

**LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO Y LOS DERECHOS
DEL SOSPECHOSO: EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES¹**

LAURENT MOREILLON Y FRÉDÉRIQUE DE COURTEN

SUMARIO: **I.** Introducción. **II.** Terrorismo: ¿hacia una definición única? **III.** Derechos fundamentales contra la lucha contra el terrorismo. **IV.** Posición del Consejo de Europa, de la Unión Europea y de la Corte Europea de Derechos Humanos. 1. Consejo de Europa. 2. Unión Europea. 3. Corte Europea de Derechos Humanos. **V.** Lucha contra las violaciones procesales. 1. Seguridad contra respeto de la integridad corporal. 2. Seguridad contra el respeto de la integridad síquica. 3. Seguridad contra el respeto de la vida privada. 4. Seguridad contra el respeto de la presunción de inocencia. 5. Seguridad contra respeto de los indicios de sospecha concreta. 6. Seguridad contra el respeto de los principios de la detención provisional. 7. Seguridad contra el respeto del control jurisdiccional de la detención. 8. Seguridad contra el principio del proceso contradictorio 9. Seguridad contra las condiciones de la extradición. **VI.** Conclusión.

¹ «La lutte contre le terrorisme et les droits du suspect: le principe de sécurité à l'épreuve des droits fondamentaux». *Revue Pénal Suisse*, 121, 2003, pp. 117-140.

I. INTRODUCCIÓN

El terrorismo es un flagelo internacional. Desestabiliza la sociedad, las instituciones y población. La lucha antiterrorista debe ser apropiada al fenómeno. ¿Esta lucha justifica la limitación o la supresión de ciertos derechos fundamentales de la persona sospechosa?

La cuestión de los derechos del hombre a prueba de la lucha contra el terrorismo es delicada, pues confronta dos intereses. Por un lado, la obligación de los Estados de asegurar la protección de los individuos bajo su jurisdicción contra los atentados terroristas;² por otro, el respeto de los derechos fundamentales de los individuos sobre los cuales recaen las sospechas.

II. TERRORISMO: ¿HACIA UNA DEFINICIÓN ÚNICA?

Basta leer las definiciones de terrorismo propuestas por las resoluciones o convenciones internacionales o por el derecho penal interno para apreciar la diversidad de abordar el tema. En primer lugar, las resoluciones de la Organización de las Naciones Unidas. De 1999 a 2001, el Consejo de Seguridad ha adoptado cuatro resoluciones en la materia de lucha contra el terrorismo. Estos textos señalan en grandes líneas los principios directores de la lucha a nivel mundial, trátase de la protección de los individuos, de los Estados, de descubrir redes o de prevenir el financiamiento de acciones terroristas. Estos textos no dan definición precisa de terrorismo.

En segundo lugar, el derecho de la Unión Europea. La noción ha sido objeto, en particular, de una decisión-cuadro del Consejo del 13 de junio de 2002.³ Ahí se define la infracción terrorista como todo acto intencional que, por su naturaleza o contexto, puede causar grave perjuicio a un país o a una organización internacional cuando su autor lo comete con el fin de «[...] intimidar gravemente la población, coaccionar indebidamente los po-

2 Resoluciones 1269 del 19 de octubre de 1999, 1368 (2001) del 12 de septiembre de 2001, 1373 (2001) del 28 de septiembre de 2001 y 1377 (2001) del 22 de noviembre de 2001.

3 Decisión-cuadro del Consejo del 13-2002 relativa a la lucha contra el terrorismo N.º 2002/475/JAI (acta adoptada en aplicación del Título VI del Tratado sobre la Unión Europea, JOL 164 del 22 junio de 2002, 3.

deres públicos o una organización internacional para ejecutar o abstenerse de realizar cualquier acto o desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional mediante ataques tales como aquellas contra la vida, la integridad corporal, aquellas comprendiendo raptos o toma de rehenes, aquellas produciendo destrucciones masivas a una instalación gubernamental o pública, a un sistema de transportes, a una infraestructura, comprendidos un sistema informático, una plataforma fija situada sobre la meseta continental, a un lugar público o a una propiedad privada susceptible de poner en peligro vidas humanas o producir pérdidas económicas considerables, aquellas comprendiendo la captura de aeronaves y de naves u otros medios de transporte colectivo o de mercaderías, aquellas en relación con la fabricación, la posesión, la adquisición, el transporte o la utilización de armas de fuego, explosivos, armas nucleares, biológicas o químicas [...], aquellas comprendiendo la liberación de sustancias peligrosas, o la provocación de incendios, inundaciones o explosiones con la finalidad de poner en peligro vidas humanas [...].»

En tercer lugar, el Consejo de Europa. En una toma de posiciones del 27 de diciembre de 2001, este organismo ha definido, en su art. 1 inc. 3, al terrorismo como un acto⁴ que, por su naturaleza o su contexto, puede perjudicar gravemente a un país o a una organización internacional cuando su autor lo comete con el fin de «[...] intimidar gravemente la población, coaccionar indebidamente los poderes públicos o una organización internacional para ejecutar o abstenerse de realizar cualquier acto o desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales o económicas y sociales, en particular mediante ataques contra la vida o la integridad corporal, raptos, destrucciones masivas, capturas de aeronaves, la utilización de armas de fuego, químicas o bacteriológicas, por último, mediante amenazas».

En cuarto lugar, el derecho interno de los países europeos. El terrorismo es, expresamente, definido en ciertos códigos penales nacionales. Así, el Código Penal francés del 1.º de marzo de 1994,⁵ define el terrorismo en su art. 421-1 como todo atentado voluntario contra la vida, la integridad cor-

4 Posición del Consejo Europeo del 27 de diciembre de 2001 relativa a la aplicación de las medidas específicas para luchar contra el terrorismo, en <www.coe.int/presse>.

5 Art. 421-1 a 421-5 CP francés.

poral, rapto, secuestro, piratería aérea, hurto, extorsión, destrucción, degradación o deterioración, toda fabricación o posesión de máquinas y aparatos mortíferos, toda producción, venta, importación, exportación de sustancias explosivas o de armas biológicas o aún a base de toxinas. El art. 421-2 precisa, además, que un acto de terrorismo está igualmente constituido cuando es «[...] cometido intencionalmente en relación con una empresa individual o colectiva con la finalidad perturbar gravemente el orden público, por la intimidación o el terror [...]».

Existe una definición muy parecida en el derecho inglés, art. 1.º del *Terrorism Act 2000*.⁶ Suiza está por modificar su Código Penal para tener en cuenta la realidad internacional, introduciendo tres nuevas disposiciones (arts. 100 quater, 100 quinquies, art. 260 quinquies y 340 bis nuevo Código penal).⁷

Según el art. 260 quinquies, será castigado con la pena de reclusión no mayor de cinco años o de prisión «[...] quien, con el propósito de financiar un acto de violencia criminal dirigido a incitar una población o a obligar un Estado o un organismo internacional para que realice o se abstenga de realizar un acto cualquiera, reúna o ponga a disposición fondos».

Esta modificación forma parte de la lucha contra el financiamiento del terrorismo. Al respecto, el Código Penal será desde ahora completado en su parte general por dos nuevas disposiciones estableciendo la responsabilidad penal de la empresa (arts. 100 quater, 100 quinquies CP). Según el art. 100 quater, inc. 2, en caso de infracción poniendo en evidencia una organización criminal en el sentido de los arts. 260 ter, 260 quater y 305 bis, 322 ter, 322 quinquies, 322 septies, «[...] la empresa es sancionada independientemente de la punición de las personas físicas, si se les debe reprochar el no haber tomado todas las medidas de organización razonables y necesarias para impedir tal infracción».

6 2000 C.11, *Halsbury's Statutes*, 12, edición 2002, p. 2061 ss., sp. 2064-2065. Según el art. 1 de la Ley, el terrorismo «[...] means the use or threat of action where (a) the action falls within subsection 2, (b) the use or threat is designed to influence the government or to intimidate the public or a section of the public, and (c) the use or threat is made for the purpose of advancing a political or religious or ideological cause; action falls within this subsection if it (a) involves serious violence against a person, (b) involves serious damage to property, (c) endangers a person's life, other than that of the person committing the action [...]».

7 Al respecto, ver FF 2002 II 5080. El texto final, votado por las Cámaras federales, está actualmente sometido a referéndum. Ver FF 2003 2532 ss., sp. 2533-2534.

Por último, el art. 340bis, de carácter procesal, precisará que el terrorismo releva desde ahora de la jurisdiccional federal centralizada.

El mensaje del Consejo federal relativo al Proyecto de Ley da algunas explicaciones. En primer lugar, para que haya incitación o intimidación de la población y para que el art. 260 quinquies del nuevo Código Penal pueda aplicarse, no será necesario que la población sea intimidada en su conjunto. Bastará un clima de miedo que despierte en un gran número de personas el temor de ser ellas mismas víctimas de un atentado. El fin perseguido por el terrorista es, en efecto, el de hacer perder a la colectividad el sentimiento de seguridad y debilitar la confianza de los ciudadanos en la perennidad del orden jurídico del país. La intimidación puede también resultar de la manera en que la infracción es cometida. Por ejemplo, de manera imprevisible, por el hecho de que mediante el azar fueran escogidas las personas que servirían de víctimas.⁸

En la situación actual, hay que recordar que Suiza se ha esforzado en prohibir la provisión del equipamiento militar, corretaje, el consejo y la asistencia de orden técnico, como de congelar los capitales o los tráficos de pago con relación a personas determinadas. Se puede citar la ordenanza instituyendo medidas contra las personas o entidades relacionadas con los talibanes del 2 de octubre de 2000,⁹ transformada, el 1.º de mayo de 2002, en ordenanza dictando medidas en contra de las personas o entidades vinculadas a Oussama Ben Laden o al grupo Al-Quaida.¹⁰ Esta ordenanza confía al Secretariado de Economía (Seco) el mantenimiento y la publicación de la lista de las personas sospechosas de estar en contacto con los grupos relacionados con este tipo de organización. Ciertos autores se interrogan, a justo título en nuestra opinión, sobre el valor de tales listas: en el plano formal, la identificación del cliente que figura en la lista permitirá a todo intermediario financiero justificar ante el órgano de vigilancia bancario o bursátil *sospechas fundadas*. Más delicada será la cuestión cuando el nombre figura en otras listas, las que superan en amplitud a aquella de las listas comunicadas por la Seco.¹¹ Por último, es necesario agregar una dificultad de

8 FF 2002 5063.

9 RS 946.03.

10 Al respecto, ver en particular <www.seco-admin.ch>, que contiene la lista de personas físicas o jurídicas, grupos y entidades sometidas a sanciones.

11 BOVET 2002: 190.

redacción: tratándose de nombres en escritura extranjera, la ortografía no es necesariamente uniforme o aun el nombre de composición puede diferir según el país o la cultura.¹²

Por último, en Suiza se ha adoptado la Ley Federal sobre la aplicación de las sanciones internacionales del 22 de marzo de 2002 (o sobre los embargos), entrada en vigencia el 1.º de enero de 2003.¹³ Esta Ley establece la obligación, en su art. 3, de toda persona concernida, directa o indirectamente, de proporcionar a la Confederación «[...] las informaciones y documentos necesarios para la aplicación global de una situación a controlar».

Estas aproximaciones diferentes muestran que el terrorismo carece todavía de una aceptación idéntica: en el derecho de la Unión Europea, la intimidación debe ser cualitativamente grave, circunstancia que no es exigida en el derecho interno francés y suizo, así mismo, el derecho europeo recurre a la técnica de la ejemplificación, posición que se opone a la de Suiza, que prefiere limitarse a generalidades. Se está muy lejos de una definición idéntica. A lo más, se deducen de estos componentes algunos elementos comunes:

— La utilización efectiva de la violencia (comprender la amenaza de emplearla).

— El objetivo de suscitar un sentimiento de miedo o de inseguridad, aun si no se aterroriza necesariamente a la población o a los grupos escogidos.

— Una ambición política a largo tiempo mediante la desestabilización del orden público.¹⁴

La dificultad para circunscribir la noción misma del terrorismo provoca una cierta imprecisión jurídica. De una parte, el principio de la legalidad de los delitos y de las penas exige que la Ley Penal sea aplicable de manera uniforme a todos los sospechosos. Entonces, si la noción misma de terrorismo no es definida de manera unánime, será muy difícil asegurar el respeto de la legalidad de la incriminación terrorista. De otra, cuando el fenómeno

12 BOVET 2002: 190.

13 RS 946.231.

14 SANDOZ 2002: 253. Véase Posición común 2001/0930/ relativa a la lucha contra el terrorismo del 27 diciembre de 2001, JOL 344 del 28 diciembre de 2001, 90-2. Fiche de procédure CNS/2001/0228.

terrorista justifica el recurso a métodos de investigación afectando el respeto de la vida privada, es muy aleatorio para el individuo conocer las circunstancias en las que sus comportamientos podrán ser puestos en conocimiento de las autoridades. Asimismo, los Estados expuestos al terrorismo arriesgan extender la noción a otras formas de criminalidad. Esta extensión del campo de aplicación de las medidas terroristas más allá del dominio es denominado comúnmente *effet d'aubaine*. Por último, se destacará que el riesgo de discriminación y de contaminación política es inmenso.¹⁵ Hay que recordar al respecto la existencia, en derecho norteamericano, de la US Patriot Act, ya que algunas de sus disposiciones podrían considerarse como contrarias a los principios fundamentales del derecho suizo porque violan la soberanía de los otros Estados o van contra ciertos tratados internacionales suscritos por Suiza,¹⁶ como es el caso del Tratado de Cooperación Judicial en materia penal del 25 de mayo de 1973.¹⁷

III. DERECHOS FUNDAMENTALES CONTRA LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO

¿La lucha contra el terrorismo justifica ciertas violaciones de los derechos fundamentales del sospechoso? La materia es muy discutida. En el ámbito de la prensa, radio y televisión, en primer lugar, ¿la libertad de información debería ser restringida por la necesidad de limitar todo riesgo de propaganda terrorista indirecta? En un informe presentado al Consejo de Europa, el 25 de noviembre de 2002, por Stephen Whittle,¹⁸ seis principios han sido expuestos: (1) el periodista debe ser preciso y fiable, así mismo las informaciones deben ser presentadas tal como ellas son; (2) el periodista debe permanecer imparcial; (3) el público ser informado de la manera como las informaciones son obtenidas; (4) la fuente y la fiabilidad de los reportajes deben ser sistemáticamente controlados; (5) la relación de las personas sospechosas debe ser conforme a los principios esenciales deducidos de los derechos fundamentales, entre estos el de la presunción de inocencia; (6) el

15 Al respecto, ver SCHUTTE 2001: 204 y ss.

16 Ver BOVET, n. 10, p. 177 y las referencias citadas.

17 RS 0.351.933.6.

18 Véase <<http://www.coe.int/T/F/Communication-et-Recherche/Presse/Ev%E9nements/6.-Autres>>.

debate nacional y democrático debe ser preservado, la prensa debe proporcionar al público la facultad de escuchar o leer todas las opiniones que le permitan escoger democráticamente.

En segundo lugar, ¿la situación es la misma en materia de propaganda terrorista por Internet? La cuestión se ha planteado en Suiza, en particular desde la perspectiva de la libertad de opinión. Concretamente, ¿la Confederación puede ser obligada en relación con otro Estado a tomar las medidas necesarias para combatir la propaganda electrónica propugnando la violencia, cuando ella es recibida en su territorio?

En una nota redactada por la División de Derecho Internacional Público del Departamento Federal de Relaciones Exteriores del 13 de marzo de 1996, Suiza ha tomado posición.¹⁹ Desde el ángulo del derecho internacional, se ha preguntado si estaba obligada, con relación a otro país, a tomar medidas en contra de la propaganda. Al respecto, el derecho consuetudinario en materia de lucha contra el terrorismo dispone que todo Estado tiene derecho a la soberanía. Las obligaciones correlativas son el deber general de no injerencia en los asuntos internos de los otros Estados y el deber de respetar su integridad territorial. De donde se deduce una obligación de derecho internacional consuetudinario de los Estados, de rechazar todo apoyo a los actos terroristas dirigidos contra otros Estados y de no tolerar que sus territorios sirvan de base de los actos de violencia dirigidos contra otros Estados. Sin embargo, no existe una obligación, relevando de la costumbre internacional, de prevenir acciones no violentas, como la difusión de propaganda revolucionaria o terrorista.

Cierto, Suiza, como otros países, ha firmado las convenciones internacionales, en especial la Convención Europea del 27 de enero de 1977 sobre la represión del terrorismo. A pesar de su título, que sugiere su aplicabilidad a todos los aspectos de la lucha contra el terrorismo,²⁰ la Convención Europea se limita a regular las cuestiones técnicas relativas a la extradición o a la cooperación judicial internacional. No ofrece ninguna base para tomar medidas contra la propaganda por Internet. Tolerando tales actos en su territorio, Suiza no viola el principio general de derecho internacional que

19 2002/475 JAI. CAFTISCH 1996: 680 et 681. Al respecto, ver SANDOZ, n. 13, RSDIE 2002 253.

20 RS 0.353.3.

prescribe la no injerencia en los asuntos interiores de los demás Estados. No hay obligación de combatir la propaganda terrorista por Internet, salvo en los casos especialmente graves de aplicación del art. 3 de la Ley Federal sobre embargos, vigente desde el 1.º de enero de 2003.²¹ Queda bajo reserva la aplicación del art. 275bis CP, que reprime la propaganda subversiva, en la medida en que tiende a cambiar por la violencia el orden constitucional de la Confederación o de un Cantón.

Por su parte, la Asamblea Parlamentaria de las Naciones Unidas, en su reunión N.º 1258 (2001)²² ha exhortado a los Estados para que se comprometan y colaboren económicamente con la lucha contra el terrorismo para tomar medidas sociales y económicas, así como políticas, para garantizar «[...] la democracia, la justicia y los Derechos Humanos».

Estas tomas de posición muestran que las maneras de abordar la situación son diversas. Sin embargo, tienden a recordar la supremacía de los Derechos Humanos y de los derechos fundamentales y esto aun en el dominio de la lucha contra el crimen organizado y el terrorismo. La actitud es pragmática según los países concernidos. Se pueden distinguir dos tendencias que se explican según si el país concernido está o no confrontado a los problemas de terrorismo.

Según una primera actitud, los derechos fundamentales son garantizados sin excepción; es, por ejemplo, la posición de Suiza. La Confederación está por introducir en el Código Penal, disposiciones reforzando la lucha contra el terrorismo. Sin embargo, la novedad concierne esencialmente a la represión de ciertas formas de participación en el terrorismo y a las sanciones previstas. Por el contrario, nada se establece con respecto al procedimiento. Esto significa que el terrorista es y seguirá siendo tratado, en Suiza, como cualquier otro criminal de derecho común, se beneficia del mismo derecho al proceso debido.

Por el contrario, en Francia e Inglaterra, países confrontados desde hace tiempo al terrorismo, han optado por un sistema de derechos fundamentales restringidos. Los derechos fundamentales son cierto garantizados, pero el procedimiento en materia de persecución de actos terroristas es objeto de una legislación especial.

21 RS 946.231.

22 Démocratie face au terrorisme, Assemblée parlementaire de l'ONU del 26 de septiembre de 2001.

En Francia, el Código Penal y el de procedimientos penales han sido modificados. Tratándose de disposiciones procesales, hay que mencionar la Ley del 1.º de febrero de 1994, que completa el art. 63-4 del Código de Procedimientos Penales.²³ En Inglaterra, hay que indicar tres leyes especiales: el Criminal Justice /Terrorism and Conspiracy Act de 1998,²⁴ el Terrorism Act 2000²⁵ y el Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001.²⁶ Estos textos de derecho interno señalan con precisión los derechos (limitados) y las obligaciones de las personas sospechosas, las condiciones de detención, así como el control judicial de las medidas de perquisición, investigación o coerción.

Queda por decidir si estas limitaciones a los derechos tradicionales de procedimiento son compatibles con las exigencias de la Convención Europea de Derechos Humanos. Al respecto, los Estados miembros del Consejo de Europa gozan de una gran libertad de apreciación en materia de lucha contra el terrorismo. El art. 15 CEDH confiere a los Estados la facultad de burlar ciertos derechos garantizados por la Convención cuando un peligro amenaza la vida de la nación. Basta al Estado amenazado notificar las derogaciones deseadas al Secretario General del Consejo de Europa. Se puede dar el ejemplo del Reino Unido que notificó, el 18 de septiembre de 2001, su interés de derogar el art. 5, pf. 1, CEDH, para permitir la detención de personas de nacionalidad extranjera consideradas como un peligro para la seguridad nacional y cuya expulsión era imposible por falta de acusación penal.²⁷ El art. 5 CEDH funciona como un instrumento de seguridad permitiendo dejar de lado, provisionalmente, las garantías del Estado de derecho y el respeto de los Derechos Humanos, pero salvaguardando lo esencial en este dominio.²⁸ Para algunos autores,²⁹ esta disposición constituiría una cláusula de necesidad permitiendo la transposición en derecho convencional de la teoría del Estado de necesidad.

23 Ley N.º 94-89 del 11 de febrero de 1994.

24 1998 Capítulo 40.

25 2000 Capítulo 11.

26 2001 Capítulo 24.

27 Al respecto, ver SCHUTTER 2001: 198 y ss.

28 PETTITI Louis-Edmond, DECAUX Emanuel y IMBERT Pierre-Henri, 1999, rem. B, 499 ss. ad art. 15 CEDH y las referencias citadas.

29 ERGEC 1987: 39 y ss.

Si se consideran las líneas directrices sobre los Derechos Humanos y la lucha contra el terrorismo establecidos por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa del 11 de julio de 2002,³⁰ se puede admitir que en ciertas situaciones, por ejemplo en caso de peligro público amenazando la vida de la nación, el Estado puede adoptar unilateralmente medidas que derogan provisionalmente ciertas obligaciones derivadas de los instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos. Sin embargo, la derogación solo es posible de manera restringida en la medida en que la situación lo exige, así como en los límites y bajo las condiciones fijadas por el derecho internacional.

Sobre este punto, la Corte Europea de Derechos Humanos reconoce un amplio poder de apreciación al Estado concernido para decidir si las medidas, derogando las obligaciones de la Convención, son necesarias u oportunas. De hecho, la Corte no tiene que sustituir su opinión a la del Gobierno directamente responsable del establecimiento de un equilibrio entre la adopción de medidas eficaces de lucha contra el terrorismo, de un lado, y del respeto de los derechos individuales,³¹ de otro.

IV. POSICIÓN DEL CONSEJO DE EUROPA, DE LA UNIÓN EUROPEA Y DE LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

En materia de terrorismo, ¿la lucha es ilimitada?

1. Consejo de Europa

Todo Estado tiene la obligación general de tomar las medidas necesaria para proteger a las personas relevando de su jurisdicción los actos de terrorismo y, en particular, para asegurar o conservar el derecho a la vida. Este principio ha sido recordado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en las directivas que adoptó el 11 de julio de 2002, relativas a los Derechos Humanos y a la lucha contra el terrorismo. En sustancia, estas resoluciones afirman la obligación de los Estados de proteger a toda persona

30 11/2002 004.

31 Sentencia *Klass y Alien c/Alemania* precitado del 6 de septiembre de 1978, serie B n.º 28 § 49; sentencia *Brannigan et Mc Bright c/UK* del 26 mayo de 1993, serie B n.º 258, § 59.

contra el terrorismo, la prohibición de la arbitrariedad, la necesaria legalidad de toda medida antiterrorista tomada por los Estados, así como la prohibición absoluta de la tortura. Ellas tratan igualmente de la recolección y del tratamiento de datos de carácter personal, de las medidas de injerencia en la vida privada, del arresto, detención y detención provisional, de los procedimientos judiciales, de la extradición y de la reparación de las víctimas.³²

¿Esta lucha debe ejercerse en detrimento de los derechos fundamentales del sospechoso? La oposición entre Derechos Humanos y lucha contra el terrorismo ha, igualmente, sido el objeto de numerosos trabajos del Consejo de Europa. Hay que señalar en especial las mismas *líneas directrices sobre los Derechos Humanos y la lucha contra el terrorismo* establecidas por el Comité de Ministros del 11 de julio 2002,³³ así como el Coloquio de Viena del 30 y 31 de octubre 2002 dedicado a las medidas antiterroristas y a la protección de los Derechos Humanos.³⁴ Las conclusiones del Coloquio han sido las siguientes: ¿cuál es el futuro de la sociedad si no logra garantizar la seguridad de las personas?, ¿cuál será su destino si sacrifica la libertad en el altar de esta seguridad?

Para el Consejo de Ministros, el terrorismo es una violación a los Derechos Humanos, a la democracia y a la preeminencia del derecho. Debe ser combatido con el mayor vigor. Pero, no a cualquier precio y, sobre todo, no a expensas de los derechos fundamentales. Por experiencia, si se da libre curso a la violencia excesiva del Estado, a la arbitrariedad, al desprecio de la ley o la discriminación, se corre el riesgo no solo de quebrar las bases de la sociedad democrática, sino también de preparar el terreno al terrorismo o, al menos, de favorecer un movimiento de simpatía y de apoyo a este.³⁵

Se puede señalar también el Foro Interparlamentario sobre la lucha contra el terrorismo del Consejo de Europa en San Petesburgo del 27 de marzo de 2002. Resultó de esta reunión que los Estados deben reforzar la cooperación internacional y convenir en una estrategia común. Deben tomar medi-

32 Al respecto, consultar le texte disponible: <[http://www.coe.int/T/F/Communication-et-1ZechercheIPresselDossiers-thématiquesITerrorismeICM-LignesDirectrices-20020628.asp\\$To](http://www.coe.int/T/F/Communication-et-1ZechercheIPresselDossiers-thématiquesITerrorismeICM-LignesDirectrices-20020628.asp$To)> pOfPage.

33 H/2002 004.

34 Véase <www.coe.int/T/F/communication-et-recherche/presse>. Ibídem. <www.coe.int/T/F/communication-et-recherche/presse/évènements>.

35 Ibídem.

das preventivas a largo tiempo, dirigidas a tratar los problemas sociales, políticos, económicos, culturales y religiosos vinculados al terrorismo. Deben responder con equidad y rapidez a las reclamaciones legítimas antes de que sean explotadas por los extremistas. Deben dedicarse a consolidar la democracia y los Derechos Humanos en el mundo entero. Estos valores, cuando son plenamente respetados, constituyen a la larga el arma más eficaz contra el terrorismo.³⁶

2. Unión Europea

En la Unión Europea, hay que recordar la decisión-cuadro del Consejo del 13 de junio 2002,³⁷ que ha provocado mucha discusión. Debe citarse en especial la opinión en minoría del 9 de enero 2002, que consideraba que «[...] si no se apoya sobre hechos concretos, es decir las reglas y procedimientos claros, la democracia y el Estado de derecho están condenados a transformarse en fetiches que se agitan con el solo fin de defender el statu quo, el cual está hoy representado por la convergencia, con frecuencia por la superposición de intereses de la burocracia y de la partidocracia europeas». Para los representantes minoritarios, no se trata de «[...] sacrificar los principios del Estado de derecho en el altar de la lucha contra el terrorismo, cuyo principal objetivo es destruir la democracia. Por el contrario, es seguro que solo el reforzamiento (y no el debilitamiento) de los principios, reglas, normas y procedimientos democráticos, permitirá vencer el terrorismo y la criminalidad».³⁸

Es necesario precisar el compromiso final que se deduce de la decisión-cuadro del 13 de junio 2002. Aparece necesario, en el seno de la Unión Europea, realizar un equilibrio entre la necesidad de reprimir eficazmente los actos terroristas y de garantizar las libertades y los derechos fundamentales para asegurar que actos legítimos, por ejemplo en el marco de las actividades sindicales o de los movimientos contra la globalización, no puedan ser

36 <www.coe.int/T/F/communication-et-recherche/presse>. Ibidem. <[www.coe.int/T/F/communication-et-recherche/presse/évènements](http://www.coe.int/T/F/communication-et-recherche/presse/evènements)>.

37 2002/475/JAI, JOL 164 del 22.06.2002, entrada en vigor el 22 de junio de 2002. Plazo de transposición en los Estados miembros al 31 de diciembre de 2002: ficha de procedimiento CNS/2001/0217.

38 Informe sobre la proposición de decisión-cuadro del Conseil relativa a la lucha contra el terrorismo, acta final A5-0003/2002.

comprendidos en su campo de aplicación. Cuando se votó en primera lectura, el 29 de noviembre de 2001, el Parlamento europeo expresó, además, el deseo de fortalecer los derechos de los acusados, precisando que un procesado debe tener garantizado el derecho de acceder a un tribunal imparcial, los derechos de defensa y el derecho de no ser juzgado o penado dos veces por una misma infracción. Además, el art. 1.º, inc. 2, de la decisión cuadro precisa que este texto «[...] no deberá tener como efecto el de modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales tal como son consagrados por el art. 6 del Tratado de la Unión Europea».³⁹

3. Corte Europea de Derechos Humanos

Por su parte, la Corte Europea de Derechos Humanos ha tenido la ocasión de precisar las obligaciones de los Estados enfrentados con actos terroristas. En primer lugar, estos pueden, en ciertas circunstancias bien definidas, asumir el deber de tomar medidas preventivas concretas para proteger a los individuos amenazados.⁴⁰ Sin embargo, hay que tener en cuenta de las dificultades de la Policía para ejercer sus funciones en la sociedad contemporánea y de la imprevisibilidad del comportamiento humano, como de las decisiones operacionales o estratégicas a tomar en términos de prioridad. Por lo tanto, hay que interpretar la obligación de prevenir la muerte de terceros de manera que no se le imponga a las autoridades una carga insostenible o excesiva. Esto significa que toda amenaza presumida contra la vida no obliga a las autoridades, con relación a la Convención, a tomar medidas concretas para prevenir la realización. En cada caso, la Corte debe convencerse que las autoridades sabían o hubieran debido saber el momento que uno o

39 Hay que recordar en efecto que el art. 6 inc. 2 del Tratado sobre la Unión europea (o Tratado de d'Amsterdam) precisa que la «Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux del droit communautaire». El texto ha sido retomado tal cual en el art. 6 del Tratado de Nice, entrado en vigor el 1.º de febrero 2003.

40 Asunto Osman c/UK del 28 de octubre de 1998, Recueil 1998-VIII, 459, sp. p. 462; aff. Kilic c/Turquie, Recueil des arrêts et décisions 2000-II1, Pedido n.º, 22492/93 n, 22 492/93, § 62 et 76; aff. Pretty c/UK del 29 abril 2002, Pedido n.º 2346/02, § 38.

varios individuos estaban amenazados de manera real e inmediata en sus vidas por la actividad criminal y terrorista de un tercero.⁴¹

Admitido este principio, ¿los Estados pueden justificar la lucha contra el terrorismo mediante la derogación o violación de los derechos fundamentales de las personas sospechosas?

La Corte Europea de Derechos Humanos recuerda que es, perfectamente, consciente de las «[...] enormes dificultades que encuentran, en nuestra época, los Estados para proteger sus habitantes de la violencia terrorista». Sin embargo, subraya que «[...] aún teniendo en cuenta estos factores, la convención prohíbe de manera absoluta la tortura o los tratamientos inhumanos o degradantes, cualquiera que sean las actividades de las personas sospechosas».⁴²

Así, tratándose de los Derechos Humanos imposibles de derogar, como la integridad corporal del sospechoso, la lucha contra el terrorismo no puede justificar cualquier excepción a los principios establecidos por la Convención Europea de Derechos Humanos, en particular su art. 3. Las autoridades nacionales disponen de un amplio margen de apreciación para determinar si el límite mínimo de gravedad requerido por el art. 3 de la CEDH ha sido alcanzado.⁴³ Asimismo, corresponde a las autoridades nacionales determinar si el recurso a la fuerza era efectivamente justificado para proteger la defensa de toda persona contra toda violencia ilegal (compatible con el art. 2, pf. 2 a CEDH).⁴⁴ Estas garantías inderogables jamás pueden ser suspendidas, aun bajo las condiciones excepcionales del art. 15 CEDH.⁴⁵

Especialmente en el marco de la interpretación que ha hecho de los derechos susceptibles de restricciones, es que la Corte Europea de Derechos Humanos ha reconocido la especificidad de la lucha antiterrorista. En parti-

41 Sentencia *Osman c/UK* del 28 de octubre de 1998, n.º 39.

42 Sentencia *Chahal c/UK* del 15 de noviembre de 1996, Recueil 1996-V, § 79; sentencia *V c/UK* del 16 de diciembre de 1999, Recueil des arrêts et décisions 1999-IX, Pedido n.º 24888/94 § 69.

43 Véase la sentencia *Tomasi c. Francia* del 27 août 1992, Serie A n.º 241 § 114.

44 Al respecto, Sentencia *Mc. Cann & autres c. UK* del 27 de septiembre de 1995, Serie A, n.º 324, § 192 RUDH 199633.

45 Véase *Olivier de Schutter*, n.º 14 RUDH 2001, vol. 13 n.º 5-8, p. 189 s.

cular de las (1) injerencias cometidas en la vida privada de ciertos individuos, (2) del tratamiento de datos personales propiamente dichos y, por último, (3) de la infiltración.⁴⁶

V. LUCHA CONTRA LAS VIOLACIONES PROCESALES

1. Seguridad contra respeto de la integridad corporal

Concretamente, ¿el interés público o la obligación de prevenir un nuevo atentado terrorista justifica causar sevicias a un sospechoso para desmantelar una red organizada o conocer la posición de bombas humanas vivas?

La Corte Europea de Derechos Humanos es intransigente: «[...] las necesidades de investigación y las innegables dificultades para luchar contra la criminalidad, en especial en materia de terrorismo, no pueden llevar a limitar la protección de la integridad física de la persona».⁴⁷

Según la jurisprudencia europea, el art. 3 CEDH, que proscribe la tortura y los tratamientos inhumanos y degradantes, consagra uno de los valores fundamentales de la sociedad democrática. Aun en las condiciones más difíciles como la lucha contra el terrorismo y el crimen organizado, la Convención prohíbe en absoluto la tortura y los tratamientos inhumanos y degradantes. Con respecto al art. 3, no admite ninguna derogación, aun en caso de peligro público amenazando la vida de la nación.⁴⁸ La solución está totalmente justificada, los Estados miembros del Consejo de Europa han suscrito la Convención contra el Terrorismo de 1977. Así, para lograr la confesión de un sospechoso, la Policía que investiga no debe recurrir a la violencia durante los interrogatorios.⁴⁹ Es de cuestionarse sobre qué manera deben tratar los tribunales las declaraciones obtenidas violentamente, debido a que las reglas elementales del procedimiento rechazan este tipo de pruebas.

46 Véase Olivier de Schutter, n.º 14 RUDH 2001, vol. 13 n.º 5-8, p. 190 s.

47 Sentencia Tomasi c/Francia del 27 août 1992, Serie A, n.º 241, § 115; sentencia Ribitsch c/Austria del 4 de diciembre de 1995, Serie A, n.º 336, § 38.

48 Asunto Tomasi c/Francia del 27 août 1992, Serie A, n.º 241, § 115.

49 Hay que pensar, en particular, en Alemania, en el secuestro del joven Jakob von Metzler, en el que un policía ordenó cometer sevicias sobre el sospechoso (*Le Temps* del 25 febrero 2003, 25).

De manera más explícita, además, en relación con la persona del detenido, la Corte recuerda que «[...] todo uso de la fuerza física que no es hecha necesaria por su propio comportamiento viola la dignidad humana y constituye un atentado contra el derecho garantizado en el art. 3 CEDH».⁵⁰

Simple maltrato, aun sin gravedad, pueden ya constituir una violación de esta disposición. En la medida en que hay muchos golpes y que las marcas y las lesiones son constatadas sobre el cuerpo de la víctima, hay, al menos, malos tratos contrarios al art. 3 CEDH. Si se pasa este límite, se trata de tortura.⁵¹

2. Seguridad contra el respeto de la integridad síquica

¿La lucha contra el terrorismo justifica presiones síquicas o preguntas capciosas? La Corte Europea de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre el particular. En un asunto en que eran partes Irlanda y el Reino Unido, ha condenado seis técnicas practicadas por las autoridades de persecución en contra de las personas sospechosas de actos terroristas: (1) la desorientación, (2) la privación sensorial, (3) la obligación de permanecer constantemente de pie, (4) la exposición constante al ruido, (5) la privación del sueño y (6) la limitación del consumo de agua y alimentos.⁵² Este tipo de tratos y de sevicias son calificadas de inhumanas y degradantes en el sentido del art. 3 CEDH. Sin embargo, la persona interrogada puede ser sometida a largos períodos de interrogatorio. Para las Cortes inglesas, la autoridad de persecución tiene el derecho de interrogar al imputado durante 14 horas, a condición de que las audiciones no duren más de seis horas seguidas.⁵³

En Suiza, la práctica de los tribunales proscribía toda presión síquica ejercida sobre el sospechoso. La dignidad humana está también implicada. Cualquiera que sea la infracción cometida por el terrorista, su derecho a ser tratado de manera conveniente está garantizado por los arts. 10, 29-30 de la

50 Sentencia Ribitsch c/Austria del 4 de diciembre de 1995, n.º 46.

51 La Cour EDH lo ha recordado recientemente en el asunto Ocalan contra Turquía, del 12 de marzo de 2003, pedido n.º 46221/99.

52 Republic of Ireland vs. UK del 18 de enero de 1978, Serie A n.º 25 § 163.

53 Asunto Pragger (1972) 1 WLR 260.

Constitución Federal. En especial, el recurso a la amenaza, el engaño, la promesa capciosa para obtener confesiones o informaciones está prohibido.⁵⁴

3. Seguridad contra el respeto de la vida privada

El principio de la injerencia supone la existencia de una base legal clara y precisa. La regla se encuentra en el art. 3 de las líneas directrices sobre los Derechos Humanos y la lucha contra el terrorismo, adoptadas por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa del 11 de julio de 2002.⁵⁵

En su art. 6, disponen expresamente que las medidas de lucha contra el terrorismo asimiladas a las injerencias en la vida privada deben sistemáticamente tener una base legal y ser objeto de un control jurisdiccional. Se trata, por ejemplo, de cacheos, perquisiciones, escuchas e investigaciones bajo la cubierta de agentes infiltrados.

La cuestión de la injerencia en la vida privada ha sido objeto de varias decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos. De manera general, la jurisprudencia admite que en materia de lucha contra el terrorismo, el Estado debe tener la facultad, para ser eficaz, de vigilar en secreto los elementos subversivos operando sobre su territorio.⁵⁶

Así, el empleo de informaciones confidenciales es primordial para combatir la violencia terrorista.⁵⁷ Esto no significa, sin embargo, que las autoridades de investigación tengan realmente carta blanca, sobre todo en relación con los artículos 5 § 5 CEDH,⁵⁸ para detener sospechosos con el fin de interrogarlos, sin ningún control de la Convención, cada vez que hay sospechas de infracción terrorista.⁵⁹

La injerencia en la vida privada, en materia de lucha antiterrorista, ¿puede ser objeto de excepciones o de derogaciones particulares?

54 PIQUEREZ 1997: 719, sp. 80.

55 H (2002) 004.

56 Asunto Klass c/Allemagne del 6 de septiembre de 1978, Serie A n.º 28 § 48.

57 *Ibidem*.

58 Según esta disposición, toda persona víctima de un arresto o detención contrariamente a lo dispuesto en esta disposición tiene el derecho a la reparación.

59 Asunto Murray c/UK del 28 de octubre de 1994, Serie A, n.º 300-A, 1 58.

En el derecho francés, el legislador ha limitado algunos derechos fundamentales, por ejemplo los arts. 706-23 ss del Código Procesal Penal. Así, la cuestión de la detención, de visitas, perquisiciones y confiscación son materia de disposiciones especiales. En el derecho inglés, la situación es idéntica, si se tiene en cuenta la Terrorism Act. 2000.⁶⁰ ¿Estas medidas son compatibles con las exigencias de los Derechos Humanos?

Para la Corte Europea, las sociedades democráticas se encuentran amenazadas hoy en día por formas muy complejas de espionaje y por el terrorismo. Entonces, el Estado puede dictar disposiciones legislativas atribuyendo poder de vigilancia secreta de la correspondencia, envíos postales y telecomunicaciones.⁶¹

Sin embargo, en lo que se refiere a las escuchas, es necesario que sean conformes a las disposiciones del art. 8 de la Convención, es decir que tengan base legal. Más en particular, según la Corte, «[...] las escuchas y otras formas de interceptación de conversaciones telefónicas representan un atentado grave al respeto de la vida privada y de la correspondencia. Ellas deben, por lo tanto, basarse en una ley bien precisa. La existencia de reglas claras y detalladas en la materia aparecen indispensables, sobre todo porque la técnica no deja de desarrollarse».⁶²

Por último, el uso de información confidencial es esencial para combatir la violencia terrorista y la amenaza que pesa sobre el ciudadano y sobre la sociedad democrática.⁶³

4. Seguridad contra el respeto de la presunción de inocencia

Consagrada en el art. 6, inc. 2, así como en el art. 14 del Pacto ONU II, la regla se aplica también a las personas sospechosas de terrorismo.

El principio de la presunción de inocencia es amplio. Hay que recordar que según la práctica de la Corte Europea, la presunción de inocencia pue-

60 En cuanto al Derecho francés, ver MAYAUD 1997: 90; sobre la Terrorism Act 2000, ver Row 2001: 527 y las referencias citadas; ver también en cuanto a la Criminal Justice and Police Act 2000, WASIK 2001: 931 y las referencias citadas.

61 Sentencia Klass c/Allemagne precitada del 6 de septiembre de 1978, Serie A n.º 28 § 48.

62 Sentencia Kopp c/Suisse del 25 de marzo de 1998, Recueil 1998-11, § 72; sentencia Huvig c/Francia del 24 de abril de 1990, Serie A, n.º 176-B § 34 et 35.

63 Sentencia Murray c/UK n.º 58.

de ser violada no solo por un juez o tribunal, sino también por la autoridad pública.⁶⁴ Así, declaraciones oficiales expresadas por un ministro o por altos funcionarios de la policía designando una persona directamente como un participante, antes de ser juzgada, constituyen «[...] evidentemente una declaración de culpabilidad que, por una parte, incita el público a creer en éstas y, de otra, prejuzga la apreciación de los hechos por los jueces competentes».⁶⁵

Los alcances del principio de presunción de inocencia deben ser, sin embargo, relativizados. Hay que recordar que la Corte Europea de los Derechos Humanos rechaza imponer una reglamentación formal de la carga de la prueba e insiste, ante todo, en la multiplicidad de fuentes. En otros términos, para determinar si un sospechoso, terrorista o no, se beneficia de la presunción de inocencia, hay que preguntarse, primero, en qué medida este se ha beneficiado de un proceso debido.

Cualquiera que sean las sospechas sobre el procesado, este conserva el derecho de callarse. Esto no significa, sin embargo, que tiene el derecho a rechazar el participar en algunas operaciones de la investigación. Esta es la solución, en todo caso, del derecho francés e inglés.

En el derecho francés, el mutismo del sospechoso puede justificar, en materia de infracción terrorista, la perquisición, la visita domiciliaria, el embargo de piezas a convicción sin el consentimiento de la persona cuestionada. Así mismo, el juez tiene la facultad de actuar de noche, es decir entre las 21 h y 6 h. La regla se basa en el principio de una autorización previa que es de la competencia de un magistrado del lugar.⁶⁶ En el derecho inglés, los arts. 1 y 3 del Terrorism et Conspiracy Act 1998 permiten, en caso de silencio del sospechoso, recurrir al testimonio del oficial de la Policía superior encargada de realizar la investigación. Esta solución ha inspirado las directivas establecidas por el Reino Unido en materia de legislación en el territorio de Irlanda del Norte.⁶⁷ Y puede parecer chocante en la medida en que se enfrenta el silencio del sospechoso a la palabra del oficial

64 Sentencia *Allenet de Ribemont c/Francia* del de 10 febrero de 1995 § 36.

65 Sentencia *Allenet précité*, § 41.

66 Yves Mayaud, n.º 59, p. 95 y las referencias citadas.

67 Northern Ireland (Sentence) Act 1998; Al respecto, voir Colm Campbell, *Two steps Backwards: The Criminal Justice (Terrorism and Conspiracy) Act 1998*, *Criminal Law Review* 1999 941 spécialement 942 et 943.

de la Policía. Sin embargo, según la práctica de los tribunales ingleses, una persona puede ser simplemente condenada sobre la base de un solo testigo. La opinión del oficial de la Policía aparece como un primer indicio contra la persona sospechosa.⁶⁸ Esta opinión debe ser corroborada por otras fuentes. En este sentido, la medida parece compatible con las exigencias establecidas por la Corte Europea de los Derechos Humanos.⁶⁹

¿El Estado puede imponer una carga de prueba diferente, tratándose de algunos hechos, al sospechoso o al terrorista presumido? La Corte Europea no lo excluye. Ella ha consagrado la regla en el caso *Salabiaku c/Francia*.⁷⁰

Al respecto, el juez podría inspirarse en la práctica de las cortes penales internacionales, por ejemplo en la de los Tribunales penales internacionales (para Yugoslavia o Ruanda).⁷¹ Cuando la acusación ha logrado presentar suficiente información permitiendo pensar que el suceso constatado ha tenido efectivamente lugar, los jueces consideran que corresponde entonces al sospechoso el aportar la prueba contraria. Si este último no logra hacerlo, se considera que se ha verificado el hecho. En otras palabras, cuando una prueba, *prima facie*, es aportada en apoyo de los hechos alegados, la carga de la prueba se desplaza de la acusación al acusado. La solución es idéntica si el prevenido guarda silencio. Si la acusación presenta indicios suficientes, la carga de la prueba será invertida, el sospechoso debe participar de manera activa en la continuación del proceso para demostrar que no está implicado. Esta es también la solución en el derecho inglés en materia de lucha contra el terrorismo.⁷²

Prácticamente, los Tribunales internacionales han desarrollado una serie de razonamientos deductivos justificando que el procesado tenga la carga de la prueba. Al respecto, la jurisprudencia distingue las pruebas circunstanciales de la corroboración de las pruebas.

68 Véase WALKER 1999: 679 ss, sp. 687 y las referencias citadas: «[...] the general rule of evidence is that there must be generally two witnesses [independent sources of evidence] to prove every crucial fact on which the crown seeks to rely».

69 *Ibidem*.

70 Sentencia *Salabiaku c/Francia* del 7 de octubre de 1988, Serie 141-A.

71 Véase VITE 1999: 332 y ss. y las referencias citadas.

72 WALKER, n.º 67, 687: «[...] in any relevant proceedings where the court draws an adverse inference from silence, any other single piece of evidence that he belongs to the organisation shall be sufficient evidence of the matter. This is designed to remove doubts as to whether an inference from silence can ever be considered to be of itself evidence [...]».

Tratándose de pruebas circunstanciales, se habla más bien de presunción de hecho.⁷³ El razonamiento es admisible, pero subsidiario con relación a las pruebas directas; se impone, si no hay más dudas o cuestionamiento posible de la veracidad de los hechos. En este caso, se habla de *lex evidenti*a o de principio de apreciación de ausencia de pruebas contrarias.⁷⁴

En cuanto a la corroboración de las pruebas, consiste en una confrontación y una adjunción de informaciones recogidas en el curso de las investigaciones⁷⁵ y se impone a título de prueba complementaria.⁷⁶ Así, si informaciones obtenidas de diversas fuentes muestran una versión idéntica del mismo hecho, la veracidad de este hecho será entonces establecida con una probabilidad, confinando la certeza. Los datos se refuerzan mutuamente, mientras que tomados individualmente aparecen demasiado débiles; solo en su conjunto resultan utilizables.⁷⁷

5. Seguridad contra respeto de los indicios de sospecha concreta

En el derecho inglés conforme al art. 41 Terrorism Act 2000, un oficial de la Policía puede detener a un sospechoso de terrorismo sin portar un mandato de detención.⁷⁸ ¿Esta disposición es compatible con la Convención Europea de Derechos Humanos, en especial con su art. 5?

De la jurisprudencia constante, la Corte Europea de Derechos Humanos considera que la detención del sospecho no requiere que ya existan cargos precisos en su contra.⁷⁹ Sin embargo, las exigencias de la lucha contra la delincuencia organizada no bastan para justificar una interpretación extensi-

73 Véase VITÉ, n.º 70 y las referencias citadas.

74 VITÉ, n.º 70, 337 et 338. Los tribunales expresan la *lex evidenti*a de la manera siguiente: «When it reasonably should be expected that certain evidence exists and that it is in the control of a party, the failure of the party to produce such evidence gives rights to a justifiable interference that such evidence, if produced, would be adverse to that party».

75 Según los tribunales penales internacionales, «Collaboration is a process of placing side by side otherwise separated and distinct pieces of evidence in order to establish the probability of something that is proven».

76 Véase RAVINDRAN, D. J. Y GUZMAN M., Ignacio B., p. 17 y las referencias citadas.

77 VITÉ, n.º 70, p. 338 y las referencias citadas.

78 Según el art. 41, «[...] a constable may arrest without a warrant a person whom he reasonably suspects to be a terrorist».

79 Sentencia Brogan c/UK (1989) Serie A 145-B, § 117.

va de la noción.⁸⁰ La solución es idéntica si hay necesidad imperativa de seguridad pública o de conservación del orden público.⁸¹

En otras palabras, los motivos sobre los cuales se basan las detenciones deben ser plausibles. No basta que sean auténticos y sinceros.⁸² Esto presupone hechos o informaciones propias a persuadir una observación objetiva, según la cual el individuo en cuestión podría haber cometido la infracción.⁸³ Sin embargo, aun en materia de terrorismo, la noción de plausible no debería ser aplicada de manera amplia. El juez debe cuidar de no perjudicar la sustancia de la garantía derivando del art. 5 §1 letra c CEDH.⁸⁴ Por el contrario, no se puede tampoco esperar que el Estado demuestre hechos justificando la detención del terrorista presumido o que revele las fuentes confidenciales.⁸⁵ La Corte Europea de Derechos Humanos exige que se proporcione, al menos, hechos o informaciones propias a convencerla que existían motivos plausibles para sospechar seriamente de que la persona detenida ha cometido la infracción.

6. Seguridad contra el respeto de los principios de la detención provisional

El art. 5 CEDH estipula que toda persona arrestada o detenida debe ser inmediatamente presentada a un juez o a otro magistrado habilitado por la ley para ejercer funciones judiciales.

En el derecho francés, la lucha contra el terrorismo puede justificar la prolongación de la detención *garde à vue*. Resulta del art. 706-23 del Código Procesal Penal, que cuando las necesidades de la investigación lo exigen, la detención de una persona mayor puede ser objeto de una prolongación suplementaria de 48 horas. En todo y por todo, el máximo de la detención en materia de terrorismo es de 96 horas, es decir cuatro días. Para la doctrina mayoritaria, esta solución parece justificada, en la medida

80 Sentencia Ciulla del 22 de febrero de 1989, Serie A n.º 148 § 41.

81 Al respecto, véase PETTITI Louis-Edmond, DECAUX Emanuel y IMBERT Pierre-Henri, p. 191 y las referencias citadas.

82 Sentencia Fox, Campbell et Hartley c/UK del 30 de agosto de 1990, Serie A, n.º 182 § 31.

83 *Ibidem*.

84 *Ibidem*.

en que el terrorismo corresponde a una criminalidad clandestina y organizada, lo que implica facilitar las investigaciones permitiendo buscar a los autores. Además, en el dominio del terrorismo internacional, la necesidad de recurrir a intérpretes alargan mucho los interrogatorios. Consecuentemente, la Ley N.º 94.89 del 1.º de febrero de 1994 ha completado el art. 63-4 del Código Procesal Penal con un nuevo inciso, en el que se prolonga a 72 horas el plazo, a cuyo término una entrevista con un abogado puede tener lugar cuando la detención es sometida a reglas particulares de prolongación.⁸⁶

En el derecho inglés, si un policía detiene a un sospechoso de terrorismo, la *garde à vue* puede ser prolongada por un plazo no mayor de 48 horas; salvo lo dispuesto en el anexo 8 del Terrorism Act 2000, el que permite a un policía superior prolongar por el mismo término la detención del sospechoso. La solución es idéntica a la del derecho francés.

Estas medidas, particulares, que derogan el derecho común, ¿son compatibles con las exigencias de la Corte Europea de Derechos Humanos? Hay que recordar, al respecto, el texto del art. 5 § 3 CEDH que dispone que toda persona detenida o colocada en *garde à vue* debe ser llevada pronto a juicio o ante otro magistrado habilitado por la ley. Sin embargo, el adverbio pronto no significa de manera necesaria *inmediatamente*. La jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos es fluctuante, todo depende de las circunstancias del caso. Así, ha considerado que un plazo de seis días respecto a una infracción contra la seguridad del Estado era demasiado largo.⁸⁷ En el caso Ocalan/Turquía, ha indicado que el plazo debía ser estrictamente respetado.⁸⁸

Más precisamente, en materia de terrorismo, la Corte Europea ha tomado posición en el caso Brogan c/Reino Unido.⁸⁹ Ha señalado que aun en el contexto del terrorismo, no podía justificarse la violación de la sustancia de los derechos protegidos. En la sentencia citada, ha admitido un plazo máximo de

85 *Ibidem*.

86 Al respecto, véase MAYAUD, n.º 59 p. 90 a 94 y las referencias citadas; LEVASSEUR Georges, CHAVANNES Albert, MONTREUIL Jean, BOULOC Bernard y MATSOPSOLOU Haritini, 2002: 228 n.º 561.

87 Sentencia Dobbertin c/Francia del 25.2.1993, Serie A, n.º 256-D.

88 Sentencia Ocalan c/Turquía del 12 de marzo de 2003, cita n.º 50, DR 57 p. 47.

89 Sentencia Brogan c/UK del 29 de noviembre de 1988, Serie A, n.º 145-B, § 58 ss.

cuatro días y seis horas. Según la doctrina, este es el plazo que debe ser considerado para determinar si ha habido abuso del régimen de *garde à vue*.⁹⁰

7. Seguridad contra el respeto del control jurisdiccional de la detención

Según el art. 5 § 4 CEDH, toda persona privada de libertad por arresto o detención tiene el derecho de recurrir ante un tribunal para que este estatuya, en breve plazo, sobre la legalidad de su detención. ¿En materia de terrorismo, esta regla se aplica de la misma manera?

Hay que referirse de nuevo a la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre asuntos británicos. En el caso *Brogan* precitado, la Corte ha admitido que el secretario de Estado no era un órgano independiente; por lo tanto, la práctica inglesa violaba los imperativos planteados por la Convención.⁹¹ La cuestión es, sin embargo, delicada en caso de urgencia. Se puede preguntar si el Estado puede invocar la derogación de la regla prevista en el art. 15 CEDH e invocada en el art. 15 igualmente que las líneas directrices sobre los derechos humanos y la lucha contra el terrorismo del Consejo de Europa del 11 de julio de 2002.⁹²

En particular, tratándose de violencias y de actos terroristas cometidos en Irlanda del Norte, la Corte Europea de Derechos Humanos ha considerado que la cláusula de urgencia (*Public Emergency*) podía justificar una burla al principio de recurrir ante un juez independiente.⁹³ Al respecto, la Corte reconoce un amplio poder de apreciación al Estado para determinar si las medidas que derogan las obligaciones de la Convención son adecuadas u oportunas. Esto no significa, sin embargo, que los Estados gocen de un poder ilimitado en este dominio. En opinión de la Corte, ella tiene la competencia para decidir, en particular, si los Estados han excedido *la medida estricta* de las exigencias de la crisis. El margen nacional de apreciación es acompañado de un control teórico europeo.⁹⁴

90 Véase PETTITI Louis-Edmond, DECAUX Emanuel y IMBERT Pierre-Henri, nota 80, p. 213 y 214, remarca ad art. 5 § 3 CEDH y las referencias citadas.

91 Sentencia *Brogan c/UK* del 29 de noviembre de 1988, Serie A, n.º 145 B, § 58 ss.

92 H (2002) 004.

93 Sentencia *Brannigan and McBride c/UK* del 26 de mayo de 1993, Serie A, n.º 258-B B.

94 Véase la sentencia *Aksoy c/Turquía* del 18 de diciembre de 1996, Recueil 1996-VI, § 71 à 84 y las referencias citadas.

8. Seguridad contra el principio del proceso contradictorio

¿La lucha contra el terrorismo puede justificar la presencia de agentes infiltrados, únicos de poder establecer la responsabilidad del sospechoso?

El recurso a agentes infiltrados es un modo de prueba que tiende a generalizarse, no solo en materia de terrorismo, sino también en la lucha contra otras infracciones como la criminalidad organizada o el tráfico de estupefacientes. Esta práctica es admitida por la Corte Europea de Derechos Humanos.⁹⁵ En Suiza, el Tribunal Federal admite que una base legal, en principio, no es necesaria para la utilización de un agente infiltrado.⁹⁶ La regla contiene ciertos límites. Si hay provocación por parte del agente infiltrado, el acto delictivo cometido por el sospechoso por instigación o incitación de este último no puede dar lugar a persecución penal.⁹⁷ Entonces, en la medida en que el agente infiltrado se limita a señalar, indicar o participar en la actividad sin propugnarla, el recurso a este modo de prueba es admisible. En caso contrario, la incitación puede llevar a la absolución del acusado.⁹⁸ Aún falta ponerse de acuerdo sobre el aspecto insólito de la prueba. De manera general, si la prueba es solo aportada mediante un agente infiltrado, la jurisprudencia tiende a considerar que no es admisible. Al menos que el sospechoso esté involucrado en actos terroristas o de otras infracciones, debe poder ser escuchado en contradictorio y preguntar o hacer que se pregunte a quien, enmascarado, lo sindicó como responsable.⁹⁹ Esto está relacionado con el respeto del derecho al debido proceso y de la igualdad de armas.¹⁰⁰

95 Sentencia Lüdi c/Suisse del 15 de junio de 1992, Serie A n.º 238 § 44.

96 ATF 116 IV 294, sp. 298; ATF 118 IV 115, tons. 2a.

97 Sentencia X. c/Portugal, del 9 de junio de 1998, Rec. 1998 IV p. 1451.

98 Respecto al derecho suizo, véase BJM 1984 266. CORBOZ, Bernard, L'agent infiltré, in RPS 11 (1993) pp. 307 ss, sp. 341; ver también ATF 124 IV 34, tomo. 3.

99 Véase Colm Campbell, n. 66 p. 941 ss, especialmente 948 y las referencias citadas.

100 Asunto Kostovsky c/Netherlands del 20 de noviembre de 1989, Serie A, n.º 166, § 44 y las referencias citadas.

9. Seguridad contra las condiciones de la extradición

Los Estados miembros del Consejo de Europa han ratificado la Convención Europea sobre la extradición del 13 de diciembre de 1957.¹⁰¹

Concretamente, ¿el Estado requerido puede oponerse a la extradición de un sospechoso porque el Estado requeriente no respetaría los derechos fundamentales mínimos del procesamiento de terroristas presumidos? La cuestión es muy debatida.

De manera general, la jurisprudencia considera que el derecho convencional sobre extradición impone al Estado requerido entregar a la persona sospechosa, bajo la sola condición de que las condiciones generales de la extradición sean realizadas; principalmente, que el sospechoso no sea súbdito de ese Estado y que la infracción que da lugar a la medida de cooperación internacional respete el principio de la doble incriminación. Por lo demás, los Estados partes del acuerdo son presumidos a respetar los derechos fundamentales. Además, a falta de reserva del Estado requerido en materia de respetar los derechos fundamentales, este se obliga en el plano internacional a entregar a la persona buscada.

Sin embargo, la doctrina de los derechos fundamentales, sobre todo la de los derechos fundamentales inderogables, tiende a combatir este tipo de soluciones tan apresuradas como generales. El art. 13 de las líneas directrices sobre los Derechos Humanos y la lucha contra el terrorismo del Consejo de Europa del 11 de julio de 2002,¹⁰² recuerda que la extradición es un procedimiento indispensable para una cooperación internacional eficaz en la lucha contra el terrorismo. Por ejemplo, el Consejo indica que la extradición de una persona hacia un país donde corre el riesgo de ser condenada a pena de muerte no puede ser aceptada como falta de garantía expresa.

En este contexto y para algunos países miembros del Consejo de Europa, la extradición no será concedida si existen motivos suficientes para creer que la persona a extraditar podría ser sometida a tortura o tratamiento inhumano o degradante o que sería perseguida a causa de su raza, religión,

101 STE n.º 024; entrada en vigor el 18 de abril de 1960; sobre la Convención, sus dos Protocolos adición notas e informes explicativas, consultar el portal <<http://www.conventions.coe.int>>.

102 H. (2002) 004.

nacionalidad u opiniones políticas. Por último, si hay riesgo flagrante de denegación de justicia en el Estado del requeriente, la extradición puede ser rechazada.

Según la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, la extradición debe ser rechazada si la persona buscada está concretamente expuesta a una pena perpetua sin posibilidad de ser rebajada, en violación del art. 3 de la CEDH.¹⁰³ Así mismo, la Corte admite que la extradición no puede ser admitida cuando el sospechoso corre el riesgo de no beneficiarse de los derechos de la defensa en el Estado requeriente, tal como son garantizados por la Convención Europea de Derechos Humanos.¹⁰⁴ En este sentido va una decisión dictada el 27 de junio 2002 por la High Court of Justice inglesa (*Affaire Rachid Ramada/Secretary of State*),¹⁰⁵ por la que se ha rechazado la extradición hacia Francia de un sospechoso de terrorismo, en el marco de un atentado cometido en la estación del Metro St. Michel en París. Los hechos, que han dado lugar a un vivo intercambio de notas entre las autoridades políticas francesas e inglesas son los que se detallan a continuación. Las personas concernidas eran buscadas por las autoridades francesas. Previamente, otro sospechoso había sido extraditado a causa de los mismos hechos. Esta última persona, después de muchas audiciones llevadas a cabo por las autoridades francesas, presentaba marcas de golpes y lesiones sobre sus cuerpos. Una investigación administrativa fue llevada a cabo por las autoridades penitenciarias y no se llegó a ninguna conclusión precisa. A falta de explicaciones suficientes, las autoridades británicas rechazaron la extradición del recurrente por el motivo que no podía excluirse que el primer sospechoso fuera objeto de sevicias de la parte de la Policía. Para la High Court, no se podía, en esas condiciones, excluir que las condiciones de los interrogatorios y las confesiones obtenidas de esta manera no respetasen las exigencias del debido proceso.

103 Sentencia Heinhorn c/Francia del 16 de octubre de 2001 Serie A, § 27 y las referencias citadas.

104 Informe explicativo del Secrétariat des droits de l'homme, p. 50 y las referencias citadas.

105 Sentencia todavía no publicada, pero disponible a pedido en el Home Office, Londres.

VI. CONCLUSIÓN

Cualesquiera que sean las masacres y la violencia generada por el terrorismo, la lucha de los Estados en contra de este tipo de criminalidad debe respetar plenamente los derechos fundamentales. Tal es el límite indicado por los derechos humanos. En particular, las necesidades de la instrucción y el principio de la seguridad pública no justifican el recurso a la tortura, a las sevicias o a los tratos inhumanos y degradantes. Esta posición es constantemente recordada por las instituciones europeas, sea la Unión Europea, el Consejo de Europa o la Corte Europea de Derechos Humanos. La jurisprudencia de la Corte Europea ha tenido varias veces la ocasión de llamar al orden a algunos países confrontados con actos terroristas. Ella debe imponerse como modelo para los demás países que no se han suscrito a la Convención. De esto depende con certeza la supervivencia, a término, de la democracia.