Con la aprobación del Convenio Internacional de 1997 para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas se incorporaron dos medios más por los que se puede incurrir en responsabilidad penal. Al igual que en los instrumentos anteriores, en el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas se exige a los Países Miembros que castiguen a quien detone una bomba, a quien intente hacerlo pero fracase por circunstancias que escapen a su control y a quien participe como cómplice conduciendo un coche bomba hasta la zona objetivo (apartado a) del párrafo 3 del artículo 2). También se introdujeron dos formas más de incurrir en responsabilidad penal:

(4) Organizar o dirigir a otros a los efectos de la comisión de un delito, como la difusión por parte de un líder religioso de una opinión religiosa en la que apruebe la moralidad de un atentado cometido con bomba y aconseje cómo hacer que éste sea más devastador (apartado b) del párrafo 3 del artículo 2) y

(5) Contribuir de manera intencional a la comisión de un delito por un grupo de personas; por ejemplo, ocultando a un grupo para que pueda llevar a cabo un atentado planificado con bomba (apartado c) del párrafo 3 del artículo 2).

14. Ninguna de estas cinco formas de responsabilidad penal permiten el enjuiciamiento a menos que se haya cometido o se haya intentado cometer un delito. No sería posible iniciar un proceso penal ni siquiera ante la existencia de pruebas contundentes de que ha habido acuerdo para cometer un atentado con bomba y de pruebas que demostraran la compra de los componentes necesarios para detonar un artefacto explosivo y de clavos que pretendieran utilizarse como esquirlas. Aunque fuera posible, las autoridades raras veces pueden controlar una situación táctica al punto tal de no dudar de intervenir en el momento preciso en que los conspiradores

territorios la comisión de los delitos previstos en la Convención tanto dentro como fuera de ellos y contrarrestar la preparación de dichos delitos. Si bien en el artículo relativo a la cooperación no se exige explícitamente la tipificación y en el artículo relativo a la tipificación no se menciona la preparación de los delitos, ambos párrafos deberían interpretarse en conjunción con las obligaciones del mismo tipo que figuran en el apartado d) del párrafo 2 de la Resolución 1373.

dan inicio a su tentativa de cometer el delito, y están así sujetos a enjuiciamiento, pero antes de que se llegue a perpetrar el acto de violencia. Puede ocurrir que el oficial de vigilancia quede incapacitado a causa de una enfermedad o de un accidente de tránsito repentino. La lluvia torrencial puede oscurecer la visibilidad o una falla eléctrica puede interrumpir la cobertura audiovisual. Como es imposible garantizar que podrán controlar una situación que amenaza con tener consecuencias catastróficas, las autoridades se ven obligadas a intervenir en conspiraciones peligrosas antes de que se cometa el acto, con lo que ponen en peligro la capacidad de enjuiciar a los responsables y continuar con una investigación encubierta. Asimismo, un sistema de cooperación internacional para combatir el terrorismo difícilmente sea adecuado si una de las condiciones jurídicas consiste en la comisión o la tentativa de cometer un atentado que pretenda causar cientos de muertes. Por último, los fenómenos del fanatismo y los ataques terroristas suicidas cometidos con bombas hacen que el efecto disuasivo del proceso de justicia penal pierda casi toda significación. Para reducir la violencia terrorista, es preciso que las autoridades vuelvan a centrar su atención en la intervención proactiva durante la etapa de planificación y preparación.

d. Intervención en la planificación y preparación de actos terroristas

15. Los delitos de conspiración y asociación delictiva son ejemplos evidentes de casos en los que convendría intervenir para prevenir la planificación y preparación de actos terroristas. La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000) incluye estos conceptos como delitos alternativos en su artículo 5, en el que se exige a los Estados Miembros que tipifiquen al menos una de tales conductas como delitos distintos de los que entrañen el intento o la consumación de la actividad delictiva. Quizás por miedo a la tergiversación en el tenso contexto político del terrorismo, nunca se han incluido estos delitos en los instrumentos de las Naciones Unidas contra el terrorismo. No obstante, a fines del decenio de 1990, ya era evidente y apremiante la necesidad de intervenir y cooperar con eficacia en la lucha contra los atentados terroristas durante sus etapas de planificación y preparación. ¿Cómo se podría lograr si se dejaran de lado las nociones de conspiración o asociación delictiva? ¿Mediante qué enfoque jurídico se podrían determinar los elementos de la preparación ilícita de un atentado terrorista con una precisión tal que permitiese notificar debidamente al público sin caer en un nivel de generalidad o vaguedad que se prestara a la penalización de conductas que no representan una amenaza social significativa?

16. En el Convenio Internacional de 1999 para la represión de la financiación del terrorismo se dispuso una solución a las cuestiones precedentes que es similar en su forma a la del Convenio para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas. En el artículo 2 del Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo se enumeran las mismas cinco formas de incurrir en responsabilidad penal que en el artículo 2 del Convenio para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas. Se exige a los Estados Partes que establezcan penas para sancionar a los autores materiales, cómplices y a toda persona que trate de cometer o participe en la comisión del delito de provisión o recolección de fondos con fines terroristas y a quienes contribuyan a la comisión de tal delito. Si bien ambos convenios tienen un lenguaje y una estructura similares, detrás de esta similitud se oculta una desviación estratégica del punto de vista de los instrumentos previos de lucha contra el terrorismo. En el artículo 2 del Convenio

Internacional para la represión de la financiación del terrorismo se tipifican como delitos los operativos financieros no violentos que anteceden a casi todo atentado terrorista, en lugar de definirse un delito violento que sea punible únicamente en caso de que entrañara el intento o la consumación:

Comete delito en el sentido del presente Convenio quien por el medio que fuere, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer (...) [alguno de los actos de violencia enumerados a continuación]. Asimismo, en el párrafo 3 del mismo artículo se especifica que:

Para que un acto constituya un delito enunciado en el párrafo 1, no será necesario que los fondos se hayan usado efectivamente para cometer un delito (...).

17. Al tipificar como delitos los operativos financieros para la comisión de actos de violencia se incorpora una estrategia deliberada que permite la intervención antes de que se cometa o se intente cometer un acto de terrorismo atroz. En el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo se propone una opción estratégica fundamental: es infinitamente preferible prohibir y frustrar la planificación y preparación de actos terroristas antes de que éstos se cobren víctimas civiles e inocentes a hacer autopsias e investigaciones de la escena del crimen una vez ocurrida la tragedia. Con este enfoque intervencionista se conserva la facultad de enjuiciamiento, se cumple el mandato estipulado en el párrafo 1 del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y se garantiza que:

Este derecho [a la vida] estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.

Parte B. Ámbito de aplicación y componentes de una estrategia de justicia penal preventiva de lucha contra el terrorismo

B.1. Delitos

a. Delitos previstos en las convenciones, los convenios y los protocolos contra el terrorismo

18. Como respuesta a las consecuencias del terrorismo internacional sobre la paz y la seguridad, el Consejo de Seguridad ha exhortado a todos los países a que aprueben y apliquen plenamente, a la mayor brevedad posible, las convenciones, los convenios y los protocolos universales contra el terrorismo⁸. En estos acuerdos se definen delitos comunes y se prevén mecanismos de cooperación internacional que abarcan casi todos los actos previsibles de terrorismo. Estos instrumentos funcionan como armazón sobre el cual se debe moldear una estrategia internacional de justicia penal para combatir el terrorismo, pero son apenas componentes parciales de una estrategia general contra el terrorismo. En las resoluciones obligatorias del Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas también se exige que los países creen esquemas legales más amplios para prevenir la

⁸ Resoluciones 1368, 1373, 1456 y 1566 del Consejo de Seguridad.

circulación y las actividades de los terroristas y asegurar su enjuiciamiento⁹. Es preciso que la definición de los delitos y la aplicación de los procedimientos y mecanismos de cooperación a nivel nacional tengan por fin proteger el estado de derecho y los derechos humanos internacionalmente reconocidos, como también frustrar los atentados terroristas en las etapas de planificación y preparación.

b. Tipificación de actos según los principios del estado de derecho y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

19. Toda estrategia preventiva debe centrarse en la formación y las actividades de los grupos terroristas antes de que intenten o logren cometer un delito violento. Para que el enfoque sea proactivo, es necesario definir los delitos pertinentes de conformidad con el principio del estado de derecho según el cual no hay crimen ni pena sin ley previa. Tal como se establece en el párrafo 33 del informe del experto independiente sobre la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, presentado a la Comisión de Derechos Humanos con fecha 7 de febrero de 2005:

Cualquiera que sea el enfoque que adopten, los Estados deben guiarse por el principio de la legalidad o *nullum crimen sine lege* al elaborar leyes y tratados contra el terrorismo. Este principio del derecho internacional general está consagrado en el artículo 15 del Pacto (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y en las disposiciones de los tratados regionales de derechos humanos, en los que también se establece expresamente que dicho principio no es susceptible de suspensión. No sólo prohíbe la aplicación de leyes *ex post facto* sino que también exige que el acto tipificado como delito se describa en términos precisos y exactos definiendo el delito punible en sentido estricto y distinguiéndolo de otros actos no punibles o punibles con otras penas. La definición imprecisa de los delitos también puede dar lugar a una ampliación de la conducta prohibida por interpretación judicial. Por lo tanto, el principio de la legalidad también abarca el principio de la certeza, es decir, que el derecho debe ser razonablemente previsible en su aplicación y sus consecuencias¹⁰.

c. Obligación de tipificar el financiamiento del terrorismo como delito

20. Se exhorta a las Partes en el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo a que tipifiquen como delito los actos descritos en el artículo 2 del Convenio.

1. Comete delito en el sentido del presente Convenio quien por el medio que fuere, directa o indirectamente, ilícita o deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo en parte, para cometer:

(a) Un acto que constituya un delito comprendido en el ámbito de uno de los tratados enumerados en el anexo y tal como esté definido en ese tratado; o

(b) Cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de

⁹ Res. 1373, . . . (y sucesivas resoluciones)

¹⁰ <http://www.unhcr.ch/cgi-bin/texis/vtx/home/opendoc.pdf?tbl=RSDCOI&id=42d66e700>

dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo.

21. La lucha contra la financiación del terrorismo también constituye una obligación en virtud de las resoluciones del Consejo de Seguridad aprobadas conforme al Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Cuando los Estados pasan a ser Miembros de las Naciones Unidas, éstos designan al Consejo de Seguridad para que actúe a nombre de ellos en caso de amenazas a la paz y seguridad (artículo 24), determine la existencia de ese tipo de amenaza (artículo 39) y decida qué medidas han de emplearse para mantener o restablecer la paz y la seguridad (Capítulo VII y, en particular, artículo 41). Los Estados Miembros también se comprometen, con arreglo al artículo 25, a cumplir aquellas decisiones de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. Actuando en virtud del Capítulo VII, el Consejo aprobó la Resolución 1373, de 28 de septiembre de 2001, en la que exhorta a los Estados Miembros a que:

Tipifiquen como delito la provisión o recaudación intencionales, por cualesquiera medios, directa o indirectamente, de fondos por sus nacionales o en sus territorios con intención de que dichos fondos se utilicen, o con conocimiento de que dichos fondos se utilizarán, para perpetrar actos de terrorismo (apartado b) del párrafo 1)¹¹.

22. Para cumplir la meta proactiva del Convenio y la obligación similar que impone la Resolución 1373, es preciso que se tipifique como delito la provisión o recaudación de fondos caracterizada por llevarse a cabo en uno de los dos estados mentales que en ambos instrumentos se describen con palabras equivalentes en esencia:

Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo:
“(...) por el medio que fuere, directa o indirectamente, ilícita o deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo en parte, para cometer (un acto de terrorismo según la definición del Convenio)”.

Resolución 1373: *“(...) la provisión o recaudación intencionales, por cualesquiera medios, directa o indirectamente, de fondos por sus nacionales o en sus territorios con intención de que dichos fondos se utilicen, o con conocimiento de que dichos fondos se utilizarán, para perpetrar actos de terrorismo”.*

23. Estas referencias a la provisión o recaudación de fondos “con intención de” “o con conocimiento de” (“o a sabiendas de”) plantean el interrogante de la manera en que una persona podría saber que los fondos han de utilizarse con fines terroristas cuando su intención no es darles ese uso. En realidad, las organizaciones terroristas posiblemente sean organizaciones que persiguen fines dobles y recaudan dinero no sólo con propósitos humanitarios o políticos legítimos, sino también para financiar actividades terroristas. En caso de enjuiciamiento, la persona que provea o recaude los fondos puede alegar que su intención individual ha sido prestar apoyo a centros médicos o a la educación política. Las pruebas que se presenten en el juicio podrían

¹¹ Véanse también las Resoluciones 1267 (1999), 1390 (2002), 1455 y 1456 (2003), 1526 y 1566 (2004), y 1617 y 1624 (2005) del Consejo de Seguridad.

mostrar que el acusado sabía que, con esas contribuciones, la organización cumplía fines humanitarios pero también compraba explosivos para perpetrar atentados contra civiles. A fin de prohibir con eficacia que se utilicen esos recursos en la comisión de atentados terroristas, es preciso tipificar como delitos la provisión y recaudación de fondos tanto intencional como con conocimiento. En la Sección 17 de la Ley de Sudáfrica de protección de la democracia constitucional contra el terrorismo y actividades conexas (2005) se traza una distinción entre propósitos lícitos e ilícitos al explicitar que la prohibición por ley no se aplica a los fondos provistos o recaudados con la intención de que se utilicen o a sabiendas de que serán utilizados para “(...) promover el gobierno democrático o la protección de los derechos humanos”.

24. Algunas leyes nacionales definen el elemento mental del delito de financiación con más amplitud que la que se exige en los términos del Convenio referidos a la intención y el conocimiento. Según estos enfoques, comete delito quien provee o recauda fondos con conocimiento, intención o desprecio irresponsable por la posibilidad de que, o motivos razonables de sospecha de que se destinen a actividades terroristas. Mediante este tipo de disposiciones se simplifica la carga de la prueba porque se analiza principalmente lo que hubiera sabido o pretendido una persona sensata en circunstancias similares, tal como lo hace la norma probatoria enunciada en el párrafo 3 del artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas sobre estupefacientes, suscrita en Viena en 1988; el párrafo 2 del artículo 5 de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 2000, o el artículo 28 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003. Todas ellas contienen una disposición que reza lo siguiente:

El conocimiento, la intención o el propósito que se requieren como elemento de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas.

25. Los elementos mentales descritos como “desprecio irresponsable” o “motivos razonables de sospecha” permiten que se condene al acusado cuando éste no conoce los fines terroristas de los fondos o no alberga sospecha alguna al respecto. Se trata de una norma de un nivel inferior a la de la prueba de conocimiento subjetivo o de “deliberada ceguera”, es decir, esfuerzo intencional por ignorar hechos que podrían confirmar sospechas de ilicitud. De establecerse una norma de culpabilidad mental diferente de la prevista en el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, ésta podría afectar la cooperación internacional. Los países cuya cooperación se requiere tienen derecho a exigir que se incluya el conocimiento o la intención personal como elemento del delito de financiación del terrorismo y a no sancionar la provisión o recolección irresponsable o negligente de fondos. Por consiguiente, si un país aplica una norma relativa al “desprecio irresponsable” o los “motivos razonables” quizá se encuentre con que otros países se rehúsan a conceder la extradición o la asistencia jurídica recíproca dada la falta de “doble incriminación”, concepto que se analiza en el apartado 3 de la parte B, relativo a la cooperación internacional.

d. *Association de malfaiteurs* y conspiración

26. Uno de los diversos mecanismos para determinar la responsabilidad penal antes de que ocurra el hecho de violencia incluye el concepto de *association de malfaiteurs*, propio del derecho continental, y el de conspiración, propio del

common law, que prohíben acordar la comisión de delitos. Para que estos delitos se consumen, no hace falta que se intente ni se logre cometer el acto lesivo, aunque en algunas leyes se exige la comisión de un paso preliminar para lograr los fines del grupo. Ello encuentra expresión en el delito de *association de malfaiteurs*, enunciado en el artículo 450 del *Code Pénal* francés y reformulado en otro artículo en particular, según el cual constituye un acto de terrorismo:

El hecho de participar en un grupo formado o en un acuerdo establecido para la preparación, caracterizada por uno o varios hechos materiales, de alguno de los actos terroristas mencionados en los artículos anteriores (Code Pénal, artículo 421-2-1).

En algunas jurisdicciones del *common law* se exige un elemento semejante a la acción material que se incluye en la definición francesa de *association de malfaiteurs*. En la división 11.5 de la Ley del Código Penal de Australia de 1995 se prevé lo siguiente:

(2) *Para que se la declare culpable [del delito de conspiración]:*

(a) *La persona debe haber establecido un acuerdo con una o más personas; y*

(b) *La persona y, como mínimo, otra de las partes en el acuerdo debe haber pretendido cometer un delito en virtud de dicho acuerdo, y*

(c) *La persona o por lo menos una de las otras partes en el acuerdo debe haber cometido un acto manifiesto en virtud de dicho acuerdo.*

El acto manifiesto no necesariamente debe ser de naturaleza delictiva, pero tiene que abrigar el propósito de llevar adelante el plan delictivo, por ejemplo, la compra de un pasaje aéreo para viajar al lugar donde se pretende cometer el atentado. Algunas jurisdicciones no requieren la existencia del acto manifiesto y dejan que el poder judicial decida si la prueba demuestra que hubo un debate irresponsable pero inofensivo o una confabulación peligrosa que nunca prosperó.

27. Tal como se mencionó, en los acuerdos universales de lucha contra el terrorismo, excepto en el Convenio Internacional de 1999 para la represión de la financiación, se definen formas de responsabilidad penal que se aplican únicamente si se comete o intenta cometer un acto terrorista. Por lo tanto, las disposiciones sobre cooperación que figuran en esos acuerdos no se aplicarían en el caso de una asociación o conspiración que no llegase a cometer o intentar cometer un delito. No obstante, una ley de conspiración o asociación delictiva ayudaría a salvar vidas y haría posible que se enjuiciara a una persona por haber hecho preparativos para cometer un delito de terrorismo antes de que ese acto fuese punible según las definiciones del Convenio. Pese a que en los acuerdos universales contra el terrorismo no se penaliza la asociación ni la conspiración, quizás se pueda prever la cooperación internacional en relación con tales delitos mediante acuerdos regionales, tratados bilaterales de extradición o asistencia jurídica o leyes que permitiesen la cooperación sobre la base de la reciprocidad.

28. En enero de 2006, 116 Estados ya se habían hecho partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 2000. A medida que las partes aplican las disposiciones de la Convención, se les exige que penalicen la participación en un grupo delictivo organizado, que se puede definir como conspiración o asociación delictiva:

Artículo. 5, párrafo 1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente::

(a) Una de las conductas siguientes, o ambas, como delitos distintos de los que entrañen el intento o la consumación de la actividad delictiva:

(i) El acuerdo con una o más personas de cometer un delito grave con un propósito que guarde relación directa o indirecta con la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material y, cuando así lo prescriba el derecho interno, que entrañe un acto perpetrado por uno de los participantes para llevar adelante ese acuerdo o que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado;

(ii) La conducta de toda persona que, a sabiendas de la finalidad y actividad delictiva general de un grupo delictivo organizado o de su intención de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en:

a. Actividades ilícitas del grupo delictivo organizado;

b. Otras actividades del grupo delictivo organizado, a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva antes descrita.

Si las leyes sobre conspiración aprobadas en cumplimiento de esta Convención incluyen el requisito del móvil económico al que se hace referencia en el inciso i) del apartado a) del párrafo 1 del artículo 5, no se aplicarán a todos los delitos relacionados con el terrorismo, sino al tipo de toma de rehenes que efectúa la organización Abu Sayyaf para cobrar rescate. Si un país aprueba una ley contra el delito de conspiración que no exige la existencia de un propósito relacionado con la obtención de un beneficio, esa ley podría aplicarse, en general, a los acuerdos que llevan a la comisión de actos terroristas.

e. Apoyo a los delitos de terrorismo (principio de legalidad; Resolución 1373))

29. Según el artículo 2339A del título 18 del Código de los Estados Unidos de América:

(a) Delito: Será reprimido con multa conforme al presente título o con prisión de hasta 10 años, o ambas, todo aquel que, dentro del territorio de los Estados Unidos de América, proporcione apoyo material o recursos o que encubra o disimule la naturaleza, ubicación, origen o propiedad del apoyo material o los recursos, con la intención de utilizarlos, o a sabiendas de que se utilizarán en la preparación o comisión de (enumeración de los delitos previstos en la ley) (...).

Si bien en el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo sólo se mencionan los fondos, término con el que se hace referencia a los activos tangibles o intangibles o a las pruebas de propiedad en caso de juicio, muchas leyes nacionales y resoluciones del Consejo de Seguridad se ocupan de otras formas de apoyo, tales como la capacitación o el refugio. Tal como se menciona en la sección B-3, es posible que no se cuente con cooperación internacional cuando las leyes nacionales difieran en el tipo de conducta que tipifican. No obstante, mediante una prohibición que tipifique como delitos ciertas

formas de apoyo distinto del financiero que no estén especificadas en el Convenio de 1999 quizá se podrían amparar mejor los intereses nacionales. Del mismo modo, sería útil elaborar una ley contra las asociaciones delictivas o conspiraciones a pesar de que estos delitos no figuren en los instrumentos de las Naciones Unidas de lucha contra el terrorismo.

30. Toda ley que prohibiera el apoyo o fomento del terrorismo, sin mayores especificaciones, atentaría contra los principios de legalidad y certeza propios del estado de derecho que se mencionan en el párrafo 19. Incluso a las personas especializadas en la cultura jurídica de un país les costaría saber de antemano qué conductas podrían considerarse como apoyo o fomento del terrorismo, aun cuando se da por supuesto que el término “terrorismo” se definió claramente como la preparación, la comisión o el intento de comisión de delitos violentos concretos. Si se expresa una prohibición legal en lenguaje corriente o se enumeran diversas actividades que no presentan características en común, no existe fundamento para aplicar el principio restrictivo de *ejusdem generis*. La frase latina, que hace referencia a cosas del mismo tipo, quizá suene familiar sólo a aquellas personas que hayan estudiado Derecho, pero su efecto en la interpretación jurídica resulta fácilmente reconocible, incluso para el público lego. La ambigüedad de una prohibición general se puede reducir significativamente si la ley enumera ejemplos concretos en los que se determinen las características comunes de la conducta prescrita. En abstracto, en la frase “apoyo material” que aparece en la ley norteamericana, se podría interpretar “material” en el sentido de físico. También se podría pensar que “material” hace referencia al sentido jurídico de importante o influyente, aunque de carácter intangible, como el apoyo editorial a una publicación de distribución masiva. Sin embargo, se evita la ambigüedad cuando se enumeran ejemplos que sólo entrañan el apoyo financiero, físico u otro tipo de apoyo tangible e, indirectamente, excluyen el apoyo intangible de carácter intelectual.

b) Definiciones: En la presente sección, la expresión “apoyo material o recursos” significa instrumentos monetarios o valores financieros, servicios financieros, alojamiento, capacitación, asesoramiento o asistencia de expertos, pisos francos, documentación o identidad falsa, equipo de comunicaciones, facilidades, armas, sustancias letales, explosivos, personal, transporte y otros bienes físicos, excepto medicinas o material religioso. (Apartado b), artículo 2339A, título 18, Código de los Estados Unidos de América).

31. Algunas leyes que se aplican al apoyo al terrorismo contemplan excepciones, por ejemplo, el caso de los familiares, de los médicos que prestan servicios profesionales o de la medicina. Según el artículo 270-ter del Código Penal de Italia, es pasible de sanción toda persona que provea alimentos, refugio, hospitalidad, transporte o medios de comunicación a otra que participe en una asociación subversiva, salvo a aquella que realice tal acto en favor de un familiar directo. El artículo 295 bis del Código Penal de Chile contiene una disposición similar. Es posible que estas excepciones tengan precedente en el derecho penal general de un país, pero deben evaluarse a la luz de la obligación emanada del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas de cumplir con el apartado e) del párrafo 2 de la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad, en el que éste decide que todos los Estados:

Aseguren el enjuiciamiento de toda persona que participe en (...) o preste apoyo a esos actos de terrorismo (...).

32. Si las excepciones previstas por ley permiten que una persona acepte albergar a un familiar que, según se sabe, ha cometido actos terroristas violentos e incluso que lo haga antes de cometido el atentado violento, o que permita la provisión de insumos médicos antes de que los operativos terroristas violentos se cobren víctimas, cabría cuestionar si tales leyes se atienen a la obligación que emana de la Resolución 1373 de garantizar que se enjuicie a toda persona que participe en actos terroristas y se le deniegue refugio. Una solución de transacción podría consistir en contemplar las lealtades familiares mitigando quizá las penas o su aplicación discrecional y no legitimizando tales conductas.

33. En cuanto a la conveniencia de prestar atención médica a toda persona que la necesite, hay diversas posturas respecto de la relación que guarda esta obligación humanitaria con el deber de informar determinadas heridas, tales como las heridas de bala, a las autoridades responsables de hacer cumplir la ley. En el caso de *De La Cruz Flores c. Perú*, de 18 de noviembre de 2004, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se basó en el Código Internacional de Ética de la Asociación Médica Mundial, que establece que “el médico debe guardar absoluto secreto de todo lo que se le haya confiado, incluso después de la muerte del paciente”, para fallar lo siguiente (párrafo 102):

(...) al dictar la sentencia de 21 de noviembre de 1996 el Estado incurrió en una violación del principio de legalidad (...) por imponer a los médicos la obligación de denunciar posibles conductas delictivas de sus pacientes con base en la información que obtengan en el ejercicio de su profesión¹².

Muchas leyes nacionales que versan sobre la violencia y exigen informar sobre las lesiones sufridas sin tener en cuenta el consentimiento de la víctima contienen excepciones al secreto profesional. Este enfoque parece similar al que figura en la página 88 del Volumen I de la publicación del Comité Internacional de la Cruz Roja titulado *Las normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario*, en la que se analiza los antecedentes de la problemática de informar las heridas causadas por armas de fuego durante conflictos armados y se establece que:

(...) no existe norma alguna de derecho internacional que prohíba a un Estado aprobar legislación por la que se imponga la obligación de proporcionar información, incluso aquella que verse, por ejemplo, sobre enfermedades transmisibles, y muchos Estados ya lo han hecho.

En el artículo 22 de la ley de Túnez de 2003 relativa a la lucha contra el terrorismo y el blanqueo de dinero se prevén sanciones para todas las personas que no notifiquen inmediatamente toda información que puedan tener sobre delitos de terrorismo. Esta obligación no se extiende a los miembros de la familia de un sospechoso, pero sí se aplica a las personas que tienen el deber de mantener el secreto médico.

¹² http://www.corteidh.or.cr/seriecpdf/seriec_115_esp.pdf

f. Penalización de la preparación de actos terroristas

34. El párrafo 3 del artículo 27 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción hace referencia a la adopción de las medidas legislativas que sean necesarias para tipificar como delito “(...) *la preparación con miras a cometer un delito tipificado con arreglo a la presente Convención*”. En los acuerdos universales de lucha contra el terrorismo, excepto en el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, no se tipifica como delito la preparación independientemente de la comisión o tentativa de cometer el acto violento¹³. Esta limitación es común¹⁴, pero ahora debe considerarse a la luz del deber impuesto en el apartado e) del párrafo 2 de la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad, en el que se exige a los Estados Miembros que:

Aseguren el enjuiciamiento de toda persona que participe en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo o preste apoyo a esos actos, y aseguren que, además de cualesquiera otras medidas de represión de esos actos que se adopten, dichos actos de terrorismo queden tipificados como delitos graves (...) (énfasis añadido).

El artículo 22 del Código Penal de la República de China constituye un ejemplo de legislación que penaliza la preparación para la comisión de delitos:

La preparación de un delito consiste en preparar los instrumentos o crear las condiciones para la comisión de un delito.

A la persona que se prepara para cometer un delito quizá le corresponda una pena mitigada o menor que la que se dicta para quien lo consuma, o quizás se la exima del castigo.

35. Algunos países han notificado al Comité contra el Terrorismo del Consejo de Seguridad que la ausencia de una ley que tipificara como delito la financiación o los operativos no financieros del terrorismo no evitaría que se sancionase tal conducta como una forma de participación en el atentado terrorista¹⁵. Cuando la tipificación se basa en la diferencia entre intento y consumación del atentado, se hace caso omiso del párrafo 3 del artículo 2 del Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, según el cual:

Para que un acto constituya un delito enunciado en el párrafo 1, no será necesario que los fondos se hayan usado efectivamente para cometer un delito mencionado en los apartados a) o b) del párrafo 1.

¹³ No obstante, véase la nota de pie de página 7, sobre las disposiciones del Convenio Internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear. En el artículo 7 de ese Convenio se pide a los Estados Partes que cooperen mediante la adopción de medidas para prohibir la preparación de los delitos enunciados en el Convenio, la promoción, instigación y organización de esas actividades y la provisión de asistencia o información a los responsables de prepararlas, pero no exige que se tipifiquen esos actos como delitos.

¹⁴ Véase el apartado b) del párrafo 3 del artículo 25 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, según el cual será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen quien ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, siempre que éste sea consumado o en grado de tentativa.

¹⁵ Véanse los informes presentados por los Estados Miembros en http://www.un.org/Docs/sc/committees/1373/submitted_reports.html).

Tal como habrá de observarse en la parte B-3 en relación con las cuestiones extraterritoriales, la mejor manera de concretar el potencial preventivo del Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo sería tipificar la financiación como delito sustantivo e independiente, que sea aplicable pese al lugar en el que se ha de perpetrar el acto violento o a la distinción entre intento y consumación.

36. Si un país no ha hecho constar en su legislación que el financiamiento u otra forma de preparación de atentados terroristas en el extranjero constituye un delito a nivel nacional, el principio de legalidad impediría que sus tribunales penaran la participación dentro del territorio nacional en actos de terrorismo o la conexión con un acto terrorista que sólo esté tipificado en el derecho de otro país. Estas inquietudes se resuelven mediante un régimen legislativo similar al de Sudáfrica. En el apartado xxiii) del artículo 1 de la Ley de protección de la democracia constitucional se define “delito especificado” en diversos apartados, incluido el artículo 14, como aquel que incluye:

- (b) Toda actividad fuera del territorio de la República que constituya un delito según la ley de otro estado y que habría constituido uno de los delitos enunciados en el párrafo a) si hubiera tenido lugar en la República;

El artículo 14 establece que:

Incurre en responsabilidad penal quien

- (a) *Amenaza con cometer un delito según lo dispuesto en el presente capítulo,*
- (b) *Intenta cometer tal delito,*
- (c) *Conspira con otra persona a esos fines o*
- (d) *Coopera con otra persona para cometer un delito; la secunda, induce, incita o instiga a que lo cometa; la dirige para que lo cometa, le ordena que lo haga o la asesora a tal fin, o procura su colaboración.*

g. Incitación a cometer actos de terrorismo (artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Resoluciones 1373 y 1624 del Consejo de Seguridad)

37. Se podría suponer que llegar a un acuerdo para cometer delitos relacionados con el terrorismo es la etapa más temprana en la que corresponde intervenir con arreglo a los principios del estado de derecho. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es uno de los pocos instrumentos internacionales vinculantes que determinan los elementos de justicia penal sustantivos y procesales del derecho internacional de los derechos humanos y, sin embargo, predica otra cosa. El párrafo 2 del artículo 20 del Pacto reza lo siguiente:

Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley.

En la Observación general N° 11 (1983) de los expertos independientes que conforman el Comité de Derechos Humanos establecido conforme al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se hace hincapié en que:

Para que el artículo 20 llegue a ser plenamente eficaz debería existir una ley en la que se dejase bien sentado que la propaganda y la apología en él

describas son contrarias a la política del Estado y en la que se estableciese una sanción adecuada en caso de incumplimiento.

38. Si bien ni el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ni la Observación general N° 11 especifica que la prohibición o sanción de la apología que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia debe ser penal por naturaleza, cuesta imaginar que las sanciones que no tienen carácter penal sean eficaces cuando se aplican a terroristas profesionales. En virtud del estado de derecho tal como está expresado en los instrumentos internacionales, la incitación a cometer actos violentos y delictivos puede prohibirse mediante sanciones penales. En el apartado c) del párrafo 1 del artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, que data de 1988, se insta a los Estados Partes a que tipifiquen como delitos penales, cuando se cometan intencionalmente:

(iii) instigar o inducir públicamente a otros, por cualquier medio, a cometer alguno de los delitos tipificados de conformidad con el presente artículo o a utilizar ilícitamente estupefacientes o sustancias sicotrópicas (...).

En el apartado e) del párrafo 3 del artículo 25 del Estatuto de 1998 de la Corte Penal Internacional, también se contempla la responsabilidad penal que entraña la incitación provocada por toda persona que:

Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa (...).

Tal como se menciona en las notas de pie de página 7 y 13, si bien en el Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear se trata el tema, no se exige explícitamente en su artículo 7 que se tipifique como delito la conducta que se reconozca como incitación.

(1) Los Estados Partes cooperarán:

(b) Mediante la adopción de todas las medidas practicables, entre ellas, de ser necesario, la de adaptar su legislación nacional para impedir que se prepare en sus respectivos territorios la comisión de los delitos (...) tanto dentro como fuera de sus territorios y contrarrestar la preparación de (...) actividades ilegales de personas, grupos y organizaciones que promuevan, instiguen, organicen (...) esos delitos.

39. Dado que la propaganda del terrorismo incita a la discriminación, la hostilidad y la violencia por hacer apología del odio nacional, racial o religioso, la tipificación como delito de la instigación constituiría un medio directo de aplicar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incluso cuando no ocurra el daño al que se instiga. La prohibición de la instigación por otros motivos, relacionados con las diferencias culturales, parecería una prolongación completamente incoherente del enfoque proactivo y preventivo expuesto en el artículo 20. Mucha de la retórica terrorista actual, como la declaración relativa a la *Yihad contra los judíos y los cruzados*, publicada por el Frente Islámico Mundial en febrero de 1998¹⁶, instiga a la hostilidad y la violencia apelando a una combinación de odios nacionales, raciales, religiosos y culturales. En su *Carta al pueblo estadounidense*¹⁷, de

¹⁶ <http://www.fas.org/irp/world/para/docs/980223-fatwa.htm>

¹⁷ En Guardian Unlimited, Observer Worldview Extra,

septiembre de 2002, Osama bin Laden prometía una lucha a muerte si los Estados Unidos no adoptaban una postura religiosa específica, rechazaban la fornicación, la homosexualidad, el uso de estupefacientes, el juego de azar y el cobro de intereses, reconocían ser una nación sin principios ni buenos modales; dejaban de ayudar a los gobiernos de Israel, la India, Rusia y Filipinas; se retiraban de los países islámicos y dejaban de apoyar a los gobiernos de esos países.

40. El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas analizó expresamente la cuestión de la incitación al terrorismo en dos de sus resoluciones. En el párrafo 5 del artículo 3 de la Resolución 1373 (2001):

Declara que los actos, métodos y prácticas terroristas son contrarios a los propósitos y principios de las Naciones Unidas y que financiar internacionalmente actos de terrorismo, planificarlos e incitar a su comisión también es contrario a dichos propósitos y principios de las Naciones Unidas (...) (énfasis añadido).

El Consejo de Seguridad volvió a abordar el asunto en la Resolución 1624 (2005), en la cual:

1. Insta a todos los Estados a que adopten las medidas necesarias y adecuadas en cumplimiento de sus obligaciones de derecho internacional para:

(a) Prohibir por ley la incitación a la comisión de un acto o actos de terrorismo;

(b) Impedir dicha conducta;

(c) Denegar protección a toda persona respecto de la cual se disponga de información fidedigna y pertinente por la que haya razones fundadas para considerar que es culpable de esa conducta (...).

3. Hace un llamamiento a todos los Estados para que prosigan los esfuerzos internacionales encaminados a promover el diálogo y mejorar el entendimiento entre las civilizaciones, en un intento por prevenir que se atente indiscriminadamente contra diferentes religiones y culturas, y adopten todas las medidas que sean necesarias y adecuadas y conformes con las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional para luchar contra la incitación a la comisión de actos de terrorismo por motivos de extremismo e intolerancia e impedir la subversión de las instituciones educativas, culturales y religiosas por parte de terroristas y de quienes los apoyan.

4. Subraya que los Estados deben asegurarse de que cualesquiera medidas que se adopten para aplicar los párrafos 1, 2 y 3 de la presente resolución se ajusten a las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional, en particular el derecho internacional relativo a los derechos humanos, el derecho relativo a los refugiados y el derecho humanitario.

<http://observer.guardian.co.uk/worldview/story/0,11581,845725,00.html>.

h. Consecuencias de los delitos de incitación para los derechos civiles y políticos (artículos 18 y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)

41. Aunque previstas en el artículo 20, las prohibiciones contra la incitación deben elaborarse minuciosamente para que se atengan a los artículos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Según el artículo 19:

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. Afortunadamente, en el párrafo 3) del artículo 19 se brinda orientación acerca de las restricciones a la aplicación de una ley que prohíba la instigación.
3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:
 - (a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
 - (b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

La aplicación simultánea de los artículos 19 y 20 con el fin de amparar el derecho de todas las personas a estar libres de la amenaza de la violencia, a la vez que se protege la libertad de opinión y expresión, requiere que se escojan con cautela la política normativa y la redacción de las leyes. Según lo dispuesto en los párrafos 1, 2 y 3 del artículo 19, si bien las leyes penales no pueden restringir el derecho a opinar libremente, sí pueden prohibir las opiniones que atenten contra los derechos de los demás, la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

42. Asimismo, el párrafo 1 del artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantiza que:

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.

Los expertos del Comité de Derechos Humanos han dejado en claro que se pueden imponer limitaciones a la libertad de manifestar creencias, conforme a lo dispuesto en el artículo 18, siempre que sean análogas a las que se contemplan en el párrafo 3 del artículo 19 respecto de la libertad de expresión.

Según el artículo 20, ninguna manifestación de carácter religioso o de creencias puede equivaler a la propaganda a favor de la guerra o la apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia (Observación general N° 22, 1993, énfasis añadido).

A pesar de que el artículo 18 del Pacto no se puede suspender, las restricciones son lícitas conforme al párrafo 3 de ese artículo.

La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

43. Por lo tanto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los valores del estado de derecho que éste representa permiten que se limite toda apología del odio nacional, racial o religioso (y, como es de suponer, cultural) que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia. Los actos de asesoramiento, persuasión o enardecimiento del oyente, lector o espectador destinados a que éste cometa actos de violencia física inmediata son los casos más fácilmente reconocibles de incitación punible. Sin embargo, ¿qué conductas deberían considerarse manifestaciones inofensivas de creencias religiosas o expresión de opiniones que, por lo menos, deberían protegerse y cuáles constituyen incitación punible? ¿Qué hay de las incitaciones al odio emitidas en 1994 por la Radio Télévision Libre des Mille Collines, de Rwanda, que ordenaban a los espectadores que establecieran blancos y se prepararan para el día en que llegara la violencia? ¿Debe esperar un Estado hasta que se dé la señal de matar para sancionar la propaganda que incite al odio? Ésta es una pregunta retórica cuya respuesta parece evidente. No existe una respuesta fácil e intuitiva para todas las situaciones. ¿Qué hay de los adolescentes a quienes se les enseña durante años que tienen el deber religioso o histórico de emplear la violencia contra las nacionalidades o grupos religiosos o culturales que odia su pueblo? ¿Se puede castigar la enseñanza aun cuando ésta procura incitar a la violencia en una fecha o lugar indefinido, y no hoy o mañana? ¿De qué manera demuestra el enjuiciamiento que la retórica que enardece los ánimos genera el peligro de desencadenar delitos violentos cuando quizás sean sólo unos pocos los estudiantes que se sientan estimulados a cometer tales delitos y no lo hagan sino hasta varios años después?

i. Definición de provocación/incitación según el Consejo de Europa

44. El Convenio del Consejo de Europa para la Prevención del Terrorismo es un buen ejemplo a partir del cual se pueden analizar las preguntas anteriores. En el artículo 5, titulado “Provocación pública al delito de terrorismo”, se establece que:

1. A los efectos del presente Convenio, por “provocación al delito de terrorismo” se entenderá la distribución u otra manera de difusión de un mensaje al público con la intención de incitar a la comisión de un delito de terrorismo, cuando esa conducta, sea que haga apología expresa o no del delito, provoque el peligro de que se cometa uno o más de esos actos.

45. Este artículo hace referencia a cuatro cuestiones relacionadas con la interacción entre el delito de provocación/incitación y la libertad de expresión. En primer lugar, sólo se penalizan los mensajes públicos, de modo que la incitación que no es de carácter público queda circunscrita a los conceptos generales de responsabilidad penal, que pueden incluir la complicidad, asociación delictiva, conspiración, ayuda e instigación, asesoramiento, preparación, organización, dirección o colaboración. En segundo lugar, al incluirse como elemento del delito la intención subjetiva de incitar a la comisión de un delito de terrorismo, se descartan muchas objeciones posibles respecto de la libertad de expresión y el valor del discurso intelectual en lo que respecta a las ideas que no gozan del apoyo popular. Ello guarda coherencia con los principios probatorios, enunciados en el párrafo 24,

según los cuales se puede inferir la intención subjetiva de las circunstancias fácticas objetivas. En tercer lugar, no se asigna a ninguna autoridad legislativa ni ejecutiva la facultad de declarar que un mensaje, lema, símbolo o filosofía es peligroso o está prohibido de por sí. Es preciso probar el elemento delictivo que entraña la divulgación del mensaje, es decir, el peligro de que se cometa un delito de terrorismo, a fin de satisfacer a un poder judicial independiente en un contexto fáctico determinado. En cuarto lugar, es pasible de sanción toda conducta que probablemente implique el peligro de que se cometa un delito de terrorismo, haga o no apología expresa de delitos específicos. Esta disposición reviste particular importancia respecto del adoctrinamiento ideológico, religioso e intelectual que justifique la violencia pero no incite explícitamente a la comisión de un atentado terrorista en particular contra un blanco específico.

46. En el último elemento de la definición, según el cual la conducta debe “provocar” el peligro de que se cometa un delito, se emplea un término de significado corriente que, por lo general, no se explica ni define en la legislación. No obstante, en muchas leyes, el objeto gramatical del verbo “provocar” es una consecuencia física observable, una muerte, herida o pérdida material. En el Convenio del Consejo de Europa se utiliza el término “provocar” con un sentido menos tangible, que en la práctica puede dar origen a problemas relacionados con el estado de derecho. El peligro de que se cometa un delito de terrorismo es una consecuencia potencial más que real, que requiere que los jueces prevean un hecho futuro en lugar de declarar que ha ocurrido o existe un hecho o circunstancia observable. Hasta el momento en que se intenta cometer un acto terrorista, puede haber diferentes posturas respecto de la posibilidad o probabilidad de que los esfuerzos del demagogo por influir en el público terminen siendo satisfactorios. Si se incluye la intención subjetiva como elemento del delito, se evita el peligro de sancionar a un orador inocente por las reacciones imprevistas del público. No obstante, las leyes y la jurisprudencia nacionales tendrán que determinar qué probabilidades de daño conlleva el “peligro de que se cometa uno o más de esos actos”. El estado de derecho requiere que los términos tengan la certeza suficiente de que no estarán sujetos a aplicación arbitraria e imprevisible. El Comisionado del Consejo de Europa para los Derechos Humanos ha sugerido que elogiar a quien perpetra un atentado, denigrar a sus víctimas o recaudar fondos para financiar organizaciones terroristas podrían constituir formas de provocación indirecta a la violencia¹⁸.

j. Leyes vigentes en materia de incitación a la violencia

47. Prácticamente todos los países sancionan a las personas que incitan a otra a cometer un delito, ya sea al definir a esa persona como partícipe del acto delictivo o al definir el delito específico de incitación. El artículo 2 del título 18 del Código de los Estados Unidos dispone lo siguiente:

(a) Se reprimirá en tanto autor material a quien cometa un delito contra los Estados Unidos de América o contribuya o a su comisión o la secunde, asesore, dirija, induzca o procure.

¹⁸http://www.coe.int/T/E/Commissioner_H.R/Communication_Unit/CommDH%282005%291_E.doc

(b) Se reprimirá en tanto autor material a quien intencionalmente haga que se consuma un acto que, perpetrado directamente por esa persona o por otra, constituya un delito contra los Estados Unidos.

En la publicación “Apologie du terrorisme” and “incitement to terrorism” del Consejo de Europa (2004) figura una compilación informativa de las leyes de los Estados Miembros y Observadores del Consejo. Cuarenta y un Estados Miembros y 4 Estados Observadores del Consejo de Europa informaron acerca de su legislación. La publicación del Consejo de Europa se centró en la cantidad de países que tenían leyes que prohibían específicamente la apología del terrorismo o la incitación a cometer actos de terrorismo, pero las respuestas de los países revelaron que, en muchos de ellos, había leyes que prohibían la incitación a cometer delitos o actos de violencia en general. El artículo 259 del Código Penal de Suiza constituye un ejemplo claro y conciso de ley que tipifica como delito la incitación, independientemente del delito que se cometa.

1. Se penará con prisión de hasta tres años a todo aquel que incite públicamente a la comisión de delitos graves.

2. Se penará con prisión o multa a todo aquel que incite públicamente a la comisión de un delito que entrañe violencia contra las personas o bienes.

48. En su definición de incitación, algunas leyes se centran en la inmediatez. El estatuto de la Corte Penal Internacional, en el apartado e) del párrafo 3 de su artículo 25, y el estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda, en el párrafo 3 de su artículo 2, hacen referencia a las personas que incitan “directa y públicamente” a que se cometa el delito de genocidio. Cuando un orador carismático arenga al público a perseguir y asesinar a un determinado grupo, en un país donde los enfrentamientos étnicos hayan desencadenado, en los últimos años, asesinatos en masa, es evidente la amenaza directa e inadmisibles que representa la violencia. El problema se torna más complejo cuando las leyes prohíben la incitación que no es ni pública ni inmediata o, a tal fin, vedan la circulación o la posesión de materiales subversivos. Uno de los obstáculos prácticos a la prohibición de la incitación mediante la propaganda impresa, grabada o en formato electrónico es la posibilidad de que los materiales subversivos hayan sido elaborados por un autor o escritor desconocido o de otro país, y que la ley sólo comprenda a quienes distribuyen o poseen esos materiales. Un factor que genera complicaciones a la hora de elaborar una ley contra la posesión de tales materiales es la dificultad para distinguir la posesión de propaganda que promueva el odio y el delito con fines inocentes de la posesión con el propósito de provocar hostilidad y violencia. Sería lógico suponer que una persona que tiene en su poder 50 copias de un vídeo que incita al odio y la violencia y muestra la decapitación de rehenes tiene la intención de difundir ese material. El que posea una sola copia quizá se proponga mirarla en privado para formular argumentos religiosos contra semejante crueldad o planea utilizarla para reclutar voluntarios que lo ayuden a perpetrar actos de terrorismo.

k. Leyes vigentes en materia de incitación a la discriminación y la hostilidad

49. Cada régimen jurídico debe asegurar que incluso el agitador más subversivo esté amparado por los principios de legalidad y certeza y las garantías del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Para concluir que una comunicación genera un peligro futuro de que se cometa un delito violento de terrorismo, hay que

especular acerca de la capacidad de comprensión, madurez y receptividad del público, la persuasión del orador y la influencia de variables externas. No obstante, no es necesario que una ley contra la incitación a la violencia implique la predicción incierta de las consecuencias violentas futuras de tales actos. El artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no sólo exige que se prohíba la incitación a la violencia, sino también a otras consecuencias más comunes:

Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia (...). (énfasis añadido)

50. Varios países han promulgado leyes, a menudo fundadas en la experiencia histórica, con el fin de prohibir actos que en la actualidad tal vez representen mayor riesgo de incitar a la discriminación y la hostilidad que a la violencia inmediata. Esas leyes suelen prohibir la tentativa de justificar o negar la discriminación, la hostilidad o la violencia pasada o presente (denominados delitos de apología). El párrafo 3 del artículo 130 del Código Penal de Alemania castiga la aprobación, denegación o representación como inofensivos de ciertos actos cometidos durante la dominación del Partido Nacionalsocialista. El apartado a) del artículo 151 del Código Penal de Croacia dispone lo siguiente:

(1)) Se reprimirá con multa o prisión de hasta un año a quien produzca, venda, importe o exporte mediante una red informática o facilite por otros medios material de difusión en el que se glorifique a los estados, organizaciones e ideologías fascistas, nazis y totalitarios que defiendan o promuevan el odio, la discriminación o la violencia contra toda persona o grupo o inciten a ella por razones de raza, color, género, inclinaciones sexuales, procedencia nacional o étnica, religión, creencias políticas o de otro tipo, o que para tales fines cuente con grandes cantidades de ese tipo de material.

(2) No existe delito penal si la elaboración o difusión de los materiales mencionados en el párrafo 1 del presente artículo tiene fines artísticos, científicos, de investigación o de divulgación de hechos actuales o pasados.

Otras leyes prohíben la exhibición o distribución de determinados símbolos, salvo, nuevamente, que tengan fines artísticos o de investigación u otros fines inocentes¹⁹.

51. Para aplicar estas leyes, se debe considerar el párrafo 2 del artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual:

Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

Las comunicaciones electrónicas han puesto a prueba la frase “sin consideración de fronteras”. Los tribunales europeos han defendido las restricciones impuestas sobre las expresiones prohibidas en el comercio internacional, incluido el acceso a Internet y las transacciones por ese medio. En la causa *UEJF y Licra c. Yahoo! Inc. y Yahoo France*, el Tribunal de Grande Instance de París dispuso la indemnización

¹⁹ Apartado a), artículo 86, Código Penal de Alemania; artículo 269/B del Código Penal de Hungría, reformado en 1993.

por daños y perjuicios y ordenó al motor de búsqueda Yahoo que bloqueara el acceso por Internet desde Francia a los sitios web en los que se subasta parafernalia nazi que podría violar el artículo R. 645-2 del Código Penal²⁰. El Tribunal Federal de Justicia de Alemania dispuso que se procesara a un residente australiano por realizar el mantenimiento de un sitio web en Australia, al que se puede acceder por Internet, porque a través de ese sitio se difundían opiniones que negaban el Holocausto, y ello violaba el artículo 130 del Código Penal de Alemania²¹.

I. Reclutamiento de terroristas y opciones de procedimiento respecto de los grupos terroristas

52. El apartado a) del párrafo 2 de la parte dispositiva de la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad exige que los Estados repriman el reclutamiento de miembros de grupos terroristas:

Párrafo 2: Decide también que todos los Estados:

(a) Se abstengan de proporcionar todo tipo de apoyo, activo o pasivo, a las entidades o personas que participen en la comisión de actos de terrorismo, inclusive reprimiendo el reclutamiento de miembros de grupos terroristas y eliminando el abastecimiento de armas a los terroristas (...).

Algunos países tienen leyes que contemplan el reclutamiento de terroristas dentro de la definición de “actividades terroristas”. Entre los países cuya legislación incorpora disposiciones específicamente orientadas a tal reclutamiento se incluyen el Canadá (párrafo 3 del artículo 83.18 del Código Penal), Uganda (artículo 9 de la tercera parte de la Ley contra el terrorismo), Túnez (artículo 14 de la Loi contre le terrorisme et le blanchiment d’argent) y Chipre (artículo 11 de la Ley federal sobre el terrorismo). La ley de Chipre castiga a toda persona que, a sabiendas, convenga en reclutar o recluta a otra persona para que:

(a) Sea miembro de un grupo terrorista o una organización proscrita o
(b) Participe en la comisión de un acto de terrorismo.

En su artículo 21, la Ley de Tanzania de 2002 para la prevención del terrorismo emplea prácticamente las mismas palabras. En su artículo 6, el Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (2005) tipifica el reclutamiento como delito, junto con la provocación pública a cometer un delito de terrorismo y el adiestramiento con fines terroristas, y define el reclutamiento en los siguientes términos:

“solicitar a otra persona que cometa un delito de terrorismo o participe en su comisión, o se sume a una asociación o grupo con el fin de contribuir a la comisión de uno o más delitos de terrorismo (según las convenciones, los convenios y los protocolos universales que se enumeran) perpetrados por dicha asociación o grupo” (artículo 6).

²⁰ Tribunal de Grande Instance de Paris, Ordonnance de référé, 22 mai 2000, UEFJ et Licra c. Yahoo France, <http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tgiparis20000522.htm>

²¹ Bundesgerichtshof, 12 de diciembre de 2000, Strafkammer AZ/S R 184 (2000). Véase también Scharsach y News Verlagsgesellschaft v. Austria no. 39394/98, § 30, ECHR 2003-XI).

53. Algunos países carecen de leyes que prohíban específicamente el reclutamiento de terroristas o la participación en organizaciones terroristas, y dependen de leyes generales que prohíben la asociación delictiva, la conspiración y el apoyo al terrorismo²². Otros países cuentan con regímenes legislativos que permiten que se proscriba, por vía ejecutiva o judicial, a grupos calificados de organizaciones terroristas ilegales y, por consiguiente, penalizan el reclutamiento de miembros o la participación en tales organizaciones. Esas leyes deben tener en cuenta el principio de legalidad y el artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que garantiza que:

1. *Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras (...)*
2. *El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás (...).*

54. En consecuencia, habría que establecer por ley procedimientos claros para que las autoridades competentes dictaminen la proscripción de determinados grupos. Deberían elaborarse normas definitorias y probatorias que sirvan para determinar el peligro social que justifique la proscripción de un grupo. Es preciso prever un mecanismo de análisis independiente que permita cuestionar y corregir las determinaciones. Es necesario adoptar una decisión jurídica respecto de las consecuencias en el derecho interno de la designación de un grupo como terrorista por parte de las Naciones Unidas o un organismo regional y la manera en que se atendería a esas consecuencias. Se debe tener conciencia de que existe la posibilidad realista de que un grupo designado como terrorista cambie de nombre o de estructura formal pero siga siendo, en esencia, la misma entidad peligrosa²³. Una característica común de tales leyes es que la participación en la organización no es punible si la persona se sumó a la organización antes de que ésta fuese proscripta o no participaba activamente en sus actividades tras la proscripción.

55. Respecto de la competencia para dictaminar que una organización es una entidad terrorista, Rusia, Uzbekistán y Turkmenistán asignan esa responsabilidad al poder judicial.

Para que se considere que una organización es terrorista y se proceda a ponerle fin, debe existir una decisión judicial que así lo dictamine (artículo 25 de la Ley de la Federación de Rusia No. 130-FZ sobre la lucha contra el terrorismo, reformada en 2002).

En la India, la Ley de 1967 de (prevención de) actividades ilícitas, reformada en 2004, dispone que esta facultad corresponde al gobierno central. Sólo el comité de revisión, presidido por un juez actual o un ex juez del Tribunal Supremo, está facultado para revisar las decisiones. Una vez que se proscriba un grupo con arreglo

²² Véanse los informes de los Estados Miembros en http://www.un.org/Docs/sc/committees/1373/submitted_reports.html

²³ La India aborda este problema en el artículo 41 de la Ordenanza de (prevención de) actividades ilícitas (2004), que reforma la Ley de 1967 de (prevención de) actividades ilícitas: “No se considerará que ha dejado de existir una asociación por el simple hecho de haberse celebrado un acto formal de disolución o cambio de denominación, sino que sigue existiendo mientras sus miembros mantengan una relación concreta que persiga los fines de tal asociación”.

a este procedimiento por considerársele una organización terrorista, delinque quien se vincula o manifiesta estar vinculado a la organización, invita a otros a apoyar o financiar la organización u organiza reuniones para promover sus actividades.

m. Posesión de elementos o conocimientos relacionados con el terrorismo

56. Uno de los tipos de acto preparatorio que se tipificó como delito hace mucho tiempo para facilitar la prevención del delito es la posesión no autorizada o injustificada de artículos típicamente asociados a la tentativa de cometer un delito, tales como equipos para falsificar moneda o armas. Tradicionalmente, la posesión intencional no autorizada de artículos peligrosos es punible existan o no pruebas de que hubo un intento independiente de comisión o que se consumó un delito en el que de hecho se les dio un uso ilícito. En el párrafo 27 de la parte B de la *Guía legislativa de las convenciones, los convenios y los protocolos universales contra el terrorismo*²⁴ figuran ejemplos de leyes de seguridad en la aviación que no sólo tipifican como delitos los atentados violentos en los aeropuertos internacionales, sino que procuran prevenirlos mediante la prohibición de introducir armas u otros artículos peligrosos en los aeropuertos.

57. En Sudáfrica, la Ley de protección de la democracia constitucional contra el terrorismo y actividades conexas (2004) prohíbe, en el apartado f) del párrafo 2 de su artículo 3, la posesión de todo aquello que se asocie a la participación en una actividad terrorista si la persona que lo posee sabe o se presume razonablemente que debería haber sabido o sospechado de tal asociación. En Australia, el artículo 101.4 de la Ley de 2002 por la que se enmienda la legislación sobre seguridad (terrorismo) prohíbe la posesión, negligente o a sabiendas, de todo aquello que esté relacionado con la preparación de un acto terrorista, la participación en él o la colaboración para su comisión. Estas leyes no necesariamente implican el principio de certeza propio del estado de derecho en la etapa de imputación de cargos o enjuiciamiento, ya que uno de los elementos fundamentales que debe demostrarse antes de condenar a su poseedor es la intención deliberada de utilizar el objeto en cuestión o la presunta imprudencia a ese respecto. No obstante, para aplicar una ley de ese tipo, los organismos de patrulla e investigación deben ejercer una estricta supervisión y control a fin de evitar arbitrariedades. La experiencia de control de pasajeros en los aeropuertos tras los atentados de septiembre de 2001 demostró la amplitud con la que el personal de seguridad ha interpretado la categoría de objetos peligrosos o sospechosos, incluidos los alicates de uñas.

58. Dado que en un primer encuentro con la policía quizás resulte difícil determinar la intención con la que se posee determinado objeto, una ley según la cual la licitud de la posesión de un objeto esté sujeta al posible uso que se le ha de dar confiere un amplio margen de discrecionalidad a las autoridades encargadas de la seguridad pública. Ese margen de discrecionalidad implica que los funcionarios ejecutivos de los organismos de seguridad pública deben asumir la responsabilidad afirmativa de velar por que no se cometan arbitrariedades en la aplicación de la ley. Para ello, es preciso que presten especial atención a los procedimientos por los que se garantiza la existencia de una razón o política susceptible de justificación detrás de toda intromisión. Hay que tener presente el riesgo real o percibido de que el control se torne discriminatorio por motivos de raza, etnia o cultura y tratar de

²⁴ http://www.unodc.org/pdf/crime/terrorism/explanatory_english2.pdf

reducirlo al mínimo. En los artículos 9 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se abordan algunas de las garantías que atañen en particular a la aplicación de una ley amplia de facultades estatales:

Artículo 9. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias (...).

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad (...).

Artículo 26. Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

59. Hay varias leyes nacionales que requieren que las personas informen a las autoridades si saben de alguna actividad terrorista. El párrafo 8 del artículo 261 del Código Penal de Hungría castiga a toda persona que tenga información fiable acerca de la preparación de un acto terrorista pero no la dé a conocer a las autoridades a la mayor brevedad posible. Según el párrafo 3 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho (...):

(g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable (...).

En consecuencia, se debe interpretar que las leyes nacionales que penalizan el ocultamiento intencional de toda información sobre delitos de terrorismo o su preparación no exigen que la persona que participa en un delito produzca pruebas contra sí misma. Mediante una cláusula adecuada de inmunidad, es posible hacer que una persona que ha ocultado información sobre actos de terrorismo preste declaración so pena de prisión, si se garantiza que el testimonio no será utilizado como prueba contra el testigo excepto en caso de juicio por falso testimonio.

n. Adiestramiento y otras formas de asociación con grupos terroristas

60. En el artículo 22 de la Ley de Tanzania de 2002 para la prevención del terrorismo se sanciona el reclutamiento de miembros de grupos terroristas, la asociación con esos grupos y el adiestramiento en territorio tanzaniano con la finalidad de perpetrar los actos que se prohíben en el apartado a) de dicho artículo. La prohibición del apartado a) comprende también los actos perpetrados en Tanzania con la intención de promover o facilitar actos de violencia en un estado extranjero, se haya cumplido o no su cometido. Esta ley es un ejemplo de legislación creada para impedir que se emplee el territorio de un país como refugio desde donde se atente contra otros estados.

61. Algunas leyes prohíben que las personas se asocien repetida y deliberadamente con miembros, defensores o directores conocidos de una organización terrorista proscrita por el Estado para prestarle apoyo. Esta prohibición afecta el derecho a asociarse libremente previsto en el artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos

Civiles y Políticos, citado en el párrafo 53 *supra*, al igual que la libertad de expresión amparada en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En el párrafo 1 del artículo 102.8 del Código Penal de Australia se sanciona la “asociación con organizaciones terroristas”, pero esta disposición no se aplica en el ámbito familiar, en el marco del culto y las prácticas religiosas públicas, a la asociación con fines humanitarios o para prestar asesoramiento o representación jurídica, o si la aplicación del artículo transgrede una doctrina constitucional que ampare implícitamente la libertad de expresión política.

B.2. Mejoras procesales

a. Necesidad de integrar mecanismos sustantivos y procesales en el marco del estado de derecho

62. Una vez que se han definido claramente las formas de planificación y preparación de actos violentos de terrorismo y las modalidades de incitación y apoyo a tales actos que pueden considerarse lícitamente delitos penales a fin de satisfacer los principios de legalidad y certeza, se deberá hacer la revisión correspondiente de los mecanismos procesales. Toda estrategia preventiva exige que los mecanismos probatorios y de investigación legítimos faciliten la intervención del ministerio público antes de que el terrorismo provoque tragedias y, al mismo tiempo, respeten las garantías procesales arraigadas en el estado de derecho. Sería frustrante penalizar la planificación y preparación de atentados terroristas pero no permitir que se empleen las técnicas secretas de investigación necesarias para obtener pruebas de dichos planes y preparativos. Entonces, ¿qué mecanismos cumplen las normas internacionales que permiten que la policía, los organismos nacionales de seguridad, los fiscales y los magistrados a cargo de la investigación obtengan pruebas legítimas y confiables de la preparación de actos terroristas antes de que ésta dé lugar a la violencia? Es fundamental que, antes de examinar los mecanismos procesales destinados a facilitar la tipificación de delitos sustantivos para prevenir el terrorismo, se ponga de relieve un imperativo primordial: no se puede permitir que ninguna medida procesal atente contra las garantías del estado de derecho. Esto significa que han de observarse los procedimientos previstos en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en todos los casos excepcionales en que un Estado desee suspender la aplicación de los artículos del Pacto que permiten apartarse de las garantías en cuestión. Está prohibida la suspensión de los artículos que versan sobre el derecho a la vida (artículo 6), las torturas (artículo 7), la esclavitud y la servidumbre (artículo 8), el encarcelamiento por no poder cumplir una obligación contractual (artículo 11), delitos *ex post facto* (artículo 15), el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 16), la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (artículo 18, sujeto a las limitaciones necesarias de las manifestaciones peligrosas de creencias en virtud del párrafo 3). Si no existe suspensión con arreglo al artículo 4, se deben respetar estrictamente las garantías procesales de ser informado de las razones de la detención y de la acusación, de ser llevado sin demora ante un juez, de ser juzgado dentro de un plazo razonable, de apelar la legalidad de la prisión y de obtener la debida reparación en caso de ser ilegalmente detenido o preso. Además, en el mismo supuesto de que no existiera suspensión alguna, el artículo 14 ampara el derecho a que se presuma la inocencia del acusado y las garantías de un juicio justo, así como los derechos a la igualdad ante la ley, a ser asistido por un defensor de su elección, a

interrogar y llamar a los testigos, a ser asistido por un intérprete y a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable. Como se prevé en el artículo 4, dichas suspensiones, proclamadas oficialmente, son lícitas sólo en la medida estricta en que lo exijan las situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y no deben ser discriminatorias.

b. Información recabada con la cooperación de la comunidad

63. La capacidad de recabar información sobre los conspiradores y sus actividades es, sin duda, el elemento clave del procesamiento de los terroristas. Existe consenso acerca de que un ejemplo de enfoque inadmisibles fue del Ministerio de Seguridad del Estado de un gobierno anterior, que se ha convertido en estereotipo de organismo de seguridad nacional demasiado intrusivo. Según fuentes populares de información, en un país de aproximadamente 17 millones de habitantes, una red civil de 300.000 informantes, también llamados empleados extraoficiales, cooperó con casi 100.000 funcionarios de seguridad e inteligencia de tiempo completo²⁵. Que una organización pública de vigilancia tenga una penetración tan masiva en la sociedad es poco saludable por incontables razones, en particular, por la conducta pública de traición y desconfianza que genera. No obstante, incluso llevado a un extremo, este ejemplo expresa una realidad importante. La seguridad pública depende de la información que sólo puede provenir de los ciudadanos y los vecinos. Las fuerzas de seguridad bien informadas reconocen que la cooperación pública debe ser consecuencia de la confianza que se gane la policía de parte de las comunidades donde quizás se formen o de las que salgan los terroristas, y no del temor ni la opresión. Las autoridades públicas tienen que esforzarse por crear una atmósfera en la que los miembros de la comunidad se identifiquen con los intereses de la seguridad pública y no hagan caso omiso de los grupos peligrosos o la incitación a la violencia por sentirse alienados. Las autoridades de España elaboraron un “Decálogo de colaboración ciudadana”²⁶ en el que se proporciona asesoramiento práctico y, al mismo tiempo, se hace hincapié en la necesidad de que los ciudadanos colaboren en la lucha contra el terrorismo y en la eficacia de este tipo de cooperación. Lord Toby Harris, ex jefe del Servicio Metropolitano de Policía (Londres) declaró lo siguiente:

*La relación especial entre la policía y las diversas comunidades a las que presta servicio es fundamental para mantener un sistema de justicia penal transparente. Sin un alto grado de cooperación, apertura, apoyo y confianza de todas las partes, nuestros tribunales, el poder judicial y la policía pierden la credibilidad necesaria para desempeñar sus funciones*²⁷.

64. Aunque se reciba información fiable de la comunidad y se la combine con la vigilancia física de los sospechosos, la información que obra en los registros públicos y la inteligencia que puedan facilitar los gobiernos de otros países, esas fuentes rara vez proporcionan las pruebas suficientes para dictar una condena penal. La información que proviene de fuente humana, aun de personas cercanas a

²⁵ Véase Enciclopedia Wikipedia, <http://en.wikipedia.org/wiki/Stasi>. Véase también John O. Koehler, Stasi, The Untold Story of the East German Secret Police, <http://www.nytimes.com/books/first/k/koehler-stasi.html>.

²⁶ Decálogo de colaboración ciudadana, <http://www.guardiacivil.org/terrorismo/decalogo/index.jsp>.

²⁷ <http://www.mpa.gov.uk/about/speeches/2003/030430.htm>.

presuntos terroristas y dispuestas a colaborar, tal vez no sirva para iniciar un proceso porque no se basa en observaciones personales inmediatas o porque el informante sólo tiene acceso a información parcial o es objeto de engaños por parte del presunto terrorista. Cuando las actividades de sospechosos representen un peligro potencial pero no haya pruebas suficientes que garanticen una condena, las autoridades deben asumir una actitud pasiva o adoptar medidas proactivas. Observar pasivamente entraña el riesgo de que exista una conspiración que podría desencadenar un acto de violencia sin que lo sepan los observadores. También es poco probable que sea económico. La vigilancia física continua requiere un uso intensivo de recursos y es difícil mantenerla durante un período prolongado, por razones presupuestarias y por la probabilidad de que la descubra el presunto terrorista. La vigilancia intermitente es confiable sólo en tanto advertencia de cambios evidentes en las circunstancias una vez ocurridos, como cuando una persona cambia de empleo o modifica sus actividades rutinarias. Por lo tanto, es preciso considerar medidas proactivas e innovadoras para recabar pruebas.

c. Controles que permiten presentar como prueba información sobre seguridad nacional

65. Los organismos de inteligencia sobre seguridad nacional suelen tener acceso a fuentes de información técnicas y extranjeras que no están disponibles para los organismos locales que trabajan dentro del sistema de justicia penal. Con el objeto de resguardar a las fuentes confidenciales sensibles, estos organismos quizás no estén dispuestos a compartir cierta información. En algunos casos tal vez faciliten una versión expurgada para que se emplee sólo con fines de investigación, pero no para que se presente como prueba ni se use para imputar cargos. El apartado e) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantiza que, a la hora de definir los cargos que se le imputan, el acusado tiene el derecho:

A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo (...).

Para atenerse a esta garantía, por lo general las autoridades tienen que tomar decisiones difíciles, por ejemplo, deben decidir entre proteger el anonimato de una fuente encubierta de información o utilizar la información como prueba y exponer la fuente técnica o humana al interrogatorio que exige el Pacto. Algunos países han puesto a prueba procedimientos que permiten un grado limitado de anonimato, por lo menos en lo que respecta al público y al acusado, aunque el tribunal y los abogados defensores quizá conozcan la verdadera identidad del testigo o fuente.

66. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha contemplado el uso de testigos anónimos en relación con el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Ha sostenido que el Convenio no descarta el empleo de fuentes tales como los informantes anónimos en la etapa de investigación, pero ha reconocido las dificultades inherentes al uso de tales fuentes durante el proceso:

Si la defensa desconoce la identidad de la persona que procura interrogar, es posible que carezca de los detalles que le permitan demostrar que esa persona es prejuiciosa, hostil o poco fiable²⁸.

²⁸ Kotovski c. los Países Bajos, 20 de noviembre de 1989, párrafo 42.

The Court has identified a number of safeguards that can permit withholding the identity of a witness from an accused consistently with rule of law and human rights principles. It must be established that use of the measure was strictly necessary, and that “the handicaps under which the defence laboured were sufficiently counterbalanced by the procedures followed by the judicial authorities”²⁹ (such as allowing defence counsel to question the witness, with knowledge of his or her identity, in the presence of the judge). The Court also advised that such evidence should be treated with extreme care and should not be relied upon solely or to a decisive extent as the basis for a finding of guilt.³⁰

67. Cuando los servicios de inteligencia están dispuestos o se ven obligados a permitir que se utilice su información con fines probatorios o de investigación, es preciso asegurarse de que no se comprometan los valores esenciales de integridad y determinación de la verdad en el sistema de justicia penal. Cuando los procedimientos del derecho penal protegen la confidencialidad de la información que no se toma como prueba, quizá se disponga de más fuentes que produzcan pruebas independientes sin comprometer las fuentes y los métodos confidenciales. Esto resulta incuestionable si se puede verificar la fiabilidad de las pruebas interrogando a testigos independientes durante el juicio. Un ejemplo sería la información de una fuente humana o técnica protegida que permitiera que las autoridades responsables de hacer cumplir la ley observaran y decomisaran un embarque de armas ilícitas y dieran prueba fehaciente de todos sus actos, excepto de la fuente de la información que los llevó a la escena. En el Reino Unido, el artículo 17 de la Ley de reglamentación de los poderes de investigación, de 2000, prohíbe que el gobierno dé a conocer la existencia o pruebas de comunicaciones intervenidas en procedimientos judiciales. Esta norma fomentaría y resguardaría la vigilancia técnica, pero privaría a los resultados de valor probatorio. Por lo general, los países de la Comunidad de Estados Independientes cuentan con leyes minuciosas que controlan las actividades operacionales de investigación, establecen las autorizaciones que debe emitir un tribunal o un fiscal y especifican los usos aceptables y el grado de confidencialidad que se debe observar respecto del producto de la investigación.

68. Cuando las leyes procesales penales generan un riesgo inadmisibles o imprevisible de que se conozcan las fuentes y los métodos de información, los organismos de inteligencia procurarán proteger sus fuentes y no compartir información, ni siquiera con fines no probatorios. El derecho reconocido en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de interrogar testigos de cargo no determina si el acusado tiene derecho a examinar las fuentes por las que se llegó a esos testigos. En la jurisprudencia nacional, este tema se ha tratado desde varios ángulos. Sin embargo, deben observarse todas las garantías del acusado que estén plasmadas en la legislación nacional, cualesquiera sean, y protegerse la integridad del proceso judicial. Las autoridades deben guardarse de todo disimulo u ocultación de fuentes de inteligencia que pudiera representar fraude o tergiversación durante el proceso judicial. En el Canadá, la Ley C-36 contra el terrorismo, promulgada el 18 de diciembre de 2001, reconoció la necesidad de prever estas cuestiones. En el artículo 83.05 se dispone que el Procurador General elabore una lista de entidades terroristas, sujeta a revisión judicial, y se establece un

²⁹ Doorson v. the Netherlands, 26 March 1996, para. 72.

³⁰ *Idem*, para. 76.

procedimiento por medio del cual es lícito que se resuman para la defensa aquellas pruebas que comprometen la seguridad nacional o la vida humana. En el artículo 83.06 se adoptan disposiciones especiales respecto de la información proveniente de organizaciones internacionales y gobiernos extranjeros. El material sensible que provean dichas fuentes se puede remitir a los tribunales para que éstos determinen si es necesario resumirlos para la defensa con el fin de presentarlos como prueba. Si los tribunales lo consideran necesario, el Procurador General puede disponer que se retire el material sin que se ponga en peligro su confidencialidad, con lo que se protegen las fuentes y los métodos de la organización internacional o gobierno extranjero.

d. Operaciones secretas y consideraciones de política pública

69. Mediante las operaciones secretas es posible recabar información y pruebas sin que lo sepan las personas que son objeto de investigación. En algunos sistemas jurídicos queda a criterio de la policía recurrir o no a operaciones secretas, y éstas no están sujetas a procedimientos jurídicos formales, aunque puede haber procesos internos de aprobación para garantizar una supervisión prudencial. En otros sistemas, las operaciones secretas o la entrega controlada requieren la aprobación de un fiscal o juez, siempre que cumplan criterios establecidos por ley. En Alemania, por norma, la intervención de un investigador secreto tiene que ser aprobada por el ministerio público³¹. Si un peligro inminente llama a la acción inmediata sin que exista dicha aprobación, ésta debe conseguirse transcurridos tres días o, de lo contrario, hay que suspender la operación. En Francia, cuando se trata de delitos tales como los actos terroristas, el fiscal público o, por asesoramiento de este magistrado, el juez de investigación puede autorizar una operación de infiltración³².

70. Una de las garantías relacionadas con este tema y presente en la mayoría de los sistemas jurídicos es el derecho a defenderse de los cargos de responsabilidad penal o rechazar las pruebas durante el proceso, si el informante o agente secreto actúa como agente provocador e incita al acusado a cometer un delito, venciendo la renuencia de una persona inocente que de otro modo no hubiera cometido ese tipo de delito:

Bajo pena de nulidad, estos actos [del agente secreto] no pueden constituir una instigación a la comisión de un delito³³.

71. El período de aprendizaje y el proceso de selección por el que tiene que pasar un candidato para ser miembro de una institución delictiva profesional como la mafia siciliana o americana tienden a impedir la infiltración a fondo, por motivos normativos y prácticos. Un gobierno no puede permitir que sus funcionarios

³¹ Der Einsatz eines Verdeckten Ermittlers ist erst nach Zustimmung der Staatsanwaltschaft zulässig. Besteht Gefahr im Verzug und kann die Entscheidung der Staatsanwaltschaft nicht rechtzeitig eingeholt werden, so ist sie unverzüglich herbeizuführen; die Maßnahme ist zu beenden, wenn nicht die Staatsanwaltschaft binnen drei Tagen zustimmt. StPO, párrafo 1, artículo 110b.

³² Lorsque les nécessités de l'enquête ou de l'instruction concernant l'un des crimes ou délits entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 le justifient, le procureur de la République ou, après avis de ce magistrat, le juge d'instruction saisi peuvent autoriser qu'il soit procédé, sous leur contrôle respectif, à une opération d'infiltration dans les conditions prévues par la présente section. Ley de 9 de marzo de 2004, artículo 706-81.

³³ Artículo 706-81, Code Pénal.

presencien la violencia que caracteriza el período de aprendizaje en la mafia ni participen en ella, ni puede poner en riesgo a un agente secreto, sin protección ni supervisión, en un ambiente delictivo durante un período prolongado. Es factible infiltrarse, aunque no sea por completo, en una organización delictiva cuando éstas incursionan en el mercado para vender productos u ofrecer servicios ilícitos o comprar transporte aéreo, servicios de comunicación, construcción de compartimentos ocultos para el contrabando en vehículos, servicios de blanqueo de dinero o, en el caso de los terroristas, documentos, explosivos o servicios de viaje falsos. En los intercambios comerciales de este tipo se puede hacer que la operación secreta parezca atractiva y creíble, al tiempo que se controla el contacto con las personas objeto de investigación y se preserva la seguridad y la supervisión. La mayoría de las organizaciones terroristas no tienen un período de aprendizaje tan estructurado y prolongado como el de las familias de mafiosos. Cuando los terroristas trafican drogas o procuran explosivos, como los que cometieron el atentado con bombas en Madrid en marzo de 2004, o pretenden conseguir documentación falsa, nuevos miembros o fondos, quizás estén más expuestos a la penetración que las organizaciones delictivas profesionales. Sin embargo, es preciso que las autoridades gubernamentales cuenten con una autorización judicial clara para proceder antes de explotar la vulnerabilidad de los terroristas. Además, tendrían que procurar el más amplio consenso político posible acerca de la medida en que la comunidad tolerará la penetración de la operación secreta. Inevitablemente, para infiltrarse en una organización terrorista habrá que mentir, engañar y traicionar a otras personas. La penetración de lleno en los círculos terroristas tal vez suponga contribuciones financieras engañosas, creencias simuladas y la intrusión en sitios religiosos. Es posible que se critique esas tácticas por sacrílegas o por conllevar intolerancia racial, odio étnico o cultural u otras formas de discriminación.

e. Supervisión técnica y controles judiciales

72. Incluso un grupo terrorista autónomo y disciplinado, capaz de esquivar estrategias secretas, puede estar expuesto a otras técnicas especiales de investigación. La información recabada a partir del contacto con los vecinos, asociados y ex parejas amorosas de un presunto terrorista quizá dé indicios de sus planes delictivos, aunque no proporcione pruebas. Mediante la vigilancia física del sospechoso, tal vez se pueda localizar a los asociados que hayan documentado las historias de los viajes a los campamentos de entrenamiento terrorista o registrar antecedentes penales de actos violentos o terroristas. Se podría encontrar a un miembro del grupo sospechoso mientras éste filma los blancos que por lógica serían de interés a potenciales terroristas, tales como una planta potabilizadora, un lugar de culto de una religión objeto de odio o un auditorio u otro lugar donde estuviera previsto un acto político. En algún momento, la combinación de las circunstancias puede justificar la vigilancia técnica de conformidad con las disposiciones aplicables que amparan la privacidad según el derecho interno.

73. Una vez que se cuenta con la cantidad de información necesaria para poder emplear técnicas especiales de investigación, la necesidad de un grupo delictivo de comunicar su plan de actividades presenta una oportunidad evidente de obtener pruebas. Para intervenir comunicaciones terroristas, quizá hagan falta procedimientos complejos de autorización. Por lo general, los recursos sustanciales deben estar contemplados en los presupuestos, en especial cuando se trata de

comunicaciones en otros idiomas para las que se necesitan técnicas de interpretación o codificación u otros sistemas electrónicos complejos. No obstante, hay algunas técnicas que permiten recabar pruebas más convincentes que la voz de un sospechoso u otra comunicación grabada durante la planificación de un delito violento o la reivindicación de atrocidades cometidas en el pasado. La vigilancia coordinada de las comunicaciones quizá sirva para controlar el grado de aceptación que tiene un operativo secreto o las relaciones de un informante con la célula terrorista y aumentar la seguridad con que se trabaja. Se puede aprovechar el contacto explícito con los sospechosos en pos del cumplimiento de la ley para hacerlos hablar, en el lugar intervenido o vigilado, sobre otros participantes o actividades, o sobre la ubicación de materiales peligrosos o probatorios.

74. Muchos admiten la utilidad de las técnicas especiales de investigación tales como la vigilancia electrónica y la necesidad de emplearlas. GAFISUD, organismo regional para América Latina del estilo del Grupo de Acción Financiera, llegó a la conclusión de que la mayoría de sus miembros permitía el uso de diversas técnicas de vigilancia electrónica, de las cuales las más comunes eran las escuchas telefónicas. La única excepción era Bolivia, dada una prohibición constitucional³⁴. Según un estudio realizado por el Consejo de Europa, de los 37 países que respondieron, sólo Chipre y Suecia informaron que sus sistemas jurídicos no permitían las escuchas, que supuestamente se refieren a la vigilancia no consensuada mediante el uso de micrófonos, en contraposición a la interceptación de comunicaciones electrónicas, que Suecia sí permite³⁵.

f. Duración de la detención (párrafo 3 del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Observación general N° 8, Comité de Derechos Humanos)

75. No hay respuesta precisa ni universalmente fidedigna a la pregunta de cuántas horas o días puede permanecer detenida una persona en virtud del estado de derecho antes de ser acusada o puesta en libertad en una causa de terrorismo³⁶. El artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, citado anteriormente, se limita a referirse al derecho de una persona de ser llevada “sin demora” ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y al derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. El Estatuto de la Corte Penal Internacional no es más terminante en tanto fuente de orientación. En su artículo 59, prevé que el detenido “*será llevado sin demora ante la autoridad judicial competente*” para determinar si la detención se llevó a cabo conforme a derecho. Las leyes nacionales difieren considerablemente, y muchos sistemas permiten la detención prolongada durante el período de investigación bajo la supervisión judicial una vez que un magistrado neutral haya determinado a título preliminar que existen motivos para efectuar la investigación o iniciar el juicio. El Comité de Derechos Humanos que se estableció para vigilar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos tiene la atribución de efectuar

³⁴ Directivas sobre Técnicas Especiales de Investigación, julio de 2005, GAFISUD.

³⁵ Terrorismo: técnicas de investigación especiales

³⁶ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha concluido que la detención policial de cuatro días y seis horas de duración para investigar una causa de terrorismo violaba el artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Brogan and others c. el Reino Unido*, 29 de noviembre de 1988, Serie A, n° 145-B.

Observaciones generales sobre su aplicación. La Observación general N° 8, emitida en 1982, afirma que:

“El párrafo 3 del artículo 9 estipula que toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada “sin demora” ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales. La legislación de la mayoría de los Estados Partes establece plazos más precisos y, en opinión del Comité, las demoras no deben exceder de unos pocos días”.

Algunos países permiten la prisión preventiva por motivos de peligrosidad más que por los antecedentes penales. En Malasia y Singapur, es el poder ejecutivo el que determina la peligrosidad, mientras que en Italia y el Canadá esta facultad corresponde al poder judicial. El período permitido se extiende de 3 días en el Canadá, seguidos de condiciones restrictivas, hasta un año o más en otros países.

g. Interrogatorios (artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes)

76. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

Con respecto al interrogatorio de terroristas detenidos, causa preocupación el temor de que se empleen medidas inadmisiblemente coercitivas, incluso aunque no lleguen a ser los “dolores o sufrimientos graves” que prohíbe la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Quizá resulte imposible evitar el uso de medidas que inflijan dolor o molestias durante la custodia policial y a fin de garantizar la seguridad de los guardias y del personal encargado de los interrogatorios. A la inversa, las molestias que no responden a necesidades legítimas de custodia y seguridad y tienen como propósito quebrar la voluntad del interrogado para confirmar cierta información son inadmisibles en virtud del apartado g) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El artículo declara que toda persona tiene derecho “a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”.

77. Algunos países prohíben la detención en régimen de incomunicación. La Constitución de Filipinas prevé en el párrafo 2 del artículo 12 de la Parte 3 que “están prohibidos los lugares de detención clandestina, el aislamiento y la incomunicación u otras formas similares de detención”. Una Ley de 1992 condena además:

“a quien obstruya, impida o prohíba a un familiar cercano o abogado de una persona arrestada, detenida o bajo custodia, o a un médico clínico, sacerdote o pastor religioso elegido por esa persona o por un familiar cercano o por su abogado defensor que la visite y se reúna con ella en privado o que lo revise o le proporcione

tratamiento o que vele por sus necesidades espirituales a cualquier hora del día o, en casos urgentes, de la noche³⁷”.

Asimismo, la nueva Constitución Política de la República del Ecuador establece que “nadie podrá ser incomunicado” (párrafo 6 del artículo 24) y el Código Penal reitera que “en ningún caso y bajo ninguna circunstancia, nadie podrá ser incomunicado, ni aun con fines de investigación” (artículo 72).

78. Evitar el riesgo de que un sospechoso alerte a otros miembros de una célula terrorista o acuerde ocultar o destruir pruebas. El artículo 520 del Código Procesal Penal español permite que un juez ordene que una persona esté detenida durante cinco días, como máximo, sin contacto con el exterior, salvo un abogado defensor designado por el tribunal para proteger los derechos de la persona. Es posible que se conceda una prórroga de cinco días y, en determinadas circunstancias, tres días más.

h. Incentivos para los testigos

79. Los testigos en directo pueden ser de fundamental importancia porque representan fuentes independientes de pruebas y dan más valor probatorio a las comunicaciones intervenidas. Las intervenciones que se realizan con micrófonos suelen ser ininteligibles por el ruido de fondo. Incluso las conversaciones telefónicas que se oyen claramente o los mensajes de correo electrónico interceptados pueden carecer de sentido alguno si las personas que se están comunicando emplean códigos o no explican el contexto de sus referencias. El recurso más útil para explicar dichas conversaciones o describir los planes de los terroristas de no poder intervenir las líneas es una persona que haya participado en la conversación o el grupo. Para garantizar la cooperación de esa persona, se necesita una combinación de vulnerabilidad jurídica del individuo y capacidad del sistema de justicia penal de ofrecer incentivos. Estos incentivos pueden consistir en una disposición de inmunidad o un acuerdo de reducción de pena, a los que se llegue por discreción del fiscal, reducciones establecidas por ley, clemencia, indulto, o un programa de protección de testigos. La mayoría de los sistemas de *common law* de casi todo el mundo permiten el procesamiento facultativo, y la decisión de no presentar cargos no está sujeta a revisión ni supervisión judicial. En el sistema de enjuiciamiento obligatorio de Italia, fue necesario emplear incentivos legales para fomentar la desvinculación de los miembros de las Brigadas Rojas durante la situación de emergencia terrorista de fines de los decenios de 1970 y 1980. La legislación aprobada en 1981 alentaba a los llamados *pentiti* a renunciar a la actividad terrorista y a cooperar con las autoridades a cambio de protección y otros incentivos. Luego se adaptó la legislación para fomentar la deserción de la mafia y otros grupos de delincuencia organizada.

80. Los programas de protección de testigos son un instrumento útil para abordar los casos que suponen un alto potencial de violencia. Custodiar los hogares de los testigos puede ser demasiado costoso. Albergar a los testigos en un campo militar o en una estación de policía es apenas una solución temporaria. La forma más permanente de protección consiste en reubicarlos y darles una nueva identidad, aunque es difícil conseguir documentos nuevos. La nueva identidad debe estar respaldada por una historia personal, por lo general para toda una familia, que pueda pasar la verificación de rutina; por lo tanto, se deben crear y armonizar registros. Es

³⁷ Ley N° 7438 de la República, 27 de abril de 1992, apartado b) del artículo 4.

posible que haya que eliminar la identidad anterior de los registros legales, de modo que una persona con documentación nueva no sea responsable civil ni penalmente por negar u ocultar información que no concuerde con la nueva identidad. En especial en los casos de testigos anteriormente involucrados en delitos con fines económicos, es necesario prever la posibilidad de fraude y abuso financieros, asegurándose de que una nueva cuenta e historia de vida no faciliten excesivamente esas conductas. Quizás convenga que las autoridades gubernamentales tengan inmunidad legal por la responsabilidad de redocumentación y el manejo de los casos que se hicieran de buena fe, cuando no exista conducta temeraria ni intencional. Tal vez sea aconsejable también que las autoridades que recurren a testigos en las investigaciones y procesos no carguen con la responsabilidad de determinar los plazos de protección/reubicación ni de tomar decisiones que revoquen la protección o conlleven la encarcelación del testigo. Habrá tensiones entre el deber de preservar la identidad de la persona reubicada y el de proteger la seguridad de la comunidad donde se la inserta. En un sistema federal se puede prever la necesidad de tomar decisiones normativas y establecer mecanismos de enlace entre las autoridades nacionales y estatales y los protocolos que rigen el manejo de la información que pudiera poner en peligro la seguridad de una persona protegida. En el contexto internacional, sería útil que las leyes nacionales previeran la protección de testigos extranjeros con un criterio recíproco, lo que implicaría competencia jurídica para los procedimientos de inmigración, la emisión de documentos de identidad y el reconocimiento legal de una nueva identidad.

i. Normas probatorias

81. Las garantías procesales también deben concordar con el tipo de prueba que se obtiene cuando se investiga la preparación de delitos de terrorismo. ¿Puede condenarse a una persona únicamente por el testimonio de un cómplice, coautor, colaborador, encubridor u otra persona vinculada al delito en cuestión? Si fuera necesario corroborar la declaración, ¿podría hacerse en general o debería atenderse a cada uno de los elementos del delito según el testimonio del testigo? Las leyes específicas contra el terrorismo exigirán que se determine qué inferencias o supuestos jurídicos habría que formular para su aplicación, por ejemplo, si el hecho de que una persona posea muchas copias de determinado material que incita a la comisión de delitos por odio racial permite inferir que tenía la intención de distribuirlos. En el párrafo 50 se mencionó que algunos países han tipificado como delito la exhibición pública de ciertos símbolos. Otros países no penalizan la exhibición en sí pero, por ejemplo, el apartado 4 del artículo 83.18 del Código Penal del Canadá prevé la siguiente consecuencia probatoria:

Para determinar si un acusado participa en una actividad de un grupo terrorista o contribuye con ella, el tribunal puede considerar, entre otras cosas, si el acusado

- (a) Utiliza un nombre, palabra, símbolo u otro tipo de representación que identifique al grupo terrorista o se asocie con él.

j. Refuerzo de las medidas contra la financiación del terrorismo por vía normativa

82. Fundamentalmente, el presente debate trata sobre medidas de justicia penal, pero no se puede pasar por alto la necesidad de contar con mecanismos civiles y normativos que desalienten y frustren la preparación de actos terroristas. Las medidas más articuladas son aquellas que se refieren a la financiación del

terrorismo. El artículo 18 del Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo pide a los Estados Partes que adapten su legislación nacional para “impedir que se prepare en sus respectivos territorios la comisión de esos delitos tanto dentro como fuera de ellos (...)”. El artículo luego especifica las medidas que deberían tomarse y que se corresponden con muchas de las Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera (GAFI). Entre estas medidas figuran la identificación de los clientes, los procedimientos de debida diligencia, el mantenimiento de un registro y la notificación de operaciones sospechosas. Desde 2001, el GAFI ha adoptado nueve Recomendaciones especiales contra el financiamiento del terrorismo, entre las cuales se incluyen controles para impedir el uso indebido de organizaciones benéficas para financiar el terrorismo y los movimientos transfronterizos de efectivo. Las principales instituciones financieras internacionales, el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, han aunado esfuerzos con el GAFI para adoptar una metodología conjunta que permita evaluar la capacidad de un país para combatir el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo.

Esta metodología proporciona una lista detallada de verificación para todo aquel país que quiera realizar una autoevaluación de sus mecanismos de prevención del blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo³⁸.

83. Una de las cuestiones más problemáticas de la cooperación contra el terrorismo radica en el aseguramiento y la incautación de fondos terroristas. El artículo 8 del Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo exhorta a los Estados Partes a que adopten las medidas necesarias para la identificación, la detección, el aseguramiento, la incautación y el decomiso de fondos asignados para cometer delitos de terrorismo y del producto obtenido de esos delitos. Dado que las resoluciones que adopta el Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas tienen como objetivo restablecer la paz y la seguridad, su carácter es coercitivo, no punitivo. Conforme a este propósito coercitivo, las Resoluciones 1267, 1333, 1373, 1390 y 1617 sólo requieren el aseguramiento (y no el decomiso) de activos para impedir que se usen con fines terroristas y disuadir a las personas a quienes se priva de sus activos de que sigan participando de actividades terroristas. Los individuos y las entidades cuyos activos se aseguren son designados como terroristas directamente por resoluciones específicas del Consejo o por medio de un proceso del Comité regido por la Resolución 1267 y posteriores. Ambos procesos se llevan a cabo por interacción diplomática, conforme a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta, más que por proceso judicial.

84. El Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo contempla que las leyes reglamentarias permitan el aseguramiento, la incautación y el decomiso del producto y los instrumentos destinados a la comisión de actos terroristas. Las resoluciones del Consejo de Seguridad se aplican de forma más general a la posesión de bienes con fines inofensivos y de origen inofensivo, salvo que estuvieran asociados a una persona designada como terrorista por las Naciones

³⁸ Para más información sobre el GAFI, véase Methodology for Assessing Compliance with the FATF 40 Recommendations and FATF 9 Special Recommendations, <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/45/15/34864111.pdf>, en inglés y <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/42/28/35650516.pdf>, en francés.

Unidas o un Estado Miembro. En cumplimiento de las resoluciones, un país puede incautar fondos pero no tener más fundamentos para decomisarlos que las doctrinas de abandono o reversión si nadie reclama los fondos. Los principios del estado de derecho prohibirían el decomiso de bienes sin autorización legislativa. Del mismo modo, para que un estado pueda congelar un bien es imprescindible que recabe pruebas o que se las proporcionen para cumplir los requisitos legales del decomiso. En respuesta a estos problemas, los países están aprobando cada vez más leyes que establecen procedimientos jurídicos internos para aplicar las resoluciones de las Naciones Unidas aprobadas en virtud del Capítulo VII. Además, el Consejo de Seguridad ha respondido a las inquietudes de índole humanitaria y procesal. En su Resolución 1452 permite que las autoridades nacionales liberen los fondos incautados para sufragar los gastos básicos de subsistencia y los extraordinarios. En su Resolución 1617 establece normas que aclaran cuándo se “asocia” a un individuo o entidad con un terrorista o entidad terrorista designada. En la resolución también se pide que se haga una exposición de los hechos que apoye la designación propuesta por un Estado Miembro, que el Comité contra el Terrorismo pueda usar para responder a las preguntas y que pueda publicarse, previo consentimiento del Estado que designa, para ayudar en la aplicación de una acción de aseguramiento.

k. Uso indebido de las organizaciones no gubernamentales

85. El Convenio Internacional de 1999 para la represión de la financiación del terrorismo tipifica como delito la provisión y la recaudación de fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, para cometer actos terroristas. Así, como se explicó en el párrafo 23, el Convenio podría impedir que las organizaciones de “doble uso”, que financian tanto actividades humanitarias meritorias como la lucha armada mediante ataques a civiles, presten apoyo al terrorismo. Las restricciones administrativas efectivas que se imponen a las organizaciones no gubernamentales y sin fines de lucro podrían reducir enormemente el uso indebido de fondos humanitarios y la necesidad de que se lleven a cabo investigaciones y procesos penales. Sin embargo, según las necesidades en cada situación, tanto los recursos administrativos como los penales parecerían guardar coherencia con las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en el párrafo 1 del artículo 22 garantiza el derecho a asociarse libremente, pero en el párrafo 2 del artículo 22 permite las restricciones que sean:

(...) necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

86. En reiteradas oportunidades se ha expresado la preocupación por el uso indebido que se hace de las organizaciones no gubernamentales y sin fines de lucro. Entre las Recomendaciones especiales contra el financiamiento del terrorismo que aprobó el GAFI en octubre de 2001 figura la Recomendación especial VIII sobre las organizaciones sin fines de lucro:

Los países deben revisar la adecuación de las leyes y reglamentos referidos a entidades que pueden ser utilizadas indebidamente para la financiación del terrorismo. Las organizaciones sin fines de lucro son particularmente vulnerables y los países deben asegurar que las mismas no sean utilizadas ilegalmente:

- (i) por organizaciones terroristas que aparezcan como entidades legales;
- (ii) para explotar entidades legales como conducto para la financiación del terrorismo, incluyendo el propósito de evitar las medidas de congelamiento de activos y
- (iii) para esconder y ocultar el desvío clandestino de fondos destinados a propósitos legales hacia organizaciones terroristas.

La metodología del GAFI, el Banco Mundial y el FMI para evaluar el cumplimiento de las normas encaminadas a combatir el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo incluye los tres incisos de la Recomendación especial VIII como criterios esenciales. Ofrece medidas posibles que fueron extraídas de un documento de prácticas recomendadas sobre la Recomendación VII, publicado por el GAFI. Esas medidas ponen de relieve las garantías normativas más que la represión punitiva, incluida la supervisión basada en riesgos del sector sin fines de lucro, el mantenimiento de registros y las obligaciones en materia de presentación de información para fomentar una mayor transparencia en las organizaciones sin fines de lucro, la capacidad para verificar que los fondos se gasten según lo anunciado, la documentación de la gestión de fondos y operaciones (algo que resulta particularmente problemático si los fondos de la organización figuran sólo a nombre de los administradores), la coordinación de la supervisión con otros entes y organismos reguladores pertinentes y la orientación al sector financiero para tratar con el sector sin fines de lucro e informar de operaciones sospechosas. (www.fatf-gafi.org, Methodology).

87. En la Resolución 1526 (2004) el Consejo de Seguridad exhortó a los Estados a que interrumpieran las corrientes de fondos destinados a Al-Qaida, Osama bin Laden o los talibanes, “teniendo en cuenta, en su caso, los códigos y normas internacionales para combatir la financiación del terrorismo, incluso los que tienen por objeto evitar que se recurra en forma indebida a las organizaciones sin fines de lucro y los sistemas de envíos de remesas”. En la Resolución 1617 (2005), el Consejo:

Insta encarecidamente a todos los Estados Miembros a que pongan en práctica las normas internacionales completas incorporadas en las cuarenta recomendaciones sobre el blanqueo de dinero del Grupo de Acción Financiera y sus nueve recomendaciones especiales sobre la financiación del terrorismo.

En la Resolución 1624 (2005), el Consejo también hizo un llamamiento a todos los Estados para “(...) impedir la subversión de las instituciones educativas, culturales y religiosas por parte de terroristas y de quienes los apoyan”.

B.3. Mecanismos de cooperación internacional

a. Bases jurídicas de la cooperación internacional

88. Las bases de una estrategia mundial efectiva de lucha contra el terrorismo se encuentran en la ratificación y aplicación de los instrumentos universales vigentes que permitan la cooperación interestatal con fines probatorios, de investigación y extradición. Si bien las disposiciones relativas a la penalización que contienen estos instrumentos son específicas de cada delito y de naturaleza sumamente reactiva,

constituyen las únicas normas comunes para la cooperación jurídica contra el terrorismo que existen a nivel mundial. Toda medida adicional debe atenerse a este marco esencial, porque hoy en día no se cuenta con una base alternativa eficaz. También es necesario reconocer que una red integral de asistencia mutua y extradición basada exclusivamente en los acuerdos universales contra el terrorismo no constituye una posibilidad realista en el futuro inmediato. Los instrumentos universales no se aplican a las etapas de planificación de las asociaciones delictivas o conspiraciones terroristas, aunque el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo sí contempla una forma importante de preparación. Algunos países no permiten que se recurra a las disposiciones en materia de cooperación internacional de los instrumentos universales y, en cambio, requieren que se celebren tratados bilaterales a tal fin. No existe posibilidad realista de que cada uno de los 191 Estados Miembros de las Naciones Unidas suscriba tratados bilaterales completos que abarquen todas las formas de cooperación internacional con los otros 190 países. Las convenciones y convenios regionales pueden comprender a los países vecinos con los que hay interacción frecuente pero carecen de utilidad fuera de esa región o grupo. Muchas de estas limitaciones encuentran solución en el derecho de los países que permiten la extradición y la asistencia para recabar pruebas sin que exista un tratado, sujetas a las salvaguardas contra la discriminación y de otro tipo establecidas en la legislación nacional. Sin embargo, ya sea sobre la base de acuerdos internacionales o del derecho interno, la cooperación internacional enfrenta en la actualidad muchos obstáculos que pueden superarse si hay buena disposición para innovar.

b. Doble incriminación

89. Se ha dicho que el principio de doble incriminación se aplica cuando un país penaliza una conducta que no constituye un delito en el país al que se solicita cooperación internacional. Tradicionalmente, un país al que se solicita cooperación internacional no asistiría a otra nación soberana para investigar, enjuiciar o sancionar un tipo de conducta que, según su derecho interno, no sea lo suficientemente perjudicial como para considerarla delictiva. A veces se cree que este principio establece que los países deberían restringir las definiciones de los delitos de terrorismo a los elementos previstos en los instrumentos universales contra el terrorismo. Con este enfoque quizás se evite la negativa a cooperar por motivos relacionados con la doble incriminación. No obstante, no es un argumento contundente contra la sanción de delitos de preparación de actos terroristas que no están definidos en las convenciones, los convenios y los protocolos de las Naciones Unidas contra el terrorismo. Aunque el terrorismo tiene un carácter cada vez más internacional, el derecho interno puede permitir muchos procesos importantes sin necesidad de recurrir a tipos formales de cooperación internacional que dependan de la doble incriminación. Las definiciones nacionales de responsabilidad penal que abarcan y exceden los delitos definidos en los instrumentos internacionales no impiden que se cumpla un pedido de cooperación de un país que tenga definiciones más limitadas. Sólo crean un problema de doble incriminación cuando se solicita cooperación respecto de una conducta que constituye un delito en el país solicitante pero no en el país al que se pide asistencia. Por lo tanto, aunque es necesario tipificar como delitos por lo menos las conductas que se definen como delitos en las convenciones, los convenios y los protocolos universales, no debe deducirse que

disminuirá la cooperación internacional si el derecho interno también prohíbe conductas que no se definen en esos instrumentos universales.

90. Los problemas de doble incriminación surgen cuando las leyes penales que se promulgan para sancionar conductas antisociales similares contienen requisitos objetivos levemente distintos, tales como la posibilidad de que se castigue a dos personas por conspiración pero que se requieran tres personas para que exista asociación delictiva o participación en un grupo delictivo organizado. Los países desdeñan cada vez más las restricciones históricas a la cooperación internacional y, en cambio, crean modalidades proactivas que hacen hincapié en la discrecionalidad más que en la rigidez. En los últimos años, los países que tienen sistemas similares de valores de justicia penal han ido restringiendo cada vez más el requisito de doble incriminación. Un ejemplo es la orden de detención europea creada por la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea³⁹. El artículo 2 de la Decisión incluye una lista de delitos que, de ser punibles con pena privativa de la libertad u orden de detención por un período máximo de por lo menos tres años en el Estado Miembro que dicta la orden, dan lugar a la extradición sin que se verifique la doble incriminación del hecho.

91. Incluso en los casos en que sigue vigente el principio de doble incriminación, sus efectos restrictivos se ven atenuados por disposiciones e interpretaciones proactivas. Se están reemplazando las interpretaciones que requerían la identidad de la clasificación de los delitos y de sus elementos por el enfoque adoptado en el párrafo 2 del artículo 43 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción:

En cuestiones de cooperación internacional, cuando la doble incriminación sea un requisito, éste se considerará cumplido si la conducta constitutiva del delito respecto del cual se solicita asistencia es delito con arreglo a la legislación de ambos Estados Parte, independientemente de si las leyes del Estado Parte requerido incluyen el delito en la misma categoría o lo denominan con la misma terminología que el Estado Parte requirente.

92. Es un error suponer que la doble incriminación será deficiente a causa del estereotipo según el cual las leyes de conspiración sólo existen en los sistemas de *common law* y que las leyes de asociación delictiva representan exclusivamente el enfoque de la delincuencia grupal propio del derecho continental europeo. Los bastiones del sistema continental europeo como Alemania (párrafo 2 del artículo 30 del Código Penal), España (artículos 17 y 516 del Código Penal) y Francia (artículo 323-4 del Código Penal) tienen leyes de conspiración, al igual que Chile (artículo 8 del Código Penal). Los delitos establecidos en virtud de la *American Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*, creada con el fin de combatir la delincuencia organizada a nivel federal y aplicada también a la actividad terrorista con fines de lucro, y la ley *Continued Criminal Enterprise* sobre narcóticos se asemejan más a una *association de malfaiteurs* que a las conspiraciones del sistema de *common law*, y muestran la creciente convergencia de los enfoques de justicia penal⁴⁰.

³⁹ Decisión 2002/584/JHA, OJ L 190 del 18/07/2002

⁴⁰ Artículo 1962 del título 18 y artículo 848 del título 21 del Código de los Estados Unidos de América.

c. Prescendencia de otras formalidades en materia de cooperación interestatal

93. El hecho de que las autoridades nacionales interactúen cada vez más a nivel operacional hace que se pueda prescindir de las formalidades tradicionales. La orden de detención europea no sólo ayuda a superar el problema de la doble incriminación para la mayoría de los delitos, sino que también prescribe la extradición directa de los sospechosos sin necesidad de observar las formalidades de la práctica tradicional:

Cuando se conoce el paradero de la persona cuya extradición se solicita, la autoridad judicial que efectúa la solicitud puede remitir la orden de detención europea directamente a la autoridad judicial encargada de hacerla cumplir (párrafo 1 del artículo 9).

Todas las dificultades relacionadas con la presentación o autenticidad de los documentos necesarios para hacer cumplir la orden de detención europea deben resolverse a través del contacto directo entre las autoridades judiciales pertinentes o, según corresponda, la participación de las autoridades centrales de los Estados Miembros (párrafo 5 del artículo 10).

94. En algunas jurisdicciones de *common law* se siguen utilizando los juicios abreviados para probar los fundamentos de la extradición, pero incluso los obstáculos que implican disposiciones constitucionales se pueden resolver de una manera proactiva y asimétrica que no se centre en la reciprocidad estricta. El Tratado de extradición entre el Reino Unido y los Estados Unidos de América todavía exige que las solicitudes del Reino Unido estén fundadas en un motivo probable y demostrado para así cumplir con la interpretación que hacen los Estados Unidos de sus normas constitucionales, pero permite que las solicitudes de los Estados Unidos que han de hacer cumplir los tribunales británicos no se funden en pruebas, como sería el caso de una orden de detención europea.

Párrafo 3 del artículo 8 del Tratado de extradición entre el Reino Unido y los Estados Unidos de América

Además del requisito previsto en el párrafo 2 de este artículo, todo pedido de extradición de una persona buscada para ser sometida a juicio debe estar respaldado por:

- (a) Una copia de la orden de detención emitida por un juez u otra autoridad competente;
- (b) Una copia de los documentos de inculpación, si los hubiera, y
- (c) Para los pedidos a los Estados Unidos, toda la información que proporcione un fundamento razonable para creer que la persona buscada cometió el delito por el cual se solicita la extradición.

d. Excepciones de delito fiscal y político

95. El Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, aprobado por 149 Estados en enero de 2006, establece en su artículo 13 que:

Ninguno de los delitos enunciados en el artículo 2 se podrá considerar, a los fines de la extradición o de la asistencia judicial recíproca, como delito fiscal. En consecuencia, los Estados Partes no podrán invocar como único motivo el carácter

fiscal del delito para rechazar una solicitud de asistencia judicial recíproca o de extradición.

96. La excepción de delito político ha recibido más atención gracias al lenguaje empleado en la Resolución 1373, que exhorta a todos los Estados a asegurar:

(...) que no se reconozca la reivindicación de motivaciones políticas como causa de denegación de las solicitudes de extradición de presuntos terroristas (...).

Tanto el Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, ratificado por 145 Partes hasta enero de 2006, como el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo se deshacen de este obstáculo a la cooperación contra el terrorismo utilizando casi la misma redacción:

A los fines de la extradición o de la asistencia judicial recíproca ninguno de los delitos enunciados en el artículo 2 se considerará delito político, delito conexo a un delito político ni delito inspirado en motivos políticos. En consecuencia, no podrá rechazarse una solicitud de extradición o de asistencia judicial recíproca formulada en relación con un delito de ese carácter por la única razón de que se refiere a un delito político, un delito conexo a un delito político o un delito inspirado en motivos políticos.

97. Si se estudian las convenciones y los convenios regionales y los acuerdos bilaterales contra el terrorismo, se observa una tendencia a suprimir la excepción de delito político. Los artículos que establecen que los delitos de terrorismo a los que se hace referencia en esos acuerdos no son delitos políticos están presentes en las convenciones y los convenios contra el terrorismo de la Liga de los Estados Árabes, la Organización de la Unidad Africana, la Organización de los Estados Americanos, la Organización de la Conferencia Islámica, la Asociación del Asia Meridional para la Cooperación Regional, el Convenio del Consejo de Cooperación del Golfo y la Convención Europea para la Represión del Terrorismo, aunque esta última incluye reservas respecto del tratado que permiten expresamente que siga existiendo la excepción. El párrafo 1 del artículo 4 del Tratado de Cooperación entre los Estados Miembros de la Comunidad de Estados Independientes para Combatir el Terrorismo dispone que:

Cuando cooperen en la lucha contra los actos de terrorismo, incluso en relación con la extradición de las personas que los hayan cometido, las Partes no considerarán esos actos más que como delictivos.

98. Es cada vez más frecuente que en los acuerdos bilaterales se especifique la existencia de ciertos delitos violentos que no deben considerarse delitos políticos. El Tratado de extradición entre el Reino Unido y los Estados Unidos excluye las categorías de delitos que son típicas del terrorismo, incluidas las siguientes, de su definición de delitos políticos:

Párrafo 2 del artículo 4

(c) El asesinato, el homicidio, las lesiones causadas deliberadamente o los atentados contra la integridad física;

(d) Los delitos que conlleven el secuestro o cualquier otra forma de detención ilegal, incluida la toma de rehenes;

(e) La colocación o el empleo de un artefacto explosivo o incendiario, o un arma de fuego capaz de poner en peligro la vida, causar lesiones corporales graves o daños graves a los bienes, o la amenaza de colocar o emplear tal artefacto o arma;

(f) La posesión de un artefacto explosivo, incendiario o destructivo capaz de poner en peligro la vida, causar lesiones corporales graves o daños graves a los bienes.

e. Promoción proactiva de los derechos humanos

99. Uno de los factores que posiblemente contribuya a la buena predisposición internacional de suprimir la excepción de delito político de los instrumentos más recientes contra el terrorismo es la creación gradual de garantías menos confusas pero igualmente efectivas. El Convenio de 1963 sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves incorpora una excepción al alcance del Convenio aplicable a las leyes penales de índole política o a aquellas basadas en la discriminación racial o religiosa. Esa referencia no se incorporó en las convenciones ni los convenios sucesivos. En el primer convenio universal que establece un delito penal, el Convenio de 1970 para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, se incluye como única protección para los sospechosos la obligación del Estado de detención de asistir a los detenidos para que se comuniquen sin demora con un representante del Estado del que sea nacional. En comparación, con el correr del tiempo se han ampliado esas protecciones; así, el Convenio Internacional de 1999 para la represión de la financiación del terrorismo garantiza a la persona detenida los siguientes derechos y garantías:

Artículo 9 *(a) Ponerse sin demora en comunicación con el representante más próximo que corresponda del Estado del que sea nacional o al que compete por otras razones proteger los derechos de esa persona;*

(...)

(b) Ser visitada por un representante de dicho Estado;

(c) Ser informada de los derechos previstos en los apartados a) y b) del presente párrafo.

Artículo 15 *Nada de lo dispuesto en el presente Convenio se interpretará en el sentido de que imponga una obligación de extraditar o de prestar asistencia judicial recíproca si el Estado Parte al que se presenta la solicitud tiene motivos fundados para creer que la solicitud (...) se ha formulado con el fin de enjuiciar o castigar a una persona por motivos de raza, religión, nacionalidad, origen étnico u opinión política, o que el cumplimiento de lo solicitado podría perjudicar la situación de esa persona por cualquiera de esos motivos.*

Artículo 17 *Toda persona que se encuentre detenida o respecto de la cual se adopte cualquier medida o sea encausada con arreglo al presente Convenio gozará de un trato equitativo, incluido el goce de todos los derechos y garantías de conformidad con la legislación del Estado en cuyo territorio se encuentre y con las disposiciones pertinentes del derecho internacional, incluido el derecho internacional en materia de derechos humanos.*

100. Los países que no respeten las garantías incluidas en los instrumentos universales y la normativa vigente en materia de derechos humanos corren el riesgo de que otros Estados consideren esas falencias como tortura, confesión coercitiva o violación de los principios del estado de derecho y se rehúsen a extraditar a un sospechoso o a prestar asistencia con fines probatorios o de investigación. La negación a actuar o la falta de acción pueden fundarse expresamente en el artículo 7 o el inciso g) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes o las garantías de un trato equitativo y de no discriminación plasmadas en las convenciones y los convenios universales contra el terrorismo y en los acuerdos bilaterales o regionales. La negativa a cooperar también se hace evidente en la demora, la evasión, los impedimentos técnicos y otras maniobras. Sea cual fuere el recurso diplomático que se emplee, la negativa a cooperar suele ser el resultado final de la falta de confianza en que prevalezca el estado de derecho en un país que requiere asistencia.

f. Cuestiones relativas al asilo y el estatuto de refugiado

101. Los incisos f) y g) del apartado 9 del párrafo 3 de la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad insta a los Estados Miembros a:

(f) Adoptar las medidas apropiadas de conformidad con las disposiciones pertinentes de la legislación nacional y el derecho internacional, inclusive las normas internacionales en materia de derechos humanos, antes de conceder el estatuto de refugiado, con el propósito de asegurarse de que el solicitante de asilo no haya planificado o facilitado actos de terrorismo ni participado en su comisión;

(g) Asegurar, de conformidad con el derecho internacional, que el estatuto de refugiado no sea utilizado de modo ilegítimo por los autores, organizadores o patrocinadores de los actos de terrorismo;

102. La normativa internacional en materia de derechos humanos y refugiados quizás provenga de una serie de instrumentos, incluida la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y el Protocolo de 1967.

Artículo. 31. *Refugiados que se encuentren ilegalmente en el país de refugio*

1. Los Estados Contratantes no impondrán sanciones penales, por causa de su entrada o presencia ilegales, a los refugiados que, llegando directamente del territorio donde su vida o su libertad estuviera amenazada en el sentido previsto por el artículo 1, hayan entrado o se encuentren en el territorio de tales Estados sin autorización, a condición de que se presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales.

Artículo. 32. *Expulsión*

1. Los Estados Contratantes no expulsarán a refugiado alguno que se halle legalmente en el territorio de tales Estados, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público.

2. La expulsión del refugiado únicamente se efectuará, en tal caso, en virtud de una decisión tomada conforme a los procedimientos legales vigentes. A no ser que se opongan a ello razones imperiosas de seguridad nacional, se deberá permitir al refugiado presentar pruebas exculpatorias, formular recurso de apelación y hacerse representar a este efecto ante la autoridad competente o ante una o varias personas especialmente designadas por la autoridad competente.

103. En su artículo 13, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos explica en detalle las garantías procesales que se aplican a los extranjeros que hayan ingresado legalmente a un Estado Parte.

El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas (énfasis añadido).

104. Las expulsiones pueden estar sujetas a otras obligaciones internacionales de conformidad con las convenciones y los convenios pertinentes en materia de derechos humanos. El artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes estipula que:

1. 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. Las protecciones contenidas en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiado y su Protocolo de 1966 no se limitan a la tortura y comprenden la discriminación que represente una amenaza a la vida o la libertad.

2. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.

3. Sin embargo, no podrá invocarse los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.

105. La Secretaría General de las Naciones Unidas ha presentado un informe sobre la “Protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo” a la Asamblea General, de fecha 22 de septiembre de 2005, referencia A/60/374. En este informe se describe un seminario de expertos organizado por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, celebrado en Ginebra en junio de 2005. En la sección titulada “Principio de no devolución y prohibición de la tortura en el contexto de la lucha contra el terrorismo”, los expertos se cuestionaron “si, dado el riesgo de torturas y maltratos,

es necesario establecer un instrumento internacional oficial y vinculante que regule el traslado de personas a través de las fronteras”. En el informe también se expresó la opinión de que “las garantías diplomáticas (que un presunto terrorista no fuera sometido a tortura) no eran suficientes y no deberían constituir un argumento de peso al decidir si se devolvería un refugiado”. Al mismo tiempo, algunos Estados están poniendo de relieve una perspectiva distinta sobre el modo de evaluar el riesgo de tortura o maltrato. En un comunicado de prensa de fecha 20 de octubre de 2005, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos anunció que en la demanda N° 25424/05, Ramzy c. los Países Bajos, los gobiernos de Lituania, Portugal, Eslovaquia y el Reino Unido intervinieron para apoyar a los Países Bajos. Estos países objetaron la norma que afirma que en las vistas en las que se decide una expulsión la cuestión central radica en determinar si una persona se ve amenazada por la tortura o el maltrato. Insistieron en que se considerara el riesgo de participación inminente en actos terroristas en relación con el riesgo de que existieran condiciones que violan temporal y ligeramente el umbral mínimo del trato degradante en virtud del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

g. Denegación de refugio seguro

106. El respeto de la soberanía y el reconocimiento de la responsabilidad de cada estado de controlar la seguridad pública dentro de sus fronteras son valores fundamentales. Por desgracia, la compartimentación geográfica de los sistemas de justicia penal puede ser aprovechada para que los terroristas y otros delincuentes encuentren refugio seguro en un país y, a la vez, causen daño en otro lugar. Las medidas proactivas que se deben adoptar para eliminar este peligro figuran en el párrafo 1 del artículo 12 del Tratado de Cooperación entre los Estados Miembros de la Comunidad de Estados Independientes para Combatir el Terrorismo:

Las Partes pueden, a pedido de la Parte interesada o con su consentimiento, enviar representantes de sus autoridades competentes, incluso unidades especializadas en la lucha contra el terrorismo, a fin de prestar asistencia procesal, práctica o de asesoramiento con arreglo al tratado.

La Ley LIV de Hungría de 2002 relativa a la cooperación internacional de los órganos encargados de hacer cumplir la ley estipula los mecanismos detallados para la integración operacional de los grupos conjuntos de tareas de la justicia penal. Esta ley autoriza la operación de equipos internacionales de detección conjunta de delitos en Hungría y permite que los miembros extranjeros de esos equipos porten y usen armas en caso de necesidad bajo la supervisión de las autoridades de Hungría.

107. En el apartado d) del párrafo 2 de la Resolución 1373 se pide a los Estados que:

Impidan que quienes financian, planifican, facilitan o cometen actos de terrorismo utilicen sus territorios respectivos para esos fines (la comisión de actos de terrorismo), en contra de otros Estados o de sus ciudadanos

El párrafo 61 hace referencia a una ley de Tanzania destinada a alcanzar ese fin que sanciona el reclutamiento de miembros de grupos terroristas independientemente del lugar en que se llevarán a cabo los actos. Se podrían zanjar muchas brechas en la supresión de la actividad terrorista si todos los Estados aplicaran el apartado d) párrafo 2 de la Resolución 1373 fijando la competencia judicial independientemente

del lugar donde se pretende llevar a cabo el atentado y de si se trata de una tentativa de atentado o un atentado consumado.

108. En el segundo párrafo dispositivo de su Resolución 1373, el Consejo de Seguridad también pide específicamente que los Estados Miembros:

(d) Denieguen refugio a quienes financian, planifican o cometen actos de terrorismo, o prestan apoyo a esos actos, o proporcionan refugios;

Se puede denegar refugio seguro brindando definiciones sustantivas de derecho penal que tipifiquen como delito la preparación de actividades terroristas en el territorio nacional independientemente del lugar de comisión o de la consumación del acto de violencia. Un enfoque más amplio sería definir los actos de terrorismo como delitos, sin tener en cuenta el lugar en el que se cometen, y hacerlos imputables sin que estén relacionados geográficamente con la jurisdicción actuante ni la presencia del acusado en esa jurisdicción. Si bien es sabido que los países suelen arrogarse jurisdicción universal respecto de los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y los crímenes de guerra, no suelen abarcar los delitos definidos en los pactos y protocolos universales contra el terrorismo.

109. Además de la obligación proactiva de frustrar la preparación dentro del territorio de un país de actos terroristas que atenten contra los intereses de otro país, la denegación de refugio comprende la obligación procesal de “extraditar o juzgar”, conocida en latín como “*aut dedere aut judicare*”. Este principio implica que el país al que solicita la extradición debe entregar al fugitivo o procesar al presunto delincuente en sus tribunales. Este mecanismo está previsto en todas las convenciones, los convenios y los protocolos universales contra el terrorismo. El párrafo 1 del artículo 8 del Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas emplea el vocabulario típico de las convenciones y convenios recientes:

En los casos en que sea aplicable el artículo 6 (el artículo jurisdiccional del Convenio), el Estado Parte en cuyo territorio se encuentre el presunto delincuente, si no procede a su extradición, estará obligado a someter sin demora indebida el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, según el procedimiento previsto en la legislación de ese Estado, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a cualquier otro delito de naturaleza grave de acuerdo con el derecho de tal Estado.

110. La alternativa *aut dedere* de extraditar se ve restringida por la política de algunos países de extraditar sólo de conformidad con las obligaciones previstas en esos tratados bilaterales, haciendo caso omiso de la opción que figura en las convenciones, los convenios y los protocolos contra el terrorismo de considerar el acuerdo universal como base para la extradición⁴¹. Otros países permiten la extradición con arreglo a los artículos pertinentes a la extradición que contienen las convenciones, los convenios y los protocolos universales. Para ello, se puede recurrir a la teoría según la cual con la aprobación de un instrumento internacional se incorporan automáticamente sus disposiciones al derecho interno o a la que exige

⁴¹ Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, párrafo 2 del artículo 8, 1970.

que se adopte legislación reglamentaria expresa. Un modo incluso más flexible de extradición se encuentra en las leyes que la permiten con arreglo a acuerdos especiales, la reciprocidad o la determinación de que la extradición servirá el interés nacional. El Japón sólo tiene suscritos dos tratados de extradición: las demás cuestiones referidas a la extradición se procesan según lo dispuesto en la Ley de extradición N° 68 de 1953, que se basa en la reciprocidad.

111. La alternativa *aut judicare* de juzgar a un fugitivo extranjero requiere la competencia de los tribunales nacionales para juzgar un acto cometido en otro lugar. Tradicionalmente, se ha reconocido esa facultad respecto de los nacionales de un país, que suelen estar protegidos de la extradición por disposiciones constitucionales o legislativas. Sin embargo, causa preocupación que algunos países sólo apliquen esta obligación a los nacionales. Si se negara la extradición y el derecho nacional no permitiese procesar en el país a un extranjero de cuya culpabilidad existen pruebas convincentes, el país quizás refugie involuntariamente a un terrorista fugitivo, contradiciendo el imperativo de la Resolución 1373. Tales dificultades potenciales se superan una vez que se aprueban las convenciones, los convenios y los protocolos contra el terrorismo, que imponen la obligación de juzgar a las personas a quienes se deniegue la extradición. En algunos sistemas jurídicos la competencia necesaria de los tribunales nacionales se puede inferir automáticamente de la aprobación del acuerdo que contenga una obligación *aut dedere aut judicare*. Otros sistemas requieren la aprobación de leyes, que quizás estipulen que la facultad *aut judicare* requiere la presencia de la persona buscada, la denegación de la solicitud de extradición o una combinación de ambas. Como se mencionó anteriormente, dado que la celebración de acuerdos amplios de cooperación en materia de extradición entre los 191 Estados Miembros de las Naciones Unidas no es una posibilidad realista, la legislación nacional que disponga la competencia *aut judicare* para juzgar a una persona a la que no se le concede la extradición puede resultar de gran utilidad. El artículo 5 del Código Penal de Malta establece que puede ser procesada por cometer un delito:

(e) *Toda persona que estando en Malta*

(ii) *Haya cometido un acto que, de cometerse en Malta, constituya un delito y que dicho delito implique el uso de una bomba, granada, cohete, arma de fuego automática o una bomba introducida en una carta o encomienda, si tal uso pone en peligro a personas, aunque se haya cometido fuera de Malta.*

* * *

(h) *Toda persona respecto de la cual el Ministro de Justicia no haya emitido autorización para proceder ni orden de devolución, luego de una solicitud de extradición de otro país a Malta, sobre la base de que dicha persona es un ciudadano maltés o que el delito por el que se ha pedido su devolución se castiga con pena de muerte en el país que solicita la extradición, incluso si no hay disposición alguna conforme a las leyes de Malta que no sea la presente en virtud de la cual la persona que cometió el delito puede ser enjuiciada en Malta.*

Conclusión

112. A La estrategia preventiva de justicia penal tiene mucho más potencial de aplicar verdaderamente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de

proteger el derecho a la vida de la privación arbitraria y de acrecentar el respeto por el estado de derecho que el enjuiciamiento de los terroristas que sobreviven a una tragedia. Una estrategia efectiva contra el terrorismo que integre las normas del estado de derecho y las obligaciones en materia de derechos humanos puede transmitir a todos que representa valores morales superiores a los de los terroristas que atacan a civiles. Las autoridades normativas y los especialistas deben adoptar y comunicar un mensaje importante para la sociedad civil: la lucha contra el terrorismo no es un juego en el que, a fin de cuentas, no se gana. Hay que evitar caer en el error de que la prevención efectiva del terrorismo y la aplicación de leyes contra el terrorismo socavan las garantías de los derechos humanos en el estado de derecho. Una estrategia preventiva e incluso proactiva contra el terrorismo puede basarse en la observancia escrupulosa de los derechos humanos y, al mismo tiempo, afianzar el estado de derecho y la capacidad de protección de los Estados Miembros.



NACIONES UNIDAS
Oficina contra la Droga y el Delito

Vienna International Centre, P.O. Box 500, 1400 Vienna, Austria
Tel.: (+43-1) 26060-0, Fax: (+43-1) 26060-5866, www.unodc.org