

# REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

---

DELITOS ECONÓMICOS • CONTRAVENCIONAL •  
GARANTÍAS CONSTITUCIONALES • PROCESAL PENAL •  
EJECUCIÓN DE LA PENA

## **DIRECTOR**

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

## **ÁREA PROCESAL**

MIGUEL Á. ALMEYRA

## **COORDINADORES**

MATÍAS BAILONE  
RODRIGO CODINO

## **EDITOR RESPONSABLE**

FRANCISCO J. CROCIONI

## **COMITÉ ACADÉMICO**

EDUARDO AGUIRRE OBARRIO (ARGENTINA 1923-2011)  
CARLOS JULIO LASCANO (ARGENTINA)  
LOLA ANIYAR DE CASTRO (VENEZUELA)  
LUIS ARROYO ZAPATERO (ESPAÑA)  
DAVID BAIGÚN (ARGENTINA 1926-2015)  
NILO BATISTA (BRASIL)  
ROBERTO BERGALLI (ARGENTINA)  
JORGE DE LA RUA (ARGENTINA 1942-2015)  
EDGARDO ALBERTO DONNA (ARGENTINA)  
LUIGI FERRAJOLI (ITALIA)  
JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA (CHILE)  
JULIO B. J. MAIER (ARGENTINA)  
SERGIO MOCCIA (ITALIA)  
FRANCISCO MUÑOZ CONDE (ESPAÑA)  
ESTEBAN RIGHI (ARGENTINA)  
GLADYS ROMERO (ARGENTINA 1933-2014)  
NORBERTO SPOLANSKY (ARGENTINA)  
JUAREZ TAVARES (BRASIL)  
JOHN VERVAELE (HOLANDA)  
JOSÉ SAEZ CAPEL (ESPAÑA)

THOMSON REUTERS

**LA LEY**

## COMITÉ DE REDACCIÓN

GABRIEL IGNACIO ANITUA  
FERNANDO ARNEDO  
JAVIER BAÑOS  
RICARDO BASÍLICO  
VERÓNICA BILCZYK  
MARÍA LAURA BÖHM  
JOSÉ ANGEL BRANDARIZ GARCÍA  
LEONARDO BROND  
CARLOS CARAMUTI  
ROBERTO MANUEL CARLÉS  
CARLOS CHIARA DÍAZ  
MELINA DE BAIROS MOURA  
JAVIER DE LUCA  
HORACIO DIAS  
MATÍAS EIDEM  
DANIEL ERBETTA  
ADRIÁN FERNÁNDEZ  
RUBÉN E. FIGARI  
MARIANO GUTIÉRREZ

JUAN MANUEL LEZCANO  
MANUEL MAROTO CALATAYUD  
JULIANA OLIVA  
LORENA PADOVAN  
JORGE PALADINES RODRÍGUEZ  
MARCELA PAURA  
GABRIEL PÉREZ BARBERÁ  
JONATHAN POLANSKY  
PABLO QUALINA  
RODRIGO M. RASKOVSKY  
MARCELO RIQUERT  
GUIDO RISSO  
CRISTINA SÁNCHEZ HENRÍQUEZ  
MÁXIMO SOZZO  
PABLO TELLO  
VALERIA VEGH WEIS  
MYRNA VILLEGAS DÍAZ  
JONATAN WAJSWAJN  
VERÓNICA YAMAMOTO  
DIEGO ZYSMAN QUIRÓS

## CON EL AUSPICIO DE

## ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA (ALPEC)

### **Criterios uniformes para el envío de colaboraciones**

Los trabajos de doctrina y/o comentarios jurisprudenciales deben ser remitidos vía e-mail a [laley.redaccionjuridica@thomsonreuters.com](mailto:laley.redaccionjuridica@thomsonreuters.com)  
Los mismos deben ir acompañados del currículum vitae del autor y sus datos de contacto.

ISSN: 0034-7914

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: EN TRÁMITE

IMPRESO EN LA ARGENTINA - Propiedad de La Ley Sociedad Anónima - Tucumán 1471 - CP1050AAC - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina - Tel.: (005411) 4378-4841

**Nota de la Dirección:** las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

# SUMARIO

## **DERECHO PENAL**

---

### DOCTRINA

Problemas de tipicidad por factores culturales Por <b>María Javiera Olguín Ríos</b> .....	3
Los fundamentos de la pena en los “crímenes de Estado”: el poder (auto) punitivo legitimado por la criminología crítica Por <b>Matías Bailone</b> .....	13
El abuso sexual infantil Por <b>María Pilar Marco Francia</b> .....	26
Neurociencias, sistema neuroendocrino, Derecho penal y abusos sexuales en la infancia Por <b>María Pilar Marco Francia</b> .....	38
Sexualidad, violencia y Derecho penal Por <b>María Pilar Marco Francia</b> .....	49
“Ni una menos” Por <b>María Pilar Marco Francia</b> .....	61
Corrupción y criminalidad organizada. Aproximaciones al terrorismo, el contraterrorismo y el tráfico de armas Por <b>Myrna Villegas Díaz</b> .....	66
El “caso Messi” y la aplicación de la teoría de la ignorancia deliberada en materia de delitos fiscales Por <b>Francisco J. Crocioni</b> .....	84

## **PROCESAL PENAL**

---

### DOCTRINA

Reparación simbólica y sentencia integral. Ampliando el sentido de Justicia  
Por **Ernesto F. Lombardi y Adriana S. Taboada** ..... 99

Acción pública y víctima: alguien tiene que ceder. Observaciones en torno a la ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos 27.372  
Por **Yanina Di Blasio** ..... 112

### NOTA A FALLO

Comentario prisión domiciliaria  
Por **Luis Ceserani** ..... 119

PRISIÓN DOMICILIARIA / Dolencia del reo. Inexistencia de enfermedad terminal. Rechazo del pedido de prisión domiciliaria. Condición de ex juez federal del reo. Condiciones de seguridad personal. Uso de pulsera electrónica. Rechazo del recurso de casación (CFCasación Penal) .... 119

## **DERECHO PENAL INTERNACIONAL**

---

### DOCTRINA

La teoría de la pena en el delito internacional de genocidio  
Por **Natalia Hirschhorn** ..... 131

## **CRIMINOLOGÍA**

---

### DOCTRINA

Cesare Beccaria, la humanidad de las penas y la prisión permanente revisable en el Código Penal español  
Por **Alejandro Luis De Pablo Serrano** ..... 145

La emergencia securitaria en tiempos de criminología mediática  
Por **Natalia Hirschhorn** ..... 166

## **POLÍTICA CRIMINAL**

---

### DOCTRINA

Los discursos de *Lady Macbeth*. El antiterrorismo penal en el ámbito armonizado internacional  
Por **Matías Bailone** ..... 181

## **PENAL JUVENIL**

---

### DOCTRINA

La revisión periódica de la pena en la justicia juvenil. Una vez más, acerca del carácter programático u operativo de los tratados de derechos humanos

Por **Mary Beloff, Mariano Kierszenbaum y Martiniano Terragni** ..... 197

## **GRANDES EMPRESAS, ACTIVIDADES LESIVAS Y DERECHOS HUMANOS**

---

### DOCTRINA

Pueblos indígenas. Herramientas conceptuales

Por **Ángela Catrilef Santana, Florencia Zubeldia Cascón, María Elicia Lobato y Esteban Pizá** .... 205

Macrocriminalidad. Herramientas conceptuales

Por **Silvia Contrafatto, Micaela Guevara, Laura Hinojosa y Manuela Loperfido** ..... 212

Victimología. Herramientas conceptuales

Por **Leandro Costanzo, Federico Mannará, Julia Álvarez Icaza Ramírez y Julio Anativia** ..... 220

Autorregulación empresarial. Herramientas conceptuales

Por **Denisse Cufre, Rodrigo M. Raskovsky, Sofía Lascano y Santiago Botero** ..... 229

## **COMENTARIO BIBLIOGRÁFICO**

---

Reseña de *La muerte del verdugo. Reflexiones Interdisciplinarias sobre el cadáver de los criminales de masa*, por **Sévane Garibian (coord.)**. Comentado por **Valeria Vegh Weiss** ..... 243

# Los discursos de *Lady Macbeth*. El antiterrorismo penal en el ámbito armonizado internacional

POR MATÍAS BAILONE

**Sumario: I. El (des)orden internacional punitivo desde la Sociedad de las Naciones.— II. La financiación del terrorismo como nuevo discurso ordenador.— III. Armonizar la represión, el camino punitivo.**

*“¿Y si el daño colateral fuese el verdadero objetivo de toda la operación? ¿Y si el verdadero objetivo de la guerra contra el terror no fuera solamente el reordenamiento geopolítico global de Medio Oriente y más allá, sino también de la misma sociedad norteamericana? Deberíamos por tanto tener mucho cuidado y no librar falsas batallas: los debates acerca de lo malvado que era Sadam e incluso acerca del coste de la guerra y demás son pistas falsas. La atención se debería concentrar en lo que de hecho ocurre en nuestras sociedades, en qué tipo de sociedad está apareciendo aquí y ahora como resultado de la guerra contra el terror. El resultado último de la guerra será un cambio en nuestro orden político” (Slavoj Zizek, Irak, “La tetera prestada”) (1)*

## I. El (des)orden internacional punitivo desde la Sociedad de las Naciones (2)

En 1937 la Sociedad de Naciones redactó una convención para prohibir las llamadas actividades terroristas, produciendo la primera definición del terrorismo como “todo acto criminal dirigido contra un estado destinado a causar un estado de terror en la mente de un determinado grupo de personas o en la sociedad toda”(3). Sólo la India ratificó esta convención, y tuvieron que pasar treinta y cinco años antes que la comunidad mundial volviera sobre el tema. Cuan-

do lo hizo, fue bajo los auspicios de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI) para contrarrestar el fenómeno creciente de secuestros de aviones: entre 1947 y 1958 hubo 23 secuestros de aviones, principalmente de ciudadanos del otro lado de la cortina de hierro buscando asilo político. Después de un período de calma, los secuestros se volvieron comunes en 1968, con 364 secuestros de aviones en todo el mundo entre 1968 y 1972 (4).

En 1963 fue adoptada la primera de las tres convenciones de la Organización de la Aviación Civil Militar (OACI) (la Convención de Tokio sobre crímenes y otros actos cometidos a bordo de las aeronaves del 14 de septiembre de 1963; el Convenio de La Haya para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves del 16 de diciembre de 1970; Convención para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil del 23 de septiembre de 1971) definiendo los atentados contra aviones e individualizando una serie de medidas de seguridad para los pasajeros. Considerada como la primera convención antiterrorista, esta convención especializada gozó de una amplia ratificación (aproximadamente 180 estados partes) precisamente porque no mencionaba la palabra ‘terrorismo’, al no haberse alcanzado un acuerdo en su definición (5).

La Convención de La Haya de 1970 (el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito

(1) ZIZEK, Slavoj, “Irak. La tetera prestada,” Ed. Losada, Madrid, 2008.

(2) El presente ensayo forma parte del libro en preparación: BAILONE, Matías, “Criminología del Antiterrorismo. Respuestas penales y criminológicas al terrorismo”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2018.

(3) Convención para la prevención y castigo del terrorismo de la Sociedad de Naciones (1937).

(4) Ver RUMERMAN, J., “Aviation Security”, [http://www.centennialofflight.gov/essay/Government\\_Role/security/POL18.htm](http://www.centennialofflight.gov/essay/Government_Role/security/POL18.htm).

(5) Ver CASSESE, A., “International Criminal Law”, (OUP, 2003), ps. 120-21 (discusión sobre el punto muerto sobre la permisión de la excepción de los ‘freedom fighters’); ver también GUILLAUME, G., “Terrorism and International Law”, 53, ICQL 537, 540, 2004, p. 539.

de aeronaves) se convirtió en el modelo para todas las siguientes convenciones de terrorismo, incluidas las convenciones regionales adoptadas entre 1971 y 2002; la Convención de la OEA para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y extorsión conexa cuando estos tengan trascendencia internacional (1971); la Convención Europea para la supresión del terrorismo (Consejo de Europa, 1977); la Convención regional para la supresión del terrorismo de la Asociación Sudasiática para la cooperación regional (1987); la Convención Árabe para la supresión del terrorismo (Liga de Estados Árabes, 1998); la Convención de la Organización de la Unión Africana para prevenir y combatir el terrorismo (1999); la Convención para combatir el terrorismo de la Organización de la Conferencia Islámica (1999); el Tratado de cooperación para combatir el terrorismo entre los Estados miembros de la Comunidad de Estados Independientes (1999); y la Convención Interamericana contra el terrorismo (2002).

Cada una de las Convenciones de Naciones Unidas crea así su propio régimen verticalmente armonizado: obliga a los estados partes a criminalizar las conductas descritas por las convenciones, establecer jurisdicción nacional sobre las mismas y de extraditar o perseguir a los perpetradores (*aut dedere, aut judicare*), mientras al mismo tiempo se alienta a los estados a proveer la cooperación judicial y policial necesaria para prevenir el terrorismo internacional.

Las convenciones regionales intentan crear una armonización más eficaz, extendiendo una respuesta común a los delitos definidos en las convenciones especializadas de Naciones Unidas —entre ellos el terrorismo—, pero también aquí los resultados han sido insatisfactorios debido al irresoluto problema conceptual y a las ratificaciones sujetas a reservas.

Sin embargo, la búsqueda de una definición comprensiva de terrorismo ha continuado (6). El primer comité *ad hoc* en terrorismo interna-

cional fue creado en 1972, al que le siguieron las resoluciones sobre terrorismo de la semestral Asamblea General. El título, bajo el cual se publicaron estas resoluciones (“Medidas para prevenir el terrorismo internacional que pone en peligro vidas humanas inocentes o causa su pérdida, o compromete las libertades fundamentales, y estudio de las causas subyacentes de las formas de terrorismo y los actos de violencia que tienen su origen en las aflicciones, la frustración, los agravios y la desesperanza y que conducen a algunas personas a sacrificar vidas humanas, incluida la propia, en un intento de lograr cambios radicales”) (7) demostraba los infructíferos esfuerzos por conciliar las diferencias conceptuales que manejaban los estados participantes, reconocer la excepción para los actos cometidos en el curso de conflicto armado para liberación nacional y la necesidad de dirigirse a las causas subyacentes del terrorismo.

Hasta los comienzos de 1980, los ataques terroristas estaban íntimamente relacionados con causas específicamente nacionales, aún si los ataques no eran exclusivamente locales (v.gr., los ataques de la RAF en Alemania a personal militar norteamericano, o varios ataques relacionados con el conflicto en Medio-Oriente, incluyendo uno de 1972 y otro de 1987 del Ejército Rojo Japonés, apoyando a la Organización para la Liberación de Palestina). Pero el secuestro de personal de la embajada norteamericana de 1979 en Teherán fue aparentemente el primer acto de terrorismo islámico; le siguieron diversos ataques en Beirut desde 1982-1984 (incluyendo ataques simultáneos en instalaciones francesas y norteamericanas matando a 299 personas) y, en 1985, el primero de numerosos secuestros de ciudadanos norteamericanos y franceses en El Líbano. La responsabilidad por estos hechos fue reclamada por varios grupos islámicos. Pero quizá más decisiva fue el shock, en octubre de 1985, de ver en televisión cómo palestinos enmascarados mataron un pasajero en silla de ruedas del Achille Lauro y luego lo tiraron al mar (8). Des-

(7) GA res. 3034 (XXVII), 1972.

(8) Es de sumo interés la obra musical realizada por el compositor norteamericano John ADAMS (“The death of Klinghoffer”, 1991) en donde se relaciona el atentado “terrorista” con el sufrimiento del pueblo palestino y el surgimiento de la Organización de Liberación de Palestina. Dicha obra de alto valor artístico y humanista fue censurada

(6) Y continúa todavía. En la agenda desde 1996 (ver res. de AG 51/210, del 17/12/1996) el borrador de la convención general sobre terrorismo internacional (UN Doc A/C.06/55/1) está todavía bajo discusión. Ver GOODE-NOUGH, P., “Terrorism definition again causing problems at UN”, CNSNews.com (31/08/2005).

pués de esto, Egipto ofreció un salvoconducto a los terroristas (9).

Un cambio de actitud se hizo patente recién en 1985, cuando la Asamblea General “inequívocamente condena, como criminal, todos los actos, métodos, y prácticas de terrorismo cometidos en donde y por quien sea”(10). No fue hasta 1991 que este cambio se vio reflejado en los títulos de las resoluciones sobre terrorismo de la Asamblea General, que pasaron a ser simplemente: “Medidas para eliminar el terrorismo internacional”(11). La concisión posiblemente refleja el creciente consenso contra el terrorismo, debido a los acontecimientos de finales de los ochentas (12), cuando se internacionaliza el excedente del terrorismo doméstico y “la presión de los políticos, los medios de comunicación y las ONGs” se hace más fuerte (13).

Esta actitud se hace cada vez más inflexible durante la década siguiente: una resolución del Consejo de Seguridad de 1992 sobre los ataques contra el vuelo de Pan Am 103 en 1988 y el vuelo UTA 772 en 1989, declaró que esos actos de terrorismo constituyen una amenaza a la paz y seguridad internacional (14), preparando así el terreno para futuras acciones del Consejo de Seguridad bajo la órbita del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas. Pero fue la resolución de 1994 de “Medidas para eliminar el terrorismo internacional” que señaló el “amplio acuerdo”

reiteradamente en los países centrales después del 2001 por mostrar un costado humano de los conflictos políticos subyacentes a los llamados crímenes terroristas.

(9) Cfr. Centro para el Control y no Proliferación de Armas, “Significant Terrorist Attacks Against the United States and its citizens 1946-2001”, <http://www.armscontrolcenter.org/terrorism/101/timeline.html#1960>; ver también la línea de tiempo del terrorismo internacional hecha en Questions Internationales, <http://www.thucydid.com/realisations/comprendre/terrorisme/terrorisme.chrono.htm>.

(10) AG res. 40/61 (09/12/1985), para 1.

(11) AG res 16/51 (09/12/1991).

(12) Ver CASSESE, ob. cit., ps. 123-24 (citando la aceptación del Primer Protocolo Adicional de 1977 como solución a la dicotomía luchadores de la libertad/terroristas, la “caída de los regímenes socialistas y la gradual desaparición de las guerras de liberación nacional”).

(13) GUILLAUME, ob. cit., p. 539.

(14) CS, res. 731 (21/01/1992).

en una “definición general” de terrorismo (15): “Los actos criminales con fines políticos concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas son injustificables en todas las circunstancias, cualesquiera sean las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra índole que se hagan valer para justificarlos”(16).

Esta definición es sustancialmente similar a la de 1937, la significativa diferencia es que no está limitada a conductas antiestatales, para excluir cualquier posible excepción. Sin embargo el acuerdo no ha sido completo: no sólo la Convención para la supresión de la financiación del terrorismo de 1999 modificó la definición (17), sino que las convenciones de la OUA (Organización de la Unión Africana) y la OCI (Organización de la Conferencia Islámica) también de 1999 (18), después de reiterar el lenguaje de la Asamblea General, condenando inequívocamente el terrorismo en todas sus formas, provee una excepción para las conductas perpetradas durante los conflictos armados de liberación nacional.

La versión en inglés de estas convenciones puede permitir construir esta excepción a la luz del derecho internacional que prohíbe actos terroristas durante los conflictos armados, sólo cuando la finalidad perseguida no resulte clara a los efectos liberacionistas, autorizándolos en caso contrario. Por ejemplo, el art. 3[1] de la Convención de la OUA dice que “la lucha llevada a cabo por personas de acuerdo a los principios del derecho internacional para su liberación o libre determinación”. La frase “de acuerdo a” claramente modifica “la lucha llevada a cabo”

(15) CASSESE, ob. cit., p.121.

(16) AG res. 49/60, 17 febrero 1995, para I.3.

(17) El Convenio Internacional para la represión de la Financiación del Terrorismo, NNUU Doc A/54/109 (09/12/1999) fue elaborado por el Comité Ad Hoc creado por la resolución 51/120 de la Asamblea General del 17 de diciembre de 1996, como parte de un “marco legal general de convenciones sobre terrorismo internacional”.

(18) La Convención Árabe concluida por la Liga de Estados Árabes que mantiene calidad de observador en Naciones Unidas, es sustancialmente similar a la Convención de la OCI.



y puede ser interpretada como que los medios usados durante dicho conflicto deben ser acordes al derecho internacional. Cf. Convención de la OCI art. 2º(a): “La lucha del pueblo... dedicada a la liberación y libre determinación de acuerdo con los principios del derecho internacional”. Aquí lo definido por el derecho internacional es la “liberación” y la “libre determinación”.

## II. La financiación del terrorismo como nuevo discurso ordenador

La convención de financiación del terrorismo de 1999 provee, por fin, lo que algunos consideran que es una definición de terrorismo (19) como parte de una aproximación comprensiva para combatirlo. Similar a aquellas tomadas por la legislación norteamericana contemporánea (Ley Antiterrorista y de Pena de Muerte Efectiva de 1996 (AEDPA), que criminaliza la financiación del terrorismo y provee medidas de congelamiento de fondos) (20), esta aproximación refleja el reconocimiento de un *link* entre lavado de dinero y crimen global, e implementa la estrategia emergente de combatir dicho crimen siguiendo la ruta del dinero (21). La convención define primero al terrorismo por referencias a todas las preexistentes convenciones especializadas, para luego indirectamente definir el terrorismo de la siguiente manera: “Cualquier otro

acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo” (art. 2º b) (22).

Sin embargo, un acuerdo sobre esta definición no se alcanzó fácilmente: sólo cuatro estados ratificaron la Convención de Financiación del Terrorismo antes del 11 de septiembre de 2001, fecha desde la cual tomó directa participación en el asunto el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. A través de la resolución 1373 del 28 de septiembre de 2001 se convierten las cláusulas de la convención en vinculantes para los estados miembros, y se establece un Comité de Antiterrorismo para controlar la implementación de las mismas (23).

Además, en una sesión extraordinaria del Plenario en octubre del 2001, el GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional) expande su misión para incluir asesoría a los estados en combatir la financiación del terrorismo y ha publicado desde entonces recomendaciones en este aspecto. El Consejo Europeo de Ministros ha actualizado recientemente la Convención de lavado de dinero del Consejo de Europa de 1990 (24), específicamente para “implementar totalmente” la Convención de Financiación del Terrorismo (25), añadiendo medidas de prevención. Por lo tanto, los resultados deberían desembocar en una armonización normativa y práctica en cuanto a la lucha contra la financiación del terrorismo.

(19) Ver CASSESE, ob. cit., p. 121.; ver también PHILIP, Ch., “Rapport sur l’Union européenne et la lutte contre le terrorisme”, (Documentation française, 2005), p. 6. GUILLAUME, ob. cit., p. 539 (calificándola como un intento fallido de definición).

(20) Ver también AG res. 51/210 (supra Nº 24), para 3 (f), que pide a los Estados implementar medidas para “prevenir y contrarrestar” la financiación del terrorismo.

(21) Ver, inter alia, Declaración de Naciones Unidas sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional (A/Res/ 49/60, 09/12/1994); DE LEMOS CAPELLER, W., “La transnationalisation du champ pénal: réflexions sur les mutations du crime et du contrôle”, 35 *Droit et Société* 61-77 (1997); FATF webpage de Financiación del Terrorismo ([http://www1.oecd.org/fatf/TerFinance\\_en.htm](http://www1.oecd.org/fatf/TerFinance_en.htm)); VAN RUYMBEKE, R., “Porquoi les démocraties sont vulnérables”, en 11 Septembre, un an après, *Les Monde/éd de l’aube*, 2002, 93-99 (remarcando que los jueces han sido llamados desde 1996 a combatir el crimen transnacional para la transparencia de las transacciones financieras); y WAYNE, E. A., “Terrorism, Money Laundering, Arms Trade, and Drug Smuggling: Remarks to the Riyadh Counter-Terrorism international conference”, (06/02/2005) (<http://www.state.gov/e/eb/trls/rm/2005/42342.htm>).

(22) Cfr. BAILONE, Matías, “El antiterrorismo y su impacto sobre los derechos humanos a propósito de la ley 26.268”, en *Infojus*, SAIJ, Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, 2007.

(23) CS res. 1373 (28/09/2001), paras 1(a)-(d) y 6, respectivamente.

(24) Convenio del Consejo de Europa relativo al lavado de dinero, identificación, embargo y confiscación de los productos del delito, ETS Nº 41 (1990).

(25) Convenio del Consejo de Europa relativo al lavado de dinero, identificación, embargo y confiscación de los productos del delito y sobre financiación del terrorismo (03/05/2005).

En cuanto a la armonización internacional sobre terrorismo el resultado es menos claro. Aunque sean muchos los que estados hayan ratificado la Convención para la Financiación del Terrorismo, su definición del terrorismo reintroduce el tema de la condición de civiles y el contexto de luchas liberacionistas que llevaron a un desacuerdo (26), como lo ilustran las convenciones de la OUA y de la OCI.

Se puede razonablemente concluir que el “terrorismo es un término sin significado legal. Es simplemente un modo conveniente de aludir a actividades, ya sea de los estados o de los individuos, extensamente desaprobadas, y cuyos métodos usados son ilegales, o se dirigen contra objetivos protegidos, o ambos casos” (27).

Los redactores del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional llegaron a una conclusión similar, decidiendo no darle jurisdicción a la Corte sobre el terrorismo debido a la falta de una definición clara y unívoca, pero principalmente por el riesgo de politizar la CPI, la naturaleza menos grave del terrorismo comparada con los otros crímenes que están bajo la jurisdicción de la Corte y el hecho de que los estados persiguen más eficazmente estos crímenes (28).

Sin embargo, una conclusión más optimista es que a través de los años, la armonización normativa del terrorismo ha ocurrido *de facto*, al menos en un nivel abstracto que requiere tres amplios elementos:

1. acción criminal violenta o la amenaza de la misma,
2. con la intención de crear terror (intimidar),
3. por razones políticas, religiosas o ideológicas (29).

(26) TIEFENBRUN, S., “A Semiotic Approach to a Legal Definition of Terrorism”, 9, ILSA J. Intl. & Comp. L. 357, 363 (2003) (remarcando, por ejemplo, el desacuerdo internacional sobre si sólo los civiles pueden ser víctimas del terrorismo, así como sobre el significado de civiles).

(27) GUILLAUME, ob. cit., p. 541 (con cita de HIGGINS, R., “The General International Law of Terrorism”, en HIGGINS R. - FLORY, M., International Law and Terrorism (Routledge 1997), p. 28.

(28) Ver CASSESE, ob. cit., p. 125.

(29) Ver ídem p. 124; de acuerdo GUILLAUME, ob. cit., p. 540.

Las convenciones regionales y las legislaciones nacionales confirman esta hipótesis: mientras la primera convención regional definía al terrorismo por la referencia al estatus de la víctima como persona protegida (30), las convenciones de 1999 de la OUA y la OCI incorporan y amplían la definición de Naciones Unidas de 1994, que incluye los tres elementos recién mencionados.

También la Convención Interamericana contra el Terrorismo de 2002 y la Convención del Consejo de Europa de 2005 (31) definen al terrorismo por referencias a todas o a gran parte de las convenciones de Naciones Unidas, incluyendo la Convención de Financiación del Terrorismo, incorporando así su definición de terrorismo; y la Decisión Marco de la Unión Europea para combatir el terrorismo de 2002 (32) fue adoptada específicamente para proveer una definición común de terrorismo (33) que sea aproximada en todos los estados miembros (34). Además, una revisión de la legislación nacional indica que las definiciones del terrorismo generalmente contienen los tres elementos arriba enumerados (35).

El Consejo de Seguridad respondió a los atentados de Madrid del 11/03/2004 con una resolución (CS, res. 1566, 08/10/2004), que contiene una definición de terrorismo más completa, pero no más concreta que la contenida en la Convención de Financiación del Terrorismo.

### III. Armonizar la represión, el camino punitivo

Sin embargo, la clave para la armonización de la represión del terrorismo internacional no será claramente la definición de la ofensa en sí misma, ya que los estados han estado combatiendo el terrorismo durante décadas sin la ayuda de

(30) Convención de la OEA, supra N° 11, art. 2°.

(31) Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (03/05/2005).

(32) Decisión Marco para combatir el terrorismo, OJ L 164, 22/06/2002, p. 3.

(33) Ver BARRAU, A., Rapport sur les Mesures Prises par l'Union européenne à la suite des attentats terroristes aux États-Unis (documentation française, 2001), p. 9.

(34) Decisión Marco para combatir el terrorismo, supra N° 42, preámbulo, para 6.

(35) Ver en general TIEFENBRUN, supra N° 35.

una definición completa. Esto ha conducido a prácticas dispares que no serán armonizadas solamente por el revestimiento de una definición.

Además, el crecimiento de la presión política conectada con las consecuencias cada vez más devastadoras del terrorismo ha conducido a la realización extendida de prácticas represivas que no son específicas de la lucha contra el terrorismo, pero que están diseñadas para contener o repeler una amenaza “internacional”. Las duras prácticas de detención y las limitadoras políticas de asilo que son usadas para combatir el crimen organizado y la inmigración ilegal están siendo ofrecidas como medidas de antiterrorismo.

Esta praxis se apoya en la resolución 1373 del Consejo de Seguridad, que pide a los estados a tomar medidas apropiadas antes de conceder el estado de refugiado, para asegurar “que quien pide asilo no haya planeado, facilitado o participado en la comisión de actos terroristas” [par 3 (f)].

Combatir el terrorismo se transforma en una prioridad por sobre la protección de refugiados, y eso altera el orden de importancia de las cosas. A través de las políticas migratorias o de las políticas financieras es como se dio efectivamente una armonización internacional. Es decir, una armonización de facto de las prácticas punitivas.

No hace falta ser un refugiado o un extranjero para ser detenido en condiciones inhumanas, violentando todos los tratados, normas y convenciones. Clamando por responder a los ataques del 11 de septiembre, muchos estados y la propia Unión Europea han sancionado una legislación represiva que muchos de ellos ya tenían, pero nunca había obtenido los niveles de apoyo suficiente. Canadá adoptó su primera ley antiterrorista días después de los ataques —una ley que había sido suspendida durante años debido a su probable incompatibilidad con la Carta de Derechos y Libertades canadiense— (36).

(36) Ver BOISVERT, A. M. - DUMONT, H., “Chronique législative canadienne”, en RSC, 2004, ps. 203-206 (discusión sobre la ley canadiense antiterrorista del 18 de diciembre de 2001 llamada “Ley de enmienda al Código Penal, a la ley de servicio secreto y de procedimiento criminal de lavado de dinero y otras leyes, previniendo la constitución de supuestas obras de caridad que tiendan a solventar el terrorismo”).

Al mismo tiempo, se sancionó una versión más restrictiva de una ley de inmigración, que estaba pendiente durante varios meses, proporcionando más motivos para rechazar aplicaciones de asilo y aumentando los poderes de la detención (37).

Mientras tanto la Unión Europea proclamó las Decisiones Marcos sobre Terrorismo y sobre la Orden de Arresto europea (38) como la “respuesta europea al 11 de septiembre”(39), aunque la Orden de Arresto no esté limitada al terrorismo y ambas decisiones sean parte de un paquete más grande que estaba ya bajo discusión. Además, los Estados Unidos, el Reino Unido y Francia, entre otros países, rápidamente adoptaron una nueva legislación que aumentó el poder arbitrario de detención del estado.

De esta forma, a través del aprovechamiento del “shock” del que veníamos hablando, los ataques del 11 de septiembre aceleraron la implementación de una respuesta de lucha del terrorismo (detención, expulsión, y denegación de entrada) en contravención con los derechos protegidos constitucional y convencionalmente, en particular: el derecho de no ser detenido arbitrariamente (40), el derecho de estar libre de discriminación (41), el derecho de asilo (42) y el derecho de no ser torturado (43).

Un rasgo común de las leyes antiterroristas es el largo período de la detención preventiva para

(37) Ídem p. 204.

(38) Decisión Marco relativa a la orden de detención y entrega europea entre los estados miembros. OJ L 190, 18/07/2002, p. 1.

(39) Ver el sitio web con el mismo nombre, BARRAU, supra.

(40) Cfr. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 999 UNTS 171 (1966) (ICCPR), (art. 9); Convención Americana de Derechos Humanos, 1144 UNTS 123 (1969) (ACHR), (art. 7); y la Convención Europea de protección de Derechos Humanos y libertades fundamentales, 213 UNTS 221 (1950) (ECHR), art. 5°.

(41) ICCPE, art. 2° y 14; ACHR, art. 1°; ECHR, art. 14; Constitución de Estados Unidos enmienda XIV.

(42) Convención sobre el estatuto de los refugiados de 1951, 189 UNTS 150.

(43) Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, 1465 UNTS 85 (1984) (CAT), art. 3°; ICCPR, art. 7°; ACHR, art. 5°; ECHR, art. 3°.

los casos de delitos menores. En Francia, el período de custodia preventiva es de 24 horas, renovables sólo una vez por la oficina del Fiscal General (los fiscales en Francia son considerados oficiales judiciales para el caso de la prohibición de detención arbitraria de la Convención Europea de Derechos Humanos), con el derecho de media hora de consulta a su abogado tan pronto como la detención comienza y de nuevo apenas comienza la renovación (44). En casos de terrorismo la detención aumenta a un total de 96 horas, sin derecho a consultar a un abogado hasta las 72 horas (45). En 2006 el límite temporal de detención fue nuevamente aumentado hasta 144 horas o 6 días (46).

En España el Código de Procedimientos Penales fue reformado en noviembre de 2003 para aumentar el plazo de detención incomunicada de sospechosos de terrorismo (en aislamiento, en los interrogatorios y delante del juez es representado por un abogado designado que puede no dirigirse al detenido directamente) de cinco a un posible máximo de trece días (47).

El caso de Estados Unidos requiere algunas precisiones. La orden militar presidencial de detención y juzgamiento de ciertos no ciudadanos en la guerra contra el terrorismo (48), deniega la protección del sistema de justicia criminal a ciertos sospechosos de terrorismo. Aunque la Corte Suprema fijó que las comisiones militares establecidas por esta normativa eran inconstitucionales (49) su temprana decisión referida a ciudadanos norteamericanos que habían sido calificados de combatientes ilegales crea un régimen excepcional intermedio entre la justicia criminal y la militar que otorga a los defendidos los derechos del debido proceso de la quinta enmienda que deben ser interpretados a la luz de los intereses mili-

tares (50). Estas excepciones ya fueron analizadas en otro lugar (51).

No hay un régimen procesal penal de excepción en los Estados Unidos. El límite de tiempo de detención de cuarenta y ocho horas se aplica a cualquier arresto sin autorización: primero, dentro de ese plazo, un juez debe hacer una determinación de la causa probable de detención, que no requiere la presentación del detenido (52). Segundo, la acusación debe ocurrir también dentro de las cuarenta y ocho horas, pero el tiempo sólo comienza a correr mientras la corte está en sesión; los detenidos a menudo son así retenidos de tres a cuatro días antes de ver a un juez o ser informado de los cargos contra ellos, o en muchos casos hasta de ver a su abogado, ya que este es designado de oficio (53).

Como ya vimos, desde el 11 de septiembre de 2001 los Estados Unidos han evitado el sistema de justicia penal ordinario en su “guerra contra el terror”, y la gran mayoría de los detenidos en el esquema de esta, no lo han sido como sospechosos de terrorismo, sino como testigos materiales conforme a un estatuto (54) que asegura la detención de quien que pudiese tener información para un proceso penal, y cuya presencia en el proceso no pueda ser razonablemente asegurada. Los susodichos límites de tiempo por lo tanto no se aplican y, aunque un tribunal inferior dispusiera lo contrario (55), desde el 11 de septiembre los jueces de apelación en un fallo final confirman la potestad del gobierno de detener a un testigo material durante varias semanas sin tomar su testimonio (56), como mero objeto peligroso susceptible de inocuización. Como con-

(50) Ver “Hamdi v. Rumsfeld”, 542 U.S. 507 (2004).

(51) Cfr. BAILONE, Matías: “El derecho penal antiterrorista y el Estado constitucional de derecho”, Ed. Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, Mayté, 2012.

(52) “Gerstein v. Pugh”, 420 US 103, 114 (1975), “Condomo de Riverside v. McLaughlin”, 500 US 44 (1991).

(53) Ver Oficina del Fiscal de distrito del Condado de Alameda (California), Post Arrest Time Limits (2003) (<http://www.co.alameda.ca.us/da/pov/documents/postarrestsummer2003.pdf>, visitado el 26/08/2005).

(54) 18 USC §3144.

(55) “United States v. Awadallah”, 202 F. Sups. 2d 82 (SDNY 2002).

(56) “Awadallah v. United States”, 349 F. 3d 42 (2d Cir. 2003); “Awadallah v. United States”, 125 S.Ct. 861 (2005).

(44) Código de procedimiento penal francés, arts. 63 y 63-4.

(45) Ídem, arts. 63-4 y 706-88.

(46) Ver ley 2006-64 del 23/01/2006 de Lucha Contra el Terrorismo, Seguridad y Control de las Fronteras, OJ nro. 20, 24/01/2006, p. 1129.

(47) Ver “Setting an example? Counter-terrorism measures in Spain”, 17 Human Rights Watch (2005) 1.

(48) 66 Federal Register 57833 (13/11/2001).

(49) ver “Hamdan v. Rumsfeld”, 126 S. Ct. 2749 (2006).

secuencia de los ataques al *World Trade Center*, al menos cuarenta y cuatro individuos, algunos incluso ciudadanos de los Estados Unidos fueron detenidos, así como testigos materiales durante períodos de tiempo que van desde unos días a varios meses (57).

En el Reino Unido la respuesta al 11 de septiembre fue la de extender, por prolongados—incluso ilimitados— períodos de tiempo las detenciones de extranjeros sospechosos de terrorismo (58). En diciembre de 2004 la Cámara de los Lores, en la apelación de nueve sospechosos que habían sido detenidos sin juicio previo por tres años, sostuvo que la ley era discriminatoria, en violación a la Convención Europea de Derechos Humanos (59). Sin embargo, los Lores no tienen la potestad de derogar una norma, por lo tanto, los sospechosos no fueron liberados hasta que el Parlamento promulgó una nueva normativa (60) que permite el arresto domiciliario indefinido tanto de ciudadanos como de extranjeros si es judicialmente aprobado (en general decretado por el ministro del Interior). Los detenidos fueron liberados a partir de entonces con más medidas de seguridad previstas en la nueva ley: “deben permanecer en sus casas 12 horas por día, no pueden hacer llamados telefónicos y deben usar los brazaletes electrónicos de control. No pueden ir a reuniones fuera de su casa ni recibir visitas sin permiso de la corte” (61). La *Terrorism Act* de 2006, votada después de los ataques en Londres de julio de 2005, incrementó el plazo de la detención preventiva en casos de terrorismo a 28 días.

(57) Cfr. FAINARU, S. - WILLIAMS, M., “Material Witness Law has Many in Limbo”, en *Washington Post*, 24/11/2002, A01.

(58) Antiterrorism, Crime and Security Act 2001: (<http://www.legislation.hmso.gov.uk/acts/acts2001/20010024.htm>).

(59) Cfr. “A(FC) v. Sec of State for Home Dep’t”, UKHL 56, 2004, párr. 73, sosteniendo que “la sección 23 de la Antiterrorism, Crime and Security Act 2001, es incompatible con el art. 5º y 14 de la Convención Europea en cuanto crea estas desproporciones y permite las detenciones de sospechosos terroristas internacionales en un modo discriminatorio de su status de nacionalidad o inmigración”.

(60) Prevention of Terrorism Act 2005 UK (11/03/2005).

(61) DANISZEWSKI, J., “Blair Wins Passage of Security Law”, en *Los Angeles Times*, 12/03/2005.

En los Estados Unidos la detención indefinida de extranjeros no ha sido todavía completamente excluida (62): la sección de la *Patriot Act* (63) que parece permitir tal resultado es contradictoria, disponiendo en el mismo párrafo el mantenimiento y la finalización de la detención (64), en contradicción con una decisión de la Corte Suprema (65) que sostiene que la detención indefinida de extranjeros por parte de la Oficina de Inmigración es inconstitucional, aun cuando la deportación sea improbable debido a que ningún país los recibirá. Para alcanzar esta conclusión, la Corte dijo que cuando la detención preventiva está basada en la potencial amenaza a la comunidad de los detenidos, la peligrosidad debe ir acompañada de otras circunstancias especiales, como por ejemplo enfermedad mental, así como respetando escrupulosamente los procedimientos penales (66).

En enero de 2002, cuatro meses después de los ataques al *World Trade Center* y la resolución 1371 del Consejo de Seguridad que enfatiza la necesidad de protegerse contra el abuso del asilo, la Corte Suprema de Canadá determinó que un refugiado que signifique un riesgo de seguridad para Canadá debido a sus vínculos con el terrorismo debe ser devuelto a su país de origen, aunque existiese el peligro de ser torturado (67). Esta decisión entra en grave contradicción no

(62) En el caso “Padilla c. Hanft” (2005) la Corte de Apelación establece que un ciudadano americano arrestado en los Estados Unidos puede ser detenido indefinidamente sin juicio como un enemigo combatiente. Viceversa, en el caso de Hamdi la Corte Suprema ha afirmado que un ciudadano americano capturado en un campo de batalla extranjero no puede ser detenido indefinidamente.

(63) USA Patriot Act (26/10/2001).

(64) Ver 8 USC §1226a[2]: “...este tipo de detención debe prescindir de cualquier hipótesis de suspensión de la medida de detención que el sujeto pueda elegir... si finalmente se decide de no proceder a la expulsión la medida de detención deber terminar”.

(65) “Zadvydas v. Davis” 533 U.S. 678, 121, S.Ct. 2491 (2001). Ver también “Clark v. Martínez”, 543 U.S. 371 (2005).

(66) DOW, M., “What We Believe They Deserve: Guantanamo, 9/11, Haitians, Mariel Cubans, and National Security as a Pretext for Unchecked”, en *Power* 12, *Tulsa J of Comp. & Intl.* 61, ps. 67-75.

(67) “Suresh v. Canadá” (2002) 1. s. c. r. 3. Para un análisis de la decisión ver BOURBON, S., “The Impact of Terrorism on the Principle of Non-Refoulement of Refugees:

sólo con la Convención contra la Tortura, sino también con la decisión del mismo día de la propia Corte en la que sostiene que no debe deportarse a un refugiado considerado peligroso para la comunidad debido al peligro de ser torturado (68). Es consecuente, sin embargo, con la creencia popular que la deportación de terroristas es el equivalente con la deportación del terrorismo.

Siguiendo el ejemplo de Canadá en la adopción de la legislación inmigratoria y de asilo más dura, los Estados Unidos adoptaron la *Real ID Act* de marzo de 2005 (69). Esta ley limita severamente la posibilidad de los refugiados de obtener asilo, de acuerdo con la práctica común a muchos estados de usar al terrorismo como una justificación adicional para prácticas de antiinmigración que violan sus obligaciones conforme al derecho internacional. Por ejemplo, *Amnistía Internacional* ha desacreditado las prácticas de asilo en la “Fortaleza Europa”(70), criticando la carencia de Italia de una ley de asilo completa y las detenciones a largo plazo y expulsiones de grupos de inmigrantes sin la debida evaluación de su condición de refugiados, y concluyendo que, en España, donde las condiciones de detención y la falta de rescate en el mar viola el derecho de refugiados, el derecho de asilo está en “peligro de extinción”(71). Mientras dichas prácticas son inconsistentes con la Convención de Refugiados y la CEDH (Protocolo 4, art. 4º), parecen estar de acuerdo con la política de la Unión Europea “de la entrada controlada” de refugiados, a través de la que se busca reducir las prácticas de asilo a los

The Suresh Case before the Supreme Court of Canada”, en JICJ, 2003, ps. 169-185.

(68) Cfr. BOURGON, ob. cit., ps. 180-81 (su “Ahani v. Canada”, 2002). La Convención para los Refugiados permite de hecho el regreso al país de origen en determinadas circunstancias, pero no tiene en cuenta la tortura: el art. 33 prohíbe el regreso a quienes su vida o libertad esté en peligro en el país de origen, pero luego deniega esta protección a personas que ponen en riesgo la seguridad del país donde se pide asilo. En particular, personas que han cometido ciertos crímenes, incluso obviamente el terrorismo, pueden no recibir protección en base a esta convención [art. 1º (f)].

(69) P.L. 109-13.

(70) Cfr. AMNESTY INTERNATIONAL, “The human cost of Fortress Europe: asylum-seekers unfairly detained and unfairly expelled”, 20/06/2005 (<http://www.amnesty-eu.org/static.html/pressrelease.asp?cfid=12&id=233&cat=4&l=1>).

(71) *Ibidem*.

no comunitarios creando campos de detención fuera de la Unión Europea (72).

Para lidiar con el fantasma del terrorismo dentro de sus fronteras, muchos Estados —los Estados Unidos *primus inter pares*—, han decidido que las leyes inmigratorias son un arma altamente efectiva, al menos políticamente (73). Jac-tándose del progreso de la guerra contra el terror, la administración Bush ha acorralado a las poblaciones originarias del Oriente Medio y los ha deportado por pequeñas infracciones: durante la investigación inicial de los ataques del 11 de septiembre, 768 sospechosos musulmanes o árabes fueron arrestados por violaciones inmigratorias, y muchos de ellos fueron deportados después de haber sido descartada cualquier conexión con el terrorismo. Desde entonces, más de 500 fueron arrestadas por causas inmigratorias, ya que el gobierno utiliza contra el terrorismo la misma política empleada durante años para combatir el tráfico ilegal de drogas: usar las herramientas del control inmigratorio para detener a sospechosos y obtener información (74).

Los nuevos criterios de deportación también apuntan a aquellos que respaldan o apoyan la

(72) Cfr. From European Migration and Asylum Policies to Foreigners Camps ([http://www.libertysecurity.org/IMG/pdf/4\\_page\\_migreuerop\\_EN.pdf](http://www.libertysecurity.org/IMG/pdf/4_page_migreuerop_EN.pdf)); Ver también el Memorandum del Consejo de la Unión Europea “Adoption of Council Conclusions on improving access to durable solutions (28/10/2004). El 1 de septiembre de 2005 la Comisión propuso nuevas reglas sobre inmigración y asilo, partiendo del hecho que se hacen necesarios estándares comunes para prevenir la inmigración ilegal que se aprovecha de las diferencias normativas de ir de un país a otro; AMES, P., EU Commission Proposes New Asylum Rules, Associated Press, 02/09/2005.

(73) Ver FERNÁNDEZ, Luis A. - MCDOWELL, Meghan, “Sobre la vida insostenible en el estado de Arizona. Antiinmigración y limpieza étnica”, en ZAFFARONI, Raúl (dir.), Revista de Derecho Penal y Criminología, Ed. La Ley — Thomson Reuters, junio de 2012, Buenos Aires. Y ver IGLESIAS SKULJ, Agustina, “El cambio en el estatuto de la ley penal y en los mecanismos de control: flujos migratorios y gubernamentalidad neoliberal”, Ed. Comares, Granada, 2011.

(74) Ver por ejemplo SHERIDAN, M. B., “Immigration Law as Antiterrorism Tool”, en Washington Post, 13 giugno 2005, A01. Esta táctica fue usada por primera vez por el Magistrado John Ashcroft para arrestar a Al Capone, acusado de evasión fiscal, por falta de pruebas de delitos más graves (Cfr. SACK, K., “Chasing Terrorists or Fears?”, en *Los Angeles Times*, 24/10/2004).

actividad terrorista o persuaden a otros de hacerlo (75). El Reino Unido hizo propios estos criterios después de los dos atentados en Londres en julio de 2005 (76). Claramente apuntando a los clérigos musulmanes como “fomentadores del terrorismo”, el Reino Unido sostuvo su intención de deportar los firmando acuerdos con países como Jordania que aseguran que los deportados no serán torturados (77). Esta táctica fue inmediatamente criticada por Manfred Novak, el investigador especial sobre tortura para la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que dijo que demuestra “una tendencia en Europa para circunvenir la obligación internacional de no deportar” (78) personas que probablemente serán sujetas a tortura.

Dicha respuesta al terrorismo ha sido etiquetada de “disparatada” y “unilateral” (79). Pero mientras los Estados busquen contener lo que es percibido como una amenaza extranjera a través de la exclusión de los extranjeros, habrá una armonización de las llamadas prácticas preventivas: detención, expulsión y exclusión de entrada. Otras medidas preventivas incluyen espionaje (muchos países han expandido los poderes de investigación desde septiembre de 2001, a menudo con un estándar muy bajo de restricciones y garantías) (80) y rastreo de la financiación del

terrorismo. Estas últimas dos medidas pueden convertir a la sociedad civil en un agente anti-terrorista, en oposición a su rol fundamental de ser un control —en el nombre de la libertad— al desborde del poder absoluto.

Combatir al terrorismo internacional requiere cooperación interestatal. La verdadera armonización será por lo tanto un resultado de interacciones prácticas a través del camino tradicional de la cooperación entre agencias y la revisión judicial. Pero para centrar esta armonización alrededor de las normas de derechos humanos, el rol de la sociedad civil no puede ser ignorado.

Las interacciones prácticas entre actores tradicionales han tenido ya un efecto, como lo ilustran las decisiones de la Cámara de los Lores (81) y de la Corte Suprema de los Estados Unidos de 2004 (82). A este tradicional sistema de interacción vertical, viene hoy a sumarse un ulterior sistema de interacción horizontal constituido por el juicio transnacional, que puede ser definido como un grupo político de pares que adoptan similares medidas antiterroristas. Un ejemplo de interacción horizontal es el caso de los dos ciudadanos alemanes con vínculos a los atentados del 11 de septiembre que fueron absueltos de la participación en los ataques (uno fue condenado por delitos menores) porque los Estados Unidos se negaron, por motivos de seguridad nacional, proporcionar el acceso a testigos o información que satisfaría las garantías del debido proceso del tribunal alemán (83). Los estados

(75) Ver REAL ID Act del 2005, Sesión 103[4]. Ver también la Convención del Consejo de Europa del 2005, supra nro. 41, art. 5º y la resolución del Consejo de Seguridad 1624 del 14 de septiembre 2005 que parece criminalizar la ‘provocación pública’ del terrorismo.

(76) Ver DANISZEWSKI, J., “Britain Issues Criteria for Deportation”, en *Los Angeles Times*, 25/08/2005.

(77) Ver “Memorandum of Understanding Between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Hashemite Kingdom of Jordan Regulating the Provision of Undertakings in Respect of Specified Persons Prior to Deportation”, 10/08/2005.

(78) MACASKILL, E. - GLOVER, J. - DODD, V., “Expulsions illegal, UN tells Clarke”, en *The Guardian*, 25/08/2005.

(79) GUILLAUME, ob. cit., p. 540.

(80) Ver por ejemplo la Patriot Act, la sección 213 (donde se afirma que es posible efectuar pesquisas en domicilios y tomar pruebas sin preaviso al interesado), 215 (pide al tribunal de ordenar al FBI para obtener documentos u otras informaciones personales que son reclamadas como información clave para combatir el terrorismo internacional) y el 505 (pide a los proveedores de internet

la información del consumidor y de sus correos electrónicos dárseles al FBI por pedido de una carta de seguridad nacional sin ninguna supervisión judicial o de la crítica pública). La sección 505 ha sido declarada inconstitucional: “Doe c. Ashcroft” (2004). Ver también la ley francesa 1062/2001 (15/11/2001), art. 23, que permite para chequear la identidad y búsqueda de vehículos la emisión de órdenes abiertas. La ley 204/2004 del 09/03/2004 ha limitado estas disposiciones al crimen organizado. Ver OJ N. 59, 10/03/2004, p. 4567.

(81) A(FC), supra nro. 67.

(82) HAMDI, ob. cit.; “Rasul c. Bush”, (2004) en donde se establece que ciudadanos extranjeros capturados dentro de los Estados Unidos tienen derecho al habeas corpus.

(83) Cfr FLEISHMAN, J., “9/11 Defendant Sentenced on a Lesser Charge”, en *Los Angeles Times*, 20/08/2005 (se habla de la negativa de los Estados Unidos de garantizar el acceso a los testigos detenidos y de la sospecha de los

que deseen evitar tales resultados serán obligados a cumplir con los estándares más garantistas de otro Estado.

Pero un giro copernicano siguió a los atentados madrileños del 11/03/2004 con respecto al interés por las causas subyacentes del terrorismo. La sociedad civil, en conjunto con los actores políticos, ha sido llamada a jugar un rol fundamental en la lucha contra el terrorismo. El preámbulo a la resolución 1566 del Consejo de Seguridad del 8 de octubre de 2004, introduce de nuevo la preocupación por las causas subyacentes que fue bruscamente dejada de lado de las resoluciones de la Asamblea General en 1991 y ha dificultado durante más de 40 años las tentativas de convenir una definición del terrorismo (84): “realzando el diálogo y ensanchando el entendimiento entre civilizaciones... abordando conflictos regionales no resueltos y una variedad de cuestiones globales se contribuirá” (85) a la cooperación internacional necesaria para combatir el terrorismo (86).

El Club de Madrid (un rancio grupo de ex jefes de estado y gobierno que hacen *lobbys* para sus grandes empresas) ha atribuido, en algunos documentos redactados a un año de los atentados a la capital española, un rol significativo a la sociedad civil en la lucha contra el terrorismo, proponiendo redes de ciudadanos para construir democracia participativa y explícitamente excluyendo a las ONGs, a quienes ven como tratando de imponer democracia desde arriba o desde afuera (87).

Lo lamentable de esta historia, es que la sociedad civil ha sido convocada a las armas en la ‘guerra contra el terror’ tanto política como

tribunales de que la información obtenida sea a través de tortura).

(84) Cfr. GOODENOUGH, ob. cit.

(85) S/Res/ 1566, 08/10/2004.

(86) Cfr. BAILONE, Matías, “El antiterrorismo como paradigma desalentador de la participación ciudadana: el caso de País Vasco desde la teoría agnóstica de la pena”, en Cuadernos de Seguridad Instituto Nacional de Estudios Estratégicos de la Seguridad, Ed. Ministerio de Seguridad-Presidencia de la Nación, Buenos Aires, 2011, 14, ps. 107-124.

(87) Ver “The Club de Madrid Series on Democracy and Terrorism”, Ed. Club de Madrid, 2005, 3, ps. 33-34.

legalmente (88). Algunos carteles en el metro de París exhortaban a los pasajeros a ser un “vigilants ensemble”; en los Estados Unidos, en una acción que recuerda la era mccarthista, el *American Council of Trustees and Alumni* ha publicado un informe sobre profesores universitarios que cuestionaban la ‘guerra contra el terror’, sosteniendo que tales profesores son el eslabón débil en la respuesta americana a los ataques terroristas y solicitando a los estudiantes y miembros de la facultad a denunciarlos (89).

Pero al mismo tiempo, parte de la sociedad civil se ha repuesto de estos ataques o del ‘shock’ primigenio para defender las libertades fundamentales de los ataques de los poderes legislativo y ejecutivo. Uno de los primeros grupos que protestó su reclutamiento en la guerra contra el terror fueron los bibliotecarios, quienes de acuerdo con la *Patriot Act* deben proveer los registros de préstamos y lecturas bajo petición del FBI, sin informar a la persona bajo sospecha (90).

Esta protesta alcanzó unas dimensiones nacionales que jugaron un rol vital para obtener las limitaciones legislativas de la *Patriot Act*. Ya en 2005, 395 “zonas seguras de libertades civiles”(91) han adoptado las “Resoluciones contra la *Patriot Act*”, estableciendo que ningún empleado gubernamental local u oficial de policía podrá “asistir oficialmente o cooperar voluntariamente” con procesos prescriptos por la *Patriot Act* que violen libertades civiles (92). Estas resoluciones influyeron de manera determinan-

(88) La lucha contra la financiación del terrorismo requiere la participación de sujetos que estén en la industria bancaria.

(89) Cfr. SHERMAN, M. J., “Tattletales for an Open Society”, en *The Nation*, 21/01/2002. Ver también BACH, A., “Vigilante Justice”, en *The Nation*, 03/06/2002, p. 18 (se citan ejemplos de ciudadanos que llaman a las autoridades para denunciar ‘actividades sospechosas’). Quizá para evitar estas connotaciones negativas, después de los atentados de Londres de Julio de 2005, los carteles en el metro de París han rectificado el “conjunto vigilante” por el “conjunto que presta atención” (*attentifs ensemble*).

(90) *Patriot Act* Section 215, supra nro. 89.

(91) Siete estados y 388 ciudades y pueblos con una población total de más de 62 millones de personas. 4 Dissent is Patriotic 1 (septiembre 2005) (<http://www.bordc.org/newsletter/bordcnews4-7.php>).

(92) Ver por ejemplo las resoluciones de la ciudad de Davis 03-18, Resolution to Oppose the USA PATRIOT Act,



te a los congresistas para apoyar las limitaciones a la ley cuando fue renovada en 2005 (93).

Con respecto a las detenciones en los Estados Unidos, el trabajo de abogados asociados con ONGs ha sido esencial, no sólo en la representación de detenidos e informando al Poder Judicial de la legislación local e internacional relevante al proceso (94), sino en primer lugar en obtener los nombres de los detenidos. Parece mentira que tantos años después de las crueles dictaduras del cono sur que implantaron los propios Estados Unidos, en su mismo suelo estén experimentando el mismo horror que vivimos en el Sur global.

Al contrario de la norma consuetudinaria contra la desaparición forzada de personas (95), la administración Bush bajo el pretexto de la seguridad nacional, se negó a divulgar los nombres de muchos detenidos en la investigación inicial de los atentados del 11 de septiembre (96). Han mantenido en secreto los nombres de más de 300 detenidos en Guantánamo hasta que un juez ordenó liberarlos, impidiendo así su representación legal hasta entonces (97).

Las ONGs también han ayudado a poner sobre el tapete las condiciones de detención en Guantánamo, incitando a los congresistas y a la prensa a visitar el infame sitio. La legislación desde

12 febrero de 2003 (<http://www.bordc.org/list.php>, visitado el 29/08/2005).

(93) Ver USA PATRIOT Act Reauthorization Votes, 4 Dissent is Patriotic 1, julio de 2005 (<http://www.bordc.org/newsletter/bordcnews4-5.php>).

(94) Cfr. El juez BREYER, S., "Remarks at the Collège de France on the place of international norms in American constitutional jurisprudence", 14/06/2005.

(95) Cfr. "Forti c. Suarez-Mason", (1988). Desaparición se define como la privación de la libertad personal a manos de agentes del Estado seguida por una ausencia de información, o negativa de conocer la privación de libertad, y de la total ignorancia de la suerte y del lugar donde se encuentra la persona desaparecida. La Asamblea General ha adoptado el 20/12/2006 una Convención a favor de las personas desaparecidas (International Convention on the Protection of All Persons from Forced Disappearance).

(96) Cfr. SHAPIRO, B., "Alien's Law", en *The Nation*, 17/12/2001, ps. 6-7 (se habla de la desaparición de un americano - palestino en los Estados Unidos).

(97) Ver NEUMEISTER, L., "Judge rejects argument that he is interfering with president's authority to wage war", Associated Press, 26/09/2005.

entonces ha estado destinada a regular procedimientos de detención, pero al contrario del fallo de la Corte Suprema de 2004 (98), ha limitado a los tribunales civiles de la jurisdicción para tramitar habeas corpus (99).

Como ya se ha señalado, aunque la Organización de Estados Americanos y el Consejo de Europa eran capaces, en la década del 70, de concluir convenciones antiterroristas que contengan amplias definiciones de terrorismo, la incapacidad de acordar una definición comprensiva del fenómeno terrorista al nivel de Naciones Unidas ha llevado a la adopción de numerosas convenciones que permiten la cooperación interestatal para combatir específicas formas de terrorismo. Mientras las primeras Convenciones de Naciones Unidas se enfocaban en eventos particulares luego de casos concretos (secuestros de aviones, por ejemplo), las siguientes se dirigían a desarrollos tecnológicos que podrían ser usados en el futuro u otros específicos fenómenos, como la financiación del terrorismo.

En la segunda mitad de la década del 80, los medios de comunicación enfocaron su atención en los conflictos de Oriente Medio que causaron un cambio en el clima político mundial, tal como explicitamos en la primera parte de esta tesis.

Como resultado de ello, las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas comenzaron en 1991 a condenar incondicionalmente el terrorismo y a anular las excepciones por las luchas de liberación nacional. En 1999 una amplia definición de terrorismo fue adoptada en la Convención de Naciones Unidas sobre Financiación del Terrorismo. Sin embargo, esta convención no fue ampliamente ratificada hasta que el Consejo de Seguridad tomó la delantera en respuesta

(98) "Rasul v. Bush", ob. cit., nota 89.

(99) Detainee Treatment Act del 2005. Publ.L. 109-148, 119 Stat. 2739. En "Hamdan c. Rumsfeld", 126 S.Ct 2769, la Corte Suprema ha decidido que la previsión normativa que excluía la jurisdicción para algunos casos análogos a aquel objeto del juicio no debe esperar también el pedido de habeas corpus pendiente al tiempo en que entra en vigor dicha ley, permitiendo a Hamdan alegar el propio pedido. Después del éxito de Hamdan contra las comisiones militares, el Congreso ha adoptado las Military Commissions Act (P.L. 109-366, 120 Stat. 2600, oct. 17, 2006), con las cuales definitivamente se quita jurisdicción a los tribunales en casos como este.

a los eventos del 11 de septiembre de 2001: actuando como legislador global, el Consejo de Seguridad adoptó una resolución que convierte en vinculantes las medidas sobre la Convención de Financiación del Terrorismo en todos los Estados Miembros y al mismo tiempo crea un comité supervisor para monitorear el cumplimiento de las mismas. Estas medidas deberían conducir a la unificación normativa y práctica contra la financiación terrorista.

Además, los términos de la resolución dan la prioridad a la lucha contra el terrorismo y la seguridad nacional, ensanchando la brecha entre el contraterrorismo y los regímenes de derechos humanos, en particular con respecto al derecho al asilo y la prohibición de la tortura.

Mientras los principales actores contribuyendo a la armonización del derecho penal son públicos, los actores económicos privados, así como los ciudadanos individuales se han convertido en agentes esenciales de la represión en la lucha contra el terrorismo. Con respecto a la supresión de la financiación del terrorismo, tanto la creación de las normas como el control de su aplicación es llevado a cabo por actores públicos nacionales e internacionales, pero su ejecución depende de actores económicos (bancos) tanto como de empleados individuales. Además, bajo la *Patriot Act* en Estados Unidos los individuos (bibliotecarios, dueños de librerías, miembros de iglesias y otras organizaciones políticas y religiosas) pueden ser requeridos para participar en los esfuerzos del FBI para obtener información sobre otros individuos.

Los actores claves que se oponen a esta forma de represión son los miembros de la sociedad civil (individuos y ONGs). En los Estados Unidos, por ejemplo, organizaciones de bases han influido exitosamente en el proceso legislativo y han obtenido mayores protecciones de derechos civiles bajo la renovada *Patriot Act*. Internacionalmente las ONGs han sido las más activas en la búsqueda de una mayor protección de los derechos de los refugiados y los inmigrantes y en un mejor balance, en general, entre los derechos humanos y el antiterrorismo. Mientras estos esfuerzos no han retrasado significativamente la armonización de las normas y prácticas represivas antiterroristas, la cooperación internacional policial y judicial puede compensarlos hasta

cierto punto: cuando los jueces se insertan en una especie de revisión transnacional entre pares de los estándares del debido proceso y otras garantías de derechos fundamentales, puede obligarse que los Estados cumplan con estándares más altos del debido proceso de otro Estado para obtener extradiciones o resultados satisfactorios en un juicio.

Cada Convención especializada de Naciones Unidas produce su propio régimen verticalmente armonizado: cada Estado Miembro debe criminalizar las conductas definidas en la convención. En la medida en que estas convenciones son referenciadas en convenciones regionales, sus normas también consiguen la armonización horizontal. La Convención de Financiación del Terrorismo de 1999 obtuvo el singular resultado de armonizar tanto el régimen específico de supresión de financiación del terrorismo y, hasta cierto punto, una definición del terrorismo *per se*. De hecho, el régimen antifinanciación del terrorismo ha sido completamente armonizado en forma vertical y puede ser hasta unificado por mandato de Consejo de Seguridad, ya que la resolución 1373/01 crea un comité para supervisar la implementación estatal de la normativa antifinanciación.

Además, la Convención de Financiación del Terrorismo está referenciada en la Convención Interamericana contra el Terrorismo de 2002 y en la Convención del Consejo de Europa de 2005. Sus provisiones, por lo tanto, incluso la definición de terrorismo, disfrutaron de unas ciertas medidas de la armonización horizontal. Sin embargo, dos convenciones regionales de 1999 (OEA y OCE) incorporan la definición de terrorismo de la Asamblea General de 1994 en lugar de la de la Convención de Financiación del Terrorismo, y componen una discontinuidad normativa por la inclusión de la excepción de las luchas de liberación nacional. Además, la Decisión Marco de la Unión Europea de 2002 contiene una definición de terrorismo distinta de la Convención de Financiación del Terrorismo, creando así discontinuidad entre su régimen y el de Naciones Unidas / Consejo de Europa.

Las discontinuidades sectoriales también abundan. La Convención de refugiados de 1951 deniega su protección a personas que hayan cometido ciertos crímenes internacionales, inclu-

yendo obviamente el terrorismo, y permite a los Estados no sólo denegar su entrada al país sino devolverlos a su país de origen si representan un peligro para la seguridad nacional. La Convención contra la Tortura y las convenciones regionales de derechos humanos tratan de llenar este hueco prohibiendo a los estados devolver a sus países a personas que estarán en peligro de ser torturadas. Sin embargo, la resolución 1373/01 del Consejo de Seguridad acentúa la necesidad de prevenir el abuso del asilo. Pero a partir de los atentados de Londres de 2005, la prohibición de expulsión ha sido dejada de lado para proteger la seguridad nacional: al menos dos estados han devuelto personas con lazos de terrorismo a sus países de origen, a pesar del riesgo de tortura. Las detenciones de larga duración parecen ser las únicas alternativas a la expulsión de un individuo que represente un riesgo a la seguridad nacional, pero dicha detención puede violar tanto la Convención de Refugiados como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El régimen antiterrorista internacional es así un sistema de alta complejidad compuesto por numerosos subsistemas creados por convenciones específicas (100). Algunos de estos subsistemas contribuyen a armonizar los ordenamientos nacionales debido a la amplia ratificación de las convenciones particulares o, en el caso de la Unión Europea, a través de la integración de decisiones marco. Esta completividad vertical es reforzada horizontalmente cuando los instrumentos regionales referencian o reproducen normas de Naciones Unidas. En general la multiplicidad de instrumentos internacionales al nivel de Naciones Unidas ha llevado a la discontinuidad normativa: los estados eligen —de acuerdo con sus propios intereses— qué convenciones ratificar y pueden estar ligados por instrumentos regionales que competen o entran en conflicto con normas de Naciones Unidas. Más inquietante es todavía el grado de inconsistencia política y

axiológica del régimen antiterrorista: no sólo el abierto conflicto con el régimen de derechos humanos produce políticas y prácticas antagónicas cuando los estados tratan de cumplir con obligaciones internacionales, sino que el callejón sin salida político —que es la base de este régimen— sigue produciendo el tipo de resultado ilustrado por el caso Posada con el que abrimos este capítulo. Esta inconsistencia pone en juego la validez de los intentos de armonizar este régimen.

Paradójicamente los intentos de armonización del régimen antiterrorista internacional han producido todavía más normas. La multiplicidad, debido a la inherente naturaleza política del terrorismo, disminuye la previsibilidad de la aplicación de cualquiera de estas normas, con la posible excepción de las normas antifinanciación.

Además, gran parte de la ‘guerra contra el terror’ desde 2001 se ha efectuado con leyes de inmigración en lugar de normas propiamente penales, haciendo inaplicables las disposiciones en materia del terrorismo. Al mismo tiempo, las normas que apuntan a limitar la libre circulación de los extranjeros no parecen particularmente efectivas: los atentados de Londres muestran que el terrorismo islámico es una amenaza tanto doméstica como internacional. Por otro lado, ha disminuido el peligro constituido por otros grupos extremistas después de 2001.

Está claro que desde el 2001, las numerosas leyes antiterroristas se han redactado e implementado de un modo discriminatorio, y que la armonización del régimen antiterrorista que gira alrededor de endurecer las reglas de inmigración y de asilo, incluyendo la expulsión de los refugiados, tiende a negar, o a reducir al menos, cualquier inicial validez axiológica. Y esa, como dijimos, es la única armonización realmente existente, la de las prácticas punitivas discriminatorias, en eso todos los estados de orbe muestran una sincronidad espeluznante. Sobre temas que aumentarían las garantías y la certeza del derecho, absolutamente nada. ♦

(100) Sobre este tema, ver BAILONE, Matías, “El derecho penal antiterrorista...”, cit., p. 349.