

Ano IV	Volume IV	Nº 8	Janeiro/Junho 2008	Rio de Janeiro	ISSN 1807-1260
--------	-----------	------	--------------------	----------------	----------------

Terrorismo y Derechos Humanos

Julio O. Selser¹

Resumen

No existe una definición general de terrorismo, cada uno de los Convenios Internacionales lo trata en forma parcial y sin intencionalidad política o religiosa subyacente. Las leyes locales incluyen esa finalidad. El Acuerdo de Londres, que estableció el Tribunal de Nuremberg (1945), determinó que para la tipificar delitos como terroristas se requería que fueran parte de un *ataque extendido y sistemático*, efectuado voluntariamente, y con conocimiento, contra cualquier población civil. El atentado del 11 de setiembre de 2001 fue la bisagra del cambio en la lucha contra el terrorismo de una estrategia de reacción por otra de prevención. Signo de expansión del derecho penal. Aquí diferenciamos terrorismo, crímenes de guerra, delitos graves y políticos, en las instituciones de prescripción y extradición de los autores.

Palabras clave: Terrorismo, Derechos humanos, Crimen lesa humanidad, Prescripción, Extradición.

Abstract

A general definition of terrorism does not exist, will be partial according to the treaty in each one of the International treaties with absence of a political intentionality or religious underlying the local laws include that purpose. By the Agreement of London that established the Court of Nuremberg (1945), these crimes required in their commission which they were part of an extended and systematic attack, carried out voluntarily and with knowledge against any civil populace. The attack of the 11 of September 2001 was the hinge of the change of the strategy of reaction to the one of prevention in the fight against the terrorism sign of expansion of the Penal right. Here we differentiated serious terrorism, crimes military, crimes and the politicians, in the Institutions of prescription and extradition of the authors.

Key words: Terrorism, Human rights, crime against humanity, Prescription, Extradition

¹ Abogado, profesor titular de las cátedras de la Universidad Católica de Salta (I.E.A.D.) de Derecho Penal Especial y Procesal Penal. Ex juez Penal de la Pvcia de Bs. As. Email. julio_selser@hotmail.com
Recebido em 10/12/2007. Aprovado para publicação em 28/01/2008.

Ano IV	Volume IV	Nº 8	Janeiro/Junho 2008	Rio de Janeiro	ISSN 1807-1260
--------	-----------	------	--------------------	----------------	----------------

La Sainte Sede soutient et souscrit le concept du droit international comme un droit dont le caractere central et les derniers sujets sont les personnes. Et personne humain comme individu est le respect de sa dignité celui-la est la norme materielle du Droit Humain parce qu elle vient de Dieu qui est la cause de la vie sociale Son origine, conservation, developpement et perfection de la personne humaine a son fondement dans la dignité qu est la conexión avec Dieu- L'attaquer est le détruire l'oeuvre qu on essaye construire.

Du message radiel de Pio XII 1042

Introducción

La Comunidad Internacional comenzó a debatir este fenómeno a partir del atentado terrorista en la ciudad de Sarajevo en 1914 que dio origen a la Primera Guerra Mundial². Buscaba comprenderlo para determinar los mejores cursos de acción para combatirlo esbozando reglas o normas de procedimiento bajo el principio general de que el terrorismo internacional constituye una amenaza a la paz y la norma basal que estipula por ende que está prohibido implicarse en actos o actividades de esa índole. Las medidas se concretaron con la sanción de la Convención para la Prevención y Represión del Terrorismo de 1937, que estipula, por primera vez en la normativa internacional, la obligación de todo Estado de no favorecer actividades terroristas. Estamos en presencia de un verdadero régimen internacional universal que propende a la eliminación del terrorismo internacional. Esta convención puede entenderse como un conjunto de principios, reglas, normas y pautas de procedimiento en torno a los cuales convergen las expectativas de los actores³.

Otro hecho terrorista constituyó la bisagra de los tiempos contemporáneos. El atentado que demolió las Torres Gemelas de Nueva York el 11 de setiembre de 2001 (11-S). A partir de

² <http://www.monografias.com/trabajos13/guerrax/guerrax.shtml>, el acto de terrorismo que desbordó el vaso de la crisis económica del siglo XIX que estaban varios países en busca de solucionarla anexando territorios por la expansión colonial fue el asesinato del 28 de junio de 1914 del archiduque Francisco Fernando heredero del trono de Austria Hungría, y como respuesta de lo anterior Austria – Hungría mando un ultimátum a Servia para que se sometiera a los puntos petitorios de dicho ultimátum, ante la negación de un punto petitorio por parte de Servia por que iba en contra de su soberanía y de sus leyes, Austria Hungría le declaro la guerra a Servia, Rusia al estar aliada con Servia, ya su vez Francia aliada con Rusia movilizaron sus tropas en apoyo a Servia, Alemania aliada con Austria-Hungría movilizó sus tropas a atacar tanto a Francia como a Rusia, poniendo en práctica el plan alemán Schlieffen. La guerra quedo estancada en una guerra de trincheras durante los años 1915 y 1916 ya que ninguna de las alianzas lograba tener un avance significativo. En los años de 1917 tras la entrada en la guerra de Estados Unidos el cual facilitó a los aliados cuantiosos recursos humanos y materiales que superaron a los de la alianza imperial centralista, lograron mantener estos su defensa durante ese año, tras la salida de Rusia por el cambio de un régimen zarista a un socialista el cual adoptaron un Tratado de paz con Alemania denominado Tratado de Brest – Litovsk. Fue hasta el año de 1918 en que a mediados de octubre Alemania solicitó un armisticio el cual fue firmado el 11 de noviembre de 1918. Los países aliados a Alemania se rindieron también.

³ Definición extraída de Krasner, S. "Conflicto Estructural: el Tercer Mundo contra el Liberalismo". GEL. 1989. Pág. 14.

Ano IV	Volume IV	Nº 8	Janeiro/Junho 2008	Rio de Janeiro	ISSN 1807-1260
--------	-----------	------	--------------------	----------------	----------------

él los Estados Unidos se embarcaron en una indefinida “Guerra contra el Terrorismo Internacional”⁴.

Identificando a este flagelo como el nuevo y principal enemigo de las naciones amantes de la libertad⁵, y planteando una verdadera división maniquea del orbe entre aquellos estados que los apoyaban en su campaña y aquellos, que al no hacerlo se los consideraba del lado de los terroristas⁶.

Este es un cambio sin precedentes que ha marcado la política internacional norteamericana que lo define en su Estrategia de Seguridad Nacional de 2002, más conocida también como *Doctrina Bush*⁷.

El enemigo ya no es un estado, o un grupo de ellos, como lo era en la Guerra Fría, sino una *red radical de individuos terroristas con gobiernos que los protegen*⁸.

El documento de Seguridad Nacional presentado por el Presidente Bush, un año después del atentado, en la denominada Estrategia de Seguridad Nacional establece: *Dadas las metas del terrorismo, los Estados Unidos ya no pueden sólo confiar en una postura reactiva como lo hacía en el pasado. No podemos dejar a nuestros enemigos atacar primero.... Los conceptos tradicionales de disuasión no funcionarán en contra de un enemigo terrorista.... Debemos adaptarnos al concepto de amenaza inminente. El terrorismo no busca atacar usando medios convencionales... Cuanto mayor la amenaza, mayor es el riesgo de la inacción. En consecuencia, para prevenir y contrarrestar tamaños actos hostiles por parte de sus adversarios, Estados Unidos actuará preventivamente si es necesario... Estados Unidos no dudará en actuar solo, si es necesario, para ejercer su derecho de autodefensa, actuando preventivamente en contra de los terroristas para evitar que hagan daño a nuestra gente y a nuestro país*⁹.

Para las Leyes USA PATRIOT, es delito el apoyo material o el suministro de recursos, dentro y fuera de los Estados Unidos, a una persona que los fuese a utilizar para cometer una amplia gama de delitos, entre ellos el de terrorismo. La trasgresión conlleva una pena de 15 años de prisión y multa de 250 mil dólares. Es delito pedir a alguien que cometa un

⁴ Según palabras de George W. Bush en su Discurso ante la Asamblea General de Naciones Unidas el 12 de Septiembre de 2002. Ver en www.whitehouse.gov/news/releases/2002/09/20020912-1.html

⁵ Según palabras de George W. Bush en su discurso a la Nación del día 20 de Septiembre del 2001. Ver en The Washington Post del 20 de Septiembre de 2001. www.washingtonpost.com/wp-rv/nation/specials/attacked/bushaddress_092001.html.

⁶ Según palabras de George W. Bush en su Discurso del 20 de Septiembre del 2001. *Op. Cit.*

⁷ Estrategia de Seguridad Nacional. www.whitehouse.gov.

⁸ Según palabras de George W. Bush en su Discurso del 20 de Septiembre del 2001. *Op. Cit.*

⁹ www.whitehouse.gov/news/releases/2002/09/20020912-1.html *ibidem*.

Ano IV	Volume IV	Nº 8	Janeiro/Junho 2008	Rio de Janeiro	ISSN 1807-1260
--------	-----------	------	--------------------	----------------	----------------

acto terrorista u otro ilícito. El delito de terrorismo es considerado grave y es pasible de sanciones como la pena de muerte o a cadena perpetua¹⁰.

- Estas leyes se ocupan de definir las diversas modalidades del accionar terrorista:

“A los efectos de la inmigración la definición de *actividad terrorista* abarca todo ilícito que entrañe secuestro, sabotaje, detención bajo amenaza para coaccionar;

- Ataque violento contra personas protegidas internacionalmente, asesinato, empleo de armas biológicas, químicas o nucleares, uso de explosivos, armas de fuego o cualquier otra arma o artefacto peligroso con la personas o intención de causar daño a bienes;

- El reclutamiento de miembros para organizaciones terroristas es motivo de denegación de visa.

La política de prevención establece prohibiciones de peligro abstracto como barrera de contención y límite de los derechos a que aluden los tratados internacionales

Condición de Refugiado- Se prohíbe la admisión de nacionales extranjeros que han realizado actividades terroristas y prevé la deportación de tales personas si se encuentran en los Estados Unidos¹¹.

Definición de Terrorismo:

Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas es el único instrumento internacional que contiene una definición

Resolución 164 de la Asamblea General ONU (15-12-1997) y en vigor tanto para la Argentina¹² como para España¹³.

“Art. 2: Comete terrorismo en el sentido del presente Convenio quien ilícita e intencionadamente entrega, coloca, arroja o detona un artefacto o sustancia explosivo u

¹⁰ Ley USA PATRIOT del 26-10-2001. Establece nuevos y amplios medios de investigación y de compartir información entre las distintas agencias de inteligencia del Estado. Amplía la legislación en materia de blanqueo de dinero.

- Creación del Green Quest, grupo de tareas de lucha contra el terrorismo financiero a cargo del Servicio de Aduanas.

- El código penal autoriza a expropiar y decomisar los fondos y otros activos empleados en las violaciones marcadas.

¹¹EEUU. es miembro de la Convención del Estatuto de los Refugiados y su Protocolo Adicional.

- Por decreto del 29-10-2001 se crea el Grupo especial de rastreo del terrorismo extranjero para colaborar con las autoridades nacionales en la búsqueda de información personal sobre los solicitantes de asilo y refugio. También cumple tareas para rastrear a las personas a las que se les han concedido refugio y luego se vean implicadas en actos de terrorismo Cooperación Internacional- Se han firmado y ratificado las doce convenciones universales en materia de terrorismo internacional.- Estrecha colaboración con el Grupo especial de Expertos Financieros, el Grupo Egmont, el Grupo de Lyon, el Grupo de los 7, el Grupo de los 20, el FMI y el Grupo de los 8.

- Cooperación con la AIEA en relación al intercambio de información sobre el movimiento de materiales nucleares.- Colaboración con la INTERPOL para la modernización de su equipo físico de trabajo.- Se mantienen los tratados y acuerdos de asistencia judicial recíproca.

¹² Firmado por el representante de nuestro país el 2 de septiembre de 1998, aprobado por Ley Nº 25762 y ratificado el 25 de septiembre de 2003, entrando en vigor un mes después de dicha fecha.

¹³ Suscripto el 1 de mayo de 1998 y ratificado el 30 de abril de 1999.

Ano IV	Volume IV	Nº 8	Janeiro/Junho 2008	Rio de Janeiro	ISSN 1807-1260
--------	-----------	------	--------------------	----------------	----------------

otro artefacto mortífero en o contra un lugar de uso público, una instalación pública o de gobierno, una red de transporte público o una instalación de infraestructura: a) con el propósito de causar la muerte o graves lesiones corporales o b) con el propósito de causar una destrucción significativa de ese lugar, instalación o red que produzca o pueda producir un gran perjuicio económico”

En el mismo texto, el Convenio prevé el *delito de tentativa de terrorismo*.

Aparte de la dimensión exclusivamente material, que está dada por la acción concreta de la manipulación de la bomba o del explosivo, el terrorismo incluye una variable subjetiva relacionada con la alusión al propósito que tiene la conducta analizada¹⁴: en uno de los casos se incluye la acción contra personas, mientras que en el otro se prevé la comisión de hechos que afecten bienes materiales. En la definición, resulta llamativa -en todo caso - y como veremos más adelante- la ausencia de una intencionalidad política o religiosa subyacente.

Antecedentes históricos del Terrorismo.

El terrorismo es históricamente atribuido a la acción estatal, *desde la Revolución Francesa y el régimen de “la Terreur” impuesto entre octubre de 1793 y julio de 1794*. Sin embargo, la situación a comienzos del **Siglo XXI es muy diferente**, y los actos terroristas pasaron a ser planificados y hasta financiados por individuos o grupos particulares: empezó a generalizarse **su comisión por parte de sectores privados**, claramente distinguibles de los estados.¹⁵ En gran medida, el terrorismo actual opera independientemente de las

¹⁴ Purpose or motive is obviously a key element in our understanding of terrorism”, según sostiene Higgins, R. “The General International Law of Terrorism”, en Higgins, R. & M. Flory (edd.) Terrorism and International Law, London & New York: Routledge, 1997, pp. 13-29 (en p. 15

¹⁵ Sobre estas características del terrorismo privado, ver Bartolomé, M. C. “El terrorismo del 2000: privado y transnacional”, Boletín de Estudios de Seguridad 2, Buenos Aires: Fundación Novum Millenium & Instituto de Seguridad Pública, 2000. Tal vez el caso más claro del fenómeno esté representado por las actividades del grupo Al-Qaeda (cf. Laqueur, W. The New Terrorism: Fanaticism and the Arms of Mass Destruction, New York: Oxford University Press, 1999; Taheri, A. Holy Terror: the Inside Story of Islamic Terrorism, London: Hutchinson, 1987; Bodansky, Y. Bin Laden: the man who declared war on America, Rocklin (CA): Forum, 1999; Alexander, Y. & M. S. Swetnam. Usama bin Laden’s al Qaida: Profile of a Terrorist Network, Ardsley (NY): Transnational Publishers, 2001; Bergen, P. L. Holy War, Inc.: Inside the Secret World of Osama bin Laden, New York: Free Press, 2001; Hasim, A. S. “The World According to Usama bin Laden”, Naval War College Review, vol. 54, issue 4, 2001, pp. 11-35; Wedgwood, R. “Responding to Terrorism: the Strikes against bin Laden”, The Yale Journal of International Law, vol. 24, issue 2, 1999, pp. 559-576; Bergen, P. L. “The bin Laden Trial: What did we learn?”, Studies in Conflict and Terrorism, vol. 24, issue 6, 2001, pp. 429-434; Truehart, C. “United States vs. bin Laden and the Foreign Intelligence Exception to the Warrant Requirement for Searches of ‘United States Persons’ abroad”, Boston University Law Review, vol. 82, issue 2, 2002, pp. 555-601).

Ano IV	Volume IV	Nº 8	Janeiro/Junho 2008	Rio de Janeiro	ISSN 1807-1260
--------	-----------	------	--------------------	----------------	----------------

estructuras u órganos estaduales, y ha alcanzado un nivel de organización y auto-financiamiento inusitado.¹⁶

Diferencias con el crimen de lesa humanidad.

Los representantes acreditados de algunos estados, tales como Argelia, India, Sri Lanka y Turquía, propusieron la incorporación del terrorismo dentro de las categorías de crímenes incluidos en el Estatuto de Roma. Algunas delegaciones apoyaron esta propuesta, pero sólo cuando revistieran una gravedad especial y siempre que no se tratara de casos aislados de secuestro o incidentes menores.¹⁷

Terrorismo como delito político o de derecho común.

A la luz de doctrinas de ley y orden o de defensa social, se viene dando todo un proceso involutivo-autoritario en el sistema penal; dentro del cual, el terrorismo juega un papel justificador de la reacción estatal, reforzada por la actitud de una opinión pública emocional, especialmente sensibilizada por éste tipo de delincuencia.

La delimitación conceptual del delito de terrorismo

Con este fin, se distingue la delincuencia política de la terrorista. En cuanto a la primera “en los países en donde rige un Estado de derecho, el delito político puro, en sentido objetivo, no existe. En la medida que se permite el disenso político y su representación efectiva, todo tipo de violencia política carece de legitimidad”.¹⁸

¹⁶ Tolic, P. “The Clear and Present Danger of International Terrorism”, en *Humanitäres Völkerrecht* 3/2004, pp. 184-186, en p. 185

¹⁷ En este sentido, conviene advertir las declaraciones de la delegación rusa en los debates del Sexto Comité; UN Press Release L/2766 del 27-03-1996.

¹⁸ José Ramón Serrano-Piedecasas. Edit. P.P.U. Barcelona 1988 p.154. Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca La obra ha sido publicada en la colección Sociedad-Estado, que dirige el profesor Roberto Bergalli año1989 Es él precisamente, quien presenta la obra, en una interesante nota “Emergencia una cultura específica” Sobre la legislación española sobre terrorismo Cita Bibliografía Ver entre otros: Lamarca Pérez, Carmen, Tratamiento Jurídico (del terrorismo, colección Temas Penales, serie A 3. Madrid 1985; Terradillos Basoco, Juan, Terrorismo y derecho, Tecnos. Madrid 1988; Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y Serrano-Piedecasas, José Ramón, Reflexiones político-criminales sobre terrorismo, in *Revista de derecho penal y criminología*, Universidad Externado de Colombia, librería del profesional 1988, p. 132 y ss; Arroyo Zapatero, Luis, Terrorismo Sistema penal, in *Reforma política y derecho*, Madrid 198S, p. 43 y ss; Gómez Benitez, José Manuel, Crítica a la política penal de orden público, in *Cuadernos de política criminal* 16, Edersa Madrid 1982, p. 68 y ss; Alvarez, F.J. y Cobos M.A, legislación antiterrorista: una huida hacia el derecho penal, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, Madrid 1983, p. 151 y ss. etc.

Ano IV	Volume IV	Nº 8	Janeiro/Junho 2008	Rio de Janeiro	ISSN 1807-1260
--------	-----------	------	--------------------	----------------	----------------

A pesar de la evidente connotación política del terrorismo, no es posible equiparlo con el delito político, por dos razones fundamentales: a) "el carácter atroz de los medios empleados deslegitima el uso de la violencia terrorista"¹⁹ y b) el proceso de descriminalización del delito político y su subsunción en el delito de terrorismo, tendencia observable en las actuales legislaciones europeas.

Desde el punto de vista de la crítica criminológica se intenta develar que hay detrás de la legislación excepcional antiterrorista de los países que conforman el Consejo de Europa. Se le atribuye a la crisis del estado de derecho burgués, las transformaciones ideológicas que dicho modelo jurídico introduce. Estas transformaciones se producen principalmente en dos aspectos: a) El político-representativo, en cuanto el paso del estado liberal al estado social genera un desplazamiento correlativo del centro de decisión política del parlamento a la administración²⁰. Por la índole de los conflictos sociales a que se enfrenta, el Estado social-intervencionista se ve precisado a centralizar y tecnificar las decisiones en la administración. Predominio del ejecutivo que se acentúa a medida que la crisis se generaliza. b) Desde el punto de vista del control social, las implicaciones ideológicas de la crisis en el sistema penal (de defensa y permanencia del sistema), se imponen a las llamadas teorías relativas de la pena²¹ en el proceso de descriminalización del delito político y su subsunción en el delito de terrorismo. Esta tendencia se observa en las actuales legislaciones europeas.²²

¹⁹ José Ramón Serrano-Piedecabras, *ibidem* p.. 175.

²⁰ La bibliografía sobre el Estado social es también muy extensa, para éste trabajo son esenciales; De Cabo Martín Carlos, *Crisis del Estado social*, Edit. P.P.U. Barcelona 1986, Habermas Jurgen, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Edit. Amorrortu, Buenos Aires 1975; Poulantzas Nikos, *Las clases sociales y el capitalismo maduro*, Edit. Siglo XXI, Madrid. También de este autor, *Poder político y clases sociales en el Estado capitalista*, Edit. Siglo XXI, Madrid 1978; García Méndez Emilio, *Autoritarismo y Control social (Argentina-Uruguay-Chile)*, Edit. Hamurabi, Buenos Aires 1987.

²¹ Baratta Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Edit. Siglo XXI, México 1986. En cuanto a la desmitificación de los fines de la pena, ver: Ferrajoli Luigi, *Derecho penal mínimo*, in *Revista Poder y control*, 1986, p. 26 y ss.

²² Serrano-Piedecabras *ob. cit.*, critica el endurecimiento de la respuesta punitiva, recurso generalizado de las legislaciones antiterroristas, en cuanto que el agravamiento de las sanciones penales no cumple ningún propósito desde el punto de vista de los fines de la pena. Sostiene que el fin preventivo-general se cumple debidamente con la norma ordinaria y que tal "plus agravatorio" sólo encontraría su razón de ser en el cumplimiento de una función simbólica (retoma lo dicho en: Berdugo Gómez de la Torre Ignacio y Serrano-Piedecabras José Ramón, *Reflexiones político-criminales sobre terrorismo*, in *Revista de derecho penal y criminología*, Universidad Externado de Colombia, librería del profesional 1988, p. 97 y ss).

Ano IV	Volume IV	Nº 8	Janeiro/Junho 2008	Rio de Janeiro	ISSN 1807-1260
--------	-----------	------	--------------------	----------------	----------------

Con todo ello, cabe preguntarse si el terrorismo es “delito político” o “acto criminal común”, dado que sólo en este último caso procedería la extradición, como veremos más adelante en el caso judicial argentino Lariz Iriondo²³.

Los jueces de la Corte Suprema Argentina²⁴ sostienen que deben respetarse los máximos previstos para la prescripción de las acciones de los delitos comunes.

El régimen penal argentino carece de una definición del término terrorismo como integrante de algún tipo penal o como circunstancia agravante. Dichos actos están englobados en la categoría del delito de asociación ilícita que consiste en tomar parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos. Por el mero hecho de ser miembro de la asociación (artículo 210 del Código Penal), se estipulan penas de 3 a 10 años de cárcel. También alcanza a estas conductas el artículo 210 bis sobre asociación ilícita agravada o calificada, figura que contempla el cooperar o ayudar a la formación o al mantenimiento de una asociación ilícita destinada a cometer delitos, cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional. Aquí las penas van de 5 a 20 años de prisión o reclusión.

- Existe una definición de terrorismo relacionada con la figura del arreptido pero que no constituye un tipo penal.

- La Ley Argentina 25.241 26268 que reforman el Código Penal describen hechos pero no definen que consideran terrorismo establece que son hechos terroristas aquellas acciones delictivas cometidas por integrantes de asociaciones ilícitas u organizaciones constituidas con el fin de causar alarma o temor y que se realicen utilizando sustancias explosivas, inflamables, armas o en general elementos de elevado poder ofensivo, siempre que sean idóneos para poner en peligro la vida o integridad de un número indeterminado de personas.

- El reclutamiento de terroristas se engloba en la figura de asociación Ilícita

²³ L. 845. XL - "Lariz Iriondo, Jesús María s/ solicitud de extradición" - CSJN - 10/05/2005 ibidem Jurisprudencia Publicada en el Dial.Express

²⁴ L. 845. XL - "Lariz Iriondo, Jesús María s/ solicitud de extradición" - CSJN - 10/05/2005.

EXTRADICIÓN. Denegación. Prescripción de la acción penal para la ley argentina. Aplicación de la teoría del paralelismo. Subsunción legal de los hechos imputados. "ACTOS DE TERRORISMO". Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas. Aplicación del tratado... Jurisprudencia Publicada en elDial.Express:

Ano IV	Volume IV	Nº 8	Janeiro/Junho 2008	Rio de Janeiro	ISSN 1807-1260
--------	-----------	------	--------------------	----------------	----------------

- El caso judicial argentino en que se expide la Corte Suprema de Justicia y el Procurador General de la Nación considerándolo un delito común. "El hecho imputado a Lariz Iriondo por su pertenencia a la asociación E.T.A., calificada como ilícita, se extiende desde por lo menos el 8 de diciembre de 1982 y hasta al menos el 9 de octubre de 1984. En el marco de esa asociación, se habrían llevado a cabo los siete hechos constitutivos del delito de estrago. Estos concurren entre sí en forma real y, a su vez, con dos hechos de robo calificado -uno de ellos cometido el 9 de octubre de 1984 y el otro en fecha no determinada, pero necesariamente anterior a esa y no más allá del 8 de diciembre de 1982-. El del 9 de octubre de 1984, a su vez, en concurso real con el delito que el juez a quo calificó como de tentativa de homicidio agravado (art. 80, incs. 5 y 6 del Código Penal)." (Del voto de los Ministros de la Corte en mayoría)

"Por aplicación de la **teoría del paralelismo** (Fallos: 323:3699), **transcurrieron más de 12 años o incluso más de 15- desde la fecha de comisión** de cada uno de los hechos descriptos en el considerando anterior como así también desde el 9 de octubre de 1984, última fecha que se tiene de referencia acerca de la pertenencia de Lariz Iriondo a la organización E.T.A." (Del voto de los Ministros de la Corte en mayoría)

Opinión de la Corte Suprema y del Procurador General

Corte Suprema:

"Para agotar el análisis de las soluciones que podría ofrecer el derecho interno, cabe señalar que la Convención Constituyente de 1994 reguló, en el art. 36 (Imperio de la Constitución. Sanciones. Ley de ética pública), algunos de los denominados delitos "contra los poderes públicos y el orden constitucional" previstos por el Código Penal en el título X. Fijó como bien jurídico protegido **"el orden institucional y el sistema democrático"** (conf. Primera Parte, Capítulo Segundo: "Nuevos Derechos y Garantías"). La incidencia que la cuestión podría tener en el sub lite está dada porque uno de sus párrafos consagra que **"Las acciones respectivas [civil y penal] serán imprescriptibles"**. Sin embargo no existe certeza que la cláusula contemplara supuestos como el de autos y, menos aún, si es factible su aplicación retroactiva." (Del voto de los Ministros de la Corte en mayoría)

Ano IV	Volume IV	Nº 8	Janeiro/Junho 2008	Rio de Janeiro	ISSN 1807-1260
--------	-----------	------	--------------------	----------------	----------------

"Por lo expuesto, cabe concluir -en una primera aproximación a la problemática planteada en autos- en que la acción penal nacida de los hechos imputados a Lariz Iriondo **estaría prescripta a la luz de la legislación argentina.**" (Del voto de los Ministros de la Corte en mayoría).

"Tal conclusión no variaría aun cuando se soslayaran las mayores restricciones introducidas en ese precepto legal por la reciente ley 25.990 al enunciar **cuáles son los actos interruptivos de la acción penal.** Tampoco, de acogerse el agravio fiscal y del país requirente y asignarle -como correspondería según quedó expuesto en el considerando 6°- efecto interruptivo, a la orden de procesamiento y prisión de fecha 18 de marzo de 1985, respecto de los delitos de asociación ilícita y estrago cometido el 9 de octubre de 1984. En efecto, incluso desde la fecha de esa orden de procesamiento y prisión transcurrieron más de 12 años o, en la hipótesis más gravosa, 15 años hasta que se registra el pedido de extradición que data de finales de 2002." (Del voto de los Ministros de la Corte en mayoría)

Procurador General:

"El señor Procurador General de la Nación Argentina propone superar el óbice que en el sub lite representa la prescripción de la acción penal para el país requerido a partir de considerar aplicable al caso el **Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas.**" (Del voto de los Ministros de la Corte en mayoría)

"Argumenta que las disposiciones de este convenio multilateral modifican, *para los delitos en él contemplados* y en los que deberían subsumirse los que motivan este pedido de extradición, el tratado bilateral entre la República Argentina y el Reino de España (ley 23.708). Específicamente en lo que respecta a la prescripción de la acción penal para el país requerido como causal para denegar la colaboración internacional, según el art. 9, inc. c." (Del voto de los Ministros de la Corte Argentina en mayoría).

- La legislación penal argentina no reconoce la categoría de delitos graves. Pero en el marco de la figura de asociación ilícita puede sostenerse que las conductas delictivas relacionadas con actos de terrorismo podrían ser entendidas como actos de gravedad.

Crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra excluidos como delitos políticos

Ano IV	Volume IV	Nº 8	Janeiro/Junho 2008	Rio de Janeiro	ISSN 1807-1260
--------	-----------	------	--------------------	----------------	----------------

Es evidente que los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra están excluidos de la categoría de delitos políticos: en ese sentido se expresa nuestra Ley 24.767 art. 9.a), que sigue el principio general asentado en el **Primer Protocolo Adicional a la Convención Europea de Extradición de Estrasburgo** (15 de octubre de 1975).

Terrorismo y extradición en la legislación doméstica de los estados.

Con relación al terrorismo, en cambio, las legislaciones de los distintos estados difieren, y no parece ser posible extraer algún principio común o conclusión uniforme²⁵. Sin embargo, somos del parecer de que también en el caso de estos actos delictivos corresponde **permitir la extradición excluyendo los delitos políticos.**²⁶

Opinión de la ONU sobre la extradición de terroristas

Así, la propia Organización de las Naciones Unidas, en 1995, en el IX Congreso sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, encontró una explicación para esto en la creciente intolerancia por actos violentos²⁷.

Disposiciones de los tratados relativos a la extradición.

Por tanto, las disposiciones de los tratados excluyen (...) del beneficio de la excepción los **atentados con bombas, los asesinatos y otras formas de violencia**, reconociendo así el hecho de que las justificaciones que en otro momento quizá hubieran disculpado la violencia política no existen ya (...) entre sociedades democráticas en las cuales el cambio político se puede obtener por medios pacíficos.

Terrorismo como crimen del ius gentium o lesa humanidad.

El ius gentium, derecho de gentes, reglas aplicables a todas las naciones, ha impuesto por costumbre que la acción terrorista sea considerada un crimen de lesa humanidad. A

²⁵ Swinarski, C. "Del terrorismo en el derecho internacional público", Lecciones y Ensayos 78, 2003; pp. 533-547, en p. 547.

²⁶ Piombo, H. D. Tratado de la Extradición (Internacional e Interna), Buenos Aires: Depalma, Volumen I, 1998; pp. 404-405

²⁷ Doc. A/Conf. 169/8 del 1 de marzo de 1995, p. 15.

Ano IV	Volume IV	Nº 8	Janeiro/Junho 2008	Rio de Janeiro	ISSN 1807-1260
--------	-----------	------	--------------------	----------------	----------------

diferencia de las leyes locales de los estados que deben cumplir el principio de legalidad sobre las prohibiciones penales.

Esto, por supuesto, también contribuye a identificar al terrorismo como un crimen *iuris gentium* de considerable gravedad en el ámbito internacional. Al ser asimilado en ciertas circunstancias a los delitos previstos en convenios específicos –tales como los crímenes de lesa humanidad- deben considerarse imprescriptibles, y dicha condición surge no sólo de fuente convencional sino también de la costumbre internacional, como encontramos afirmado en la doctrina.²⁸ Baste mencionar aquí la opinión calificada de Vinuesa:

“Se ha sostenido que la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra hace a la naturaleza misma de esos crímenes que de esta forma se diferencian de los delitos comunes.

En la opinión de la ONU que comentamos, el reconocimiento por parte de **la Convención** sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (Resolución de la Asamblea General de la ONU No. 2391 (XXIII)) del 26 de Noviembre de 1968, no hace mas que reiterar el contenido de una norma consuetudinaria que recoge la esencia básica de normas aceptadas y reconocidas ya desde 1907, como leyes y costumbres de la guerra terrestre.²⁹

Terrorismo y la subjetividad internacional. Revisión del tradicional concepto del estado “sujeto” primordial por los sectores privados o particulares.

Un último punto que nos resulta interesante destacar, se vincula con la problemática de la subjetividad internacional, que el voto separado de los jueces Maqueda y Zaffaroni parece dejar traslucir³⁰. Es evidente que en el derecho internacional actual, se encuentra en plena revisión el tradicional concepto de “sujeto”. Así, frente a la vieja tendencia doctrinaria que atribuía la subjetividad primordial al estado, la evolución de las relaciones internacionales,

²⁸ Sobre las fuentes convencionales y consuetudinarias que sancionan el terrorismo, y su relación con la progresiva consagración de una jurisdicción universal al respecto, ver el interesante estudio de Kolb, R. “Universal Criminal Jurisdiction in Matters of International Terrorism: Some Reflections on Status and Trends in Contemporary International Law”, *Revue hellénique de droit international*, 50^e année, 1/1997, pp. 43-88.

²⁹ Vinuesa, R. E. “La formación de la costumbre en el Derecho Internacional Humanitario”, disponible en la página web del Comité Internacional de la Cruz Roja (<http://www.icrc.org/web/spa>) [30 de julio de 1998]

³⁰ Lariz fallo citado.

Ano IV	Volume IV	Nº 8	Janeiro/Junho 2008	Rio de Janeiro	ISSN 1807-1260
--------	-----------	------	--------------------	----------------	----------------

y sobre todo de los mecanismos de protección de los derechos humanos, ha llevado también a la inclusión.

La insuficiencia de la legislación doméstica de los estados en la lucha contra el terrorismo.

A través de una comparación de la legislación interna de ciertos estados, realizada por estudiosos del tema, no deja de advertirse que la normativa doméstica suele ser insuficiente para lidiar con el crimen de terrorismo.³¹

También es cierto que, parte del fracaso de la limitación de su represión en los ordenamientos nacionales, se debe a la dificultad que supone encontrar medios de respuesta para alcanzar al enemigo en los supuestos de terrorismo transnacional dado que, en muchas circunstancias, éste se encuentra en territorio de estados que no pueden o no quieren ejercer el control exigido por el derecho internacional.³²

Si bien el Estatuto de Roma no logró incluir entre los crímenes de su campo de aplicación una referencia expresa al terrorismo, al menos introdujo aquellos que los estados consideraron como los más graves que afectan a la comunidad internacional. Corresponde aquí – en virtud del fallo que estamos comentando- que analicemos la noción de crímenes de lesa humanidad, para advertir los posibles lazos con las características que reconocemos como propias de actos terroristas.

Los crímenes de lesa humanidad, como tales, fueron concebidos ya en el **Acuerdo de Londres que estableció el Tribunal de Nuremberg (1945)** como todos aquellos *“asesinatos, exterminio, sometimiento a esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil antes de, o durante la guerra; o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de o en conexión con cualquier crimen de la jurisdicción del Tribunal, sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados”*.

³¹ “Terrorism is not a crime to be tried and punished domestically (...) Something must be done. An International Criminal Court is the most appropriate forum to determine culpability and sentencing for terrorism (...) Those who argue against a definition of terrorism by reference or incorporation of treaties fail to recognize that offenses which can be classified as terrorism, such as air piracy or hijacking, have become violative of customary international law” (Silverman, C. “An Appeal to the United Nations: Terrorism must come within the Jurisdiction of an International Criminal Court”, New England International and Comparative Law Annual, vol. 4, 1997, en <www.nesl/edu/annual/vol4/cs.htm>).

³² Reisman, W. M. “International Legal Responses to Terrorism”, Houston Journal of International Law, vol. 22, issue 3, 1999, pp. 41-54

Ano IV	Volume IV	Nº 8	Janeiro/Junho 2008	Rio de Janeiro	ISSN 1807-1260
--------	-----------	------	--------------------	----------------	----------------

A partir de esta noción fundadora de la tipificación de este tipo de crímenes, muchas veces citada en la jurisprudencia nacional,³³ se comenzó a considerar que estos delitos requerían en su comisión, que fueran parte de un *ataque extendido y sistemático*, efectuado voluntariamente y con conocimiento contra cualquier población civil³⁴. Debido a su calidad de violaciones serias a los derechos humanos, la prohibición de estos actos ha sido tradicionalmente considerada una *obligación erga omnes*.³⁵

Teniendo en mente esta noción, no pareciera caber dudas de que un acto terrorista que cumple con esos requisitos de *extensión y sistematicidad, precisamente por su calidad de indiscriminado, debe ser asimilado a esta categoría de delitos de crímenes de lesa humanidad*.³⁶

La inveterada jurisprudencia conforme a la cual los convenios y leyes de extradición no deben ser entendidos exclusivamente como instrumentos de cooperación judicial destinados a reglar las relaciones entre los estados en la materia, sino que también deben considerarse como garantía sustancial de que una persona no será entregada a un estado extranjero sino en los casos y bajo las condiciones fijadas en el tratado o la ley, con respecto a sus derechos humanos fundamentales.

"(...), si bien la extradición es considerada casi universalmente como un poderoso medio de prevenir la impunidad y, por consiguiente, de reducir el terrorismo, al propio tiempo se reafirma el delicado equilibrio que debe imperar en la lucha contra el terrorismo y la protección de los derechos humanos tanto de las víctimas de tales hechos como de quienes resulten imputados, incluso en el campo de la cooperación internacional." (Del voto de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en mayoría)

³³ Cf. Mattarollo, R. "La jurisprudencia argentina reciente y los crímenes de lesa humanidad", Revista Argentina de Derechos Humanos, nº 0, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001.

³⁴ Zakr, N. «Approche analytique du crime contre l'humanité en droit international», Revue générale de Droit International Public, Tome 105, nº 2, 2001; pp. 281-306, en p. 281; Mettraux, G. "Crimes against Humanity in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and for Rwanda", Harvard International Law Journal 43.1, 2002; pp. 237-316, en p. 241; Estatuto de la CPI, art. 7.

³⁵ TPIY, Caso Fiscal contra Furundzija (ICTY-95-17), § 139.

³⁶ "In my opinion, it may be safely contended that, in addition, at least trans-national, state-sponsored or state-condoned terrorism amounts to an international crime, and is already contemplated and prohibited by international customary law as a distinct category of such crimes", según Cassese, A. "Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law", EJIL Vol. 12, nº 5, 2001, pp. 993-1001, en p. 994.

Ano IV	Volume IV	Nº 8	Janeiro/Junho 2008	Rio de Janeiro	ISSN 1807-1260
--------	-----------	------	--------------------	----------------	----------------

"En los casos considerados por el Tribunal, especialmente en el caso **Priebke** (Fallos: 318:2148) y en la causa A.533.XXXVIII '**Arancibia Clavel, Enrique Lautaro** s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros -causa N° 259-" [Fallo en extenso: elDial - AA2363], resuelta el 24 de agosto de 2004, según el derecho internacional convencional se trata de crímenes contra la humanidad y también establece expresamente su imprescriptibilidad. Además, y esto marca una diferencia sustancial, desde los primeros años de la última posguerra, tanto su categoría como su imprescriptibilidad se hallan consagradas por el derecho internacional consuetudinario.

A partir del fallo argentino "**Arancibia Clavel**" (donde explícitamente se refirió en su voto individual³⁷ al terrorismo como un crimen de lesa humanidad, en §22) se estableció que el delito se configura cuando hay total desproporción entre el fin político o ideológico buscado y el medio empleado, originando con ello "la consecuente violación de los más elementales principios de la convivencia humana civilizada" (§11).

A partir de la cita de una calificada doctrina de internacionalistas, el magistrado considera que, estando el terrorismo incluido dentro del género de los crímenes contra la humanidad, corresponde su regulación por la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (§13)

En relación con la comisión de actos terroristas cometidos con anterioridad a la entrada en vigor, el juez Boggiano sostiene que en virtud de la existencia de numerosos instrumentos convencionales y resoluciones que consolidan la necesidad de colaboración en la represión del terrorismo, tanto en el ámbito universal como en el plano regional, (§§17-18) existe una verdadera costumbre internacional en esta materia

En efecto, todos esos textos internacionales "reflejan, claramente, por una parte, una creciente determinación en el seno de la comunidad internacional de condenar todos los actos, modelos y prácticas de terrorismo dondequiera que se cometan y quienquiera que los cometa y por otra parte, una creciente conciencia internacional entre la relación existente entre los derechos humanos y el terrorismo..." (§21). Esta condena de los actos

³⁷ voto individual del juez Boggiano de la Corte Suprema Argentina.

Ano IV	Volume IV	Nº 8	Janeiro/Junho 2008	Rio de Janeiro	ISSN 1807-1260
--------	-----------	------	--------------------	----------------	----------------

terroristas por parte de la comunidad, según se desprende de las legislaciones internas de diversos países y de la jurisprudencia de tribunales internacionales, se desarrolló como “una práctica constante y uniformemente aceptada como derecho” (§23), y tratándose de una norma de derecho consuetudinario internacional, constituye parte integrante del derecho interno argentino (§30, in fine).

Además, la propia Convención (§35) incluye el término “afirmar” en lugar de “enunciar” al referirse al principio de imprescriptibilidad, lo cual permite inferir que el texto convencional traduce por escrito una norma de fuentes internacionales ya reconocida en el plano de los derechos y las obligaciones resultantes.

Por lo demás, y aparte de señalar la vigencia de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad incluso antes de la existencia del tratado correspondiente, el juez se dedica también a relativizar el carácter aparentemente absoluto que algunos de sus colegas atribuyen al principio de la no retroactividad de la ley penal más rigurosa, fundándose en la noción de ius cogens: la retroactividad de los tratados sobre imprescriptibilidad constituye, de acuerdo a su posición, una norma imperativa del derecho internacional (§32).

El caso “Hamdan, Salim Ahmed v. Rumsfeld” de la Corte Suprema Federal Norteamericana

Desde enero de 2002, el gobierno de Estados Unidos mantuvo cerca de 600 individuos extranjeros (490 según informes actuales³⁸), capturados durante la campaña en Afganistán contra Al Qaeda y el régimen Talibán, reclusos sin expresión de cargos o acceso a asistencia letrada en una prisión militar especialmente construida en la Base Naval de la Bahía de Guantánamo, Cuba. Varias peticiones de habeas corpus fueron intentadas ante diversas cortes por familiares de dos ciudadanos australianos y de doce ciudadanos de

³⁸ Recientemente, debido a un triunfo en un caso legal llevado adelante por la Associated Press, la administración del Poder Ejecutivo informó los nombres de los detenidos en Guantánamo. Vr. Holland, Gina, “Supreme Court hints at concern in presidential wartime powers case”, Findlaw, 28 de marzo de 2006.

Ano IV	Volume IV	Nº 8	Janeiro/Junho 2008	Rio de Janeiro	ISSN 1807-1260
--------	-----------	------	--------------------	----------------	----------------

Kuwait detenidos allí, argumentando básicamente el respeto del derecho al debido proceso.

La cuestión fue tratada, aunque no totalmente resuelta, por la Corte en la causa *Rasul v. Bush*³⁹. Allí se analizó si el derecho del acceso a la justicia se extiende a extranjeros detenidos en la base naval de Guantánamo, Cuba. La opinión mayoritaria, redactada por el juez John Paul Stevens, sostuvo que el estatuto de *habeas corpus*⁴⁰ confiere un derecho a revisión a todos los extranjeros detenidos por disposición del poder ejecutivo en un territorio sobre el cual los Estados Unidos ejercen plena y exclusiva jurisdicción, más allá de que no posean soberanía.⁴¹

Sin embargo, el fallo dejaba demasiados temas inconclusos. Posteriormente se dictaron las normas señaladas en torno a los procedimientos a llevarse a cabo ante las comisiones militares y se iniciaron aproximadamente 10 procesos en dicha sede.

El caso en análisis actualmente, cuyos argumentos orales ante la Corte Suprema de Estados Unidos tuvieron lugar el 28 de Marzo de 2006 en un clima de alta tensión⁴², surge de una petición de *habeas corpus* presentada por Salim Ahmed Hamdan (un antiguo chofer de Osama Bin Laden detenido en Afganistán en noviembre de 2001, recluso en la prisión de Guantánamo Bay durante cuatro años y que forma parte del grupo de diez personas que enfrentan un juicio militar), sobre la que no se ha dictado sentencia. Se le imputa a Hamdan haber conspirado junto con su antiguo jefe para realizar determinados actos terroristas. El año anterior, la Corte de apelaciones del Distrito de Columbia, hizo lugar a la posición de la administración y revocó una decisión a favor de Hamdan dictada por la Corte de Circuito.

El problema que se plantea a la Corte y que consistirá en uno de los temas troncales que deberá resolver es **la validez constitucional de la posición del Poder Ejecutivo**, y si se estima que esa postura implica una contradicción dado que los supuestos terroristas son

³⁹ 124 S.Ct.2686 (2004)

⁴⁰ 28 U.S.C. 2241 (a), (c) (3) (2000).

⁴¹ 124 S.Ct. pág. 2692 (2004)

⁴² Holland, Gina, "Supreme Court...", *Op. cit.*

Ano IV	Volume IV	Nº 8	Janeiro/Junho 2008	Rio de Janeiro	ISSN 1807-1260
--------	-----------	------	--------------------	----------------	----------------

acusados de violar las reglas de la guerra, y, al mismo tiempo, se les deniega la protección del derecho internacional humanitario, lo cual es una violación a las reglas de la guerra ⁴³.

Nuestras Conclusiones:

El liberalismo está comprometido con el reconocimiento de al menos algunos derechos básicos. Entre ellos se encuentran el derecho a no ser privado, excepto como pena por un acto voluntario previamente prohibido, de bienes tales como la vida, la integridad corporal, la libertad de movimiento, el derecho de profesar cualquier culto o no profesar ninguno, la libertad de expresar ideas, sobre todo de índole política, moral, científica y artística, etc.

El lenguaje y la acción humana en la interpretación del derecho.

Siguiendo los conceptos del Profesor argentino Carlos Santiago Nino una clasificación al solo efecto expositivo de estos derechos, es conocida, como el derecho a hacer ciertas cosas y el derecho a que no le hagan a uno ciertas cosas. En el primer tipo está en juego una conducta del titular del derecho, mientras que, en los casos del segundo tipo, lo que se le hace al individuo no consiste, al menos directamente, en impedir una acción de su parte⁴⁴

“En este segundo tipo- continúa diciendo Nino - o sea, derechos a que no nos hagan cosas que no consisten directamente en impedirnos conductas, el caso más claro es el que está constituido por el derecho a no ser privado de ciertos bienes tales como la vida y la integridad corporal, excepto como pena”.

“Pena en el sentido de privación de un bien, -para este autor- o sea, de algo valioso, es un sacrificio y se podría decir que este derecho deriva de un principio que prohíbe imponer sacrificios a los hombres. Pero no todo sacrificio está vedado. No hay nada que sugiera que veda la imposición de sacrificios, que no son tales porque redundan en beneficio de

⁴³ Respecto a los antecedentes previos al dictado de los fallos en análisis, puede consultarse a Sagüés, María Sofía, “Justicia para el terrorismo. El actual desafío de la Suprema Corte de Estados Unidos de América”, en “Debates de Actualidad”, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Año XIX, nro. 192, pág. 19.

⁴⁴ Nino Carlos Santiago Ética y Derechos Humanos Ed. Astrea Bs As. 1989

Ano IV	Volume IV	Nº 8	Janeiro/Junho 2008	Rio de Janeiro	ISSN 1807-1260
--------	-----------	------	--------------------	----------------	----------------

individuos interesados como cuando se afecta la integridad de un individuo inconsciente, amputándole una pierna para preservar su vida” (...).

El principio general o “**principio de inviolabilidad de la persona**” que subyace en estos derechos, *proscribe, entonces, imponer a los hombres, contra su voluntad, sacrificios y privaciones que no redunden en su propio beneficio.* ⁴⁵

Más amplio que este de la persona es el concebido por **el segundo imperativo categórico de Kant que se refiere a la “humanidad”**⁴⁶

Al tratar como tal a la humanidad se da en la persona del propio agente o de otros la protección de las cualidades que distinguen a la naturaleza humana, que son, fundamentalmente, la capacidad de proponerse fines y la racionalidad. Y tratar a alguien como medio supone un sacrificio, concepto de sacrificio en el sentido de que se lo priva de algo valioso a los fines que él tiene o que debería tener.

A un individuo se lo trata como un fin en sí mismo cuando se toman en cuenta sus propios fines, y no utilizando al individuo como medio para otros fines ⁴⁷

John Locke había sugerido este principio cuando sostenía que no hay entre los hombres una subordinación tal que pueda suponerse que unos hayan sido creados para utilidad de otros”. Su argumento es empleado contra el utilitarismo. ⁴⁸

Utilitarismo, su crítica y refutación. Una razón de prudencia- la justicia social.

El utilitarismo es la doctrina que justifica el tratamiento de los hombres como meros medios en beneficio de otros al permitir que ciertos individuos sean sacrificados si el beneficio que otros obtienen, gracias a ello, es tal que se produce un incremento neto de la utilidad

⁴⁵ Nino Carlos Santiago *Ética y...* cit. pag 111.

⁴⁶ Kant “Fundamentación de la metafísica de las costumbres, tr. M. García Morente, Madrid 1977 págs. 86.87 “*Actúa de tal modo que nunca trates a la humanidad, sea en tu propia persona o en la persona de cualquier otro, como un mero medio sino siempre al mismo tiempo como un fin en sí misma*”.

⁴⁷ Kant “Fundamentación de la metafísica de las costumbres pag 87 sostuvo explícitamente “*..los fines de un sujeto que es un fin en sí mismo tienen que ser también, si es que esta concepción tiene pleno efecto en mí, en la medida de lo posible, mis fines*”.

⁴⁸ John Locke *Ensayo sobre el gobierno civil*, tr. A.L. Ros. Madrid, 1969, págs. 7 –56

Ano IV	Volume IV	Nº 8	Janeiro/Junho 2008	Rio de Janeiro	ISSN 1807-1260
--------	-----------	------	--------------------	----------------	----------------

social. Y la felicidad general o cualquier otro estado de cosas que el utilitarismo prescriba maximizar.

Las criticas que se hace al utilitarismo es que no se preocupa por la distribución de goce de utilidad social, salvo que ello redunde en un incremento de esa utilidad social.

Para tal doctrina es mejor una sociedad de tres individuos en que uno de ellos obtenga cuatro unidades de utilidad y los otros ninguna, que otra sociedad en que cada uno de sus tres integrantes tenga una unidad de utilidad.

El utilitarismo ha respondido a esta crítica con la “utilidad marginal decreciente” o idea de que una buena distribución es también un estado de cosas que es bueno maximizar.

Pero esta respuesta no justifica en algunos casos el sacrificio de algunos individuos en aras del superior beneficio de otros, como por ejemplo la justificación utilitarista de la pena que puede en algunos casos permitir la punición de un inocente por razones preventivas.

Otros autores afirman que el utilitarismo permite que ciertos individuos puedan ser sacrificados en beneficio de otros porque no da relevancia moral a la independencia de las personas⁴⁹.

Se pretende compensar el perjuicio que sufre un individuo con el beneficio de que gozan otros, sin tomar en cuenta que sólo hay compensación cuando se gratifica a la misma persona dañada.

Se alega que puesto que el principio para un individuo es promover tanto como sea posible su propio bienestar, esto es, su propio sistema de deseos, el principio para la sociedad, es promover tanto como sea posible el bienestar del grupo, esto es, realizando en la mayor medida el sistema general de deseos al que se llega a partir de los deseos de sus miembros.

⁴⁹ Gauthier Practical Reasoning. Oxford, 1963, Pág. 126; John Rawls Teoría de la Justicia, pag. 26 y 27 aunque en la edición de Fondo de Cultura Económico México 1997 Pág. 34 y ss. Se pronuncia a favor de la teoría clásica utilitaria formulada por Bentham, Edgeworth y Sidgwick en la idea que “cuando las instituciones más importantes de la sociedad están dispuestas de tal modo que obtienen el mayor equilibrio neto de satisfacción distribuido entre todos los individuos pertenecientes a ella , entonces la sociedad está correctamente ordenada y es, por tanto, justa.

Ano IV	Volume IV	Nº 8	Janeiro/Junho 2008	Rio de Janeiro	ISSN 1807-1260
--------	-----------	------	--------------------	----------------	----------------

Se sostiene que una sociedad está correctamente ordenada cuando sus instituciones maximizan el equilibrio neto de satisfacción.

La justicia social es el principio de prudencia racional aplicado a una concepción colectiva del bienestar del grupo”⁵⁰.

Se aduce que el utilitarismo conduce a concebir a la sociedad como una especie de superorganismo cuyo bienestar es algo bueno en sí mismo, con independencia de cómo está distribuido ese bienestar entre los seres humanos que lo integran. De este modo, se acusa al utilitarismo de ser anti-individualista al tomar como unidad moral básica a la sociedad, o a la humanidad en conjunto, y no a los individuos, por más que estos sean, en esta concepción, las unidades psicológicas básicas, ya que son la fuente exclusiva de placer e intereses. Es un sistema unitario que deriva de fundir los intereses de los individuos desconociendo que son intereses de personas distintas o separadas

En definitiva, el uso de las personas como meros medios es la crítica al utilitarismo

Antecedentes normativos:

Sin perjuicio de antecedentes tan remotos como los fueros españoles, las cartas inglesas, las declaraciones norteamericanas, etc., es con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que la mera voluntad de los fuertes no es una justificación última de acciones que comprometen intereses vitales de los individuos y que la sola cualidad de ser un hombre constituye título suficiente para gozar de ciertos bienes que son indispensables para que cada uno elija su propio destino con independencia del arbitrio de otros.

⁵⁰ John Rawls Teoría de la Justicia, Fondo de Cultura Económica, México 1997 pag.35

Ano IV	Volume IV	Nº 8	Janeiro/Junho 2008	Rio de Janeiro	ISSN 1807-1260
--------	-----------	------	--------------------	----------------	----------------

Todavía resulta impresionante la sentencia del prólogo de la Declaración de la Asamblea Francesa que dice que “la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos”

Para la O.N.U. el derecho a desarmar al opresor es reconocido. No intervenir es una omisión culpable. Por eso la preservación de la paz está por encima de los derechos humanos según la gravedad y la extensión del conflicto y, cuando no hay peligro de una guerra extendida, se analiza hasta dónde es posible dar preeminencia a los derechos humanos⁵¹.

La Corte Suprema Norteamericana tiene la posibilidad de liderar la tutela de los derechos humanos en quienes procuran un proceso debido, donde se plasme el juego limpio, hecho que hoy parece cada vez más remoto.

El tema no es indiferente. Las nociones mismas de derecho de defensa, tutela judicial efectiva y derecho a la jurisdicción están en jaque en un país que aún no ha llegado a dar muestra plena de reivindicación del estado de derecho y la “comunidad de iguales” que tanto ha propugnado en sus cimientos como nación.

Lo paradójal con las garantías democráticas es que la nueva estrategia de seguridad norteamericana ha reemplazando a la doctrina de reacción contra las agresiones, con la de acciones unilaterales, guerras preventivas, mayor gasto en defensa, preeminencia de las capacidades militares y una agenda que tiene el tema de la seguridad nacional a la cabeza que son algunas de las políticas que plantea la Administración Bush con el objetivo de prevenir nuevos ataques

No existe una definición universalmente aceptada de terrorismo, Existen cientos que proporcionan gobiernos, instituciones, universidades, investigadores individuales y

⁵¹Javier Nevada de la Universidad de Navarra Derechos Fundamentales de la Iglesia o Derecho Canónico. Citado por Monseñor Osvaldo Neves de Almeida Ver. nota 62. Nos habla de dos niveles. El práctico de los nacionales es el materialismo de los derechos fundamentales y en otro nivel el de la formulación es el de las normas escritas o aceptadas por el derecho consuetudinaria de un sistema formal.

Ano IV	Volume IV	Nº 8	Janeiro/Junho 2008	Rio de Janeiro	ISSN 1807-1260
--------	-----------	------	--------------------	----------------	----------------

agencias de seguridad, pero estamos en el camino de preparar una convención antiterrorista a nivel mundial en la que se deberá definir el término.

“Sin embargo todavía estamos atascados en la polémica entre los que quieren luchar contra el terrorismo y los “luchadores de la resistencia” que consideran que no deben ser incluidos dentro del concepto de terroristas. Pero cada vez se va extendiendo más la idea de que se precisa una nueva definición y que los ataques indiscriminados **contra** civiles deberían ser ilegales en todas las circunstancias, tanto en tiempo de paz como de guerra”⁵².

En opinión del Coordinador antiterrorista de la Unión Europea (U.E). La ausencia de una definición adecuada no quiere decir que no exista **base legal** suficiente para las actividades antiterroristas.

Ya había 12 convenciones diferentes referidas al terrorismo, que se han convertido ahora en 13 al aprobarse la Convención sobre Terrorismo Nuclear, y todas ellas son legalmente vinculantes.

⁵² Gijs de Vries: Coordinador antiterrorista en la UE es el primer coordinador antiterrorista de la Unión Europea. Su tarea bajo las órdenes del Alto Representante Javier Solana consiste en racionalizar, organizar y coordinar la lucha antiterrorista dentro de la UE. Entrevista de la Revista de la Nato

Cuales son los elementos básicos de la estrategia antiterrorista de la Unión Europea?

Podemos distinguir tres elementos fundamentales. Primero: son las agencias nacionales las que siguen liderando la lucha antiterrorista; los gobiernos nacionales mantienen el control total de sus fuerzas de policía, sus medios de inteligencia y sus autoridades judiciales. Segundo: para ser eficaces todos estos organismos deben trabajar más allá de sus fronteras. Tenemos un programa europeo de grandes dimensiones encaminado a desarrollar la cooperación práctica e impulsar los instrumentos legislativos que la faciliten. Como ejemplos pueden citarse la Europol, en la que cooperan las fuerzas policiales; Eurojust, en donde investigan jueces y fiscales; el Centro de la Situación, en el que los servicios de inteligencia y seguridad analizan conjuntamente las amenazas terroristas provenientes tanto en el exterior de la Unión Europea como de su interior; y la Agencia Europea de Fronteras en Varsovia, recientemente creada para ayudar a la policía de fronteras a fin de lograr una mayor cooperación y compartir las mutuas experiencias. Partiendo de esta base hemos aprobado un programa a largo plazo sobre legislación que pretende impulsar actividades como la lucha contra la financiación del terrorismo y dificultar el cruce de fronteras por parte de los elementos terroristas. La tercera línea de acción consiste en el reforzamiento de la cooperación entre la Unión Europea y nuestros socios y amigos de todo el mundo. Entre ellos incluyo las diversas organizaciones internacionales, empezando por supuesto por la ONU, pero también contando con la Agencia Internacional de la Energía Atómica (IAEA) en Viena, y la Organización para la Prohibición de Armas Químicas (OPCW) en La Haya. También trabajamos cada vez más estrechamente con Estados Unidos, Canadá, Noruega y Suiza, así como con otros países limítrofes con la Unión Europea por el este y sur, tratando de proporcionar ayuda antiterrorista a países como Marruecos, Jordania y otros. Cuanto más se protejan a sí mismos todas estas naciones más se beneficiará nuestra seguridad.

Desde enero de este año los servicios de seguridad e inteligencia europeos han estado analizando de forma conjunta la amenaza terrorista. Anteriormente una evaluación de amenazas se limitaba a las procedentes del exterior de la Unión Europea y que se entregaba a los ministros de asuntos exteriores. Ahora se les han sumado expertos de los servicios de seguridad con lo que se consigue una visión más global, tanto interior y exterior, y no sólo para los ministros de asuntos exteriores sino también para los de justicia e interior. Este enfoque permite abarcar aspectos bastante diversos, como la financiación del terrorismo. Pero hay muchas otras áreas que continúan evaluándose en la forma tradicional.

Ano IV	Volume IV	Nº 8	Janeiro/Junho 2008	Rio de Janeiro	ISSN 1807-1260
--------	-----------	------	--------------------	----------------	----------------

“Desgraciadamente, hasta la fecha, solamente una tercera parte de los países del mundo ha ratificado las 12. Por eso la Unión Europea está liderando el proceso de ratificación universal de estos 12 instrumentos que incluyen convenciones **tan importantes** como la Convención Contra los Bombardeos Terroristas y la Convención Contra la Financiación del Terrorismo”⁵³.

Tampoco se pudo lograr un consenso sobre el tema de los derechos humanos y el terrorismo en el Estatuto de Roma. Su incorporación en el orden jurídico internacional tiene dos limitaciones: una se debe a que las diferencias ideológicas de los gobernantes de diferentes naciones hace que la incorporación se concrete en el nivel mínimo común denominador, dejando de lado los derechos que son motivo de divergencia. La otra es la concepción de soberanía de los estados que impone restricciones a la obligatoriedad de compromisos asumidos y a la injerencia de órganos externos para investigar y castigar violaciones a los derechos.

Las doctrinas jurídico-penales apuntan a fundamentar un derecho penal de enemigos, de aplicación doméstica en los Estados, excepcional como cuarta vía del derecho penal sin reconocer, en caso de terrorismo, los derechos humanos y las garantías clásicas del estado de derecho.

Pero se alza una tercera vía rápida combatiendo sus argumentos y fundando el derecho penal del reconocimiento de los derechos humanos en el estado de derecho.

La construcción de un derecho penal del enemigo es vinculada de forma directa a las violaciones masivas de derechos humanos. Estos derechos no rigen a nivel mundial, claro que sí como postulado, pero no puede afirmarse que exista un estado real de vigencia de los derechos humanos.

Doctrina del Derecho Penal de Enemigos. Günther Jakobs

⁵³ Gijs de Vries citado bis in idem.

Ano IV	Volume IV	Nº 8	Janeiro/Junho 2008	Rio de Janeiro	ISSN 1807-1260
--------	-----------	------	--------------------	----------------	----------------

Este concepto fue introducido en el debate por Günther Jakobs a partir de 1999, orientado hacia delitos graves contra bienes jurídicos individuales, especialmente los delitos de terrorismo⁵⁴.

Este derecho penal de enemigos presenta tres elementos que lo caracterizan:

El primero de ellos es que en las regulaciones que le son propias se verifica un marcado adelantamiento de la punibilidad. En este sentido corresponde destacar que en estas normas, el punto de referencia no es ya el hecho cometido, sino el hecho futuro;

En segundo lugar, las penas previstas son elevadas de modo desproporcionado con relación al hecho cometido, suele tratarse de conductas bien lejanas al resultado lesivo tal como tradicionalmente lo concebimos, incluso ni siquiera implican la creación de un riesgo no permitido⁵⁵;

Y en tercer lugar, existe una flexibilización de ciertas garantías del proceso penal que incluso pueden llegar a ser suprimidas⁵⁶.

Por otra parte, se distingue entre un Derecho Penal del Ciudadano (Bürgerstrafrecht), que se caracteriza por el mantenimiento de la vigencia de la norma⁵⁷, y un Derecho Penal para enemigos (Feindstrafrecht) que se orienta a combatir peligros. De todos modos, esto no debe entenderse como dos esferas aisladas del derecho penal, sino que se trata de dos

⁵⁴ Jakobs, Günther, "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", Trad. Peñaranda, 1985, en "Estudios de Derecho Penal", pp.223 y ss., 298 Ed. Civitas, Madrid,1997. Aunque como da cuenta Silva en "La expansión del derecho penal Aspectos de la política criminal en las sociedades Postindustriales Civitas Madrid 2001 pp.165, el derecho penal del enemigo no es algo nuevo, sino ya muy conocido en el primer tercio del siglo XX; Von Liszt aludía a los enemigos fundamentales En esta obra, el profesor de la Universidad Pompeu Fabra analiza distintos aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, concluyendo que ya no es posible volver al viejo y buen derecho penal de corte liberal. Proponiendo como consecuencia un derecho penal de tres velocidades. En la primera, caracterizada por la imposición de penas privativas de libertad, se mantendrían las garantías, los principios y el modelo clásico de imputación; esto sería el núcleo duro del Derecho Penal, los delitos que tienen asignada del orden social con relación a las medidas de seguridad para hacer frente a los delincuentes imputables peligrosos

⁵⁵ Es el caso de la conducta de pertenencia a banda armada que recoge el Código Penal Español. En la Argentina, esta figura es recogida por el artículo 213 bis del C.P. Nuria Pastor se ha referido a ellos como delitos de estatus, advirtiendo sobre la flexibilización que se viene produciendo respecto del Principio del Hecho. Seminario de la Universitat Pompeu Fabra, 01/2004.

⁵⁶ Jakobs, Günther, "Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo" pp.43 y ss., en Jakobs/Cancio ob., cit. En esta última y reciente contribución (junio de 2003), el profesor de Bonn traza una suerte de paralelismo entre algunas medidas coercitivas propias del proceso penal y la base que fundamenta el Derecho Penal del Enemigo, esto es el tratamiento de la persona como no-persona. Siguiendo ese razonamiento, Jakobs menciona desde la Prisión Preventiva, hasta la extracción compulsiva de sangre, la intervención en las comunicaciones y la utilización de agentes encubiertos, entre otras.

⁵⁷ Sobre la discusión general en cuanto a si el Derecho Penal protege Bienes jurídicos o mantiene la vigencia de la norma, véase la brillante exposición de Santiago Mir Puig, "Valoraciones, normas y antijuridicidad penal", pp.73 y ss. en favor de la primera posición señalada; Libro Homenaje al profesor José Cerezo Mir, Ed. Tecnos, Madrid, 2002.

Ano IV	Volume IV	Nº 8	Janeiro/Junho 2008	Rio de Janeiro	ISSN 1807-1260
--------	-----------	------	--------------------	----------------	----------------

tendencias opuestas en un solo contexto jurídico penal que, además, suelen superponerse y entremezclarse⁵⁸.

Pero debemos adentrarnos en los argumentos filosóficos que permiten concebir la existencia de un enemigo.

La concepción de Rousseau. La posición de ver en el delincuente a un enemigo, bien puede fundamentarse en argumentos de derecho natural de índole contractualista. En este sentido todo delincuente sería enemigo ya que cualquier individuo que ataque el sistema social deja ya de ser miembro del estado porque se haya en guerra con este como pone de manifiesto la pena pronunciada contra él⁵⁹.

Por otra parte, hay posiciones que mantienen la condición de ciudadano para el delincuente, debido a que se trata de un status que no puede ser eliminado por él mismo; Aquí el individuo es reconducido a un estado de naturaleza, es decir de no-persona, cuando el hecho cometido es de alta traición, puesto que cuando se trata de una rebelión, existe una rescisión del contrato de sumisión⁶⁰.

Quien representa una amenaza permanente para mi persona, también puede ser tratado como enemigo y en consecuencia obligado a alejarse; aunque también sería legítimo obligarlo a colocarse junto a mí, en un estado legal⁶¹. En este sentido sería correcto dejar de tratar como persona a quienes suponen una amenaza, aunque no debe dejar de considerarse la dignidad como ser humano⁶².

⁵⁸ Jakobs, Günther, "Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Emenigo", pp.23 y 33, en Jakobs/Cancio, ob, cit

⁵⁹ Rousseau, Jean-Jacques, "El Contrato Social", pp.51. Trad. Marcela Calabia, Ed. Ciudad Argentina, Bs. As. 1999, señala "...todo malhechor, al atacar el Derecho social, se convierte por sus delitos en rebelde y en traidor a la patria, deja de ser miembro de ella al violar sus leyes y hasta le hace la guerra. Entonces, la conservación del Estado es incompatible con la suya; es preciso que uno de los dos perezca, y cuando se hace morir al culpable, es más como enemigo que como ciudadano.

⁶⁰ Hobbes, Thomas, "LeviatánII" Capítulo XXXII, pp.269. Trad. Antonio Escototado. Ed. Losada, Buenos Aires, 2003, sostiene: "...si un súbdito niega la autoridad del representante de la república de hecho, de palabra, a conciencia y deliberadamente (sea cual fuere la pena ordenada previamente para la traición), debe legítimamente hacersele sufrir lo que el representante quiera. Pues negando el sometimiento niega el castigo ordenado por la ley; y, por tanto, sufre como un enemigo de la república, esto es, según la voluntad de su representante. Porque los castigos enunciados en la ley se refieren a los súbditos, no a los enemigos, como son quienes tras haber sido súbditos por su propio acto se revelan deliberadamente y niegan el poder soberano."

⁶¹ Kant, Immanuel, "La Paz Perpetua", pp.30. Trad. Susana Aguiar; Ed. Longseller, Buenos Aires, julio de 2001

⁶² Monseñor Oswaldo Neves de Almeida (Oficial de la Segunda Sección de la Secretaria de Estado - Sección para las Relaciones con los Estados, de la Santa Sede.) expuso en la Universidad Austral Argentina en el seminario El uso de la fuerza a la luz del respeto y de la protección de los Derechos Humanos -Intervención humanitaria y terrorismo- 3 de julio de 2006 sobre los documentos fundamentales que abajo se mencionan fijo el concepto " La Santa Sede apoya y suscribe la concepción del derecho internacional como un derecho cuya centralidad y sujetos últimos son las personas; Y persona humana como individuo es el respeto de su dignidad, esa es la norma material del Derecho Humano porque viene de Dios que es la causa de la vida social. Su origen, conservación desarrollo y perfección

Ano IV	Volume IV	Nº 8	Janeiro/Junho 2008	Rio de Janeiro	ISSN 1807-1260
--------	-----------	------	--------------------	----------------	----------------

La dignidad humana como génesis de los derechos humanos

La dignidad humana es el origen de los derechos humanos. “El hombre no puede, incluso por elección libre, renunciar a ser tratado según su naturaleza”. Por ser intrínseca de la persona, sus derechos son inalienables tal como se lo reconoce en los instrumentos internacionales⁶³, por cuanto es de ella que se desprenden, derivan o emanan los derechos humanos⁶⁴.

La dignidad, al igual que la integridad del hombre, no admite ningún distingo entre los derechos que derivan de ella porque, al dividirlos se corre el riesgo de desgarrarlos. Sólo puede hacerse, eventualmente, bajo la condición de advertir que es para exposición docente o comprensiva de ellos.

La atención internacional apareció con anterioridad a la de los derechos civiles y políticos, por el año 1919 en el Tratado de Versalles que creó la Organización Internacional del Trabajo (OIT), previa a la Declaración Universal que realizó un corpus iuris de la justicia económico social⁶⁵.

de la persona humana tiene su fundamento en la dignidad que es la conexión con Dios. Atacarla es destruir la obra que se intenta construir (del mensaje radial de Pio XII 1942).

“A partir de la 5ª Conferencia de Comercio y antes en Cancún La dignidad de la persona es un centro de la concepción pero se pregunta si puede variar según la cultura.

“Pero, la formación de los Tratados no tienen una norma superior De jure condonado. La reforma de las Naciones Unidas como estados soberanos para la protección de las personas es un objetivo histórico no cumplido, porque- el art. 7 del Estatuto de la ONU- cuando se produce una diferencia entre graves atentados a los derechos humanos y la preservación de la paz priva esta última”

Documentos fundamentales del seminario que avalan la doctrina de la Santa Sede.

- 1881, 1902, 1929, 1930;

-Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia (CDS), NN. 153-159 y 433-439;

-S.E. Mons. Lajolo, The Holy See, Première Session du Conseil des Droits de l'Homme, Genève, 20 juin 2006;

-S.E. Cardenal Jean-Louis Tauran, La Presenza della Santa Sede negli Organismi Internazionali, (Lectio Magistralis) Milano, 22 de abril de 2002;

-Note of the Holy See in Preparation of the V Ministerial Conference in Cancún, Cancún, México, 10 septiembre 2003;

-S.E. Mons. Giovanni Lajolo, Secretario para las Relaciones con los Estados, Discurso de a la 59.ma Sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 1 de octubre de 2004;

-Rev. Mons. Pietro Parolin, Subsecretario para las Relaciones con los Estados, Presentación del libro del Diccionario de Diplomacia y Relaciones Internacionales (Dr. Octavio G. Vizcarra Pacheco), Roma, 27 de mayo de 2005;

-S.E. Cardenal Angelo Sodano, Secretario de Estado de la Santa Sede, Discurso a la 60.ma sesión de la Asamblea General de las N.U., 16 de septiembre de 2005.

⁶³ Leon XIII Rerum Novarum, 25 “el hombre no puede, incluso por elección libre, renunciar a ser tratado según su naturaleza” y Corte Europea de Derechos Humanos en De Wilde, Ooms y Versyp. (Vagabundo) “una detención puede violar el art. 5 (Convención Europea) aún cuando el individuo del que se trate la hubiera aceptado”. Sent del 18-6-1971 Seria A nro.12, párr. 65 V del texto correspondiente a la nr 133 sub e.

⁶⁴ Rolando E. Gialdino Dignidad Humana y Derechos Humanos. Estudios en Investigaciones de Derecho Comparado Revista de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina Nro 2/3-2002 pag. 549 Cap. V.

⁶⁵ Sanè Pierre “Droite Inés, droite inalienables” en la Déclaration universelle des droits de l'homme. Avenir d'l un idéal común (Actas del coloquio del 14/16 DE Setiembre de 1998 en la Sorbona, Paris. La documentation Francaise, 1999, p. 65.V.la n.77.

Ano IV	Volume IV	Nº 8	Janeiro/Junho 2008	Rio de Janeiro	ISSN 1807-1260
--------	-----------	------	--------------------	----------------	----------------

El primer texto internacional que hizo mención de la dignidad humana estaba relacionado con los derechos sociales: la *Declaración de Filadelfia*, adoptada por unanimidad el 17 de mayo de 1944, relativa a la OIT.

La confrontación ideológica de la “guerra fría”, llevó a que la idea originaria de adoptar un solo instrumento reafirmado por la Asamblea General de la ONU para 1950, se perdiera definitivamente cuando ésta última, en 1952, giró hacia el cuadrante opuesto. Así vieron la luz en 1955, no uno sino dos pactos: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Con todo, en cuanto a su indivisibilidad establecieron en sus preámbulos el reconocimiento de que una categoría de derechos no es realizable sin la realización de otra (v. esp. II)⁶⁶.

Los Tratados sobre Derechos Humanos y las Constituciones de los Estados⁶⁷ parten de la premisa que los derechos que enuncian son anteriores a la organización política y social derivados de un orden de jerarquía superior a los instrumentos del derecho Internacional que señalaron los deberes de la persona en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DA) y la Declaración Universal de Derechos Humanos (DU) de 1948, dando lugar a un amplio abanico de derechos humanos que reconocen la dignidad del hombre como *principia máxima*.

El Preámbulo de la Convención Americana (VI) no sólo reiteró el “reconocimiento” de los derechos económicos sociales y culturales, sino también los contuvo en el art. 26 del que se deriva el derecho a un nivel de vida adecuado, con especial referencia a los derechos a la vivienda y a la alimentación adecuada⁶⁸

⁶⁶ V. Gialdino Rolando E, “Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, su respeto, protección y realización en el plano internacional, regional y nacional”, en investigaciones t. (1999) pp.362/366.

⁶⁷ La Suprema Corte de Uruguay a adherido plenamente a esta premisa “La Constitución “no hizo más que consagrar – en su momento- la filosofía jusnaturalista, con la cual se admite la existencia de derechos del hombre que son anteriores y superiores al Estado del que forma parte” sentencia nro 139,5-5-1997 en Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Política , 1997/1998 t. XIV, nros. 79-84, pp. 196/197 c/nota de Estena Gallicchio, Eduardo pp. 222/223

⁶⁸V.Gialdino Rolando E. El derecho a un nivel de vida adecuado, en el plano internacional e interamericano con especial referencia a los derechos a la vivienda y a la alimentación adecuada. Su significación y contenido. Los sistemas de protección” en Investigaciones 3 (2000) p. 862 y ss.

Ano IV	Volume IV	Nº 8	Janeiro/Junho 2008	Rio de Janeiro	ISSN 1807-1260
--------	-----------	------	--------------------	----------------	----------------

La Corte Interamericana de Derechos Humanos da el ejemplo de cómo la dignidad humana es elemento superior de la distinción de las categorías en las palabras de los fallos que “El derecho fundamental a la vida comprende no sólo el derecho de todo ser humano a no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna...” in re Villagrán Morales y otros (caso de los niños de la calle) señalan los votos de los jueces A. A. Cancado Trindade y A. Abreu Burelli: “La privación arbitraria de la vida no se limita, pues, al delito de homicidio, se extiende igualmente a la privación del derecho de vivir con dignidad...”

Mientras la libertad engendra el deber de reconocer la libertad del otro, el reconocimiento de la dignidad del otro es mucho más exigente, y conduce a los deberes, tanto de parte del Estado, como del individuo⁶⁹.

Para la interpretación de los Derechos Humanos y de los destinatarios de estas normas internacionales nos instruyen los preámbulos de los dos instrumentos citados así como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos(CA). Sobrevuela la convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que dicta la norma sobre la interpretación de buena fe conforme al sentido corriente que haya que atribuirse a sus términos “en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin (art. 31.1 y 31.2)” incluso el preámbulo de un tratado contribuye con la interpretación porque expresa los motivos que condujeron a la elaboración del instrumento en la medida que haga referencia a los documentos anteriores.

El reconocimiento de la dignidad y fraternidad humanas, la libertad y la justicia a escala Universal es reconocida por el Papa Juan XXIII en *Pacem in Terris*, IV y la reafirma “*Ojalá venga cuanto antes el tiempo en que esta Organización (ONU) pueda garantizar eficazmente los derechos del hombre, derechos que, por brotar inmediatamente de la dignidad de la persona humana son universales, inviolables e inalienables*”.

⁶⁹Montano Gómez Pedro J. # La dignidad humana como bien jurídico tutelado por el derecho penal{3, en Revista de derecho (Universidad de Montevideo) t. 2003 nro. 3 p. 47.

Ano IV	Volume IV	Nº 8	Janeiro/Junho 2008	Rio de Janeiro	ISSN 1807-1260
--------	-----------	------	--------------------	----------------	----------------

Sin pretensiones de exhaustividad, la Convención Interamericana para prevenir y Sancionar la Tortura (IV) y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (III) se refieren a la dignidad. La Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos habla del “derecho al respeto de la dignidad inherente a la persona humana” (art. 5). La Convención Americana de Derechos Humanos y la Declaración Universal hablan de dignidad y derechos.

Los informes de los Estados y la jurisprudencia

Los órganos encargados de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) señalan para conocer el ejercicio de los Derechos Humanos, los informes de los Estados y la jurisprudencia.

La Corte Suprema de Canadá afirmó que el objeto de los derechos a la igualdad (art. 15.1 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades), es impedir menoscabos a la dignidad y a la libertad humana esenciales por medio de la imposición, -l nter Alia -, de estereotipos o de prejuicios políticos y sociales”. Siguen la misma línea la Corte Constitucional de Sudáfrica⁷⁰ y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁷¹.

La dignidad frente al poder de los estados, en palabras de la Corte Constitucional de Colombia, permite a los pobres acceder al estado sin intermediarios actuando ante las autoridades públicas en condiciones de igualdad para lo que deben tener acceso a toda la información disponible de programas estatales tendientes a la erradicación de la marginación y la pobreza, solicitar la asistencia estatal, recibiendo un trato amable y comprensivo que se adecue a su situación particular de vulnerabilidad social”. La construcción de una cultura estatal de servicio hacia los pobres que haga énfasis en el hecho de que la atención que se presta no constituye un acto de caridad o una graciosa concepción del estado sino la respuesta a derechos específicos de las personas que

⁷⁰ Asunto C – 409/95 Hellmut Marschall c. Land Nordcheta Wostfalen, sent del 11-11-1997 Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia Parte I Tribunal de Justicia 1997 t. II. P.6363, parr.29 “... determinados prejuicios e ideas estereotipadas sobre el papel y las capacidades de la mujer en la vida activa”.

⁷¹ Si bien la Convención Europea de Derechos Humanos no contiene la expresión dignidad humana, ésta, junto con la libertad, son consideradas la “esencia misma” de aquélla- Corte Europea de Derechos Humanos, Pret c. Reino Unido, sent. Del 29-4-2002. Boletín de Jurisprudencia Constitutionalle, 2.I p . 177. ver Resumen del caso en esa revista en la p. 434 de la mujer que quería una muerte digna solicitando autorización para que su marido le pusiera fin a su vida.

Ano IV	Volume IV	Nº 8	Janeiro/Junho 2008	Rio de Janeiro	ISSN 1807-1260
--------	-----------	------	--------------------	----------------	----------------

implican deberes correlativos que el Estado se obliga a cumplir [...] erradicará las prácticas “clientelistas” en las cuales [los] individuos con poder de acceso al Estado ofician de intermediarios de personas que carecen de ese poder, con el fin de obtener la atención o los beneficios a los cuales de otro modo no accederían”⁷².

La Corte Europea de Derechos Humanos sentenció que “violenta la dignidad humana que el hombre sea tratado como un objeto en manos de las autoridades”, “que si bien ello fue acuñado en el contexto del art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos, por el cual nadie podrá ser sometido “a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”, no cabe olvidar que esta Convención debe ser entendida e interpretada como un todo. Los derechos humanos constituyen un sistema integrado tendiente a proteger la dignidad del ser humano”⁷³.

Según las doctrinas de Estrasburgo y la de Karlsruhe “Las fórmulas generales, como la que prevé que los seres humanos no pueden ser profanados al ser tratados por el poder estatal como un simple objeto, establecen las directrices que sirven para determinar los casos en que se da una violación de la dignidad humana”⁷⁴.

En virtud del principio de la dignidad (y libertad) de la persona humana, sostuvo la Corte Suprema de Israel, un individuo que no representa una amenaza para la seguridad nacional no puede ser objeto de una medida de internamiento administrativo para poder ser utilizado como “moneda de cambio” con vistas a obtener el regreso de prisioneros de guerra”⁷⁵.

⁷² Sala III de Revisión, sent. T.-307 del 5—51999 Gaceta de la Corte Constitucional 1999 Bogotá, 2000, t. 4 v.II pag. 743 Un resumen de la sentencia puede verse en la sección Jurisprudencia de Investigaciones de Corte Suprema de la Nación Argentina (2000) p. 425.

⁷³ Refah Partisi (Partido de la Prosperidad) y otros c. Turquía, sent del 3-7-2001 párr. 43. Recuérdese la cita del caso Pretty c. Reino Unido , la Corte Europea de Derechos Humanos sentencia del 29-4-2002 177 ver resumen en Investigaciones CSJN Argentina 2 2002 p. 434. En el caso de la actora, una enferma terminal, impugnaba la prohibición del suicidio asistido imperante en Gran Bretaña. El tribunal sostuvo que la noción de calidad de vida adquiría toda su significación a la luz del art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, y no se podía excluir que el hecho de impedir a la demandante el ejercicio de su opción por evitar aquello que, a sus ojos, constituiría una terminación indigna y penosa de la vida, representaba una injerencia en el derecho al respeto de la vida privada. Empero, la naturaleza general de la prohibición del suicidio asistido no resultaba desproporcionada.

⁷⁴ Corte Constitucional federal de Alemania Sala 2º, sent. Del 15-12-197', en Cincuenta años de jurisprudencia. Sala I sent del 21-6-1977 y 16-7-1969 en nro 22 pps 17, 29 y 35 Un tratamiento médico forzado sobre un paciente despierta en éste el sentimiento de estar librado a la voluntad de terceros y agrede, por ende, la dignidad humana tal como esta regulada en el art. 7 de la Constitución federal – Tribunal Federal de Suiza. P. C. Clinique psychiatrique universitaire de Bâle et Comummission psychiatrique de recours du canton de Bâle. Ville, sent. Del 22-3-2991 Bulletin de jurisprudence constitutionnelle, 2001, I. SUI 003

⁷⁵ Planim c Ministerio de la Seguridad, sent del 14-4-2000 Bulletin de jurisprudence constitutionnelle 2001.I.ISR 008

Ano IV	Volume IV	Nº 8	Janeiro/Junho 2008	Rio de Janeiro	ISSN 1807-1260
--------	-----------	------	--------------------	----------------	----------------

La Corte Constitucional de Lituania consideró que la pena de muerte, por su crueldad, constituye un trato degradante para el condenado y es inconstitucional. Mas consideramos de sumo interés advertir el por qué de dicha crueldad,” esta se manifiesta por el hecho de que dicha pena niega la esencia misma del delincuente en tanto persona humana, el cual es privado de toda dignidad humana al ser tratado “como un simple objeto a ser eliminado de la comunidad”.⁷⁶

La concepción de respeto por la dignidad del individuo.

“La Santa Sede Apostólica apoya y suscribe la concepción del derecho internacional como un derecho cuya centralidad y sujetos últimos son las personas; y persona humana como individuo es el respeto de su dignidad, esa es la norma material del Derecho Humano porque viene de Dios que es la causa de la vida social. Su origen, conservación desarrollo y perfección de la persona humana tiene su fundamento en la dignidad que es la conexión con Dios. Atacarla es destruir la obra que se intenta construir. “(del mensaje radial de Pío XII 1942).

En cambio la doctrina penal del enemigo sostiene que quienes vulneran Derechos Humanos, se comportan sin garantía de ser personas. El responsable de una violación masiva de derechos humanos actúa en estado de naturaleza.⁷⁷

En estos casos, la aplicación de una sanción no apunta al mantenimiento del estado comunitario legal, sino a su mismo establecimiento. Puesto que los hechos son llevados a

⁷⁶Sent.del 9-12—1998 Bulletin de jurisprudence constitutionnelle, 1999, I.UTU 003 Sobre inconstitucionalidad de la pena de muerte v. Tribunal Constitucional de Ucrania, sent del 29-12-1999, en idem 2000 I UKR 003 y el texto correspondiente n 115

⁷⁷ La posición de ver en el delincuente a un enemigo, bien puede fundamentarse en argumentos de Derecho Natural de índole contractualista. En este sentido, en la concepción de Rousseau todo delincuente sería enemigo ya que cualquier individuo que ataque el sistema social deja ya de ser miembro del Estado, porque se halla en guerra con este como pone de manifiesto la pena pronunciada contra él Rousseau, Jean-Jacques, “El Contrato Social”, pp.51. Trad. Marcela Calabia, Ed. Ciudad Argentina, Bs. As. 1999, señala “...todo malhechor, al atacar el Derecho social, se convierte por sus delitos en rebelde y en traidor a la patria, deja de ser miembro de ella al violar sus leyes y hasta le hace la guerra. Entonces, la conservación del Estado es incompatible con la suya; es preciso que uno de los dos perezca, y cuando se hace morir al culpable, es más como enemigo que como ciudadano”. Jakobs también recurre (junto a Rousseau) a Fichte para quien también todo delincuente sería enemigo. Sobre éste último véase Hegel, Georg Wilhem Fiedrich, “Diferencia entre los sistemas de filosofía de Fichte y Schelling”, pp.98/99. Trad. María del Carmen Paredes Martín, Ed. Tecnos, Madrid, 1990. En este escrito, con el que Hegel inicia aproximadamente en 1801 su carrera filosófica también se observan lineamientos que pueden haber servido para fundamentar un derecho penal para enemigos. “...Asimismo, en este Estado de necesidad sabe que su fin es impedir las transgresiones de sus ciudadanos mas que penalizarlas cuando ya han sido cometidas. Por tanto no solo debe prohibir mediante el castigo la trasgresión real, sino también prevenir la posibilidad de una trasgresión, impedir en relación con el fin último las acciones que en sí y por sí no perjudican a nadie y parecen completamente indiferentes, pero que hacen más fácil el daño a otros y dificultan la protección de los mismos o el descubrimiento de los culpables.”

Ano IV	Volume IV	Nº 8	Janeiro/Junho 2008	Rio de Janeiro	ISSN 1807-1260
--------	-----------	------	--------------------	----------------	----------------

cabo en un inexistente estado de derecho. Esta razón es la que permitiría hacer todo lo que sea necesario para asegurar ese ámbito comunitario legal.

Günther Jakobs planteó la dicotomía “derecho penal del ciudadano versus derecho penal del enemigo”, al entender los límites de la actividad punitiva estatal como ataduras que “son constitutivas para el estado de libertades; quien las desata, abandona tal modelo de estado. La existencia de un derecho penal de enemigos no es signo, por tanto de la fortaleza del estado de libertades, sino un signo de que en esa medida simplemente no existe (...) el derecho penal de enemigos sólo se puede legitimar como un derecho penal de emergencia que rige excepcionalmente. Los preceptos penales a él correspondientes tienen por ello que ser separados estrictamente del derecho penal de ciudadanos, preferiblemente también en su presentación externa”.⁷⁸

En trabajos posteriores explicitó la categoría del derecho penal de enemigos, propia de una guerra abierta contra la delincuencia donde –como en toda guerra- vale toda suerte de abusos y extralimitaciones con tal de obtener la victoria.

Así, en la ponencia intitulada La Ciencia del Derecho penal ante las Exigencias del Presente, Jakobs afirma que “el que pretende ser tratado como persona debe dar a cambio una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como persona. Si no existe esa garantía o incluso es negada expresamente, el derecho penal pasa de ser una reacción de la sociedad ante el hecho de uno de sus miembros a ser una reacción contra un enemigo”. Agrega que se trata también de una defensa frente a agresiones futuras⁷⁹

Doctrina de la tercera vía del derecho penal. Pero frente a esta doctrina autoritaria se levanta la doctrina de la tercera vía del derecho penal que, sin desconocer la proliferación de riesgos de la sociedad postindustrial de origen humano con una especial angustia, se

⁷⁸ Ernesto Garzón Valdéz, *El velo de la ilusión. Apuntes sobre una vida argentina y su realidad política*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2000, p. 266, donde cita textualmente el siguiente párrafo de CARL SCHMITT, *Die geistgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, p. 13 y ss.: “Toda democracia se basa en el hecho de que no sólo lo igual tiene que ser tratado igual sino que necesariamente lo desigual no ha de ser tratado igual. A la democracia pertenece necesariamente, primero, la homogeneidad y, segundo –en caso necesario-, la exclusión o destrucción de lo heterogéneo [...] La fuerza política de una democracia se muestra en su capacidad para eliminar o alejar lo extraño y lo desigual”.

⁷⁹ Jakobs, Günther, *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, ponencia presentada al Congreso de los penalistas alemanes celebrado en Frankfurt a. M., en mayo de 1985, en “Fundamentos del Derecho Penal”, traducción de Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos, Ad- Hoc, Buenos Aires, 1996, pp. 237 y 238.

Ano IV	Volume IV	Nº 8	Janeiro/Junho 2008	Rio de Janeiro	ISSN 1807-1260
--------	-----------	------	--------------------	----------------	----------------

ha producido un cambio en la representación del derecho penal a quien ahora se dirigen centradas demandas de seguridad. A la que no son ajenos la “cultura de la víctima” y los medios de comunicación potenciados por la globalización y la integración supranacional que trata de combatir la delincuencia organizada y de contenido económico y ello debe hacerse además con la diversidad de condiciones de partida que ofrece la coartada perfecta para la expansión del derecho penal.

Crítica a la Doctrina de enemigo. Tales conceptos han sido interpretados por Muñoz Conde en el sentido de que sobre la confirmación de la identidad normativa de la sociedad predomina la necesidad de la seguridad cognitiva y de que al enemigo se lo entiende como no persona. Esto último ha merecido su certera crítica: **en un Estado de Derecho respetuoso de la dignidad humana nadie – ni siquiera el “enemigo” – puede ser definido como “no persona”**.⁸⁰

Jakobs sostiene que las particularidades que exhibe el derecho penal de enemigos son: 1) el adelantamiento de la punibilidad que amplía las posibilidades de castigar comportamientos muy alejados de la lesión de un bien jurídico, cambiando la perspectiva del hecho pasado a uno que se va a producir en el futuro; 2) la falta de una reducción de la pena proporcional a dicha ampliación de la esfera de punibilidad; 3) el paso de la legislación de derecho penal a la legislación de la lucha para combatir la delincuencia económica, terrorista, organizada, etc.; 4) la supresión o el debilitamiento de las garantías procesales, donde la incomunicación del procesado es actualmente el ejemplo clásico.

Agrega el profesor alemán que con tal lenguaje –anticipación de la punibilidad, combate con penas draconianas, restricción de las garantías procesales- “el Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos”⁸¹.

⁸⁰ Muñoz Conde Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo, Ed. Tirant lo Blanch Valencia 2000, p. 118. Muñoz Conde, El nuevo Derecho Penal autoritario [El derecho ante la globalización y el terrorismo : "Cedant arma togae" : actas del Coloquio Internacional Humboldt, Montevideo abril 2003](#) / coord. por [Mario G. Losano](#), [Francisco José Muñoz Conde](#), 2004, ISBN 84-8456-052-X , pags. 161-184

⁸¹ Jakobs La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente, pp. 31 y 32. Jakobs Günther Manuel Cancio Melià Derecho penal del enemigo Hammurabi. 2005 Bs. As. Argentina

Ano IV	Volume IV	Nº 8	Janeiro/Junho 2008	Rio de Janeiro	ISSN 1807-1260
--------	-----------	------	--------------------	----------------	----------------

El enemigo es un individuo que, no sólo de manera incidental, sino en forma presuntamente duradera, en su comportamiento (delincuencia sexual), en su ocupación profesional (delincuencia económica, tráfico de drogas), o, principalmente, a través de su vinculación a una organización (terrorismo, delincuencia organizada), ha abandonado el derecho y no garantiza el mínimo de seguridad cognitiva de un comportamiento como persona.

Silva Sánchez se plantea la pregunta de «si puede admitirse una “tercera velocidad” del derecho penal, en la que el derecho penal de la cárcel concorra con una amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales».⁸²

Responde que ello existe ya, en amplia medida, en el derecho penal socio-económico, y que su ámbito debe reconducirse ya a la primera, ya a la segunda velocidad de esta tercera vía.

Insiste en preguntarse si esto significa que no debe quedar espacio alguno para un derecho penal de tercera velocidad. Responde que ello es ya más discutible si se considera la existencia de fenómenos como la delincuencia patrimonial profesional, la delincuencia sexual violenta y reiterada, o la criminalidad organizada y el terrorismo, que amenazan con socavar los fundamentos últimos de la sociedad constituida como estado, donde cabría hablar, en términos de Jakobs, de un “derecho penal del enemigo” - caracterizado por el abandono duradero del derecho- o de un “derecho de guerra” () como instrumento de abordaje de hechos “de emergencia”, en el que la sociedad, ante la gravedad de la situación excepcional de conflicto, renuncia de modo cualificado a soportar los costes de la libertad de acción.

La discusión fundamental versa sobre la legitimidad del “derecho penal de la tercera velocidad”, que habría de basarse en consideraciones de absoluta necesidad, subsidiariedad y eficacia. Agrega a continuación: «Pero queda en pie la cuestión conceptual de si, entonces, el derecho penal del enemigo sigue siendo “derecho” o es ya, por el contrario, un “no derecho”, una pura reacción defensiva de hecho frente a sujetos “excluidos”

⁸² Silva Sánchez *La expansión del Derecho Penal.*, 2ª edición, revisada y ampliada, Civitas, Madrid, 2001, pp. 163 a 167.

Ano IV	Volume IV	Nº 8	Janeiro/Junho 2008	Rio de Janeiro	ISSN 1807-1260
--------	-----------	------	--------------------	----------------	----------------

Sostiene que la justificación del derecho penal de la tercera velocidad -ensayada por algunos en el sentido que se trataría de un “mal menor” frente a fenómenos excepcionalmente graves que no ofrezcan peligro de contaminar al derecho penal “de la normalidad”- obliga a una revisión permanente e intensa de la concurrencia de los presupuestos de regulación de esa índole.

Concluye: «...en mi opinión eso no está sucediendo, sino que los estados, por el contrario, van acogiendo con comodidad la lógica, que Moccia criticara con agudeza, de la “perenne emergencia”. A la vista de dicha tendencia, no creo que sea del todo aventurado pronosticar que el círculo del derecho penal de los “enemigos” tenderá, ilegítimamente, a estabilizarse y a crecer»

Sin embargo, no cejamos en esperanzarnos en que se concierte entre las naciones esta concepción del derecho internacional como un derecho cuyos sujetos últimos son las personas individuales, aun cuando la dignidad de la persona que es el centro de la concepción aún cuando pueda variar según la cultura.

El derecho de resistencia a las fuerzas de la opresión, no es no fuerza sino el principio general de que el fin no justifica los medios cuando está de por medio la vida de las personas.

La lucha contra el terrorismo

A la luz de doctrinas de ley y orden o de defensa social, se viene dando todo un proceso involutivo-autoritario en el sistema penal; dentro del cual, el terrorismo juega un papel justificador de la reacción estatal, reforzada por la actitud de la opinión pública especialmente sensibilizada y emocional frente a éste tipo de delincuencia.

La delimitación conceptual del delito de terrorismo

Con este fin, se deslinda la delincuencia política de la terrorista. En cuanto a la primera “en los países en donde rige el estado de derecho, el delito político puro, en sentido objetivo,

Ano IV	Volume IV	Nº 8	Janeiro/Junho 2008	Rio de Janeiro	ISSN 1807-1260
--------	-----------	------	--------------------	----------------	----------------

no existe. En la medida que se permite el disenso político y su representación efectiva, todo tipo de violencia política carece de legitimidad".⁸³

La convocada Convención Global de Lucha contra el Terrorismo es una posibilidad abierta a una concertación para definir qué es el terrorismo, cuáles personas pueden ser calificadas de ser terroristas por sus acciones u omisiones y preguntarse quienes actúan en la preservación del tejido social. Por ejemplo, ¿el ocupante de tierras palestinas lo es? La Autoridad Palestina o el Movimiento de Liberación, ¿es o no terrorista?

A pesar de la evidente connotación política del terrorismo, no es posible equiparlo con el delito político, por dos razones fundamentales: a) "el carácter atroz de los medios empleados deslegitima el uso de la violencia terrorista"⁸⁴ y b) el proceso de descriminalización del delito político y su subsunción en el delito de terrorismo, tendencia observable en las actuales legislaciones europeas.

Desde el punto de vista de la crítica criminológica se intenta develar qué hay detrás de la legislación excepcional antiterrorista de los países que conforman el Consejo de Europa este endurecimiento del control social se le atribuye a la crisis en el Estado de derecho burgués, poniendo en evidencia las transformaciones ideológicas que en dicho modelo jurídico introduce.

Transformaciones que conciernen dos aspectos, principalmente: a) el político-representativo, en cuanto el paso del estado liberal al estado social produce un correlativo desplazamiento del centro de decisión política del parlamento a la administración⁸⁵.

⁸³José Ramón Serrano-Piedecabras. Edit. P.P.U. Barcelona 1988 p.154

profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca La obra ha sido publicada en la colección Sociedad-Estado, que dirige el profesor Roberto Bergalli año1989 Es él precisamente, quien presenta la obra, en una interesante nota "Emergencia una cultura específica". Sobre la legislación española sobre terrorismo Cita Bibliografía Ver entre otros: Lamarca Pérez, Carmen, Tratamiento Jurídico (del terrorismo, colección Temas Penales, serie A 3. Madrid 1985; Terradillos Basoco, Juan, Terrorismo y derecho, Tecnos. Madrid 1988; Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y Serrano-Piedecabras, José Ramón, Reflexiones político-criminales sobre terrorismo, in Revista de derecho penal y criminología, Universidad Externado de Colombia, librería del profesional 1988, p. 132 y ss; Arroyo Zapatero, Luis, Terrorismo Sistema penal, in Reforma política y derecho, Madrid 1985, p. 43 y ss; Gómez Benitez, José Manuel, Crítica a la política penal de orden público, in Cuadernos de política criminal 16, Edersa Madrid 1982, p. 68 y ss; Alvarez, F.J. y Cobos M.A, legislación antiterrorista: una huida hacia el derecho penal, in Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid 1983, p. 151 y ss. etc.

⁸⁴José Ramón Serrano-Piedecabras, ibidem p. 175.

⁸⁵ La bibliografía sobre el Estado social es también muy extensa, para éste trabajo son esenciales; De Cabo Martín Carlos, Crisis del Estado social, Edit. P.P.U. Barcelona 1986, Habermas Jürgen, Problemas de legitimación en el capitalismo tardío, Edit. Amorrortu, Buenos Aires 1975; Poulantzas Nikos, Las clases sociales y el capitalismo maduro, Edit. Siglo XXI, Madrid. También de este autor, Poder político y clases sociales en el Estado capitalista, Edit. Siglo XXI, Madrid 1978; García Méndez Emilio, Autoritarismo y Control social (Argentina-Uruguay-Chile), Edit. Hamurabi, Buenos Aires 1987.

Ano IV	Volume IV	Nº 8	Janeiro/Junho 2008	Rio de Janeiro	ISSN 1807-1260
--------	-----------	------	--------------------	----------------	----------------

Por la índole de los conflictos sociales a que se enfrenta, el estado social-intervencionista se ve precisado a centralizar y tecnificar las decisiones en la administración. Predominio del ejecutivo que se acentúa a medida que la crisis se generaliza. Y b) En el plano jurídico, examina Serrano-Piedecabras desde el punto de vista del control social, las implicaciones ideológicas de la crisis en el sistema penal "...La violencia política, incluyendo dentro de ella las manifestaciones terroristas, es una consecuencia del desajuste en el sistema económico y político y no la causa del mismo" Critica la solución penal endurecida por el agravamiento de sanciones penales y advierte sobre el "abuso propagandístico de la norma penal" así como critica el llamado "derecho premial", otro mecanismo legislativo por generar intromisiones policiales intolerables en el proceso penal y advierte que la solución está en los cambios en la estructura socioeconómica del estado que debe suprimir las causas materiales de la desigualdad y de esta forma deslegitimar el uso de la violencia.

El agravamiento de las sanciones penales no cumple ningún propósito desde el punto de vista de los fines de la pena. Porque el fin preventivo-general se cumple debidamente con la norma ordinaria y que tal "plus agravatorio" sólo encontraría su razón de ser en el cumplimiento de una función simbólica.

Este endurecimiento aparece en Latino América y se ha desarrollado en la "**cultura de la emergencia**". Al amparo de la emergencia, las justas reclamaciones populares de mayor seguridad han rechazado las modificaciones al Código Penal garantistas y han tenido como respuesta: de una parte, la expedición de estatutos autoritarios en los códigos penales de emergencias. A partir de los atentados del 11 de septiembre de 2001, en Estados Unidos y Europa se han sancionado leyes que agrandan el papel de la policía y reducen libertades civiles. Hoy estamos viendo esa tendencia en la demanda de la sociedad por un derecho penal más duro, y menos garantías para los ciudadanos en los procesos penales. Es que, cuanto más duro sea el derecho penal que legitime la coacción del estado, este será más autoritario y el sistema irá encogiendo las garantías, de suerte que corremos todos, aún los inocentes, el riesgo de ser extinguidos como enemigos para curar en salud a la sociedad. La consecuencia es una declinación de la garantía que consiguió la Ilustración que es el de la sociedad de bienestar del liberalismo,

Ano IV	Volume IV	Nº 8	Janeiro/Junho 2008	Rio de Janeiro	ISSN 1807-1260
--------	-----------	------	--------------------	----------------	----------------

aseguramiento de la libertad por el principio de inocencia que reza “mas vale un inocente fuera de la cárcel que diez culpables dentro” se va transformando en la expedición de estatutos autoritarios, los "códigos penales de la emergencia"⁸⁶, que desconocen los más elementales principios garantistas, empezando por el de legalidad.

Y de otra parte, la aparición de formas de control social mucho más duras, el control "subterráneo" entre ellas⁸⁷.

La actuación brutal y directa de grupos armados paralelos, con la anuencia activa o pasiva de fuerzas gubernamentales, nos ha sumido en el trágico espectro de la guerra sucia, “calificada por medios periodísticos internacionales como la peor del mundo”⁸⁸ esto es *terrorismo de estado* considerado un crimen de lesa humanidad.⁸⁹ “Por ello debemos reclamar, con insistencia, que la protección de los derechos humanos sea prioritaria para que se constituya, de esta forma, en una barrera infranqueable al poder punitivo del Estado”.⁹⁰

Al igual que muchos, sabemos que el derecho penal actúa después que suceden los hechos, su fin es disuadir y socializar, pero la pena no resuelve todos los conflictos.

En todo caso, creemos que lo principal es intentar volver a un estado de derecho, reforzarlo, contener el estado policial, buscar el equilibrio de intereses en esa pulsión entre la sociedad y el individuo. Y no caer en el delirio de ver un enemigo en cada ser humano, especialmente no caer en el desequilibrio del penalista omnipotente que cree que todo puede ser resuelto por el derecho penal.

⁸⁶ Velásquez Velásquez Fernando. Consideraciones críticas en torno al estatuto para la defensa de la democracia, in Revista Nuevo Foro Penal, No 40, Bogotá 1988, p. 211 y ss.

⁸⁷ Aniyar de C. Lolita. Derechos humanos, modelo integral de la ciencia penal y sistema penal subterráneo, in Revista de abogados penalistas de Valle, No 13 1985, p. 308 y ss.

⁸⁸ Periódico El País, Madrid, 13.03.89.

⁸⁹ Leyes del perdón: inconstitucionalidad de las leyes 23492 -de Punto Final- y 23521 -de Obediencia Debida-. VALIDEZ de la Ley 25779. Potestad de dictar amnistías generales. Limitación impuesta por el Derecho Internacional. Aplicación de la jurisprudencia sentada por la Corte Interamericana en el caso "Barrios Altos".S. 1767. XXXVIII. "Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. —causa N° 17.768—" – CSJN – 14/06/2005.

⁹⁰ Ver, Bergalli Roberto, Poder político y derechos humanos en América Latina, Ejemplar dactilografiado, Ponencia presentada al décimo congreso Internacional de Criminología, Hamburgo 1988, p.9; Fernández Carrasquilla Juan, Los derechos humanos como barrera infranqueable y criterio autoregulator del poder punitivo, in Revista Nuevo Foro penal, 39 Edit. Temis Bogotá 1987.

Ano IV	Volume IV	Nº 8	Janeiro/Junho 2008	Rio de Janeiro	ISSN 1807-1260
--------	-----------	------	--------------------	----------------	----------------

“El poder punitivo puede resolver muy pocas cosas. Tal vez pueda brindar alguna tranquilidad a través de suspender algún conflicto. Pero nada más”⁹¹.

BIBLIOGRAFIA

BERGALLI, Roberto. Poder político y derechos humanos en América Latina. Ejemplar dactilografiado, Ponencia presentada al décimo Congreso Internacional de Criminología, Hamburgo 1988, p.9.

Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas. Aprobado en Nueva York el 15 de diciembre de 1997. Entró en vigor el 23 de mayo de 2001 Situación: 153 partes.

DE CABO, Martín Carlos. Crisis del Estado social, Edit. P.P.U. Barcelona 1986, George W. Bush. Discurso ante la Asamblea General de Naciones Unidas el 12 de Septiembre de 2002.

BUSH, George W. Discurso a la Nación del día 20 de Septiembre del 2001. The Washington Post del 20 de Septiembre de 2001.

HABERMAS, Jurgen. Problemas de legitimación en el capitalismo tardío, Edit. Amorrortu, Buenos Aires 1975;

HOBBS, Thomas. “Leviatán”. Trad. Antonio Escotado. Ed. Losada, Buenos Aires, 2003.

⁹¹www.derechopenalonline.com Eugenio Raúl Zaffaroni "La función reductora del derecho penal ante un estado de derecho amenazado (o la lógica del carnicero responsable)" Conferencia dictada en el XIII Congreso Latinoamericano, V Iberoamericano y Iº del Mercosur de Derecho Penal y Criminología. Guarujá, Brasil, 16 de septiembre de 2001. Publicado en "Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?" Nº 3, Fabián J. Di Plácido Editor, Bs. As., 2003 palabras finales.