



Prolegómenos. Derechos y Valores

ISSN: 0121-182X

derechos.valores@umng.edu.co

Universidad Militar Nueva Granada

Colombia

Mejía Azuero, Jean Carlo

Derechos Humanos, conflicto armado y agresión terrorista en Colombia

Prolegómenos. Derechos y Valores, vol. X, núm. 19, enero-junio, 2007, pp. 51-88

Universidad Militar Nueva Granada

Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87601904>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

DERECHOS HUMANOS, CONFLICTO ARMADO Y AGRESIÓN TERRORISTA EN COLOMBIA^{1,2,3}

Jean Carlo Mejía Azuero⁴
Universidad Militar Nueva Granada

Fecha de recepción: 21 de Febrero de 2007

Fecha de aceptación: 11 de Mayo de 2007



Nunca, nunca, nunca se debe creer que una guerra será sencilla y cómoda, o que quien se embarca en ese extraño viaje puede medir las mareas y huracanes con que se va a encontrar. El estadista que se abandona a la fiebre bélica debe saber que una vez dada la señal, el ya no es el amo de la política, sino el amo de acontecimientos incontrolables e imprevisibles.⁶

Resumen

La metodología utilizada para la elaboración del presente artículo está centrada en el método analítico, ya que se pretende discutir sobre los derechos y libertades que existen en un estado amenazado por el terrorismo; desde luego teniendo en cuenta que todas las actividades realizadas por el Estado colombiano en contra de las acciones terroristas ejercidas por grupos al margen de la ley, deben estar encaminados a respetar y proteger los principios y valores consagrados en la Constitución Política Colombiana, especialmente en su preámbulo, con el fin de garantizar los derechos humanos y la debida aplicación del derecho internacional humanitario.

Este método se complementa con el sintético, puesto que luego de analizados cada uno de los elementos de la temática propuesta, se deben consolidar los hallazgos, con el fin de determinar si los resultados son o no predicables desde el punto de vista académico.

Palabras clave

Derechos humanos, derecho internacional humanitario, derecho constitucional, terrorismo, conflicto armado interno, fuerza pública.

HUMAN RIGHTS, ARMED CONFLICT AND TERRORIST AGGRESSION IN COLOMBIA

Abstract

Methodology used for writing of the present article is centered in the analytical method, since it is tried to discuss on rights and liberties that exist in a State threatened by the terrorism; of course considering that all activities made by the Colom-

¹ El presente artículo hace parte de los resultados finales de las investigaciones adelantadas por la línea de derechos humanos y derecho internacional humanitario que pertenece al Grupo de Derecho Público de la Universidad Militar Nueva Granada, el cual fue reconocido por Colciencias en Categoría A (2006-2009).

² Ponencia presentada en el primer seminario internacional denominado: "los derechos humanos y el derecho internacional humanitario como fundamento de legitimidad y lucha contra el terrorismo". Organizado por el Comando Sur del Ejército de los EEUU y el Ministerio de la Defensa Nacional. Bogotá Colombia. Julio de 2006

³ Ponencia presentada en la Universidad Bernardo O'Higgins en Santiago de Chile y en la Universidad Marítima de Valparaíso. Octubre del 2006, una versión sintetizada fue presentada como ponencia en el primer congreso sobre terrorismo organizado por CELTYV (centro de estudios legales sobre el terrorismo y la violencia) en Buenos Aires Argentina, marzo 2007.

⁴ Abogado MCL. EDA. ESDN. Candidato a Ph'D en Derecho. Becario de la Universidad Militar Nueva Granada. Investigador adscrito al CIDER, Grupo de Derecho Público Categoría A en Colciencias. Tratadista. Actualmente decano de la Facultad de Derecho de la UMNG, vicepresidente de la Asociación Colombiana de Facultades de Derecho ACOFADE. Docente de pregrado y postgrado, conferencista nacional e internacional, asesor en temas de seguridad y defensa, derechos humanos y DIH.

⁵ Acto terrorista cometido por el grupo guerrillero autodenominado FARC-EP. Bojayá Choco. Fuente. www.ejercito.mil.co

⁶ Sir Winston Churchill, My early life.

bian State against terrorist actions done by outlaw groups, must be directed to respect and to protect principles and values confirm in Colombian Political Constitution, specially in its Introduction, with the purpose of guaranteeing the Human rights and the due application of the Humanitarian International Law.

This one method is complemented with the synthetic one, since after analyzed each one of the elements of thematic proposal, the findings are due to consolidate, with the purpose of determining if the results are or nonpredicables from the academic point of view.

Key words

Human rights, Humanitarian International Law, Constitutional Law, Terrorism, internal armed conflict, Public Force.

EXORDIO

La academia es capaz de enseñar cual es la importancia de las cosas, en su debido contexto; no su simple significado. La academia debe ser capaz de sensibilizar y acrecentar el amor por el otro, así no se compartan sus ideas. La academia es el crisol de la democracia, ya que enseña que el disenso respetuoso, es constructor de libertad, igualdad y pluralismo. Partiendo de las anteriores reflexiones quiero sinceramente agradecer a los organizadores del primer seminario internacional denominado “Los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario como fundamento de legitimidad y lucha contra el terrorismo”; principalmente debo resaltar el esfuerzo y liderazgo del Coronel Juan Carlos Gómez⁷, bastión sin el cual no se hubiera podido llevar a cabo esta importante actividad académica.

Pues bien he sido invitado, en unión a un grupo de selectas personas de diferente formación profesional y orientación ideológica,⁸ para discutir sobre los

derechos y las libertades en un Estado “amenazado” por el terrorismo. En primer lugar quiero, en aras de la honradez intelectual, partir de una premisa, que en mi humilde consideración y soportada además en fuentes muy respetables, ora nacionales,⁹ ya internacionales¹⁰, se hace indispensable frente al tratamiento del tema propuesto. La existencia en Colombia de un conflicto armado intraestatal.¹¹ En consecuencia y partiendo de esta base, consideraré la temática propuesta hablando sobre los derechos humanos, (en adelante DDHH), el derecho internacional humanitario (en adelante DIH), en un Estado agredido por el terrorismo y bajo la existencia de un conflicto armado interno con visos, lamentablemente regionales¹², ya que contamos con fronteras totalmente porosas e ideologías colindantes que resultan demasiado cercanas a las planteadas por el principal y más antiguo grupo guerrillero de Colombia.

Por lo anterior pretendo dividir este opúsculo que muestra mi posición académica sobre el tema en tres partes. En una primera miraré el tema de los DDHH y el DIH en Colombia, a través de su marco normativo; básicamente sustentado en la Constitución Política, el bloque de constitucionalidad y claro, llegando a las normas de inferior categoría que rigen la actuación de la Rama Ejecutiva, en sede, específicamente de la Fuerza Pública. Esta primera parte será absolutamente descriptiva. En una segun-

⁷ Director de la Oficina de DDHH y DIH del Ministerio de la Defensa Nacional. Oficial navegante de la FAC.

⁸ El panel agendado estaba integrado por León Valencia, Alfredo Rangel y el autor de esta ponencia. Finalmente no asistió el doctor Rangel.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-251 del 2002. M.P. Eduardo Montealegre. Clara Ines Vargas. Pizarro Leóngomez Eduardo. Una Democracia Asediada. Balance y perspectivas del conflicto armado en Colombia. 2004. Grupo Editorial Norma. Primera Edición. Marzo del 2004. Bogotá Colombia.

¹⁰ En reiteradas oportunidades la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha manifestado, ya sea en las sentencias Caballero Santana contra Colombia, Masacre de Palmeras y en Masacre de los 19 comerciantes contra Colombia, que en realidad existe en nuestro país un conflicto armado interno.

¹¹ Fisas Vicenc. Procesos de paz y negociación en conflictos armados. Editorial Paidós. Serie estado y sociedad. Número 119. Barcelona España. Año 2004. Igualmente Saez Ortega Pedro. Guerra y paz en el comienzo del siglo XXI. Una guía de emergencia para comprender los conflictos del presente. Centro de investigación para la paz. Madrid España noviembre del 2002.

¹² Ob.cit. pág. 47.

da parte analizaré si en Colombia puede hablarse de amenaza terrorista, agresión terrorista y si estos términos, indistintamente utilizados, con sus preocupantes consecuencias tal y como lo observa Posada Carbó, en sus diferentes pronunciamientos,¹³ son excluyentes de la existencia de un conflicto armado¹⁴; posteriormente realizaré algunas observaciones sobre el respeto a los derechos y libertades en Colombia. Finalmente en una tercera y postrer parte esbozaré algunas conclusiones y trataré de abalanzarme intelectualmente sobre algunas recomendaciones.

1. MARCO NORMATIVO DE LOS DDHH Y EL DIH EN COLOMBIA

1.1. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Trato mucho de hacerle entender a mis estudiantes, tanto en pregrado como en estudios postgraduales, la importancia que tiene la Constitución Política de Colombia; incluso jocosamente insisto en recordarles que el día 4 de julio no debe ser tenido en cuenta, simple y llanamente como aquel en el cual se celebra la independencia de la única potencial mundial. Porque precisamente la importancia que representa esa fecha para el pueblo colombiano, pasa por el reconocimiento a la promulgación de nuestro último “contrato social”, el cual hace pocos meses cumplió quince años.¹⁵

Pues bien, la Constitución Política colombiana, prevé en sus dos partes, (dogmática y orgánica) partiendo de la concepción clásica del derecho constitucional, toda una serie de valores, principios y preceptos que permiten entender porque en nuestro Estado, los DDHH irradian cualquier actuación institucional y personal, ora individual o grupal; incluso llegando a comprometer a los particulares en

alto grado, de acuerdo con el inciso final del artículo 86, que prevé por ejemplo la acción de tutela en contra de los particulares, como comprensión de las nuevas formas de responsabilidad por la violación de los DDHH; principalmente esbozadas desde Alemania¹⁶ y España.¹⁷

1.1.1. El preámbulo (valores constitucionales. intereses estatales)

En ese sentido, la Constitución desde su mismo preámbulo y teniendo presente la soberanía popular como máxima expresión del poder constituyente, decidió enrutarse a Colombia por el camino del estado social de derecho. De hecho, nuestro contrato social se entroniza bajo la importancia de fortalecer la unidad de la nación colombiana y garantizarle a sus integrantes:

- a) La vida.
- b) La convivencia.
- c) El trabajo.
- d) La justicia.
- e) El conocimiento.
- f) La igualdad.
- g) La libertad.
- h) La paz.

Me haría eterno en citar la jurisprudencia de nuestro tribunal constitucional relacionada con el poder coercitivo u obligante del preámbulo de la carta magna¹⁸, pero baste citar uno de los precedentes que se constituyen en hito dentro de nuestro derecho constitucional, cuando indica: “lejos de ser ajeno a

¹³ POSADA CARBÓ, Eduardo. *¿Guerra civil? El lenguaje del conflicto en Colombia*, Bogotá, Colombia. Alfaomega - Ideas para la Paz. 2001.

¹⁴ AAVV. *Nuestra guerra sin nombre. Transformaciones del conflicto en Colombia*. IEPRI. Grupo editorial Norma. Primera Edición. Bogotá, Colombia, enero del 2006.

¹⁵ Y ya cuenta con 22 reformas constitucionales.

¹⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Derechos Humanos, Estado de derecho y constitución*. Editorial Tecnos. Séptima edición. Año 2001. *Derechos humanos y constitucionalismo en la actualidad: ¿continuidad o cambio de paradigma? Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madrid España. Editorial Marcial Pons, 1996.

¹⁷ MEJÍA AZUERO, Jean Carlo. *La horizontalidad en el sistema interamericano de DDHH. Un reto inaplazable*. www.sermashumano.com

¹⁸ Nombre que también se le da a la Constitución Política de un Estado, que proviene de la única constitución escrita de Inglaterra, promulgada en el año 1215 bajo el reinado de Juan sin tierra. También conocida como la carta magna de Juan sin tierra.

la Constitución el preámbulo hace parte integrante de ella. Las normas pertenecientes a las demás jerarquías del sistema jurídico están sujetas todas a la Constitución y, si no pueden contravenir los mandatos contenidos en su articulado menos aun les está permitida la trasgresión de las bases sobre las cuales se soportan y a cuyas finalidades apuntan.¹⁹

Por lo anterior, cualquier actividad que realice el estado colombiano, en contra de las acciones terroristas ejercidas por los grupos al margen de la ley y de acuerdo con la legislación colombiana, deberá en primer lugar reconocer, interiorizar y sobre todo respetar los valores establecidos en el preámbulo constitucional. Precisamente este marco de referencia vendrá a establecer lo que de tiempo atrás he defendido en mis intervenciones como profesor de los Cursos de Altos Estudios Militares, (en adelante CAEM), Integral de Defensa y Seguridad Nacional (en adelante CIDENAL), de estado mayor (en adelante CEM) y especialización en seguridad para oficiales mayores del Centro de Estudios de la Policía Nacional, (en adelante CESPO). En el preámbulo de la Constitución, en su contenido, uno encuentra los intereses estatales de Colombia, sin los cuales precisamente, no existiría la nación. Estos intereses, se constituyen en la piedra angular sobre la cual se construye cualquier política de seguridad y en elemento esencial de una apreciación político estratégica nacional; no obstante hoy en día su enfoque este totalmente descontextualizado. En éste sentido se hace preciso ampliar el contenido del término “interés”, a través del estudio de la tesis doctoral de José Manuel Álvarez Zarate;²⁰ quien fuera referenciado hace dos años ante la Escuela Superior de Guerra, y quien inexplicablemente nunca fue escuchado.

Podemos resumir diciendo que toda la orientación de respeto hacia los DDHH y el DIH, surge precisa-

mente del reconocimiento del preámbulo constitucional y su vida activa dentro del trasegar normativo. En otras palabras, el preámbulo de nuestra carta magna debe ser seguido y se constituye en fuente de interpretación y aplicación. Si no se siguen sus designios establecidos a través de la *ratio decidendi* y la *obiter dictum*, de varios precedentes constitucionales, se pierde el poder legitimador de su contenido.



21

1.1.2 Los principios constitucionales (Los intereses nacionales)

Los principios constitucionales se convierten igualmente en una “brújula” de incuestionable utilidad cuando se trata de enrutar la actuación de un Estado, verbigracia, en la entronización de una política de seguridad y defensa, en un esfuerzo antiterrorista o contraterrorista. De los principios establecidos entre los artículos primero a noveno de la carta magna, se pueden deducir algunos de los intereses estatales (Arts. 1 a 3) y los principales intereses de la nación; (Arts. 1 a 9) que además se caracterizan por ser mutables, cambiantes, progresivos, etc.

Fijemos por un momento la atención de algunas palabras expresadas por el doctor Álvarez Zarate cuando sostiene que “una teoría del interés nacional del Estado que explique y prescriba su comportamiento internacional sólo puede desarrollarse respetando los derechos fundamentales de los demás Estados que hacen parte del sistema internacional

¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 479 del 6 de agosto del año 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero. Este último actual concejal de la capital de la República.

²⁰ ÁLVAREZ ZARATE, José Manuel. El interés nacional en Colombia. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Octubre del 2003.

²¹ Fuente. www.surimages.com

y asumiendo responsabilidades de respeto y promoción de los derechos y el bienestar de sus ciudadanos”.²² Lo anterior sin duda alguna debe servir para entender porque cualquier cruzada contra el crimen organizado, el terrorismo internacional, y actividades delincuenciales transfronterizas, debe garantizar el respeto a los derechos fundamentales (en adelante DDFF), ampliamente reconocidos pues su desconocimiento acarreará indefectiblemente responsabilidad estatal (interna y externa) y responsabilidad individual (también nacional o internacional).²³

Entonces, los principios constitucionales, aclararán básicamente los siguientes aspectos, esenciales en la comprensión de cualquier política gubernamental y estatal, principalmente sí se pretende encontrar una verdadera legitimidad.

- a) **Colombia es un Estado social de derecho, no es más un simple Estado de derecho**²⁴. Por tanto, lo primordial es el ser humano, no el Estado ni sus instituciones. En cualquier ponderación que se quiera hacer entre interés general e interés particular, siempre se deberá tener como prioritario que el fundamento mediato de los DDHH es la dignidad humana.
- b) **Colombia es una República unitaria**. Lo anterior garantiza en primer lugar una visión político administrativa diferente a la de los Estados federales y federados. Para lo que nos interesa, cualquier política de seguridad, defensa o de lucha contra el terrorismo, es nacional, y por más que exista descentralización territorial, los lineamientos de actuación de las autoridades públicas en temas tan delicados están reservados al orden central.

c) **La importancia de la descentralización**. En Colombia existe descentralización como ya se mencionó. Esto plantea la transferencia de funciones de una persona jurídica denominada Estado, a otras creadas u autorizadas por la ley, para que estas últimas, con un grande grado de autonomía, las cumplan, siempre respondiendo por sus actuaciones a la administración pública central. En consideración a lo anterior, existirá descentralización territorial, por servicios y colaboración; pero igualmente al ser Colombia una república unitaria, existirá desconcentración de funciones y delegación. La importancia aquí reside en reconocer que ninguna autoridad descentralizada, ningún organismo desconcentrado, ni mucho menos ningún funcionario delegatario podrá desconocer los lineamientos constitucionales y legales sobre guarda y respeto a los DDFF.

d) **Colombia es un Estado democrático**. La verdad, podría escribir muchas líneas, en varios libros para tratar medianamente de esbozar que significa una verdadera democracia.²⁵ Baste con decir, sustentado en el famoso discurso de Gettysburg, el cual siempre cito por ser claro, sencillo y directo, que la democracia es simplemente el poder del pueblo, por el pueblo y para el pueblo. Y sí históricamente los derechos humanos en algún momento fueron considerados como un triunfo del pueblo contra el poder del Estado, hay que reconocer que en nuestro país a través de la democracia directa, los mecanismos de participación ciudadana, las acciones públicas constitucionales y los controles ciudadanos y comunitarios han permitido, que incluso en presencia de un conflicto armado degradado, todavía existamos como nación, como diría Bushnell a pesar de nosotros mismos. Hoy en día los DDHH, no simplemente miran al Estado como sujeto pasivo de su cumplimiento, también lo hacen con otros sujetos, incluso, con las perso-

²² Ibid., pág. 159.

²³ MEJÍA AZUERO, Jean Carlo. Aproximación a la responsabilidad de los militares y policías en Colombia. Revista de las Fuerzas Armadas. Escuela Superior de Guerra. Año 2004.

²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 479, 6 de agosto de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero. Consejo de Estado. Sala Plena de lo contencioso administrativo. Sentencia del 13 de diciembre de 1995. Expediente S - 470 M.P. Diego Younes Moreno. Corte Constitucional. Sentencia C - 251 del 2002. M.P. Eduardo Montealegre. Clara Inés Vargas. Declaratoria de inexequibilidad de la Ley 684.

²⁵ MEJÍA AZUERO, Jean Carlo. En busca de la Coherencia. Debate académico con el alto comisionado para la Paz. Tercer coloquio neogranadino. Revista Derechos y valores de la Facultad de Derecho de la UMNG. Volumen 8. N° 16. Diciembre del 2005.

nas naturales, capaces de violar flagrantemente la dignidad humana. Ni que hablar de algunas ONG's, que utilizan el discurso de los DDHH, para volverlos como en el caso colombiano, una verdadera arma de guerra y un negocio con altos réditos.²⁶

- e) **Dignidad humana. Centro gravitacional.** Vivimos además en un Estado fundado en el respeto a la dignidad humana. La fundamentación ético-jurídica nos enseña como antes se había mencionado, que la dignidad humana es la columna vertebral de los DDHH; precisamente allí se encuentra su fundamentación mediata, ulterior y final. Esto lo prevé nuestra Constitución Política, que además enseña que sólo se podrá avizorar dignidad humana si respetamos el pluralismo, la solidaridad, la paz, la vida, la libertad, el disenso, la seguridad; claro está, no cualquier seguridad, sino la más importante dentro de un Estado social de derecho. la seguridad humana.
- f) **El ser humano, fin en sí mismo.** El artículo segundo de la Constitución colombiana establece que el Estado tiene como fin esencial el de servir a la comunidad, nunca al revés como muchos todavía piensan, argumentando que las políticas de seguridad y defensa garantizan la supervivencia del Estado. Desde Kant, en sus obras "fundamentación de la metafísica de las costumbres" y "principios metafísicos del Derecho"²⁷, resulta claro que el hombre es un fin en sí mismo; por lo tanto se encuentra por encima de cualquier consideración que pretenda hacerlo ver como inferior a la estructuración estatal; no obstante constituir su principal elemento. Es menester recordar que desde el mismo Kelsen en su magistral obra Teoría Pura del Derecho,²⁸ retomando a otros autores clásicos, se ha tenido en cuenta que el Estado se constituye o estruc-

tura bajo la presencia de tres elementos. El pueblo, el territorio y el orden jurídico, poder jurídico. De esa forma el Estado no sólo sirve a la comunidad, sino que en términos de la misma Carta, debe garantizar sus derechos y libertades. No obstante que ningún derecho en sí mismo considerado pueda ser tenido como absoluto.

- g) **Las autoridades y su sagrado deber.** En virtud de lo anterior, todas y cada una de las autoridades de la República, se encuentran instituidas para proteger a cada uno de los colombianos y residentes en el territorio patrio, en su vida, bienes, honra, creencias, y demás derechos y libertades; sólo excepcionalmente tales derechos y libertades podrán ser limitados temporalmente en el espacio; consagrándose así la abstención como regla general de actuación del Estado frente a sus asociados.
- h) **La soberanía está en el pueblo, no en la nación.** Hemos llegado al contrato social actual reconociendo a partir de 1991, que la soberanía, como capacidad de autoderminación, reside exclusivamente en el pueblo; es concreta, abandona los terrenos de la nación, término abstracto y lejano a la dignidad humana, para acercarse a los terrenos de la democracia participativa, en donde todos somos importantes, todos podemos actuar, decidir, disentir o simplemente callar. Incluso los militares y policías. Lastimosamente la Corte Constitucional, abiertamente pionera en muchos ámbitos sigue manteniendo una visión ortodoxa y pasada de moda sobre la deliberancia de los miembros de las fuerzas armadas, y su posibilidad de ejercer por ejemplo el derecho al sufragio, como mínima posibilidad de contar con una democracia, que en verdad pueda ser denominada como "profunda".²⁹
- i) **La carta magna como norma de normas.** Así como a muchos se les olvida que el ser humano es la médula espinal de la existencia de un Estado social de derecho, otros tantos obvian la importancia de la Constitución Política. Pues bien, en nuestro país, cualquier contradicción que lle-

²⁶ MEJÍA AZUERO, Jean Carlo. Diagnóstico, situación y perspectivas de la defensa jurídica del Estado. En prensa. Editorial Dike.

²⁷ KANT, I.: *Die Metaphysik der Sitten* en *Werkausgabe*, Band VII, Sección II, Suhrkamp Verlag, Frankfurt, 1979, pp. 33-34. *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de Méjico, Méjico, 1978, p. 24.

²⁸ KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Séptima edición. Editorial Porrúa S.A., México 1993.

²⁹ Artículo 25 de la declaración de los derechos del Hombre de 1793. La soberanía reside en el pueblo; es una e indivisible, imprescriptible e inalienable.

que a existir entre una norma y la Carta Magna, se deberá preferir lo entronizado en ésta última. Así, en Colombia existirá un control de constitucionalidad rogado o de parte, establecido en el artículo 241 y siguientes de la Constitución, en dónde se coloca a la Corte Constitucional como guardiana de esta misma; en el mismo sentido existirá una competencia residual prevista en el artículo 237 en donde se enseña que el Consejo de Estado podrá revisar la constitucionalidad de ciertos decretos expedidos por el gobierno. Pero por otro lado, existirá la excepción de inaplicabilidad del artículo 4° en aquellos casos en donde sin haberse decretado la inexequibilidad de una norma, el operador judicial y el administrativo, pueden inter partes, inaplicar una norma al considerar que esta viola el estatuto superior; incluso, en vía de utilización del artículo 93; verbigracia por considerar viable la aplicación en concreto de una norma que garantice el principio **pro homine** (norma o principio más favorable al ser humano).

j) **Los derechos inalienables y su primacía.** La Constitución es paladina en enseñar que los derechos connaturales al ser humano; esos mismos que son intransferibles, subjetivos, irrenunciables, priman sin ninguna otra consideración en el ordenamiento interno. Por ello, cualquier norma no importando su categoría deberá estar siempre acorde con la parte dogmática de la obra regia y con los valores y principios que de allí se desprenden.

k) **Colombia es una nación multiétnica y multicultural.** Uno de los pasos más grandes en la verdadera implantación de un Estado social de Derecho, es que Colombia se reconoce como una nación en donde es prioritaria la protección de la diversidad étnica y cultural. Por lo anterior, no sólo es una obligación del Estado, sino de todos los residentes en el suelo patrio, proteger toda nuestra herencia y legado cultural, preservar las lenguas y dialectos de los grupos étnicos y garantizar sus derechos y libertades en caso de que sean considerados como población vulnerable.³⁰

³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 406, 5 de junio de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón. Corte Constitucio-

En síntesis, podemos decir que ninguna política gubernamental o estatal puede de manera alguna pretermitir los valores y principios constitucionales; es más, en Colombia no debe existir ninguna norma que violente abiertamente la visión del constituyente de 1991; verbigracia, sólo hasta ahora se ha logrado un consenso en el cuerpo legislativo para producir una norma que reemplace por fin al decreto 2737 de 1989, conocido por todos como el código del menor. Pues bien, la lucha antiterrorista de cualquier gobierno debe tener presente, el marco normativo e interpretativo que se desprende de la parte dogmática de la Constitución.

1.1.3 Los derechos, libertades y garantías constitucionales

El título II de la Constitución de 1991, vino a darle por fin, fiel seguimiento a lo previsto en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, cuando establecía que una sociedad que se precie de tener una verdadera Constitución debería garantizar como mínimo la existencia de una carta de derechos y la tridivisión del poder público. Este fue uno de los principales avances de la nueva constitución, que a través de cinco capítulos vino a cambiar la historia constitucional de Colombia; y aunque todavía esta-

nal. Sentencia C – 575 del 29 de octubre de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional. Sentencia T – 505, del 28 de agosto de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Corte constitucional. Sentencia C – 587 del 12 de noviembre de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón. Corte Constitucional. Sentencia C – 434 del 25 de junio del año 1992. M.P. Fabio Morón Díaz. Corte Constitucional. Sentencia C – 606 del 14 de diciembre de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón. Corte Constitucional. Sentencia C – 337 del 19 de agosto de 1993. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Corte Constitucional. Sentencia C – 651 del 3 de diciembre de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Corte Constitucional. Sentencia T – 428 del 24 de junio de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón. Corte Constitucional. Sentencia T – 523 del 15 de octubre de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Corte Constitucional. Sentencia C – 276 del 22 de julio de 1993. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. La mayoría de las anteriores sentencias constituyen lo que la doctrina constitucional ha venido llamando como providencias Hito, lo que significa que abren líneas jurisprudenciales en materia de principios constitucionales. Ver. López Medina Diego Eduardo. El derecho de los Jueces. Ediciones Uniandes. Facultad de Derecho. Legis. Tercera reimpresión de la primera edición. Año 2002.

mos muy lejos realmente de ser una verdadera democracia³¹, el cambio de estos últimos quince años ha sido más que evidente; principalmente a través de la acción de tutela, que ha acercado en realidad al pueblo con la administración de justicia.

Siguiendo el lineamiento descriptivo esbozado en la parte inicial de este pequeño opúsculo, quiero resaltar la importancia que tienen los cinco capítulos en los que se divide el mencionado título segundo de la Constitución Política. Pues allí está establecida toda la dogmática que sobre derechos fundamentales existe actualmente en Colombia.

a. Los derechos civiles y políticos

En el primer capítulo del título II encontramos los derechos civiles y políticos, denominados llanamente en la Constitución como derechos fundamentales, término en realidad inapropiado, habida cuenta que a lo largo y ancho de la Constitución; incluso en la parte orgánica, se encontrarán otros derechos que no dejan de ser fundamentales por su ubicación en el cuerpo de la Carta; verbigracia al acceso a la justicia ubicado en el artículo 229.³² Pero igualmente dentro del capítulo primero se encontraran derechos que distan mucho de ser considerados como fundamentales; por ejemplo la extradición, prevista en el artículo 35.³³

A los anteriores derechos humanos, tradicionalmente la doctrina, y teniendo presente el carácter histórico, progresivo y evolutivo de los DDFF, los ha denominado como derechos de primera genera-

ción. Ya sabrán que mi posición respecto al tema dista mucho de establecer una clasificación para los DDHH, por considerar que al igual que la acción procesal, ni siquiera académicamente aguantan una clasificación.

Entre estos derechos tenemos la vida, la libertad, la igualdad, el trabajo, la intimidad, el debido proceso, la prohibición de tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes, el libre desarrollo de la personalidad y otros tantos. La gran mayoría de estos derechos resultan en Colombia tutelables, a excepción por ejemplo del habeas corpus que en sí mismo considerado es una pretensión o la pluricitada y tan vigente extradición, que fue llevada al capítulo de los DDFF por las presiones de Pablo Escobar y el extinto cartel de Medellín.

Principalmente en Colombia nos movemos en relación con la problemática de los DDFF expuestos como de primera generación. Este es un síntoma más de la existencia de un conflicto armado intraestatal. De la misma manera, la mayoría de normas que pretenden crear un marco de seguridad y defensa, terminan por tratar de suspender o limitar inadecuadamente a estos derechos; especialmente en relación con las libertades y entre ellas la de circulación.

Pero de la misma manera es fundamental comprender que los DDHH en Colombia distan mucho de ser verdaderamente universales, qué dicho sea de paso es su más importante característica. Fijémonos como muchos de los más recientes hechos, en relación con miembros de la fuerza pública, no lo demuestran de forma paladina. En otras palabras, para todos existen los DDHH, menos para los militares y policías, que se ven violentados frente al debido proceso, la presunción de inocencia y otra serie de garantías. Aquí incluso los principales fustigadores son los medios de comunicación. La legitimidad se puede poner en entredicho con sentencias ejecutoriadas y respaldadas por los órganos creados en el derecho internacional de los derechos humanos (en adelante DIDH), pero jamás con sentencias en donde se debe garantizar incluso, el principio, garantía procesal de la doble instancia.

³¹ O'DONELL, Guillermo. Contrapuntos. Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización. Editorial Paidós. Buenos Aires Argentina. Primera edición. 1997.

³² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-006, mayo 12 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³³ CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL, República de Colombia Ministerio de Justicia y del Derecho. La extradición como fórmula de cooperación judicial en la época de los nacionalismos. Bogotá 1997. En el mismo Sentido, Mejía Azuero Jean Carlo. Trámite administrativo de la extradición en Colombia. Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá D.C., Colombia. Año 2006. Igualmente Mejía Azuero Jean Carlo. La extradición de nacionales en Colombia. Objetivo justicia. En prensa con la editorial Dike.

Finalmente vale la pena decir, que la entronización de estos derechos, entre los artículos 11 al 41, para nada implica, como ya se anunció y tal y como lo prevé el artículo 94 de la carta magna, como taxativos. Lo anterior pretende enseñar que los DDFF, pueden cambiar con el tiempo, incluso crearse tal y como sucedió con el mínimo vital y móvil en Colombia de creación jurisprudencial.

b) Los DESC (derechos económicos, sociales y culturales)

El segundo capítulo del título II de la Constitución de 1991, establece la existencia de los derechos denominados como de segunda generación o derechos económicos, sociales y culturales. De hecho los encontramos entre los artículos 42 y 77. Recordando la importancia que la familia tiene como núcleo esencial de la sociedad. Pasando por los derechos de género que plantean la igualdad formal y práctica entre hombres y mujeres y llegando claro que sí, a los derechos fundamentales de los niños; tutelables por supuesto y que vienen a demostrar una vez más que la ubicación de los derechos del primer capítulo en nada sustituye la importancia de encontrarnos al frente de derechos fundamentales, en diferentes partes de la carta.

Ni que decir de la importancia de la seguridad social como derecho humano, ni la protección directa de la salud cuando se encuentra vinculada o en conexidad con el derecho a la vida. Estos derechos, se encuentran todavía en pleno despliegue y no han sido desarrollados a plenitud en América Latina, tal y como sucede en el viejo continente. Incluso, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (en adelante Cte IDH), se torna en verdaderamente exigua frente a tales temas. No obstante, algunos comentarios se han realizado por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la CIDH), cuando en sus visitas *in loco*,³⁴ ha mostrado algunos indicadores que

arrojan preocupaciones principalmente relacionadas con la seguridad social y las alarmantes cifras de miseria.

c) Los derechos colectivos y del ambiente

La Constitución Política de Colombia, también ha previsto los DDHH de tercera generación o de posguerra, conocidos como derechos colectivos, de solidaridad o del medio ambiente. Verdaderos DDFF, se tornan hoy en día como primordiales. Quiero citar aquí algunas letras presentadas en el tercer Congreso latinoamericano de derecho, realizado en la Universidad de Antioquia en el año 1999. Estas palabras podrán ser más explicativas que el simple recuento normativo que se viene realizando hasta el momento. Baste finalmente indicar, que si los derechos de segunda generación se encuentran hasta ahora en “pañales”, la falta de conciencia frente a los derechos colectivos, sí demuestra lo alejados que nos encontramos de reconocer la potencialidad de los intereses estatales y nacionales en Colombia, y las implicaciones geopolíticas y geoestratégicas que nuestro territorio representa, en un siglo en donde las guerras serán por el agua, y otros recursos naturales.

“... Sin embargo, es importante dejar plasmada una vez más nuestra posición: el derecho al medio ambiente, es el derecho humano por esencia. Es un derecho inescindible del hombre, no se pueden concebir separados. Por lo tanto, no merece clasificación alguna y sí en aras de discusión queremos darle alguna graduación digamos que es un derecho fundamental, que merece igual protección que el derecho a la vida, a la salud, al trabajo, o al desarrollo libre de la personalidad, o a cualquiera otro de esos denominados derechos de “primera y segunda generación”. ¿Qué hemos hecho dándole una clasificación a los derechos humanos? ¿Dónde esta nuestra identidad como seres humanos latinos, siempre absorbidos frente a los tratadistas de otras latitudes, despreciando y subestimando a nuestros juristas, creando a veces auto imposiciones doctrinarias? quede pues otra inquietud. ¡Reflexionemos!

“De acuerdo con lo anterior, es necesario darle un nuevo y unificado enfoque al tratamiento del dere-

³⁴ Término utilizado por el derecho internacional Público, principalmente por el DIDH, para aludir a las visitas realizadas a un Estado por parte de organismos de protección de los DDHH, como la CIDH o la comisión de DDHH de la ONU.

cho ambiental en nuestra tierra latina. La soberanía estatal en campos como el que estamos tratando no tienen hoy día verdadera y trascendental importancia. El suelo que pisamos, el aire que nos da vida, los ríos, mares y lagunas que nos rodean, son patrimonio universal y común; de allí que muchas normas, indistintamente del país que visitemos, ya del derecho privado o bien del derecho público, redundan y confunden porque ¡Normas sobran... aplicación falta! Por lo que no es tan válido aquello de: el que daña paga o el que contamina resarce. Exigimos verdadera coercibilidad sin ceder a las presiones.

“Reconocemos la importancia de la creación de una Corte internacional del medio ambiente, consecuencia de un derecho internacional ambiental; pero ¿era necesaria su formación existiendo Cortes y asambleas defensoras de los derechos humanos? Esto indefectiblemente nos lleva a pensar una vez más que la comunidad académica internacional, quiere desligar a los derechos primarios del hombre del derecho ambiental. Eso, crea una dicotomía que dificulta en principio el proceso educativo en todos los niveles, trae incertidumbre y genera desconfianza: el hombre del campo, el indígena, el que vive de la tierra por la tierra y valora su entorno no es tonto, él sabe que la realidad corre por un lado, mientras que la normatividad cabalga por otro. ¿Es el medio ambiente un derecho humano por esencia o está afuera de dicha clasificación?”³⁵

Me asombra cuando releo estas palabras, que poco o nada ha cambiado la situación y eso que tal y como lo veremos a continuación, existen unas acciones públicas constitucionales, que algunos casos para muy poco han servido.

1.1.4 Las acciones públicas constitucionales

Las mal llamadas acciones constitucionales³⁶, previstas en el capítulo IV del título segundo de la Cons-

titución Política, viene a darle verdadero sentido y alcance a los DDFF, ya que estos en realidad no existirían si se careciera de dientes que pudieran hacerlos efectivos en cualquier lugar y momento. Pues bien, creo que no existe duda, y así quedo plasmado en un reciente artículo en donde analizo la importancia de los quince años de la Constitución, que el triunfo más grande de la democracias participativa lo constituye la acción de tutela (conocida en otros lugares como la acción de amparo, la pretensión de amparo, etc...); gracias a esta figura procesal, hoy en día se ha podido avizorar en algo lo que es un verdadero Estado Social de Derecho; incluso sus críticos más fuertes y aquellos iconoclastas que todavía sueñan y deliran con la Constitución de Núñez y Caro, se han visto beneficiados a través de su utilización. Eso sucede en Colombia, amado país en donde se escribe lo que pasa diariamente, y en Europa crean el género literario denominado “realismo Mágico” y peor, por eso entregan un nobel en literatura. Increíble.

Como no es el propósito baste decir que las acciones públicas constitucionales, se encuentran previstas entre los artículos 86 y 88 de la Constitución. Estas acciones son:

- a) Acción de tutela. Desarrollada por el artículo 2591 de 1991, Decreto 306 de 1992 y Decreto 1382 del año 2000. Se orienta a defender y proteger los DDFF.
- b) Acción de cumplimiento. Desarrollada en el artículo 87 de la C.P.; legalmente fue regulada en forma inexplicable hasta el año 1997 a través de la Ley 393. Busca hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo.
- c) Acciones populares. Previstas en el primer inciso del artículo 88 de la C.P. buscan la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad, la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica. Esta regulada también de forma inexplicable, por la tardanza, a través de la Ley 472 de 1998.
- d) Acciones de grupo. Reguladas constitucionalmente en el mismo artículo supra citado; son las mal llamadas acciones resarcitorias, indemnizatorias, y persiguen la reparación de un número

³⁵ MEJÍA AZUERO, Jean Carlo. S.O.S. La tierra llama. Ponencia ganadora tercer Congreso Latinoamericano de Derecho. Universidad de Antioquia. 1999. Publicado en www.udea.edu.co

³⁶ MEJÍA AZUERO, Jean Carlo. La acción procesal. Un concepto que necesita evolucionar. En prensa, editorial DIKE.

plural de personas, por las causales previstas en la misma Ley 472.

1.1.5 Los deberes y las obligaciones ciudadanas

Finalmente encontramos en el capítulo V del título segundo, el tema de los deberes ciudadanos. Una de las características principales del fundamento de los DDHH (la dignidad humana), es el de la bidireccionalidad, según el cual, los derechos, las libertades y las garantías constitucionales y legales, tienen una implicación retributiva; los deberes y las obligaciones. En ese sentido, todas las personas, por mandato constitucional, (previsto igualmente en el artículo sexto), se encuentran obligadas a cumplir lo establecido en la Constitución y en la Ley. Es más, los DDHH sí encuentran validamente límites, precisamente en el respeto a los DDHH de los demás; igualmente encontrarán límites cuando se abuse de esos mismos derechos y claro cuando en precisas circunstancias previstas por el legislador, avaladas por la Corte Constitucional y respaldadas en normas trascendentales del *Ius Cogens* (derecho común, derecho de gentes), resulte plausible aplicar el principio del bien general sobre el bien particular. De hecho, así lo ha expresado la misma Corte Constitucional (en adelante C.C.) cuando indicó en sentencia C – 251 del 2002: “11- De manera reiterada esta Corporación ha señalado que el principio de prevalencia del interés general no implica que deban preferirse los intereses de la mayoría y el bienestar colectivo siempre que entran en conflicto con un derecho constitucional de una persona, con el cuestionable argumento de que el derecho individual es particular, por cuanto esa interpretación implica la anulación del mandato del artículo 5º de la Carta, según el cual los derechos inalienables de la persona son prevalentes. En efecto, si el respeto de un derecho inalienable de la persona depende de que éste sea compatible con el bienestar colectivo de las mayorías, entonces en cualquier momento las autoridades podrían invocar ese bienestar colectivo para limitar, restringir o incluso anular ese derecho constitucional, con lo cual la carta de derechos quedaría privada de cualquier eficacia jurídica.”³⁷

³⁷ Ejusdem. Pág. 47. Ver, entre otras, las sentencias C-606 de 1992, C-221 de 1994, C-350 de 1994, T-669 de 1996 y C-309 de 1997.

En consecuencia, cualquier tratamiento que se le pretenda dar a la lucha contra el terrorismo en un Estado como el colombiano tiene que respetar estas premisas, entendiendo la *ratio decidendi* de la sentencia C – 251 del 2002 que declaró la inexequibilidad de la Ley 684 del 2001 relacionada con seguridad y defensa nacional y la sentencia C – 816 del 2004, que declaró igualmente la inconstitucionalidad del acto legislativo 2 del 2003 (que establecía algunas normas para combatir al terrorismo a nivel constitucional).

En conclusión. Amen de la existencia de los deberes constitucionales, es necesario entender que en ciertas circunstancias, los derechos fundamentales podrán ser limitados o restringidos temporalmente, cuando se evidencie notoriamente que prima el bien general sobre el particular, respetando eso sí los principios de proporcionalidad y claro, en todo momento, el núcleo esencial del derecho afectado.

1.1.6 El bloque de constitucionalidad del artículo 93 de la Constitución Política

Dentro del capítulo cuarto, título segundo de la Constitución Política de 1991 encontramos, lo que la doctrina y jurisprudencia constitucional ha denominado en Colombia como “bloque de constitucionalidad”³⁸; no pretendo entrar a explicar ni a defender o atacar la existencia de ésta norma, que incluso nos ha llevado a que hoy en día seamos Estado parte del Estatuto de Roma que creo la Corte Penal In-

³⁸ La teoría del Bloque de Constitucionalidad tiene su origen en Francia en los años setenta bajo el nombre de **principios y reglas de valor constitucional** entendiendo por tales al conjunto de normas situadas en el nivel constitucional cuyo respeto se impone a la ley. En derecho francés se empleaba la noción de bloque de legalidad, utilizada por los tratadistas para referirse a todas las reglas que se imponen a la administración en virtud del principio de legalidad. En la doctrina francesa el bloque de constitucionalidad se utiliza para designar el conjunto de normas que el Consejo Constitucional aplica en el control previo de constitucionalidad de las leyes y de los reglamentos parlamentarios. Se afirma en el derecho francés que el bloque de constitucionalidad *stricto sensu* se compone exclusivamente de textos de nivel constitucional, a saber, la propia Constitución, la declaración de los derechos del hombre, el preámbulo y las leyes de la República, en la medida en que sean portadoras de principios fundamentales.

ternacional (en adelante la CPI), habida cuenta del acto legislativo 2 del año 2001, regulado por la Ley 742 del 2001, que fue declarada exequible mediante el control automático³⁹ de la C.C., mediante sentencia C- 578 del 2002.⁴⁰ Lo que si quiero dejar en claro y de forma sencilla - aunque en verdad no es así - es que todos los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso de la República,⁴¹ que reconocen DDHH y que prohíben sus limitaciones en los estados de excepción,⁴² prevalecen en el orden interno. Es decir, tienen de acuerdo con lo que se conoce en la doctrina como posición teoría monista, rango constitucional. Igualmente y esto es bien importante, los deberes establecidos en la Constitución deberán siempre interpretarse de conformidad con los tratados internacionales de DDHH ratificados por Colombia.⁴³ Verbigracia, de acuerdo con el artículo 27 de la declaración americana de DDHH, que establece la suspensión de garantías en ciertas circunstancias excepcionales.⁴⁴

La aludida norma prevé con meridiana claridad, y así ha sido analizado por jurisprudencia de la CteIDH, que será viable la suspensión de garantías en los siguientes casos:

- a. En caso de guerra. Lo cual debe entenderse dentro de los presupuestos establecidos en los convenios del 12 de agosto de 1949; pero igualmente frente a lo estipulado en caso de guerra civil.
- b. En caso de peligro público.
- c. Emergencia que amenace la independencia y seguridad del Estado parte.

2. OTRA NORMATIVIDAD INTERNA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Solamente a manera de enunciación, citaré con brevedad en este escrito algunas de las más importantes normas que en materia de DDHH, están vigentes y se aplican en Colombia; la importancia de su reconocimiento se sustenta en que ninguna de ellas puede desviarse de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, y por vía del bloque previsto en el artículo 93 (restringido) y de lo expuesto en el artículo 94 (ampliado), de la jurisprudencia, señalamientos doctrinales y lineamientos interpretativos de la Cte IDH, la CIDH, e incluso de la Corte Europea de Derechos humanos (en adelante CEDH).

2.1 Ley 599 del año 2000. En Colombia la Ley 599 del año 2000⁴⁵, entronizó el nuevo código penal, que vino a reemplazar al previsto mediante el decreto ley 100 del año 1980. En su artículo primero señala que el derecho penal tendrá como fundamento el respeto a la dignidad humana, queriendo enseñar el galantismo que inspira a esta nueva visualización punitiva, contrario sensu al peligrosismo de las primeras décadas del siglo XX, siguiendo principalmente la escuela positiva Italiana de Ferri. En la parte especial del código, se establece una doble tipificación en relación al terrorismo, que brevemente expondremos en la segunda parte del escrito.

2.2 Ley 600 del año 2000. Esta norma estableció el Código de Procedimiento Penal colombiano, que aún, en los momentos en que se escribe este acercamiento a los DDHH desde la óptica de la cruzada contrterrorista⁴⁶ o antiterrorista,⁴⁷ se encuentra vigente en Colombia, no obstante la entrada en

³⁹ Art. 241 numeral 10 de la C.P.

⁴⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 578 del 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinoza.

⁴¹ Art. 150 numeral 16 de la C.P.

⁴² Artículo 214, numeral 2º de la C.P.

⁴³ Para mayor ampliación se puede consultar la excelente obra sobre Constitución y DIH. ARTEAGA, Alejandro. La constitución colombiana y el derecho internacional humanitario. Editorial Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Abril 2001.

⁴⁴ Ley 16 de 1972, la cual hace parte del bloque de constitucionalidad.

⁴⁵ 24 de julio del año 2000. D.O. (diario oficial) número 44097.

⁴⁶ El contrterrorismo se sustenta en aquellas estrategias, tácticas y técnicas utilizadas por parte de los Estados que se encuentran bajo una agresión terrorista. Se fundamenta básicamente en la preeminencia de la inteligencia estratégica y en la legitimidad de las actuaciones preventivas, de interdicción, así como también en la garantía de libertades y derechos de los sindicados o encausados. En este escenario, como lo es el colombiano, el terrorismo es un enemigo, no una amenaza.

⁴⁷ El antiterrorismo hace alusión a todas aquellas estrategias, tácticas y técnicas utilizadas por parte de Estados que se en-

aplicación de la Ley 906 del año 2004, que creo el sistema de tendencia acusatoria en nuestro país. Igualmente, la Ley 600 en el artículo primero precisa: “Todos los intervinientes en el proceso penal serán tratados con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.”⁴⁸ Esta ley en sus primeros 24 artículos establece muchas de las garantías procesales, que desde tiempos inmemoriales se han considerado como DDHH; verbigracia, el debido proceso, la presunción de inocencia, el *non bis in idem*, la doble instancia, etc.

2.3 Ley 906 del 2004. El nuevo código de procedimiento penal, que entró en vigencia en Colombia el primero de enero del año 2005, creando el sistema de perfil acusatorio en Colombia, también prevé en su artículo 1º, con una redacción más refinada, el respeto a la dignidad humana de todos los intervinientes en el proceso penal.⁴⁹ Con lo cual normativamente y siguiendo las prescripciones de la C.P. la jurisprudencia de la C.C., la misma de la Corte Suprema de Justicia (en adelante CSJ), y las cortes y organismos internacionales, garantiza la posición de un Estado como el colombiano en relación a los indiciados, sindicados, imputados o encausados por conductas que pudieran constituir el punible de terrorismo. Pero, en algo que es realmente novedoso, el nuevo código incluye un artículo que resulta fundamental para el correcto entendimiento del alcance que las normas internacionales, y precisamente en el sentido que plasmado en el bloque de constitucionalidad se le quiere dar al contenido de los tratados internacionales relacionados con DDHH y DIH. Se trata del artículo 3º.⁵⁰

cuentran en una posición de amenaza por acciones consideradas como terroristas. Toda actividad en este escenario trata de evitar que la amenaza se convierta en un activo enemigo que coloque en “jaque” a una comunidad a través de la zozobra y el pánico.

⁴⁸ Artículo 1º Ley 600 del 2000. 24 de julio del año 2000. D.O. (diario oficial) número 44097.

⁴⁹ “Dignidad humana. Los intervinientes en el proceso penal serán tratados con el respeto debido a la dignidad humana”.

⁵⁰ Artículo 3º. *Prelación de los tratados internacionales.* En la actuación prevalecerá lo establecido en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que traten sobre derechos humanos y que prohíban su limitación durante los estados de excepción, por formar bloque de constitucionalidad.

2.4 Ley 734 del 2002. La Ley 734 del año 2002 es el actual régimen disciplinario de los servidores públicos en Colombia; conocido equivocadamente como el Código Disciplinario Único, recopila a través de faltas leves, graves y gravísimas, todas aquellas conductas que puedan atentar contra los DDDF.

2.5 Ley 836 del 2003. Conocido como la ley disciplinaria del estamento militar; al igual que la Ley 734 prevé la tipificación de normas que crean faltas graves, gravísimas y leves. Un aspecto bien importante para tener en cuenta es el relacionado con la doble aplicación para los militares, de las codificaciones disciplinarias; ora Ley 734 o bien Ley 836.

2.6 Ley 1015 del 2006. Esta reciente norma es el código disciplinario de la policía nacional, que se separa en su aplicación de lo expuesto en las normas anteriormente comentadas; no obstante sigue los mismos lineamientos de las codificaciones del 2002 y del 2003.

2.7 Otras normas. Colombia, como muchos países de América Latina se caracteriza por ser un país de normas, facilitando así, incluso la corrupción administrativa y claro está, una poco tratada pero totalmente peor: la corrupción empresarial. En punto de normas contra la lucha contra el terrorismo desde la óptica de los DDHH, se cuenta con una gran serie de preceptos jurídicos, desde el mismo nivel de ley, hasta decretos y resoluciones ministeriales. La oficina en Colombia del alto comisionado para los DDHH publicó en el año 2003, una compilación de normas nacionales relacionadas con la protección de estos derechos. Allí cualquier lector que desconozca el marco normativo interno podrá estudiar a lo largo de 710 páginas, los elementos esenciales de protección; llegando incluso a la transcripción de la Ley 288 de 1996, por medio de la cual se establecieron los instrumentos idóneos para la indemnización de perjuicios a las víctimas de violaciones de los DDHH en virtud de lo dispuestos por cortes y otros órganos internacionales. También, sobre todo en relación con el marco normativo relacionado con acuer-

dos de paz; se debe tener en cuenta la Ley 418 del año 1997; la Ley 548 del año 1999 y la Ley 782 del año 2002. finalmente encontramos la ley de justicia y paz; 975 del año 2005 y el pronunciamiento de la C.C. a través de sentencia C – 531 del año 2006.⁵¹

2.7.1 Derechos humanos y terrorismo en Colombia

En esta segunda parte del trabajo y luego de haber revisado de forma muy somera el marco normativo de los DDFF y el DIH en Colombia, partiendo de la Constitución Política y centrándonos en la importancia del bloque de constitucionalidad, quiero adentrarme en un análisis igualmente breve relacionado con el tema del primer seminario internacional sobre DDHH y el DIH como fundamento de legitimidad en la lucha contra el terrorismo.

Para el propósito planteado quiero proponerle al lector tres núcleos problemáticos que permitirán por lo menos encauzar un debate académico sobre la terminología utilizada frente a la situación de violencia que vive Colombia, la cual no abrigo dudas, y lo vuelvo a sostener, se encuadra perfectamente dentro del concepto de conflicto armado intraestatal.

En consideración a lo anterior, paso a plantear los núcleos problemáticos antes descritos, los cuales simplemente serán esbozados en esta ocasión.

- ¿En la situación que vive Colombia será excluyente hablar de conflicto armado y agresión terrorista?
- ¿Cuáles son las repercusiones de una lucha contraterrorista y antiterrorista si se esta o no dentro del marco de un Conflicto armado?
- ¿Frente a una lucha contraterrorista se deben preservar los DDHH y el DIH?

Tratemos entonces de abordar cada uno de los anteriores interrogantes que me he permitido plantear:

- A. **¿Conflicto armado o amenaza terrorista?** Aunque el planteamiento del núcleo problemático pasa por aceptar prima facie la existencia de una agresión terrorista, se hace pertinente indicar que el título de éste apartado regresa a la pregunta que se plantean muchos sectores en Colombia, y aún en el exterior sobre la situación de violencia que vive el país.

En primer lugar y en aras de soportar mi argumento sobre la existencia de un conflicto armado intraestatal en Colombia, quiero traer algunas fuentes que podrán ayudar en la elaboración de mi argumento.



52

1. Leyes 418 de 1997, 548 de 1999 y 782 del 2000.

La Ley 418 de 1997, también conocida como ley de orden público, creadora del marco legal para realizar los acercamientos, diálogos y negociaciones de paz con los grupos armados al margen de la ley en Colombia, acepta (ya que no ha sido derogada sino prorrogada en el tiempo), la existencia en nuestra patria de un Conflicto armado.⁵³ Así, a través de su articulado,

⁵¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 531 del 2006. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Igualmente se hace necesario estudiar los precedentes. De las sentencias C – 319 del 2006 y C – 370 del mismo año.

⁵² Fuente. www.monografias.com

⁵³ Diario Oficial No. 43.201, de 26 de diciembre de 1997 Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones.

modificado, ampliado y complementado por otras normas, específicamente por la Ley 548 de 1999 y la Ley 782 del año 2002, se puede encontrar clara mención a la existencia en Colombia del conflicto. Veamos:

- a. **Artículo 8°. Modificado por la Ley 782 del 2002 y corregido por el Decreto 1000 del año 2003 literal b).** “Adelantar diálogos, negociaciones y firmar acuerdos con los voceros, o miembros representantes de los **grupos armados organizados al margen de la ley**, dirigidos a: **obtener soluciones al conflicto armado**, lograr la efectiva aplicación del derecho internacional humanitario, el respeto de los derechos humanos, el cese de hostilidades o su disminución, la reincorporación a la vida civil de los miembros de estos grupos, o lograr su sometimiento a la Ley, y enmarcados en la voluntad de crear condiciones que propendan por un orden político, social y económico justo.” Esta norma no sólo acepta legalmente la existencia del conflicto, sino, que en un marco abierto, amplio y sobre todo reivindicador, describe la existencia de grupos al margen de la ley; no habla jamás de simples terroristas.
- b. **Capítulo II. Disposiciones para proteger a los menores de edad contra efectos del conflicto armado.** Los artículos 13 y 14, no derogados hasta el momento, prescribe la prohibición del Estado Colombiano (modificado por la Ley 548 de 1999) de vincular menores de edad a las filas. Pero igualmente en el artículo 14 insiste en la definición de términos como “insurgencia”, “grupos armados al margen de la ley”, etc.
- c. **Título II. Atención a las víctimas de hechos violentos que se susciten en el marco de un conflicto armado interno.** “Art. 15. Para los efectos de esta ley, se entiende por víctimas de la violencia política, aquellas personas de la población civil que sufran perjuicios en su vida, o grave deterioro en su integridad personal o en sus bienes, por razón de **atentados terroristas**, combates, secuestros, ataques y masacres **en el marco del conflicto armado interno**.”⁵⁴ Son víc-

timas los desplazados en los términos del art. 1° de la Ley 387 de 1997.” Este artículo fue modificado por el artículo 6° de la Ley 782 del 2002, promulgada luego de los atentados del 11 de septiembre del 2001, siendo presidente el doctor Uribe Vélez. Como se puede apreciar, sobran las palabras para tratar de argumentar la existencia de un conflicto armado y la existencia de una agresión terrorista. Podríamos seguir por muchos párrafos haciendo la transcripción de los títulos, capítulos y artículos de las mencionadas leyes, que aluden a la existencia en Colombia del conflicto; la verdad, creo que con lo hasta aquí expuesto basta y sobra.

2. **Ley 599 del año 2000. Código penal.** Después de la firma del tratado de Roma el 18 de julio del año 1998⁵⁵ por parte de 120 Estados, entre ellos el nuestro, y la creación de la Corte Penal Internacional o Tribunal Penal Internacional (en adelante CPI), Colombia decidió en razón de garantizar la seriedad del compromiso suscrito, reformar la C.P.⁵⁶ y adicionar el artículo 93 e igualmente actualizar su codificación penal en aras de actualizar la tipificación de conductas punibles en relación con personas protegidas por el DIH. Como es bueno recordarlo, el DIH sólo es aplicable en situaciones de conflicto armado internacional y claro está, en conflictos armados no internacionales, internos o intraestatales. Desde esa perspectiva, el título II de la parte especial del código penal vigente, entroniza los delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH. Y así instituye en un capítulo único, conductas que sólo se pueden cometer, como de hecho sucede, en el desarrollo de un conflicto armado, incluyendo en el artículo 144 al terrorismo. “Artículo 144. Actos de terrorismo. **El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado**, realice u ordene llevar a cabo ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias,

⁵⁴ Todas las negrillas son propias.

⁵⁵ MEJÍA AZUERO, Jean Carlo. La corte penal militar y las fuerzas armadas de Colombia. Una mirada desde la trincheira. Editorial Dike S.A. Primera Edición. Medellín, Colombia año 2006.

⁵⁶ Acto legislativo n° 2 del año 2001.

actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla, incurrirá por esa sola conducta en prisión de quince (15) a veinticinco (25) años, multa de dos mil (2.000) a cuarenta mil (40.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte (20) años.”

3. **Sentencia C – 251 del 2002.** La sentencia de la C.C., sobre la constitucionalidad de la Ley 684 de seguridad y defensa nacional es otra fuente que coadyuva a demostrar la existencia de un conflicto armado en Colombia. Veamos el siguiente aparte que puede clarificar aún más mi posición: “22- Algunos podrían objetar que la anterior conclusión no es válida, **por cuanto en un conflicto armado interno,⁵⁷ como el que vive Colombia**, no es posible apartar a la sociedad civil del **conflicto** por las siguientes dos razones: de un lado, porque en la realidad la población no combatiente es tal vez la principal víctima del **conflicto**, lo cual significa que la sociedad civil ya está inmersa en la confrontación armada; y de otro lado, porque es deber de las personas apoyar a las autoridades (CP art. 95), por lo que la sociedad está en la obligación de involucrarse activamente en favor del Estado. A pesar de su aparente fuerza, ese reparo no es válido por otras razones: de un lado, la objeción según la cual **la población civil no puede ser jurídicamente excluida del conflicto armado**, por cuanto ya se encuentra inmersa en él en la realidad, es errónea, pues incurre en la llamada falacia naturalista, ya que extrae conclusiones normativas a partir de una situación fáctica. En efecto, este reparo confunde una situación empírica con una exigencia normativa, pues considera que el principio de distinción, que es una norma, no es válido, por cuanto a nivel empírico ese principio es negado por los actores armados, que han hecho de la población civil su principal víctima.”⁵⁸

4. **Sentencia de excepciones preliminares. Cte IDH. Caso Palmeras contra Colombia.** En la sentencia de excepciones preliminares de la Cte IDH, precisa el órgano judicial internacional que en ningún momento el Estado Colombiano ha desvirtuado la existencia en Colombia de un conflicto armado interno no internacional. Entonces es menester mostrar lo que en su momento expuso la corte: “La Comisión expresó, como punto de partida de su razonamiento, **que Colombia no ha objetado lo dicho por ella en el sentido de que, en el momento en que se produjo la pérdida de vidas relatada en la demanda, se desarrollaba en su territorio un conflicto armado no internacional y tampoco ha objetado que dicho conflicto corresponde a la definición prevista en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra.**”⁵⁹

5. **Ley 975 del 2005. ley de justicia y paz.** La recientemente promulgada Ley de justicia y paz; declarada exequible por la C.C., y que esta sirviendo de marco legal para la desmovilización y reinserción de los mal llamados grupos “paramilitares”; sí bien es cuidadosa al extremo (seguramente con el ánimo de mantener una coherencia con el discurso del gobierno), en no mencionar el término “conflicto armado”, si demuestra en forma diáfana a través de otras expresiones, la existencia de dicho conflicto; verbigracia, sostiene la aludida ley dentro de su objeto que busca la facilitación de los procesos de paz (¿y cómo para que proceso de paz si no existe conflicto?); igualmente sostiene que busca la reincorporación individual o colectiva de miembros de los grupos armados al margen de la ley (¿y es qué uno busca la reinserción de terroristas *per se*?) y finalmente, cuando el inciso segundo del artículo primero enseña que por grupos armados al margen de la ley se deben entender a los grupos guerrilleros y a las auto-defensas, ¿habrá guerrilla y autodefensas en un Estado y una ley que busca su reinserción a la

⁵⁷ Negrillas propias.

⁵⁸ Sentencia citada ut supra. En el mismo sentido, ver aclaración de voto de Alejandro Martínez Caballero a la sentencia C-572 de 1997.

⁵⁹ Negrillas propias. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso las Palmeras. Sentencia de 4 de febrero DEL 2000.

vida civil sin que exista conflicto armado? Creo que algunos de los asesores presidenciales, tendrían que explicarle al pueblo como algo puede ser y no ser al mismo tiempo.

Lo anterior permite observar que en realidad en Colombia, incluso aceptado de una u otra forma por el actual gobierno a través de algunos de sus representantes, existe un conflicto armado. Lo importante ahora es ver, si la existencia de un conflicto armado es excluyente de la presencia de actos de terrorismo.

No obstante que hasta este punto el lector ya podrá tener una somera claridad sobre el tema, sobre todo en relación a los argumentos antes brindados, quiero utilizar la normatividad internacional, relacionada con los conflictos armados, para sustentar porque en casos de conflictos internacionales e internos se pueden presentar actos de terrorismo, sin que se deslegitime la misma existencia del criterio polemológico.⁶⁰

- a. **Convenio IV de Ginebra del 12 de agosto del año 1949. Relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. Art. 33.**⁶¹ El artículo 33 del convenio IV de Ginebra y frente a las personas protegidas ubicadas en el territorio de una de las partes en conflicto internacional, previene a las autoridades que en ningún caso se podrá admitir castigos colectivos, así como toda medida de intimidación o de **terrorismo**. En consideración a lo anterior, conflicto armado y terrorismo no son excluyentes en materia internacional.
- b. **Protocolo I de 1977. Adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949. Relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales.**⁶² El artículo 51 del

protocolo I relacionado con la población civil, prevé en su numeral segundo y como estándar de protección en conflictos armados internacionales que la población civil no será objeto de ataque; que en ese sentido, quedan totalmente prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil. Este artículo como el del convenio IV son importantes para corroborar la perfecta coexistencia de conflicto y terrorismo; pero igualmente para comprender que actos de terrorismo es bien diferente al concepto de amenaza de terrorismo. Con lo cual también llegamos a la temprana conclusión de que en Colombia existe un conflicto armado en donde los grupos al margen de la ley utilizan el terrorismo como arma de guerra. Es decir, en Colombia hay agresión terrorista por parte de los grupos al margen de la ley, existiendo al mismo tiempo conflicto armado.

- c. **Protocolo II de 1977. Adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949. Relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales.**⁶³ **Art. 4. numeral 2° literal d.** el artículo 4° numeral 2° literal d), prevé frente a las personas protegidas que quedarán prohibidos en todo lugar y tiempo los actos de terrorismo. De esa forma recoge el criterio plasmado en el citado art. 33 del convenio IV de Ginebra.
- d. **Protocolo II de 1977. Adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949. Relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales.**⁶⁴ **Art. 13. protección a la población civil.**⁶⁵ El artículo 13 del protocolo II, prevé en relación a la protección que debe tener la población civil en los conflictos no internacionales como el colombiano, que quedan prohibidos **los actos o amenazas** de violencia cuya finalidad sea aterrorizar

⁶⁰ Bouthol Gaston. La guerra. Editorial Oikos – tau n° 44. primera edición en lengua castellana. Barcelona España 1971.

⁶¹ Los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949. Comité internacional de la Cruz Roja. Nueva edición publicada por el CICR. Año 1986. pág. 151.

⁶² Protocolos adicionales a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949. comité internacional de la Cruz Roja Ginebra 1977. edición revisada en 1996. www.icr.org. Pág37

⁶³ Comentario del protocolo del 8 de junio de 1977. Comité Internacional de la Cruz Roja. Editorial Plaza y Janés. Bogotá Colombia. 1998. pág. 117

⁶⁴ Comentario del protocolo del 8 de junio de 1977. Comité internacional de la cruz roja. Editorial plaza y janés. Bogotá Colombia. 1998. pág. 117

⁶⁵ Ibid. Pág. 236

- a la población civil. Una vez más se ratifica lo expresado en las normas relacionadas con los conflictos internacionales.
- e. **Estatuto del tribunal penal internacional para Ruanda. Art. 4º literal d.**⁶⁶ El Estatuto del Tribunal ad-hoc creado por la ONU, para investigar y castigar los crímenes acaecidos en Ruanda en el año 1994, prevé en su artículo 4, relacionado con las violaciones a los convenios de Ginebra en su artículo º común y el protocolo adicional 2, que tendrá competencia para juzgar a todos aquellos que cometan u ordenen cometer actos de terrorismo. Pero igualmente en el literal h, indica que también tendrá competencia para juzgar a todos aquellos que amenacen con ejecutar actos de terrorismo. Una vez más surge la diferencia entre agresión terrorista y amenaza terrorista.
- f. **Estatuto del tribunal especial para Sierra Leona. Resolución del Consejo de seguridad de la ONU 1315 del año 2000.**⁶⁷ En el mismo sentido que lo previsto en el Tribunal ad hoc para Ruanda, el artículo 3º literal d), del Estatuto del Tribunal especial para Sierra Leona (conocidos doctrinariamente como tribunales mixtos), establece la competencia para el juzgamiento de actos de terrorismo y de igual manera todas las amenazas de comisión de actos de esta naturaleza.

Quiero en consideración a los anteriores argumentos finalizar este apartado indicando que en Colombia en verdad estamos viviendo un conflicto armado; uno de los más sangrientos y antiguos del mundo; tal vez sólo comparado en éste ulterior aspecto con el de Sri Lanka.⁶⁸ Que en ese conflicto armado degradado y con visos regionales, tenemos grupos armados ilegales que utilizan dentro de la combinación de formas de lucha, tácticas terroristas. Que en igual sentido terrorismo y conflicto armado no son conceptos excluyentes y así se evidencia no sólo en la legislación internacional sino en la interna,

acompañada de la jurisprudencia y la doctrina. Es más, que resulta plausible indicar que Colombia es un Estado agredido por el terrorismo de extremas o de facciones⁶⁹; en este caso específico y luego de revisar la normatividad internacional, evidenciamos dos periodos de terrorismo en Colombia; uno primero originado dentro de un marco de lucha contra los carteles del narcotráfico; específicamente frente al cartel de Medellín y su principal exponente Pablo Escobar; y una segunda etapa, de terrorismo desplegado por grupos como las autodenominadas FARC, el ELN y las AUC. Y no obstante ser un crítico acérrimo del término “amenaza terrorista”, considero incluso aceptable para efectos de investigación y juzgamiento, la excepción en el sentido restringido que prevé nuestra legislación penal.

3. REPERCUSIONES FRENTE A LA LUCHA CONTRATERRORISTA O ANTITERRORISTA, DEPENDIENDO DE LA ACEPTACIÓN O NO DE UN CONFLICTO ARMADO



70

No existe duda para los estudiosos en el tema en relación a la aplicación de las normas internacionales, ora se este en una situación de lucha contra el terrorismo internacional o interno, o bien se encuentre un Estado luchando contra un terrorismo que se utilice como arma dentro de un conflicto armado.

Pues bien, las repercusiones básicamente frente a la lucha contra el terrorismo en un marco de inexistencia de un conflicto armado, nos llevan directamente a la aplicación del DIDH (Derecho Internacional de los Derechos Humanos); entendiendo este sistema normativo, en sede de trato humano, muy cercano al previsto por el DIH. Desde esta perspectiva, estarían garantizados derechos y garantías procesales de los enjuiciados por la comisión de actos

⁶⁶ PRIETO SAN JUAN, Rafael y otros. Akayesu. El primer juicio internacional por genocidio. Grandes fallos de la justicia penal internacional. Número 2. Editorial Dike y universidad Javeriana. Bogotá Colombia. 2006. pág. 690.

⁶⁷ Op.cit. MEJÍA AZUERO. Corte Penal.

⁶⁸ Ver Fisas. Op.cit. pág. 28

⁶⁹ Ver Pizarro Leóngomez. Op.cit. pág. 136 - 138

⁷⁰ Fuente. www.farcep.org

de terrorismo. No obstante lo anterior, de ninguna manera se podría dar por parte del Estado un trato privilegiado frente a los actores de actos terroristas.

Por otro lado, y dado el caso de que una política criminal de un Estado amenazado por el terrorismo, como algunos han querido indicar que es el caso de Colombia, quisiera aplicar rebajas sustanciales a éste tipo de delincuentes, no se encontraría posibilidad directa, de aplicar principio de complementariedad frente por ejemplo a la CPI, que como bien se sabe no juzga crímenes de terrorismo; esto por varias razones que no son del caso explicar, pero que pasan incluso por las dificultades de definición del terrorismo, al igual de lo que sucede con el crimen de agresión.

La aceptación de la existencia de un conflicto armado interno o intraestatal, abre las posibilidades de persecución de las personas que cometen actos terroristas, incluso con efectos sociológicos al interior de las organizaciones al margen de la ley. Esto entendiendo que las implicaciones que tiene una guerra o conflicto armado, distan en muchas ocasiones de las meras observaciones jurídicas. Veamos algunos ejemplos:

1. Deslegitimación de la lucha armada cuando se persigue abiertamente a la población civil a través de actos de terrorismo.
2. Pérdida de reconocimiento internacional que no implica aceptación de beligerancia.
3. División interna de los grupos al margen de la ley entre facciones que consideran nociva la aceptación de tácticas terroristas.
4. Aislamiento de los grupos de izquierda de las masas, (pueblo) a las cuales consideran esenciales para la toma del poder.⁷¹

⁷¹ Panfleto de las autodenominadas FARC. Organización de masas. s.e. Año 2000. "1. Objetivo general". Nuestro objetivo fundamental es la toma del poder, combinando todas las formas de lucha." Pág. 5. se retoma de esta forma la doctrina de guerra revolucionaria planteada por Mao Tsé Tung o Mao Zedong, Vo Nguyen Giap y su libro Ejército del Pueblo y finalmente Ernesto Guevara, conocido como el Che Guevara. Para mayor ampliación se puede consultar: Vieira Gilberto. la combinación de todas las formas de lucha. Documentos políticos N° 41, Bogotá D.E., 1964. Vieira

5. Desprestigio ante los subalternos (guerrilleros rasos) y mandos medios.
6. Pérdida de la disciplina revolucionaria.
7. Incoherencia entre un discurso ideológico, sustentado hoy en día en un origen marxista-leninista, remozado por ideas nacionalistas, principalmente sustentadas en doctrinas bolivarianas; acompañadas muy de cerca desde el exterior.
8. Aplicación de la extradición.
9. Pérdida de privilegios propios de delitos considerados como políticos.

Lastimosamente, y no se ha querido ver de esta forma, por falta de comprensión y conocimiento sobre el enemigo y la amenaza, toda guerra es eminentemente político-militar, y no militar-política. Las implicaciones frente a la legitimidad de las actuaciones del Estado, están enmarcadas por la ausencia de políticas militares y verdaderas estrategias contrainsurgentes.

En conclusión, el marco de posibilidades de aplicación de lucha legalmente considerada contra el terrorismo, aceptando la existencia de un conflicto armado, abre no sólo un abanico finito, más amplio, de variables de arrinconamiento político, militar y diplomático, de organizaciones que en las actuales condiciones han puesto a trabajar a sus frentes internacionales como nunca antes, sobre todo evidenciando la pérdida de imagen frente a la comunidad internacional, en donde sin embargo siguen teniendo aliados incomprensiblemente.

Gilberto. Combinación de todas las formas de lucha. Bogotá, ediciones Sudamérica. 1988. Pizarro Eduardo. Las Farc. De la autodefensa a la combinación de todas las formas de lucha. 1949-1966. Bogotá IEPRI. Tercer mundo editores. 1991. Guevara Ernesto. Obras Completas. 3 volúmenes. Editorial Legasa. Buenos Aires. 1995. Igualmente se pueden consultar las conocidas obras de Régis Debray, ideólogo Frances, seguidor del Che. AAVV. Colombia. El conflicto. Callejón Con Salida. Informe Nacional de Desarrollo Humano. PNUD 2003. Leal Buitrago Francisco. La inseguridad de la seguridad. Colombia 1958-2005. Editorial Planeta. Año 2006. Castro Caicedo Germán. Que la Muerte Espere. Editorial Planeta. Año 2005.

4. ¿FRENTE A LA AGRESIÓN TERRORISTA SE DEBEN PRESERVAR LOS DDHH Y EL DIH?



72

Esta pregunta de sencillez aparente, en verdad nos tiene envueltos hoy por hoy, en un galimatías del cual estamos saliendo en verdad mal librados. Los últimos hechos, bajo investigación, relacionados con las actuaciones militares, policiales y judiciales en contra de los agentes subversores de la seguridad, así lo indican. Lo primero que siempre hay que tener en cuenta, es que por ningún motivo y bajo ninguna consideración o argumento, podemos aceptar que al terrorismo se le combata con terrorismo. Nuestra más importante arma contra los grupos al margen de la ley es precisamente la legalidad de las actuaciones, la que de paso va a generar confianza, legitimidad y un halito de transparencia que va a producir efectos a nivel nacional y sobre todo a nivel de la comunidad internacional.

Un Estado que utilice precisamente el terrorismo con el fin de acabar con las huestes insurgentes, no importando su orientación ideológica, termina siendo igualmente un simple amparador de terroristas que en nada se diferencian de los que dicen perseguir. En mis charlas, clases y conferencias siempre precisó que el fin constitucional, justifica los medios legales; pero que lo contrario, marca el comienzo del fin para un estado social de derecho.

⁷² Atentado terrorista en la Universidad Militar Nueva Granada, bien protegido por el DIH. Octubre 18 del 2006. Fuente revista semana. www.semana.com.co

En realidad, no podemos como Estado cohonestar con la existencia de normas que traten de soslayar los estándares internacionales de protección de los DDHH; en ese sentido y con toda razón, la C.C. colombiana declaró la inexecutable total de la ley de seguridad y defensa nacional, Ley 684 del 2001, al considerar en buen criterio, aunque no compartido totalmente, que la norma acusada, violaba valores fundacionales de un Estado democrático como la división del poder público. Vale la pena recordar lo que en esa oportunidad expresó la corte:

“28- Directamente ligado a lo anterior, la **separación de poderes es también un mecanismo esencial para evitar la arbitrariedad, mantener el ejercicio de la autoridad dentro de los límites permitidos por la Carta y asegurar así la libertad y seguridad de los asociados.**⁷³ La lógica de este dispositivo, no por conocida deja de ser esencial: la división de la función pública entre diferentes ramas permite que el poder no descansa únicamente en las manos de una sola persona o entidad, con el fin de que los diversos órganos puedan controlarse recíprocamente. Esto significa que, como esta Corporación ya lo había señalado, la consagración de diversas ramas del poder y de órganos autónomos se lleva a cabo “*con el propósito no sólo de buscar mayor eficiencia en el logro de los fines que le son propios, sino también, para que esas competencias así determinadas, en sus límites, se constituyan en controles automáticos de las distintas ramas entre sí, y, para, según la afirmación clásica, defender la libertad del individuo y de la persona humana*”. Por ello, como lo ha recordado esta Corte, “*la separación de las ramas del poder público es inherente al régimen democrático y constituye uno de sus elementos procedimentales de legitimación*”.⁷⁴

Pero en igual sentido y aquí reside la importancia de las declaraciones de la C.C., garantistas en todo sentido, bajo la comprensión verdadera de un estado social de derecho, es que por más criminal que

⁷³ Negrillas propias

⁷⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia citada. Al respecto, ver, entre muchas otras, las sentencias C-167 de 1995, C-312 de 1997 y C-189 de 1998. Sentencia C-167 de 1995. MP Fabio Morón Díaz, criterio reiterado en la sentencia C-189 de 1998. Sentencia 312 de 1997. Fundamento 5.

sea la actividad terrorista, por más repudiada y censurada, como de hecho lo es, no podemos actuar, bajo ninguna circunstancia utilizando la normatividad como una “cortina de humo” que esconda una verdadera ley del talión. Vuelvo e insisto, nos convertiríamos en un ser abominable igual al que perseguimos. Aquí quiero recordar finalmente que en la declaratoria de inconstitucionalidad del “estatuto antiterrorista”, acto legislativo 2 del año 2003, la Corte, parafraseando el concepto del ministerio público indicó: Entra entonces el concepto fiscal a afirmar que la necesidad de perseguir el terrorismo “no puede *per se* considerarse como un supuesto válido para justificar el desconocimiento de principios consagrados en la Constitución y el los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos”.⁷⁵

Y cualquier lector desprevenido a esta altura podría pensar ¿Entonces frente al terrorismo no cabe ninguna limitación de los DDFF? ¿Entonces estamos con las manos atadas para resolver en la práctica los desafíos que plantea el terrorismo? Y tengo que decir verticalmente que la respuesta es un rotundo no. La CIDH en el informe sobre DDHH y terrorismo de septiembre del año 2002 y que se anexa en su informe ejecutivo a la presente aproximación, formula unas recomendaciones que deben ser acogidas como estándares de lucha contra el flagelo del terrorismo, sobre todo para no caer en actividades vengativas como las norteamericanas en Guantánamo e Irak. Pero igualmente caben algunas recomendaciones, que pasaré a exponer a continuación luego de unas cortas conclusiones.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

En realidad un seguimiento atento del presente escrito podrá haberle dado al lector de forma, tal vez un poco anticipada, algunas de mis principales conclusiones frente al tema, para nada sencillo, del terrorismo y la lucha que contra tan dantesco fenómeno debe ejercerse por un Estado como el colombiano. Aquí quiero simplemente y a manera enumerativa resaltar lo siguiente.

⁷⁵ Ejusdem. Pág 58.



76

- A. Por más cruel e inhumano que sea el terrorismo, toda persona perseguida por la presunta comisión de estos actos, debe ser protegida frente a sus derechos y garantías procesales.
- B. No existe posibilidad de aceptar que el terrorismo se pueda combatir con terrorismo.
- C. La dignidad humana es la piedra sobre la cual descansa un Estado Social de Derecho; cualquier intento y en cualquier vía, que pretenda soslayar este valor sagrado, esta en contra de la Constitución Política y las normas internacionales de DDHH.
- D. Existen fórmulas legales y constitucionales, para contrarrestar la actividad terrorista desde el ámbito judicial; es un deber de todas las autoridades públicas entender y estudiar la C. P. y el precedente constitucional.
- E. El fin constitucional siempre aceptará la posibilidad de utilización de medios legales y transparentes en la lucha contra el terrorismo.
- F. La misma C.C., la CIDH, el Comité Interamericano contra el Terrorismo CICTE, dan importantes criterios de lucha contra el terrorismo desde la óptica de los derechos humanos.
- G. La legitimidad de la actuación institucional es innegociable.

⁷⁶ Colombia es actualmente el segundo país en el mundo con minas antipersonales sembradas. Mientras el Estado viene respetando las normas internacionales sobre el tema, los grupos al margen de la ley, principalmente los de ideología de izquierda siguen colocándolas, incluso alrededor de bienes protegidos por el DIH. Fuente. www.unicef.com

- H. No se puede soslayar el precedente constitucional que en Colombia tiene fuerza de cosa juzgada constitucional
- I. Evidentemente hay conflicto armado intraestatal, con visos de conflicto regional en Colombia.
- J. Existe una fuerte argumentación para sustentar que conflicto armado y terrorismo no son excluyentes y que deben tener una respuesta integral por parte del Estado, no simplemente una óptica aislada por presiones internacionales que nos han sumergido en la cruzada contra el terrorismo internacional.
- K. Agresión terrorista y amenaza terrorista son dos términos que indistintamente y de forma incomprensible se vienen manejando al interior del país; lo cual puede generar graves repercusiones en un escenario de posconflicto.

Y entonces ¿qué recomendaciones se pueden proponer para combatir desde la óptica de los DDFF al fenómeno terrorista? Quiero aventurarme a proponer las siguientes recomendaciones; fuera de las planteadas por el informe de la CIDH y de lo previsto en la Convención Interamericana contra el Terrorismo del 3 de junio del año 2002.



77

⁷⁷ Actualmente en Colombia se viene utilizando el odio como una de las principales armas de guerra. Partiendo además de la utilización de símbolos históricos tan recordados y que de paso despiertan pasión en la población. Bolívar como inspirador de la nueva ideología nacionalista, a través del PC3 y del movimiento bolivariano por una nueva Colombia. Ambas medidas tomadas para contrarrestar el esfuerzo militar político del gobierno y por otra parte al mismo Jesús a través de una “reencauchada” teología de la liberación. Fuente. www.news.imb.bbc.uk

1. Es una pésima premisa, en un Estado Social de Derecho, regresar a la época de la “seguridad nacional”, pretendiendo generalizar la persecución contra el terrorismo y encontrando que en abstracto todo el pueblo es sospechoso. Esto incluso lo ha recabado el mismo presidente de la República, verbigracia en su discurso de posesión el día 7 de agosto del año 2006.⁷⁸
2. Se debe ser vertical en la lucha contra el terrorismo, pero sobre todo desde la prevención, la interceptación; es decir, desde un trabajo serio de inteligencia. Al terrorismo se le combate con inteligencia estratégica. Esta es la columna principal.
3. No se debe caer en el error de confiar todo a la inteligencia técnica. El peor error de Estados Unidos fue dejarle la tarea de los seres humanos, a las máquinas. Humanint (inteligencia humana) es la solución.
4. Las fuerzas armadas. Luego de luchar tanto por la legitimidad, y conseguirla; no pueden darse el lujo de salirse del marco de la Constitución y la ley. La enseñanza de los DDHH es importante, pero en esto no reside el triunfo, sino en la transformación cultural y la sensibilización en estos temas.
5. Mayor número de hombres, en un conflicto asimétrico e irregular como el colombiano, en donde el enemigo utiliza tácticas terroristas, es un arma de doble filo que puede traer consecuencias desastrosas. Las políticas en este sentido deben reevaluarse. Espacio, tiempo y territorio para la subversión significan otras cosas.
6. Son válidas las leyes de excepción y las limitantes a ciertos derechos tal y como lo prescribe el art. 27 de la DADH; lo que no es válido es pretender violar principios de temporalidad de medidas excepcionales, proporcionalidad, distinción, y mínimos derechos y garantías.
7. El condenado por terrorismo no debe ser privilegiado por normas penitenciarias, que le permitan al colectivo social, a la delincuencia y a los grupos armados irregulares, creer que causar terrorismo es buen negocio.
8. Se deben estudiar y seguir las recomendaciones dadas por la CIDH en materia de criterios para

⁷⁸ Para consultar el discurso www.presidencia.gov.co

luchar contra el terrorismo en Estados democráticos.

9. Jamás, jamás, jamás, se debe legislar con el odio, el resentimiento y la ser de venganza como aliados.

De esta forma y ante las limitaciones de espacio, creo que he cumplido con el propósito de informar mi pensamiento sobre el tema de los DDHH y el terrorismo. Mil gracias.

BIBLIOGRAFÍA

AAVV. Colombia. El conflicto. Callejón con salida. Informe Nacional de Desarrollo Humano. PNUD 2003.

AAVV. Nuestra guerra sin nombre. Transformaciones del conflicto en Colombia. IEPRI. Grupo editorial Norma. Primera Edición. Bogotá, Colombia, enero del 2006.

Acto legislativo n° 2 del año 2001.

ÁLVAREZ ZARATE José Manuel. El interés nacional en Colombia. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Octubre del 2003.

ARTEAGA Alejandro. La constitución colombiana y el derecho internacional humanitario. Editorial Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Abril 2001.

BOUTHOL Gaston. La guerra. Editorial Oikos – tau n° 44. primera edición en lengua castellana. Barcelona España 1971.

Carta magna de Juan sin tierra de 1215.

CASTRO CAICEDO Germán. Que la muerte espere. Editorial Planeta. Año 2005.

Comentario del protocolo del 8 de junio de 1977. Comité internacional de la cruz roja. Editorial plaza y janés. Bogotá Colombia. 1998.

Comentario del protocolo del 8 de junio de 1977. Comité internacional de la cruz roja. Editorial plaza y janés. Bogotá Colombia. 1998.

Consejo de Estado. Sala plena de lo contencioso administrativo. Sentencia del 13 de diciembre de 1995. expediente S – 470 M.P. Diego Younes Moreno.

Consejo superior de política criminal. República de Colombia Ministerio de Justicia y del Derecho. La extradición como fórmula de cooperación judicial en la época de los nacionalismos. Bogotá 1997.

Constitución política de Colombia.

Corte constitucional. Sentencia C – 370 del 2006

Corte Constitucional. Sentencia C – 251 del 2002. M.P. Eduardo Montealegre. Clara Inés Vargas.

Corte Constitucional. Sentencia C – 251 del 2002. M.P. Eduardo Montealegre. Clara Inés Vargas. Declaratoria de inexequibilidad de la ley 684.

Corte Constitucional. Sentencia C – 276 del 22 de julio de 1993. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional. sentencia C – 319 del 2006.

Corte Constitucional. Sentencia C – 337 del 19 de agosto de 1993. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional. Sentencia C – 479 6 de agosto de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia C – 479 del 6 de agosto del año 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia C – 575 del 29 de octubre de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia C – 578 del 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinoza.

Corte Constitucional. Sentencia C – 587 del 12 de noviembre de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional. Sentencia C – 606 del 14 de diciembre de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón.

- Corte Constitucional. Sentencia C – 651 del 3 de diciembre de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional. Sentencia C – 434 del 25 de junio del año 1992. M.P. Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional. Sentencia C – 531 del 2006. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional. Sentencia C – 572 de 1997.
- Corte Constitucional. Sentencia T – 006, mayo 12 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. Sentencia T – 406, 5 de junio de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.
- Corte Constitucional. Sentencia T – 428 del 24 de junio de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.
- Corte Constitucional. Sentencia T – 505, del 28 de agosto de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. Sentencia T – 523 del 15 de octubre de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia Caballero Santana contra Colombia.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia Masacre de los 19 comerciantes contra Colombia.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia Masacre de Palmeras contra Colombia.
- Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1792.
- Derechos Humanos y constitucionalismo en la actualidad: ¿continuidad o cambio de paradigma? Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio. Madrid España. Editorial Marcial Pons 1996.
- Diario Oficial No. 43.201, de 26 de diciembre de 1997.
- FISAS Vicenc. Procesos de paz y negociación en conflictos armados. Editorial Paidós. Serie Estado y sociedad. Número 119. Barcelona España. Año 2004.
- GUEVARA Ernesto. Obras Completas. 3 volúmenes. Editorial Legasa. Buenos Aires. 1995.
- Kant: Die Metaphysik der Sitten en Werkausgabe, Band VII, Sección II, Suhrkamp Verlag, Frankfurt, 1979, pp. 33-34. Principios metafísicos de la doctrina del Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1978, p. 24.
- Kelsen Hans. Teoría pura del derecho. Séptima edición. Editorial Porrúa S.A., México 1993.
- LEAL Buitrago Francisco. La inseguridad de la seguridad. Colombia 1958-2005. Editorial Planeta. Año 2006.
- Ley 16 de 1972, la cual hace parte del bloque de constitucionalidad.
- Ley 418 de 1997.
- Ley 548 de 1999.
- Ley 600 del 2000. 24 de julio del año 2000. D.O. (diario oficial) número 44097
- Ley 782 de 2002.
- Ley 906 del año 2004.
- Ley 975 del 2005.
- LÓPEZ MEDINA Diego Eduardo. El derecho de los jueces. Ediciones Uniandes. Facultad de Derecho. Legis. Tercera reimpresión de la primera edición. Año 2002.
- Los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949. Comité Internacional de la Cruz Roja. Nueva edición publicada por el CICR. Año 1986.
- MEJÍA AZUERO Jean Carlo. La horizontalidad en el sistema interamericano de DDHH. Un reto inaplazable. www.sermashumano.com

MEJÍA AZUERO Jean Carlo. Aproximación a la responsabilidad de los militares y policías en Colombia. Revista de las Fuerzas Armadas. Escuela Superior de Guerra. Año 2004.

MEJÍA AZUERO Jean Carlo. Diagnóstico, situación y perspectivas de la defensa jurídica del estado. En prensa. Editorial Dike.

MEJÍA AZUERO Jean Carlo. En busca de la coherencia. Debate académico con el alto comisionado para la paz. Tercer coloquio neogranadino. Revista Derechos y valores de la facultad de Derecho de la UMNG. Volumen 8. n° 16. Diciembre del 2005.

MEJÍA AZUERO Jean Carlo. La acción procesal. Un concepto que necesita evolucionar. En prensa, editorial DIKE

MEJÍA AZUERO Jean Carlo. La corte penal militar y las fuerzas armadas de Colombia. Una mirada desde la trinchera. Editorial Dike S.A. Primera Edición. Medellín, Colombia año 2006.

MEJÍA AZUERO Jean Carlo. La extradición de nacionales en Colombia. Objetivo justicia. En prensa con la editorial Dike.

MEJÍA AZUERO Jean Carlo. S.O.S. la tierra llama. Ponencia ganadora tercer congreso latinoamericano del derecho. Universidad de Antioquia. 1999. publicado en www.udea.edu.co

MEJÍA AZUERO Jean Carlo. Trámite administrativo de la extradición en Colombia. Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá D.C., Colombia. Año 2006.

O'DONELL Guillermo. Contrapuntos. Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización. Editorial Paidós. Buenos Aires Argentina. Primera edición. 1997.

Panfleto de las autodenominadas Farc. Organización de masas. s.e. Año 2000.

PÉREZ LUÑO Antonio E. Derechos humanos, Estado de Derecho y constitución. Editorial Tecnos. Séptima edición. Año 2001.

PIZARRO Eduardo. Las Farc. De la autodefensa a la combinación de todas las formas de lucha. 1949 – 1966. Bogotá IEPRI. Tercer mundo editores. 1991.

PIZARRO LEÓNGOMEZ Eduardo. Una democracia asediada. Balance y perspectivas del conflicto armado en Colombia. 2004. Grupo Editorial Norma. Primera Edición. Marzo del 2004. Bogotá Colombia.

POSADA CARBÓ Eduardo. ¿Guerra civil? El lenguaje del conflicto en Colombia, Bogotá, alfaomega – Ideas para la Paz.. Bogotá D.C., Colombia. 2001.

PRIETO SAN JUAN Rafael y otros. Akayesu. El primer juicio internacional por genocidio. Grandes fallos de la justicia penal internacional. Número 2. Editorial Dike y universidad Javeriana. Bogotá Colombia. 2006.

Protocolos adicionales a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949. Comité Internacional de la Cruz Roja Ginebra 1977. Edición revisada en 1996. www.icr.org.

SAEZ ORTEGA Pedro. Guerra y paz en el comienzo del siglo XXI. Una guía de emergencia para comprender los conflictos del presente. Centro de investigación para la paz. Madrid España noviembre del 2002.

VIEIRA Gilberto. Combinación de todas las formas de lucha. Bogotá, ediciones Sudamérica. 1988.

VIEIRA Gilberto. la combinación de todas las formas de lucha. Documentos políticos N° 41, Bogotá D.E., 1964.

www.presidencia.gov.co

ANEXO 1.

OEA/Ser.L/V/II.116

Doc. 5 rev. 1 corr.

22 octubre 2002

Original: inglés

**INFORME SOBRE TERRORISMO
Y DERECHOS HUMANOS****RESUMEN EJECUTIVO**

1. Numerosos incidentes terroristas notorios acaecidos en el hemisferio en la última década, culminando con tres ataques de proporciones sin precedentes perpetrados simultáneamente en los Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001, han demostrado cruelmente que el terrorismo sigue siendo una amenaza significativa contra la protección de los derechos humanos, la democracia y la paz y la seguridad regionales e internacionales. Esta realidad ha impulsado a los Estados miembros y a las organizaciones intergubernamentales a la adopción de numerosas iniciativas para contrarrestar esas graves amenazas terroristas, incluidas la formulación de leyes y procedimientos internos para penalizar, investigar y procesar las actividades terroristas, y la negociación de tratados multilaterales sobre cooperación entre los Estados en la lucha contra el terrorismo.
2. El 3 de junio de 2002, la Asamblea General de la OEA adoptó y abrió a la firma la Convención Interamericana contra el Terrorismo, en la cual los estados miembros reafirmaron “la necesidad de adoptar en el sistema interamericano medidas eficaces para prevenir, sancionar y eliminar el terrorismo mediante la más amplia cooperación”. Entre los principios reconocidos explícitamente en esta Convención figura la estipulación de que las actividades contra el terrorismo se lleven a cabo cumpliendo plenamente las obligaciones de los Estados miembros conforme al derecho internacional. De acuerdo con el artículo 15 de la convención, “las medidas adoptadas por los estados parte de conformidad con esta convención se llevarán a cabo con pleno respeto al Estado de derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales”. Este requisito previo refleja el principio fundamental de que la campaña contra el terrorismo y la protección de los derechos humanos y de la democracia constituyen responsabilidades complementarias. El objeto y el propósito mismo de las iniciativas contra el terrorismo, en una sociedad democrática, es la protección de las instituciones democráticas, los derechos humanos y el imperio de la ley, no su menoscabo.
3. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como órgano de la OEA encargado de la promoción del respeto y la protección de los derechos humanos en el continente, ha adquirido desde su creación, en 1959, una vasta experiencia en la evaluación de las implicaciones, para los derechos humanos, de las numerosas iniciativas antiterroristas emprendidas por los Estados miembros de la OEA. Al hacerlo, la Comisión ha puesto énfasis constante en el respeto irrestricto a todos los derechos humanos. Esto incluye los derechos que no se hayan suspendido legítimamente bajo el estado de emergencia en estricto cumplimiento con los principios y condiciones que rigen la derogación de ciertos derechos protegidos.
4. A fin de reforzar su doctrina en esta esfera y asistir a los Estados miembros de la OEA en el cumplimiento de las obligaciones jurídicas internacionales correspondientes, en diciembre de 2001 la Comisión decidió emprender un estudio por el cual reafirmaría y elaboraría la manera en que los requisitos internacionales en materia de derechos humanos regulan la conducta de los Estados en su respuesta a las amenazas terroristas. Para ayudar en esta tarea, la Comisión convocó a un panel de expertos internacionales en el curso de su período ordinario de sesiones, en marzo de 2002, a efectos de obtener información actualizada y especializada sobre la cuestión del terrorismo y los derechos humanos y también invitó a los estados miembros de la OEA y las organizaciones no gubernamentales pertinentes a presentar observaciones escritas sobre el tema.
5. En la preparación del presente informe, la Comisión adoptó un criterio basado en los derechos, conforme al cual las implicaciones de las

iniciativas antiterroristas son examinadas en relación a varios derechos humanos internacionales básicos, en particular el derecho a la vida, el derecho a un trato humano, el derecho a la libertad y la seguridad personales, el derecho a un juicio imparcial, el derecho a la libertad de expresión y la obligación de respetar y garantizar la no-discriminación y el derecho a la protección judicial. La Comisión también incluyó un análisis sucinto de varios derechos adicionales que pueden verse afectados por las medidas antiterroristas y un examen de las vulnerabilidades particulares de los trabajadores migrantes, las personas que buscan asilo, los refugiados y los extranjeros.

6. El análisis de la Comisión se basa en varios preceptos fundamentales, el primero de los cuales es el reconocimiento de que hasta la fecha no se ha logrado un consenso respecto de una definición jurídica internacional del terrorismo. Por ende, la caracterización de un acto o situación como terrorista, incluida la denominada “guerra contra el terrorismo” no puede servir, por sí misma, para definir las obligaciones legales de los Estados en esta materia. En este sentido, la Comisión no ha descartado la posibilidad de que ataques terroristas como los perpetrados el 11 de septiembre de 2001 pueden llevar a un mayor desarrollo del derecho internacional. Una de ellas podría ser la negociación de instrumentos internacionales diseñados para hacer frente a una nueva forma de “guerra terrorista” librada por o contra actores no estatales involucrados en la violencia armada contra Estados a escala internacional. Sin embargo, a esta altura, esos cambios son sólo especulaciones y, por consiguiente, el análisis de la Comisión consignado en este informe se ha concentrado en las obligaciones de los Estados miembros conforme al derecho internacional en su forma actual.
7. La falta de una definición del terrorismo aceptada a escala internacional no significa que el terrorismo sea una forma de violencia indescriptible o que los estados no estén sometidos a restricciones, en el marco del derecho internacional, en la configuración de sus respuestas a esa violencia. Al contrario, es posible enumerar varias características frecuentemente asociadas

con los incidentes terroristas que ofrecen parámetros suficientes para que los estados definan y evalúen sus obligaciones internacionales a la hora de responder a esa violencia. Esas características guardan relación con la naturaleza y la identidad de los terroristas y de las víctimas, los objetivos del terrorismo y los medios empleados para consumir los actos de violencia terrorista. La Comisión ha observado que el terrorismo puede ser perpetrado, a escala individual o colectiva, por una variedad de actores, incluyendo particulares o grupos, así como gobiernos, puede recurrir a distintos medios y grados de violencia, desde las meras amenazas concebidas para sembrar el pánico entre el público hasta las armas de destrucción masiva, y puede influir negativamente en una variedad de personas a quienes el derecho internacional acuerda protecciones particulares, como las mujeres, los niños y los refugiados.

8. A partir de esos factores, la Comisión ha observado que varios regímenes de derecho internacional pueden aplicarse a situaciones de terrorismo. La violencia terrorista puede perpetrarse en tiempos de paz, cuando el derecho internacional de los derechos humanos es plenamente aplicable, durante un estado de emergencia, cuando ciertas protecciones de los derechos humanos pueden quedar derogadas, o en el transcurso de un conflicto armado, al cual se aplica el derecho internacional humanitario. Además, la naturaleza y el nivel de violencia provocado por los perpetradores del terrorismo o contra éstos, pueden determinar la imposición de un estado de emergencia o desatar un conflicto armado. Por consiguiente, el análisis de la Comisión no se ha limitado a las obligaciones de los estados miembros conforme a los instrumentos interamericanos de derechos humanos, sino que también ha tomado en cuenta las obligaciones convencionales y consuetudinarias de derecho internacional, de los Estados miembros, al margen de su índole bilateral o multilateral, o de que hayan sido adoptadas dentro del marco o bajo los auspicios del sistema interamericano, incluyendo el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de refugiados. Esas obligaciones forman parte de

un régimen interrelacionado y de mutuo refuerzo de protecciones de los derechos humanos, que debe interpretarse y aplicarse de manera integral, con el fin de acordar a las personas las normas de protección más favorables que se encuentren disponibles al amparo de la ley aplicable. Ciertas obligaciones también pueden constituirse en *lex specialis* para la interpretación y aplicación del derecho internacional de los derechos humanos. En especial, el derecho internacional humanitario estipula reglas, normas y mecanismos amplios y detallados respecto a la protección de las víctimas de guerra, que deben tomarse en cuenta al interpretar y aplicar en forma apropiada las protecciones internacionales de los derechos humanos en los casos de conflicto armado.

9. La importancia de una determinación apropiada de la situación de las personas que quedan bajo autoridad o control del Estado y sus agentes en el transcurso de actividades antiterroristas, guarda estrecha relación con los regímenes de derecho considerados en el análisis de la Comisión. Sólo cuando se ha determinado apropiadamente la situación legal de esas personas, puede acordárseles los derechos que tengan conforme a la legislación nacional e internacional, en virtud de dicha situación. Cuando la violencia terrorista provoca un conflicto armado o se suscita dentro del marco de uno, reviste especial importancia que los estados miembros determinen, de conformidad con la Tercera Convención de Ginebra de 1949 y del Protocolo Adicional I con respecto a los Estados que los han ratificado, si una persona que cae en poder de un estado es un civil o un combatiente y, en este último caso, si es un combatiente “privilegiado”, y por lo tanto tiene derecho al *status* de prisionero de guerra y a inmunidad para ser procesado bajo las leyes de su captor por actos hostiles que no constituyan infracción de las normas y costumbres de la guerra.
10. Dentro del marco de los preceptos mencionados, la Comisión llegó a varias conclusiones, que se resumen más adelante, acerca de los derechos y las libertades más afectados por las iniciativas antiterroristas de los Estados, a saber: el derecho a la vida, el derecho a un trato humano, el de-

recho a la libertad y la seguridad personales, el derecho a un juicio imparcial, el derecho a la libertad de expresión y la obligación de respetar y garantizar la no discriminación y el derecho a la protección judicial, así como la situación de los trabajadores migrantes, las personas que buscan asilo, los refugiados y los extranjeros. La Comisión ha establecido, en particular, las normas de protección mínimas que son comunes al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario en esos aspectos. La Comisión, cuando lo consideró pertinente, también determinó los aspectos en la *lex specialis* del derecho internacional humanitario que puede resultar en diferentes estándares de trato aplicables en situaciones de conflicto armado.

11. Quizá no haya campo donde exista mayor convergencia entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, que en lo atinente a las normas de trato humano. Ambos regímenes, si bien gobernados por instrumentos diferentes, prevén los mismos requisitos mínimos e inderogables respecto del trato humano de todas las personas bajo control y autoridad del Estado. Más aun, bajo ambos regímenes, las violaciones más atroces de las salvaguardias del trato humano no sólo generan la responsabilidad del Estado sino también la responsabilidad penal individual por parte de quien las perpetra y de sus superiores.
12. Entre estas normas, es primordial la prohibición absoluta de la tortura o de cualquier trato o castigo cruel, inhumano o degradante por parte del estado o de sus agentes. Esta proscripción es aplicable a todas las formas de trato atribuible al Estado incluyendo, por ejemplo, sanciones penales o disciplinarias consistentes en castigos corporales y períodos prolongados de confinamiento solitario. También están prohibidos los métodos de interrogación inhumanos, incluidos los golpes, violaciones y descargas eléctricas, así como tratos más sutiles pero igualmente lesivos como la administración de drogas a detenidos o alojados en instituciones psiquiátricas y la negación prolongada de descanso o sueño, alimentación, higiene suficiente o asistencia médica. Los dos regímenes, asimismo, estipulan normas similares respecto de las condiciones

de detención. Esos requisitos guardan relación con aspectos como alojamiento, alimentación e higiene, así como protecciones especiales para categorías especiales de personas, como las mujeres y los niños.

13. Conforme a las normas aplicables en tiempos de paz y en época de guerra, el trato a los detenidos debe continuar sujeto a la supervisión efectiva y constante de los mecanismos apropiados estipulados por el derecho internacional. En situaciones que no sean de conflicto armado, esto supone la supervisión de los tribunales regulares por medio del *habeas corpus* o recursos similares. En tiempos de guerra, los mecanismos de supervisión incluyen el Comité Internacional de la Cruz Roja y, en casos de conflictos armados internacionales, el régimen de las potencias protectoras previsto en las Convenciones de Ginebra de 1949.
14. Pese a la existencia de esas normas y mecanismos específicos que rigen la detención de las personas en los casos de conflicto armado, pueden suscitarse circunstancias en las que los mecanismos de supervisión previstos por el derecho internacional humanitario no se encuentren adecuadamente organizados o disponibles, o en que la detención e internamiento de civiles o combatientes continúe por un período prolongado. Cuando esto ocurre, las normas y procedimientos del derecho internacional humanitario pueden resultar inadecuadas para salvaguardar debidamente las normas mínimas de trato a los detenidos y los mecanismos de supervisión del derecho internacional de los derechos humanos, incluidos los recursos de *habeas corpus* y de amparo, pueden necesariamente reemplazar al derecho internacional humanitario con el fin de asegurar, en todo momento, la protección efectiva de los derechos fundamentales de los detenidos.
15. Como en el caso de las normas sobre trato humano, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario someten a los Estados miembros, esencialmente, a la misma obligación inderogable de respetar y asegurar el respeto de sus compromisos internacionales por medio de mecanismos apropiados y eficaces. Comparten, asimismo, la prohibición

absoluta y prevaleciente de discriminación de cualquier índole, incluyendo distinciones inadmisibles basadas en raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política u de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Si bien la doctrina del sistema interamericano de derechos humanos no prohíbe todas las distinciones en el trato, en cuanto al goce de los derechos y las libertades protegidos, la Comisión observa que cualquier distinción permisible ha de basarse en una justificación objetiva y razonable, que persiga un objetivo legítimo, que considere los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas y que los medios sean razonables y guarden proporción con el fin buscado. En la campaña contra el terrorismo, los estados deben mantenerse adecuadamente vigilantes con el fin de asegurar que los agentes del Estado, incluidas las fuerzas militares, se comporten de acuerdo con las disposiciones que prohíben la discriminación.

16. El análisis de la Comisión clarifica el hecho de que el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario comparten muchos de los mismos prerequisites mínimos que rigen el derecho de los individuos al debido proceso y a un juicio justo. Cuando los Estados miembros se empeñan en investigar, procesar y sancionar a personas por delitos relacionados con el terrorismo, continúan obligados en todas las instancias por las protecciones fundamentales y no derogables del debido proceso y un juicio justo, ya sea en tiempos de paz, en estados de emergencia o en conflictos armados. Estas protecciones abarcan principios fundamentales del derecho penal y salvaguardias procesales y sustantivas largamente reconocidas.
17. Entre las protecciones destacadas por la Comisión figura el requisito de que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. La Comisión observa que los Estados, en ésta y en otras regiones, han acudido a distintos criterios con el propósito de dictar leyes antiterroristas suficientemente claras y eficaces. Algunos estados han optado

- por la tipificación de un delito específico de terrorismo basado en características de violencia terrorista identificadas comúnmente. Otros han preferido no tipificar el terrorismo como un delito *per se*, sino agregar a delitos comunes bien definidos, como el homicidio, la intención terrorista o variaciones del castigo que reflejan la naturaleza particularmente infame de la violencia terrorista. Cualquiera sea el cauce elegido, los estados miembros de la OEA deben ceñirse a los principios básicos enunciados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y por la Comisión respecto de este tema. Con el fin de asegurar que los castigos impuestos por delitos terroristas sean racionales y proporcionados, también se insta a los Estados miembros a tomar las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias con el fin de que los jueces estén facultados para considerar las circunstancias de los hechos y de los infractores individuales a la hora de dictar sentencia por delitos terroristas.
18. Los principios fundamentales del debido proceso y un juicio imparcial también comprenden el derecho a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial, conforme a la definición del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho humanitario. Este requisito prohíbe, en general, los tribunales o comisiones *ad hoc*, especiales o militares para juzgar a civiles por delitos relacionados con el terrorismo u otros delitos. Los tribunales militares del Estado pueden procesar a los integrantes de sus propias fuerzas armadas por delitos relacionados con las funciones que la ley asigna a dichas fuerzas y, durante los conflictos armados internacionales, pueden juzgar a combatientes privilegiados y no privilegiados, siempre que ofrezcan las garantías mínimas del debido proceso. Los tribunales militares, empero, no pueden conocer de violaciones de derechos humanos u otros delitos que no guarden relación con las funciones militares, que deberán ser juzgados por tribunales civiles.
 19. Entre las garantías procesales inderogables identificadas por la Comisión dentro del marco del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario, figuran el derecho del inculpado a la notificación previa y detallada de los cargos que se le imputen, el derecho a disponer de tiempo y medios adecuados para preparar su defensa, lo que necesariamente incluye el derecho a la asistencia de un defensor de su elección o, en el caso de acusados indigentes, el derecho a un defensor gratuito, cuando dicha asistencia sea necesaria para un juicio justo, y el derecho a no declarar contra sí mismo. También se protege el derecho del condenado a ser informado sobre los recursos judiciales y de otra índole y de los plazos para hacer uso de ellos, incluido el derecho de apelación ante un tribunal superior.
 20. Es posible que, en situaciones de emergencia, haya ciertos aspectos limitados del derecho a un juicio justo que puedan suspenderse legítimamente, siempre que los estados cumplan estrictamente las condiciones que rigen las cláusulas de derogación dentro del marco de los instrumentos internacionales de derechos humanos y que no incurran en la denegación de protecciones individuales más favorables que sean inderogables conforme a otros instrumentos internacionales aplicables. Las protecciones potencialmente derogables son, por ejemplo, el derecho a un juicio público y el derecho del acusado a examinar o hacer que se examine a los testigos de cargo, si las limitaciones de esos derechos son necesarias para asegurar la salvaguardia de jueces, abogados, testigos u otros participantes en la administración de justicia. Sin embargo, esas medidas nunca podrán justificarse cuando puedan comprometer las protecciones inderogables del debido proceso de un acusado, incluido el derecho a la preparación de una defensa y a ser juzgado por un tribunal competente, imparcial e independiente.
 21. El derecho a la vida es objeto de un trato similar y distintivo en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho humanitario. Bajo ambos regímenes, el uso de fuerza letal por los agentes del Estado debe ceñirse a los principios de la proporcionalidad y la distinción, conforme a su definición en cada campo del derecho. Por consiguiente, en las situaciones de conflicto armado, las partes en pugna deben distinguir entre objetivos militares y civiles u objetivos civiles, y sus ataques deben dirigirse sólo

a los primeros. De la misma forma, en tiempos de paz los agentes del Estado deben distinguir entre las personas que en virtud de sus acciones constituyan una amenaza inminente de muerte o lesiones graves, o una amenaza de consumación de un delito especialmente grave que conlleve una amenaza grave a la vida, y las personas que no plantean una amenaza así, y usar la fuerza sólo contra las primeras. Al mismo tiempo, a los combatientes privilegiados en situaciones de conflicto armado no les está vedado el uso de fuerza letal contra combatientes enemigos que no hayan depuesto las armas o hayan sido puestos fuera de combate (*hors de combat*), y la muerte de un combatiente en esas circunstancias no constituye una violación del derecho a la vida, cuando se interpreta a la luz de las normas o costumbres de la guerra.

22. También guarda relación con el derecho a la vida, la imposición de la pena de muerte como castigo por delitos relacionados con el terrorismo. Independientemente de que esta medida sea impuesta en tiempos de paz o en situaciones de conflicto armado, los Estados deben garantizar que sus disposiciones legislativas cumplan con ciertas condiciones que limitan la capacidad del Estado para aplicar la pena capital por ciertos tipos de delitos, o a ciertos delincuentes. Los estados también deben garantizar que los procedimientos a través de los cuales se impone la pena de muerte cumplan estrictamente con los requisitos procesales y estén sujetos a un riguroso control de las garantías judiciales mínimas. Sin llegar al punto de abolir la pena de muerte, los instrumentos interamericanos imponen restricciones concebidas con objeto de delimitar estrictamente su aplicación y alcance, con el fin de reducir la aplicación de esta pena y abrir cauce a su desaparición paulatina.
23. También el derecho a la libertad y la seguridad personales conlleva requisitos distintos según se trate de su observancia en tiempo de paz, en situaciones de emergencia y en casos de conflicto armado, bajo el derecho internacional de los derechos humanos o bajo el derecho internacional humanitario. Sin embargo, de conformidad con las normas internacionales prevalecientes en materia de derechos humanos, bajo circuns-

tancias limitadas los Estados pueden privar a las personas de su libertad, en relación con la investigación y el castigo de delitos y también en virtud de la administración de la autoridad del Estado en otros campos donde sean estrictamente necesarias medidas de esta índole. Esto puede incluir, por ejemplo, la detención administrativa por razones imperiosas relacionadas con aplicación de la ley, la salud u otros fines públicos. Esas medidas, empero, deben ceñirse a las normas dictadas bajo los regímenes de derecho internacional aplicables.

24. Cuando no se trate de situaciones de conflicto armado, los estándares que rigen el derecho a la libertad personal incluyen la necesidad de garantizar que los motivos y los procedimientos de la detención estén prescritos por ley, el derecho a ser informado de las razones de la detención, el acceso sin dilaciones a un abogado defensor, a los familiares y, cuando fuere necesario o aplicable, a la asistencia médica y consular, los límites estipulados para los plazos de detención y el mantenimiento de un registro central de detenidos. La Comisión también hace hincapié en que se disponga de mecanismos de examen judicial necesarios para supervisar las detenciones, inmediatamente después del arresto o detención y a intervalos razonables mientras ésta se prolongue. Bajo ninguna circunstancia los estados pueden prolongar la detención de una persona en carácter de incomunicada. Aspectos de los requisitos mencionados también deben considerarse inderogables, en virtud de su papel integral en la protección de los derechos inderogables de los detenidos, como el derecho a un trato humano y el derecho a un juicio justo, así como la necesidad de asegurar que los detenidos o prisioneros no queden totalmente a merced de sus custodios.
25. Cuando se susciten situaciones de emergencia, puede justificarse que los estados deroguen ciertos aspectos limitados del derecho a la libertad y la seguridad personales. Esto puede incluir, por ejemplo, el sometimiento de las personas a períodos de detención preventiva o administrativa más largos que los permisibles en circunstancias ordinarias. Sin embargo, como es del caso en todas las derogaciones, cualquier detención

- prolongada debe ser estrictamente necesaria de acuerdo con las exigencias de la situación, debe mantenerse subordinada a las protecciones inderogables ya indicadas y en ningún caso podrá ser indefinida.
26. Cuando los actos terroristas puedan provocar un conflicto armado internacional o, de alguna manera, producirse en el contexto de un conflicto armado internacional, el cumplimiento por el Estado del derecho a la libertad de las personas detenidas en el curso del conflicto debe ser evaluado a la luz de la mencionada *lex specialis* sobre presunciones y mecanismos prescritos en el derecho internacional humanitario. En el caso de los conflictos armados internacionales, esta metodología establece que los combatientes privilegiados que caen en poder del enemigo pueden en general ser internados hasta su repatriación al cese de las hostilidades activas. Los combatientes no privilegiados también pueden ser internados y, además, pueden ser sujetos a procesamiento por su beligerancia no privilegiada. En cualquiera de las circunstancias, la detención debe ser objeto de supervisión por los mecanismos prescritos en el derecho internacional humanitario, incluido el régimen de potencias protectoras y el acceso del Comité Internacional de la Cruz Roja.
 27. Los enemigos no nacionales en territorio de una parte en un conflicto armado internacional o los civiles en territorio ocupado no pueden ser detenidos o internados administrativamente, excepto cuando sea absolutamente necesario por razones de seguridad de la potencia en cuyo poder estén. Cuando se imponga dicha detención o internación, debe estar sujeta a reconsideración o apelación con la menor demora posible y, de continuar, debe estar sujeta a revisión periódica por un órgano, Corte o tribunal adecuado o competente y designado al efecto.
 28. Tal como sucede con el derecho a un trato humano, pueden suscitarse circunstancias en las que las normas y procedimientos del derecho internacional humanitario sean inadecuados para salvaguardar en forma apropiada los estándares mínimos de derechos humanos de los detenidos. Esto puede ocurrir, por ejemplo, cuando la existencia constante de hostilidades activas se torne incierta o cuando una ocupación beligerante se extienda por un período prolongado. En todo momento, la consideración primordial debe seguir siendo la protección eficaz de los derechos humanos de los detenidos y, en esas circunstancias, puede ser necesario que los mecanismos de supervisión bajo el derecho internacional de los derechos humanos o bajo el derecho doméstico, reemplacen al derecho internacional humanitario con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales de los detenidos.
 29. La Comisión también analizó el derecho a la libertad de expresión, que muestra un grado menor de coincidencia entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, pero prescribe, sin embargo, controles fundamentales sobre las iniciativas del Estado contra el terrorismo. En este sentido, la Comisión ha hecho hincapié en que el respeto y la protección del derecho a la libertad de expresión en las Américas revisten especial importancia por el papel esencial que cumple en el refuerzo de la democracia y la garantía de los derechos humanos, al ofrecer a los ciudadanos un instrumento indispensable para una participación informada. Además, la Comisión destaca que durante las situaciones de amenaza terrorista, un público informado puede constituir un instrumento efectivo de control y prevención de los abusos de la autoridad pública.
 30. Varias normas y protecciones concernientes al derecho a la libertad de expresión merecen un comentario particular en relación con el terrorismo. En situaciones que no alcancen a ser de estado de emergencia no debe usarse la censura previa para impedir la difusión de ideas e información. Además, sólo pueden imponerse sanciones ulteriores por la difusión de ideas e información, en virtud de leyes claras y previsibles y no excesivamente amplias o vagas. Asimismo, las sanciones deben guardar proporción con la clase de perjuicio que procure prevenirse por su intermedio. Los Estados, asimismo, deben abstenerse de promulgar leyes que penalicen en forma amplia o general la defensa pública (apología) del terrorismo o de las personas que puedan haber cometido actos terroristas sin exigir que se demuestre que esas expresiones tenían por obje-

to incitar a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar, y que era altamente probable que se diera dicho resultado. Con respecto al acceso a la información que obre en poder del gobierno y al derecho de *habeas data*, debe existir una presunción de publicidad, con restricciones sólo cuando la difusión de la información en cuestión pueda provocar perjuicios graves a la seguridad nacional. Sobre los Estados recae la carga de probar la necesidad de esas restricciones.

31. La Comisión observa que, en situaciones de estado de emergencia, el derecho a la libertad de expresión es derogable temporalmente y en la medida que estrictamente lo exija la situación. En este sentido, la Comisión observa concretamente que por medio de la derogación en tiempos de emergencia pueden ser admisibles las leyes que imponen la censura previa sobre la publicación o difusión de informaciones u opiniones relacionadas con el terrorismo. También puede justificarse que, en situaciones de emergencia, los Estados impongan restricciones adicionales a la libertad de expresión y al acceso a la información. Empero, también en estos casos recae sobre los estados la carga de la prueba de que las derogaciones no sean excesivas a la luz de lo que exija la situación.
32. Con respecto a las situaciones de conflicto armado, la Comisión pone énfasis especial en la obligación de las partes en un conflicto de brindar a los periodistas y a los medios de información instalaciones cuya protección sea la que les acuerda el derecho internacional humanitario y que, presumiblemente, es la misma acordada a los civiles y a los objetivos civiles.
33. La Comisión reconoce que las personas que se encuentran en el territorio de un Estado del que no son nacionales, incluidos los trabajadores migrantes, los refugiados y las personas que buscan asilo contra la persecución, son particularmente vulnerables a la violación de los derechos humanos en la formulación y ejecución de medidas antiterroristas. Por tanto, este informe aborda varios derechos humanos fundamentales específicamente en lo que se relaciona con los extranjeros en el contexto de las estrategias antiterroristas, incluido el derecho a la libertad y seguridad personales, el derecho a un trato hu-

mano, el derecho al debido proceso y a un juicio justo, y la prohibición absoluta e inderogable contra la discriminación. Para asegurar que las medidas adoptadas concernientes a la situación de los extranjeros no se formulen o apliquen de una manera que transgreda esos derechos humanos fundamentales, los estados deben evitar especialmente esas prácticas injustificadas y las detenciones prolongadas, la omisión de informar a los detenidos acerca de su derecho a la asistencia consular, las deportaciones masivas de extranjeros y la ausencia o ineficacia de procedimientos de revisión de procesos judiciales o administrativos concernientes a los extranjeros. Además, la Comisión recalca que, en los procedimientos que conlleven la expulsión o deportación de estas personas, es preciso tener en cuenta y dar efecto al principio de *non-refoulement* reflejado en las disposiciones del artículo 33 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de Refugiado, el artículo 3(1) de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Tortura, el artículo 13 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, y el artículo 22(8) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

34. Finalmente, en su análisis la Comisión reconoce que las iniciativas de los estados miembros contra el terrorismo pueden ir en detrimento de una amplia variedad de otros derechos humanos adicionales a los considerados anteriormente, incluidos el derecho a la libertad de asociación y reunión, el derecho a la libertad de conciencia y religión, el derecho de propiedad, el derecho a la privacidad y el derecho a participar en el gobierno. En consecuencia, en un capítulo separado del presente informe, la Comisión incluye un análisis abreviado de estos derechos. Con ello, la Comisión recalca que, aunque estos derechos pueden estar sujetos a ciertas restricciones, conforme a las disposiciones convencionales respectivas, toda medida que adopten los estados miembros para restringirlos debe cumplir estrictamente con los requisitos procesales y sustantivos que rigen las restricciones de esta naturaleza en el sistema interamericano. Ello exige que toda restricción sea necesaria para la seguridad de todos y acorde con las justas exigencias de

una sociedad democrática, y que debe ser el medio menos restrictivo posible para lograr el imperioso interés público. Además, toda restricción de ese tipo debe estar prescrita por ley aprobada por el poder legislativo y ajustada al ordenamiento jurídico interno, y no puede estar sujeta a la discreción de un gobierno o de sus agentes.

35. El informe de la Comisión concluye con una serie de recomendaciones concretas que tienen por objeto orientar a los estados miembros en cuanto a la aplicación de las normas y los principios consignados en el análisis de la Comisión.

ANEXO 2.

IV. RECOMENDACIONES A LOS ESTADOS SOBRE LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO

Sobre la base del análisis del presente informe, la Comisión ha formulado la siguiente serie de recomendaciones con el fin de facilitar los esfuerzos de los Estados miembros para cumplir debidamente sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos cuando elaboran y ejecutan medidas antiterroristas.

A. Identificación y aplicación de las obligaciones jurídicas internacionales pertinentes

1. Los Estados miembros deben tener en cuenta los compromisos pertinentes en virtud de todos los instrumentos internacionales de derechos humanos a los que están obligados, al identificar y aplicar sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos a sus iniciativas antiterroristas.
2. Los Estados miembros deben hacer referencia y considerar las disposiciones pertinentes del derecho internacional humanitario como *lex specialis* aplicable al interpretar y aplicar las protecciones de derechos humanos en situaciones de conflicto armado.
3. Los Estados miembros no pueden usar un instrumento de derechos humanos como base para negar o limitar otros derechos humanos favora-

bles o más amplios a que las personas puedan tener derecho en virtud de normas o prácticas aplicables bajo el derecho internacional o nacional.

B. Derecho a la vida

4. En situaciones que no alcancen a caracterizarse como conflicto armado, los Estados miembros deben asegurar que los agentes del orden cumplan con los principios básicos que rigen el uso de la fuerza, incluido el requisito de que sólo se use la fuerza letal cuando sea estrictamente inevitable para protegerse o proteger a otros contra una amenaza inminente de muerte.
5. En situaciones de conflicto armado, los estados miembros deben asegurar que sus fuerzas armadas cumplan con las normas y los principios aplicables del derecho internacional humanitario, en particular los requisitos de que las fuerzas armadas distingan entre objetivos militares y objetos y personas civiles, y solamente lancen ataques contra los primeros, y adopten precauciones para evitar o reducir al mínimo la pérdida de vidas civiles y los daños a los bienes civiles, que sean incidentales o colaterales a los ataques contra objetivos militares legítimos.
6. Los Estados miembros deben asegurar que toda medida para imponer la pena de muerte como castigo por delitos relacionados con el terrorismo cumpla con las restricciones específicas que rigen la imposición de esa pena, incluidas las relacionadas con los tipos de delito por los que se puede imponer la pena capital, las características personales del delincuente que podrían impedir la aplicación de la pena de muerte, y el requisito de que la imposición de esta pena esté sujeta a requisitos procesales estrictos y a un riguroso control de las garantías judiciales fundamentales.

C. Derecho a la libertad y seguridad personales

7. Cuando los Estados miembros arresten, encarcelen o en general detengan a personas como parte de las iniciativas antiterroristas en situaciones que no alcancen a caracterizarse como conflicto armado, deben cumplir con los estándares mínimos que rigen el derecho a la liber-

- tad y seguridad personales respecto a los cuales nunca se puede justificar una suspensión. Dichas normas incluyen los requisitos siguientes:
- (a) los fundamentos y procedimientos para la detención deben estar prescritos por ley;
 - (b) el detenido debe ser informado de las razones de su detención y debe brindársele sin demora acceso a un abogado, a sus familiares y, cuando sea necesario o aplicable, a asistencia médica y consular;
 - (c) deben imponerse límites a la duración de la detención;
 - (d) debe llevarse un registro central de los detenidos;
 - (e) deben existir mecanismos adecuados y efectivos de revisión judicial para supervisar las detenciones, sin demora tras el arresto o detención y a intervalos razonables cuando la detención sea prolongada.
8. En los casos en que los actos terroristas puedan desatar un conflicto armado internacional o se produzcan en el contexto de un conflicto armado internacional, los Estados miembros deben respetar y asegurar el derecho a la libertad y seguridad personales de acuerdo con la *lex specialis* aplicable del derecho internacional humanitario, según el cual:
- a) los combatientes privilegiados que caen en poder del enemigo en general pueden ser internados hasta su repatriación cuando cesen las hostilidades activas;
 - b) los combatientes no privilegiados también pueden ser internados y, además, pueden ser sujetos a procesamiento por su beligerancia no privilegiada;
 - c) la detención de combatientes está sujeta a supervisión por el mecanismo prescrito en el derecho internacional humanitario, incluido el régimen de las potencias protectoras y el acceso del Comité Internacional de la Cruz Roja. No obstante, en los casos en que no se disponga de estos mecanismos o se compruebe que éstos son ineficaces para garantizar el tratamiento adecuado de los detenidos, pueden tomar precedencia las normas del derecho internacional de los derechos humanos y las del derecho interno para garantizar la protección efectiva de los detenidos en todas las circunstancias;
 - d) los extranjeros enemigos en el territorio de una parte en un conflicto armado internacional y los civiles en territorio ocupado no pueden ser detenidos o internados administrativamente excepto cuando la seguridad de la potencia detenedora u ocupante lo haga absolutamente necesario. En los casos en que se imponga dicha detención o internación, la misma debe estar sujeta a reconsideración o apelación con la menor demora posible y, de continuar, debe estar sujeta a revisión periódica por un órgano, corte u otro tribunal adecuado y competente designado al efecto.

D. Derecho a un trato humano

9. Tanto dentro como fuera de situaciones de conflicto armado, los estados miembros deben cumplir con los estándares mínimos de un trato humano prescritos en el régimen aplicable del derecho internacional de los derechos humanos o en el derecho internacional humanitario. Aunque los regímenes de derecho aplicables son diferentes, exigen en forma similar que los Estados miembros aseguren que:
- a) las condiciones de detención satisfagan los estándares mínimos de humanidad y dignidad de la persona, teniendo debidamente en cuenta los requisitos sobre categorías particulares de personas, incluidas las familias, las mujeres y los niños, y estando sujetas a supervisión continua y efectiva por tribunales ordinariamente constituidos, mediante el recurso de *habeas corpus* o equivalente o, en caso de conflicto armado, mediante los mecanismos pertinentes del derecho internacional humanitario;
 - b) los detenidos que sean sometidos a sanciones disciplinarias o penales sean tratados humanamente en todo momento y nunca sean sometidos a tortura o trato inhumano, incluidos, por ejemplo, el castigo corporal y períodos prolongados de confinamiento solitario;
 - c) los detenidos no sean sometidos a ningún método de interrogación que pueda equivaler a tortura u otro trato inhumano, incluidos tratos graves como las golpizas, la violación o las descargas eléctricas, así como tratamientos más sutiles pero igualmente perniciosos, como la administración de drogas en instituciones carce-

larias o psiquiátricas, o la negación prolongada del descanso o el sueño, los alimentos, higiene suficiente o asistencia médica.

E. Derecho al debido proceso y a un juicio justo

10. Los Estados miembros deben cumplir con ciertos principios y estándares fundamentales y no derogables del debido proceso y un juicio justo cuando prohíben conductas relacionadas con terrorismo en su legislación penal y procesan a personas por tales delitos. En particular, los Estados miembros deben:
 - a) asegurar que la tipificación de los delitos relacionados con el terrorismo sea precisa y sin ambigüedades, consignada en un lenguaje que defina estrictamente las acciones punibles, que establezca claramente la conducta criminalizada, determinando sus elementos y los factores que la distingan del comportamiento que no constituye un delito penal o que sea punible de otra manera;
 - b) considerar la adopción de medidas legislativas o de otra índole necesarias para conferir a los jueces autoridad para ponderar las circunstancias particulares de los acusados y de las ofensas al dictar sentencia por delitos relacionados con el terrorismo;
 - c) abstenerse de usar tribunales o comisiones *ad hoc*, especiales o militares para juzgar a civiles;
 - d) asegurar que los jueces de integrantes de las fuerzas armadas o combatientes por tribunales militares ofrezcan las garantías esenciales de independencia e imparcialidad generalmente reconocidas en los instrumentos del derecho internacional humanitario;
 - e) abstenerse del uso de procedimientos judiciales secretos o de la justicia "sin rostro". Los Estados pueden verse obligados a adoptar medidas excepcionales para proteger la vida, la integridad física y la independencia de los jueces, abogados u otros participantes en la administración de justicia cuando sus vidas o su integridad física estén amenazadas, pero la naturaleza de esas medidas o su aplicación nunca pueden comprometer las garantías del acusado a un juicio justo;
 - f) en toda circunstancia, asegurar el estricto cumplimiento de las protecciones procesales básicas

y no derogables, incluidos el derecho del inculcado a la notificación previa detallada de los cargos que se le imputan, el derecho a defenderse personalmente y a disponer de tiempo y medios adecuados para su defensa, lo que necesariamente incluye el derecho a la asistencia de un abogado de su elección y, en el caso de acusados indigentes, el derecho a abogado gratuito, cuando dicha asistencia legal sea necesaria para un juicio justo, y el derecho a recibir asesoramiento, tras la condena, acerca de los recursos judiciales o de otra índole disponibles y de los plazos para interponerlos, incluido el derecho a apelar ante una instancia judicial superior;

- g) en situaciones de conflicto armado internacional, cuando una persona haya cometido un acto de beligerancia y caiga en poder de un adversario, y surjan dudas sobre el *status* civil o de combatiente privilegiado o no privilegiado, se convoque a un tribunal competente para determinar el *status* del detenido y asegurar que esas personas gocen de las protecciones estipuladas en la Tercera Convención de Ginebra y, cuando sean aplicables, las del Protocolo Adicional I, hasta que se determine dicho *status*. Debe procederse en tal sentido independientemente de que la persona sea sospechosa de haber participado en actos de terrorismo.

F. Derecho a la libertad de expresión

11. En situaciones que no alcancen a caracterizarse como conflicto armado, los Estados miembros deben:
 - a) abstenerse de promulgar leyes que impongan la censura previa a la publicación o divulgación de información u opiniones relacionadas con el terrorismo, y sólo proceder a ello en tiempos de emergencia, únicamente en la medida que estrictamente lo requieran las exigencias de la situación;
 - b) imponer sanciones ulteriores por la divulgación de opiniones o información sólo mediante leyes cuya finalidad sea legítima, que sean claras y previsibles y que no sean extremadamente amplias o vagas, y que aseguren que toda sanción sea proporcionada al tipo de perjuicio que buscan evitar;

- c) abstenerse de promulgar leyes que penalicen la apología del terrorismo o a personas que puedan haber cometido actos de terrorismo, sin el requisito adicional de que se demuestre el intento de incitar a la violencia ilegal u otra acción similar y la probabilidad de éxito;
- d) asegurar que toda restricción al acceso a la información por el público, la prensa y otras personas interesadas sólo sea impuesta por razones legítimas, por el tiempo que dicha restricción sea estrictamente necesaria y cuando la misma no sea incongruente con las demás obligaciones que el derecho internacional les impone.

12. En situaciones de conflicto armado, los Estados miembros deben:

- a) otorgar a los periodistas y a las instalaciones de prensa la protección que corresponde a su *status* en el derecho internacional humanitario, que es presuntivamente el de civiles y objetos civiles;
- b) garantizar a las personas internadas o detenidas el derecho a enviar y recibir información según lo dispuesto por el derecho internacional humanitario aplicable.

G. Obligación de asegurar y respetar, la no discriminación, y el derecho a la protección judicial

13. Los Estados miembros deben conducirse de manera que se asegure el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Esto incluye el deber de organizar el aparato de gobierno y todas las estructuras mediante las cuales se ejerce el poder público de forma que estén en condiciones de asegurar jurídicamente el goce pleno y libre de esos derechos humanos.

14. En toda circunstancia, los estados miembros deben cumplir plena y estrictamente la obligación de asegurar a todas las personas igual protección ante la ley y el goce de los derechos y libertades que el derecho internacional reconozca, así como la correspondiente prohibición de cualquier tipo de discriminación, por razones de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, condición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Esto prohíbe cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia

que se funde en cualquiera de las razones prohibidas y que tenga la finalidad o el efecto de anular o impedir el reconocimiento, goce o ejercicio de todos los derechos y libertades, en pie de igualdad, por todas las personas.

15. En situaciones en que los Estados miembros consideren necesario o aconsejable establecer ciertas distinciones en el tratamiento del goce de los derechos y libertades protegidos, deben garantizar que dichas distinciones se basen en una justificación objetiva y razonable, que impulsen un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas, y que los medios sean razonables y proporcionados al fin que se persigue. En este sentido, el principio de igualdad puede, a veces, requerir a los estados miembros que brinden protección especial a minorías y otros grupos que puedan sufrir vulnerabilidades particulares, desventajas o amenazas de discriminación resultantes de la violencia terrorista o de iniciativas contra el terrorismo.

H. Situación de los trabajadores migratorios, las personas que buscan asilo, los refugiados y no nacionales

16. Los Estados miembros deben asegurar que toda ley, política o procedimiento destinados a regular la situación de los trabajadores migratorios, las personas que buscan asilo, los refugiados y los no nacionales, sea formulada y ejecutada de manera que no transgredan los derechos humanos fundamentales de dichas personas. En particular, en situaciones que no se caractericen como conflicto armado, los estados miembros deben:

- a) asegurar que su legislación inmigratoria reconozca el derecho a la libertad de los no nacionales y defina con suficiente detalle los fundamentos y procedimientos por los cuales se les puede privar de la libertad;
- b) otorgar a los no nacionales el derecho a la notificación consular cuando sean arrestados, encarcelados, puestos bajo custodia en espera de juicio o detenidos de alguna otra manera;
- c) respetar y asegurar el derecho de los no nacionales, pedir asilo contra la persecución, de acuer-

- do con las normas internacionales imperantes y mediante procedimientos justos y adecuados, incluyendo en particular toda determinación de que una persona no reúne o ha dejado de reunir los requisitos para el *status* de refugiado debido a las cláusulas de exclusión o cesación en el marco de la Convención de 1951 sobre los refugiados y su Protocolo de 1967;
- d) abstenerse de deportar o expulsar no nacionales en los casos en que existan razones sustanciales para creer que corren peligro de ser sometidos a tortura;
 - e) abstenerse de la expulsión colectiva de no nacionales;
 - f) en los casos en que un no nacional sea objeto de proceso penal, otorgarle las protecciones del debido proceso necesarias para garantizar un juicio justo, incluidas las protecciones necesarias para corregir toda desventaja que pueda afectar la justicia de los procedimientos, tales como el desconocimiento del idioma en que los mismos se procesan;
 - g) en los casos en que no nacionales sean sometidos a procesos de carácter no penal, incluidos los procedimientos de detención, deportación o expulsión, otorgarles las protecciones del debido proceso necesarias para asegurar un juicio justo, incluida una oportunidad adecuada de ejercer su derecho de defensa. Ello podría incluir el derecho a un juicio público, el derecho a la asistencia de un abogado u otro representante, y una oportunidad adecuada para responder a los cargos en su contra;
 - h) asegurar que sus leyes y políticas que afectan no nacionales se formulen y apliquen de forma tal que no estimulen o den lugar a discriminación, lo que incluye abstenerse de realizar las operaciones de control de la inmigración en forma discriminatoria.
17. En situaciones de conflicto armado, los Estados miembros deben asegurar el otorgamiento a no nacionales de los derechos que les corresponde de acuerdo con su *status* de conformidad con el derecho internacional humanitario, y que incluyen, entre otras, las protecciones de un juicio justo y de la no discriminación equivalentes a las aplicables en aquellas situaciones que no alcanzan a caracterizarse como conflicto armado.