



NACIONES UNIDAS

ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS
OFICINA EN COLOMBIA

UNITED NATIONS

HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS
OFFICE IN COLOMBIA

Intervención del señor Amerigo Incalcaterra, Director Adjunto de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en el Seminario internacional “Terrorismo: Retos del siglo XXI”

PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA EL TERRORISMO: LOS LÍMITES DE LA ACTIVIDAD ANTITERRORISTA DEL ESTADO

(Bogotá, D.C., 27 de julio de 2004)

En nombre de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, agradezco a los organizadores de este seminario internacional la invitación a participar en él con el propósito de formular ante ustedes algunas reflexiones sobre el tema del marco jurídico de las acciones estatales para prevenir y reprimir la criminalidad terrorista.

Para dar inicio a mis reflexiones quiero citar unas palabras del documento Los derechos humanos como marco de unión, presentado ante la Comisión de Derechos Humanos en el año 2002 por la entonces Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, señora Mary Robinson:

“...Una estrategia internacional eficaz de lucha contra el terrorismo debería utilizar los derechos humanos como marco de unión. La idea de que las violaciones de los derechos humanos son admisibles en determinadas circunstancias es errónea. La esencia de los derechos humanos es que la vida y la dignidad humanas no deben verse comprometidas jamás, y que ciertos actos, ya sea que los cometan agentes estatales o no estatales, no están nunca justificados para ningún fin. La normativa internacional de derechos humanos y el derecho internacional humanitario definen los límites de la conducta política y militar permisible. El enfoque irresponsable de la vida y la libertad humanas socava las medidas de lucha contra el terrorismo”¹.

Dentro de las obligaciones generales que asume un Estado de acuerdo con sus compromisos de índole internacional en materia de derechos humanos, está la de prevenir las conductas que vulneran o amenazan esos derechos, provengan ellas de agentes del Estado o de personas de condición particular.

Ello implica que el Estado ponga en práctica una política de prevención y adopte

¹ NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: Los derechos humanos como marco de unión*, E/CN.4/2002/18 del 27 de abril de 2002, párr. 5.

—a través de sus diversos órganos— las medidas de orden legal y administrativo necesarias para que los servidores públicos encargados de hacer cumplir la ley acaten, de manera permanente y cabal, las normas internacionales y nacionales relacionadas con el respeto y la garantía de los derechos humanos.

Al desarrollar sus tareas en materia de guarda del orden público y de persecución del delito, el Estado no puede desconocer que sus deberes de respetar y garantizar los derechos humanos le imponen, al mismo tiempo, obligaciones de abstención y obligaciones de acción. Así lo establecen las normas internacionales, entre ellas el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los artículos 1º y 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los cuales exigen de las autoridades públicas abstenerse de conductas como privar arbitrariamente de la vida, torturar, infligir tratos crueles, inhumanos o degradantes, detener en forma ilegal o arbitraria, o desaparecer a las personas.

Es claro, entonces, que cuando un Estado previene, reprime y sanciona los comportamientos de quienes emplean el terrorismo como medio de acción política o como método de guerra, o los comportamientos de quienes se involucran en homicidios y en secuestros, actúa como protector y garante de los derechos humanos.

Las acciones legítimas emprendidas por los Estados para prevenir la ejecución de actos de terrorismo y para llevar ante la justicia a los responsables de planearlos, financiarlos, mandarlos cometer y ejecutarlos, deben ser miradas como algo justo y necesario.

Para la Organización de las Naciones Unidas todo acto de terrorismo “constituye una amenaza a la paz y la seguridad”², y es injustificable en toda circunstancia, independientemente de las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra índole que se hagan valer en el empeño de justificarlo³.

Los actos de terrorismo —ya se produzcan dentro de una situación de conflicto armado, ya se den por fuera de ella— son considerados por la comunidad internacional como crímenes singularmente graves, cuya comisión merece la más severa condena moral y política.

Conviene precisar que los actos de terrorismo perpetrados en el marco de un conflicto armado se hallan prohibidos, de modo absoluto e incondicional, por el artículo 33 del IV Convenio de Ginebra y por los artículos 4º,2,d) y 13,2. del Protocolo II. La doctrina del Comité Internacional de la Cruz Roja expresa sobre dichas normas: “...La prohibición de los actos de terrorismo, sin otra mención, cubre no sólo los actos dirigidos contra las personas, sino también los actos contra instalaciones y que puedan provocar incidentalmente víctimas. Cabe destacar que los actos o las amenazas de violencia cuya finalidad sea aterrorizar a la población

² NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE SEGURIDAD, *Resolución 1465 de 2003*, párr. 3

³ Ver NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, *Resolución 49/60 de 17 de febrero de 1995*, párr. 3.

civil constituyen una forma particular de terrorismo y son objeto de una prohibición específica...”⁴.

Los actos de terrorismo, sin embargo, no han de ser confundidos con otros actos criminales —enunciados por normas del derecho internacional humanitario y del derecho penal internacional— que se planean y ejecutan con propósitos distintos al de sembrar el terror. También es necesario hacer una clara distinción entre los actos terroristas y los actos de guerra, aun si estos últimos, aunque realizados de conformidad con el *ius in bello*, llegan a crear miedo intenso entre la población civil.

Las normas dictadas para enfrentar el terrorismo han de referirse exclusivamente —de modo claro y expreso— a la realización de conductas asumidas “con la intención de provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinadas personas”⁵. Ni el temor al terrorismo ni la respuesta a tan criminoso fenómeno deben conducir a la criminalización de pensamientos u opiniones, sino a la adopción de instrumentos normativos y procedimentales que permitan, dentro del marco del derecho internacional de los derechos humanos, investigar, detener, acusar, juzgar y sancionar a las personas responsables de dichos actos.

En su último informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, correspondiente al año 2003 y presentado ante la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el pasado mes de abril, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, observó en las autoridades del país “una tendencia a considerar toda violencia como terrorista, desconociendo de esta manera la existencia de un conflicto armado interno y la necesidad de aplicar consecuentemente el derecho internacional humanitario”⁶.

Es indiscutible que toda persona, ha de aceptar que la prevención estatal del terrorismo se cristalice en ciertas medidas restrictivas del ejercicio de algunos de sus derechos fundamentales (vgr. los registros al entrar a determinados lugares o al viajar en aeronaves, los retenes y requisas en vías públicas, etc.). Sin embargo, en ningún caso esas medidas antiterroristas pueden ser de tal género, naturaleza y entidad que su aplicación ponga a los ciudadanos en un estado permanente de inferioridad e indefensión frente a los poderes de las autoridades. La lucha contra la más atroz de las formas de la criminalidad violenta no es invocable para justificar el empleo de medios inconciliables con el respeto por los derechos y libertades fundamentales de la persona, o con la estricta observancia de las leyes y costumbres de guerra.

La actividad antiterrorista del Estado y los instrumentos internacionales de derechos humanos

⁴ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, *Comentario del Protocolo II*, párr. 4358.

⁵ NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, *Resolución No. 57/27 de 15 de enero de 2003*, párr. 3; Ver también NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, *Resolución 49/60 de 17 de febrero de 1995*, párr. 3.

⁶ NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, E/CN.4/2004/13 de 17 de febrero de 2004, Resumen, p. 2.

Todo Estado Parte de instrumentos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos se ha obligado internacionalmente a mantener su lucha contra el terrorismo dentro de los términos que esos instrumentos internacionales trazan a sus competencias en materia de protección del orden público y aplicación de la potestad punitiva.

En virtud de lo dispuesto por los artículos 26, 27 y 31 de la Convención de Viena, mientras el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos se hallen en vigor para un Estado, sus estipulaciones deben ser cumplidas e interpretadas por las autoridades de aquel de buena fe, y no pueden incumplirse alegando su incompatibilidad con el derecho interno.

Sobre el contenido y el alcance de la regla *pacta sunt servanda* en materia de tratados de derechos humanos, es de recordar la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, expuesta a raíz de una reforma constitucional adoptada por la República del Perú en materia de aplicación de la pena de muerte. En dicho dictamen la Corte decidió por unanimidad:

“1. Que la expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención, constituye una violación de ésta y, en el caso de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera la responsabilidad internacional de tal Estado.

2. Que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención, genera responsabilidad internacional para tal Estado. En caso de que el acto de cumplimiento constituya *per se* un crimen internacional, genera también la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que ejecutaron el acto”⁷.

El Estado Parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe conducir su actividad antiterrorista ajustándose a lo que uno y otro instrumento han previsto en materia de limitaciones y restricciones al ejercicio de los derechos humanos.

En esta materia debe distinguirse entre dos tipos de medidas destinadas a restringir o limitar el ejercicio de los derechos humanos⁸. Unas son las medidas cuyo fundamento es la suspensión excepcional de obligaciones —prevista en los artículos 4º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos— y otras aquellas tomadas con base en las normas convencionales que permiten, con arreglo a diversas disposiciones de los tratados, regular el ejercicio de tales derechos en circunstancias normales. Así, por ejemplo, el artículo 12,3. del Pacto *Internacional*

⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión Consultiva OC-14/94* del 9 de diciembre de 1994.

⁸ NACIONES UNIDAS, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Observación General No. 29*, 2001, párr. 4.

de Derechos Civiles y Políticos permite que el derecho a la libertad de circulación sea objeto de restricciones siempre y cuando:

- Tales restricciones se hallen previstas en la ley.
- Ellas sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública o los derechos y libertades de terceros.
- Ellas sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el mismo Pacto.

Las medidas adoptadas con base en aquellas normas de los tratados internacionales que permiten, por fuera de las situaciones excepcionales ya aludidas, restricciones específicas con respecto a la puesta en práctica de determinados derechos humanos, deben ceñirse a los principios de previsión normativa, necesidad, finalidad legítima, proporcionalidad, razonabilidad, no arbitrariedad y no discriminación⁹. En caso alguno dichas medidas pueden buscar como efecto o tener por resultado imposibilitar o limitar desproporcionadamente el ejercicio de los derechos enunciados en los pactos internacionales sobre la materia. Ello se desprende de lo estipulado en el artículo 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En consecuencia, resulta incompatible con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y con la Convención Americana sobre Derechos Humanos que un Estado proceda, dentro de su lucha contra el terrorismo, a sujetar permanentemente el ejercicio de derechos humanos enunciados en esos instrumentos a restricciones o limitaciones que tales tratados no permiten aplicar en tiempo alguno, o sólo toleran en forma temporal, como efecto de la transitoria suspensión unilateral de las obligaciones por ellos impuestas.

Los Estados Partes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos deben, al prevenir y al sancionar los actos de terrorismo, ajustarse a las estipulaciones de uno y otro instrumento en materias como el uso de la fuerza y la garantía de los derechos fundamentales a la intimidad, a la libertad de residencia, a la libertad individual, a la inviolabilidad del domicilio y a la independencia de la judicatura.

El uso de la fuerza

Cuando en la lucha contra el terrorismo el Estado debe hacer uso de la fuerza, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley han de actuar dentro de los principios y reglas adoptados por la comunidad internacional para regular el empleo de aquellos medios materiales o físicos aplicables con el objeto de mantener el orden público o restablecerlo donde haya sido perturbado. Según los instrumentos internacionales de derechos humanos el uso de la fuerza sólo es legítimo cuando se da¹⁰:

⁹ Ver NACIONES UNIDAS, OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Hoja Informativa No. 6*, Bogotá, 2001, pp. 7 y 8.

¹⁰ Ver NACIONES UNIDAS, OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Comunicado de prensa. Disturbios callejeros: Reflexiones sobre la*

- 1º En las circunstancias, por las causas y con los procedimientos señalados en la normativa internacional sobre los derechos humanos y en las disposiciones del derecho interno compatibles con dicha preceptiva.
- 2º En situaciones de carácter excepcional, como aquellas en que debe actuarse para evitar un mal mayor (vgr. la pérdida de vidas humanas).
- 3º En la medida estrictamente necesaria para el desarrollo de las legítimas funciones del Estado en materia de conservación y restablecimiento del orden público.
- 4º De manera proporcional a la entidad y gravedad de los hechos, sin exageraciones o desbordamientos.

Es de recordar que, conforme a las disposiciones internacionales, en caso de desorden público los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley están obligados, antes de recurrir al empleo de la fuerza, a utilizar, en la medida de lo posible, otros medios para disuadir a los participantes en las acciones ilícitas.

También es importante señalar que los únicos casos en los cuales pueden los encargados de hacer cumplir la ley recurrir eventualmente al uso de armas de fuego (siempre y cuando hayan resultado insuficientes medidas menos extremas), son:

- El de la defensa propia.
- El de la defensa de la vida o la integridad de otras personas.
- El de la prevención de ciertos delitos graves que entrañen una seria amenaza para la vida.
- El de la detención de una persona que represente grave peligro para la vida de otras y oponga resistencia física a los funcionarios encargados de privarla de la libertad.
- El de la prevención de la fuga de una persona que represente ese peligro, y
- El de la dispersión de reuniones públicas violentas.

Es útil poner de presente que en todo caso, según el ordenamiento internacional, el uso deliberado de armas letales sólo se justifica cuando ello es estrictamente inevitable para proteger una vida.

De lo anterior se deduce que la actividad antiterrorista del Estado no puede materializarse en la realización de conductas violentas por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

Medidas que afectan el derecho a la intimidad

Cuando en la lucha contra el terrorismo el Estado debe obtener informaciones, la búsqueda y el hallazgo de las mismas no pueden traducirse en prácticas que vulneren o amenacen el derecho a la intimidad o el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia.

El derecho a la vida privada y el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia se hallan reconocidos y enunciados en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 11,2. y 3. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En su Observación General No. 16, relativa al derecho al respeto a la vida privada, la familia, el domicilio y la correspondencia, ha sostenido el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas:

“...El artículo 17 del Pacto se refiere a la protección contra las injerencias tanto ilegales como arbitrarias. Esto significa que es precisamente en la legislación de los Estados donde sobre todo debe preverse el amparo del derecho establecido en este artículo.

El término ‘ilegales’ significa que no puede producirse injerencia alguna, salvo en los casos previstos por la ley. La injerencia autorizada por los Estados sólo puede tener lugar en virtud de la ley, que a su vez debe conformarse a las disposiciones, propósitos y objetivos del Pacto.

La expresión ‘injerencias arbitrarias’ atañe también a la protección del derecho previsto en el artículo 17. A juicio del Comité, la expresión ‘injerencias arbitrarias’ puede hacerse extensiva también a las injerencias previstas en la ley. Con la introducción del concepto de arbitrariedad se pretende garantizar que incluso cualquier injerencia prevista en la ley esté en consonancia con las disposiciones, los propósitos y los objetivos del Pacto y sea, en todo caso, razonable en las circunstancias particulares del caso”¹¹.

Ni el artículo 4º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ni el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos incluyen el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia entre los derechos intangibles (aquellos cuyo ejercicio no puede restringirse con medidas adoptadas bajo el estado de excepción). Sin embargo, por mandato de los citados instrumentos, ni aun dándose situaciones excepcionales cuyo surgimiento ponga en peligro la vida de la nación es legítimo someter la puesta en práctica de ese derecho a restricciones que no sean estricta e imperiosamente necesarias, que carezcan de finalidad legítima, que resulten desproporcionadas frente a las exigencias de la situación, o que puedan calificarse de irracionales, arbitrarias o discriminatorias.

En consecuencia la interceptación de las comunicaciones y el registro de la correspondencia sólo resultan lícitos cuando ellos se dan dentro del proceso penal. Frente a la normativa internacional sólo hay un caso en el cual el derecho humano a la inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación privada

¹¹ NACIONES UNIDAS, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Observación General No. 16*, 1988, párrs. 2, 3. y 4.

puede ser afectado en su ejercicio, goce y disfrute mediante intervenciones invasivas del poder público: cuando el Estado despliega su potestad punitiva para investigar la comisión de una conducta punible.

Como toda injerencia grave del Estado en la intimidad personal y familiar de los gobernados, las interceptaciones de la correspondencia y los registros de las comunicaciones deben estar sometidos a los principios de legalidad, proporcionalidad y judicialidad, de manera que la competencia para ordenar su práctica sólo puede estar en cabeza de autoridades judiciales del ramo penal: de funcionarios independientes e imparciales que procedan con el único fin de buscar pruebas requeridas dentro del ejercicio de la acción pública originada en el hecho punible, y que deban motivar toda medida que afecte los derechos humanos de cualquier sujeto procesal.

Medidas que afectan el derecho a la libertad de residencia

Cuando en la lucha contra el terrorismo el Estado debe aplicar controles sobre la libertad de las personas para establecerse en cualquier lugar del territorio nacional sin solicitar con tal fin autorización previa, tales controles no pueden vulnerar o amenazar el derecho a la libertad de residencia.

El derecho a la libertad de residencia se halla reconocido y enunciado por el artículo 12,1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y por el artículo 22,1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Con arreglo a lo dispuesto en los instrumentos internacionales (artículo 12,1. y 3. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 22,1. y 3. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), el ejercicio del derecho de toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado a escoger libremente en él su residencia y a residir en él con sujeción a las disposiciones legales, sólo puede ser objeto de restricciones previstas y fijadas en la ley.

Las ya citadas normas internacionales establecen con respecto al derecho a la libertad de residencia el principio de previsión normativa, en virtud del cual toda limitación a su ejercicio debe ser dispuesta a través de un acto emanado de la autoridad constitucionalmente facultada para hacer la ley. Así, pues, de conformidad con los pactos mencionados, corresponde de modo exclusivo al legislador nacional señalar los casos en que la autoridad estatal podrá interferir en el ámbito de dicha libertad. Si ello es así, resulta incompatible con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y con la Convención Americana sobre Derechos Humanos cualquier norma del derecho interno que faculte al Gobierno para imponer directamente, sin intermediación legislativa, restricciones a la libertad de las personas para escoger su sede residencial.

Una de las características básicas del Estado de derecho es la de la aplicación del principio de reserva de ley o reserva legal, en cuya virtud las disposiciones constitucionales exigen que determinadas materias sean reguladas por el

legislador, quedando así sustraídas —por imperativo de la propia “norma de normas”— a toda regulación de índole infralegal. En el caso de los derechos humanos, la reserva legal impide que el señalamiento de los términos de su ejercicio y de las modalidades de control del mismo pueda ser asumido por autoridades distintas a la representación popular, a la cual se asigna constitucionalmente la cláusula general de competencia. De esta manera la Ley Fundamental impide que las restricciones de esos derechos sean fijadas por órganos estatales cuyas actuaciones no están sujetas a la discusión pública propia de las cámaras legislativas.

En conclusión, para ajustarse a los tratados internacionales deben tener fuerza de ley todas las disposiciones del derecho interno que impongan a las personas la obligación de empadronarse o de registrar ciertos datos (vgr. el nombre, el domicilio, la profesión, etc.) ante las autoridades del Estado.

Desde luego, resultan incompatibles con la normativa internacional aquellas disposiciones legales sobre empadronamiento que, por su vaguedad e imprecisión, puedan conducir, eventualmente, a la adopción gubernativa de mecanismos ilegítimos de control sobre la intimidad de las personas, o al establecimiento de prácticas policivas contrarias al libre ejercicio de los derechos fundamentales a diferir y a disentir.

Medidas que afectan el derecho a la libertad individual

Cuando en la lucha contra el terrorismo el Estado debe privar a las personas de su capacidad individual de autodeterminación en el espacio y en el tiempo, las medidas de aprehensión o de captura no pueden vulnerar o amenazar el derecho a la libertad individual.

El derecho a la libertad individual o personal se halla reconocido y enunciado por el artículo 9º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y por el artículo 7º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Son plenamente compatibles con los tratados internacionales aquellas disposiciones del derecho interno que facultan a las autoridades de la rama ejecutiva para privar de la libertad, sin necesidad de previo mandamiento judicial, a personas cuya captura ha sido públicamente requerida o a personas con respecto a las cuales se cumplen las hipótesis de flagrancia. En este último caso se hallan, por ejemplo, los delincuentes sorprendidos y aprehendidos al momento mismo de cometer una conducta punible o en los momentos subsiguientes a la perpetración del crimen.

Por el contrario, los tratados internacionales sobre derechos humanos (artículo 9º,1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 7º,1., 2. y 3. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) sólo admiten la llamada detención administrativa —la privación de la libertad ordenada por servidores públicos del orden ejecutivo sin existir flagrancia ni mandamiento judicial de

aprehensión— en casos excepcionalísimos, como son los de situaciones en las cuales se da un grave, claro, extremado e inminente peligro para la sociedad que no puede conjurarse efectivamente de otro modo¹². Siendo ello así, resulta incompatible con las normas internacionales facultar permanentemente a las autoridades administrativas para aprehender y retener a personas que ni están in flagranti ni tienen en su contra una orden judicial de captura.

Es muy difícil justificar el hecho de que una persona amparada por la presunción de inocencia —establecida por los artículos 14,2. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8º,2. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos— pueda ver afectado drásticamente su derecho a la libertad individual por la mera circunstancia de que los funcionarios administrativos consideren necesario, por ejemplo, identificarla con el fin de establecer si ella es buscada o no por las autoridades judiciales. Las detenciones gubernativas con fines identificatorios pueden obviarse mediante el uso idóneo de los recursos que la ciencia y la tecnología han puesto a disposición del Estado para el desarrollo de sus funciones policivas y judiciales.

Por lo demás, es útil recordar que, según la jurisprudencia y la doctrina internacionales¹³, la detención administrativa:

- 1º No debe constituirse en medio para evitar las salvaguardias derivadas de la aplicación del principio de reserva judicial de la libertad individual.
- 2º Debe cumplir todos los requisitos exigidos por la normativa internacional para cualquier tipo de privación de la libertad. Por lo tanto:
 - a. No ha de ser arbitraria, sino fundarse en indicios necesarios (nunca en meras sospechas).
 - b. Ha de tener una causa precisa e inequívoca establecida en la ley.
 - c. Su ejecución deberá ceñirse al procedimiento legal para llevarla a cabo.
 - d. Su aplicación no podrá implicar retraso alguno en la entrega de la persona aprehendida a la autoridad judicial.
 - e. Estará siempre sometida a control de legalidad inmediato, a través del ejercicio del hábeas corpus.

¹² Ver NACIONES UNIDAS, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Comentario General sobre el derecho a la libertad personal* 8, párr. 4 e *Informe 1982*, p. 98; Ver NACIONES UNIDAS, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Cámpora c. Uruguay*, 1982, párr. 18; Ver NACIONES UNIDAS, CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, *Derechos humanos y prisión preventiva*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 1994, párrs. 180 y 184; Ver ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Diez años de actividades*, 1971-1981, Washington, 1982, pp. 319-320.

¹³ Ver NACIONES UNIDAS, OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *DRP/310/02*, Bogotá, 9 de agosto de 2002 y *Observaciones de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre el Decreto Legislativo 2002 de 2002*, 1º de octubre de 2002, pp. 16-17.

- f. No podrá prolongarse por tiempo indefinido.

A la luz de lo dispuesto por los artículos 9º,1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7º,3. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el ámbito de la persecución estatal del terrorismo constituye detención arbitraria —salvo en el caso excepcional de peligro claro y grave para la seguridad pública— el hecho de aprehender sin orden judicial a la persona que no fue privada de la libertad en el momento mismo de realizar la conducta punible o en los momentos que sigan a la ejecución de aquélla.

Medidas que afectan el derecho a la inviolabilidad del domicilio

Cuando en la lucha contra el terrorismo el Estado debe penetrar en los lugares donde las personas habitan o trabajan, tales irrupciones no pueden vulnerar o amenazar el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

El derecho a la inviolabilidad del domicilio se halla reconocido y enunciado por el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y por el artículo 11,2. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Dentro de la lucha antiterrorista no es admisible, por su incompatibilidad con el ordenamiento internacional, la práctica de registros domiciliarios administrativos. Con arreglo a las estipulaciones del artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el terreno penal la irrupción de las autoridades en un recinto resguardado por la inviolabilidad domiciliaria sólo puede darse sin mandamiento judicial cuando en aquel lugar hay una situación de flagrancia o es inminente la consumación de una conducta punible. De no darse cualquiera de esas dos hipótesis el allanamiento extrajudicial constituye una de las injerencias arbitrarias prohibidas por uno y otro instrumento.

En toda regulación jurídica del allanamiento debe distinguirse entre el que tiene fines de aprehensión y el que tiene fines de registro. El primero busca privar de la libertad a personas contra las cuales se dictó una orden de captura, o a personas que se acogieron al recinto domiciliario mientras eran perseguidas por los agentes de la autoridad tras sorprendérseles al cometer una infracción penal, o a personas que están cometiendo un hecho punible en el interior de ese recinto. El segundo, en cambio, busca examinar un inmueble, nave o aeronave para encontrar cosas con relevancia penal que allí pueden estar ocultas. Mientras el allanamiento para aprehender no siempre demanda la existencia de orden escrita de autoridad judicial competente, el allanamiento para registrar lo exige en todos los casos, porque él sólo es justificable, como la interceptación de comunicaciones, cuando un funcionario de la rama jurisdiccional actúa para investigar un hecho delictivo o contravencional.

Por lo tanto, dentro de las actuaciones realizadas por el Estado en desarrollo de sus competencias punitivas frente al terrorismo, el allanamiento sin previa orden jurisdiccional sólo resulta justificable, a la luz de los pactos internacionales, cuando se realiza:

1º Para privar de la libertad al delincuente sorprendido al momento de cometer conducta punible (o sorprendido e identificado o individualizado en dicho momento) que, viéndose perseguido por los agentes de la autoridad, se refugia en domicilio propio o ajeno.

2º Para impedir que un delito se siga ejecutando en lugar no abierto al público.

Desde luego, no es contrario a los pactos internacionales el hecho de que en ciertos casos de excepción, previstos taxativamente en la ley policiva, se cumplan allanamientos sin orden judicial por razones de imperiosa necesidad ajenas a la preceptiva penal (vgr. para extinguir en cierta casa un incendio, o para remediar una inundación en sus habitaciones).

En este orden de ideas, no resulta compatible con los ya citados instrumentos internacionales la práctica de allanamientos por autoridades administrativas que procedan sin orden judicial y con fines de registro mientras actúan para prevenir la comisión de actos terroristas.

Medidas que afectan el derecho a la independencia e imparcialidad de la judicatura

Cuando en la lucha contra el terrorismo el Estado debe prestar su concurso a la rama judicial del poder público para la investigación de los delitos, tal cooperación no pueden vulnerar o amenazar el derecho a la independencia e imparcialidad de la judicatura.

El derecho a ser procesado por autoridades independientes e imparciales se halla reconocido y enunciado por el artículo 14,1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y por el artículo 8º,1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Este derecho sufre vulneración cuando se atribuyen competencias de policía judicial a miembros de las fuerzas militares del Estado. Para los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, el ejercicio de funciones de policía judicial por parte de personas de carácter militar se opone a los principios de independencia e imparcialidad de la administración de justicia, enunciados en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Es oportuno recordar que en el caso concreto de Colombia existen importantes recomendaciones de carácter internacional por las cuales, tanto en el marco de la Organización de las Naciones Unidas como en el de la Organización de los

Estados Americanos, se ha señalado a las autoridades colombianas la incompatibilidad existente entre las estipulaciones de los tratados internacionales y el otorgamiento de atribuciones de policía judicial a integrantes de los cuerpos militares¹⁴.

En abril de este año, por medio de una declaración de su Presidente, la Comisión de Derechos Humanos ha reiterado a las autoridades colombianas “la necesidad de que todas las medidas de seguridad adoptadas con arreglo a la política de seguridad democrática cumplan con las obligaciones dimanantes del derecho internacional, en particular las normas internacionales de derechos humanos y de los refugiados, y el derecho internacional humanitario”¹⁵.

Medidas antiterroristas de excepción

El artículo 4º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevén que si las acciones de la criminalidad terrorista llegaren a crear “situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación” el Estado tiene derecho a suspender temporalmente algunas de sus obligaciones convencionales con respecto a ciertos derechos humanos, para someter en forma transitoria su ejercicio a restricciones no admisibles en tiempos de normalidad.

Sin embargo, el ejercicio del derecho estatal de excepción está sujeto a las pautas internacionales enunciadas por los Principios sobre las disposiciones de limitación y derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptados por la Conferencia de Siracusa en 1984, y por la Observación General No. 29, relativa a los estados de emergencia, adoptada en 2001 por el Comité de Derechos Humanos. La doctrina del Comité de Derechos Humanos acerca del régimen específico de salvaguardias establecido por el artículo 4º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sobre el llamado derecho de excepción debe ser vista como una interpretación autorizada de ese instrumento, por la cual se explicitan las obligaciones concretas que atañen a las autoridades nacionales cuando proclaman un estado excepcional.

De conformidad con la doctrina internacional, los principios por los cuales se rige el estado de excepción son los de excepcionalidad, legalidad, proclamación, notificación,

¹⁴ Ver ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, OEA/Ser.L/V/VII.84, Doc. 39 rev., de 14 de octubre de 1993, Cap. III; Ver NACIONES UNIDAS, COMITÉ CONTRA LA TORTURA, *Observaciones Finales sobre Colombia*, 4 de febrero de 2004, párr. 11,b,ii; Ver NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *Declaración de la Presidenta sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, en el 59º período de sesiones, de 23 de abril de 2003, párrs. 11, 13 y 22; Ver NACIONES UNIDAS, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Observaciones Finales sobre Colombia*, 5 de mayo de 1997, párr. 23.

¹⁵ NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *Declaración del Presidente. Situación de los derechos humanos en Colombia*, E/CN.4/2004/FUTURE.5 de 21 de abril de 2004, párr. 13.

intangibilidad, proporcionalidad, necesidad, temporalidad, no discriminación y compatibilidad¹⁶:

- 1º Según el principio de la excepcionalidad, el estado de excepción sólo puede declararse o proclamarse legítimamente frente a hechos que constituyan una situación excepcional cuya existencia ponga en peligro la vida de la nación.
- 2º Según el principio de la legalidad, tanto al declarar el estado de excepción como al adoptar las medidas aplicables en desarrollo del mismo las autoridades nacionales deben ejercer sus atribuciones dentro del marco previamente fijado por las disposiciones del ordenamiento constitucional respectivo.
- 3º Según el principio de la proclamación, el estado de excepción debe declararse mediante un acto formal del poder público, cuyos requisitos de fondo y de forma hayan sido previamente señalados por la normativa constitucional.
- 4º Según el principio de la notificación, el Estado que haga uso del llamado derecho de excepción tiene la obligación de hacer conocer a la comunidad internacional, mediante un procedimiento serio, cabal e inmediato, la puesta en práctica del régimen excepcional.
- 5º Según el principio de la intangibilidad, hay derechos humanos cuyo ejercicio, goce y disfrute no puede ser afectado en caso alguno por medidas adoptadas bajo el estado de excepción.
- 6º Según el principio de la proporcionalidad, tanto la declaratoria de un estado de excepción como las medidas que en su aplicación lleguen a adoptarse deben estar estrictamente limitadas a las exigencias de la situación.
- 7º Según el principio de la necesidad, las medidas excepcionales deben ser las estrictamente necesarias para enfrentar la amenaza cernida sobre la vida de la comunidad nacional.
- 8º Según el principio de la temporalidad, las medidas de excepción no deben prolongarse indefinidamente, ni seguir aplicándose cuando se restableció la normalidad o cuando su prolongación se ha hecho inútil.
- 9º. Según el principio de la no discriminación, las medidas adoptadas al amparo del estado excepcional no deben establecer entre sus destinatarios diferencias de trato que lleven a situaciones opuestas a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas.

¹⁶ Cfr. GARRETÓN, Roberto, Estados de excepción, Bogotá, D.C., septiembre de 2002; Cfr. INCALCATERRA, Amerigo, Desafíos de los derechos humanos en el marco de los estados de excepción, Bogotá, D.C., 2002; Cfr. MADRID-MALO GARIZÁBAL, Mario, “Los estados de excepción a la luz de los pactos internacionales de derechos humanos” en Derechos fundamentales, Bogotá, D.C., 2004, pp. 609-630.

10º Según el principio de la compatibilidad, las medidas normativas de carácter excepcional deben ser compatibles con las demás obligaciones impuestas al Estado por las normas de carácter consuetudinario o convencional del ordenamiento internacional.

Cabe precisar que conforme al artículo 4º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Observación General No. 29 del Comité de Derechos Humanos, existen derechos humanos de carácter inderogable, tales como el derecho a la vida y a la integridad personal, que, aun bajo la figura del estado de excepción no pueden ser objeto de derogación. De acuerdo con la interpretación que ha realizado el Comité de Derechos Humanos en la citada observación general, entre los derechos que no pueden ser derogados se encuentran el derecho al debido proceso y al juicio justo, por tratarse de derechos que sirven de instrumentos para el respeto y la protección de los derechos que no pueden sufrir derogación alguna.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos al referirse —en sus Opiniones Consultivas— a la vigencia del hábeas corpus durante los estados de emergencia (OC-8/87 del 30 de enero de 1987), y a las garantías judiciales en los estados de emergencia (OC-9/87 del 6 de octubre de 1987).

Por lo tanto, si un Estado decidiese adoptar medidas de carácter antiterrorista, recurriendo para ello a la declaración del estado de excepción, no podría derogar los derechos humanos expresamente mencionados en los comentados artículos 4º del Pacto y 27 de la Convención, dentro de los cuales, al tenor de las interpretaciones realizadas por el Comité de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se encuentran el derecho al debido proceso y el derecho al juicio justo.

En este orden de pareceres, incluso las medidas antiterroristas adoptadas bajo el estado de excepción deben ser compatibles con los principios convencionales que regulan las competencias asumidas por la autoridad pública frente a graves quebrantamientos de la normalidad institucional. Una legislación antiterrorista excepcional no puede aplicarse ni adoptarse para derogar aspectos fundamentales de la Constitución ni para hacer ilusorios ciertos derechos fundamentales.

Otras limitaciones internacionales a la actividad antiterrorista del Estado

Además de las limitaciones ya analizadas, la actividad antiterrorista del Estado debe, en todo tiempo y lugar, respetar los linderos trazados por el derecho internacional de los conflictos armados y por el *ius cogens* o derecho internacional imperativo y perentorio.

Las normas y procedimientos que el Estado adopte y aplique para prevenir y reprimir el terrorismo no pueden quebrantar los principios humanitarios de

distinción, limitación y proporcionalidad materializados en las normas de los cuatro Convenios de Ginebra y de sus dos Protocolos adicionales. La lucha contra el terrorismo no puede invocarse para justificar la comisión de conductas constitutivas de crímenes de guerra, como el homicidio o la tortura en persona protegida y la toma de rehenes.

Pero esas normas y procedimientos tampoco pueden desconocer las reglas imperativas del *ius cogens* que protegen ciertos derechos y libertades fundamentales para la salvaguardia de la autonomía, la inviolabilidad y la indisponibilidad de la persona, como son las relacionadas con la tutela del derecho a la vida, del derecho a la integridad personal, del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, del derecho a no ser víctima de esclavitud o servidumbre, del derecho a la protección de la familia, de los derechos políticos y de los derechos del niño.

Consideraciones finales

Como ya lo ha hecho en años anteriores, en su ya citado informe sobre Colombia, correspondiente al año 2003, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos instó a las autoridades nacionales a no introducir o mantener en la legislación colombiana norma alguna que sea incompatible con los instrumentos internacionales ratificados por el Estado colombiano¹⁷. El Alto Comisionado, a través de su Oficina en Colombia, ha manifestado repetidamente sus preocupaciones por lo dispuesto en el Acto Legislativo No. 2 de 2003, por el cual se modificaron los artículos 15, 24, 28 y 250 de la Constitución “para combatir el terrorismo”.

Durante los años 2002 y 2003, mientras el Congreso debatía esas reformas constitucionales, la Oficina hizo notar, en cumplimiento de sus funciones de asesoría, la incompatibilidad entre aquellos cambios y los tratados internacionales de derechos humanos de los cuales el Estado colombiano es parte contratante. En varias oportunidades la Oficina manifestó al Gobierno y a las Cámaras Legislativas que eran incompatibles con esos tratados las normas del derecho interno por las que se otorgaran funciones de policía judicial a los militares, y se asignaran permanentemente a las autoridades administrativas competencias para llevar a cabo, sin mandato judicial previo, interceptaciones de la comunicación privada, detenciones, allanamientos y registros. A juicio de la Oficina tales normas pueden “abrir el camino a la arbitrariedad”¹⁸.

La Oficina espera que, en cumplimiento de sus compromisos internacionales, el Estado colombiano desarrolle sus cometidos de prevención y represión del terrorismo dentro de las pautas fijadas por aquellos instrumentos de derechos

¹⁷ Ver NACIONES UNIDAS, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Alto Comisionado...*, párr. 118.

¹⁸ NACIONES UNIDAS, OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Comunicado de prensa. Observaciones sobre los cambios constitucionales “para combatir el terrorismo”*, Bogotá, 12 de diciembre de 2003.

humanos que integran, según lo dispuesto por el artículo 93 de la Constitución, el llamado bloque de constitucionalidad.

En septiembre del año pasado, al intervenir ante la Comisión Primera de la Cámara de Representantes el Director de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos señaló:

“...La lucha contra el terrorismo debe siempre desarrollarse en el marco del Estado de derecho y con plena sujeción a los compromisos internacionales contraídos al suscribir y ratificar los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Lo que caracteriza la vida y la actividad del Estado democrático y de derecho es su permanente voluntad de defenderse, de manera exclusiva, con los métodos propios de una autoridad sujeta a los principios y valores cuya vigencia garantiza el imperio del orden justo y el logro de la pacífica convivencia”¹⁹.

La Organización de las Naciones Unidas reconoce a todo Estado el derecho y el deber de obrar oportuna y eficazmente para defenderse de la criminalidad terrorista. El terrorismo debe ser combatido con vigor y energía, pero nunca a costa de sacrificar los principios, valores y derechos propios de un sistema democrático. El Estado deberá siempre luchar contra el terrorismo en el marco de sus obligaciones constitucionales e internacionales.

¹⁹ NACIONES UNIDAS, OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Intervención del señor Michael Frühling, Director de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ante la Comisión Primera de la Honorable Cámara de Representantes, Observaciones sobre el Proyecto de Acto Legislativo No. 223-Cámara y 015-Senado*, Bogotá, 23 de septiembre de 2003, p. 2.