



TESIS DOCTORAL

LA SEGURIDAD NACIONAL EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Autor:

FREDDY YVAN SAGASTEGUI CRUZ

Directores:

**Dr. LUIS AGUIAR DE LUQUE
Dr. CARLOS MIGUEL REVENGA SÁNCHEZ**

Tutor:

Dr. LUIS AGUIAR DE LUQUE

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO DEL ESTADO

Getafe, noviembre de 2015



Universidad
Carlos III de Madrid
www.uc3m.es

TESIS DOCTORAL

**LA SEGURIDAD NACIONAL EN EL ESTADO
CONSTITUCIONAL DE DERECHO**

Autor: Freddy Yvan Sagastegui Cruz

Directores: Dr. Luis Aguiar de Luque

Dr. Carlos Miguel Revenga Sánchez

Firma del Tribunal Calificador:

Firma

Presidente: (Nombre y apellidos)

Vocal: (Nombre y apellidos)

Secretario: (Nombre y apellidos)

Calificación:

Getafe, de de

A Doña Yolanda y Don Abundio, mis queridos padres, en agradecimiento por su amor, comprensión, consejos, apoyo incondicional, y sobre todo por enseñarme a luchar por lograr mis objetivos en la vida. Todo lo que soy es gracias a ellos.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	9
CAPITULO PRIMERO	
NOCIONES BÁSICAS DE LA SEGURIDAD NACIONAL	13
1.1.- El Estado y su deber de brindar seguridad a los ciudadanos.....	13
1.2.- La doctrina actual frente al concepto de seguridad nacional	16
1.3.- Los Libros Blancos de Defensa y la seguridad nacional.....	22
1.4.- Seguridad nacional y tipos de seguridad	36
1.4.1.- Seguridad colectiva	36
1.4.2.- Seguridad cooperativa (<i>common security</i>).....	40
1.4.3.- Seguridad global (<i>comprehensive security</i>).....	44
1.4.4.- Seguridad ciudadana.....	45
CAPÍTULO SEGUNDO	
EL DERECHO INTERNACIONAL Y SU VINCULACIÓN CON LA SEGURIDAD NACIONAL	49
2.1.- La seguridad nacional en algunos tratados internacionales	49
2.2.- La Corte Internacional de Justicia y la seguridad nacional.....	54
2.3.- El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su relación con la seguridad nacional.....	72
2.3.1.- El derecho a la vida privada y la seguridad nacional.....	75
2.3.2.- La libertad de expresión y su relación con la seguridad nacional.....	82
2.3.3.- Otros casos vinculados con la seguridad nacional.....	96
2.4.- La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la seguridad nacional.....	103
CAPÍTULO TERCERO	
LA SEGURIDAD NACIONAL Y EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO	113
3.1.- Del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho: un marco conceptual.....	113
3.2.- Un concepto mínimo de seguridad nacional (elementos esenciales de la seguridad nacional).....	133
3.3.- Aportes de la dignidad, los valores superiores y los derechos humanos a la seguridad nacional	158
3.3.1.- La dignidad y su aporte a la seguridad nacional.....	158
3.3.2.- Los valores superiores como elementos que contribuyen a limitar la seguridad nacional en el Estado Constitucional de Derecho.....	164
3.3.2.1.- Libertad.....	166
3.3.2.2.- Igualdad.....	170
3.3.2.3.- Solidaridad.....	173
3.3.2.4.- Seguridad jurídica.....	177
3.4.- Derechos humanos y seguridad nacional	181
3.5.- Las formalidades de la seguridad nacional	186
CAPÍTULO CUARTO	
CRITERIOS PARA DELIMITAR LA PROCEDENCIA DE LA LIMITACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR LA SEGURIDAD NACIONAL	191

4.1.- La ponderación como herramienta para delimitar la limitación de los derechos fundamentales por la seguridad nacional.....	191
4.2.- Dignidad, valores superiores, doctrina y jurisprudencia: criterios para el balance entre los derechos fundamentales y la seguridad nacional.....	195
4.2.1.- El valor máximo de la dignidad y su repercusión en el balance entre los derechos fundamentales y la seguridad nacional.....	202
4.2.2.- El valor de la seguridad jurídica y su afectación en el balance de los derechos fundamentales y la seguridad nacional.....	219
4.2.3.- Otros casos que repercuten en el balance entre los derechos fundamentales y la seguridad nacional.....	228
4.2.3.1.- Derecho a un proceso justo.....	228
4.2.3.2.- Derecho a interponer un recurso (recurso de habeas corpus) ante el órgano jurisdiccional.....	233
4.2.3.3.- El derecho al medio ambiente.....	239
CONCLUSIONES.....	245
FUENTES BIBLIOGRÁFICAS, NORMATIVAS, DOCUMENTALES, JURISPRUDENCIALES Y OTROS.....	249
A. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS.....	249
B.FUENTES NORMATIVAS.....	259
C.FUENTES DOCUMENTALES.....	271
D.FUENTES JURISPRUDENCIALES.....	278
E.OTROS.....	286

INTRODUCCIÓN

Aquellos que renuncian a las libertades esenciales para conseguir un poco de seguridad, no merece ni la libertad ni la seguridad.
Benjamín Franklin (1706-1790)

Desde hace años el tema de la seguridad nacional me inquietó como tema a investigar por varias razones, primero, porque es un concepto difícil definir y medir el alcance del mismo, de hecho, muchas veces bajo el argumento de proteger la soberanía, población y la estructura constitucional del Estado se han generado conceptos sobredimensionados sobre la seguridad nacional. Segundo, porque este concepto opera muchas veces como límite de derechos fundamentales esenciales en una democracia como libertad de expresión, derecho de acceso a la información pública, entre otros. Tercero, porque bajo el argumento de protección de la seguridad nacional se ha dictado medidas extraordinarias que en varios casos limitan irregularmente derechos fundamentales.

Esta situación se agrava porque en las dictaduras la seguridad nacional se convierte en un término genérico y se usa para vulnerar irregularmente y continuamente los derechos fundamentales, a manera de referencia podemos señalar los casos de Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña contra Bolivia y Goiburú y otros contra Paraguay, casos que se ventilaron ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en la cual la Corte refiere a la doctrina de seguridad nacional como argumento de las dictaduras militares de los años 70s para aplicar el operativo cóndor en el que se realizaron torturas y asesinatos a dirigentes de movimientos izquierdistas.

Asimismo, en el Perú, en el gobierno de Alberto Fujimori se dictaron un conjunto de normas que vulneraron irracionalmente los derechos fundamentales de las personas, tales son los casos del Decreto Legislativo N° 895, Ley contra el Terrorismo Agravado, y de la Ley N° 27235, Ley que modifica el Decreto Legislativo N° 895. En el caso del Decreto Legislativo N° 895, este fue dictado por el Poder Ejecutivo aprovechando que el Congreso de la República mediante la Ley N° 26950 autorizó al Poder Ejecutivo para legislar en materia de seguridad nacional a fin de adoptar e implementar una estrategia para combatir las acciones de la delincuencia organizada en bandas armadas.

En este punto si bien uno puede discutir si realmente la delincuencia organizada debe ser considerada una amenaza a la seguridad nacional o debe entenderse dentro de los problemas de seguridad ciudadana, lo cierto es que el Poder Ejecutivo emitió el Decreto Legislativo N° 895 en el cual en su artículo 1° se calificó como terrorismo agravado al miembro o cómplice de una banda criminal que use porte o utilice armamento militar y granadas y/o explosivos para perpetrar delitos como robo, secuestro, extorsión u otros delitos contra la vida, el cuerpo, la salud, el patrimonio, la libertad individual o la seguridad pública, incluso aunque el infractor actúe en forma individual. Posteriormente, la Ley N° 27235 modificó este término por el término terrorismo especial.

Igualmente, en esta norma se establecieron un conjunto de limitaciones al supuesto infractor como ser juzgados ante el fuero militar y no ante el fuero civil, si el detenido desea interponer un proceso de habeas corpus, éste deberá interponerlo ante el Juez Instructor Militar¹, comunicación del detenido a solicitud de la Policía Nacional, asignación de abogado de oficio por parte de la Policía el cual será proporcionado por el Ministerio de Justicia si el detenido no designa uno, la investigación del delito lo realiza la Policía Nacional junto con el Fiscal Militar, prohibición de conceder al detenido cualquier tipo de libertad durante la fase de instrucción penal, las instrucciones previas y prejudiciales así como las excepciones serán resueltas con la emisión de la sentencia, en las fases de instrucción y juicio no se puede ofrecer como testigo a quienes intervinieron por razón de sus funciones en la elaboración del Atestado Policial, no procede recusar a los magistrados ni a los auxiliares del fuero militar y los procesados o condenados no pueden gozar de ningún beneficio penitenciario.

Esta situación propició que la Defensoría del Pueblo del Perú interpusiera ante el Tribunal Constitucional una demanda de inconstitucionalidad contra diversos artículos de varias normas entre ellas el Decreto Legislativo N° 845 y la Ley N° 27235, dicho Tribunal declaró fundada en parte dicha demanda, eliminándose varios artículos de estas normas por afectar el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad al

¹ Mediante la Ley N° 27235 se modificaron los artículos 3°, 5° y Segunda Disposición Final del Decreto Legislativo N° 895 estableciéndose que los supuestos infractores será juzgados en el fuero civil y podrá interponer el proceso de Habeas Corpus ante el mismo fuero, sin embargo, en la modificación de la Segunda Disposición Final se estableció que los procesos en trámite que son de conocimiento del fuero militar se continuarán tramitando en la misma vía.

calificar como terrorista a quién integre una banda armada, asimismo se afecta el derecho al debido proceso, derecho al juez natural, y se trasladan indebidamente funciones que son propias del Ministerio Público a la Policía Nacional.

Por ello, la presente investigación tiene como objeto analizar la seguridad nacional y su relación con la doctrina, la jurisprudencia de tribunales internacionales, la jurisprudencia comparada, el valor supremo dignidad y los valores superiores (libertad, igualdad, solidaridad y seguridad jurídica) que conviven en un Estado Constitucional de Derecho.

Considerando lo antes referido, La hipótesis de la presente investigación es que aportes nos proporciona la doctrina, la jurisprudencia de los tribunales internacionales, en este caso la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la jurisprudencia comparada para demarcar y delimitar los alcances de la seguridad nacional y hacerla viable dentro de un Estado Constitucional de Derecho que tiene como directrices el valor supremo dignidad y los valores superiores.

Esta investigación está compuesta de 4 capítulos, en el primer capítulo desarrollaremos como la doctrina ha concebido la seguridad nacional y los diferentes tipos de seguridad y como éstos se relacionan con la seguridad nacional. En el segundo capítulo, analizaremos como los tribunales internacionales, en específico, la Corte Internacional de Justicia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han conceptualizado la seguridad nacional y criterios establecidos en la relación seguridad nacional-derechos fundamentales. En el tercer capítulo analizaremos que se concibe por el Estado Constitucional de Derecho, la dignidad y los valores superiores que existen en este tipo de Estado y como se pueden relacionar con la seguridad nacional. Finalmente, en el cuarto capítulo, evaluando la jurisprudencia, básicamente de los países anglosajones, se relacionará la seguridad nacional con el valor supremo dignidad y los valores superiores y como estos valores pueden delimitar la seguridad nacional.

La metodología que se ha usado en esta investigación es una metodología descriptiva-prescriptiva.

La bibliografía usada en esta investigación está compuesta por fuentes directas empleándose el uso de libros y artículos científicos que son relevantes y pertinentes para el objeto del presente trabajo. Asimismo, se ha considerado en esta investigación tratados internacionales y normas en general y la jurisprudencia de diferentes cortes supremas y cortes internacionales. La bibliografía se encuentra organizada por modalidad del tipo de bibliografía (libro, revista, normas, jurisprudencia, etc.).

Para concluir deseo agradecer especialmente a mis Directores de Tesis: Doctor Luis Aguiar de Luque y Doctor Miguel Revenga Sánchez, al Doctor Luis Aguiar de Luque, Catedrático de Derecho Constitucional de esta casa de estudios, por su generosa dirección en la elaboración de la tesis y su disponibilidad y mucha paciencia con mi persona. Asimismo, agradezco al Doctor Miguel Revenga Sánchez, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Cádiz, por tener la gentileza de atender mis dudas, por su constante predisposición a brindarme sus sugerencias, consejos, orientaciones y aliento en finalizar esta tesis, de hecho su participación ha enriquecido esta investigación. Igualmente, expresé mi agradecimiento a mi familia, de la cual me siento orgulloso y a quienes les he desatendido y privado de compartir buena parte de mi tiempo en los últimos 4 años de mi vida. A la par, agradezco a mis amigos Florabel Quispe Remón, Reynaldo Bustamante Alarcón, Mónica Chereque Rivera, César Zegarra Robles y Raúl Carrasco por sus consejos y aliento, sin los cuales difícilmente hubiera concluido esta investigación. Finalmente, no puedo dejar mencionar a mis compañeros y amigos de la Universidad Carlos III de Madrid con los que compartí en esta fase de estudio y de investigación.

Getafe, noviembre de 2015

FREDDY YVAN SAGASTEGUI CRUZ

CAPÍTULO PRIMERO

NOCIONES BÁSICAS DE LA SEGURIDAD NACIONAL

En este primer capítulo nos aproximaremos al concepto de seguridad nacional, para ello partiremos con el análisis de la obligación del Estado de brindar seguridad a la ciudadanía, y a continuación revisaremos los diversos conceptos de seguridad nacional existentes a fin de establecer los elementos básicos del concepto de seguridad nacional.

Posteriormente, analizaremos el tratamiento que los Libros Blancos de Defensa de los países de América del Sur y algunos documentos similares en algunos países anglosajones (Estados Unidos, Reino Unido y Australia) le han dado a la seguridad nacional; específicamente, si mediante estos documentos los Estados han establecido algún concepto de seguridad nacional. En seguida, analizaremos las diversas amenazas a la seguridad nacional, las comparamos y contrastamos las diferencias entre lo que han concebido la Comunidad Europea y América Latina, con lo cual establecemos un conjunto mínimo de amenazas a la seguridad nacional que los Estados generalmente afrontan en el momento actual.

Finalmente, desarrollaremos un conjunto de conceptos de tipos de seguridad (seguridad colectiva, seguridad cooperativa, seguridad global y seguridad ciudadana) que lo vincularemos con la seguridad nacional, procurando articular estos conceptos con la seguridad nacional.

1.1.- El Estado y su deber de brindar seguridad a los ciudadanos

En una comunidad donde no haya un poder instituido que genere un orden en la misma, conlleva a que cada persona tenga que cuidarse de la otra; con lo cual cada una debe generar mecanismos de seguridad en relación con las demás, con lo que se genera una –comunidad de la inseguridad” donde impera la desconfianza entre sus miembros, donde éstos no se pueden brindar seguridad entre ellos mismos. Por tanto, será una comunidad en la que continuamente se vulneran los derechos fundamentales de las personas como el derecho a la vida, el derecho a la integridad física, el derecho a la propiedad, entre otros.

En este contexto, los miembros de las comunidades optan por construir la institución del Estado, ceden en sus voluntades para construir una entidad que tiene que generar un cierto orden en la sociedad, y al haberse creado por decisión de los miembros de la comunidad, estos se comprometen a respetar y cumplir las decisiones del Estado.

Esta nueva institución denominada Estado tiene como una de sus principales funciones brindar seguridad a los ciudadanos de la comunidad, seguridad frente a las amenazas externas e invasiones de otros Estados; frente a las amenazas al interior del Estado como delincuencia común y narcotráfico; y, en general, frente a cualquier peligro para la comunidad. Con el propósito de efectuar este cumplimiento el Estado tiene el monopolio de la fuerza y le corresponde generar la paz al interior de su comunidad y en el espacio territorial que gobierna.

En adición a lo antes mencionado, el Estado tiene un conjunto de funciones que debe cumplir en favor de su comunidad como legislar y abrogar las leyes que dirigirán los comportamientos de los miembros de la sociedad, declarar la guerra y firmar la paz, juzgar los conflictos de los miembros de la comunidad, brindar los servicios básicos de educación, salud, establecer un sistema de infraestructura de comunicación (carreteras, puertos, aeropuertos), sistema bancario y monetario, entre otros.

En consecuencia, el Estado debe generar los mecanismos para que los miembros de la comunidad se sientan respetados y seguros en la sociedad en la que existe un actor principal que les brinda seguridad y orden, y se respetan los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad. A su vez, para que el Estado pueda cumplir con las funciones antes descritas, tiene que imponer impuestos a los miembros de la comunidad.

Sin embargo, no debemos dejar de señalar que los Estados enfrentan problemas en el adecuado cumplimiento de sus funciones, sobre todo en relación con su rol de brindar seguridad a los ciudadanos. Un primer problema es la debilidad institucional, un Estado débil no cumplirá con sus funciones de manera óptima y, por tanto, no estará en condiciones de brindar un buen servicio de seguridad a la población, la cual no se sentirá segura en su comunidad.

En el punto antes señalado debemos resaltar la importancia de poder contar con Estados fuertes, pero la realidad nos muestra —al respecto— que mientras en el año 1950 el mundo sólo tenía 69 Estados, para el año 2002 estos ya eran 192. Situación que se debe en parte a que mediados de la década de los 60 muchas colonias en África y Asia lograron su independencia política y también a que en la década de los 90 la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) se disolvió y dio origen a nuevos pequeños países, muchos de estos nuevos Estados son institucionalmente débiles, tienen una organización estatal muy precaria y pocos recursos naturales² con los cuales generar un desarrollo económico importante al interior del país; por tanto, no han podido consolidarse ni pueden brindar los servicios a sus poblaciones adecuadamente.

Asimismo, con el paso del tiempo el Estado tiene más funciones que brindar a la población, con lo cual al extenderse sus funciones se hacen más visibles sus problemas estructurales. Así por ejemplo, hace 50 años no existía Internet, ahora es prácticamente un servicio básico que el Estado debe brindar en sus centros educativos, ayuntamientos, etc.; igualmente, hace un siglo el sistema de transporte de la población eran las carrozas, ahora el Estado no solo ha tenido que crear un sistema de transporte urbano masivo al interior de las ciudades (por ejemplo, autobuses y metros) sino poner a disposición de la población diferentes modos de transporte para que se pueda movilizar a otras ciudades y países como sistema de transporte aéreo y transporte ferroviario.

En tanto que el Estado es débil y no está en capacidad de proporcionar un buen servicio de seguridad se producen distorsiones al interior de la sociedad, las empresas importantes (por ejemplo, las mineras y transnacionales) se ven obligadas a contratar sistemas de seguridad privados y la población al sentirse insegura recurrirá a otros medios alternativos para obtener seguridad, con lo cual se puede incrementar el tráfico de armas ligeras al interior de esta sociedad. Se generan de esta manera mecanismos de autodefensa como las rondas campesinas en Perú o en Colombia, los cuales muchas veces han vulnerado derechos fundamentales de las personas³.

² A manera de referencia, 15 Estados en África no tienen salida al mar, con lo cual la posibilidad de exportar productos es más onerosa y no se benefician de los productos naturales que el mar ofrece.

³ Las rondas campesinas son organizaciones civiles que tienen como función hacer vigilancia en las poblaciones para detectar a los delincuentes; detenerlos y castigarlos con ejercicios físicos.

Si un Estado débil se desestructura estaremos ante la situación de un Estado fallido, es decir, un Estado que ha perdido toda capacidad de brindar seguridad a la población y que no puede brindarle los servicios públicos básicos, no puede establecer leyes, sus instituciones son ineficientes y no está en capacidad de recaudar impuestos. En consecuencia, se pierde totalmente el monopolio del uso de la fuerza, las fuerzas del Estado conviven con fuerzas colaterales que gobiernan en determinadas zonas del territorio y que brindan seguridad a la población de estos sectores a cambio de un impuesto, un ejemplo, de esta figura son las organizaciones criminales vinculadas al tráfico de drogas que brindan seguridad al interior de las zonas populares en algunas ciudades.

Un segundo problema que advertimos es que si bien existen diferentes tipos de seguridad (como seguridad alimentaria, seguridad ciudadana o seguridad nacional) nos centraremos en seguridad nacional puesto que es el objeto de la presente investigación. Debemos reconocer también que estamos frente a un mundo cada vez más complejo y globalizado donde las amenazas a la seguridad nacional que enfrentan los Estados para proteger a su población se incrementan y son cada vez más difíciles de detectar y controlar por las propias fuerzas del Estado.

En relación con lo antes mencionado podemos considerar un conjunto de amenazas como narcotráfico, crimen organizado e internacional, armas de destrucción masiva, cambio climático, frente a los que se requiere un compromiso de todos los Estados a fin de adoptar medidas que busquen reducir las causas que producen estos problemas o medidas que los mitiguen a nivel mundial. Esto nos lleva a la idea de pensar en las reales posibilidades del Estado actual de controlar las amenazas por sus propios medios y de requerir un trabajo en conjunto con los otros Estados para controlar las amenazas globales.

1.2.- La doctrina actual frente al concepto de seguridad nacional

Lo primero que tenemos que decir al empezar a delimitar la seguridad nacional es que es un concepto difícil de concebir y delimitar por la doctrina. De hecho, hay

autores que no se atreven a establecer un concepto del mismo⁴ porque la seguridad nacional tiene márgenes muy amplios y una dependencia tan acusada de volátiles circunstancias, que quizá para algunos resulte quimérico definir la seguridad nacional; menos, esperar un concepto normativo de ella, es decir, capaz de incorporar a la definición elementos sustantivos a la luz de los cuales sea posible enjuiciar las decisiones adoptadas so pretexto de la misma⁵.

En relación con lo anterior, este concepto ha sido utilizado a favor de intereses particulares antes que los generales. Prueba de ello fue lo que se denominó “doctrina de seguridad nacional” en los años 70, aplicada por varias dictaduras en América Latina con el argumento de seguridad nacional pero con la finalidad de enfrentar movimientos izquierdistas y gracias a la cual las fuerzas del orden cometieron un conjunto de irregularidades como detenciones arbitrarias, torturas, ejecuciones extrajudiciales y procesos legales sin respetar el debido proceso.

Si revisamos los principales conceptos de seguridad nacional encontraremos dos bloques bien marcados. El primero, con una fuerte visión de identificación a la amenaza externa como amenaza a la seguridad nacional. El segundo, un concepto que amplía las amenazas a la seguridad nacional pero que no logra ser preciso y que establece una mayor vinculación de la seguridad nacional con valores básicos como por ejemplo soberanía, protección del territorio, etcétera.

En el primer bloque tenemos los primeros intentos para aproximarnos al concepto de seguridad nacional. Así tenemos a Harold Laswell, quien definió a la seguridad nacional como *una ausencia de coerción procedente del exterior*⁶, este concepto es muy básico pues sólo concibe como amenaza la procedente del exterior — muy posiblemente concibe a la amenaza de otro Estado, la fuerza de otros países— pero no se conciben otras amenazas tales como el terrorismo interno, el cambio climático o el narcotráfico. Por ello, desde esta perspectiva la finalidad básica del Estado es la prevención de la guerra.

⁴A manera de referencia Barry Buzan en su texto *People, State and Fear. An agenda for international security studies in the post-cold war era* no establece un concepto de seguridad nacional debido a que hay una diversidad de condicionantes en cada realidad de los países lo cual conlleva a que este concepto varíe de acuerdo a cada realidad.

⁵ REVENGA SÁNCHEZ, Miguel. *El imperio de la política. Seguridad nacional y secreto de Estado en el sistema constitucional norteamericano*. Barcelona: Ariel, 1995, p. 14.

⁶ LASWELL, Harold. *National Security and Individual Freedom*. New York: Mc Graw-Hill Book, 1950, p. 51

Similar concepción podemos encontrar en lo que entienden por seguridad nacional los autores Laurence Lustgarden e Ian Leigh cuando conciben a la seguridad nacional como *la defensa de la práctica democrática libre de manipulación extranjera, conjuntamente con la habilidad de defender la independencia de la nación y del territorio contra un ataque militar*⁷.

En ambos conceptos se percibe como una amenaza los ataques extranjeros, de otros países, incluso Lustgarden y Leigh refieren a la libertad de manipulación extranjera, pero en este último caso se hace mención a la necesidad del Estado de defender la independencia de la nación y del territorio.

Estos conceptos pueden entenderse en el contexto de la Guerra Fría donde se polarizaron los intereses de Estados Unidos (EE.UU.) y la extinta Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS). Para esta última, el capitalismo y el comunismo son incompatibles, dado que EE.UU. busca dominar el mundo. Mientras que para Estados Unidos, la URSS era un Estado hostil a los países occidentales y con una política expansionista. Recordemos que, en su intento por disputar la hegemonía mundial, en esa época ambos países conformaron alianzas militares que se materializaron en tratados de defensa como la OTAN y el Pacto de Varsovia (Tratado de Amistad, Colaboración y Asistencia Mutua) y se produjeron fricciones como la crisis de los misiles en Cuba.

Por tanto, en ese contexto, los Estados conciben la seguridad nacional como la capacidad militar de los países para enfrentar el ataque de otro Estado y se enfatiza la amenaza externa de otros países que puede afectar su soberanía, superioridad en armamento de los países, alianzas militares, contención de naciones agresoras y mantenimiento de relaciones estables con Estados Unidos o la ex URSS. Pero en este contexto no se concibe otro tipo de amenazas.

En el enfoque antes referido se asocia la seguridad nacional con la integridad del territorio y la soberanía. Ambos son objetivos de la seguridad nacional para la

⁷ LUSTGARDEN, Laurence; LEIGH, Ian. *In From the Cold: National Security and Parliamentary Democracy*. New York: Oxford University Press, 1994, p. 26.

subsistencia del Estado, pero debemos tener en cuenta el concepto de seguridad nacional que señala Gustavo de Greiff:

*“Con una connotación negativa se ha dicho que seguridad nacional es la ausencia de inseguridad para la soberanía nacional, tanto desde el punto de vista de amenazas provenientes del exterior, como las que tengan su origen al interior del territorio que abarca la nación. Con una connotación positiva se habla de seguridad nacional para sostener la necesidad de desarrollar políticas que tiendan al mejoramiento de la sociedad y al mantenimiento del orden interno y externo”*⁸.

Este autor —al igual que otros autores— resalta la soberanía como valor por proteger y habla de dos tipos de amenazas (amenazas exteriores e interiores), pero no señala cuales son, aunque si abre la opción de que las amenazas también pueden provenir de otras fuentes como el terrorismo o el narcotráfico. Asimismo, habla de medidas para mejorar la sociedad, pero no especifica cuáles son esas medidas.

Otro autor que se tiene que tener en cuenta es José María Felip quien define la seguridad nacional como *una serie de valores y propósitos fundamentales que pretende alcanzar y mantener un Estado moderno considerados esenciales para su sobrevivencia y desarrollo político y hacia donde se orienta sus esfuerzos, energías y recursos disponibles*⁹. El mismo autor señala un proceso de la política de seguridad nacional que se inicia con las aspiraciones, intereses y objetivos que necesita el Estado para su sobrevivencia y alcanzar su pleno desarrollo político y permite la preservación de los mismos y sustentan el grado de seguridad necesario. Posteriormente, se contrastan estas amenazas que atentan contra ellos y se establecen los objetivos de la seguridad nacional. El problema de este concepto radica en que no se definen ni especifican las amenazas contra las cuales se debe contrastar los valores y propósitos que pretende alcanzar el Estado.

El Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional de España define seguridad nacional como *aquella situación en la cual es posible salvaguardar la*

⁸ GREIFF, Gustavo de. Terrorismo y seguridad nacional. El derecho internacional que hereda el siglo XXI. En: Méndez Silva, Ricardo (coord.). *Derecho y seguridad internacional: memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 151.

⁹ FELIP, José María. Inteligencia y seguridad nacional. En: Cueto, Carlos de; Jordan, Javier (eds.) *La gestión de la seguridad en el nuevo entorno estratégico*. Granada: Comares, 2005, p. 185.

*soberanía e integridad del territorio nacional y sus habitantes permitiendo el desarrollo de su libertad, de su actividad personal, económica, social que, a su vez, limita sustancialmente o evita, los efectos de riesgos internos y externos*¹⁰.

Este concepto —al igual que otros— vincula la seguridad nacional con la protección de la soberanía, integridad territorial y población; menciona la necesidad de eliminar o limitar el alcance de los riesgos (no utiliza el término de amenazas) internos y externos; pero no explica cuales son estos riesgos, tampoco cuales son las amenazas o por lo menos dar criterios para establecer cuáles son las amenazas que debe atender el Estado. Se comete el mismo error que otros autores al elaborar los conceptos de seguridad nacional sin precisar ni especificar las amenazas que enfrenta el Estado.

Al margen de lo antes dicho, debemos tener en cuenta que si bien se incorpora la denominación de amenazas internas no se especifica con claridad cuáles son estas amenazas. Aunque no es fácil establecer las clases de amenazas porque estas pueden variar de acuerdo con la realidad de cada país, si debemos indicar que varios investigadores —entre ellos Barry Buzan¹¹ e Iain Cameron¹²— desde algunos años atrás ya hablaban de ampliar el concepto de seguridad nacional con la incorporación de otros tipos de amenazas como degradación del medio ambiente, escasez de recursos, cambio climático, inseguridad alimentaria, entre otros. Por ello, se esperaba de los autores mayor precisión sobre las definiciones de amenazas o en todo conocer sus criterios para que las amenazas sean más determinables.

En términos generales, debemos indicar que tras una revisión de los diversos conceptos sobre seguridad nacional existe consenso en que es un tema que le corresponde atender al Estado; que le es exclusivo como garante de la seguridad de la población y protector de la soberanía y el territorio.

¹⁰ CENTRO SUPERIOR DE ESTUDIOS DE LA DEFENSA NACIONAL. *Hacia una estrategia de seguridad nacional para España*. Madrid: Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa, 2009, p. 92.

¹¹ Este autor en sus dos textos: *People, State and Fear. An agenda for international security studies in the post-cold war era* y *Security. A New Framework for Analysis* menciona como un posible tema de seguridad el tema medioambiental.

¹² Iain Cameron en el texto *National Security and the European Convention on Human Rights* señala que la seguridad nacional no puede limitarse a una simple preservación de la integridad territorial e independencia política de un ataque armado externo sino también se debe considerar las amenazas internas que pretenden cambiar el poder político existente por la fuerza como el terrorismo y la subversión revolucionaria.

Si bien se ha procurado establecer conceptos más determinables de seguridad nacional, consideramos que no se ha logrado disminuir la ambigüedad que envuelve a este concepto. Consideramos un avance que ya se hable de amenazas internas y externas, pero se aprecia que los conceptos no definen con claridad cuáles son las amenazas por combatir. Varias conceptualizaciones han hecho menciones generales a las amenazas externas e internas, pero no se ha buscado hacer más determinable estas amenazas o establecer criterios sobre los alcances de las mismas; mucho más cuando se ha demostrado desde hace varios años que diferentes investigadores ya mencionan diversas nuevas amenazas que debe comprenderse en el concepto de seguridad nacional.

El problema que se puede presentar con esta ambigüedad es que se puede generar una visión sesgada de las amenazas que los Estados enfrentan, lo que perjudica el trabajo estratégico que estos desarrollan para eliminar las amenazas y ello origina que se sobrevalore determinadas amenazas o no se considere otras.

A manera de resumen diremos que los elementos básicos de los diferentes conceptos de seguridad nacional son los siguientes:

1. Corresponde al Estado brindar seguridad a sus ciudadanos frente a las diversas amenazas internas y externas; el Estado debe generar los mecanismos para que los ciudadanos se sientan seguros en la sociedad, dentro de la cual el Estado brinda seguridad y se respetan los derechos fundamentales de los ciudadanos.
2. Hay una evolución en la concepción de la seguridad haciendo más determinable el concepto. En un inicio solamente se consideraba como amenazas las externas, pero se observa que se ha ampliado el tipo de amenazas a la seguridad y se habla de amenazas internas y externas. Sin embargo, no existe consenso en las amenazas, puesto que estas van a depender del contexto en que se desarrolla cada país, sus realidades, relaciones con otros países, entre otros aspectos.
3. La seguridad nacional busca asegurar la soberanía, proteger a la población y la integridad territorial de los países.

1.3.- Los Libros Blancos de Defensa y la seguridad nacional

Los Libros Blancos de Defensa son documentos que los países comenzaron a publicar desde los años 90 y se han convertido en documentos que tienen como objetivo hacer que los Estados establezcan líneas estratégicas en políticas de seguridad y defensa nacional, y esto —debido a que se trata de un documento público— genera confianza entre los países de la región. Efectivamente, entre los beneficios de los Estados que emiten un Libro Blanco de Defensa tenemos:

1. Genera confianza en los ciudadanos y en los países del entorno porque se conoce con mayor detalle las funciones de las fuerzas armadas y la política de defensa del Estado.
2. Legitimidad del Libro Blanco de Defensa, dado que en varios casos hubo un proceso previo de consultas en el que participaron no solo funcionarios de las fuerzas armadas y funcionarios del Estado, sino también expertos civiles en el tema —ONGs— lo cual ha contribuido a que la ciudadanía se involucre en temas de seguridad y defensa¹³.

Sin embargo, luego de realizar una revisión de los Libros Blancos de Defensa de los países de América del Sur verificamos que no todos ellos cuentan con estos documentos. Países como Brasil, Colombia, Ecuador, Venezuela, Paraguay y Uruguay no cuentan actualmente con estos documentos. En el caso de este último país, en el año 1999 el Ministerio de Defensa elaboró el documento *Bases para una Política de Defensa Nacional*, cuya finalidad es convertirse en un trabajo introductorio de un futuro Libro Blanco de Defensa Nacional que a la fecha no se ha realizado.

En el caso de Brasil, no se ha publicado propiamente un Libro Blanco de Defensa, pero sí un documento elaborado por un comité de ministros¹⁴ que establece la planificación del sector defensa en dicho país y para el cual se ha consultado a

¹³ A manera de referencia, en el caso peruano hubo nueve coloquios con la ciudadanía, tres en Lima y seis en provincias (Arequipa, Ayacucho, Cusco, Piura y Trujillo). Igualmente, hubo consultas al sector civil en la elaboración de estos documentos en Chile y Colombia. En el caso de Ecuador hubo consultas a expertos de Argentina, Chile y España.

¹⁴ Este comité estuvo integrado por el Ministro de Defensa, Ministro de Planificación, Ministro de Presupuesto y Gestión, Ministro de Hacienda, Ministro de Ciencia y Tecnología y representantes de las fuerzas armadas.

diferentes entidades públicas y privadas, así como a expertos en materia de seguridad y defensa. Sin embargo, dado que no se trata, con propiedad, de un Libro Blanco de Defensa no se ha considerado en la presente investigación.

Similares son los casos de Colombia y Ecuador. Colombia ha emitido los textos *Política de Defensa y Seguridad Democrática* (2003) y *Política Integral de Seguridad y Defensa para la Prosperidad* (2012), mientras que Ecuador emitió un Libro Blanco en el año 2004 y posteriormente publicó los documentos *Política de la Defensa Nacional del Ecuador* (2006) y *Agenda Política de la Defensa 2014-2017*, sin embargo estos textos tampoco califican propiamente como un Libro Blanco de Defensa Nacional, por lo que no se les ha considerado en la investigación.

La situación es muy diferente en países como Argentina, Bolivia, Chile y Perú que sí han elaborado sus respectivos Libros Blancos de Defensa Nacional.

En este punto tenemos que indicar que la Organización de Estados Americanos (OEA) percibió como uno de los problemas de estos Libros Blancos la falta de uniformidad de los temas que desarrollan. Por ello, el Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos emitió la resolución N° CP/829 (1342/02), denominada *Adopción de los Lineamientos sobre la Elaboración de Documentos sobre Políticas y Doctrinas Nacionales de Defensa*, en la que se señala un conjunto de beneficios que tienen los Estados que emiten sus Libros Blancos de Defensa, entre los que podemos mencionar:

- Es un documento que suele nacer de las consultas entre autoridades militares, civiles y público en general y este consenso ayuda a legitimar la democracia.
- Es un documento público que permite que la población conozca más sobre las funciones de las fuerzas armadas y la necesidad de crear un sostén público que respalde el financiamiento de presupuesto de defensa frente a presiones políticas.
- Este documento ofrece el fundamento y las facultades necesarias para la asignación de recursos al sector defensa, este documento permite orientar al Ministerio de Defensa y a las fuerzas armadas en relación con las expectativas del Gobierno acerca de sus funciones.

- La emisión de este documento es una medida que fomenta la confianza y seguridad no sólo entre los actores internos de un país sino también entre los países vecinos.

Esta resolución establece un conjunto de temas básicos que los Estados deben desarrollar en los Libros Blancos, entre estos tenemos:

- Política y doctrina de defensa, la cual comprende los siguientes temas: evaluación del entorno de seguridad y del contexto interno (comprende la descripción del entorno de seguridad mundial, regional y nacional; así como los peligros y factores que afectan la seguridad), estrategia de reacción frente a los peligros (comprende las medidas que el gobierno adoptará frente a los peligros percibidos) y funciones y misiones de las fuerzas armadas.
- Descripción de las capacidades corrientes y programadas de las fuerzas armadas.
- Problemas presupuestarios y de recursos para el sector defensa. En general, las consideraciones de recursos económicos son esenciales para alcanzar los objetivos del Gobierno.
- Orientación futura: modernización de las fuerzas de defensa, reestructuración de las fuerzas armadas (incremento o disminución del personal), adquisición de armas, decisiones que influyan sobre las políticas o capacidad de las fuerzas armadas, entre otros.
- Estructura militar en el sector defensa.

Sin embargo, cuando revisamos los Libros Blancos de Defensa de los principales países de América del Sur observamos que no necesariamente los temas antes mencionados han sido desarrollados por estos documentos. La siguiente tabla explica los principales temas de estos documentos:

TABLA N° 1
PRINCIPALES TEMAS QUE DESARROLLAN LOS LIBROS BLANCOS DE
DEFENSA DE ALGUNOS PAÍSES DE AMÉRICA DEL SUR

PAÍS	DENOMINACIÓN	PRINCIPALES TEMAS
Argentina	Libro Blanco de la Defensa de Argentina (2010)	Posicionamiento estratégico de Argentina en el escenario internacional de la defensa. Arquitectura del sistema de defensa (finalidad, atribuciones y presupuesto del sistema de defensa) Organización y funciones del Estado Mayor Conjunto y las fuerzas armadas (áreas de fuerzas armadas, N° de personal militar y medios materiales). Diagnóstico y fortalecimiento del Ministerio de Defensa Inteligencia militar
Bolivia	Libro Blanco de Defensa de Bolivia (2004)	Bases y funciones del Estado Misiones y visiones de entidades vinculadas al sector defensa Conflictos (negociación, crisis, guerra y amenazas). Contexto mundial y hemisférico Componentes de las fuerzas armadas Presupuesto del sector defensa Fuerzas armadas y apoyo al desarrollo nacional Empresas e instituciones públicas del sector defensa.
Chile	Libro de Defensa Nacional de Chile (2010)	Elementos del Estado Visión del marco internacional de la Defensa Explicación de la estructura organizativa de las entidades vinculadas al sector defensa Cooperación de Chile en defensa y seguridad internacional Principales conceptos vinculados a la defensa y seguridad. Explicación de la reducción del personal de las fuerzas armadas y evolución del gasto militar Política del personal militar.
Perú	Libro Blanco de la Defensa Nacional del Perú (2005)	Concepción de la seguridad y defensa nacional, identificando las amenazas a la seguridad Objetivos y políticas del Estado para la seguridad y defensa nacional Componentes del Sistema de Seguridad y Defensa Nacional Funciones y estructura del Ministerio de Defensa y funciones de las fuerzas armadas y el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas Proyección internacional de las fuerzas armadas. Reforma del sector defensa Recursos económicos para la Defensa Nacional

Fuente: Libros Blancos de Defensa de Argentina, Bolivia, Chile y Perú.

Si bien en todos los Libros Blancos de Defensa de estos países se ha desarrollado el tema de la estructura del sector defensa (y se ha explicado las funciones del Ministerio de Defensa y de las fuerzas armadas, entre otros temas), podemos apreciar que en el caso de Bolivia se trata de un documento muy básico en el que se pone énfasis de las funciones de las fuerzas armadas y su vinculación con la sociedad, pero se debe reconocer que al igual que los Libros Blancos de Argentina, Chile y Perú desarrolla un análisis del entorno internacional y regional de la seguridad. Del mismo modo, en el Libro Blanco de Bolivia existe un capítulo dedicado a las fuerzas armadas y su apoyo al desarrollo nacional en el que se explica la función de las fuerzas armadas en emergencias, desastres naturales y gestión de riesgos.

En el caso de Argentina también se hace una exposición de la labor de las fuerzas armadas frente a situaciones de emergencia como son los desastres naturales. En el caso de Chile, su documento se desarrolla más en otros aspectos: explicación del marco internacional de la defensa, sobre la reducción del personal militar y la evolución del gasto militar.

Pese a su importancia, el tema del análisis de las amenazas y los mecanismos para enfrentarlas y controlarlas, se desarrolla escuetamente en los Libros Blancos de Defensa de Bolivia, Chile y Perú, en los que solamente se plantea una visión muy básica de las amenazas pero no se especifican las medidas para confrontar dichas amenazas.

El tema del presupuesto tiene, prácticamente, un desarrollo descriptivo en los textos de Argentina y Perú –en ellos no se explican, por ejemplo, los problemas presupuestarios que pudieran haber–, pero sí un desarrollo más profundo en el caso de Chile, en cuyo texto se explican los aportes del fisco al sector Defensa, la estructura presupuestal de este sector, la distribución del aporte del fisco en las fuerzas armadas (hecha por cada una de sus componentes) y la gestión presupuestaria. Igualmente, en el Libro Blanco de Bolivia no sólo se indica el procedimiento de elaboración del presupuesto sino también otros temas como gasto del sector Defensa en relación con el PBI del país, gastos del sector en relación con el gasto corriente, gasto fiscal en el sector Defensa por habitante, así como presupuesto ejecutado y presupuesto programado.

Otros temas muy poco desarrollados son: modernización de las fuerzas armadas, reestructuración de las fuerzas armadas y adquisición de armas. Ninguno de estos documentos desarrolla estos tres puntos. En el caso de Chile se explica el punto de modernización de las fuerzas armadas, proceso que ha llevado a la reducción del personal militar. Asimismo, se explica que la finalidad de las compras militares fue reponer material militar obsoleto; sólo se describe el material de guerra adquirido, pero no el que se podría adquirir en el futuro.

Se observa otro problema: generalmente los Estados no han aprovechado la edición de los Libros Blancos de Defensa para desarrollar conceptos importantes como el de seguridad nacional, lo cual tendría como ventaja conocer cómo conciben los Estados este concepto.

Cabe indicar que en la elaboración de algunos de estos documentos (es el caso de Chile y Perú) han participado no sólo funcionarios de varios ministerios sino también de entidades privadas y expertos civiles. Solamente en el caso de Bolivia el Libro Blanco fue elaborado por funcionarios del Estado¹⁵, y no hay referencias sobre consultas hechas al sector académico o a instituciones privadas vinculadas al sector defensa.

Consideramos que el hecho de no incluir en estos documentos un concepto uniforme de lo que se entiende por seguridad nacional en sus respectivos países, se ha constituido en una oportunidad perdida para la mejor comprensión del tema (y de sus amenazas y de las medidas que deben dictarse para evitarlas). Únicamente en los casos de Chile y Perú se han desarrollado algunos conceptos sobre lo que conciben por seguridad nacional.

En el Libro Blanco de Argentina no hay una definición de seguridad nacional. En el caso de Bolivia tampoco, sólo se indica que el concepto de seguridad se expresa en seguridad interna y externa; y si bien se pretende hacer concepciones de seguridad interna y externa, éstas no logran ser conceptos elaborados, sino ideas muy básicas.

¹⁵ En la elaboración del Libro Blanco de Defensa de Bolivia participaron representantes del Ministerio de Defensa, Comando en Jefe de las Fuerzas Armadas, Secretario Permanente del Consejo Supremo de Defensa Nacional, instituciones públicas (Hidrografía Naval, Instituto Geográfico Militar, etc.) y empresas públicas (Transporte Aéreo Militar, Empresa Naviera Boliviana, etc.).

Además, el *Libro Blanco de Defensa de Bolivia* establece como fin supremo del Estado lograr el bien común de toda la población, propósito que se traduce en la realización del ciudadano boliviano, lo que implica también la reducción de los índices de pobreza, analfabetismo y seguridad nacional¹⁶.

En el caso de Chile se reconoce que el concepto de seguridad nacional no se usa expresamente pero sí se define lo que es la seguridad de Chile, definición que por su enfoque puede abarcar el de seguridad nacional. Sin embargo, se trata de una concepción general, aunque con elementos de vinculación con otros temas. Así tenemos que se concibe como:

—La seguridad de la nación chilena debe entenderse como condición que varía según las acciones que el Estado realice para hacer avanzar el país hacia los objetivos pretendidos y resguardando los intereses nacionales con la menor interferencia de riesgos, amenazas, problemas u otros obstáculos importantes¹⁷.

De acuerdo con esta concepción, la seguridad es una condición que puede variar, que no es permanente y que puede ser mutable en el tiempo de acuerdo con los logros de los objetivos y de la interferencia de los riesgos y amenazas. El texto no habla específicamente de amenazas, sino de problemas, y estos son: terrorismo, narcotráfico, proliferación de armas de destrucción masiva, pobreza y pandemias.

En el caso de Perú, en el *Libro Blanco de la Defensa Nacional del Perú* se da la siguiente definición: *La seguridad es la situación en la cual el Estado tiene garantizado su independencia, soberanía e integridad y, la población los derechos fundamentales establecidos en la Constitución*¹⁸.

En términos generales, se comprueba que los Libros Blancos de Defensa no han sido aprovechados por los Gobiernos para lograr un consenso al interior de los mismos sobre lo que se debe entender por seguridad nacional. En el caso de Chile, donde sí se ha logrado establecer cierto concepto de seguridad, éste es muy genérico y mutable,

¹⁶ MINISTERIO DE DEFENSA DE BOLIVIA. *Libro Blanco de Defensa*. La Paz: Instituto Geográfico Militar, 2004, p. 20.

¹⁷ MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL DE CHILE. *Libro de Defensa Nacional*. En: www.defensa.cl/libro-de-la-defensa-nacional-de-chile/libro-de-la-defensa-2010/, p. 108. Consultado en agosto de 2012.

¹⁸ MINISTERIO DE DEFENSA DE PERÚ. *Libro Blanco de la Defensa Nacional del Perú*. Lima: Ediciones Culturales e Impresiones Lecting SAC, 2005, p. 62.

modificable en el tiempo; es además un concepto vinculado con los objetivos logrados por el Estado y los riesgos y amenazas que a su vez enfrenta.

Como señalamos anteriormente, si bien corresponde al Estado la responsabilidad de resguardar la soberanía, brindar seguridad a la ciudadanía y velar por la integridad territorial, el concepto de seguridad nacional no ha perdido su carácter de ambiguo, de ahí que uno de los problemas sea determinar con claridad el tipo de amenazas que se ciernen sobre la seguridad nacional, lo que hace necesario establecer ciertas pautas y criterios para definir y clasificar estas amenazas.

La revisión de la doctrina permite conocer diversas clasificaciones de amenazas, por ejemplo, tradicionales y no tradicionales, militares y no militares (estas últimas empiezan a tomar más protagonismo en la actualidad). Pero se tiene que puntualizar que también existen autores que ofrecen conceptos diferentes como degradación del medio ambiente, terrorismo internacional, narcotráfico, corrupción, fundamentalismo religioso, lavado de dinero, entre otros¹⁹.

En este sentido, luego de revisar los Libros Blancos de Defensa de los Estados, vemos que las amenazas a la seguridad nacional varían de acuerdo con la realidad de los países y las épocas²⁰. Así tenemos que el concepto de amenaza que usa la Organización de Estados Americanos (OEA) en la *Declaración sobre Seguridad en las Américas* (2003) difiere del concepto establecido por la Unión Europea en *La Estrategia de la Seguridad* (2003) y el *Informe sobre la Aplicación de la Estrategia Europea de Seguridad* (2008). La siguiente tabla explica lo antes señalado:

¹⁹ El autor Marcos Pablo Moloeznick en su artículo *Presente y futuro de las Fuerzas Armadas (reflexiones sobre política de defensa e instrumento militar en el hemisferio)* brinda estos conceptos de amenazas.

²⁰ A manera de referencia en el documento *Estrategia de la Seguridad* elaborado en el año 2003 no aparecen como amenazas el cambio climático, ciberenergía y seguridad energética, éstas recién aparecen como amenazas en el *Informe sobre la Aplicación de la Estrategia Europea de Seguridad* elaborado en el año 2008.

TABLA N° 2
AMENAZAS DE SEGURIDAD A LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA
ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA) Y LA UNIÓN
EUROPEA

Organización de Estados Americanos	Unión Europea
Terrorismo, delincuencia organizada transnacional, problema mundial de drogas, corrupción, lavado de activos, tráfico ilícito de armas y sus conexiones, pobreza extrema y la exclusión social, desastres naturales y los de origen humano, el SIDA y otras enfermedades, otros riesgos a la salud, el deterioro del medio ambiente, trata de personas, ataques a la seguridad cibernética, posibilidad de que surja un daño en el caso de un accidente o incidente durante el transporte marítimo, de materiales potencialmente peligrosos y la posibilidad de acceso, posesión y uso de armas de destrucción en masa.	Terrorismo, proliferación de armas de destrucción masiva, conflictos regionales, descomposición de los Estados, delincuencia organizada (tráfico de drogas, personas y armas, fraude y blanqueo de capitales), ciberenergía, seguridad energética y cambio climático.

Fuente: Organización de Estados Americanos y Unión Europea

Hay conceptos de amenazas que son comunes para ambos organismos, entre ellos tenemos: terrorismo, proliferación de armas de destrucción masiva, delincuencia organizada (comprende el tráfico de drogas, personas, armas y lavado de activos) y ciberenergía; sin embargo existen conceptos que no se hallan considerados por la Unión Europea pero sí por la OEA, por ejemplo: corrupción, SIDA y otras enfermedades, otros riesgos a la salud, o la posibilidad de daño surgido como consecuencia de un accidente o incidente durante el transporte marítimo de materiales potencialmente peligrosos. Una amenaza citada por la Unión Europea mas no por la OEA es la crisis energética, muy importante para aquella porque se estima que para el año 2030 el 75% de la demanda europea de petróleo y gas tendrá que importarse.

En el caso de las amenazas al medio ambiente, no hay similitud del significado de este concepto tanto para la Unión Europea como para la OEA. Para la primera es el cambio climático, mientras que para la segunda el deterioro del medio ambiente; y en este segundo caso tampoco se precisa el alcance de este supuesto. De hecho, la crítica que podemos hacer a muchos de los conceptos presentados por la OEA es su

generalidad e imprecisión, tal como ha sucedido con el SIDA y otras enfermedades²¹, otros riesgos a la salud, los desastres naturales y los de origen humano, así como el deterioro al medio ambiente²².

Algo similar ocurre entre lo que se establece en la *Declaración sobre Seguridad en las Américas* y lo que se consigna en los Libros Blancos de Defensa de los países de América del Sur. El ente panamericano reconoce que cada Estado tiene la facultad de decidir cuáles son sus amenazas y prioridades de seguridad²³, ello podría explicar las diferencias entre los Libros Blancos de Defensa. Eso se puede constatar en la siguiente tabla:

²¹ En la *Declaración sobre Seguridad de las Américas* sólo señala que los inadecuados servicios de salud exacerbaban la propagación del SIDA y otras enfermedades epidémicas, pero no se precisa cuáles son estas últimas, hacerlo requeriría de un trabajo multisectorial bajo la supervisión de la Organización Mundial de la Salud y la Organización Panamericana de la Salud.

²² En la *Declaración sobre Seguridad de las Américas* sólo se señala que el deterioro al medio ambiente afecta la calidad de vida de los pueblos; no se precisa cuáles son los supuestos de deterioro al medio ambiente y en un párrafo aparte se señala que el cambio climático puede constituir una amenaza. En este documento se plantea fortalecer las capacidades nacionales y mecanismos interamericanos para promover el uso sostenible de recursos naturales y avanzar hacia un desarrollo integral.

²³ Artículo 4. A de la Declaración de Seguridad de las Américas.

TABLA N° 3
PRINCIPALES AMENAZAS A LA SEGURIDAD DE ACUERDO A LO
ESTABLECIDO EN LOS LIBROS BLANCOS DE DEFENSA DE ALGUNOS
PAÍSES DE AMÉRICA DEL SUR

País	Amenazas a la seguridad
Argentina	No indica
Bolivia	Amenaza convencional (ataque de otro país) Amenaza no convencional: Adversas (pobreza, exclusión social, racismo). Antagónicas (corrupción, narcotráfico, depredación del medio ambiente, terrorismo, crimen organizado y tráfico de armas).
Chile ²⁴	Terrorismo, narcotráfico, proliferación de armas de destrucción masiva, pobreza y pandemias.
Perú	Amenazas externas: Las que podrían generarse si se intentaran aplicar en la subregión sudamericana doctrinas de seguridad incompatibles con la vigencia del derecho internacional. Las que podrían surgir de crisis como resultado de la escasez de recursos naturales de valor estratégico, tales como recursos vitales. El terrorismo, el narcotráfico y la delincuencia internacional. Amenazas internas: Grupos terroristas y subversivos (contrarios al ordenamiento constitucional) que optan por la violencia. Grupos radicales que promueven la violencia social y los desbordes populares. Delincuencia común organizada. Tráfico ilícito de drogas. Corrupción. Depredación del medio ambiente.

Fuente: Libros Blancos de Defensa de Argentina, Brasil, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú.

De la tabla anterior, podemos indicar como el caso más crítico el de Argentina, país que no registra las actividades o los eventos causantes de las amenazas a su seguridad. Vale precisar que en el texto se reconoce como problemas de la seguridad internacional al terrorismo internacional y al cambio climático, este último como factor que tendrá una directa afectación en algunos países, sobre todo por la escasez de ciertos recursos vitales, entre ellos el agua potable. Si comparamos los casos de Bolivia, Chile y Perú, países que si desarrollan las amenazas en sus libros blancos, con el de la OEA, veremos que se mencionan amenazas comunes como el terrorismo y el narcotráfico.

²⁴ En el caso del *Libro de la Defensa Nacional de Chile* (2010) se hace uso de la frase ‘problemas de seguridad’ y no propiamente del término ‘amenazas’, pues se considera que este término debe reservarse para denominar de manera precisa a fenómenos cuyas características representan mejor los rasgos de lo que propiamente constituye una amenaza.

Igualmente, se desarrollan supuestos de amenazas muy genéricas en el texto del Perú. Dos de estos supuestos son la existencia de grupos radicales promotores de la violencia social y las acciones ilícitas que se pueden generar cuando se aplican doctrinas de seguridad incompatibles con la vigencia del derecho internacional. En ambos casos no hay mayor explicación sobre sus alcances en el documento peruano, pero en cuanto al segundo supuesto es posible que se aluda al concepto de doctrina de seguridad nacional que manejaron las dictaduras militares en América del Sur en los años 70 del siglo XX, de acuerdo con el cual se llegó a secuestrar y asesinar a personas con ideas contrarias a las de las dictaduras.

Asimismo, hay casos de amenazas que no han sido consideradas como tales en estos países como el SIDA y otras enfermedades, otros riesgos y seguridad cibernética.

Lo antes señalado demuestra que incluso en países de la misma región, con realidades supuestamente similares, se percibe las amenazas de manera distinta debido a la presencia de determinadas variables en cada uno de ellos que motivarían una selección de amenazas diferente o muy diferente a la de sus vecinos. Así tenemos que en Bolivia el racismo y la exclusión social se consideran amenazas a la seguridad; hecho que no sucede en Chile y Perú.

En los países anglosajones también se ha publicado documentos que desarrollan la seguridad y defensa nacional. En Estados Unidos se publicó el texto *National Security Strategy*, en Reino Unido el texto *Securing Britain in an Age of Uncertainty: The Strategic Defence and Security Review* y en Australia el *Defence White Paper*. Sin embargo, en estos documentos no se advierte que se den pautas, criterios o lineamientos que permitan delimitar un concepto de seguridad nacional.

En relación con las amenazas a la seguridad nacional, solamente EE.UU. y Reino Unido enumeran sus amenazas. Veamos la siguiente tabla:

TABLA N° 4
PRINCIPALES AMENAZAS A LA SEGURIDAD EN ESTADOS UNIDOS,
REINO UNIDO Y AUSTRALIA

País	Amenazas a la seguridad
Estados Unidos	Proliferación de armas nucleares. Terrorismo. Cambio climático. Enfermedades infecciosas. Desastres naturales. Ataques al ciberespacio. Crimen organizado internacional.
Reino Unido	Terrorismo. Inestabilidad y conflictos extranjeros. Emergencias civiles (deterioro ambiental). Seguridad energética. Crimen organizado. Seguridad en las fronteras. Proliferación y control de armas.
Australia	No indica

Fuente: National Security Strategy de Estados Unidos; Securing Britain in an Age of Uncertainty: The Strategic Defense and Security Review del Reino Unido y Defense White Paper de Australia.

Debemos señalar que hay amenazas comunes en el Reino Unido y en Estados Unidos una de ellas es el terrorismo, crimen organizado y desastres naturales, pero en este último punto sí se debe señalar que en el caso de Reino Unido se usa un término más amplio porque se habla de emergencias civiles que comprenden no sólo desastres naturales sino también incendios de gran dimensión, accidentes importantes, etc.

No obstante, la amenaza en la que coinciden ambos países con preponderancia es el terrorismo; es más, hacen hincapié en el grupo terrorista Al Qaeda y sus propósitos de expansión en el mundo²⁵ y enfatizan sobre la necesidad de cooperación entre países. Incluso en el texto *National Security Strategy* se señala que Estados Unidos viene apoyando en construir capacidades en los Estados vulnerables para el terrorismo, por lo que se trabaja en entrenar y equipar a las fuerzas del orden y proporcionar capacidad operacional para combatir el terrorismo, ejemplos de lo antes señalado es que Estados Unidos viene apoyando a países como Somalia, Afganistán e Iraq, así tenemos que en Afganistán se apoya en el entrenamiento y asistencia a las Fuerzas de Seguridad

²⁵ En el caso de Reino Unido se señala que todavía hay un remanente de terrorismo en Irlanda del Norte.

Nacional de Afganistán, caso similar ocurre en Iraq. En adición a lo antes señalado, Estados Unidos comparte información y tecnología con estos Estados. Cabe indicar que Estados Unidos considera que se debe combatir factores que contribuyen a generar el terrorismo como la pobreza, las desigualdades y la represión, por ello, señala que se deben construir mayores oportunidades económicas para grupos específicos como las mujeres y los jóvenes²⁶.

La única amenaza que tienen en común los países anglosajones antes mencionados con los sudamericanos (Bolivia, Chile y Perú) es el terrorismo. Existen otras que no lo son para dichos países como la corrupción (sí lo son en Bolivia y Perú), la pobreza (en Bolivia y Chile) y el crimen organizado (en Bolivia y Perú). En el caso de depreciación del medio ambiente sí bien se considera como amenaza en Bolivia y Perú, pero no así en Chile.

Australia no brinda información sobre amenazas potenciales pero si hace alusión a temas que muchas veces se consideran amenazas como el terrorismo, el cambio climático y la seguridad en el ciberespacio. Señala, además, que su país tiene desafíos y hace referencia a zonas de interés como el sudeste y el norte de Asia, el Océano Indico, el Medio Oriente, África, Afganistán, entre otras. Asimismo, puntualiza la necesidad de tener una especial atención en Estados Unidos y China.

Estados Unidos describe lo que considera como amenazas, pero también señala zonas de riesgo como el Medio Oriente y África, en especial en las zonas donde tiene gran influencia de Al Qaeda y sus grupos terroristas afiliados.

A manera de resumen podemos indicar que a pesar de que el Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos reguló los lineamientos para la elaboración de Libros Blancos de Defensa, en América del Sur solamente cuatro países (Argentina, Bolivia, Chile y Perú) cuentan con ellos. Los demás países han optado por otros tipos de documentos. Por ejemplo, Colombia aprobó los siguientes textos: *Política de Defensa y Seguridad Democrática* (2003) y *Política Integral de Seguridad y Defensa*

²⁶ SEAL OF THE PRESIDENT OF THE UNITED STATES. National Security Strategy. En: https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/docs/2015_national_security_strategy.pdf, p. 9-10. Consultado en mayo de 2015.

para la Prosperidad (2012); Ecuador, por su parte, aprobó *la Agenda Política de la Defensa 2014-2017*. En cuanto al cumplimiento del temario establecido en la resolución, se verifica que dos temas se han desarrollado poco en los libros blancos: los problemas de presupuesto y de recursos para el sector defensa (sólo Chile hace un adecuado desarrollo y en menor medida Bolivia) y la modernización de las fuerzas armadas, su reestructuración y la adquisición de armas. Punto en el que sólo Chile ofrece una explicación de los resultados de la modernización de sus Fuerzas armadas (que conllevó a la reducción de personal) y de la compra de armamento por razones de reposición de material antiguo y desfasado.

Cabe remarcar que los libros blancos no son documentos que procuren explicar el alcance de la seguridad nacional. Sólo en Chile y Perú se han desarrollado conceptos de seguridad nacional y en el caso de los documentos de los países anglosajones únicamente Estados Unidos hizo algunas acotaciones.

Con excepción de Argentina y Australia, los documentos de los demás países desarrollan el tema de la amenaza a la seguridad. Entre los países anglosajones el terrorismo es la amenaza más común; mientras que entre los países de América del Sur que tienen libros blancos lo son el terrorismo y el narcotráfico.

1.4.- Seguridad nacional y tipos de seguridad

En este acápite se analizan diversos conceptos de seguridad con el propósito de determinar el modo en que se vinculan con el concepto de seguridad nacional. En este sentido, se desarrollan los conceptos de seguridad colectiva, seguridad cooperativa, seguridad global y seguridad ciudadana.

1.4.1.- Seguridad colectiva

La seguridad colectiva parte del concepto de que la inseguridad de cualquier miembro de la comunidad de países afecta la seguridad de la comunidad. Por ello, si un país ataca a otro se entiende que en el fondo ataca a toda la comunidad, por tanto, la comunidad de países y no el país afectado debe repeler el ataque del país agresor (la

lógica de todos contra uno). Este tipo de seguridad tiene un efecto disuasorio para el país que intente atacar a otro, ya que se abstendrá de ejecutar dicho ataque porque se verá expuesto a que la comunidad de países realice acciones contra él.

Sin embargo, para que se produzca el adecuado funcionamiento de la seguridad colectiva se necesitan condiciones que hagan viable este mecanismo, entre estas que no haya un Estado que se sienta en capacidad de enfrentar exitosamente a la comunidad de países, de suceder lo contrario se rompería el efecto disuasorio de la seguridad colectiva; asimismo, que haya una real decisión de los Estados miembros de actuar en caso de que un Estado agrede a otro, sin importar que sus relaciones con aquel se vean perjudicadas o que no se tengan vinculaciones cercanas con el Estado agredido.

Sólo un real compromiso con la seguridad colectiva hará que los Estados miembros actúen con base en las pautas establecidas en la comunidad de países y no en función de sus intereses particulares. Lo manifestado es importante porque fue la principal causa de la inoperancia de la Sociedad de Naciones creada en el año 1920, organismo que tuvo medianos logros, pero no impidió que Estados importantes como Inglaterra y Francia cedieran sus propios intereses a los de la Sociedad de Naciones. En el mismo periodo surgieron la Alemania nazi y la Italia fascista, con lo cual los intentos de la Sociedad de Naciones de consolidarse y salvaguardar la paz y la seguridad internacional se neutralizaron.

La institución que por excelencia representa la seguridad colectiva en el mundo es la Organización de Naciones Unidas (ONU), la cual se ha convertido en la estructura legal de los Estados que realizan acciones conjuntas para mantener la paz y la seguridad internacional. El órgano más importante de la ONU es el Consejo de Seguridad ya que determina la real existencia de una amenaza a la paz, de un quebrantamiento de la paz y de un acto de agresión. En un caso afirmativo el Consejo puede dictar un conjunto de medidas de conformidad con los artículos 41º y 42º de la Carta de Naciones Unidas con miras a restablecer la paz alterada.

Una vez que el Consejo de Seguridad ha determinado la existencia de una amenaza contra la seguridad internacional puede emitir –como medidas provisionales– recomendaciones a las partes involucradas (por ejemplo, un alto al fuego o el retiro de

tropas) y de constatarse que éstas no se han aplicado, el Consejo puede dictar medidas de pacificación (por ejemplo, presión económica a los estados parte), medidas de bloqueo (por ejemplo, el bloqueo naval o el bloqueo aéreo), la autorización del uso de la fuerza armada²⁷ (por ejemplo, el uso de la fuerza para la legítima defensa)²⁸, medidas sui generis como el establecimiento de tribunales internacionales que sancionen la violación del derecho internacional humanitario (por ejemplo, Yugoslavia), establecimiento del Tribunal Penal Internacional con carácter permanente para los casos de crímenes internacionales graves, así como el establecimiento de zonas de protección de población civil por razones humanitarias en el territorio de países en conflicto armado.

En el caso de América Latina una instancia de seguridad colectiva es el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR), suscrito por la mayoría de los países americanos el 2 de septiembre de 1947 en Río de Janeiro. El tratado establece que las altas partes contratantes condenan la guerra y se obligan a no recurrir a la amenaza ni al uso de la fuerza en cualquier forma y que sea incompatible con la Carta de Naciones Unidas y del mismo tratado²⁹. A la vez, los Estados firmantes del tratado convienen en que un ataque armado por parte de cualquier Estado contra un Estado americano será considerado como un ataque contra todos los Estados americanos. En consecuencia, cada una de las partes contratantes se compromete en ayudar para enfrentar el ataque³⁰.

Cabe recordar que esta instancia nunca logró desarrollarse en el sistema americano por diversos motivos. Primero, por la actitud intervencionista de Estados Unidos en países de Centroamérica y el Caribe, aunque el hecho más clamoroso fue su decisión de apoyar la posición de Inglaterra en el conflicto de Las Malvinas³¹. Segundo, por la desconfianza entre los propios países latinoamericanos, debido a que todavía subsisten disputas históricas y hay diferencias ideológicas que dificultan el desarrollo de instancias como el TIAR, a tal punto que México decidió en el año 2002 retirarse de este tratado con el argumento de que se trataba de una instancia obsoleta y propia de la

²⁷ Esta medida fue utilizada continuamente en los conflictos internos producidos en Yugoslavia, Somalia y Ruanda.

²⁸ En algunos casos como Somalia se dictó como medida contra los responsables de ataques armados perpetrados contra las fuerzas de paz que restablecían la autoridad de las Naciones Unidas.

²⁹ Artículo 1° del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR).

³⁰ Artículo 3° del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR).

³¹ Estados Unidos es miembro del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR) y de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), y su posición en el conflicto de Las Malvinas fue que no apoyaría a Argentina dado que fue este país el que inició la agresión en el conflicto.

Guerra Fría que había sido rebasada por la actualidad globalizada en que los Estados no son solamente vulnerables ante las amenazas militares o ideológicas³².

Al margen de lo antes señalado, quedan algunas dudas por despejar, por ejemplo, ¿qué sucede si es no fácil detectar al Estado agresor? Ello si se considera el caso de un grupo subversivo internacional que tiene el apoyo logístico y armamentístico de algún país³³ y que suele movilizarse por diferentes países y realizar ataques a países de diferentes continentes. ¿Cómo hacer viable la actuación de la comunidad de países en este tema? Además, ¿cómo explicar a la población los costos de vidas humanas y de material de guerra cuando se forma parte de las medidas que dicte el Consejo de Seguridad para restablecer la paz?

En una relación de la seguridad colectiva con la seguridad nacional, la seguridad colectiva busca mantener una situación de paz y seguridad mundial, mientras que la seguridad nacional busca asegurar la soberanía y el territorio de un país así como proteger a su población.

En el caso de la seguridad colectiva, es la propia comunidad de países la que define una acción o situación de amenaza o agresión y luego desarrolla las medidas necesarias para enfrentarla. En el caso de la seguridad nacional, cada Estado detecta las acciones o situaciones que amenazan su seguridad y aplica medidas para neutralizarlas.

Asimismo, de acuerdo con la seguridad colectiva, los Estados miembros someten su actuación a la decisión de la comunidad de países (ejemplo, la Organización de Naciones Unidas) a fin de que esta entidad se encargue de adoptar las medidas que neutralizarán la actuación del país agresor. Es diferente el caso de la seguridad nacional, pues cada Estado realiza sus propias actuaciones y decide libremente las medidas que adoptará para eliminar las amenazas contra su seguridad.

³² El Presidente de México, Vicente Fox, a la par que se retiró del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca sugirió la creación de una estructura de seguridad multilateral y moderna.

³³ Recordemos que se ha constatado que en países como Irán, Siria, Sudan y Cuba se brinda apoyo a grupos subversivos.

1.4.2.- Seguridad cooperativa (*common security*)

En primer lugar es necesario precisar que se ha denominado de diversas maneras a la seguridad cooperativa, algunos autores la denominan *seguridad común*³⁴ y otros, *seguridad compartida*³⁵. En segundo lugar, hay que entender que los expertos no han llegado a un consenso sobre el significado de seguridad cooperativa. Una primera aproximación la hace Michael Moodie para quien es el *proceso donde países con intereses comunes trabajan juntos a través de mecanismos de acuerdo para reducir tensiones y suspicacias, resolver o mitigar disputas, construir confianza, profundizar prospectos de desarrollo económico y mantener la estabilidad en sus regiones*³⁶.

Respecto a la seguridad cooperativa, Richard Cohen señala que *la seguridad cooperativa debe tener en su núcleo Estados liberales democráticos adherido a valores comunes*³⁷.

Para este autor la seguridad cooperativa se compone de cuatro anillos: un anillo nuclear formado por la seguridad individual o seguridad humana (donde hay una preocupación por la promoción y protección de los derechos humanos), seguido por otro anillo formado por la seguridad cooperativa (dado que se vincula con el mantenimiento de la paz y la estabilidad de los espacios comunes de los países), al que le sigue el anillo de la defensa colectiva (como esquema de protección contra la agresión de terceros) y, por último, el anillo que encierra a los anteriores, el de la promoción de la estabilidad³⁸.

Encontramos elementos básicos en estas concepciones de seguridad cooperativa, estos son: la predisposición que deben tener los Estados para superar los temas de desconfianza entre ellos y la generación de mecanismos o alianzas que eliminen los problemas y temas de conflicto con miras a crear confianza. Generalmente, los temas de

³⁴ Detlev Wolter, en el libro *Common Security in Outer Space and international Law*, entiende que seguridad cooperativa es lo mismo que seguridad común.

³⁵ Esther Barbe y Orianta Perni en el artículo *Más allá de la seguridad nacional* utiliza el término seguridad compartida como sinónimo conceptual de seguridad cooperativa.

³⁶ MOODIE, Michael. *Cooperative security: Implications for national security and international relations*. En: <http://www.cmc.sandia.gov/cmc-papers/sand98-050514.pdf>, p. 5. Consultado en marzo de 2011.

³⁷ COHEN, Richard. *Cooperative Security: From Individual Security to International Stability*. En: Cohen, Richard; Mihalka, Michael. *Cooperative Security: New horizons for international order*. En: http://marsahlcenter.org/mcpublicweb/MCDocs/files/College/F_publications/mcpapers/mc-papers_3-en.pdf, p. 11.

Consultado en marzo de 2011.

³⁸ *Ibidem*, pp. 9-10.

acuerdos o convenios (como derechos humanos, seguridad, entre otros) son temas importantes.

En el presente trabajo entenderemos por seguridad cooperativa la estructura institucional que desarrolla un grupo de Estados democráticos mediante convenios y acuerdos, para lo cual han aprobado previamente sus principios e intereses comunes en materias básicas como seguridad, economía, política y derechos humanos. Asimismo, la seguridad cooperativa es un proceso que se desarrolla paso a paso, no es ni rápido ni inmediato, porque se necesita que los Estados den primero algunos pasos como el establecimiento de medidas de confianza entre ellos, ejemplo de esto son las mesas de diálogo bilaterales, las reuniones de defensa entre altos mandos militares, los ejercicios militares entre países o el intercambio de profesionales para realizar pasantías en determinadas materias.

En la línea de lo antes señalado vemos que se necesita construir un sistema de transparencia de información entre los Estados capaz de transmitir sus respectivas intenciones en materias de seguridad (por ejemplo, la publicación de los Libros Blancos de Defensa), economía u otros. El objetivo es generar confianza entre los Estados mediante información que al hacerse pública permita conocer las verdaderas pretensiones, intereses y preocupaciones de los otros Estados. En ese sentido, los estados pueden elaborar un conjunto de convenios internacionales que plasmen sus acuerdos o firmar tratados sobre temas específicos, por ejemplo el Tratado de no Proliferación de Armas Nucleares.

En este caso las acciones protagonizadas por Argentina y Brasil en la década del 60 del siglo XX, con relación al desarrollo de la energía nuclear, permiten mostrar que la seguridad cooperativa implica seguir un proceso en el que debe primar la confianza. Ambos países decidieron en la década del 40 iniciar investigaciones sobre energía nuclear en un contexto de mutua rivalidad. Paralelamente, ya en los años 60, ambos países decidieron no ratificar el Tratado para la Prohibición de Armas Nucleares en América Latina y el Caribe (más conocido como Tratado de Tlatelolco, 1967) ni el Tratado de No Proliferación Nuclear (conocido como TNP, 1968) del Organismo Internacional de la Energía Atómica (OIEA).

Esta situación de desconfianza no varió hasta la década del 80. Con el regreso de la democracia se facilitó la firma del Acuerdo de Cooperación entre el Gobierno de la República de Argentina y el Gobierno de la República Federativa del Brasil para el Desarrollo y la Aplicación de los Usos Pacíficos de la Energía Nuclear. El objetivo de este acuerdo fue colaborar en un tema de mutuo interés y sensible para ambos países, y que a su vez permitiera construir un proceso de confianza recíproca.

En 1985 ambos países celebraron la Declaración Conjunta sobre Política Nuclear, dentro de la cual emitieron un conjunto de lineamientos de política nuclear y establecieron grupos de trabajo sobre política nuclear³⁹. Posteriormente, se realizaron actividades como el intercambio de científicos, estudiantes e información; y la elaboración de acciones conjuntas en el escenario internacional, estos mecanismos sirvieron para generar confianza entre estos países.

Otros acuerdos posteriores fueron la Declaración de Brasilia (1986), que tuvo como objetivo mejorar la transparencia, intensificar el intercambio de visitas y coordinar posiciones en foros internacionales; el Protocolo N° 11 sobre información inmediata y asistencia recíproca en caso de accidentes nucleares; el Protocolo N° 17 donde se definieron áreas de realización de esfuerzos de cooperación y desarrollo conjunto; la Declaración de Viedma (1987), que permitió la visita del Presidente de Brasil, José Sarney, a la planta de separación isotópica de Pilcaniyeu; la Declaración de Ipero (1988), que permitió la visita del Presidente de Argentina, Raúl Alfonsín, al Centro Experimental de Aramar en Iperó; Declaración de Ezeiza (1988), que facilitó la visita del Presidente de Brasil al Laboratorio de Procesos Radioquímicos de la Comisión Nacional de Energía Atómica (CNEA) instalado en Ezeiza.

El proceso que llevaron a cabo Brasil y Argentina les permitió eliminar sus desconfianzas e implementar medidas de colaboración –como las declaraciones, acuerdos, grupos de trabajo, intercambio de profesionales y de información– y, en términos generales, hubo un “diálogo político” que permitió eliminar percepciones erróneas. Pero esto no se hubiese logrado sin una predisposición hacia la confianza por parte de los dos Estados.

³⁹ Este grupo se subdividió en tres subgrupos: cooperación técnica, coordinación de política exterior y requerimientos legales y técnicos de la cooperación.

Por otro lado, el caso de Brasil y Argentina sirve para analizar acerca de una posible viabilidad del sistema de seguridad cooperativa a nivel regional. Por ello vale preguntar: ¿es factible establecer un sistema de seguridad cooperativa a nivel regional? La respuesta es que no sería tan fácil, porque aún perduran conflictos históricos y diferencias ideológicas que limitan la generación de principios e intereses comunes necesarios para implementar un sistema de seguridad cooperativa. En América del Sur, a la fecha, existen diferencias entre Ecuador y Colombia como también entre Venezuela y Colombia. Entre estos dos últimos Estados debido a diferencias ideológicas que hacen difícil el establecimiento del sistema de seguridad cooperativa, por las concepciones distintas que tienen en temas básicos como derechos humanos o regímenes económicos. De ahí que lo más viable sería establecer la seguridad cooperativa a través de relaciones bilaterales de países sin diferencias sustanciales; es decir, diferencias que no sean tan radicales como para impedir que se establezca este tipo de seguridad.

Si se reflexiona sobre la manera en que conjuga la seguridad cooperativa con la seguridad nacional, consideramos que esta conjunción se realiza como resultado del proceso de delimitación de intereses comunes por parte de cada Estado. En este proceso estos Estados deben considerar las amenazas a su propia existencia y procurarán que éstas sean similares en los Estados con los que proyectan establecer la seguridad cooperativa. De esta forma no sólo habrá mayor confianza entre ellos sino que incluso puede haber un trabajo coordinado para enfrentar las amenazas. Por ejemplo, pueden realizar un trabajo coordinado para enfrentar a elementos terroristas que operan en zonas colindantes de los dos Estados.⁴⁰

Como ejemplo de este tema citamos el caso de Estados Unidos y de la Federación Rusa, países que preocupados por la expansión de las armas nucleares –pues ésta ya era una amenaza para ambos–, prepararon el programa de Reducción de Amenaza Cooperativa, mediante el cual desde el año 1990 estos dos países están desmantelando sus cabezas nucleares y lanzadores de misiles. Para fines del año 2000

⁴⁰ Un ejemplo de este caso puede ser que Ecuador y Colombia realicen una estrategia conjunta que comprenda el patrullaje en conjunto en sus fronteras para detectar y combatir a las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) que suele movilizarse en la frontera de estos países.

sólo en la Federación Rusa se desactivó 5014 cabezas nucleares y se destruyó 407 misiles balísticos intercontinentales.⁴¹

1.4.3.- Seguridad global (comprehensive security)

El concepto de seguridad global tiene sus inicios en la etapa posterior a la guerra fría⁴² y tiene un enfoque distinto al tradicional, en donde el Estado es el centro de análisis y hay una fuerte preocupación por la defensa militar del país. Por el contrario, la seguridad global se preocuparse más por la comunidad, por ello busca proteger la vida de las personas, pero no sólo de la típica amenaza militar sino también de otros tipos de amenazas como la degradación ambiental, la hambruna o la escasez de energía.

Por ello, se señala que la seguridad global está compuesta de tres componentes:

- Seguridad económica. La economía cada vez tiene más importancia en los países, sobre todo en un contexto de globalización donde las manufacturas, mercados e investigación y desarrollo son temas transnacionales, y donde, en el ámbito personal, los ciudadanos buscan lograr una mejor economía familiar. La seguridad global se enmarca en un contexto de globalización donde hay una interdependencia de individuos, naciones y regiones; es decir, una integración global con un mercado global que tiene que considerar a los Estados, pues éstos son proclives a los riesgos económicos. De ahí que los estados también deban planificar sus políticas económicas con una visión global.
- Seguridad medio ambiental. La degradación ambiental producida por el cambio climático puede traer consigo amenazas graves. Por ejemplo, la subida del nivel del mar pone en peligro la continuidad de países constituidos por islas; asimismo, los efectos del cambio climático pueden provocar la escasez de agua o la extinción de

⁴¹ WOLTER, Detlev. *Common Security in Outer Space and international Law*. Ginebra: Naciones Unidas, 2006, p. 127.

⁴² En este sentido, Mijail Gorbachov propuso un sistema global de seguridad internacional que tenía como componentes: militar (desarme militar), político (derecho de autodeterminación), económico (fin de embargos, nuevo orden económico internacional) y humanitario (derechos humanos, libertad y emigración).

especies de flora y fauna importantes para el consumo humano y ser la causa de futuros conflictos armados.

- Seguridad humana. Se refiere a la seguridad de individuos y comunidades en relación con los genocidios, los desastres naturales o la falta de alimentación. Término que se ha extendido incluso a los casos en que los ciudadanos son víctimas de un conflicto estructural doméstico o de inequidades de la sociedad como la limpieza étnica, el terrorismo o el crimen.

Se tiene que acotar, sin embargo, que estos dos últimos componentes también estarían comprendidos dentro de una concepción amplia de seguridad nacional, que además de centrarse en el control de las amenazas militares y otras que afecten la soberanía y la integridad del territorio, velaría por el bienestar de la población en general; bienestar dentro del cual se enmarcan varios de temas de la seguridad medio ambiental y seguridad humana. De modo que si se revisa las concepciones de seguridad medio ambiental y seguridad humana éstas se centran en amenazas como el cambio climático o el terrorismo, temas que son comprendidos también como amenazas a la seguridad nacional.

1.4.4.- Seguridad ciudadana

En una revisión de los diferentes conceptos de seguridad ciudadana nos encontraremos con 2 vertientes, la primera lo equipara con el concepto de seguridad pública, así autores como Luciano Parejo Alfonso señalan que se debe entender por seguridad ciudadana o pública:

“(…)la relativa al orden jurídico vigente, es decir, el Estado en su conjunto y, por tanto, sus instituciones y el funcionamiento de las mismas, así como a los derechos y los bienes de los sujetos ordinarios o privados (tales como salud, vida, libertad, patrimonio, etc.)”⁴³.

⁴³ PAREJO ALFONSO, Luciano; DROMI, Roberto. *Seguridad pública y derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 59

En la misma línea, Miguel Izu Beloso no hace diferencias entre seguridad ciudadana y seguridad pública, pues señala que *en primer lugar ambas expresiones vienen a ser sinónimas. La Constitución emplea ambas en los artículos 104 y 149 con el mismo sentido, refiriéndose a la actividad de los Cuerpos de la Policía*⁴⁴.

Sin embargo, la tendencia mayoritaria es diferenciar ambos términos y construir un concepto propio de seguridad ciudadana, aunque se tiene que indicar que hay dos tipos de conceptos de seguridad ciudadana: uno amplio y otro restringido. El concepto amplio ha sido desarrollado por autores como Francisco Alonso Pérez⁴⁵, María José Jiménez Díaz⁴⁶, Mauricio Salinas⁴⁷ y Juan Bustos Ramírez⁴⁸. Específicamente, Francisco Alonso Pérez define a la seguridad ciudadana como:

*—En sentido amplio la seguridad ciudadana es una situación social en la que no existen riesgos o peligros para los ciudadanos, es decir, que éstos pueden ejercitar libremente sus derechos y libertades sin que exista obstáculo para ello. En definitiva, se trata de una situación que debe garantizar a los ciudadanos el libre y pleno ejercicio de todos y cada uno de los derechos y libertades que ostentan, tanto individuales como colectivos, en el marco de la Constitución”.*⁴⁹

En relación con el concepto restringido de seguridad ciudadana, autores como José Luis Carro Fernández-Valmayor definen a la seguridad ciudadana como:

*—(…) protección de personas y bienes, de acuerdo con el resto del ordenamiento jurídico; protección que naturalmente ha de conectarse con la naturaleza misma de las fuerzas y cuerpos de seguridad, lo que hace que dicha protección se lleve a cabo en el ámbito que le es propio, esto es, frente a acciones violentas o agresiones, situaciones de peligro (normalmente constitutivas de delito o falta), o calamidades públicas.”*⁵⁰

⁴⁴ IZU BELLOSO, Miguel José. Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978. En: *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 5, abril-junio 1988, p. 245.

⁴⁵ El autor Francisco Alonso Pérez desarrolla este tema en el texto *Seguridad ciudadana. La Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero sobre protección de la seguridad ciudadana*.

⁴⁶ María Jiménez Díaz desarrolla este tema en el texto *Seguridad ciudadana y Derecho Penal*.

⁴⁷ El autor Mauricio Salinas desarrolla este punto en el artículo *Reflexiones en torno al concepto de seguridad ciudadana y su situación en Chile*.

⁴⁸ Juan Bustos no menciona específicamente a una situación social, pero sí sobre condiciones y presupuestos que han de establecer o promocionar el Estado en un momento dado para que las personas se desarrollen en el ejercicio de sus derechos.

⁴⁹ ALONSO PÉREZ, Francisco. *Seguridad ciudadana*. Madrid: Marcial Pons, 1994, p. 14.

⁵⁰ CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José. Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública. En: Ministerio del Interior. *Policía y sociedad*. Madrid: Dirección General de la Policía, 1989, p. 41.

No compartimos el concepto amplio de seguridad ciudadana debido a que es muy general; tan amplio que no permite diferenciar la seguridad ciudadana de otros tipos de seguridad –por ejemplo, la seguridad nacional–, pues se refiere a una situación en que no hay riesgos o peligros para el ciudadano. Además, no indica los tipos de riesgos o peligros, sólo se usan de manera genérica (“no existen riesgos o peligros para los ciudadanos”); tampoco se hace mención alguna a la función del Estado en brindar la seguridad a los ciudadanos.

Por ello, en el presente trabajo seguiremos el concepto restringido de seguridad ciudadana, según el cual, la protección de las personas debe brindarla el Estado por medio de sus fuerzas de seguridad con respecto de acciones violentas y agresiones o calamidades públicas, que pueden ser acciones de terceras personas o acciones de la naturaleza (sismo, tsunami, etc.).

Al vincular la seguridad ciudadana con la seguridad nacional veremos que en ambos casos le corresponde al Estado brindar estos tipos de seguridad mediante sus cuerpos de seguridad. Lo que varía es el tipo de amenaza. En el caso de seguridad nacional serán amenazas que pueden afectar la soberanía o la estructura del Estado (o el territorio o la nación) y son provocadas por la agresión de otro país, el terrorismo, el cambio climático, etc. En el caso de la seguridad ciudadana hablamos de amenazas que afectan a la seguridad propia de las personas o de los bienes, por ejemplo, el hurto, el robo, la estafa, un sismo o un tsunami.

En este punto debemos indicar que varios autores remarcan que la seguridad ciudadana nace como un concepto que incide propiamente en la seguridad de las personas y no de la seguridad del Estado y que por ello es necesario diferenciarlo de conceptos como seguridad pública y seguridad nacional. Sin embargo, no se tiene que olvidar que entre las funciones básicas del Estado se encuentra la de brindar seguridad, función de la cual no se puede desligar. Inclusive, como se señaló anteriormente, la seguridad nacional busca controlar las amenazas contra la soberanía del Estado, la integridad del territorio, la estructura del Estado y la población; por ello, la seguridad nacional se enfoca en la protección de las personas algo en que también se enfoca la seguridad ciudadana.

En este sentido, la seguridad ciudadana no es un concepto solitario sino uno vinculado y complementado con otros tipos de seguridad, entre ellos el de seguridad nacional. Lo que es necesario hacer es un análisis para determinar las amenazas que deben ser abordadas bien por la seguridad nacional o bien por la seguridad ciudadana. Esta situación se presenta por las dimensiones que pueden alcanzar algunas amenazas; así por ejemplo, el narcotráfico, en países como Colombia o Perú se ha convertido en un aliado importante del terrorismo, que le proporciona armamento y recursos económicos a cambio de protección, de ahí que se le considere una amenaza a la seguridad nacional.

Igualmente, algunos problemas del medio ambiente como deslizamientos de tierra o inundaciones, que pueden ser abordados como un problema de seguridad ciudadana, al final pueden ser una manifestación del cambio climático, tema que sí es considerado como amenaza a la seguridad nacional. Recordemos, por ejemplo, que entre los efectos del cambio climático tenemos las inundaciones y éstas sí pueden poner en riesgo la existencia de los Estados, sobre todo los Estados isleños.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL DERECHO INTERNACIONAL Y SU VINCULACIÓN CON LA SEGURIDAD NACIONAL

En este capítulo se analiza el tratamiento que diversos tratados internacionales sobre derechos humanos le dan a la seguridad nacional. Este análisis ha permitido constatar que tanto la seguridad nacional como otros conceptos (moral, salud, etc.) operan como límites de derechos esenciales en toda sociedad democrática, llámese libertad de expresión, derecho a la vida privada, libertad de asociación, entre otros.

A continuación se revisa la jurisprudencia que algunos tribunales internacionales han elaborado sobre la seguridad nacional; específicamente, las sentencias de la Corte Internacional de Justicia, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En esta revisión se tratará de establecer pautas, lineamientos o criterios que permitan delimitar el concepto de seguridad nacional que los tribunales internacionales han elaborado en sus sentencias sobre seguridad nacional y su vinculación con los derechos humanos con miras a analizar la visión que tienen los tribunales sobre este tema.

2.1.- La seguridad nacional en algunos tratados internacionales

Después de la Segunda Guerra Mundial –y como respuesta a las atrocidades cometidas en este conflicto– se firmó un conjunto de tratados internacionales, varios de ellos tienen una marcada influencia de la Declaración Universal de Derechos Humanos y están orientados a proteger los derechos fundamentales de la persona. Es el caso, por ejemplo, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Se habla de una marcada influencia no solo porque en los preámbulos de los tratados mencionados se hace mención expresa de la Declaración Universal (la cual busca asegurar el reconocimiento de los derechos fundamentales y sostiene que el ser humano no puede realizarse si no se permite el disfrute de sus derechos) sino porque

estos tratados transcriben prácticamente las estipulaciones de los derechos establecidos en la Declaración Universal⁵¹.

Cabe precisar que los tratados internacionales son el gran apoyo del derecho internacional. Sin embargo, con la finalidad de evitar incompatibilidades entre la realidad cambiante de un Estado y sus obligaciones con respecto a otro Estado u otros Estados con los que haya firmado tratados bilaterales o multilaterales, se requiere generar mecanismos de flexibilidad que les ayude a no incurrir en actos ilícitos por el incumplimiento de sus obligaciones establecidas por tratado a causa de circunstancias excepcionales como conflicto bélico o emergencia medioambiental. Por lo antes señalado, los Estados suelen establecer cláusulas genéricas en los tratados a las que pueden recurrir frente a situaciones anómalas que les impidan cumplir con sus obligaciones.

Si revisamos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Europea y la Convención Americana sobre Derechos Humanos encontraremos estas cláusulas. Ello se puede apreciar en la tabla N° 5.

⁵¹Con excepción del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que solo desarrollan los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales son desarrollados en otro tratado.

TABLA N° 5
DISPOSICIONES DE ALGUNOS TRATADOS INTERNACIONALES
VINCULADOS CON SITUACIONES DE EMERGENCIA

Nombre del tratado internacional	Disposiciones vinculadas a situaciones de emergencia
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	Art. 4.1.- En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivo de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.
Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales	Art. 15.1.- En caso de guerra o de otro peligro público que amenace a la vida de la nación , cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la medida estricta en que lo exija la situación, y supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanen del derecho internacional.
Convención Americana sobre Derechos Humanos	Art. 27.1.- En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte , éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

Fuente: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Se observa que los tratados suelen utilizar términos como guerra, peligro público, peligro que amenace la vida de la nación, peligro que amenace la seguridad del Estado o peligro que amenace la independencia del Estado. Si bien se entiende que son en casos de extrema urgencia (como pueden ser las amenazas a la seguridad nacional) donde se halla en peligro la propia existencia del Estado o su funcionamiento como tal, debemos

señalar que son términos generales, lo cual para un sector de la doctrina⁵² es correcto porque el uso de términos generales, vagos y ambiguos tiene la ventaja de permitir a los Estados adecuar los problemas latentes a estos términos, además de que corresponderá a los órganos jurisdiccionales ser las entidades que mediante la jurisprudencia verifiquen el uso adecuado de estas cláusulas.

Sin embargo, consideramos que el uso de términos generales y ambiguos puede ser riesgoso dado que puede permitir excesos de los Estados al recurrir a estas cláusulas y suspender sus obligaciones de manera arbitraria. Además, si bien corresponde a los tribunales controlar el uso correcto de estas cláusulas, ello requiere su actuación activa y rigurosa, a fin de señalar si los Estados tienen reales motivos para usar estas cláusulas; por el contrario, un rol pasivo de los tribunales solo permitirá legitimar a los Estados que han usado indebidamente estas cláusulas. Adicionalmente, esta situación puede conllevar a una deslegitimación de los tribunales como órganos jurisdiccionales.

Debemos indicar que los Estados que recurran a estas cláusulas tienen que cumplir con un determinado procedimiento, como el establecer la restricción en la medida estricta, la medida adoptada no debe ser incompatible con las demás obligaciones del derecho internacional; por ejemplo, no debe existir discriminación (de raza, color, sexo, idioma, religión y origen social) y además se debe comunicar a la autoridad correspondiente (Secretario General de la ONU, Secretario General del Consejo de Europa y Secretario General de la OEA) del alcance de la medida, las medidas suspendidas y los motivos de las misma, así como cuando se levanta la suspensión de dicha medida⁵³.

No obstante, estos convenios han establecido un conjunto de derechos que bajo ninguna circunstancia los Estados pueden suspender (“derechos duros”). Al revisar estos derechos en los tratados antes mencionados se constata que hay un núcleo de derechos duros comunes en estos tratados: derecho a la vida, derecho a no ser sometido

⁵² Para una mejor comprensión revisar el texto *Flexibilidad y tratados internacionales* de Pablo Martín Rodríguez y el artículo Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática (art. 10 del CEDH) de Rafael Bustos Gilbert publicado en el texto *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*.

⁵³ Artículos 4.1. y 4.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 15.1 y 15.3 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y artículos 27.1 y 27.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

a tortura y tratos inhumanos, derecho a no ser sometido a esclavitud o servidumbre⁵⁴ y derecho a no ser condenado por una acción u omisión que al momento que se cometió no constituía delito según el derecho nacional o internacional.

Advertimos una tendencia a incrementar estos derechos en los tratados. Los mencionados en el párrafo anterior se hallan comprendidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, pero en el Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos encontramos otros derechos, como el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y el derecho a la libertad de conciencia y de religión. Sin embargo, es en la Convención Americana donde encontramos un mayor número de derechos que no pueden suspenderse; así tenemos otros derechos que no están comprendidos ni en el Convenio Europeo ni en el Pacto Internacional como el derecho a la protección de la familia, el derecho al nombre, los derechos del niño, el derecho a la nacionalidad o los derechos políticos y garantías judiciales, que son indispensables para la protección de los derechos.

Varios de estos derechos son importantes: los derechos del niño, por tratarse de un sector de la sociedad muy vulnerable, o los derechos políticos, porque dentro de este derecho se comprende el derecho de participar en la dirección de asuntos públicos, el derecho de votar y ser elegido en elecciones y el derecho de acceder a las funciones públicas. También hay que resaltar las garantías judiciales como mecanismos legales ante los órganos jurisdiccionales a los que pueden recurrir los ciudadanos para que no se vulneren sus derechos.

Asimismo, indicamos que en los tratados señalados anteriormente existen derechos en los se ha establecido expresamente la seguridad nacional como límite de los mismos. La tabla N° 6 desarrolla este tema:

⁵⁴ Se debe indicar que en el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se señala el derecho a la integridad física personal que tiene una composición más amplia, pues comprende el derecho a la integridad física, psíquica y moral, la prohibición de torturas y tratos crueles, la pena no puede trascender de la persona del delincuente, los procesados deben ser separados de los condenados, los menores de edad deben ser separados de los adultos y las penas privativas deben tener una finalidad de reforma y readaptación social.

TABLA N° 6
DERECHOS FUNDAMENTALES REGULADOS EN ALGUNOS TRATADOS INTERNACIONALES QUE EXPRESAMENTE TIENEN COMO LIMITACIÓN LA SEGURIDAD NACIONAL

Nombre del tratado internacional	Nombre del derecho limitado por la seguridad nacional
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	Libertad de tránsito (art. 12), igualdad ante los tribunales de justicia (art. 14), libertad de expresión (art. 19), libertad de reunión (art. 21) y libertad de asociación (art. 22).
Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Políticas	Igualdad ante los tribunales de justicia (art. 6.1), derecho a la vida privada y familiar (art. 8), libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 9), libertad de expresión (art. 10), libertad de reunión y libertad de asociación (art. 11), libertad de tránsito (Protocolo N° 4) y garantías procedimentales referentes a la expulsión de extranjeros (Protocolo N° 7).
Convención Americana sobre Derechos Humanos	Libertad de conciencia y de religión (art. 12), libertad de pensamiento y de expresión (art. 13), derecho de reunión (art. 15), libertad de asociación (art. 16) y derecho de tránsito y de residencia (art. 22).

Fuente: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Políticas y Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Igualmente, se advierte que hay un conjunto de derechos comunes que vamos a encontrar en los diferentes tratados como derecho de tránsito, libertad de expresión, libertad de reunión y libertad de asociación.

Sin embargo, a diferencia de la situación antes señalada, en este caso la tendencia es a reducir los supuestos en que los derechos colocan a la seguridad nacional como límite de los mismos. Así tenemos que si bien en el Convenio Europeo se considera la seguridad nacional como límite de derechos en siete casos, también se señala en supuestos no regulados en los otros tratados como el derecho de la vida privada y familiar o las garantías procedimentales referentes a la expulsión de extranjeros. En la Convención Americana solo hay cinco casos.

2.2. - La Corte Internacional de Justicia y la seguridad nacional

La revisión de los casos en los que ha tenido que pronunciarse la Corte en relación con la seguridad nacional revela que son pocos: Nicaragua contra Estados Unidos (sentencia de fecha 27 de junio de 1986), República Islámica de Irán contra

Estados Unidos (sentencia de fecha 6 de noviembre de 2003) y Bosnia y Herzegovina contra Serbia y Montenegro (sentencia de fecha 26 de febrero de 2007). A la par, la Corte ha evaluado el tema de seguridad nacional en dos opiniones consultivas: Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o Uso de Armas Nucleares (de fecha 8 de julio de 1996) y Opinión Consultiva sobre Consecuencias Legales de la Construcción del Muro en territorio de Palestina Ocupada (de fecha 9 de julio de 2004).

En el caso Nicaragua contra Estados Unidos (asunto de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua), Nicaragua señaló⁵⁵:

- Estados Unidos ha reclutado, formado, equipado, financiado, aprovisionado, instigado, apoyado, asistido y dirigido acciones militares y paramilitares en Nicaragua y contra este mismo país, con lo cual viola obligaciones internacionales.
- Estados Unidos viola obligaciones derivadas del derecho internacional general y consuetudinario al violar la soberanía del Estado por medio de ataques armados contra Nicaragua por mar, aire y tierra; al ejecutar incursiones en aguas territoriales de Nicaragua; al violar el espacio aéreo y al realizar esfuerzos directos e indirectos de coacción y de intimidación sobre el gobierno de Nicaragua.
- Estados Unidos al violar sus obligaciones derivadas del derecho internacional general y consuetudinario ha utilizado y utiliza la fuerza y la amenaza de la fuerza.
- Estados Unidos interviene en asuntos internos de otro Estado.
- Estados Unidos infringe la libertad de los mares e interrumpe el comercio marítimo pacífico.

⁵⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Sentencia del caso Nicaragua contra Estados Unidos*, de fecha 27 de junio de 1986, párrafo 15.

- Estados Unidos ha matado, herido y secuestrado; hiere, secuestra y mata a ciudadanos de Nicaragua.

En consecuencia, Nicaragua solicitó a la Corte Internacional que juzgue si Estados Unidos ha violado las obligaciones de derecho internacional, que Estados Unidos ponga fin a las violaciones de derecho internacional y que, como consecuencia de las violaciones de derecho internacional, este país indemnice a Nicaragua por el monto de 370 millones de dólares como evaluación mínima del perjuicio.

Estados Unidos se desentendió del proceso en la fase de admisibilidad y señaló que actuó con base en la legítima defensa colectiva en favor de El Salvador, Costa Rica y Honduras contra Nicaragua, así como de acuerdo con el Tratado de Interamericano de Asistencia Mutua⁵⁶. La Corte, pese a no contar con la posición de Estados Unidos, procuró buscar la verdad de los hechos, por ello no solo se basó en la posición de Nicaragua sino también en las declaraciones de El Salvador, declaraciones públicas de funcionarios de las partes, discursos de las partes en organismos internacionales, resoluciones tomadas, publicaciones oficiales de las partes e incluso las alegaciones escritas y verbales presentadas por Estados Unidos antes de que se retirase del proceso.

Prueba de lo antes señalado es que la Corte consideró que el Senado de Estados Unidos había sido informado de que el Select Committee on Intelligence del Senado había recibido la advertencia del Director de la CIA sobre la aprobación presidencial de un plan para el minado de los puertos de Nicaragua y la aprobación de presupuestos de “asistencia humanitaria” para los “contras” de Nicaragua⁵⁷; tomó en cuenta también la declaración de la representante de Estados Unidos ante el Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas (del día 25 de marzo de 1982, mediante la cual reconoce expresamente que se ha realizado sobrevuelos sobre territorio de Nicaragua⁵⁸), las declaraciones del Presidente de Estados Unidos,⁵⁹ entre otras informaciones.

⁵⁶ *Ibidem*, párrafo 126.

⁵⁷ Así tenemos que para inicios del año 1981 la asistencia humanitaria ascendía a 19,5 millones de dólares. A fines del mismo año se aprobó un segundo monto de 20 millones de dólares.

⁵⁸ La representante de Estados Unidos señaló expresamente: “(…) es cierto que el gobierno de Estados Unidos al comprender las intenciones de Nicaragua y al conocer sus acciones, ordenó sobrevuelos para la salvaguardia de nuestra propia seguridad y la de otros Estados amenazados por el gobierno sandinista”. Adicionalmente, debemos considerar que en la fase de admisibilidad Estados Unidos adjuntó como prueba ocho fotos aéreas de puertos, campos de aviación y campamentos de Nicaragua que corresponden al periodo 1981-1984.

⁵⁹ El 19 de octubre de 1983, en una entrevista televisiva, el presidente estadounidense Ronald Reagan respondió a la pregunta sobre si era normal que la CIA participe en la preparación de un ataque y proporcione materiales para el

Sin embargo, consideramos que pese al esfuerzo de la Corte Internacional hay puntos que no se han logrado determinar del todo como el real alcance de la ayuda de Estados Unidos a “los contras”, es decir, si se trató solamente de una ayuda en armamento, logística, entrenamiento o si realmente hubo control y dirección de Estados Unidos sobre las actividades de “los contras”. Igualmente, no se ha logrado conocer con certeza si la ayuda que se brindaba a los subversivos de El Salvador (tráfico de armas para los subversivos) tenía el apoyo del gobierno de Nicaragua o no lo tenía.

Regresando a la posición adoptada por Estados Unidos debemos indicar que la legítima defensa colectiva a favor de terceros Estados (en este caso a favor de El Salvador, Honduras y Costa Rica) frente al ataque de un Estado implica que se tiene que cumplir con varios requisitos, entre ellos que el Estado agraviado se considere víctima de un ataque y a la par solicite la intervención de un Estado para su protección; y este tercer Estado comunica sobre las medidas adoptadas al Consejo de Seguridad de la ONU. La Corte Internacional también señala que las medidas adoptadas por el Estado protector deben ser sometidas al test de necesidad y proporcionalidad de la medida.

En el caso de Costa Rica nunca refirió ante el Consejo de Seguridad que fuera víctima de un ataque armado y que hubiera solicitado ayuda a Estados Unidos; en el caso de Honduras, si bien el representante de este país señaló ante el Consejo de Seguridad: *mi país es objeto de una agresión que se manifiesta bajo la forma de diversos incidentes que afectan a nuestra integridad territorial y a nuestra población, y de la que es responsable Nicaragua*⁶⁰, no se advierte que hable expresamente de ataque armado y que haya solicitado ayuda a Estados Unidos para que este país ejerza la legítima defensa.

En el caso de El Salvador, su representante ante el Consejo de Seguridad se quejó el 3 de abril de 1984 de una abierta intervención de Nicaragua pero no señaló que sea víctima de un ataque armado, tampoco mencionó la legítima defensa colectiva.

ataque: “creo que las actividades secretas han formado parte siempre de las actividades y de las responsabilidades de los gobiernos desde que existen gobiernos. Yo no hablaría de la relación que esas actividades pudieran tener con lo que ha pasado, ni con ciertas operaciones que tienen lugar allá abajo”.

⁶⁰ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Sentencia del caso Nicaragua contra Estados Unidos*, de fecha 27 de junio de 1986, párrafo 231.

Solamente en la declaración del 15 de agosto de 1984 habló de peticiones dirigidas a los Estados Unidos para que ejerza la legítima defensa.

La Corte Internacional también advierte en su sentencia que Estados Unidos no ha cumplido con emitir el informe que exige el artículo 51° de la Carta de las Naciones Unidas sobre las medidas que adoptó por el uso de la legítima defensa⁶¹. Por ello, la Corte Internacional concluye que no es válido el argumento de Estados Unidos de la aplicación de la legítima defensa colectiva y resuelve que este país ha violado la obligación que le impone el derecho internacional consuetudinario de no intervenir en asuntos de otro Estado al haber entrenado, equipado, financiado a las fuerzas “contras”; que ha violado también la obligación de no recurrir a la fuerza frente a otros Estados al haber realizado ataques contra Nicaragua; y que ha atentado contra la soberanía de otro Estado al realizar sobrevuelos del territorio de Nicaragua y colocar minas en aguas interiores o territoriales; además de haber violado las obligaciones derivadas del artículo XIX del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre Nicaragua y Estados Unidos.

En el segundo caso, República Islámica de Irán contra Estados Unidos, la parte demandante solicitó lo siguiente⁶²:

- En los ataques y destrucción de las plataformas de petróleo, Estados Unidos incumplió sus obligaciones, en especial los artículos 1° y 10° inciso 1 del Tratado de Amistad, Relación Económica y Derechos Consulares entre Estados Unidos y la República Islámica de Irán.
- En los ataques realizados a las plataformas, Estados Unidos incumplió el objeto y propósito del Tratado de Amistad e inclusive los artículos 1° y 10° inciso 1.
- Estados Unidos debe indemnizar a Irán por la violación de sus obligaciones internacionales.

⁶¹ *Ibidem*, párrafo 235.

⁶² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Sentencia del caso República Islámica de Irán contra Estados Unidos*, de fecha 6 de noviembre de 2003, párrafos 1 y 19.

Frente a lo señalado, Estados Unidos interpuso una demanda de reconvención en la que señaló⁶³:

- Las minas en el Golfo Pérsico y otras acciones militares en los años 1987 y 1988 fueron peligrosas y perjudicaron el comercio marítimo, por ello, Irán incumplió su obligación con Estados Unidos en relación con el artículo 10° del Tratado de Amistad, Relación Económica y Derechos Consulares entre Estados Unidos e Irán.
- Irán debe indemnizar a Estados Unidos por la violación del Tratado de Amistad, Relación Económica y Derechos Consulares entre Estados Unidos y la República Islámica de Irán.

Debemos contextualizar el presente caso. En el año 1980 se inició el conflicto bélico entre Irán e Iraq, por esa razón Irán levantó una zona de defensa exclusiva alrededor de sus costas y, por su parte, Iraq estableció una zona exclusiva naval total en el noreste del Golfo Pérsico. En 1984, Iraq inició ataques contra barcos tanqueros de petróleo que circulaban por el Golfo Pérsico, varios de ellos fueron atacados desde el aire por aviones o helicópteros o desde el mar con minas y misiles.

El Estado de Kuwait mostró preocupación por este tema, por lo que algunos países como Estados Unidos, Reino Unido y la extinta Unión Soviética permitieron que barcos tanqueros de terceros países naveguen en la zona con sus banderas. Otros países como Francia, Italia y Holanda enviaron barcos de guerra para resguardar a los barcos tanqueros.

El 16 de octubre de 1987 el barco tanquero *Sea Isle City* de Kuwait navegaba con bandera de Estados Unidos cuando fue impactado por un misil cerca del puerto de Kuwait. Estados Unidos atribuyó ese ataque a Irán y el 19 de octubre de 1987, con el argumento de la legítima defensa (establecido en el artículo XX párrafo 1.d del Tratado de Amistad y el artículo 51° de la Carta de Naciones Unidas), lanzó un ataque contra los

⁶³ *Ibidem*, párrafos 9 y 19.

complejos petroleros de Reshadat y Resalta que trajo como consecuencia la destrucción de las plataformas R-4 y R-7.

El 14 de abril de 1988 el barco de guerra estadounidense *Samuel B. Roberts* fue atacado por una mina en aguas internacionales cerca de Bahrein en momentos que retornaba de una misión. Cuatro días después, Estados Unidos, con el mismo argumento de la legítima defensa –establecido en el artículo XX párrafo 1.d del Tratado de Amistad y artículo 51° de la Carta de Naciones Unidas– destruyó los complejos de Nasr y Salman.

En ambas ocasiones, el representante de Estados Unidos ante el Consejo de Seguridad presentó los informes sustentatorios de los motivos del uso de la legítima defensa.

Al igual que en el caso anterior, la Corte somete el uso de la legítima defensa por Estados Unidos al test de necesidad y proporcionalidad de la medida, tras lo cual establece que en ambos casos no se justifica el uso de la legítima defensa.

No obstante, debemos señalar que a nuestro criterio la Corte no fue rigurosa en su análisis. En el caso del ataque al barco *Sea Isle City*, no tuvo en cuenta que la zona más probable de ataque fue la península Fao, que se encontraba casi bajo el control total de Irán y en la que había lanzamisiles desde donde se pudo haber atacado al barco. Las pruebas realizadas a los otros misiles que cayeron en el mismo periodo en la misma zona permitieron concluir que fueron disparados no desde un avión o un barco sino desde un lanzamisil⁶⁴. En adición a lo antes señalado, el avión de alerta temprano norteamericano no detectó ningún otro avión o barco en la zona en el momento del ataque.

La Corte llega a la conclusión de que los testigos presentados por Estados Unidos solo observaron un misil que sobrevoló y luego impactó en el barco, pero no aportaron mayores detalles; y que las imágenes de un satélite, también presentadas por

⁶⁴ Irán en su defensa señaló que el misil debió ser lanzado por Iraq desde un barco o avión. Además, las imágenes del satélite muestran que no había ninguna lanzadera de misiles de Irán en la península Fao.

Estados Unidos, no eran del todo claras. En ese sentido, la Corte no realizó un análisis oportuno de los argumentos señalados en el párrafo anterior.

Igualmente, cuando la Corte señala que no se ha concluido de manera determinante las pruebas de Estados Unidos sobre el personal militar que había en las plataformas de Reshadat y Resalta, no había hecho una adecuada valoración y análisis del tema, pese a que Estados Unidos encontró documentación en esas plataformas donde se constata que el personal militar servía de apoyo de comunicaciones a las Fuerzas Armadas de Irán, monitoreaba a los buques cargueros (e incluso había monitoreado al buque atacado), coordinaba la colocación de minas en el mar y había dado asistencia a pequeños botes armados que atacaron barcos y abrieron fuego contra helicópteros militares de Estados Unidos⁶⁵. En este punto Irán solo señala que ese personal tenía como función brindar seguridad a las plataformas porque ya antes había sido atacada por Iraq y que la documentación obtenida por Estados Unidos había sido interpretada de manera sesgada.

Este tema es importante porque justificaría la necesidad de la medida adoptada por Estados Unidos de destruir las plataformas que servían de alerta a las fuerzas armadas de Irán para atacar a los barcos cargueros. Con la destrucción de las plataformas se eliminaba esta estrategia elaborada por Irán.

En relación con el segundo ataque, si bien es acertado el criterio que adopta la Corte al señalar que el ataque a las plataformas fue solo una parte de un conjunto de ataques de un operativo mayor, que derivó incluso en la destrucción de dos fragatas de Irán –con lo cual no se estaría cumpliendo con el criterio de proporcionalidad–, la Corte no es rigurosa. Frente a los argumentos de Estados Unidos que las minas encontradas en la zona del incidente por Estados Unidos, Bélgica y Alemania corresponden a series de Irán y que Estados Unidos identificó el tipo de mina del incidente como de fabricación iraní, la Corte solo se apoya en una frase muy general al señalar que las evidencias no son concluyentes y no hace mayor análisis para rebatir estos argumentos. Tampoco se encuentra sustento alguno frente al argumento de Estados Unidos sobre que la mina del

⁶⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Sentencia del caso República Islámica de Irán contra Estados Unidos*, de fecha 6 de noviembre de 2003, párrafo 48.

incidente estaba en la línea de navegación de los barcos de Estados Unidos y que esto era de conocimiento del Gobierno de Irán.

El tercer y último caso en que la Corte Internacional tuvo alguna vinculación con la seguridad nacional fue el caso de Bosnia y Herzegovina contra Serbia y Montenegro sobre la aplicación de la Convención en la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio (sentencia del 26 de febrero de 2007).

Entre los principales temas que Bosnia y Herzegovina solicitan a la Corte que juzgue en relación con Serbia y Montenegro, tenemos⁶⁶:

Que Serbia y Montenegro han incumplido y continúan incumpliendo sus obligaciones establecidas en la Convención en la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio respecto a Bosnia y Herzegovina⁶⁷.

Que Serbia y Montenegro han violado y continúan violando sus obligaciones legales a la gente y a Bosnia y Herzegovina, bajo la Cuarta Convención de Ginebra de 1949, Tercer Protocolo Adicional de 1977, costumbres internacionales de guerra, la Convención respecto a las Leyes y Costumbres de Guerra en Tierra y sus anexos, y otros principios fundamentales de derecho internacional humanitario.

Que Serbia y Montenegro han violado y continúan violando varios artículos de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁶⁸ y de la Carta de Naciones Unidas⁶⁹ con respecto a los ciudadanos de Bosnia y Herzegovina.

Que Serbia y Montenegro han incumplido sus obligaciones de derecho internacional consuetudinario al haber asesinado, herido, violado, robado, torturado y secuestrado; detenido ilegalmente y exterminado a ciudadanos de Bosnia y Herzegovina y continua haciéndolo.

⁶⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Sentencia del caso Bosnia y Herzegovina contra Serbia y Montenegro*, de fecha 26 de febrero de 2007, párrafo 64.

⁶⁷ Artículos I, II(a), II(b), II(c), II(d), III(a), III(b), III(c), III(d), III(e), IV y V de la Convención en la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio.

⁶⁸ Artículos 1-13, 15-23, 25-26 y 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos

⁶⁹ Artículos 1 (3), 2(1), 2(2), 2(3), 2(4), 33 (1), 55 y 56 de la Carta de Naciones Unidas.

Que Serbia y Montenegro han incumplido sus obligaciones de derecho internacional consuetudinario al haber usado y seguir usando la fuerza y la amenaza de la fuerza contra Bosnia y Herzegovina.

Que Serbia y Montenegro, en quebrantamiento de sus obligaciones generales y el derecho internacional consuetudinario, han violado y están violando la soberanía de Bosnia y Herzegovina a través de ataques armados por aire y tierra, o esfuerzos directos e indirectos de coactar e intimidar al gobierno, entre otras acciones.

Que Serbia y Montenegro entrenan, equipan, arman, financian y apoyan acciones militares y paramilitares contra Bosnia y Herzegovina por medio de sus agentes y terceros, y han violado y violan sus obligaciones con Bosnia y Herzegovina, en especial las obligaciones establecidas bajo el artículo 2º inc. 4 de la Carta de Naciones Unidas, así como sus obligaciones de derecho internacional consuetudinario.

Que bajo las circunstancias y el artículo 51º de la Carta de Naciones Unidas y el derecho internacional consuetudinario, Bosnia y Herzegovina tienen el derecho de requerir la inmediata asistencia de cualquier Estado a ir en su defensa, incluso con medios militares (armas, tropas, equipamiento, etc.).

Que Serbia y Montenegro deben cesar y desistir inmediatamente de sus incumplimientos de obligaciones legales, y en particular cesar y desistir inmediatamente en su práctica de “limpieza étnica” de los ciudadanos de Bosnia y Herzegovina; asesinar, realizar ejecuciones sumarias, torturas, violaciones, abuso físico y mental y detenciones de ciudadanos; destruir villas, pueblos, distritos, ciudades e instituciones religiosas; bombardear población civil en Bosnia, en especial en Sarajevo; sitiar poblaciones civiles; interrumpir y obstruir la ayuda humanitaria a los ciudadanos de Bosnia y Herzegovina por parte de la comunidad internacional; entre otros temas⁷⁰.

⁷⁰ Entre otros temas tenemos: violación de soberanía, integridad territorial, independencia política de Bosnia y Herzegovina, apoyo de provisión de armas, entrenamiento, ayuda económica, asistencia de cualquier nación, grupo, organización, movimiento o plan para comprometer acciones paramilitares contra Bosnia y Herzegovina.

Por tanto, Serbia y Montenegro deben pagar por los daños causados a las personas, las propiedades y la economía de Bosnia y Herzegovina, así como al medio ambiente causado por violaciones a la ley internacional.

En el presente caso, la Corte concluyó que Serbia y Montenegro no han cometido genocidio a través de sus órganos o personas que están bajo su responsabilidad y que este país tampoco ha sido cómplice en crímenes de genocidio; pero sí se reconoce la responsabilidad de Serbia y Montenegro en relación con los hechos ocurridos en Srebrenica en julio de 1995⁷¹ y en su obligación bajo la Convención en Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio por no transferir a Ratko Miladic, sindicado de haber cometido genocidio por el Tribunal Internacional Criminal para Yugoslavia.

Sin embargo, el tema cuestionable en este caso fue que, ante el pedido de Bosnia y Herzegovina sobre la presentación de unos documentos por parte de Serbia, que correspondían a los resúmenes de reuniones entre dirigentes gubernamentales y militares serbios durante la guerra de Bosnia (1992-1995), ese país se rehusó a entregarlos con el argumento de que habían sido declarados documentos clasificados como Secreto de Defensa del Estado, y ello en razón de que –supuestamente– su difusión podría afectar los intereses de seguridad nacional. La Corte consideró que, de ser necesario, aplicaría el artículo 49° del Estatuto⁷² y el artículo 62° inc. 1 del Reglamento de la Corte,⁷³ los que le facultan exigir a la otra parte exhibir los documentos o explicar el contenido de estos ante ella.

No obstante, pese a que la Corte cita estos artículos, debido a la negativa de Serbia de entregar estos documentos⁷⁴, nunca hizo uso de esta atribución y señaló solo

⁷¹ En la misma sentencia se señala que Serbia ha violado su obligación establecida en el procedimiento provisional dictado por la Corte el 8 de abril de 1993 y por el cual se debió tomar las medidas para prevenir el genocidio de Srebrenica.

⁷² **Estatuto de la Corte Internacional de Justicia:**

Artículo 49.- Aun antes de empezar una vista, la Corte puede pedir a los agentes que produzcan cualquier documento o den cualquier explicación. Si se negare a hacerlo, se dejará constancia formal del hecho.

⁷³ **Reglamento de la Corte Internacional de Justicia:**

Artículo 62. Inc. 1.- La Corte podrá invitar, en cualquier momento, a las partes a presentar los medios de prueba o a dar las explicaciones que considere necesarios para aclarar cualquier aspecto de las cuestiones en disputa o podrá tratar de procurarse otras informaciones con ese fin,

⁷⁴ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Sentencia de la Corte Internacional de Justicia del caso Bosnia y Herzegovina contra Serbia y Montenegro...* párrafo 44.

que dado que había una extensa documentación probatoria no era necesario requerir estos documentos.

La actitud de la Corte no solo fue pasiva con respecto a la negación de Serbia sino que generó un conjunto de problemas. Primero, perjudicó el hecho que se pudiera conocer toda la verdad en los sucesos de materia de investigación y que, muy posiblemente, hubiera involucrado a oficiales de las Fuerzas Armadas de Serbia. Esto se puede desprender de la actitud de este país al considerar estos documentos como de interés de seguridad nacional y tachando con marcas varias partes de estos documentos. El mismo juez M. Le Juge Mahiou reconoció que estos documentos pudieron haber ayudado a demostrar la participación de soldados serbios en crímenes en Bosnia⁷⁵, con lo cual se hubiera podido concluir que el Estado de Serbia estuvo involucrado en crímenes.

Segundo, la Corte no transmitió imparcialidad entre las partes del proceso; mucho más, si como señaló Bosnia y Herzegovina, estos documentos son importantes para el presente proceso. Tercero, la actitud de la Corte genera un mal precedente que puede ser usado por otros Estados en otros procesos, los que podrían valerse del argumento de documentos declarados secretos por seguridad nacional para negarse a presentarlos⁷⁶, con lo que se perjudica que se conozca la verdad en el proceso. Cuarto, la actitud de la Corte es más perjudicial en un proceso donde se analiza la responsabilidad de un Estado en un tema tan importante y sensible como el genocidio de personas.

Con respecto a las opiniones consultivas, hay dos casos en que la Corte se ha vinculado con la seguridad nacional. La primera es la Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares. La Asamblea General de la ONU, con base en el artículo 96° inc. 1 de la Carta de Naciones Unidas, solicitó al Tribunal Internacional de Justicia opinión sobre si el derecho internacional en alguna circunstancia autoriza la amenaza o el uso de las armas nucleares.

⁷⁵ El juez M. Le Juge Mahiou en su Opinión Disidente, señaló en el párrafo 57 que en los documentos requeridos se ha rellenado con negro los nombres de oficiales de las Fuerzas Armadas de Serbia y Montenegro comprometidos directamente en el territorio de Bosnia y Herzegovina, donde se cometieron crímenes y posibles actos de genocidio. Igualmente, el juez Al-Khasawneh en el párrafo 35 de su Opinión Disidente menciona que los documentos requeridos pudieron haber dado luz a la cuestión central del intento y atribución de responsabilidades.

⁷⁶ En este punto, Carlos Moreiro González en su texto *Las cláusulas de seguridad nacional* explica el riesgo de que se genera una mala práctica poniendo como ejemplo el caso de Estados Unidos donde la administración pública ha recurrido al privilegio del secreto de Estado para bloquear procesos judiciales.

La Corte concluyó lo siguiente⁷⁷:

- No existe en el derecho internacional convencional ni costumbre en el derecho internacional ninguna autorización concreta para que los Estados recurran a la amenaza o al empleo de las armas nucleares, pero tampoco existe prohibición general ni universal para la amenaza o el empleo de estas armas.
- Es ilícita la amenaza o el recurso de la fuerza por medio de armas nucleares cuando se contraviene lo dispuesto en el artículo 2º párrafo 4 de la Carta de Naciones Unidas y no se cumple con los requisitos establecidos en el artículo 51º de la Carta de Naciones Unidas.
- La amenaza o el empleo de las armas nucleares debe ser compatible con los requisitos del derecho internacional aplicables a los conflictos armados; particularmente, los principios y normas del derecho internacional humanitario.

En opinión de algunos expertos la posición de la Corte es explicable porque en este tema todavía no hay nada concluyente, así lo ha hecho ver en su declaración el juez Vladlen S. Vereshchetin⁷⁸, pero hay temas que quedan pendientes. Primero, no hay claridad sobre el momento en que, efectivamente, un Estado puede hacer uso de las armas nucleares como legítima defensa. En este punto constatamos que si revisamos los argumentos señalados por algunos Estados, como Francia y Estados Unidos, en la Opinión Consultiva se hace mención de manera genérica a una “situación extrema de legítima defensa”, en la que correría peligro la propia supervivencia del Estado. Incluso Estados Unidos señaló en su declaración escrita que un ataque nuclear, desproporcionado o no, dependerá de las circunstancias, por ejemplo el tipo de amenaza del enemigo, la importancia de destruir el objetivo, el carácter, el tamaño y los efectos probables del artefacto y la magnitud del peligro para la población civil; con lo cual se puede apreciar que no hay muchas precisiones.

⁷⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o Uso de Armas Nucleares*, de fecha 8 de julio de 1996, párrafo 105.

⁷⁸ En su declaración, el juez Vladlen Vereshchetin señaló: “En un procedimiento consultivo, cuando encuentra una laguna en el derecho o estima que el derecho es imperfecto, la Corte debe limitarse a declararlo así, sin tratar de colmar la laguna ni de mejorar el derecho por vía de la legislación judicial. No se puede culpar a la Corte de indecisión o evasión cuando el derecho sobre el que ha de pronunciarse es en sí inconcluso.”

Un segundo tema es la posibilidad de que el uso de las armas nucleares apruebe el test de proporcionalidad, esto considerando las dimensiones del daño que puede ocasionar este tipo de armas no solo en las personas sino también en el medio ambiente, dado que la radiación permanece por muchos años en la atmósfera. En este punto, algunos Estados como el Reino Unido señalaron que se puede usar armas nucleares de baja potencia contra buques de guerra en alta mar o contra tropas en zonas escasamente pobladas, por lo que el ataque nuclear causaría un bajo nivel de víctimas entre la población civil⁷⁹. Sin embargo, por las características propias del arma, no hay Estado que asegure que no se pueda afectar a la población civil, ello significaría que no se respetaría el Derecho Internacional Humanitario, el cual exige que en el conflicto no se ataque a la población civil⁸⁰.

Adicionalmente, debemos indicar que nada asegura que el uso de armas nucleares por parte de un Estado, bajo el supuesto de legítima defensa, no traiga el riesgo de desencadenar una guerra de armas nucleares que ocasione la destrucción del planeta.

Por otro lado, en la Opinión Consultiva sobre las Consecuencias Legales de la Construcción de un Muro en el Territorio Palestino Ocupado, Israel cuestionó un conjunto de temas a la Corte Internacional, entre estos la jurisdicción de la Corte para opinar sobre la construcción del muro, porque este tema era revisado por el Consejo de Seguridad de la ONU. Además, señaló que no se puede entender las consecuencias de la construcción del muro sin investigar la naturaleza y el alcance de la amenaza a la seguridad a la que se pretende dar una respuesta con el muro.

Sin embargo, la Corte consideró –con acierto– que puede pronunciarse, puesto que cualquier situación debe ser justiciable y las decisiones de los Estados no pueden sustraerse a la Corte Internacional. Además, la Corte señaló que cuenta con información necesaria, remitida de diferentes partes⁸¹, que le ha permitido analizar el tema; así, de

⁷⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o Uso de Armas Nucleares...* párrafo 92.

⁸⁰ Conforme señala el juez Raymond Ranjeva en su opinión separada, no hay arma nuclear “limpia” con lo cual se presenta el problema de la compatibilidad entre la licitud de las armas nucleares y el Derecho Internacional Humanitario.

⁸¹ La Corte cuenta con informes del Secretario General de la ONU sobre el trazado del muro, informes de visitas realizadas por relatores especiales, exposiciones escritas de otros países e incluso información que brindó Israel sobre el tema de seguridad.

acuerdo con la información que brindó el Secretario General, se tomó conocimiento que al 25 de enero de 2004 se había construido 190 kilómetros, que implica la etapa A de la construcción del muro, más parte de la etapa B y otro tanto de la etapa C.

Las características de las construcciones son: una valla con sensores electrónicos, zanja de 4 metros de profundidad, carretera asfaltada de dos carriles para patrullas, un camino de arena allanada para detectar huellas que discurre en paralelo a la valla y seis rollos de alambre de púas apilados para marcar el perímetro de las instalaciones.

Israel indicó que el único objetivo del muro es permitirle combatir los ataques terroristas lanzados desde la Ribera Occidental y por ello invocó la legítima defensa establecida en el artículo 51° de la Carta de las Naciones Unidas, pero la Corte señaló que no es aplicable este artículo porque el propio Israel tiene el control sobre la zona cuestionada.

La Corte concluyó que la construcción del muro que viene realizando Israel es contrario al derecho internacional, por lo que Israel debe poner fin a las violaciones del derecho internacional y debe detener las obras de construcción del muro, dismantelar la estructura allí situada y derogar o dejar sin efecto todos los actos legislativos y reglamentarios relacionados con este tema.

Asimismo, Israel debe reparar todos los daños y perjuicios causados por la construcción del muro y los Estados tienen la obligación de no reconocer la situación ilegal de la construcción del muro y de no prestar ayuda para el mantenimiento por la situación creada por esta construcción. Finalmente, la Corte requiere a las Naciones Unidas, en especial a la Asamblea General y al Consejo de Seguridad, considerar las medidas adicionales necesarias para poner fin a la situación ilegal de la construcción del muro y el régimen establecido.

No obstante lo señalado en el párrafo anterior, es conveniente revisar algunos puntos señalados por la Corte en la Opinión Consultiva. Así tenemos que la Corte analizó la factibilidad de la aplicación del estado de necesidad y señaló, además, su no convencimiento de que la construcción del muro a lo largo del trazado elegido fuera la única forma de salvaguardar los intereses de Israel contra el peligro que ha invocado

como justificante de la construcción⁸². Al respecto, consideramos que la Corte debió sustentar con mayores argumentos este punto y debió explicar las vías legítimas que pudo haber implementado Israel en el supuesto de que la construcción del muro no era la única vía para salvaguardar los intereses de este país⁸³.

También se observa que la Corte no evaluó la implementación de esta medida a partir del principio de la proporcionalidad, pese a que contaba con información como para concluir que tal medida era desproporcionada⁸⁴ y que generaba muchas irregularidades contra la población palestina residente, entre ellas, la vulneración del derecho a la circulación, la afectación a los derechos de educación, trabajo, asistencia de salud y, en general, un perjuicio a la calidad de vida de los ciudadanos afectados.

Cabe señalar que el muro separó 30 locales de servicio de salud, 22 escuelas y ocho fuentes primarias de abastecimiento de agua y tres redes de suministro eléctrico. También afectó la producción agrícola, al destruir 10 000 hectáreas de tierras agrícolas muy fértiles. Asimismo, en octubre de 2003 Israel implementó un nuevo régimen administrativo que declaró “zona cerrada” la Ribera Occidental, medida que provocó que los residentes no puedan permanecer en esta zona y los no residentes requieran de un permiso o tarjeta de identidad emitida por las autoridades de Israel.

Sin embargo, la aplicación del principio de proporcionalidad implica analizar la seguridad de los ciudadanos israelíes en relación con los ataques terroristas del que continuamente eran víctimas. En ese sentido, la Corte, prácticamente, no hizo ningún análisis en su Opinión Consultiva sobre el terrorismo que enfrenta Israel, cuando fue el terrorismo lo que motivó a este país a construir el muro; solo se limitó a señalar que Israel tenía la obligación de brindar seguridad a su población. De ahí que fuera un error de la Corte no haber realizado un análisis del principio de proporcionalidad que le hubiera permitido evaluar los conceptos “seguridad de Israel” y “afectaciones a las personas por la implementación del muro”.

⁸² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Opinión Consultiva sobre las Consecuencias Legales de la Construcción de un Muro en el Territorio Palestino Ocupado*, de fecha 9 de julio de 2004, párrafo 140.

⁸³ A manera de referencia, el Tribunal Supremo de Israel –mediante un proceso que se le planteó– resolvió que el Gobierno de Israel debía modificar el recorrido del muro en el sector de la localidad de A-Ram o adoptar nuevas medidas como abrir más puertas y corredores de tránsito para causar menos limitación en el ejercicio de la libertad de tránsito de la población civil.

⁸⁴ En este mismo punto el juez Rosalyn Higgins en su Opinión Separada señala que el muro no cumpliría los requisitos de necesidad y proporcionalidad que, consuetudinariamente, se le exige al ejercicio de legítima defensa.

Tras una revisión de los casos y opiniones consultivas encontramos cláusulas de tratados internacionales bilaterales y multilaterales en los que tuvo la oportunidad de pronunciarse la Corte Internacional de Justicia. En dos de ellos se usó como argumento las aplicaciones de cláusulas del uso de la fuerza para protegerse frente a la afectación de intereses esenciales de seguridad. Sin embargo, en ambos casos la Corte no aprovechó la oportunidad para definir conceptos importantes como ~~“agresión armada”~~ e ~~“interés esencial de seguridad”~~⁸⁵. En relación con el primer término señaló solamente que es una medida de la más alta gravedad⁸⁶ y en relación con el segundo, la Corte reconoció que históricamente ha recibido interpretaciones muy extensivas. Salvo lo mencionado, no hizo mayores aportes⁸⁷.

Consideramos que la Corte pudo aprovechar esas oportunidades para establecer algunas pautas o criterios sobre lo que se entiende por ~~“agresión armada”~~ e ~~“intereses esenciales de seguridad”~~. Este último puede vincularse con los valores que, generalmente, protegen la seguridad nacional como son la soberanía del Estado y la población e integridad territorial; de manera que cuando se ataque a estos valores se entiende que el Estado puede hacer uso de la legítima defensa.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, las medidas de legítima defensa que alegue un Estado no son subjetivas e incuestionables, sino que deben ser analizadas por el propio organismo de justicia. Por tanto, aplicó los principios de necesidad y proporcionalidad de la medida utilizada por el Estado en los casos de Nicaragua contra Estados Unidos⁸⁸ y República Islámica de Irán contra Estados Unidos⁸⁹.

La Corte no estableció con claridad un rol activo en los casos y en las opiniones consultivas, mostró, en cambio, una posición ambivalente: tuvo un rol activo en la

⁸⁵ Pese a que el artículo XXI 1.d del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación de 1956 (caso Nicaragua contra Estados Unidos) y el artículo XX 1.d del Tratado de Amistad, Relaciones Económicas y Derechos Consulares (caso República Islámica de Irán contra Estados Unidos) son muy similares.

⁸⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Sentencia del caso República de Nicaragua contra Estados Unidos*, de fecha 27 de junio de 1986, párrafo 51.

⁸⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Sentencia del caso República Islámica de Irán contra Estados Unidos*, de fecha 6 de noviembre del 2003, párrafo 224.

⁸⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Sentencia del caso de Nicaragua contra Estados Unidos...* párrafo 194.

⁸⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Sentencia del caso República Islámica de Irán contra Estados Unidos...* párrafo 73.

búsqueda del conocimiento de la verdad en el caso de Nicaragua contra Estados Unidos (recurrió a diferentes medios para conocer lo ocurrido), pero no practicó lo mismo en el caso de Bosnia y Herzegovina contra Serbia y Montenegro, allí la Corte se negó a ejercer las facultades que le otorgan su estatuto y su reglamento, con lo cual perjudicó no solo a una de las partes, sino incluso que se conozca la verdad de los hechos. Igualmente, si bien en la Opinión Consultiva sobre las Consecuencias Legales de la Construcción del Muro en el Territorio Palestino Ocupado la Corte tuvo una actuación positiva al revisar el tema, pese a los cuestionamientos de Israel en temas de jurisdicción y seguridad nacional, en la Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o Uso de Armas Nucleares tuvo una posición ambigua.

La Corte Internacional de Justicia no fue rigurosa en su argumentación en el caso de la República Islámica de Irán contra Estados Unidos pues no rebatió todos los argumentos de Estados Unidos⁹⁰; recurrió más bien a términos generales como decir que “los argumentos de Estados Unidos son sugestivos, pero no concluyentes”. Lo mismo se puede señalar en la Opinión Consultiva sobre la construcción del muro en Palestina por parte de Israel, donde la Corte señaló que “no está convencida que la construcción del muro a lo largo del trazado elegido fuera la única forma de salvaguardar los intereses de Israel contra el peligro que ha invocado como justificación de esa construcción”⁹¹.

Estudiosos como Pilar Pozo consideran que el problema es la deficiencia de la Corte en su técnica para elaborar y sustentar resoluciones⁹². A ello hay que agregar que la falta de sustentación, explicación de razones y argumentación de las posiciones adoptadas por la Corte no solo generan incertidumbre entre las partes, sino que facilitan las críticas de las posiciones que adopta este tribunal internacional.

⁹⁰ Nos referimos a los argumentos de Estados Unidos acerca del control de Irán sobre la península de Fao (línea de navegación donde el barco norteamericano chocó contra una mina iraní), las actividades de los militares en las plataformas, en especial el monitoreo de los barcos cargueros, entre otras.

⁹¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Opinión Consultiva sobre las Consecuencias Legales de la Construcción de un Muro en el Territorio Palestino Ocupado*... párrafo 140.

⁹² POZO SERRANO, Pilar. La opinión consultiva de la CIJ sobre las consecuencias jurídicas de la construcción del muro en el territorio palestino ocupado: problemas de competencia y oportunidad judicial. En: *Anuario de Derecho Internacional*, Volumen XX, 2004, pp. 514-515.

2.3.- El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su relación con la seguridad nacional

Como hemos expuesto anteriormente, en diferentes artículos, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales coloca a la seguridad nacional, como límite de los derechos fundamentales, lo cual ha conllevado que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desarrolle un análisis y tome posición sobre el conflicto de los derechos frente a la seguridad nacional. El desarrollo de las pautas que ha adoptado el Tribunal es materia de análisis en este acápite.

Para empezar indicamos que en varios artículos (art. 8°-11° y art. 1° y 2° del Protocolo Adicional N° 4, art. 1° y 2° del Protocolo Adicional N° 7) el primer párrafo se señala los derechos que se pretende proteger, pero en el segundo párrafo se elabora una relación de límites a los derechos, aunque también se establece criterios que hay que considerar: la limitación al derecho debe estar establecida en una ley, fin legítimo (señalado en uno de los supuestos del segundo párrafo) y que sea necesaria en una sociedad democrática.

En primer lugar, debemos advertir que el legislador no ha sido muy prolijo en el uso de los términos. Así, en los artículos 8.2 y 10.2 se menciona ~~“necesaria en una sociedad democrática”~~, en el artículo 6.1 se usa el término ~~“absolutamente necesaria”~~, pero en el artículo 15.1 se redacta ~~“en la estricta medida en que la situación lo exija”~~.

En segundo lugar, el Tribunal ha entendido la ley en un término amplio, el cual no solo comprende los diferentes tipos de normas legales sino también el derecho no escrito⁹³.

En tercer lugar, el Tribunal se ha preocupado no solo porque haya una ley sino también porque la misma sea accesible y previsible. Se entiende por accesibilidad a las posibilidades que tiene la población de conocer los alcances de la norma, y por

⁹³ Este punto se puede constatar en las sentencias de los casos Sunday Times contra Reino Unido (sentencia de fecha 26 de abril de 1979), Kruslin contra Francia (sentencia de fecha 24 de abril de 1990) y Huvig contra Francia (sentencia de fecha 24 de abril de 1990).

previsible a que la norma es clara y precisa, y por tanto comprensible por parte de la población⁹⁴.

En cuarto lugar, el Tribunal Europeo ha entendido por necesaria en una sociedad democrática el uso de términos como “necesidad social imperiosa”. Ello se desprende de las sentencias del Tribunal en los casos *Observer and Guardian* contra Reino Unido, *Zana* contra Turquía y *Leander* contra Suecia.

En quinto lugar, el Tribunal ha desarrollado, mediante jurisprudencia, la aplicación del criterio de proporcionalidad del fin perseguido y el uso del margen de apreciación nacional.

Por proporcionalidad el Tribunal ha entendido que *implica que las decisiones de las autoridades públicas que limiten el ejercicio de un derecho reconocido en el Convenio han de estar basadas en una aceptable valoración de los hechos relevantes, de modo que haya un justo equilibrio entre el derecho fundamental del individuo y el interés legítimo*⁹⁵.

El margen de apreciación nacional es un tema con pocas precisiones desde su concepción y ello dificulta su adecuado uso en la jurisprudencia. Se cree que este concepto nació en Francia (se deriva del término “*marge d’appréciation*” del Consejo de Estado de Francia) y se aproxima a la discrecionalidad administrativa usada en la jurisprudencia administrativa. Pero en la doctrina vamos a encontrar diferentes conceptos sobre el margen de apreciación nacional, por ejemplo Howard Charles Yourow lo concibe como:

“(...) libertad para actuar, maniobrar y respirar en un espacio de libertad de actuación, o la latitud o diferencia o de error que los órganos de Estrasburgo autorizan a los poderes nacionales –legislativos, ejecutivos, administrativos– antes de declarar que una derogación del Convenio, o una restricción o una

⁹⁴ En relación con este tema se puede revisar las sentencias de los casos *Kruslin* contra Reino Unido (sentencia de fecha 24 de abril de 1990), *Huvig* contra Francia (sentencia de fecha 24 de abril de 1990) y *Kopp* contra Suiza (sentencia de fecha 25 de marzo de 1998).

⁹⁵ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia del caso *Vogt* contra Alemania, de fecha 26 de septiembre de 1995, párrafo 53.

*limitación de uno de los derechos garantizados por el Convenio, constituye una violación de una de las garantías convencionales sustantivas (...)*⁹⁶.

Por su parte, John Callewaent señala que es una *forma atenuada de inmunidad que permite un control europeo intenso que aquel que la Corte podría ejercer en el ejercicio de la plenitud de su jurisdicción*⁹⁷.

Sin embargo, lo que ambos conceptos reflejan es que se trata de una deferencia al Estado por parte del Tribunal Europeo, el cual lo concede en un caso determinado y se genera una reserva de decisión doméstica del Estado. Lo curioso del tema es que no se halla regulado en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, es más bien un tema que se ha construido mediante la jurisprudencia, lo cual es motivo de crítica porque el margen de apreciación termina limitando los derechos recogidos en un tratado internacional que pretende construir una comunidad donde se respete un conjunto de derechos fundamentales.

La primera vez que la Comisión utilizó el margen de apreciación fue en la denuncia de Reino Unido contra Grecia por implementar medidas de emergencia en Chipre, en 1958. En el caso del Tribunal Europeo, éste lo utilizó por primera vez en el caso *Lawless* contra Irlanda y después en el caso *Irlanda* contra Reino Unido.

El propio Tribunal Europeo –en las sentencias *Handyside* contra Inglaterra (de fecha 7 de diciembre de 1976) y *Sunday Times* contra Reino Unido (del 26 de abril de 1979)– señaló que la protección establecida en el Convenio Europeo es subsidiaria de la protección de los sistemas de los Estados parte en garantizar los derechos humanos. En este punto Javier García señala:

“(...) el margen puede cumplir una función positiva de defensa del pluralismo en los derechos humanos, permitir una relativa limitación del universalismo de los derechos como valores, y autorizar un cierto grado de diferenciación normativa y de fragmentación que no rompa la coherencia de la protección internacional, y,

⁹⁶ YORROW, Howard Charles. *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*. Dordrecht: Martins Nijhoff, 1996, p. 13.

⁹⁷ CALLEWAENT, John. *Quel avenir pour la marge d' appreciation ?* En.. Mahoney, Paul; Matscher, Franz; Petzold, Herbert; Whilhaber, Luizius (eds.). *Protecting Human Rights. The European Perspective. Studies in memory of Rolv Ryssdal*. Berlin: Carl Heymanss Verlag, 2000, p. 149.

*en definitiva, facilitar una aproximación pluralista a la fundamentalidad de los derechos*⁹⁸.

El sustento que brinda Javier García es que hay una pluralidad territorial en los países europeos que son parte del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; que hay más de 800 millones de personas con diferentes culturas, costumbres, valores y ordenamientos jurídicos y que frente a eso el Tribunal Europeo no puede ser indiferente. Y es aquí donde empieza el problema con el margen de apreciación porque al no definirse sus límites se puede prestar a una laxitud en exceso de su uso que conllevará a una limitación innecesaria de los derechos protegidos por el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; situación que puede llevar a que el Tribunal Europeo no cumpla cabalmente su función y se genere arbitrariedad de parte de los Estados, situación que llevaría a que los ciudadanos se sientan desprotegidos frente a los excesos de los Estados.

Lo antes señalado presentará un panorama en el que el margen de apreciación utilizado por el Tribunal Europeo construirá una frontera entre las jurisdicciones nacionales y la europea, la cual pretende construirse mediante el Convenio Europeo pero sin saberse a ciencia cierta el camino por el que discurrirá esta frontera.

Esta situación se puede agravar cuando se tenga que analizar casos de afectación de derechos esenciales de las personas en las democracias (como la libertad de expresión, el derecho a la vida privada, etc.); esta delimitación sería más difícil cuando la interferencia de estos derechos es a causa de conceptos difíciles de determinar como la seguridad nacional, la moral, etc. Este punto será uno de los temas que abordaremos en los siguientes acápites.

2.3.1.- El derecho a la vida privada y la seguridad nacional

El artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales señala lo siguiente:

⁹⁸ GARCÍA ROCA, Javier. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Navarra: Civitas Thomson Reuters, 2010, p. 96.

1.- *Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*

2.- *No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.*

Este artículo establece el derecho al respeto de la vida privada y familiar, al igual que el derecho al domicilio y el secreto a las comunicaciones, pero paralelamente nos encontramos en el segundo apartado con un amplio número de cláusulas de limitación de estos derechos.

Lo primero que tenemos que advertir es que si revisamos el derecho a la vida privada, veremos que el propio Tribunal Europeo no se ha preocupado por elaborar un concepto de este derecho, ya que señala en la sentencia de Niemietz contra Alemania que *El Tribunal no considera posible ni necesario ofrecer una definición exhaustiva de la noción de “vida privada”*⁹⁹. Esta posición se ha mantenido en la sentencia del caso Pretty contra Reino Unido.

No obstante lo antes señalado, en las sentencias citadas sí se mencionan algunos lineamientos, entre ellos, comprender el círculo interior en que el individuo puede desarrollar su propia vida y la relación que mantiene con otros seres humanos. Incluso en la sentencia de Pretty contra Reino Unido se indican temas como los aspectos de la identidad física y social de un individuo, o elementos, como la identificación sexual o la orientación sexual, que dependen de la esfera personal, el derecho al desarrollo personal y el derecho a establecer y mantener relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior¹⁰⁰.

Tal como hemos mencionado anteriormente, en el primer párrafo se señalan los derechos y en el siguiente las excepciones a los mismos. Pero se debe cumplir con un

⁹⁹ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Sentencia del caso Niemietz contra Alemania*, de fecha 16 de diciembre de 1992, párrafo 29.

¹⁰⁰ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Sentencia del caso Pretty contra Reino Unido*, de fecha 29 de abril del 2002, párrafo 61.

procedimiento, el cual comprende que la excepción debe estar prevista en una ley, fin legítimo¹⁰¹ (señalado en uno de los supuestos del segundo párrafo) y que sea necesario en una sociedad democrática, aunque –como lo advertimos antes– el legislador no ha sido lo suficientemente riguroso en el uso del término “necesario en una sociedad democrática” en los diferentes artículos.

Cuando se revise la vinculación entre el derecho a la vida privada, regulada en el artículo 8º del Convenio Europeo, y la seguridad nacional, se podrá constatar que esta vinculación existe en solo cuatro sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: caso de Klass y otros contra Alemania (sentencia del 6 de setiembre de 1978),¹⁰² Leander contra Suecia (sentencia del 26 de marzo de 1987)¹⁰³, Amann contra Suiza (sentencia del 16 de febrero de 2000)¹⁰⁴ y Slivenko contra Letonia (sentencia de fecha 9 de octubre de 2003)¹⁰⁵. Sin embargo, se debe tener en cuenta que hay otras sentencias que han tenido vinculación con el desarrollo de los límites al derecho de la vida privada, tales como: Kruslin contra Francia, Huvig contra Francia, Halford contra Reino Unido, Kopp contra Suiza, Valenzuela Contreras contra España, Malone contra Reino Unido y Rotaru contra Rumania.

Es importante el análisis que ha desarrollado el Tribunal en los casos Kruslin contra Francia, Huvig contra Francia, Valenzuela Contreras contra España, Kopp contra

¹⁰¹ Los fines no mantienen una coherencia sobre los supuestos de fines legítimos que actúan como excepción frente a los diferentes derechos. Así, en el artículo 10 que regula la libertad de expresión se menciona supuestos no señalados en el artículo 8 (vida privada) como integridad territorial, protección de la reputación ajena, impedir la divulgación de informaciones confidenciales y garantizar la autoridad y la imparcialidad del Poder Judicial.

¹⁰² El señor Gerhard Klass y otros consideran que el artículo 10º párrafo 2 de la Ley Fundamental y la Ley N° 13080 conllevan a una restricción del secreto de la correspondencia, envíos postales y telecomunicaciones. Los recurrentes cuestionan que en la ley no se establezca que se notifique a posteriori a los ciudadanos afectados y que se excluya de todo recurso a los tribunales contra la adopción y ejecución de estas medidas.

¹⁰³ El señor Torsten Leander ingresó a trabajar como suplente en un puesto de técnico del Museo Naval de Karlskrona al sur de Suecia, pero el 3 de setiembre de 1979 se le indicó que dejara dicho puesto hasta obtener los resultados de una encuesta que se le iba a someter en base a la Ordenanza de 1969 sobre control de personal. Posteriormente se le informó que los resultados fueron desfavorables por lo que no podían contratarlo; pero el señor Leander sospechó que el motivo real era haber pertenecido al Partido Comunista Sueco, a una asociación editora de una revista radical y haber sido miembro del sindicato de soldados cuando realizó el servicio militar.

¹⁰⁴ El señor Hermann Amann es un ciudadano suizo que se dedicó a los negocios de importación de aparatos depilatorios. Recibió la llamada de una mujer de la Embajada de Rusia para solicitarle un pedido de un aparato, la cual fue interceptada por el Ministerio Público de Suiza que dispuso se investigue al señor Amann. En 1990 el señor Amann tuvo conocimiento de que el Ministerio Público contaba con una ficha de él y solicitó consultar la ficha. Se le entregó un informe con dos pasajes del informe tachados, por lo que el señor Amann recurrió a los tribunales para que se le indemnice por haber sido fichado irregularmente.

¹⁰⁵ El señor Nicolay Slivenko es un militar ruso que fue destacado a Letonia para desarrollar sus funciones como militar. En ese país contrajo matrimonio con una señora y ambos fueron padres de una niña (Karina Slivenko). La familia Slivenko vivió durante varios años en Letonia pero fue obligada a retirarse de ese país por un tratado celebrado entre Letonia y la Federación de Rusia por el cual los soldados rusos y sus familias deben retirarse de Letonia.

Suiza, en los cuales estableció que toda norma que permita la interceptación de las comunicaciones debe desarrollar los siguientes temas:¹⁰⁶

- Necesidad de un juez de instrucción o magistrado independiente.
- Control del juez sobre los oficiales de la policía judicial y necesidad de que el juez pueda ser controlado por el tribunal que dirige el caso.
- Exclusión de artificios que ~~provocuen~~” la autoinculpación.
- Respeto a la confidencialidad de las relaciones de los abogados con sus clientes.
- Precisión de las categorías de personas susceptibles de ser puestas bajo escucha policial.
- Definición de la naturaleza de las infracciones a que den lugar los abusos en el ejercicio de esta potestad.
- Fijación de un límite en la duración de la medida.
- Determinación de las condiciones de establecimiento de los procedimientos verbales de síntesis consignando las conversaciones interceptadas.
- Establecimiento de las precauciones que se deben tomar para que las grabaciones estén intactas y completas para los fines del control del juez.
- Concreción de las circunstancias en que se puede borrar o destruir las cintas¹⁰⁷.

En este punto Lorenzo Martín-Retortillo Baquer señala:

—(…) frente a los problemas que han generado los legisladores al emitir normas vagas, ambiguas, imprecisas el Tribunal Europeo ha tenido que desarrollar en su jurisprudencia diversos temas que deben estar regulados en las leyes, de manera que al final la jurisprudencia ayuda a los legisladores a perfeccionar las leyes y forzando a los mismos a adecuar sus normas”¹⁰⁸.

En nuestra opinión, en adición a lo señalado por Martín-Retortillo, con las pautas que emite en este importante tema, el Tribunal Europeo se convierte en un orientador de

¹⁰⁶ Estos puntos el TEDH los ha desarrollado en las sentencias *Kruslin* contra Francia, párrafo 35; *Huvig* contra Francia, párrafo 33; *Valenzuela Contreras* contra España, párrafo 51 y *Kopp* contra Suiza, párrafos 72-73.

¹⁰⁷ En los casos *Kruslin* contra Francia, *Huvig* contra Francia y *Valenzuela Contreras* contra España se ha detectado como errores: la no definición de categorías de personas que pueden ser intervenidas, el juez no fija un plazo máximo de duración de la intervención, la normatividad no señala la naturaleza de los delitos que pueden ser utilizados para la intervención a las comunicaciones, no se indica el procedimiento de transcripción de las conversaciones y las circunstancias en que se puede borrar las cintas.

¹⁰⁸ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. La calidad de la ley según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (especial referencia a los casos *“Valenzuela Contreras”* y *“Prado Bugallo”*, ambos contra España). En: *Derecho Privado y Constitución*, N° 17, año 11, 2003, pp. 405-406.

los Estados, y los guía con los ítems que tienen que cumplir las normas de interceptación de las comunicaciones que desarrollen los mismos.

Posteriormente, si bien el Tribunal debe analizar la correspondencia de la norma a un fin legítimo y la necesidad de la medida, advertimos que el Tribunal solamente hace una constatación sobre si el fin legítimo es uno de los señalados en la norma, pero no se cuestiona si realmente nos encontramos en el supuesto indicado como fin legítimo¹⁰⁹.

Igualmente, se constata que en varios casos, luego de advertir que la norma tiene deficiencias en los mecanismos que brindan garantías a los ciudadanos, el Tribunal generalmente opta por decidir no continuar con el análisis de los puntos sobre la necesidad de la medida y la proporcionalidad de la misma. Esta acción se puede apreciar en los casos *Huvig contra Francia*, *Kruslin contra Francia*, *Kopp contra Suiza* y *Valenzuela Contreras contra España*. Esta posición puede entenderse debido a que ya no se considera necesario continuar con el procedimiento al haberse detectado errores que señalan la violación del artículo 8° del Convenio Europeo. Sin embargo, consideramos que se ha desperdiciado las oportunidades que ha tenido el Tribunal para analizar los puntos antes señalados, sobre todo el de constatar si la norma corresponde a una medida necesaria en un Estado democrático, la proporcionalidad de la medida y la construcción de criterios jurisprudenciales.

La posición adoptada por el Tribunal puede justificarse en los casos donde concluye que no hay norma que regule la excepción, como ha sido en los casos de *Malone contra Reino Unido*, *Halford contra Reino Unido* y *Amann contra Suiza*, pero no en los casos señalados en el párrafo anterior, donde se constató la existencia de una norma pero que el problema era su deficiencia, al no desarrollar todos los puntos que a criterio de Tribunal deben desarrollar este tipo de normas.

De regreso a la relación entre derecho a la vida privada y seguridad nacional se debe indicar que en la primera oportunidad en que el Tribunal tuvo que enfrentar esta relación fue el caso *Klass*, en él se puede apreciar un Tribunal dubitativo en la protección del derecho a la vida privada. Así tenemos que el Tribunal señala:

¹⁰⁹ Ejemplos de lo señalado lo podemos constatar en los casos *Leander contra Suecia* y *Slivenko contra Letonia*.

—El Tribunal no puede constatar más que 2 hechos importantes: los progresos técnicos realizados en materia de espionaje y paralelamente de vigilancia; en segundo lugar, el desarrollo del terrorismo en Europa en el curso de los últimos años. Las sociedades democráticas se encuentran amenazadas por formas complejas de espionaje y por el terrorismo, de suerte que el Estado debe ser capaz, para combatir eficazmente estas amenazas, de vigilar en secreto los elementos subversivos que operan en su territorio... El Tribunal debe pues admitir que la existencia de disposiciones legislativas acordando los poderes de vigilancia secreta de la correspondencia, de los envíos postales y de las telecomunicaciones son, ante todo una situación excepcional necesarias en una sociedad democrática en la seguridad nacional y/o en la defensa del orden y en la prevención de infracciones penales”¹¹⁰.

Para el autor Miguel Revenga esta posición del Tribunal en favor de los mecanismos de escucha que afectan el derecho a la vida privada de las personas es entendible porque se dio en un contexto de la guerra fría¹¹¹, consideramos, sin embargo, que el Tribunal asumió una posición pasiva frente a los derechos humanos (en este caso el derecho a la vida privada) y a favor de medidas de excepción por motivos de seguridad nacional.

También en la línea de lo antes señalado, se considera el caso en que el Tribunal reconoce ideal la existencia del control judicial, pero considera que los controles de la ley G10 son óptimos y que la exclusión del control judicial no transgrede los límites que han de predominar necesariamente en una sociedad democrática¹¹².

Igualmente, cuando frente al pedido de los demandantes sobre la necesidad de que el Estado notifique a posteriori a las personas que han sufrido la intervención de sus comunicaciones, el Tribunal intenta desvirtuar este pedido con base en que las medidas de vigilancia pueden durar años y que una notificación ulterior puede comprometer el fin a largo plazo que motiva el origen de la vigilancia. Es más, considera válida la observación del Tribunal Constitucional Federal en este punto al señalar que la

¹¹⁰ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Sentencia del caso Klass y otros contra Alemania*, de fecha 6 de setiembre de 1978, párrafo N° 48.

¹¹¹ REVENGA SÁNCHEZ, Miguel. *Seguridad nacional y derechos humanos: estudio sobre la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*. Navarra: Aranzadi, 2002, p. 76.

¹¹² TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Sentencia del caso Klass y otros contra Alemania...*párrafo 56.

notificación genera el riesgo de que se revelen los métodos de trabajo de los servicios informáticos, sus campos de observación e identidad de los agentes¹¹³.

No compartimos los argumentos antes señalados porque un Estado democrático se rige por el principio de publicidad y transparencia. Por ello, es válido que una vez concluida la vigilancia sobre un ciudadano el Estado le notifique sobre el mismo. La información brindada al ciudadano es básica y no implica necesariamente que con esta notificación el ciudadano descubra ni el sistema de vigilancia del Estado ni las estrategias del mismo; tampoco que llegue a conocer la identidad de los agentes que lo han vigilado, salvo que se hubiera producido irregularidades que conlleven a una investigación judicial que al final haría pública la identidad de los funcionarios encargados de la vigilancia.

Un tema que llama la atención es el margen de apreciación que tienen los Estados en relación con la seguridad nacional. Se observa que frente a temas sensibles como la seguridad nacional, el Tribunal generalmente permite un amplio margen de apreciación a los Estados. Esta situación se puede observar en el caso Leander contra Suecia, donde se manifiesta expresamente que el Estado goza de un amplio margen de apreciación por estar frente a un tema de seguridad nacional¹¹⁴. Inclusive el autor Carlos Ruiz Miguel señala que el margen de apreciación está determinado por dos factores: naturaleza de los fines invocados y naturaleza de las actividades afectadas por la intromisión.¹¹⁵

Por ello, este autor sostiene que en temas como la moral o la seguridad nacional – que son menos uniformes entre los países–, los Estados gozarán de mayor poder de apreciación; ello se constata por la posición adoptada por el Tribunal Europeo en los casos Klass contra Alemania y Leander contra Suecia. Sin embargo, consideramos que al margen de que el Tribunal Europeo deba tener siempre presente el grado de afectación y la importancia del derecho vulnerado, esta instancia puede tener un punto de apoyo si elabora pautas o lineamientos mínimos sobre lo que se entiende por seguridad nacional y los bienes que protege, de manera que le sirva de orientación al Tribunal y a los Estados miembros.

¹¹³ *Ibidem*, párrafo 48.

¹¹⁴ Estos puntos lo podemos apreciar en la sentencia del caso Leander contra Suecia, párrafo 59.

¹¹⁵ RUIZ MIGUEL, Carlos. *El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Civitas, 1994, pp. 107-109.

El propio Tribunal ha demostrado una mayor rigurosidad en el grado de margen de apreciación de los Estados en el caso Slivenko contra Letonia, país que había sido invadido por la hoy extinta URSS años atrás y que posteriormente celebró un tratado con la Federación de Rusia cuyo objetivo era retirar a los militares rusos de su jurisdicción. El Tribunal reconoció como válida la posición de Letonia, que buscaba la protección de la seguridad nacional y la prevención del orden¹¹⁶. No obstante, el propio Tribunal consideró que la posición del Gobierno de Letonia fue en sentido abstracto y no pensó en los diferentes supuestos, como el caso de la familia Slivenko. Nicolay Slivenko sirvió en Letonia, se casó en ese país y se había retirado de las Fuerzas Armadas de Rusia el 28 de enero de 1992. Su familia ha desarrollado su vida en Letonia donde tiene fuertes vínculos sociales, culturales y económicos, por lo que exigirles que se retiren del país afecta sus vidas privadas y familiares¹¹⁷.

Sobre el particular, el Tribunal no establece solamente que se halla frente a un caso donde la seguridad nacional opera como límite a la vida privada, por ello asume que el Estado goza de un amplio margen de apreciación, ya que se encuentra en mejor posición para conocer su realidad y sus necesidades; sino que hace un esfuerzo para constatar si realmente la familia Slivenko es una amenaza a la seguridad nacional de Letonia. Esta situación la sopesa con la afectación de la familia que sería obligada a retirarse del país –ello rompería sus vínculos sociales y económicos con un país donde ha vivido muchos años– y concluye que la familia Slivenko no representa ninguna amenaza para el Estado.

2.3.2.- La libertad de expresión y su relación con la seguridad nacional

El artículo 10º del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales señala lo siguiente:

10.1. “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar

¹¹⁶ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Sentencia del caso Slivenko contra Letonia*, de fecha 9 de octubre de 2003, párrafo 110.

¹¹⁷ *Ibidem*, párrafo 128.

informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

10.2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.”

Este Convenio establece que la libertad de expresión comprende tres temas: libertad de opinión, libertad de transmitir información y libertad de recibir información, pero no comprende el derecho de acceder a la información pública, que sí lo han contemplado otros tratados internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 19.2) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 13°), lo cual nos parece incorrecto porque el derecho de acceso a la información se convierte en un mecanismo que permite a la ciudadanía obtener información que le permita evaluar la gestión de la administración pública, y contribuye a que la ciudadanía se informe adecuadamente sobre temas de su preocupación.

Este derecho ha sido valorado por tribunales internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, organismo que señaló:

(...) “la Corte estima que el artículo 13 de la Convención al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla (...) su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla”¹¹⁸.

Relacionamos este punto para potenciar el derecho a la libertad de expresión. Un ciudadano que ha podido obtener información del Estado mediante el derecho de acceso a la información se halla en mejores condiciones de ejercer su derecho de libertad de

¹¹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Sentencia del caso Claude Reyes y otros contra Chile*, de fecha 19 de setiembre de 2006, párrafo 77.

expresión en determinado tema pues cuenta con información que le permite hacer una valoración específica, tras lo cual puede cuestionar decisiones del Estado. De este modo se fortalece el derecho a la libertad de expresión y, en consecuencia, se contribuye a formar sociedades más democráticas.

Lo preocupante de lo antes señalado, no es solo que el legislador no lo haya contemplado en la regulación del derecho a la libertad de expresión, sino que incluso el Tribunal Europeo se ha mostrado en varias oportunidades en una posición de no reconocer este derecho. Esto se puede desprender de las sentencias de los casos Leander contra Suecia (sentencia del 26 de marzo de 1987), Gaskin contra Reino Unido (sentencia del 2 de julio de 1989) y Guerra y otros contra Italia (sentencia del 19 de febrero de 1998), con lo que se ha desechado la posibilidad de construir este derecho por vía de la jurisprudencia.

En este punto debemos señalar que ya en 1970 la Asamblea Parlamentaria realizó recomendaciones al Comité de Ministros del Consejo de Europa en materia del derecho a la libertad de información, a través de las cuales se sugirió instruir al Comité de Expertos en Derechos Humanos para que realice propuestas que amplíen el derecho de la libertad de información, establecido en el artículo 10° del Convenio Europeo de Derechos Humanos, mediante la adopción de un protocolo, o de forma tal que se incluya la libertad de buscar información y el deber que tienen las autoridades públicas de hacer accesible la información sobre asuntos de interés público¹¹⁹.

Se ha emitido diversos instrumentos de reconocimiento del derecho de acceso a la información pública. Por ejemplo, el Comité de Ministros adoptó la Declaración sobre la Libertad de Expresión e Información, que tiene como objetivo buscar una política de apertura de la información del sector público. Igualmente, en 1998, en el marco de la conferencia ministerial “Medio Ambiente para Europa”, se adoptó la Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales¹²⁰. Consideramos conveniente la

¹¹⁹ Esta recomendación está contenida en la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria N° 582 de fecha 23 de enero de 1970.

¹²⁰ Debemos considerar que como antecedente en este tema la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa emitió la Resolución N° 428 de fecha 23 de enero de 1970, a través de la cual señala que debe existir el deber de las autoridades públicas de hacer accesible la información de aquellos asuntos de interés público.

importancia de que se adicione el derecho de acceso a la información pública, dentro de la libertad de expresión establecida en el artículo 10º, lo cual puede hacerse mediante dos opciones: la emisión de un nuevo protocolo o por jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En una revisión de los límites a los derechos de libertad de expresión y a la vida privada, se encuentra que estos derechos comparten varios límites comunes como la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden, la prevención del delito, la protección de la salud, la protección de la moral, la protección de derechos de ajenos. En el derecho a la libertad de expresión se incrementa el número de supuestos, pero en relación con el derecho a la vida privada, los límites a la libertad de expresión son más diversos, así tenemos que hay varios supuestos no establecidos: la integridad territorial, la protección de la moral, la protección de la reputación, la divulgación de informaciones confidenciales y garantizar la imparcialidad del Poder Judicial¹²¹.

Asimismo, se aprecia que al elaborar el artículo 10º el legislador ha separado la seguridad nacional de la integridad territorial, lo cual nos parece erróneo porque, conforme se ha señalado en el capítulo 1 de esta tesis, la doctrina generalmente establece que la seguridad nacional tiene como objetivos proteger la soberanía del Estado, la integridad territorial y población; por tanto, se debe entender que se subsume la integridad territorial dentro de la seguridad nacional.

Del mismo modo, este artículo no prohíbe la censura previa, tema muy importante porque si bien el Tribunal Europeo en la sentencia *Gaweda contra Polonia* ha tomado una posición en favor de ser muy restrictivo con la censura previa al indicar que:

«(...) en estos casos la supervisión europea de las decisiones estatales ha de ser especialmente cuidadosa y sólo en aquellos supuestos en los que se acredite plenamente la pertinencia, necesidad y proporcionalidad de la injerencia, así como su previsión en la ley, puede avalar la adopción de estas medidas de restricción previa de la libertad de expresión teniendo además, en cuenta que el retraso en la transmisión puede acarrear graves problemas para la información por tratarse, ésta, de un bien perecedero»¹²².

¹²¹ En contraste, también debemos indicar que en el caso del derecho a la vida privada se ha contemplado un supuesto no establecido como límite a la libertad de expresión, es el supuesto de bienestar económico.

¹²² TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Sentencia del caso Gaweda contra Polonia*, de fecha 14 de marzo del 2002, párrafo 35.

No obstante, para varios jueces es incompatible la libertad de expresión con la censura previa, así se desprende de los votos particulares de los jueces L. Pettini y De Meyer en los casos *Observer and Guardian contra Reino Unido* y *Sunday Times contra Reino Unido*, en igual sentido el voto del juez Lohmus en el caso de *Wingrove contra Reino Unido*.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado una amplia jurisprudencia sobre la libertad de expresión y ha establecido criterios en temas relevantes como:

La libertad de expresión es un derecho esencial de las sociedades democráticas y puede expresarse no solo las informaciones e ideas favorablemente recibidas sino también aquellas que inquietan al Estado o a la población; esto lo ha señalado el Tribunal Europeo en el caso *Handyside contra Reino Unido* (sentencia del 7 de diciembre de 1976) y en otras sentencias¹²³. Por ello mismo, los medios de comunicación tienen un alto grado de protección porque cumplen una función de “perro guardián” dentro del sistema democrático, tal como lo señala el Tribunal Europeo en el caso *Observer and Guardian contra Reino Unido*, sentencia del 26 de noviembre de 1991.

En consideración de lo antes señalado, el Tribunal ha establecido que al momento de analizar los casos se distinga de acuerdo con el contenido del mensaje, de ahí que comunicar información de interés general tenga un máximo nivel de protección, por lo que la interferencia de su ejercicio se considera ilegítima, salvo que hubiera una necesidad social especialmente imperiosa (caso *Lingens contra Austria*, sentencia del 8 de julio de 1986).

Mediante el derecho a la libertad de expresión se ha reconocido otras modalidades de derechos como el derecho a la libertad de creación artística, reconocido en el caso *Muller contra Suiza* (sentencia del 24 de mayo de 1988) y el secreto de las fuentes de información (casos *Goodwin contra Reino Unido*, sentencia del 27 de marzo de 1996;

¹²³ Como referencia se puede revisar las sentencias de los casos *Ince y Erdogdu contra Turquía* (sentencia de fecha 8 de julio de 1999), *Gerger contra Turquía* (sentencia del 8 de julio de 1999), *Arslan contra Turquía* (sentencia del 8 de julio de 1999), *Polat contra Turquía* (sentencia de fecha 8 de julio de 1999), *Barkaya y Okcuoglu contra Turquía* (sentencia de fecha 8 de julio de 1999) y *Surek contra Turquía* (sentencia del 8 de julio de 1999).

Roemen y otros contra Luxemburgo, sentencia del 25 de febrero del 2002; y Ernst y otros contra Bélgica, sentencia del 15 de julio del 2003).

La libertad de expresión también comprende la libertad de información y la libertad de comunicar ideas o pensamientos, si bien en este último no se puede exigir pruebas de verdad por expresar idea o juicios de valor, distinto es el caso de la libertad de información que al comunicar hechos es susceptible de prueba de verdad (caso Lingens contra Austria, sentencia del 8 de julio de 1986).

Aunque se reconoce el derecho a la libertad de expresión, el Tribunal ha señalado que este derecho puede variar en función del tipo de sujeto, específicamente de los militares que deben garantizar un funcionamiento óptimo de las fuerzas armadas (casos Engels contra Holanda, sentencia del 8 de junio de 1976 y Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs y Gubi contra Austria, sentencia del 19 de diciembre de 1994). Igualmente, en el caso Rekvenyi contra Hungría (sentencia del 20 de mayo de 1999) el Tribunal Europeo ha establecido la prohibición de los funcionarios de las fuerzas policiales a afiliarse a partidos políticos, esto con la finalidad de despolitizar las instituciones policiales.

El Tribunal Europeo ha modulado el ejercicio de la libertad de expresión de los funcionarios públicos que deriva del funcionamiento de la administración pública (caso Vogt contra Alemania, sentencia del 26 de setiembre de 1995). En este mismo sentido, los jueces deben moderar su ejercicio de libertad de expresión cada vez que se puede ver expuesta la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial (caso Wille contra Liechtenstein, sentencia del 28 de octubre de 1999).

El Tribunal Europeo ha establecido, en general, restricciones a un grupo de funcionarios no solo en el derecho a la libertad de expresión (caso de los miembros de las fuerzas armadas y fuerzas policiales) sino también en otros derechos como el derecho de sindicación. Ian Cameron lo divide en tres grupos: i) empleados públicos ordinarios, ii) empleados públicos que desarrollan labores en servicios públicos esenciales y iii) miembros de las fuerzas armadas, fuerzas policiales y de las agencias de seguridad e inteligencia (incluidos los trabajadores civiles que laboran en estas

agencias). Este tercer grupo es el que tiene una prohibición completa de ejercer el derecho de sindicación¹²⁴.

Para una mejor explicación, hemos dividido en dos partes la revisión de las sentencias en las que se vincula la libertad de expresión con la seguridad nacional. En un primer grupo tenemos las sentencias contra Turquía que son: Ince y Endogdu contra Turquía¹²⁵, Karatas contra Turquía¹²⁶, Gerger contra Turquía¹²⁷, Arslan contra Turquía¹²⁸, Polat contra Turquía¹²⁹, Barkaya y Okcuoglu contra Turquía¹³⁰, Surek contra Turquía (caso N° 1)¹³¹, Surek contra Turquía (caso N° 2)¹³², Surek contra Turquía (caso N° 3)¹³³ y Surek contra Turquía (caso N° 4)¹³⁴. En estos casos, generalmente, se invoca

¹²⁴ CAMERON. Iain. *National Security and the European Convention on Human Rights*. Cambridge: Kluwer Law International, 2000, p. 416.

¹²⁵ El señor Umit Erdogdu es el responsable de la revista mensual *Democratic Opposition* en cuya edición de enero de 1992 se publicó una entrevista al sociólogo Selami Ince sobre el problema de los kurdos. El 23 de marzo de 1992 la Corte de Seguridad Nacional les inició un proceso por diseminación de propaganda contra la indivisibilidad del Estado. La Corte sentenció al señor Erdogdu con una pena de cinco meses de prisión y una multa de 41,666 liras turcas y al señor Ince una pena de un año y ocho meses de prisión y una multa de 41,666 liras turcas.

¹²⁶ El señor Huseyin Karatas publicó en noviembre de 1991 un libro de poemas titulado *The Song of a Rebellion*, la Corte de Seguridad Nacional le inició un proceso por diseminar propaganda contra la indivisibilidad del Estado y le sentenció con una pena de un año y ocho meses de cárcel y una multa de 41,666 liras turcas. Posteriormente, debido a la apelación, se le redujo la pena.

¹²⁷ El señor Haluk Gerger en una ceremonia conmemorativa envió una carta a los organizadores, que la leyeron en dicho acto. El 6 de agosto de 1993 la Corte de Seguridad Nacional le inició un proceso por diseminación de propaganda que afecta la unidad de la nación y la integridad territorial y le sentenció a un año y ocho meses de prisión y una multa de 208,333 liras turcas.

¹²⁸ El señor Gunay Arslan publicó en 1989 el libro *History in Mourning 33 bullets*. La segunda edición del libro se publicó con un prefacio del señor Mura Anter, conocido político pro kurdo, por ello la Corte de Seguridad Nacional inició un proceso judicial al señor Arslan por diseminación de propaganda separatista y le sentenció a una pena de seis años y tres meses de cárcel, así como la confiscación del libro.

¹²⁹ El señor Edip Polat publicó en 1991 el libro *We made each dawn a Newroz*, seguidamente, la Corte de Seguridad Nacional le inició un proceso judicial por diseminar propaganda contra la integridad territorial del Estado y la unidad de la indivisibilidad de la nación. Posteriormente, se le impuso una pena de dos años de prisión, una multa de 50 millones de liras turcas y la confiscación de los libros.

¹³⁰ Los señores Fikret Barkaya y Mehmet Selim Okcuoglu, periodista y propietario de una editorial, respectivamente, publicaron en abril de 1991 el libro *Westernisation, Modernisation, Development-Collapse of a Paradigm/An Introduction to the Critique of the Official Ideology*. La Corte de Seguridad Nacional inició un proceso a los señores Barkaya y Okcuoglu por afectar la integridad territorial, unidad nacional, seguridad nacional y la prevención del desorden y crimen. Posteriormente, se les impuso una pena al señor Barkaya de dos años de prisión y 50,000 liras turcas.

¹³¹ El señor Kamil Tekin Surek es propietario de la revista *The Truth of News and Comments* que publicó en su edición N° 23, de fecha 30 de agosto de 1992, dos cartas (“Weapons cannot win against freedom” y “It is our fault”) que motivaron que la Corte de Seguridad Nacional le iniciara un proceso por diseminar propaganda contra la indivisibilidad del Estado. La Corte le impuso una multa de 200,000 liras turcas que posteriormente se le redujo a 166,666 liras turcas.

¹³² El señor Kamil Tekin Surek es propietario de la revista *The Truth of News and Comments*, en la edición del 26 de abril de 1992 se publicó un reportaje sobre una conferencia de prensa con dos parlamentarios sobre la visita a la villa Sirnak. Posteriormente, la Corte de Seguridad Nacional inició un proceso al señor Surek por revelar la identidad de oficiales de seguridad que pelean contra el terrorismo, con lo que los expone a ser blanco de atentados terroristas. La Corte le impuso una multa de 54,000 liras turcas.

¹³³ El señor Surek propietario de la revista *The Truth of News and Comments* en la que en la edición N° 42 se publicó un comentario a una noticia (“In Botan the Poor Peasants are Expropriating the Landlords”). La Corte de Seguridad Nacional le inició un proceso por diseminar propaganda contra la indivisibilidad del Estado y le sancionó con una multa de 100,000 liras turcas, que después se redujo a 83,333 liras turcas.

¹³⁴ En la revista del señor Surek se publicó un artículo (“Once Again”). La Corte de Seguridad Nacional inició un proceso judicial contra el señor Surek por diseminar propaganda contra la indivisibilidad del Estado. La Corte sancionó con una multa de 100,000 liras turcas, que luego se le redujo a 83,333 liras turcas.

de manera conjunta la seguridad nacional, la integridad territorial y la prevención del desorden y crimen, como fines legítimos.

De los casos antes mencionados, hay varios en los que es evidente que se ha afectado la libertad de expresión de manera innecesaria porque los textos cuestionados son: una entrevista sobre la actitud de cambio de posición del Estado frente al problema kurdo; opinión sobre el Partido de los Trabajadores (caso de Ince y Erdogdu); explicación socioeconómica del país, y análisis y crítica del Estado (caso Barkaya y Okcuoglu); explicación histórica de los prisioneros de una cárcel (caso Polat); explicación de una actuación incorrecta de funcionarios de seguridad del Estado (caso Surek Nº 2); y si bien en algunos casos se advierte el uso de términos incorrectos como “resistencia”, “liberación” (caso Gerger), “Kurdistán” (caso Surek Nº 4), no se vislumbra una actitud de propiciar la violencia contra el Estado. Por ello, en estos casos no se discute que el Tribunal Europeo haya declarado correctamente que se vulneró la libertad de expresión de los demandantes.

Solo en dos de los casos de Surek contra Turquía (casos Nº 1 y 3) se declararon infundadas las demandas porque el Tribunal Europeo declaró que hubo incitación a la violencia, pero consideramos que el Tribunal tuvo que haber hecho un mayor análisis del modo en que estas incitaciones a la violencia afectan la seguridad nacional, la integridad territorial y la prevención del desorden. Es más, fueron oportunidades que el Tribunal pudo aprovechar para discutir el concepto de seguridad nacional o establecer pautas mínimas sobre seguridad nacional y tratar de diferenciarla de lo que entiende por prevención del desorden¹³⁵.

Lo cierto es que el Tribunal no ha tenido un criterio claro porque en el caso Karatas contra Turquía, a pesar de que reconoció que en el poema se usaron términos agresivos contra las autoridades de Turquía (que incitaban a los lectores a usar la violencia), consideró que dado que se trata de una forma de expresión artística y se halla dirigida a una minoría de lectores, el Estado de Turquía había actuado de manera desproporcionada al sancionar al demandante.

¹³⁵ Recordemos que la doctrina considera a la integridad territorial como uno de los valores que busca proteger la seguridad nacional.

Lo que sí se puede afirmar con base en las resoluciones del Tribunal es que este evalúa si los términos o expresiones usadas son una real incitación a la violencia y si las mismas son actuales. Asimismo, el Tribunal evalúa el medio que se utilizó (por ejemplo, si se usó un medio de comunicación de difusión masiva) y si el lenguaje usado generó tensión en la población.

Al vincularlo con el tema antes señalado, se observa que el Tribunal es ligero en cuanto a definir los fines legítimos que se persigue proteger. Básicamente, en todos los casos señala que hay cierta sensibilidad por el tema de terrorismo en la zona sudeste de Turquía y que el Estado tiene el derecho de prevenir la violencia adicional en el país. El Tribunal asume los fines que señala el Estado (seguridad nacional, integridad territorial y prevención del desorden y crimen) sin proponerse mayores cuestionamientos y análisis sobre los fines legítimos y el caso correspondiente¹³⁶. Solamente se ha retirado el supuesto de unidad nacional porque no se encuentra comprendido como fin legítimo en el artículo 10º.

En un segundo grupo de sentencias de libertad de expresión contra seguridad nacional tenemos una mixtura de casos que son los siguientes: Sunday Times contra Reino Unido, Observer and Guardian contra Reino Unido¹³⁷, Hadjianastassiou contra Grecia¹³⁸, Vereniging Weekblad Bluf contra Holanda¹³⁹ y Stoll contra Suiza¹⁴⁰. Todos estos casos se vinculan con la revelación de secretos de Estado.

¹³⁶ Solamente en el caso Surek contra Turquía (caso Nº 2) el Tribunal Europeo señaló como fines la seguridad nacional, la integridad territorial y la protección de los derechos de terceros.

¹³⁷ Después de retirarse del Servicio Secreto de Inglaterra, el señor Meter Wright emigró a Australia y decidió conceder entrevistas y publicar sus experiencias, por ello el Gobierno británico solicitó ante los tribunales australianos una orden de impedimento de la publicación del libro contratado por el señor Wright y ello inició una cadena de procedimientos tanto en el Reino Unido como en otros países.

¹³⁸ El señor Hadjianastassiou fue un ingeniero militar y responsable de un proyecto para la fabricación de un misil, fue condenado a cinco meses de cárcel por revelar secretos militares, hecho que se produjo al haber facilitado a una empresa privada determinados datos técnicos a cambio de dinero.

¹³⁹ En 1987 llegó a manos del semanario Bluf un informe oficial del Servicio de Seguridad Interior de fecha seis años atrás y con el sello de confidencial, en este informe se revelaba que el Servicio de Seguridad había sometido a vigilancia a miembros del Partido Comunista de Holanda. A pedido del Servicio de Seguridad un juez ordenó el registro de los locales y la incautación de los ejemplares de Bluf, pero los editores reimprimieron dos millares y medio y los vendieron en las calles de Ámsterdam. Posteriormente, Bluf demandó que se le devuelvan los ejemplares incautados pero los tribunales desestimaron su demanda y estimaron, en cambio, una nueva acción en la cual se obligaba a retirar de circulación el número de la revista donde aparecida el informe.

¹⁴⁰ El señor Stoll es un periodista que publicó extractos de una carta considerada confidencial del señor Carlo Jagmetti, Embajador de Suiza en Estados Unidos, a un alto funcionario de Suiza, por ello, el Gobierno de Suiza inició un proceso al señor Stoll por violación del secreto oficial el cual concluyó con una multa al señor Stoll.

Una constante que podemos observar en las sentencias de este segundo grupo es que en ellas se resalta la importancia de la libertad de expresión, lo cual guarda concordancia con la línea jurisprudencial que ha venido desarrollando el Tribunal Europeo en relación con la libertad de expresión.

En los casos *The Sunday Times contra Reino Unido* y *Observer and Guardian contra Reino Unido*, el Tribunal distinguió entre los mandamientos concedidos antes del 14 de julio de 1987 (fecha de la publicación del libro en Estados Unidos) y los que fueron concedidos o confirmados después de tal fecha, y concluyó que el artículo 10° no fue vulnerado por los mandamientos que estuvieron en vigor hasta julio de 1987, pero también concluyó que el artículo 10° fue vulnerado durante el periodo comprendido entre el 30 de julio de 1987 (fecha de la sentencia de la Cámara de los Lores en la que se respalda la legalidad de los mandamientos cautelares) y el 13 de octubre de 1988, es decir, cuando la propia Cámara de los Lores decidió en sentido contrario a las pretensiones del Gobierno.

El razonamiento utilizado por el Tribunal para desestimar el primer punto fue que el contenido del libro había perdido su carácter confidencial: cualquier persona residente en el Reino Unido pudo haberse hecho de un ejemplar procedente del extranjero, habida cuenta de que el Gobierno no impuso prohibición alguna a la importación¹⁴¹.

El Tribunal indicó los imperativos de la seguridad nacional:

(...) “Las restricciones solicitadas tenían por objeto mantener el secreto de informaciones que debían conservar tal carácter. Al 30 de julio de 1987, tales informaciones habían dejado de ser secretas (...) y los hipotéticos perjuicios se habían producido ya en su mayor parte. Por entonces, la finalidad de las restricciones había quedado circunscrita a mantener la eficacia y reputación de los servicios de seguridad (...) dejando bien sentado que no era aceptable la publicación no autorizada de libros de memorias por parte de exagentes (...). El Tribunal entiende que esos objetivos carecían de entidad suficiente como para justificar la prórroga de las medidas limitadoras”¹⁴².

¹⁴¹ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Sentencia del caso Observer and Guardian contra Reino Unido*, de fecha 26 de noviembre de 1991, párrafo 66.

¹⁴² *Ibidem*, párrafo 69.

Este criterio adoptado por el Tribunal fue criticado por diversos jueces en sus opiniones parcialmente disidentes. Jueces como L. Pettini, Pinheiro Farinha, De Meyer, Ruso, Foighel, Bigi, Martens, Pekkanen y Morerilla consideraron que en el primer periodo se vulneró la libertad de expresión de los medios de información Observer and Guardian porque la libertad de expresión es un derecho vital en toda sociedad democrática y hay experiencias de países como Francia en los que se edita publicaciones de jefes de servicios de inteligencia y no se han presentado problemas. Además, hubo reportajes del mismo tema en otros periódicos y el mismo día 12 de julio de 1987 (fecha en que se publicó el libro en Estados Unidos), por lo que no tiene sentido evitar las publicaciones porque la información suele transponer fronteras fácilmente y eso es imposible de controlar por parte del Estado.

A nuestro criterio la posición adoptada por el Tribunal fue correcta porque en ese periodo los reportajes del libro del señor Wright pudieron afectar el funcionamiento de los servicios de inteligencia del Reino Unido, dado que la publicidad de la información podía develar temas sensibles como nombres de agentes, modalidades de trabajo del servicio de inteligencia, entre otros temas.

Este mismo criterio se usará después en el caso Vereniging Weekblad Bluf contra Holanda¹⁴³, pero sin acierto porque no estamos ante casos similares. En este caso el medio de comunicación publicó la información luego que el Estado incautó la primera edición antes de que sea vendida a los ciudadanos; esto no había ocurrido en el caso Sunday Times, Observer and Guardian.

Es más, a nuestro criterio, el Tribunal Europeo tuvo una posición ambivalente en este caso porque reconoció la legalidad de la existencia de servicios secretos al indicar:

“(...) el Tribunal reconoce que el adecuado funcionamiento de una sociedad democrática basada en el Estado de Derecho puede requerir la existencia de organismos como el BVD, los cuales deben trabajar en secreto y tener garantizada la máxima protección, para cumplir eficazmente sus misiones. Es así como el Estado puede defenderse de las actividades de individuos y grupos, cuyo

¹⁴³ Para una mejor comprensión revisar el caso Vereniging Weekblad Bluf contra Holanda, de fecha 9 de febrero de 1995, párrafos 43-44.

objetivo no es otro que la destrucción de los valores básicos de la sociedad democrática”¹⁴⁴.

Se reconoce que el informe es clasificado como confidencial y que contiene información sobre el partido comunista holandés, el movimiento antinuclear, el proyecto de la liga árabe de establecer una sede en La Haya, actividades de los servicios de seguridad polacos, checoslovacos y rumanos en Holanda.

Sin embargo, en la misma sentencia el Tribunal indica que es discutible que la información incluida en el informe fuera lo suficientemente delicada como para justificar las medidas contrarias a su distribución; es más, el documento tenía una antigüedad de seis años en el momento de la incautación. Incluso el propio director del Servicio de Seguridad parece haber admitido que diversos datos del informe – considerados aisladamente– habían dejado de ser secretos para el Estado. Por último, el informe estaba clasificado como ~~confidencial~~, lo que supone el nivel más bajo de secreto.

En nuestra opinión, el Tribunal no solo termina contradiciéndose en sus argumentos, sino que no ha tenido en cuenta que no es un tema de años de antigüedad, porque basta con que la información sea categorizada como secreta por el Estado para que no tenga que ser de conocimiento del público. Además, la misma contenía información de actividades de servicios de seguridad de otros países.

En el caso *Hadjianastassiou contra Grecia*, el Tribunal declaró:

“El Tribunal, al igual que el Gobierno, señala que la divulgación del interés del Estado por un arma determinada y los conocimientos técnicos correspondientes que pueden ofrecer indicaciones sobre el grado de avance de la fabricación, causa a la seguridad nacional un perjuicio considerable”¹⁴⁵.

Si bien el propio demandante trató de aminorar su responsabilidad al señalar que los estudios realizados no contenían información importante, el informe de los peritos señaló que en el análisis de los dos estudios realizados por el demandante (misil KETA

¹⁴⁴ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Sentencia del caso Vereniging Weekblad Bluf contra Holanda*, de fecha 9 de febrero de 1995, párrafo 35.

¹⁴⁵ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Sentencia del caso Hadjianastassiou contra Grecia*, de fecha 16 de diciembre de 1992, párrafo 45.

para el Gobierno y para la empresa privada) existe cierto nivel de traspaso de conocimientos teóricos. En este punto el Tribunal tomó en cuenta dos puntos: el estatus del demandante (un militar) y que la información revelada fue de naturaleza reservada; por tanto, la pauta del Tribunal es que los miembros de las fuerzas armadas tienen el deber de no usar información reservada de su institución, incluso luego de haber cesado.

Lo que sí tenemos que indicar es que a pesar de los diversos casos que ha tenido, el Tribunal Europeo no ha desarrollado un concepto de seguridad nacional. Solamente se ha dado pautas muy básicas, como en el caso *Stoll contra Suiza*, cuando el Tribunal señaló: *Es más estos conceptos (seguridad nacional y seguridad pública) necesitan ser aplicados con restricciones y ser interpretarse restrictivamente y deben ser brindados solo donde se ha mostrado necesario a suprimir la información por propósitos de protección de seguridad nacional*¹⁴⁶; o en el caso de *Hadjianastassiou contra Grecia* en el que la divulgación de un arma y de conocimientos técnicos perjudican la seguridad nacional.

Esta situación nos permite concluir que no hay claridad en el Tribunal Europeo sobre el alcance de seguridad nacional en su vinculación con la libertad de expresión, lo cual se puede constatar de los criterios que adoptó en los casos *Observer and Guardian contra Reino Unido* y *Vereniging Weekblad Bluf contra Holanda*¹⁴⁷.

En relación con los límites de la libertad de expresión (en este caso la seguridad nacional) Rafael Bustos señala: *el TEDH no ha realizado, ni probablemente deba hacerlo, una definición acabada de los mismos*¹⁴⁸. Este autor asume esta posición porque considera que los límites van a funcionar de diversa forma de acuerdo con el bien jurídico afectado.

Alexandre Catalá considera que de acuerdo con la revisión de la jurisprudencia del Tribunal Europeo: *En principio, podemos deducir que los que ponen en peligro la*

¹⁴⁶ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Stoll contra Suiza*, de fecha 10 de diciembre del 2007, párrafo 54.

¹⁴⁷ Para una mejor comprensión revisar los casos *Observer and Guardian contra Reino Unido*, sentencia del 26 de noviembre de 1991, párrafo 65; y *Vereniging Weekblad Bluf contra Holanda*, sentencia del 9 de febrero de 1995, párrafo 38.

¹⁴⁸ BUSTOS GIRBERT, Rafael. Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática (art. 10 CEDH). En: García Roca, Javier; Santolaya Pablo (coords.). *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, p. 536.

*propia subsistencia del Estado infringen la seguridad nacional mientras que los que no ponen en peligro dicha subsistencia infringen el orden público o la seguridad pública*¹⁴⁹. Sin embargo, consideramos que su criterio de división es muy general y no ayuda mucho a comprender la seguridad nacional.

Consideramos necesario que el Tribunal Europeo establezca criterios o lineamientos sobre lo que se puede entender por seguridad nacional, de tal manera que estos criterios o lineamientos sirvan de apoyo a los Estados miembros en su actuar. El Tribunal ha tenido oportunidades de generar estas pautas en los casos antes analizados y además es necesario que elabore pautas en cuanto a la relación libertad de expresión-seguridad nacional.

Un fenómeno similar que encontramos en el segundo grupo de sentencias (casos de libertad de expresión contra seguridad nacional) es que al igual que en el primer grupo (sentencias de los casos de libertad de expresión contra seguridad nacional y sentencias de los casos de derecho a la vida privada contra seguridad nacional), el Tribunal Europeo generalmente hace una remisión del caso a los fines legítimos invocados por el Estado, sin cuestionarse ni analizarse si realmente corresponde al fin legítimo invocado.

Lo antes mencionado se observa en los casos *Hadjianastassiou contra Grecia* y *Vereniging Weekblad Bluff contra Holanda*. Pero en dos casos (*Observer and Guardian contra Reino Unido* y *Stoll contra Suiza*) sí se advierte que el Tribunal se preocupa por analizar si se trata de un caso del fin legítimo de seguridad nacional, incluso en el último caso el Tribunal concluye que no se trata de un caso de seguridad nacional sino de un caso de divulgación de información confidencial; a tal punto, que el propio Poder Judicial de Suiza sancionó al demandante por este tema y no por seguridad nacional¹⁵⁰.

¹⁴⁹ CATALÁ I BAS, Alexander. *Libertad de expresión e información: la jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional. Hacia un derecho europeo de los derechos humanos*. Valencia: Revista General de Derecho, 2001, p. 306.

¹⁵⁰ Para una mejor comprensión revisar la sentencia del caso *Stoll contra Suiza*, párrafo 54.

2.3.3.- Otros casos vinculados con la seguridad nacional

En este acápite revisaremos dos temas: primero, un análisis al grupo de sentencias por disolución de partidos políticos por parte de Turquía, y segundo, el caso de Nolan contra la Federación de Rusia.

Turquía ha sido uno de los países contra quien más casos se ha presentado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por la disolución de partidos políticos. En este trabajo revisaremos los casos: Partido Comunista Unido de Turquía contra Turquía (sentencia del 30 de enero de 1999)¹⁵¹, Partido Libertad y Democracia contra Turquía (sentencia del 8 de diciembre de 1999)¹⁵², Yazar, Baratas, Aksoy y Partido del Trabajo del Pueblo contra Turquía (sentencia del 9 de febrero de 2002)¹⁵³, Partido de la Democracia contra Turquía (sentencia del 10 de diciembre de 2002)¹⁵⁴, Partido Socialista y otros contra Turquía (sentencia del 25 de mayo de 1998)¹⁵⁵ y Partido Refah Partisi y otros contra Turquía (sentencia del 31 de julio de 2001)¹⁵⁶.

Empezamos indicando que los motivos de las injerencias para sustentar la afectación a la libertad de asociación establecida en el artículo 11º del Convenio

¹⁵¹ El Tribunal Constitucional de Turquía con resolución de fecha 16 de julio de 1991 decidió resolver el Partido Comunista Unido porque se usó en la denominación del partido político el término «comunista», término prohibido según la sección 96.3 de la Ley N° 2820. Además en el programa político del partido se afecta la integridad del Estado y la unidad de la nación al hablarse de dos naciones (nación kurda y nación turca).

¹⁵² El Tribunal Constitucional de Turquía mediante resolución de fecha 14 de julio de 1993 resolvió el partido político por considerar que su programa político afecta la integridad territorial del Estado y la unidad de la nación porque se habla de la nación kurda cuando la Constitución de Turquía no hace distinción étnica ni racial, todos son nacionales turcos sin distinción.

¹⁵³ El Tribunal Constitucional con resolución de fecha 14 de julio de 1993 disolvió el partido político porque sus actividades podían representar un ataque contra la integridad territorial y la unidad de la nación porque intenta dividir en dos la integridad de Turquía, al intentar destruir la integridad nacional y territorial.

¹⁵⁴ El Tribunal Constitucional con sentencia de fecha 16 de junio de 1994 disolvió el partido porque sus actividades se hallan encaminadas a atentar contra la integridad territorial del Estado y la unidad de la nación, puesto que las declaraciones de los miembros de este partido hacen referencia a la existencia en Turquía de un pueblo kurdo, creación de un Estado independiente mediante la destrucción del existente, etc.

¹⁵⁵ El Tribunal Constitucional con sentencia de fecha 10 de julio de 1992 disolvió el partido político porque se afectaba la integridad territorial y la unidad de la nación: en el mensaje político de este partido se habla de dos naciones (nación turca y nación kurda), y se pretende establecer una federación turca-kurda en detrimento de la unidad de la nación y la integridad territorial.

¹⁵⁶ El Tribunal Constitucional con resolución de fecha del 16 de enero de 1998 disolvió el partido político por ser un centro de actividades contrarias del laicismo. Igualmente, el Tribunal consideró que las declaraciones de los dirigentes Neomettin Erbakan, Sevket Kazan y Ahmet Tendal comprometieron la responsabilidad del partido en cuanto a la constitucionalidad de sus actividades.

Europeo de Derechos Humanos que permitió la disolución de los partidos políticos son muy parecidos entre ellos:

- Partido Comunista Unido de Turquía: integridad territorial del Estado y unidad de la nación.
- Partido Libertad y Democracia: integridad territorial, unidad del Estado y Laicidad.
- Partido Socialista: integridad territorial y unidad de la nación.
- Yazar, Baratas, Aksoy y Partido del Trabajo: integridad del Estado y unidad de la nación.
- Partido de la Democracia: integridad territorial y unidad del Estado.
- Partido Refah Partisi: seguridad nacional, seguridad pública, prevención del desorden o crimen y protección de derechos y libertades de otros.

Entre los supuestos que más se repiten tenemos la unidad de la nación y la integridad territorial. El primero no figura como un fin legítimo señalado en el segundo párrafo del artículo 11º y aunque el segundo supuesto tampoco se contempla, el Tribunal Europeo ha determinado, por medio de la jurisprudencia, que la integridad territorial se encuentre comprendida dentro del supuesto de seguridad nacional¹⁵⁷.

El Tribunal ha aprovechado estos casos para establecer un conjunto de lineamientos sobre los partidos políticos. Señala que los partidos políticos son importantes en las democracias¹⁵⁸ y contribuyen al pluralismo dentro de las mismas, por lo antes mencionado el Tribunal establece un margen de apreciación reducido a los Estados en este tema,¹⁵⁹ los partidos políticos pueden proponer en sus programas de trabajo temas sensibles en el debate público¹⁶⁰, toda propuesta de los partidos políticos debe respetar dos temas: respeto al marco democrático y las propuestas de cambio deben ser compatibles con los principios democráticos¹⁶¹.

¹⁵⁷ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Sentencia del caso Yazar, Baratas, Aksoy y Partido del Trabajo del Pueblo contra Turquía*, de fecha 9 de abril del 2002, párrafo 38.

¹⁵⁸ Para una mejor comprensión revisar las sentencias de los casos Partido Comunista Unido de Turquía y otros contra Turquía, Partido Socialista y otros contra Turquía, Partido de Democracia contra Turquía y Refah Partisi y otros contra Turquía.

¹⁵⁹ Este criterio se puede encontrar en las sentencias de los casos Partido Comunista Unido de Turquía y otros contra Turquía, Partido Libertad y Democracia contra Turquía y Refah Partisi y otros contra Turquía.

¹⁶⁰ Este lineamiento se puede encontrar en las sentencias de los casos Partido de la Libertad y Democracia contra Turquía, Partido Comunista Unido de Turquía contra Turquía, Partido Socialista y otros contra Turquía y Partido Libertad y Democracia contra Turquía.

¹⁶¹ Esta pauta se puede constatar en la sentencia del caso Refah Partisi y otros contra Turquía.

En varias de estas sentencias se advierte errores básicos de Turquía como disolver un partido por usar el término “comunista”, por proponer en su programa de trabajo una federación entre turcos y kurdos y proponer líneas de trabajo dirigidas a la minoría kurda. Solamente en el caso Refah Partisi se observó temas más cuestionables e incluso se resolvió por un bajo margen de diferencia de votos (4 votos a favor y 3 en contra). Al respecto, el autor Javier García Roca cuestiona la resolución de este caso por haberse basado en pruebas indirectas y en una posible amenaza al Estado democrático de Turquía¹⁶².

En todos los casos se tiene como una de las partes a Turquía y a pesar de que el Tribunal Europeo valora el problema del terrorismo en ese país, no ha aprovechado estas oportunidades para establecer un concepto o lineamientos sobre la seguridad nacional. Lo aprovechó únicamente en la sentencia del caso del Partido de la Democracia contra Turquía, frente a la declaración realizada por el expresidente del partido político antes referido en Iraq; si bien el Tribunal reconoció que en el mismo se aprobaba el uso de la fuerza, solo se trató de un discurso pronunciado en el extranjero y en idioma distinto del turco, por lo que su impacto sobre la seguridad nacional, orden público o integridad territorio fue muy limitado.

A pesar de ello, el Tribunal no valoró en este suceso la importancia del rol de los partidos políticos en las democracias y el hecho que los mismos no deben propiciar ni usar la fuerza para lograr sus objetivos políticos, solo se usó un argumento muy básico y no se analizó el impacto real de la declaración en la seguridad nacional del país, los efectos en los seguidores del partido político y la estrategia del partido con ese tipo de declaraciones.

En varias de estas sentencias se advierte nuevamente el problema detectado en las sentencias de vida privada y libertad de expresión vinculadas a la simple remisión a los fines legítimos. No hay una valoración rigurosa sobre si corresponde realmente a los fines que señaló el Estado, esto se puede advertir en las sentencias Yazar, Baratas,

¹⁶² GARCÍA ROCA, Javier. La problemática disolución del Partido de la Prosperidad ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Estado constitucional y control de las actuaciones de partidos fundamentalistas (1). En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 65, año 22, mayo-agosto 2002, pp. 323-324.

Askoy y Partido del Trabajo del Pueblo contra Turquía, Partido Comunista Unido de Turquía y otros contra Turquía, Partido Libertad y Democracia contra Turquía, Partido Socialista y otros contra Turquía y Refah Partisi y otros contra Turquía.

En algunos casos el Gobierno enumera varios supuestos de injerencia, pero el Tribunal señala que al menos corresponde al fin legítimo de la protección de la seguridad nacional del artículo 11º y no hace mayores precisiones del porqué recurre a este supuesto ni da sustentación sobre la procedencia o improcedencia de los demás supuestos de los fines¹⁶³.

El caso más palpable es la sentencia de Refah Partisi y otros contra Turquía. En este caso se constata la simple remisión a los fines legítimos que señala el Estado: frente a la posición de Turquía –que sostenía que la interferencia cumple diversos propósitos denominados protección de seguridad pública, seguridad nacional, y el derecho a las libertades de otros y prevención del crimen– el Tribunal consideró la importancia del principio de secularismo en Turquía y concluyó que la disolución del partido político corresponde a la protección de seguridad nacional, seguridad pública, prevención del crimen o desorden y protección de derechos y libertades de otros¹⁶⁴; es decir, los mismos supuestos señalados por el Estado pero sin realizar mayores análisis.

Un segundo tema es el caso de Nolan contra la Federación de Rusia. El señor Patrick Nolan fue expulsado de la Federación de Rusia con los fundamentos de la emisión de un reporte del Servicio de Seguridad Federal de fecha 18 de febrero del 2002. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no pudo evaluar ese documento porque las autoridades de la Federación de Rusia se negaron a entregar la información, pese a que el Tribunal señaló que de acuerdo al artículo 33º inc. 2 del Reglamento del Tribunal se restringiría el acceso del público a este documento¹⁶⁵. Ante

¹⁶³ El criterio adoptado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se puede constatar en los casos Partido Socialista contra Turquía, Partido Comunista Unido y otros contra Turquía y Partido Libertad y Democracia contra Turquía.

¹⁶⁴ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Sentencia del caso Refah Partisi y otros contra Turquía*, de fecha 31 de julio de 2001, párrafo N° 67.

¹⁶⁵ **Reglamento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

Artículo 33.- Carácter público de los documentos

(...)

2.- Acceso público a un documento a cualquier parte, esto podrá ser restringido en el interés moral, orden público o **seguridad nacional en una sociedad democrática**, donde los intereses juveniles, o la protección de la vida privada de las partes o de cualquier persona preocupada así lo requiera, o se extiende lo estrictamente necesario en la opinión del Presidente de la Cámara, en especial circunstancia donde la publicidad podría perjudicar los intereses de justicia.

la insistencia del Tribunal, las autoridades rusas señalaron que no había procedimiento interno para remitir un documento secreto a un tribunal internacional.

Se percibe una intención de no entregar la información, porque como el mismo Tribunal señala en su sentencia, las autoridades de la Federación de Rusia sí brindaron esa información a los órganos jurisdiccionales de su país. Se pudo haber enviado el documento con tachas en los párrafos que afectaran su seguridad; o en todo caso, se pudo enviar un resumen de los principales motivos y hechos del caso. Sin embargo, las autoridades rusas no tomaron estas opciones, sino que usaron el pretexto de que carecen de un procedimiento en su marco legal para la remisión de información clasificada a los tribunales internacionales. Situación que también conllevó el incumplimiento del artículo 38° inc. 1 el cual establece que las partes de un proceso deben proporcionar toda la información y facilidades para la resolución del caso.

El Tribunal y la parte demandante se perjudicaron con la falta de remisión de este documento que hubiera sido de ayuda para comprender mejor el caso y la posición adoptada por el Gobierno de la Federación de Rusia. Por ello, el Tribunal señaló que no se ha demostrado que el grupo religioso Iglesia Unificada se dedique a otras actividades que no sean religiosas y que la Federación de Rusia utiliza términos genéricos como “actividades” o “hallazgos” pero sin hacer precisiones¹⁶⁶.

Al margen que el Tribunal Europeo resolvió a favor del demandante, al señalar que se afectó los derechos de libertad religiosa, vida privada y familiar, libertad y seguridad personal, entre otros derechos¹⁶⁷, del ciudadano Patrick Francis Nolan; el problema es la actitud del Estado de no contribuir con la documentación requerida por el Tribunal. Problema similar se ha advertido en un caso ante la Corte Internacional de Justicia, aunque en aquel hubo algunas variables diferentes como el hecho de que la Corte Internacional no ejerció sus prerrogativas. La preocupación final es el precedente que se genera con la actitud de los Estados de no contribuir con la entrega de la información, por el hecho que le podría ser perjudicial en el proceso, ello no facilita que

¹⁶⁶ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Sentencia del caso Nolan contra la Federación de Rusia*, de fecha 6 de julio de 2009, párrafos 63 y 64.

¹⁶⁷ En la sentencia el Tribunal también concluye que se afectó el derecho a la indemnización por haber sido detenido en contravención del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el derecho a que ningún residente puede ser expulsado sin una decisión de acuerdo a ley.

se sepa la verdad y deslegitima a los tribunales internacionales en el cumplimiento de sus funciones.

A manera de conclusión en este punto, debemos indicar que el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales no prohíbe en su regulación de la libertad de expresión la censura previa ni comprende dentro de ella al derecho de acceso a la información, cuando es importante que incluya este último tema porque se trata de un derecho importante en las sociedades democráticas que permitirá empoderar al derecho de libertad de expresión. La incorporación del mismo puede ser por medio de un protocolo facultativo o vía jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha elaborado en su jurisprudencia lineamientos importantes en libertad de expresión y libertad de asociación. La libertad de expresión es esencial en una sociedad democrática, pues mediante este derecho se reconoce la libertad de creación artística, información de interés general tiene un máximo nivel de protección; mientras que un partido político es importante en democracia, porque los partidos pueden proponer en sus programas de trabajo temas sensibles, etc.

Es necesario que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos elabore lineamientos o pautas básicas sobre lo que comprende la seguridad nacional o lo que es un supuesto de afectación a la seguridad nacional, de manera que sirva a los países miembros del Convenio Europeo como referencia y orientación. El Tribunal ya ha cumplido un rol de orientador a los Estados en el caso de las garantías que deben desarrollar las leyes de interceptación a las comunicaciones; el propio Tribunal elaboró las pautas mínimas que deben contener este tipo de normas. En adición a lo antes señalado, conviene que el Tribunal elabore pautas en la relación seguridad nacional-derechos humanos que sirva de orientación a los Estados miembros cuando cede los derechos humanos frente a la seguridad nacional y en general, en la elaboración de la regulación sobre la seguridad.

Es cierto que si se revisa la jurisprudencia del Tribunal Europeo se puede afirmar que hay un conjunto de temas que se consideran amenazas a la seguridad

nacional como espionaje, terrorismo, incitación al terrorismo u organizaciones separatistas.

En este punto el autor Iain Cameron considera otro tipo de amenazas a la seguridad nacional como incitación a la desafección del personal militar, mantenimiento de disciplina de las fuerzas del orden, restricciones de las fuerzas del orden a la libertad de expresión y restricción del acceso a las cortes nacionales; pero a nuestro criterio los casos en que se han presentado estas supuestas amenazas no tienen una vinculación directa con la seguridad nacional sino que se relacionan más con otros temas como mantener un orden en las fuerzas armadas y policiales.

Además, tener pautas sobre la seguridad nacional coadyuvará a evitar excesos en el uso del margen de apreciación. Si bien autores como Yataka Arai-Takashi, Howard Charles Yourow, Carlos Ruiz Miguel y Miguel Revenga¹⁶⁸ señalan que frente al tema de la seguridad nacional el Tribunal Europeo generalmente considera un margen de apreciación amplio (eso se ha podido constatar incluso en algunas sentencias donde el propio Tribunal lo señala expresamente¹⁶⁹), lo cierto es que se puede argumentar que la seguridad nacional es un concepto que varía de un Estado a otro Estado y que –como señalamos anteriormente– estamos frente a un pluralismo territorial de los países miembros del Convenio Europeo. Sin embargo, es pertinente señalar que en el preámbulo del Convenio se indica que la finalidad del mismo es la protección y el desarrollo de los derechos humanos y que estos reposan en regímenes democráticos y el respeto común de los derechos humanos.

Por ello, la importancia de establecer pautas mínimas acerca de este concepto. Si no es posible que frente a un Estado infractor bajo el argumento de una concepción amplia del margen de apreciación sus ciudadanos constantemente serán vulnerados sus derechos, mucho más, si el Tribunal Europeo ha revisado múltiples casos de afectación de derechos esenciales como el derecho a la vida privada, libertad de expresión y

¹⁶⁸ Este punto ha sido desarrollado en los textos: *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR* de Yutaka Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Right Jurisprudence* de Howard Charles Yourow, *El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos* de Carlos Ruiz Miguel y *Seguridad nacional y derechos humanos: estudio sobre la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo* de Miguel Revenga Sánchez.

¹⁶⁹ Para una mejor comprensión revisar las sentencias Polat contra Turquía, Barkaya y Okcuoglu contra Turquía, Surek contra Turquía (caso N° 2) y Surek contra Turquía (caso N° 3).

libertad de asociación donde el Estado invocando la seguridad nacional ha vulnerado estos derechos a los ciudadanos, constatándose en estos casos el uso arbitrario del término seguridad nacional por parte de los Estados.

Se ha considerado como un problema que el Tribunal Europeo no haya sido riguroso al analizar los fines legítimos que se discutieron en diversos casos. Muchas veces el Tribunal asumió simplemente lo que indicó el Estado parte, y son pocos los casos en donde el Tribunal analizó y enmendó lo señalado por el Estado (ejemplo el caso Stoll contra Suiza).

Se ha detectado un caso en que el Estado se negó a entregar al Tribunal Europeo información secreta pero relevante para su resolución. Situación similar a lo que sucedió con la Corte Internacional de Justicia de Derechos Humanos. Se trata de una acción que perjudica la resolución del caso.

2.4.- La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la seguridad nacional

La Convención Americana sobre Derechos Humanos no solo regula un conjunto de derechos básicos para las sociedades de los países latinoamericanos sino que desarrolla dos instituciones importantes: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La primera tiene como funciones formular recomendaciones a los Estados miembros para que adopten medidas a favor de los derechos humanos, preparar informes que considere necesarios, solicitar a los Estados miembros información sobre medidas adoptadas en derechos humanos, entre otras.¹⁷⁰ La segunda tiene la función jurisdiccional, por medio de la cual constata si un Estado ha incurrido en responsabilidad por haber violado alguno de los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y la función consultiva, mediante la cual responde a las consultas que formulan los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) o los órganos de este organismo en relación con temas

¹⁷⁰ Otras funciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos son atender las consultas que por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulan los Estados miembros en materia de derechos humanos, estimular la conciencia de los derechos humanos en los países de América Latina y rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

vinculados con la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o de otros tratados relacionados con la protección de los derechos humanos en América Latina.

Si bien la Corte Interamericana inicia funciones en el año 1979, no ha tenido la misma amplitud y variedad de tema de casos que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. De hecho, la primera sentencia de fondo fue el caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, de fecha 29 de julio de 1988, y al 31 de julio de 2015 solo se ha emitido en promedio 160 sentencias de fondo.

No obstante lo antes señalado, se ha emitido interesantes criterios jurisprudenciales, por ejemplo:

- La ampliación del concepto de la víctima, que incluye en ella a los familiares de los desaparecidos, que son ahora pasibles de recibir indemnizaciones¹⁷¹.
- La declaración de un proceso inválido y la orden de realizar un nuevo proceso judicial con plena observancia del debido proceso legal, como sucedió en el caso Castillo Petrucci y otros contra Perú (sentencia de fecha 30 de mayo de 1999) al no haberse garantizado el debido proceso a los procesados.
- Dejar sin efecto una ley de amnistía, caso Barrios Altos contra Perú¹⁷² (sentencia de fecha 14 de marzo de 2001), donde se dejó sin efecto las leyes N° 26474 y 26492 por su incompatibilidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en específico, los artículos 4, 5, 8 y 25 de la Convención Americana.
- Improcedencia del retiro de la competencia obligatoria de la Corte con efecto inmediato, este tema correspondió al Perú que pretendió retirarse de manera

¹⁷¹ En el caso niños de la calle contra Guatemala (sentencia del 25 de noviembre de 2000) la Corte señaló que la falta de diligencia del Estado para establecer la identidad de las víctimas, dar aviso a los familiares para brindarles una adecuada sepultura, la violencia de los agentes del Estado sobre las víctimas y su abandono en parajes deshabitados constituyó para los familiares un trato cruel, por tanto, a los familiares también se le debe considerar víctimas. Igualmente, en el caso Bamaca Velásquez contra Guatemala (sentencia del 25 de noviembre de 2000) la Corte estimó que la obstrucción del Estado a los familiares para llegar a conocer la verdad de los hechos, el ocultamiento del cadáver de la víctima, la negativa a brindar información en este tema constituyeron tratos inhumanos y degradantes para los familiares, por lo que se reconoce en ellos una violación de sus derechos (artículo 5.1 y 5.2 de la Convención) y una reparación hacia ellos.

¹⁷² El Estado peruano mediante leyes de amnistía pretendía que grupos paramilitares organizados por el Estado no sean procesados judicialmente por los crímenes cometidos.

inmediata para evitar las sentencias del caso de destitución de tres magistrados del Tribunal Constitucional y del caso Ivcher Bronstein¹⁷³.

De los aproximadamente 160 casos de fondo que a la fecha ha resuelto la Corte Interamericana, varios de ellos son por afectación al derecho a la vida y por libertad de expresión. Se ha emitido varios criterios jurisprudenciales, pero para una mejor comprensión del mismo revisamos la definición de libertad de expresión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

Artículo 13.- Libertad de pensamiento y de expresión

1.- “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideraciones de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2.- El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a.- El respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b.- La protección de la seguridad nacional, orden público o la salud o moral pública.

3.- No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualquier otro medio encaminado a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4.- Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa por el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5.- Estará prohibido por la ley toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.”

De acuerdo con la Convención Americana sobre Derechos Humanos se concibe que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea de manera oral o escrita, o en forma impresa o artística, por cualquier otro procedimiento de su elección.

¹⁷³ La Corte Interamericana concluyó que los Estados solo pueden retirarse únicamente mediante la aplicación del artículo 78° de la Convención Americana, es decir, desde la comunicación de la renuncia tiene que concurrir un año para que surta efecto el retiro de la competencia de la Corte.

A diferencia de su par en Europa, en la Convención Americana la libertad de expresión no está sujeta a censura previa (con excepción de espectáculos públicos con miras a proteger la moral de la infancia y adolescencia), pero sí a responsabilidades ulteriores, las que serán fijadas por ley. La libertad de expresión comprende el derecho de acceso a la información pública.

Para autores como Sergio García y Alejandra Gonza en la Convención Americana hay un alto valor de la libertad de expresión. La comparación entre el artículo 13° de la Convención Americana y el artículo 10° de la Convención Europea demuestra claramente que las garantías de la libertad de expresión son más generosas en la primera¹⁷⁴. No compartimos del todo este punto, pero reconocemos que una importante desventaja del caso europeo es no haber incluido el derecho de acceso a la información pública en el concepto de libertad de expresión. Debemos indicar que si bien en el Convenio Europeo no se prohíbe la censura previa, a nivel jurisprudencial el Tribunal Europeo es reacio a justificar la censura¹⁷⁵. Además, en varios casos, la Corte Interamericana ha recogido criterios jurisprudenciales que han sido desarrollados previamente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tales como: la importancia de la libertad de expresión en las sociedades democráticas, la difusión de informaciones que pueden ser inofensivas o también ofensivas o perturbadoras para el Estado¹⁷⁶, las dos dimensiones de la libertad de expresión (individual y social¹⁷⁷) y el margen reducido frente a cualquier restricción de la libertad de expresión¹⁷⁸.

Si bien la seguridad nacional es uno de los supuestos de límites de los derechos que junto con el orden, la salud, moral pública y los derechos de terceros los

¹⁷⁴ GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO; GONZA, Alejandra. *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007, p. 22.

¹⁷⁵ Este criterio lo ha señalado el Tribunal Europeo en varias sentencias como Gaweda contra Polonia (sentencia de 14 de marzo de 2002), Sunday Times contra Reino Unido (sentencia de 26 de abril de 1979) y Observer and Guardian contra Reino Unido (sentencia de 26 de noviembre de 1991).

¹⁷⁶ A manera de referencia, en la sentencia del caso Ivcher Bronstein contra Perú (sentencia de 6 de febrero de 2001) se menciona este criterio y se cita las sentencias de los casos Handyside contra Reino Unido (sentencia de 7 de diciembre de 1996), The Sunday Times contra Reino Unido (sentencia de 26 de abril de 1979), Barthold contra Alemania (sentencia de 25 de marzo de 1985), Lingens contra Austria (sentencia de 8 de julio de 1996) y Muller y otros contra Suiza (sentencia de 24 de mayo de 1988).

¹⁷⁷ En la Opinión Consultiva OC-5/85 se cita este criterio de la sentencia Sunday Times contra Reino Unido (sentencia de fecha 26.4.79).

¹⁷⁸ En el caso Ivcher Bronstein contra Perú se cita este criterio del caso Surek y Ozdemir contra Turquía (sentencia de fecha 8 de julio de 1999).

encontraremos en diversos derechos desarrollados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos; específicamente, el derecho a la libertad religiosa (artículo 13° inc. 3), el derecho de reunión (artículo 15°), el derecho a la libertad de asociación (artículo 16° inc. 2) y el derecho de circulación y de residencia (artículo 22° inc. 3). De la revisión de las diversas sentencias emitidas por la Corte Interamericana, a la fecha solo se ha detectado un caso en el que se involucra a la seguridad nacional, es el caso de Palamara Iribarne contra Chile (sentencia del 22 de noviembre de 2005), que es más bien una colisión entre la libertad de expresión y la seguridad nacional.

Humberto Palamara Iribarne fue oficial de la Armada de Chile desde 1972 hasta 1992, pero desde el año 1993 empezó a laborar como empleado civil en el Departamento de Inteligencia de la Comandancia en Jefe de la Tercera Zona Naval. Escribió un libro titulado *Ética y Servicio de Inteligencia*, en el cual se discute la necesidad de crear mecanismos para controlar los servicios de inteligencia porque pueden cometer violaciones de derechos humanos y considera que el mejor mecanismo es el autocontrol, debiendo regirse los servicios de inteligencia por conductas éticas.

El señor Palamara informó al Comandante en Jefe de la Tercera Zona Naval que había escrito un libro y le entregó un ejemplar para su revisión y venía para la publicación. A su vez, el Comandante le informó que le había gustado el libro y que ayudaría a desmitificar las actividades de inteligencia. Posteriormente, la Comandancia en Jefe de la Armada de Valparaíso le comunicó al señor Palamara su deseo de leer el libro, por ello se le entregó dos ejemplares: uno para el Estado Mayor General de la Armada y otra para la Dirección de Inteligencia de la Armada.

El 1 de marzo de 1993 el Comandante en Jefe de la Tercera Zonal Naval le comunicó al señor Palamara que su libro había sido prohibido por la Armada porque vulneraba la seguridad nacional y la defensa nacional, y por ello debía entregar todos los ejemplares así como el material que se había utilizado para imprimir la publicación. El señor Palamara se negó a entregarlo porque consideraba que el libro era de su propiedad.

Posteriormente, una patrulla y el Fiscal Naval se dirigieron a la imprenta y en presencia del Fiscal Naval se llevaron todo el material del libro. A continuación se

dirigieron a la casa del señor Palamara para incautar los libros y obligarlo a que borre de su computadora personal el texto del libro. Finalmente, se arrestó al señor Palamara y se le inició procesos judiciales que trajeron como resultado una condena por delito de desacato.

En este caso, la Corte Interamericana decidió seguir el camino más fácil porque sustentó su sentencia en la afectación de la libertad de expresión del señor Palamara, dado que el Gobierno de Chile ejerció una censura previa sobre la libertad de expresión del demandante aunque los peritos de inteligencia señalaron que el libro no afectaba la seguridad nacional puesto que no había información secreta¹⁷⁹.

Debemos destacar que es comprensible que la Corte enfatice el tema de la censura previa porque el Gobierno de Chile negó que se había recurrido a la censura previa con argumentos muy poco sustentables¹⁸⁰ y porque se había ejercido varios actos de censura previa como la prohibición de publicación (con base en el artículo 89° de la Ordenanza de la Armada aprobado mediante el Decreto Supremo N° 487¹⁸¹), incautación de los libros en la imprenta y en la casa del señor Palamara, eliminación de los archivos del libro de la computadora personal del señor Palamara, diligencias para recuperar los libros que estaban en posesión de terceros y prohibición al señor Palamara de hacer comentarios sobre el proceso judicial. Además, en varias sentencias la Corte Interamericana ha enfatizado la importancia de la libertad de expresión en las democracias. De ahí que sería comprensible la rigurosidad que ejerce la Corte Interamericana en las limitaciones a este derecho.

¹⁷⁹ El Fiscal solicitó que se realice un informe por peritos de inteligencia para conocer el alcance de la afectación a la seguridad nacional, pero el informe de los peritos concluyó que el libro no vulnera la seguridad nacional porque no hay información reservada en el mismo. En este contexto, la Fiscalía pidió un informe complementario para conocer si en el libro hay información relevante desde el punto vista institucional naval o información contenida en fuentes cerradas. El informe complementario señaló que se había afectado el “interés institucional” de la Armada porque el autor usó su experiencia para escribir el libro.

¹⁸⁰ El Gobierno de Chile consideró que no es un caso de censura previa porque el libro fue impreso en febrero de 1993 (1007 ejemplares), incluso hubo distribución de afiches, por lo que es un caso de responsabilidad ulterior y no censura previa. Además, el libro es el resultado de ocho años de experiencia del señor Palamara como analista de información naval y hay obligación de los funcionarios de guardar reserva de las unidades a las que perteneció; es decir, no se puede publicar información reservada y el demandante solo pidió permiso por escrito cuando el libro ya estaba publicado.

¹⁸¹ El artículo 89° de la Ordenanza de la Armada establece la prohibición de todo miembro de la Armada o persona que se encuentre a su servicio de publicar o dar facilidades para que se publiquen en la prensa artículos que envuelven una crítica a los servicios de la Armada, organismos públicos o de Gobierno, así como a los asuntos de carácter secreto, reservado o confidencial, temas políticos o religiosos u otros que pueden dar margen a una polémica o controversia en la que se pueda ver envuelto el buen nombre de la institución.

Cabe comentar que el informe complementario que solicita la Fiscalía (verificar si en el libro hay ~~información~~ relevante” desde el punto de vista institucional o información contenida en fuentes cerradas) nos parece innecesario, porque en el primer informe se concluyó que no se había afectado la seguridad nacional (se entiende que no se utilizó información reservada que pueda afectar la seguridad), y aunque en el informe se concluye que se afectó el ~~interés~~ institucional” porque el autor utilizó su experiencia para escribir el libro, esta conclusión es ilógica porque desde esa perspectiva ningún militar que se jubile o pase al retiro podrá ejercer su libertad de expresarse en temas que haya aprendido en las instituciones militares porque afectaría el interés institucional de éstas.

En nuestra opinión, la Corte Interamericana pudo haber tenido un rol más activo y orientador en el sentido de haber discutido en la sentencia el concepto de seguridad nacional utilizado y los bienes que busca proteger la seguridad nacional de los Estados. Ciertamente es también que, generalmente, los tribunales internacionales han evitado dar conceptos o lineamientos de seguridad nacional, y en general conceptos o lineamientos de temas sensibles.

Esta misma posición se aprecia en la Corte Interamericana. A manera de referencia se tiene la Opinión Consultiva OC-9/87 sobre garantías judiciales en estado de emergencia donde señaló: *debe reconocerse que no es posible ni sería aconsejable que la Corte, en la presente Opinión Consultiva, trate de dar una enumeración exhaustiva de todas las posibles garantías judiciales indispensables que no pueden ser suspendidas de conformidad con el artículo 27.2*¹⁸². Lo que deja entrever este tema es que la Corte prefiere no atarse con conceptos (en este caso enumeración de garantías) que puedan limitar su campo de acción.

Sin embargo, hay que considerar (y como se señaló anteriormente) que la libertad de expresión es un derecho básico en las democracias donde el Estado se rige por el principio de publicidad y transparencia, gracias al cual se puede criticar a las instituciones públicas y estas deben ser proclives a aceptar críticas y cuestionamientos

¹⁸² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-9/87 sobre garantías judiciales en estado de emergencia (artículos 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, de fecha 6 de octubre de 1987, párrafo 40.

sobre su funcionamiento; es más, es lo esperable para mejorar el funcionamiento de las entidades públicas. Además, en este caso se aprecia que el Gobierno de Chile tuvo una visión muy sesgada de la seguridad nacional, que se grafica con la posición que adoptó pese a que el informe de los peritos concluyó que el libro del señor Palamara no afectaba la seguridad nacional: el demandante fue sancionado por el órgano jurisdiccional de Chile, y ello nos recuerda la visión militarizada de seguridad nacional que tenían las dictaduras militares en América del Sur de los años 70 del siglo XX¹⁸³.

Dados los argumentos antes señalados, hubiera sido interesante que la Corte Interamericana desarrollara al menos algunos lineamientos o pautas que ayudaran a delimitar la seguridad nacional, señalar por los menos los bienes que se busca proteger (como la integridad territorial, independencia de los Estados, entre otros), de manera que sirvan como pautas a los Estados miembros y no se vuelva a presentar en el futuro otros casos similares.

Una segunda oportunidad que tuvo la Corte Interamericana para establecer pautas sobre seguridad nacional fueron en los casos Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña contra Bolivia¹⁸⁴ y Goiburú y otros contra Paraguay¹⁸⁵ porque si bien estamos frente a casos de desapariciones, estas se dieron en la década de los años 70 y bajo la “Operación Cóndor”, que era parte de un plan desarrollado por las dictaduras militares a partir de su “doctrina de seguridad nacional” que visualizaba como enemigos a los movimientos de izquierda. Ello los llevó a recurrir a la comisión de un conjunto de delitos como torturas, asesinatos y desapariciones de integrantes de estos grupos ideológicos.

Frente a esta situación, los adeptos a estos movimientos optaron por viajar a países vecinos, por lo que las dictaduras establecieron la “Operación Cóndor” en el que participaron fuerzas de seguridad y de servicios de inteligencia de estas dictaduras para intercambiar información y permitir que agentes de seguridad de un país pudieran

¹⁸³ En la década de los años 70 hubo dictaduras militares en los países sudamericanos de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay.

¹⁸⁴ Los señores Rainer Ibsen Cárdenas y José Luis Ibsen Peña fueron detenidos por las fuerzas del orden entre los periodos de octubre de 1971 y febrero de 1973, pero sus detenciones no fueron registradas por las fuerzas del orden. Años después, se encontró el cuerpo del señor Rainer Ibsen Cárdenas en una fosa común.

¹⁸⁵ Los señores Agustín Goiburú Giménez, Carlos José Mancuello Bareiro, Rodolfo Feliciano y Benjamín de Jesús Ramírez Villalba fueron detenidos arbitrariamente por las fuerzas del orden de Paraguay entre 1974 y 1977. Sus detenciones no se registraron oficialmente y sus familias nunca más tuvieron noticias de ellos.

realizar libremente sus actividades en otro país; como ejemplo tenemos la detención de miembros de grupos de izquierda.

Si bien la Corte explica la “doctrina de seguridad nacional” y la “Operación Cóndor” en la sentencia del caso Goiburú y otros contra Paraguay y en menor medida en el caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña contra Bolivia, no se atrevió a diferenciar la “doctrina de seguridad nacional” de lo que se debe entender por seguridad nacional y los bienes que protege la misma.

A manera de conclusión señalamos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha adoptado interesantes criterios como la ampliación del concepto de víctima, que comprende ahora a los familiares de los desaparecidos; la declaración de proceso inválido y el orden de un nuevo proceso judicial; el dejar sin efecto una ley de amnistía, entre otros.

El artículo 13° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos desarrolla el derecho a la libertad de expresión, el cual comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Se prohíbe la censura previa (con la excepción de los espectáculos públicos a fin de proteger la moral de la infancia y adolescencia), pero se recogen varios criterios jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como la importancia de la libertad de expresión en las sociedades democráticas; la libertad de expresión en dos dimensiones: una individual y otra social; el margen reducido frente a cualquier restricción, etc.

Pese a que hubo un caso de limitación de la libertad de expresión por parte de la seguridad nacional (caso Palamara Iribarne) y dos casos mencionan de manera indirecta a la doctrina de seguridad nacional (casos Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña contra Bolivia, y Goiburú y otros contra Paraguay) la Corte Interamericana no hace un análisis de los alcances de la seguridad nacional o establece pautas o lineamientos del mismo; tampoco establece diferenciaciones con la “doctrina de seguridad nacional”. La Corte pudo haberse apoyado en la doctrina para establecer como pautas que la seguridad nacional busca proteger los bienes de integridad territorial, la independencia del Estado, la población, que son bienes que generalmente la doctrina señala como bienes a proteger por parte de la seguridad nacional.

CAPÍTULO TERCERO
LA SEGURIDAD NACIONAL Y EL ESTADO CONSTITUCIONAL
DE DERECHO

En el capítulo tercero se desarrolla lo que se comprende por Estado de Derecho y el Estado Constitucional de Derecho, aquello que lo caracteriza y su vinculación con la seguridad nacional. Asimismo, se elabora un concepto mínimo de seguridad nacional, para ello se aprovecha las pautas que la doctrina ha marcado sobre este tema y que se ha discutido en el capítulo primero; a la par, se establecerán las amenazas mínimas que un Estado enfrentará.

Seguidamente, se explica los alcances de la dignidad, los valores superiores que la doctrina reconoce en un Estado Constitucional de Derecho y que sirven de guías o pautas en el desarrollo del marco normativo de los países y su relación con la seguridad nacional y los derechos humanos.

Finalmente, se analiza los temas que deben desarrollarse en una norma que regula la seguridad nacional en un Estado y a la par se aprovecha para discutir los temas que no deberían ser desarrollados en una norma de seguridad nacional.

3.1.- Del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho: un marco conceptual

Durante el transcurso de la historia del mundo se ha podido observar la existencia de dictaduras en diferentes países del mundo, las cuales tienen un conjunto de características comunes. En primer lugar, debemos indicar que las dictaduras se desarrollan donde hay crisis política y eliminan lo que Nicos Poulantzas denomina *“instituciones intermedias”*. Según el autor, *en las democracias hay instituciones*

*intermedias entre el Estado y el individuo, estas instituciones son fiadoras de la libertad, autonomía del individuo respecto del Estado*¹⁸⁶.

Estas instituciones intermedias permiten canalizar las inquietudes y preocupaciones de las personas en las sociedades, tales como partidos políticos, sindicatos, asociaciones civiles, instituciones culturales, escuelas, etc., con lo cual se busca restringir el debate público que se realiza en estas instituciones. Se busca que solo haya un partido político –el partido que ostenta el gobierno– el cual buscará impregnarse en todas las entidades del Estado; son ejemplos de lo antes mencionado los casos de los partidos nacionalsocialista en Alemania y fascista en Italia, los cuales se impregnaron en las fuerzas armadas¹⁸⁷, magistratura, etc.

Segundo, las dictaduras son intervencionistas, en el sentido que buscan impregnar su pensamiento en las diferentes entidades del Estado y de la sociedad en general, y además son represivas. Un ejemplo de esto fue la policía política del gobierno de Adolfo Hitler, esta encarnó “la voluntad del jefe” y su objeto fue la formación total de los miembros de la nación y controlar a los individuos. Su dominio de intervención se hizo ilimitado en diferentes campos como las fuerzas armadas o la magistratura, y cumplió no solo funciones de seguridad, sino también de administración, militar, entre otras.

Tercero, las dictaduras construyen su “propio derecho”. El derecho regula el ejercicio del poder por parte del Estado y lo realiza por medio de un conjunto de normas generales, abstractas, estrictamente reglamentadas. En el caso de las dictaduras se busca establecer reglas propias; el derecho ya no limita el poder del Estado, por el contrario, se presenta un ejercicio ilimitado del poder del Estado que se traduce en una efectiva y paulatina afectación de los derechos ciudadanos, sobre todo aquellos derechos que pueden afectar su inamovilidad en el poder como la libertad de expresión, acceso a la información pública, libertad de sindicación, incluso se busca suprimir el sufragio universal.

¹⁸⁶ POULANTZAS, Nicos. *Fascismo y dictadura: la tercera internacional frente al fascismo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Argentina Editores, 1974, p. 370.

¹⁸⁷ Varios de los altos mandos militares eran miembros de los partidos políticos, fue el caso de Goering en la Fuerza Aérea de Alemania, el general Díaz, Jefe del Estado Mayor del Ejército en Italia, el almirante Thaon, Jefe del Estado Mayor de la Marina de Guerra de Italia.

Por lo antes manifestado, Elías Díaz afirma que es cierto que un Estado crea y utiliza el derecho, pues todo Estado cuenta con un sistema normativo jurídico y difícilmente habrá un Estado sin un sistema de normas. Pero el hecho que haya un Estado con este sistema no conlleva a que estemos frente a un Estado de Derecho¹⁸⁸. En este punto es relevante lo señalado por Francisco Javier Ansuategui cuando refiere que se debe diferenciar entre Estado de Derecho formal y Estado de Derecho sustancial. En el primer caso estamos frente a un modelo de estructuración de relaciones entre el derecho y el poder político, en el que se afirma que el poder debe ejercerse en el marco de las limitaciones formales establecidas por la ley. En el segundo caso estamos frente a un modelo de estructuración de relaciones entre el derecho y el poder político en el que hay un sometimiento al imperio de la ley, adicionado por exigencias sustanciales respecto al contenido de la ley, que se identifican básicamente con los derechos¹⁸⁹.

Sin embargo, Gustavo Zagrebelsky en el texto *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* señala que no es fácil desarrollar un concepto de Estado de Derecho¹⁹⁰. Igualmente, Francisco Javier Ansuategui en el texto *La conexión conceptual entre el Estado de Derecho y los Derechos Fundamentales. Modelos y evolución* reconoce que el concepto de Estado de Derecho es controvertido y discutido¹⁹¹.

No obstante, Elías Díaz señala un conjunto de características comunes al Estado de Derecho, tales como¹⁹²:

Imperio de la ley en el actuar de la población y del Estado. No existe preferencias de algún grupo sobre los demás y la ley se aplica a todos por igual, incluso para el propio Estado. En un Estado de Derecho no hay ningún poder sin regulación y actores incontrolables, en este sentido, todos están en la obligación de obedecer las pautas establecidas por las leyes.

¹⁸⁸ DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Madrid: Grupo Santillana, 1988, p. 29.

¹⁸⁹ ANSUATEGUI ROIG, Francisco Javier. *La conexión conceptual entre el Estado de Derecho y los Derechos Fundamentales. Modelos y evolución*. Madrid: Grijley, 2007, p. 57.

¹⁹⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, Comunidad de Madrid, 1995, p. 21.

¹⁹¹ ANSUATEGUI ROIG, Francisco Javier. *La conexión conceptual entre el Estado de Derecho y los Derechos Fundamentales. Modelos y evolución...* p. 55.

¹⁹² DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática...* pp. 44-55.

Esta característica es la más básica de todas las que explicaremos en este acápite, la ley entendida como expresión de la voluntad general del pueblo, no se comprende dentro de ella que proviene de una dictadura, de un gobierno despótico, y debe entenderse como características de las leyes que son normas que han sido emitidas dentro del procedimiento regular por las autoridades competentes (Parlamento) son normas generales, abstractas, y hay ausencia de contradicción, prohibición de retroactividad y estabilidad.

Cabe indicar que para Eusebio Fernández el imperio de la ley es un requisito imprescindible requisito de un Estado de Derecho porque es fundamental el sometimiento del Estado a la ley¹⁹³.

Considerando el imperio de la ley se debe tener en cuenta que en seguridad nacional los países emiten normas que regulan este tema y que debe ser cumplidas por las autoridades y la ciudadanía. Así tenemos que en Argentina se emitió la Ley N° 23.554, Ley de Defensa Nacional de Argentina; Perú emitió el Decreto Legislativo N° 1129, Decreto Legislativo que regula el Sistema de Defensa Nacional; Venezuela aprobó el Decreto N° 1473, Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación; Ecuador emitió la Ley de Seguridad Pública y del Estado. Estados Unidos emitió la norma *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT ACT) Act of 2001*, Reino Unido aprobó *Terrorism Act 2006*, *Terrorism Prevention and Investigation Measures Act 2011*, *Prevention of Terrorism Act 2005*, *Counter-Terrorism Act 2008*; Canadá aprobó *Anti-Terrorism Act* y Australia emitió la norma *Anti-Terrorism Act 2005*.

Hay plena vigencia de los derechos humanos en el Estado, esto implica que los ciudadanos cuentan no solo con los derechos políticos, sino también los derechos económicos y sociales y los de la tercera generación. En este punto no se comparte la opinión planteada por Eusebio Fernández quien en su artículo *Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho* señaló:

¹⁹³ FERNÁNDEZ, Eusebio. *Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho*. En: López García, José Antonio; Real, José Alberto del (eds.). *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*. Madrid: Dykinson, 2000, p. 104

—(..) *¿Cómo afecta al Estado de Derecho la falta de garantías jurídicas y de efectiva realización material de, por ejemplo, los derechos económicos, sociales y culturales? Mi respuesta es que mientras la falta de garantías jurídicas o la ineficiencia en el ejercicio de los derechos de autonomía, seguridad jurídica y cívico políticos dejan sin contenido, es decir, afectan profundamente al concepto de Estado de Derecho, en cambio un caso similar en cuanto a los derechos económicos, sociales y culturales hace peligrar el Estado social de Derecho, es decir, una modalidad de Estado de Derecho, pero no al propio Estado de Derecho*”¹⁹⁴.

A criterio de Eusebio Fernández, la no vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales no afecta a la existencia del Estado de Derecho. No obstante, a nuestro criterio, su posición se aproxima a una concepción de Estado liberal, es decir, una concepción reducida del Estado que perjudica el desarrollo de derechos importantes en la población, tales como los derechos laborales de los trabajadores, derecho a la cultura, derecho a la paz, derecho al desarrollo económico, derecho al medio ambiente, entre otros, y perjudica además el pleno desarrollo de las personas en su comunidad, esto es más preocupante en un contexto donde la tendencia internacional es a la expansión de los derechos de las personas, así tenemos que hace 60 años no se hablaba del derecho al medio ambiente, el cual es actualmente un derecho importante en nuestras sociedades.

En este punto se debe señalar que los derechos fundamentales se vinculan con la seguridad nacional porque esta aparece como un límite a varios derechos fundamentales, tales como el derecho de acceso a la información pública, libertad de expresión, entre otros. En la tabla N° 7 se explica mejor la situación de varias constituciones de países de América del Sur en las que la seguridad nacional opera como un límite a los derechos fundamentales.

Separación de poderes; entiéndase esta entre el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial. Aunque no debe entenderse de manera estricta y rigurosa, si se debe entender por separación de poderes que el Poder Legislativo cumple las funciones de crear las leyes (función legislativa) y que la aplicación de las leyes corresponde al Poder Ejecutivo y al Poder Judicial. Los tres poderes operan como un

¹⁹⁴ *Ibidem*, p 109.

contrapeso entre ellos y evitan la concentración de poder que conlleve a la dictadura y al absolutismo.

Sin embargo, la separación de poderes conlleva que estos poderes se controlen entre ellos mismos. Así tenemos que en el tema de seguridad nacional existen diversos mecanismos judiciales para que se pueda cuestionar las decisiones del Poder Ejecutivo en esta materia (como la clasificación de la información por motivos de seguridad nacional) o cuestionar normas sobre seguridad nacional ante los órganos jurisdiccionales.

A manera de referencia, en el Perú existe la figura del habeas data¹⁹⁵ mediante el cual los ciudadanos pueden objetar ante los juzgados una negativa de información por ser confidencial, y se ha presentado casos en que el Tribunal Constitucional exige que se le brinde la información al ciudadano porque no corresponde que la misma sea negada por ser información reservada o vinculada a la seguridad nacional. Así tenemos que en el proceso de habeas data entre la Asociación de Pensionistas de la Fuerza Armada y la Policía Nacional contra el Comandante General de la Marina de Guerra del Perú¹⁹⁶, el Tribunal Constitucional señaló que si bien la información que afecta la seguridad nacional es una limitación al derecho de acceso a la información, el solo hecho de que haya una norma que reconozca la condición de seguridad nacional a una información determinada no es razón suficiente para denegar el acceso a esta información, dado que es necesario revisar si la información calificada reviste tal carácter bajo el principio de razonabilidad. En este sentido, el Tribunal Constitucional concluyó que la información solicitada está relacionada con la materia prestacional (reglamentación de las prestaciones médicas y de salud al personal de la Marina de

¹⁹⁵ **Constitución Política del Perú**

Artículo 200°.- Son garantías constitucionales:

(...)

3) La Acción de Habeas Data, que procede contra hechos u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2°, inciso 5) y 6) de la Constitución.

¹⁹⁶ La Asociación de Pensionistas de la Fuerza Armada y la Policía Nacional interpuso un proceso de habeas data contra el Comandante General de la Marina de Guerra del Perú para que se le otorgue las copias certificadas del Reglamento de Prestaciones de Servicios de Salud para el Personal Militar y sus Familiares-PRESAFA 13203 (edición 1989 y 1995), Resolución N° 0367-89-CGMG, Resolución R/CGM N° 706-95, Resolución de la Comandancia General de la Marina R/CGM N° 0391-98, Resolución N° 0894-CGM y Disposición de la Comandancia General N° 0098-87-CG. Esta información es importante para la demandante porque demuestra que el personal de la Marina en actividad y en retiro, y sus esposas e hijos, gozan de atención médica no remunerada desde el año 1983, pero el Director de Salud del Centro Médico Naval ordenó el pago por la atención médica y los medicamentos y cuando se le solicitó esta información se negó porque consideró que se trataba de información reservada por afectar la seguridad nacional.

Guerra en situación de actividad o de retiro y a sus familiares) y no está relacionada con la seguridad nacional¹⁹⁷, por lo que concluyó que se le brinde la información solicitada a la parte demandante.

Asimismo, en el caso de Ecuador, la Ley de Seguridad Pública y del Estado ha creado un mecanismo judicial que permite que los ciudadanos puedan recurrir ante la Corte Constitucional para demandar la desclasificación de información que ha sido clasificada como reservada, secreta y secretísima cuando se considera que hay graves violaciones de los derechos humanos o se ha cometido actos ilegales¹⁹⁸.

Igualmente, mediante el proceso de inconstitucionalidad ante el órgano jurisdiccional se puede cuestionar la constitucionalidad de normas con rango de ley, entre ellas, normas relacionadas con la seguridad nacional, sirven de ejemplo los casos del cuestionamiento del artículo 14.3 del Aviation Security Act ante la Corte Constitucional Federal de Alemania y del caso Masykur Abdul Kadir contra el Gobierno y Asamblea Representativa del Pueblo de la República de Indonesia, en el que se cuestiona la constitucionalidad de la Ley N° 16 de 2003 ante la Corte Constitucional de Indonesia. Estos casos serán analizados en el siguiente capítulo.

Otra forma de control es el que puede hacer el Parlamento a las agencias de inteligencia, ejemplos de lo antes señalado son los casos de Perú y Ecuador. En el caso de Perú, la Comisión de Inteligencia del Congreso de la República ejerce funciones de control y supervisión sobre el Sistema de Inteligencia Nacional, por lo que puede

¹⁹⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. *Sentencia del caso la Asociación de Pensionistas de la Fuerza Armada y la Policía Nacional contra el Comandante General de la Marina de Guerra del Perú*. Sentencia de fecha 13 de diciembre de 2000, párrafos 6 -7.

¹⁹⁸ **Ley de Seguridad Pública y del Estado de Ecuador**

Artículo 19°.- De la clasificación de la información de los organismos de seguridad

La Secretaría Nacional de Inteligencia y los organismos de seguridad podrán clasificar la información resultante de las investigaciones o actividades que realicen, mediante resolución motivada de la máxima autoridad de la entidad respectiva.

La información y documentación se clasificará como reservada, secreta y secretísima. El reglamento a la ley determinará los fundamentos para la clasificación, reclasificación y desclasificación y los niveles de acceso exclusivos a la información clasificada.

Toda información clasificada como reservada y secreta será de libre acceso luego de transcurridos cinco y diez años, respectivamente; y si es secretísima luego de transcurridos quince años.

La información clasificada como secretísima será desclasificada o reclasificada por el Ministerio de Coordinación de Seguridad o quien haga sus veces. De no existir reclasificación, se desclasificará automáticamente una vez cumplido el plazo previsto de quince (15) años.

En ejercicio de los derechos y garantías individuales los ciudadanos podrán demandar ante la Corte Constitucional la desclasificación de la información en el evento de que existan graves presunciones de violaciones a los derechos humanos o cometimiento de actos ilegales.

requerir información clasificada a las entidades públicas que conforman este sistema, solicitar un informe anual sobre las actividades de inteligencia programadas y ejecutadas, etc.¹⁹⁹

Otro caso es el de Ecuador, donde la Ley de Seguridad Pública y del Estado establece que la Secretaría Nacional de Inteligencia, órgano responsable del Sistema de Inteligencia, y las máximas autoridades de los órganos ejecutores del Sistema de Seguridad Pública rendirán cuenta ante el Poder Ejecutivo, la Asamblea Nacional y la Contraloría General del Estado²⁰⁰.

Cabe indicar que no existe un solo modelo de Estado de Derecho, sino diversos. Elías Díaz refiere tres modelos de Estado de Derecho: el Estado liberal, el Estado social y el Estado democrático de Derecho, estos modelos reúnen las características del Estado de Derecho antes señaladas, pero presentan diferencias entre sí. Así tenemos que el Estado liberal es una primera forma de Estado de Derecho y nació como reacción frente al absolutismo y esto puede explicar que en este modelo se haya comprendido solo los derechos políticos tales como el derecho a la vida, derecho a la integridad física, derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, derecho de reunión y asociación, entre otros.

¹⁹⁹ **Decreto Legislativo N° 1141, Decreto Legislativo de Fortalecimiento y Modernización del Sistema de Inteligencia Nacional-SINA y de la Dirección Nacional de Inteligencia-DINI**

Artículo 36°.- Control por la Comisión de Inteligencia del Congreso de la República y funciones

36.1 La Comisión de Inteligencia del Congreso de la República ejerce la fiscalización y control de las actividades del Sistema de Inteligencia Nacional-SINA.

36.2 La Comisión de Inteligencia puede requerir información clasificada y no clasificada a todos los componentes del Sistema de Inteligencia Nacional-SINA, por intermedio de la Dirección Nacional de Inteligencia-DINI, así como disponer investigaciones de oficio.

Asimismo, puede requerir información clasificada a los Jueces Superiores Ad hoc.

36.3 La Comisión de Inteligencia además de las funciones que realiza como Comisión Ordinaria del Congreso de la República, está facultada para:

36.3.1 Tomar conocimiento del Plan de Inteligencia Nacional-PIN y los Planes Institucionales de Inteligencia-PII, así como las políticas que sobre la materia emitan el ente rector y los componentes del Sistema de Inteligencia Nacional-SINA.

36.3.2 Solicitar un informe anual con carácter secreto y por escrito al ente rector del Sistema de Inteligencia Nacional-SINA sobre las actividades de inteligencia programadas y ejecutadas por los componentes del Sistema de Inteligencia Nacional -SINA, de acuerdo al Plan de Inteligencia Nacional-PIN.

36.3.3 El Director de Inteligencia Nacional remitirá un informe anual a la Comisión de Inteligencia del Congreso de la República, sobre su gestión en el logro de metas y objetivos alcanzados.

²⁰⁰ **Ley de Seguridad Pública y del Estado de Ecuador**

Artículo 24°.- Del control.-

La Secretaría Nacional de Inteligencia y las máximas autoridades de los órganos ejecutores rendirán cuentas de su gestión, para su debido control, al Ejecutivo y cada tres (3) meses a la Asamblea Nacional, a través de la Comisión Especializada pertinente, la que se declarará en sesión reservada, para el cumplimiento de esta obligación.

Rendirán cuentas también a la Contraloría General del Estado en el ámbito de su competencia. La Secretaría Nacional de Inteligencia deberá contar con las autorizaciones previas de la Función Judicial conforme dispone esta Ley.

Elías Díaz señala como uno de los problemas de este modelo su individualismo burgués y es, además, un modelo con insuficiente garantía para la protección de los derechos de las personas, asimismo se advierte un Estado abstencionista que no está en capacidad de enfrentar un conjunto de situaciones nuevas como la cultura de masas, la planificación, sociedad del consumo, constante progreso de la técnica, etc.²⁰¹.

Frente al modelo liberal, se construye el Estado social de Derecho, en el cual se amplía la protección a los derechos sociales pero a la vez se crea un intervencionismo estatal (Poder Ejecutivo fuerte) para generar un bienestar social en la sociedad, lo que conlleva que se requiera un Poder Ejecutivo eficaz en su intervención y con gran capacidad dispositiva y decisoria, incluso con capacidad de legislar²⁰², lo cual es necesario en este enfoque de proteger los derechos sociales de los ciudadanos.

En relación al modelo de Estado democrático de Derecho, Elías Díaz señala que *Estado democrático de Derecho: exige ser construido sobre una organización económica y cultural de carácter socialista como forma, a mi juicio, más acertada para llegar a la realización de una auténtica democracia*²⁰³. Sin embargo, sobre esta base Elías Díaz adiciona el componente de la participación de los ciudadanos en el control de las decisiones que se adoptan, en las decisiones que se adoptan y en el rendimiento de la producción²⁰⁴.

Si bien Elías Díaz reconoce estos tres modelos como Estados de Derecho, considera que hay una evolución en los mismos donde el Estado Democrático es el modelo más perfecto.

Adicionalmente, Rafael de Asís en su texto *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho* analiza seis posibles modelos de Estado de Derecho: restringido, estricto, amplio (este se subdivide en democrático, liberal, modelo exigente y modelo garantista).

²⁰¹ DIAZ, Elías. Op cit, pp. 52, 101 y 103.

²⁰² Ibidem, p. 106.

²⁰³ Ibidem, p. 177.

²⁰⁴ Ibidem, p. 146.

El modelo restringido de Estado de Derecho comprende una separación funcional de los poderes a través de normas que van a tener un conjunto de características (normas generales, no retroactividad de las normas, normas claras, ausencia de contradicciones, etc.), ponen límites al poder y conforman un conjunto coherente de normas. Asimismo, este modelo se caracteriza por la exigencia de que en el poder haya una separación funcional de poderes en sus tres vertientes (Poder Ejecutivo, Poder Judicial y Poder Legislativo) y el principio de legalidad en sentido amplio. Este modelo comprende dos conexiones entre el derecho y el poder: la conexión externa en la que se presenta al poder como fundamento de validez del derecho y la conexión interna en la que se presenta al derecho como límite del poder. En este modelo se incide en el cómo de la conexión interna y no se queda con la idea de limitación por la emisión de normas²⁰⁵.

A criterio de Rafael de Asís, en este modelo el Estado de Derecho se hace alusión a una determinada manera de entender la relación entre poder político y derecho. El derecho será un conjunto de normas apoyadas en la fuerza del poder, en este modelo el Estado ejerce su poder mediante las normas y conforme a unas exigencias determinadas.

El modelo estricto de Estado de Derecho va a ser definido por Rafael de Asís como *Estado que actúa, mediante una separación funcional de poderes, a través de normas, principalmente generales, que protegen la autonomía individual, y que lo limitan tanto por ser emitidas y conocidas como por formar un conjunto unitario y coherente*²⁰⁶.

En este modelo Rafael de Asís enfatiza el respeto de la autonomía individual de las personas, para ello se apoya en las concepciones de Estado de Derecho de F. Laporta, J. Raz y F.A. Hayek. Asís considera que la autonomía de la persona es un rasgo que identifica el Estado de Derecho de La Porta; en el caso de J. Raz, su visión de Estado de Derecho no refiere expresamente la autonomía de la personas, pero se trata de un Estado de Derecho que protege los derechos y reconoce un mínimo de ellos; para F.A. Hayek los requisitos que componen el Estado de Derecho hacen que el derecho favorezca la

²⁰⁵ DE ASÍS, Rafael. *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*. Madrid: Dykinson, 1999, pp. 43-51.

²⁰⁶ *Ibidem*, p 54.

libertad individual. Ciertamente es que Rafael de Asís reconoce como un problema de este modelo la concepción vaga de la autonomía individual, aunque reconoce que los defensores de este modelo consideran que la autonomía individual será salvaguardada por la seguridad jurídica²⁰⁷.

Respecto a los modelos amplios de Estado de Derecho tenemos como uno de ellos al modelo democrático el cual es definido por Rafael de Asís como:

—Para ésta, Estado de Derecho hace referencia al Estado que actúa, mediante la separación funcional de poderes, a través de normas, principalmente generales, fruto de la participación de los ciudadanos, y que lo limitan tanto por ser emitidas y conocidas como por formar un conjunto unitario y coherente”²⁰⁸.

En este modelo, Rafael de Asís se va apoyar en la posición desarrollada por Jürgen Habermas en su libro *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático, en términos de teoría del discurso*, según la cual el Estado de Derecho se debe centrar en las notas que conlleven a que el procedimiento de producción jurídica genere legitimidad. En su construcción de modelo de Estado de Derecho Habermas se preocupa por justificar la validez de un orden social, por ello, en su propuesta se contempla la validez del derecho y su relación con la legitimidad y la autonomía individual. Al respecto, Habermas señala:

—En el modelo de validez del derecho la facticidad de la imposición del derecho por parte del Estado se entrelaza con la fuerza fundadora de legitimidad que caracteriza a un procedimiento de producción del derecho, que por su propia pretensión había de considerarse racional por ser garantizador de la libertad”²⁰⁹.

En este sentido, Jürgen Habermas tiene preocupación por el proceso de producción de normas y a su criterio hay una relevancia en el procedimiento de producción de normas y su vinculación con la autonomía política de los ciudadanos, por lo que se debe establecer canales que permitan la formación discursiva de la opinión y la voluntad comunes²¹⁰. Por ello, Habermas precisa en relación con la autonomía,

²⁰⁷ Ibidem, pp. 61-63.

²⁰⁸ Ibidem, p. 64.

²⁰⁹ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho, en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 2005, p. 90.

²¹⁰ Ibidem, p. 168.

*conforme a la cual los hombres solo pueden actuar como sujetos libres en la medida en que solo obedezcan a leyes que ellos mismos se hayan dado conforme a las convicciones a que intersubjetivamente hayan llegado*²¹¹.

Lo antes referido es considerado por Asís como uno de los rasgos que identifican este modelo de Estado de Derecho y si bien en un principio aparece como en sentido abstracto se va a concretizar en el derecho de participación. A criterio de Asís lo que importa es establecer el ámbito de que las decisiones son legítimas independientemente de que sean justas o no. Otro rasgo del modelo es la relación entre los derechos individuales y sociales; si bien en el modelo de Habermas se presenta el sistema de derechos bajo una dimensión procedimental y con una mirada de autonomía privada y pública, su autor refiere a los paradigmas liberal y social como los que han influido más en la historia del derecho moderno; el primero incide en los derechos individuales y el segundo en los derechos sociales. Frente a estos, Habermas sitúa el paradigma procedimental que busca integrar estos derechos bajo el enfoque de los derechos de participación y del espacio de opinión pública²¹².

Si bien Habermas le otorga una relevancia al Parlamento, Asís analiza la relación entre el legislador y el juez. Habermas justifica los ordenamientos jurídicos modernos por la existencia de la constitución que protege los derechos y aunque esto no necesariamente conlleva a la existencia del Tribunal Constitucional, los integra en su modelo pero con la labor de enfrentar el conflicto entre normas y con la tarea de hallar entre normas *prima facie* aquella que se acomoda mejor a la aplicación posible desde los puntos de vista relevantes; se debe evaluar entre la norma que viene al caso y las normas que pasan a un segundo plano, pero sin que se afecte la coherencia de las normas. Estamos frente a un caso en que hay normas adecuadas y normas inadecuadas²¹³. En este mismo punto Habermas refiere que el Tribunal Constitucional debe tomar las razones que le vienen dadas de la Constitución y no desde la perspectiva del legislador, por lo que el Tribunal Constitucional trabaja con las razones que legitiman las resoluciones del legislador para obtener una decisión que guarde concordancia con los principios jurídicos vigentes. De acuerdo con este autor, en este

²¹¹ *Ibidem*, p. 532.

²¹² *Ibidem*, pp. 73 y 74.

²¹³ *Ibidem*, pp. 333 y 334.

modelo democrático el papel del Tribunal Constitucional es importante en la defensa del principio democrático y a la vez, el Tribunal es el tutor de los requisitos del modelo²¹⁴.

A criterio de Rafael de Asís, el modelo liberal es definido como:

*(...) —aquel Estado que actúa, mediante una separación funcional de poderes, a través de normas, principalmente generales, fruto de la participación de los ciudadanos, que protegen derechos individuales, y que lo limitan, tanto por ser emitidas y conocidas como por formar un conjunto unitario y coherente*²¹⁵.

En este modelo de Estado de Derecho, Rafael de Asís toma como referencia a Luis Legaz y Lacambra, Nicolás M. López Calera, Antonio Pérez Luño y Eusebio Fernández. Sin embargo va a ser este último autor quien va a realizar una mejor definición y alcance del modelo liberal²¹⁶, puesto que en su texto *Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho* solo refiere a los derechos de autonomía dentro de un Estado de Derecho, y debe entenderse por este a los derechos políticos. En este punto, Rafael de Asís considera, igualmente, que este modelo da primacía a los derechos individuales sobre la participación y esta primacía de los derechos en la relación legislativo-juez da prevalencia a los derechos y se asume la posibilidad de revisar la actuación legislativa en sede judicial²¹⁷.

Para Asís, el modelo exigente es un modelo en el que hay separación de poderes y hay normas que tienen carácter general —las cuales son consecuencia de la participación de los ciudadanos— y en el que se protegen los derechos de los ciudadanos²¹⁸.

En la revisión de este modelo Asís toma como referencia a Elías Díaz y Gregorio Peces-Barba. En relación con Elías Díaz, si bien parte de la visión antes

²¹⁴ *Ibidem*, pp. 332-335.

²¹⁵ DE ASÍS, Rafael, *Op. cit.*, p. 79.

²¹⁶ Rafael de Asís, en el texto *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, señala tres formas de concebir el Estado de Derecho, de las cuales dos coinciden con el Estado liberal, puesto que concibe como características del Estado de Derecho la división de poderes, la idea de democracia y de defensa de los derechos individuales, el principio de legalidad y la igualdad formal. A la par, el profesor López Calera refiere a la sustancialización del Estado como síntesis entre lo individual y colectivo, para el autor su modelo está presidido por los derechos individuales y la democracia; pero a criterio de Rafael de Asís el planteamiento de López Calera tiene una cercana conexión con el modelo democrático. En el caso de la propuesta de Antonio Pérez Luño, Rafael de Asís considera que no hay claridad porque la descripción del Estado de Derecho es la un modelo liberal, pero también se acerca al modelo democrático y en otros momentos al modelo exigente (desde una perspectiva prescriptiva) y al modelo garantista (desde una perspectiva descriptiva).

²¹⁷ DE ASÍS, Rafael. *Op. cit.*, p. 83.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 83.

referida –en el sentido de que no todo Estado es Estado de Derecho y aunque el Estado genere normas jurídicas no será suficiente para ser Estado de Derecho– enfatiza como característica del Estado de Derecho la división de poderes en legislativo, ejecutivo y judicial, pero con un predominio del poder legislativo en su faceta parlamentaria. No obstante, lo antes referido debe relacionarse con el principio de mayorías y libertad, y el control constitucional de las normas. Si bien Elías Díaz reconoce la soberanía popular, la decisión de las mayorías no puede implicar la negación de las minorías ni negar la libertad del individuo en concreto; es más, las decisiones de las mayorías si son anticonstitucionales pueden ser cuestionadas por el máximo Tribunal porque van en contra de la Constitución²¹⁹.

En relación con el modelo de Peces-Barba, este se entiende con base en lo señalado en el texto *Ética, Poder y Derecho* donde refiere que el concepto de Estado de Derecho se usa en dos sentidos: uno que supone un juicio de hecho y otro que supone un juicio de valor. Bajo el primero todo Estado es Estado de Derecho, no cabe un Estado sin derecho, por lo cual hasta un Estado totalitario es un Estado de Derecho, pero por el segundo se prescribe un Estado liberal, social y democrático de Derecho en el que se incorporan los valores de la ética pública, ilustrada como moralidad política, y solo con esos rasgos es un Estado de Derecho²²⁰. A criterio de Rafael de Asís, desde una óptica descriptiva, Peces-Barba se enmarca en el modelo restringido, pero desde una óptica prescriptiva este autor se ubica en el modelo exigente o democrático²²¹.

Para Rafael de Asís este modelo tiene una concepción finalista del Estado de Derecho que se caracteriza por una conexión entre el Estado y la moral, como parte de esta conexión se incluyen los derechos individuales y sociales y los derechos de participación, aunque este autor reconoce como un problema la posible jerarquía de estos derechos²²².

El último modelo que desarrolla Rafael de Asís es el modelo garantista, el cual es definido por este autor como *Estado que actúa mediante una separación de funciones*

²¹⁹DÍAZ, Elías. *Ética contra política. Los intelectuales y el poder*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 37.

²²⁰PECES-BARBA, Gregorio. *Ética, Poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*. México: Fontamara, 2000, p. 95.

²²¹DE ASÍS, Rafael. Op cit., p. 86.

²²²Ibidem, p. 87.

*de poderes, a través de normas (mandatos), principalmente generales, que protegen derechos individuales y sociales, y que lo limitan, tanto por ser emitidas y conocidas como por formar un conjunto unitario y coherente*²²³.

En este modelo Rafael de Asís va a considerar a los autores Gabriel Zagrebelsky en su texto *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* y Luigi Ferrajoli en el texto *Derecho razón. Teoría del garantismo penal*. En relación con el primer autor, en el Estado Constitucional hay la aparición de un conjunto de contenidos sustantivos en la constitución que son pretensiones que son válidas y están por encima de la ley y que informa todo el marco normativo. El segundo autor aporta la distinción entre validez y vigencia y el papel del juez como el encargado de velar por los contenidos sustanciales, rechazando aquellas normas que colisionan con estos contenidos.

A criterio de Rafael de Asís este modelo tiene una concepción finalista del Derecho y establece una conexión entre Estado de Derecho y moral, pero le critica los contenidos sustanciales y la actividad judicial puesto que se considera que el significado de estos contenidos no es claro y que sea el poder judicial quien determine la caracterización de los contenidos²²⁴.

Cierto es que este modelo de Estado de Derecho tiene muchas similitudes con el Estado Constitucional de Derecho por lo que sus principales características serán analizadas en las siguientes líneas. Cabe indicar que el Estado Constitucional de Derecho no es una contraposición del Estado de Derecho sino una superación del Estado de Derecho, y como señala Gregorio Peces-Barba el Estado Constitucional de Derecho es una etapa superior al Estado de Derecho²²⁵.

Para analizar el Estado Constitucional de Derecho revisaremos a los autores Luigi Ferrajoli y Gustavo Zagrebelsky. Tanto Gustavo Zagrebelsky como Luigi Ferrajoli reconocen la importancia del sometimiento a la ley en el Estado de Derecho. Ferrajoli señala en su análisis que si bien uno de los rasgos preeminentes del Estado de

²²³ *Ibidem*, p. 89.

²²⁴ *Ibidem*, pp. 102 y 103.

²²⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Epílogo. Desacuerdos y acuerdos con una obra importante. En: Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, Comunidad de Madrid, 1995, p. 167.

Derecho es el sometimiento a la ley, este puede ser en dos sentidos: en un sentido lato, formal en que cualquier poder debe ser conferido por la ley y ejercido en las formas y procedimientos establecidos, en este punto cualquier ordenamiento jurídico será Estado. En el sentido fuerte, cualquier poder debe ser limitado por la ley que condiciona las formas y los contenidos. En este punto solo será Estado de Derecho aquello que en sus niveles normativos superiores incorpore límites formales y sustantivos al ejercicio de cualquier poder. Por ello, Ferrajoli considera que un modelo de Estado se caracterizará en el plano formal por el principio de legalidad en el que todo poder público está subordinado a leyes generales, abstractas que disciplinan sus formas y están sometidas al control de legitimidad por parte de los jueces, y en el plano sustancial, por la funcionalización de todos los poderes del Estado al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos mediante la incorporación limitativa en su Constitución de los deberes públicos²²⁶.

Gustavo Zagrebelsky parte de una crítica a la ley y señala que en el Estado de Derecho la ley pierde parte de sus características como norma general y abstracta, esto debido a diversas razones como diferentes actores que emiten normas y se empiezan a emitir normas a medida, él mismo refiere que se ha presentado la pulverización del derecho legislativo al haber normas sectoriales y temporales, normas de reducida generalidad o de bajo grado de abstracción, a la par, se presenta normas de contenidos heterogéneos, en este sentido, la ley se convierte en un instrumento de inestabilidad y los ordenamientos jurídicos terminan convirtiéndose en el resultado de una multiplicidad de fuentes²²⁷.

Zagrebelsky resalta la importancia de la Constitución en el Estado como una herramienta que puede poner orden en esta situación porque puede proveer un derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria para todos incluido el legislador, el objetivo sería orientar el desarrollo contradictorio del derecho. Por ello, ve a la Constitución como una herramienta en el derecho que puede crear una unidad mediante un conjunto de derechos, principios²²⁸ y valores constitucionales superiores sobre los que hay un

²²⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Valladolid: Trotta, 1995, p. 856-857.

²²⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, Comunidad de Madrid, 1995, pp. 37-38.

²²⁸ Gustavo Zagrebelsky en el texto *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* considera que los principios constitutivos del ordenamiento dependen del contenido del que forma parte, pero señala algunos de estos principios como igualdad, la libertad, la justicia, la solidaridad, la persona, la dignidad humana, etc.

consenso. El mismo autor considera que se debe tomar como punto de partida natural y no controvertido y del que nadie pudiera separarse, este punto es la constitucionalización de los derechos.

A criterio de Gustavo Zagrebelsky, los derechos en relación con los valores van indiscutiblemente vinculados con la libertad y la justicia. A la par, este autor va a considerar a los derechos como pretensiones de voluntad y tienen naturaleza subjetiva en un doble sentido puesto que son instrumentos para la realización de intereses individuales y ante su violación los afectados solicitan tutela²²⁹.

Cierto es que Zagrebelsky señala que dentro de una Constitución coexisten principios y reglas, diferenciando a estas, pues considera que si bien están en la Constitución, las reglas son solo simples leyes reforzadas, solo nos dice el modo en que debemos o no actuar en situaciones específicas. En contraste, los principios no nos dirían nada pero proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas, los principios generan actitudes favorables o contrarias, de adhesión y apoyo o de disenso hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguardia en cada caso concreto, su significado solo adquiere significado ante un caso concreto²³⁰.

Cabe indicar que Zagrebelsky reconoce que estos principios que son constitucionalizados y por ello positivizados, en el fondo resultan un intento de un tema que durante siglos se consideraba que era una prerrogativa del derecho natural, es decir, la determinación de la justicia y de los derechos humanos²³¹. Este punto debe relacionarse con la posición de Luigi Ferrajoli porque Ferrajoli hace una clasificación en legitimación interna y legitimación externa. La primera, es una legitimación por referencia a principios normativos al derecho positivo, es decir, a criterios de valoraciones morales o políticos o de utilidad de tipo extra. La segunda, es una legitimación por referencia a los principios normativos internos al ordenamiento jurídico mismo.

²²⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia...*p. 85.

²³⁰ *Ibidem*, pp. 110-111.

²³¹ *Ibidem*, p. 114.

Lo relevante del caso es que estas dos legitimidades se van a vincular y se incorpora contenidos del iusnaturalismo racionalista al derecho positivo en forma de derechos fundamentales en la Constitución. Para Ferrajoli hay un proceso de positivación que produce una aproximación entre el deber ser y el ser del derecho²³².

Lo cierto es que la constitucionalización de los derechos y principios conlleva a cumplir un rol importante que es integrar y corregir las reglas jurídicas. Esta constitucionalización conlleva a perfeccionar el ordenamiento normativo, le da sentido común al derecho. Además, estos principios al tener un rol de dirección y sentido al derecho ayudan en la adecuada interpretación frente a normas ambiguas, en caso de lagunas normativas y normas contradictorias²³³. Es más, Luigi Ferrajoli establecerá que la incorporación de los valores en los niveles superiores de un ordenamiento conlleva una mayor sujeción de los niveles inferiores de dicho ordenamiento y a la inversa en tanto exista ausencia de valores vinculantes en los niveles superiores, los niveles inferiores tendrá una mayor libertad y discrecionalidad²³⁴.

El Estado Constitucional de Derecho no solo tiene esta caracterización que conlleva a que los derechos y principios constitucionalizados se convierten en dirigir e integrar el ordenamiento jurídico sino que además, en el sentido opuesto, las normas jurídicas de este ordenamiento deben adecuarse a los criterios que establecen los derechos y principios constitucionalizados. En este sentido, en la relación entre seguridad nacional y Estado Constitucional de Derecho debemos indicar que las diversas normas sobre seguridad nacional que emita el Estado deben adecuarse a los criterios de estos derechos y principios, caso contrario, no habrá una unidad y un solo sentido en el ordenamiento jurídico.

Lo señalado en el párrafo anterior es importante porque ya se ha señalado que los Estados han emitido normas para combatir las amenazas a la seguridad nacional, más aún, si la realidad nos demuestra que cuando se afianza una determinada amenaza (caso del terrorismo), los Estados suelen emitir un conjunto de medidas para combatir

²³² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría general del garantismo penal...* p 357.

²³³ Esta idea se puede encontrar en el texto de Gustavo ZAGREBELSKY denominado *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, pp. 117 y 124 y en el texto de Luigi Ferrajoli denominado *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, pp. 856 y 857.

²³⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Op cit.*, p. 364.

esta amenaza y en muchas de estas normas se restringen derechos de las personas, por ello, la relevancia de que se vigile que estas normas guarde concordancia con los principios que rigen en un Estado Constitucional de Derecho. Ejemplos donde se demuestre lo antes señalado son los casos del Aviation Security Act ante la Corte Constitucional Federal de Alemania y Masykur Abdul Kadir contra el Gobierno y Asamblea Representativa del Pueblo de la República de Indonesia ante la Corte Constitucional de Indonesia, como ya se señaló, estos casos serán analizados en el siguiente capítulo.

Cierto es que Gregorio Peces-Barba desarrolla un conjunto de críticas al análisis que realiza Gustavo Zagrebelsky. Considera que Zagrebelsky realizó afirmaciones excesivas como la quiebra del positivismo y su incapacidad para interpretar las nuevas direcciones de la cultura jurídica; que exagera al indicar que el Estado liberal es un Estado total y que tiene una visión muy estática del positivismo jurídico y valoración negativa del papel del socialismo²³⁵.

Sin embargo, la principal crítica que Peces-Barba realiza se da en relación con los perfiles de los derechos fundamentales: el perfil liberal corresponde a los derechos individuales; el social a los derechos económicos, sociales y culturales; y el democrático a los derechos de participación política, pero sin desconocerse que puede haber aportaciones religiosas en estos tres perfiles y no se advierte que haya un perfil propio del cristianismo social. Peces-Barba cuestiona que los derechos que Zagrebelsky denomina como de justicia sean expresión del humanismo cristiano y haya una sobrevaloración de este pensamiento puesto que los derechos humanos no tienen una concepción católica, sino laica; tienen una construcción histórica y han girado en torno a la Ilustración y la revolución francesa²³⁶.

Peces-Barba considera que en este caso se presenta una confusión entre lo que se concibe por ética pública y ética privada. Se considera por ética pública lo siguiente:

“La ética pública conforma el orden justo y estable, los criterios de organización de la vida social, el conjunto de valores, principios y derechos, en

²³⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Epílogo. Desacuerdos y acuerdos con una obra importante. En: ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta; Comunidad de Madrid, 1995, pp. 158-160.

²³⁶ *Ibidem*, pp. 160 y 161.

*definitiva, el contenido de la idea de justicia que el ordenamiento jurídico de una sociedad democrática debe realizar, como hemos dicho. Su finalidad es que todos y cada uno de los ciudadanos, en la más amplia medida posible, estén en condiciones de desarrollar plenamente los rasgos de su dignidad y muy especialmente el de escoger libremente su moralidad privada”*²³⁷.

A diferencia de lo antes señalado, la ética privada se concibe como un camino dirigido a obtener la autonomía, proyecto de salvación con miras a obtener el bien, la virtud o la felicidad²³⁸. Por ello, en la sustentación de Zagrebelsky se pretende que mediante la ética privada de la Iglesia se construya una propuesta de salvación y de felicidad que no puede ser válida para todos sino solamente para los creyentes de dicha Iglesia, por lo cual su análisis es incorrecto.

Debemos indicar que Luigi Ferrajoli diferencia el concepto de vigencia del concepto de validez, bajo su criterio, la vigencia sería la validez formal de las normas; en cambio, la validez es la validez sustancial de las normas producidas, es decir, de sus significados. Para Ferrajoli una norma puede ser válida o inválida, es decir, jurídicamente legítimas en el plano formal pero no en el sustancial. Una norma que incumple los requisitos formales de validez es una norma no vigente, por lo que no es parte del marco normativo. En contraste, una norma que incumple los requisitos sustanciales no se considera válida aunque tenga vigencia²³⁹.

En este punto, Marina Gascón Abellán señala que el significado de vigencia y validez cobra importancia en la relación del juez con la ley, el juez puede aplicar válidamente las leyes vigentes, pero por el concepto de validez el juez no tiene la obligación de aplicar las leyes inválidas aunque estén vigentes, por ello, la obligación jurídica del juez hacia la ley vale solo en relación con las leyes válidas además de vigentes²⁴⁰.

Entre las críticas que señala Gascón Abellán tenemos que no existe una real diferenciación cualitativa entre validez y vigencia porque solo se comprueba si en la

²³⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Ética pública-ética privada. En: *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Época, Tomo XIV, 1997, p. 536.

²³⁸ *Ibidem*, p. 538.

²³⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 359.

²⁴⁰ GASCÓN ABELLÓN, Marina. La teoría general del garantismo a propósito de la obra de L. Ferrajoli “Derecho y razón”. En: *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, N° 31, 2001, p. 205.

producción de las normas se han respetado las condiciones establecidas. Esta comprobación es una operación normativa o interpretativa, puesto que hay que interpretar el significado de las normas superiores, los juicios sobre la vigencia y validez son juicios interpretativos o normativos²⁴¹.

3.2.- Un concepto mínimo de seguridad nacional (elementos esenciales de la seguridad nacional)

La necesidad de construir un concepto mínimo de seguridad nacional obedece a las siguientes razones:

1.- La seguridad nacional continuamente opera como un límite a importantes derechos fundamentales. En este punto se debe tener en cuenta que Luis Aguiar señala como concepción límite de los derechos fundamentales a la acción jurídica que haga posible una restricción de las facultades²⁴². Él considera que hay dos formas de establecer limitaciones a los derechos, límites establecidos por la propia Constitución y límites establecidos mediante otros instrumentos normativos (legislador orgánico, legislador específicamente habilitado para limitar los derechos y el legislador en cuanto dotado de una competencia general para limitar los derechos).

Si bien Luis Aguiar refiere que los límites establecidos en la propia Constitución no suelen generar problemas de interpretación sino los límites intrínsecos²⁴³, es importante constatar el modo en que la seguridad nacional aparece como límite de los derechos fundamentales en las constituciones, esto se puede verificar en el siguiente cuadro donde se constata lo antes mencionado:

²⁴¹ *Ibidem*, pp. 209-210.

²⁴² AGUIAR DE LUQUE, Luis. Los límites de los derechos fundamentales. En: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 14, enero-abril 1993, p. 10.

²⁴³ *Ibidem*, p. 17.

TABLA N° 7
DERECHOS FUNDAMENTALES LIMITADOS POR LA SEGURIDAD NACIONAL EN LAS CONSTITUCIONES DE AMÉRICA DEL SUR

PAÍS	DERECHOS LIMITADOS POR LA SEGURIDAD NACIONAL
Constitución Política de la Nación Argentina	Estado de sitio (art. 23)
Constitución Política de Brasil	Derecho de acceso a la información pública (art. 5 inc. 32). Estado de excepción: Estado de defensa (art. 136) Estado de sitio (art. 137)
Constitución Política del Estado Pluricultural de Bolivia	Estado de excepción (art. 137), derecho a la propiedad (art. 262 inc. I)
Constitución Política de la República de Chile	Derecho a la propiedad (art. 19 inc. 24), Estado de excepción: Estado de asamblea (art. 40 inc. 1) Estado de sitio (art. 40 inc. 2) Estado de emergencia (art. 40 inc. 3) Estado de catástrofe (art. 40 inc. 4)
Constitución Política de Colombia	Estado de excepción : Estado de guerra exterior (art. 212) Estado de conmoción interior (art. 213) Estado de emergencia (art. 215)
Constitución Política de la República de Ecuador	Estado de excepción (art. 164)
Constitución Política de la República de Paraguay	Libertad sindical (art. 96), libertad de huelga y de paro (art. 98), Estado de excepción (art. 288).
Constitución Política del Perú	Derecho de acceso a la información pública (art. 2 inc. 5), derecho a la propiedad (art. 70), estado de excepción (art. 137)
Constitución de la República Bolivariana de Venezuela	Derecho a la propiedad (art. 115 y 327), estado de excepción (art. 337), estado de alarma (art. 338)
Constitución Política de la República Oriental de Uruguay	Derecho a la propiedad (art. 32), medidas prontas de seguridad (art. 168 inc. 17).

Fuente: Constituciones de Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Venezuela y Uruguay.

En las constituciones de América del Sur se puede constatar que la seguridad nacional actúa como un límite de importantes derechos fundamentales como derecho a

la propiedad²⁴⁴, derecho de acceso a la información pública, libertad sindical, derecho a la huelga²⁴⁵. Paralelamente, debemos tener en cuenta que los Estados de América del Sur anteponen como razón para establecer estados de excepción las amenazas a la seguridad nacional, así tenemos que se hace referencia a amenazas militares (conflictos armados interestatales, terrorismo), amenazas no militares (desastres naturales) y en general, se usan términos muy generales como amenazas que pongan en peligro la constitución, el funcionamiento de las instituciones, entre otros.

Si bien las diferentes constituciones establecen como mecanismo de control ante la implementación de los estados de excepción que el Poder Legislativo puede evaluar las razones de implementar esta medida y la vez el estado de excepción tiene un plazo perentorio, pero con excepción de los casos de Bolivia y Colombia, en los demás países la aplicación de los estados de excepción conlleva la suspensión de algunos derechos, entre los más comunes tenemos: libertad de reunión, libertad de tránsito, inviolabilidad del domicilio, inviolabilidad de correspondencia, secreto de las comunicaciones y libertad de opinión.

En adición a lo antes señalado, los Estados dictan normas para controlar las amenazas a la seguridad nacional. Ejemplos de lo antes referido son la norma *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT ACT) Act 2001* aprobada en los Estados Unidos; el *Terrorism Act 2006* y *Terrorism Prevention and Investigation Measures Act 2011* aprobados en el Reino Unido, entre otros.

Por ello, es necesario establecer los límites reales de la seguridad nacional para evitar restricciones arbitrarias a los derechos fundamentales. Como hemos explicado en el capítulo 2, hubo varios casos tanto ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los que se pudo constatar que la seguridad nacional restringió irregularmente derechos fundamentales como la libertad de expresión, libertad de asociación, etc.; por tanto, la elaboración de un concepto mínimo de seguridad nacional puede ayudarnos a establecer sus marcos de delimitación

²⁴⁴ Las constituciones de Bolivia, Chile, Perú y Venezuela establecen prohibiciones que extranjeros puedan adquirir propiedades inmuebles en zonas cercanas a las fronteras.

²⁴⁵ La Constitución de Paraguay establece que las fuerzas de seguridad (fuerzas policiales y fuerzas armadas) no pueden ejercer los derechos de huelga y de libertad sindical.

de que manera que contribuya a evitar los excesos de restricción de los derechos fundamentales.

2.- Una segunda ventaja de establecer un concepto mínimo de seguridad nacional es que permite que los operadores del derecho como los jueces, congresistas de la república y los funcionarios en general de la Administración Pública entiendan correctamente lo que se entiende por seguridad nacional y se elimine así la posibilidad de tener interpretaciones arbitrarias y contradictorias o una concepción sobredimensionada sobre la misma.

En adición a lo antes señalado, si revisamos un conjunto de normas que regulan la seguridad del país como la Ley N° 23.554, Ley de Defensa Nacional de Argentina; Ley N° 1337/99, de Defensa Nacional y de Seguridad Interna de Paraguay; Decreto N° 1473, Decreto con Rango, Valores y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación de la República Boliviana de Venezuela y Ley Orgánica de Seguridad de la Nación de la República Boliviana de Venezuela vemos que son normas que generalmente no han desarrollado un concepto de seguridad nacional que oriente a sus funcionarios.

En relación con lo anterior, solamente en el caso del Decreto N° 1473 de Venezuela se habla de un concepto que no es exactamente seguridad nacional: seguridad de la nación, y se señala que esta seguridad está fundamentada en el desarrollo integral, y es la condición, estado o situación que garantiza el goce y el ejercicio de los derechos y garantías en los ámbitos económicos, social, político, cultural, geográfico, ambiental y militar de los principios y valores constitucionales por la población, las instituciones y cada una de las personas que conforman el Estado y la sociedad, con proyección generacional, dentro de un sistema democrático, participativo y protagónico, libre de amenazas a su sobrevivencia, su soberanía y a la integridad de su territorio y demás espacios geográficos²⁴⁶.

Si bien elaborar un concepto de seguridad nacional siempre puede ser aproximativo, consideramos importante proponer un concepto mínimo de seguridad

²⁴⁶ Artículo 2° del Decreto N° 1473, Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación de la República Bolivariana de Venezuela.

nacional que nos pueda servir como orientación para entender este concepto. Debemos indicar que todo concepto de seguridad nacional tiene un alcance temporal, esto porque las amenazas a la seguridad nacional van a variar de un periodo a otro, por ejemplo, durante la guerra fría una de las principales amenazas era las armas nucleares que podrían ser usados por los dos bloques de poderes, sin embargo, con la caída de la Unión Soviética, a fines de la década de los años 80, esta amenaza pierde importancia y en la actualidad una de las principales amenazas para los Estados es el terrorismo porque se han presentado atentados en diversos países Estados Unidos, España, Francia, Túnez, en otros países.

Asimismo, se debe tener en cuenta que el Estado busca brindar seguridad y busca proteger los temas que, como indicamos en el capítulo 1, son: integridad territorial, población y soberanía, valores que protegerá mediante la seguridad nacional. A la par, debemos considerar solamente como amenazas que afecten la seguridad nacional a aquellas que afecten directamente estos valores.

En consecuencia, una concepción mínima de seguridad nacional será la situación en la cual el Estado se protegerá de las amenazas que tengan una afectación directa a la población, territorio y soberanía de un país. Estas amenazas pueden variar con el tiempo pues dependen de las circunstancias que se presenten en cada país.

Sin embargo, si bien esta definición no hace una indicación clara de las amenazas en específico, debemos señalar que –a nuestro criterio– si tratamos de establecer las amenazas mínimas o básicas que un Estado generalmente debe enfrentar tendríamos que señalar las siguientes:

- Amenaza militar entre Estados:

Las amenazas militares de otros países pueden afectar elementos clave de los Estados como el territorio, incluso pueden destruir las instituciones de los Estados y hacer desaparecer la estructura del Estado, y en general, puede destruir los diferentes logros que el Estado afectado ha logrado obtener en diferentes variables (política, industria, etc.).

El nivel de amenaza militar hacia los Estados puede variar, incluso hasta puede ser una amenaza indirecta al Estado, si se ataca intereses del exterior (ejemplo, a líneas de barcos pesqueros en aguas internacionales), pero está claro que el uso de la fuerza rompe relaciones normalmente pacíficas y genera distorsiones en los Estados.

Algunos expertos consideran que esta amenaza ha dejado de perder la categoría de amenaza²⁴⁷ sobre todo en los contextos actuales donde la globalización de la economía y el intercambio comercial han hecho que haya una mayor interdependencia entre los Estados y confianza entre estos, lo cual genera que se disminuyan las posibilidades de conflictos bélicos entre países vecinos.

Lo antes señalado no es del todo exacto porque a la fecha hay amenazas de conflicto, que pueden ser germen de nuevos conflictos, en diferentes regiones como India-Pakistán, Corea del Norte-Corea del Sur, China-Taiwán, China-Japón, Colombia-Nicaragua, entre otros.

Asimismo, de acuerdo con la Corte Internacional de Justicia, a julio de 2015 hay 12 causas pendientes entre Estados, algunas tienen relación con controversias limítrofes (como el caso de Costa Rica con Nicaragua), problemas generados por realización de actividades cerca de la frontera de países, entre otros.

Considerando lo antes señalado tenemos que indicar que una primera causa de los conflictos puede ser por diferencias limítrofes pendientes, como es el caso de caso de Costa Rica contra Nicaragua²⁴⁸, donde Costa Rica señala en su pedido que pese a que en los años 2002-2005 y 2013 hubo negociaciones entre ambos países y se presentaron propuestas, nunca hubo acuerdo entre los dos países. Asimismo, en este mismo tema tenemos el caso de Colombia contra Nicaragua²⁴⁹ en el que pese a que la Corte resolvió

²⁴⁷ Por ejemplo, Janne Halaand Matlary en su texto *European Union Security Dynamics in the New National Interest* señala que la amenaza de invasión territorial es una cosa del pasado y que actualmente las amenazas son difusas y globales en el espacio.

²⁴⁸ Con fecha 25 de febrero de 2014, Costa Rica inició un procedimiento contra Nicaragua para que la Corte Internacional determine la delimitación marítima en el mar caribeño y en el Océano Pacífico entre estos dos países.

²⁴⁹ Con fecha 16 de diciembre de 2001 Nicaragua presentó una demanda de diferendo territorial y marítimo contra Colombia ante la Corte Internacional de Justicia en la que solicita la soberanía de las islas Providencia, San Andrés y Santa Catalina, todas las islas y cayos anexos, así como los cayos de Roncados, Serrana, Serranilla y Quitasueños y que la Corte fije el trazado de la frontera marítima entre ambos países. La Corte, con resolución de fecha 19 de noviembre de 2012, resolvió que la demanda es admisible y que Colombia ejerce soberanía sobre los territorios insulares y sus aguas inmediatas que comprenden las islas de Providencia, San Andrés y Santa Catalina y sobre los

la controversia de frontera marítima, con fecha 26 de noviembre del 2013 Nicaragua presentó un procedimiento ante la Corte Internacional contra Colombia por violación de sus derechos soberanos y zonas marítimas declaradas por la Corte Internacional de Justicia en resolución de fecha 19 de noviembre de 2012.

Nicaragua pidió a la Corte que declare que Colombia incumple su obligación de no amenazar con el uso de la fuerza bajo el artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas; su obligación de no violar las zonas marítimas de Nicaragua delimitadas en el párrafo 251 de la resolución antes señalada, así como los derechos soberanos de Nicaragua y jurisdiccionales en estas zonas; su obligación de no violar los derechos reflejados en la Convención de Naciones Unidas sobre el Mar, por lo que Colombia debe cumplir con los alcances de la resolución que resolvió el diferendo marítimo entre Colombia y Nicaragua y reparar los daños causados por sus actos²⁵⁰.

También debemos tener en cuenta el pedido de Bolivia ante la Corte Internacional de Justicia para obligar a Chile a negociar para tener un acceso al Océano Pacífico. Bolivia propuso este pedido con fecha 24 de abril de 2013 y señaló que Chile se ha comprometido mediante acuerdos, prácticas diplomáticas, declaraciones de altos funcionarios a negociar un acceso soberano al mar a Bolivia, por ello, Chile debe cumplir con su obligación. En este caso, Bolivia solicita que la Corte declare que Chile tiene la obligación de negociar con Bolivia para lograr un acuerdo que le permita tener acceso soberano al Océano Pacífico. Chile ha incumplido su obligación y debe cumplir su obligación en buenos términos, con razonable tiempo y efectividad para que Bolivia tenga acceso soberano al Océano Pacífico.

En adición a los anteriores casos debemos tener en cuenta diferencias que se vienen generando por actividades cerca de las zonas de frontera. Son los casos de Costa

siete cayos que le disputaba Nicaragua; sin embargo, Colombia pierde soberanía sobre la zona marítima al oriente del meridiano 82°, pero se otorga a Colombia soberanía sobre una "lengua" a la latitud de las islas de San Andrés y Providencia, así como dos enclaves marinos de un radio de 12 millas náuticas alrededor de los cayos de Quitasueños y Serrana.

²⁵⁰ Nicaragua adjuntó declaraciones del Presidente, Vicepresidente de Colombia, del Ministro de Relaciones Exteriores y del Comandante General de la Marina de Guerra de Colombia de fechas 19 de noviembre de 2012 y 18 de setiembre de 2013, en las que se rechaza la resolución que resolvió el diferendo marítimo al señalar que esta resolución es inaplicable. Igualmente, el Gobierno de Colombia emitió el Decreto Presidencial N° 1946 en el que señala, en su artículo 5°, que hay una zona contigua integral en el que se incluye las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, Quitasueño, Serrana y Roncados y otras formaciones en el área. A la par, con fecha 9 de setiembre de 2013, Colombia autoproclamó un mapa en que se respeta los límites marítimos establecidos en la resolución que resolvió el diferendo marítimo entre estos países.

Rica contra Nicaragua por realización de ciertas actividades en zona de frontera y Nicaragua contra Costa Rica por construcción de una carretera en la zona de frontera. En el caso Costa Rica contra Nicaragua, con fecha 18 de noviembre de 2010 Costa Rica presentó un procedimiento contra Nicaragua por realizar dos incursiones y uso de las fuerzas armadas en el territorio de Costa Rica, estas incursiones están relacionadas con la conexión de la construcción de un canal y trabajos de drenaje en el río San Juan, los cuales afectan seriamente el caudal del río Colorado de Costa Rica y causan perjuicio a los humedales y áreas protegidas²⁵¹.

En el otro caso, Nicaragua contra Costa Rica por la construcción de una carretera en la zona de frontera, con fecha 22 de diciembre de 2011 Nicaragua presentó un procedimiento contra Costa Rica por afectar la soberanía y daños al medio ambiente puesto que Costa Rica viene realizando trabajos de construcción de una carretera en la frontera entre los dos países. Nicaragua refirió que la construcción de una carretera que corre en vía paralela y muy próxima al río San Juan en una longitud de 120 km amenaza destruir este río y su ecosistema, que incluyen las reservas de biosfera y los humedales²⁵².

Una segunda causa puede ser la existencia de algún componente disociador entre los países como las diferencias ideológicas, es el caso de Corea del Norte y Corea del Sur; además, tiempo atrás hubo el problema entre Colombia y Venezuela²⁵³, en este último caso el expresidente venezolano Hugo Chávez expresó en varias ocasiones su opinión en favor de las FARC, grupo subversivo en Colombia; o la participación de un tercero que genera divergencias como en el caso de Ecuador y Colombia, donde Ecuador bajo el argumento de no participación en el conflicto de terceros²⁵⁴ muestra una

²⁵¹ Costa Rica solicitó ante la Corte que declare que Nicaragua ocupó territorio de Costa Rica y dañó su selva tropical y humedales, intento de daño del río Colorado, así como el dragado y actividades de canalización en el río San Juan; el territorio de Costa Rica está delimitado por el Tratado de Límites de 1848, la concesión de Cleveland y la 1.^a y 2.^a Concesión de Alexander; los principios fundamentales de integridad territorial y prohibición del uso de la fuerza bajo la Carta de las Naciones Unidas y la Carta de la Organización de Estados Americanos; la obligación impuesta a Nicaragua por el artículo IX del Tratado de Límites de 1858 a fin de que no se use el río San Juan para realizar actos hostiles, entre otros.

²⁵² En este caso, Nicaragua solicitó que la Corte declare que Costa Rica tiene la obligación de no violar el territorio de Nicaragua, obligación de no dañar el territorio de Nicaragua, obligación de cumplir con convenios internacionales de protección medio ambiental y restaurar la situación al status quo anterior y pague por todos los daños causados.

²⁵³ En varias oportunidades el presidente venezolano ha manifestado que Estados Unidos desea invadir Venezuela y que Colombia es un aliado de Estados Unidos y que colabora con este país en su intento de invadir Venezuela.

²⁵⁴ En el Libro Blanco de Ecuador se señala que Ecuador no se involucrará en asuntos de otros terceros Estados, por ello, en la Declaración Conjunta de los Ministerios de Defensa de Ecuador y Colombia celebrada el 12 de enero de 2006 se acordó que Ecuador no realizará operaciones militares coordinadas, conjuntas ni combinadas con Colombia.

actitud pasiva frente a las FARC que continuamente se movilizan por la frontera entre ambos países y esta situación se agravó cuando fuerzas militares de Colombia ingresaron a territorio ecuatoriano para atacar a fuerzas militares de las FARC²⁵⁵.

Otro componente que puede generar futuros conflictos entre países es la escasez en el mundo de recursos básicos para la subsistencia de la población como el agua o la energía eléctrica. Si bien en párrafos posteriores desarrollaremos el tema del cambio climático y sus efectos en la seguridad de los países, debemos adelantar que el cambio climático tendrá entre sus muy posibles efectos la escasez de agua potable para la población en diferentes regiones del mundo, lo que a la vez puede tener una repercusión directa en la generación de energía eléctrica producida por generadores hidroeléctricos.

Algunos autores sostienen que no es exacto afirmar que la escasez de un recurso básico puede producir conflictos entre países y que esto solo sería posible si se suman otros factores (como políticos, económicos y sociales)²⁵⁶, debemos indicar que en varias regiones la escasez de recursos básicos como el agua será un componente grave e importante para la subsistencia de la población, y será peor si el cambio climático produce también otros efectos en las regiones (inundaciones, olas de calor, enfermedades, etc.), de ahí la necesidad de darle la debida importancia a este tema. En consecuencia, consideramos que la amenaza militar por estas causas sigue vigente a la fecha y los Estados deben tomarla en cuenta.

- Amenaza política (terrorismo):

El terrorismo es una amenaza a la seguridad que ha generado mucha preocupación en los Estados, prueba de ello son las diversas normas que estos han emitido para enfrentar esta amenaza. Asimismo, organismos internacionales como la Organización de Naciones Unidas, a través del Consejo de Seguridad, ha emitido diversas resoluciones para condenar los atentados terroristas tales como la Resolución

²⁵⁵ En marzo de 2008, fuerzas militares de Colombia invadieron territorio ecuatoriano para atacar un campamento de las FARC y asesinaron a Raúl Reyes, un alto jefe de este grupo subversivo.

²⁵⁶ Autores como M. Dolatyar y T.S. Gray en su artículo *The politics of water scarcity in the Middle East* señalan que la escalada de conflictos no corresponde directamente a causas medioambientales dado que la controversia corresponde a otras múltiples causas y que incluso en las denominadas “guerras del agua” se ha demostrado que la realidad es diferente. En el mismo sentido se manifiesta A. Wolf en su artículo *Conflict and cooperation along international waterways* publicado en la revista *Water Policy*, Volumen 1, N° 2, 1998.

Nº 1368 (2001) por la cual se condenó el atentado en Nueva York, Washington DC y Pensilvania; la Resolución Nº 1438 (2002) por la cual se condenó el atentado de Bali (Indonesia); por la Resolución Nº 1450 (2002) se condenó el atentado en el hotel Paradise en Kikambala (Kenia); la Resolución Nº 1530 (2004) condenó el atentado en Madrid (España), la Resolución Nº 1611 (2005) por la cual se condenó el atentado en Londres, entre otras.

No obstante lo antes dicho, el terrorismo es un fenómeno que presenta dificultad para una definición general. Así tenemos que en una revisión de la doctrina se observa que autores como Francisco Bariffi (en su artículo *Reflexiones en torno al concepto de terrorismo a la luz del Derecho Internacional contemporáneo*), Juan Carlos Montalvo Abiol (en su artículo *Terrorismo, información y derechos humanos*) y Alez Schimd en su artículo (*The response problem as a definition problem*) reconocen la dificultad para dar un concepto de terrorismo. Cabe indicar que hubo intentos de generar un concepto uniforme de terrorismo por la Liga de las Naciones y la Organización de Naciones Unidas, pero esto no prosperó por el carácter subjetivo de este concepto, prueba de ello es lo que señala la Organización de Naciones Unidas en su página web al indicar como una dificultad para tener una definición del terrorismo la capacidad de distinguir el terrorismo de quienes combaten a dictaduras para recuperar la democracia en sus países²⁵⁷.

Otra razón para no haber logrado un concepto uniforme de terrorismo es que se presenta diversidad de acciones de terrorismo, prueba de ello es que en el texto *European Union Terrorism Situation and Trend Report 2014* elaborado por la European Law Enforcement Agency se establece como tipos de terrorismo a los siguientes: terrorismo inspirado religiosamente, terrorismo separatista y etnonacionalista, terrorismo anarquista y del ala izquierda, terrorismo del ala derecha y terrorismo de asunto singular²⁵⁸.

En adición a lo antes referido, se constata que se han aprobado varios tratados como el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo

²⁵⁷ Este punto se puede revisar en la página web de la ONU, en: <http://un.org/es/terrorismo/highlevelpanel.shtml>. Consultado en junio de 2015.

²⁵⁸ European Law Enforcement Agency. *European Union Terrorism Situation and Trend Report 2014*. La Haya: European Police Office, 2014, pp. 21-43.

(1999), Convenio Internacional contra la Toma de Rehenes (1979), Convenio Internacional sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares (1980), entre otros, incluso hay tratados regionales tales como Convención Árabe para la Supresión del Terrorismo (1998), Convención Europea para la Supresión del Terrorismo, Convención Interamericana contra el Terrorismo (2002), entre otros. Se puede diferenciar los tratados por temas: convenios para la protección de la aviación civil (ejemplo, Convenio sobre las Infracciones y otros ciertos Actos cometidos a bordo de Aeronaves, Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves), navegación (ejemplo, el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima), protección de personas internacionalmente protegidas (ejemplo, el Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos), toma de rehenes (ejemplo, el Convenio Internacional contra la Toma de Rehenes), terrorismo nuclear (ejemplo, Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares y Convenio Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear), terrorismo mediante el uso de explosivos (ejemplo, Convenio sobre la Marcación de Explosivos Plásticos para los fines de Detección) y financiación del terrorismo (Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo). Estos tratados se han centrado en definir actos de terrorismo pero no elaboran una concepción de terrorismo.

No obstante, para el presente trabajo adoptaremos una posición amplia de la concepción de terrorismo, así tenemos que un primer concepto de terrorismo es el de Juan Carlos Montalvo Abiol quien define al terrorismo como:

—llamamos terrorismo a aquella sucesión de actos violentos con la finalidad de inducir terror en la población civil de forma premeditada. Se trata de un método generador de ansiedad basado en la acción violenta repetida por parte de un individuo o grupo, mediante el cual, las víctimas humanas tienden a ser elegidas al azar²⁵⁹.

En relación con este concepto de terrorismo se observa que pone énfasis en la búsqueda de generar terror y zozobra en la población y que el terrorismo busca hacer daño generalmente a la población civil al azar. Este concepto enfatiza en la primera

²⁵⁹ MONTALVO ABIOL, Juan Carlos. Terrorismo, información y derecho humanos. En: *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, N° 15, enero 2012, p. 95.

característica del terrorismo como causante de generar daños personales a la población y daños a la propiedad e infraestructura básica de un país.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que la segunda característica del terrorismo es que el daño que causa tiene como objetivo afectar la estructura del Estado y obedece a razones políticas, ideológicas, religiosas, entre otras.

Considerando lo antes señalado, concebiremos al terrorismo como la actuación de un grupo de personas que busca causar daños personales a civiles; busca generar terror en la población de una determinada sociedad y propicia la desestabilización del Estado con la destrucción de las estructuras políticas, constitucionales o sociales del país; tiene como objetivo el derrocamiento del gobierno, incluso la secesión del país, generar inestabilidad en la estructura estatal, zozobra en la población y perjudicar seriamente el funcionamiento del Estado.

En este trabajo se va a enfatizar en dos tipos de terrorismo. Primero, el terrorismo al interior de un país que tiene claros objetivos políticos de romper con la estructura de un Estado con miras a tomar el poder y dirigir el país. Es el caso de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), Ejército de Liberación Nacional (Colombia), Autodefensa Unidos de Colombia, Sendero Luminoso (Perú), Brigadas Mártires Aqra (Palestina), Al Shabaad (Somalia), Ansnir Al islami (Iraq), Aum Shinrikyo (Japón), Partido Comunista de Filipinas, Mujahadin E Khlap (Irán), entre otros, en varios ellos tienen como característica común el buscar imponer una ideología política determinada como el pensamiento maoísta, marxista-leninista²⁶⁰.

Una variable de lo antes señalado es que se ha detectado un grupo de casos de grupos subversivos que buscan el derrocamiento de los gobiernos no solo para dirigir el país, sino también para imponer una determinada religión, con lo que se adiciona un componente religioso en el conflicto, son los casos del Movimiento Islámico de Uzbekistán, la Unión Islámica Jihad (Uzbekistán) y el Harakat ul Jihad – I-Islami (Bangladesh) que tiene como objetivo derrocar al gobierno e imponer las leyes

²⁶⁰ Entre algunos ejemplos tenemos el caso de Sendero Luminoso (pensamiento Maoísta), Partido Comunista de Filipinas (pensamiento maoísta), Ejército de Liberación Nacional (marxista-leninista), Mujahadin E Khlap (pensamiento marxista), entre otros.

islámicas. En el caso de Jemaah Islamiya, este grupo pretende establecer un régimen islámico en varios países como Indonesia, Malasia, Singapur, Brunei, sureste de Filipinas y sureste de Tailandia.

Dentro de esta primera variable tenemos también a los grupos secesionistas como ETA (España), Abu Nidal (Filipinas), Partido de los Trabajadores Kurdos (Turquía) y Liberación de los Tigres de Tamail Elami (Sri Lanka).

Generalmente, los grupos subversivos de esta primera variable tienen una estructura muy rígida y vertical, y suelen realizar ataques selectivos a determinadas personas como altos funcionarios públicos, militares o policías.

En segundo término, tenemos al terrorismo internacional, en donde varias de las facciones tienen un fuerte enfoque religioso y donde se busca desestabilizar al Estado mediante ataques de gran magnitud, ataques masivos e indiscriminados, ejemplo de ellos son el ataque del 11 de septiembre de 2001 a las torres gemelas en EE.UU. donde murieron en promedio 3000 personas; el ataque a los trenes en Madrid, producido el 11 de marzo de 2004, donde fallecieron 192 personas; el ataque a autobuses en Londres realizado el 7 de julio de 2005, entre otros.

La segunda característica es que a diferencia de lo antes mencionado su estructura es más flexible, horizontal, hay una central pero acompañadas de células básicas y dispersas en diferentes países. Un ejemplo de este terrorismo es Al Qaeda, grupo terrorista constituido a fines de los años 80 en Afganistán que logró consolidarse en Sudán y posteriormente se asentó en Afganistán en el régimen talibán; ha participado en varios atentados, entre los cuales se puede señalar Nairobi y Dar es Salaam (1998), Nueva York, Washington y Pensilvania (2001), Bali (2002), Casablanca y Riad (2003), Madrid (2004), París (2015) donde asesinaron a 12 personas (11 periodistas del semanario Charlie Hebdo y un policía)²⁶¹, entre otros.

²⁶¹ El 7 de enero de 2015 los hermanos Cherif y Said Kouachi ingresaron al semanario Charlie Hebdo donde asesinaron a once periodistas y un policía. Posteriormente, el 8 de enero de 2015 Amedy Coulibaly, amigo de los hermanos Kouachi asesinó a un policía municipal y el 9 de enero de 2015 tomó en rehenes a varios clientes en un supermercado, asesinó a cuatro de ellos y seguidamente fue abatido por las fuerzas de seguridad. Al Qaeda se atribuyó el atentado en el semanario Charlie Hebdo.

Este grupo que tiene la ideología más radical del Islam y se apoya en una red de células²⁶² repartidas en todo el mundo. A la par, hay grupos terroristas afiliados²⁶³ que mantienen cierta autonomía operativa y reciben el apoyo material de Al Qaeda y los grupos yihadistas de base, que pese a que no forman parte de la organización, aceptan los objetivos estratégicos del movimiento yihadista global. Entre otros grupos terroristas internacionales tenemos: Ansir Al Islami, Asbat Al Ansar, Hizballat, Jaish e Mohammed, Kata IB Hizballah, Lashkar E-Tayviba, etc.

El problema que se presenta es que este tipo de terrorismo ha logrado tener presencia en muchas regiones del mundo, sobre todo en aquellas regiones donde existen graves conflictos como el Medio Oriente o África, así tenemos que acuerdo con el texto *Country Reports on Terrorism 2013* hay presencia de Al Qaeda en diferentes regiones; refiere a Al Qaeda en Iraq, en la Península Ibérica²⁶⁴, en el Magreb Islámico²⁶⁵, en relación con Al Qaeda en Iraq se debe señalar que como se advierte hay cada vez más autonomía en las diversas células de terrorismo, incluso se ha presentado el caso que Al Qaeda en Iraq se ha transformado en el Estado Islámico, grupo subversivo que ya no depende de las líneas de Al Qaeda, este grupo subversivo actúa en los países de Siria e Iraq, ha proclamado el califato que se debe extender por todo el mundo musulmán y aplicado la sharia en las zonas que controla.

Este grupo subversivo ha realizado varias ejecuciones públicas muy crueles como las decapitaciones de ciudadanos occidentales como la del periodista norteamericano James Foley, los norteamericanos Steve Stolloff, David Haines, el británico Alan Henning, entre otros. Asimismo, el piloto jordano Muadh al Kasasbeh fue quemado vivo dentro de una jaula y con fecha 26 de mayo de 2015 en la ciudad de Susa (Túnez) dos terroristas pertenecientes al Estado Islámico ingresaron a los hoteles

²⁶² Generalmente, estas células están conformadas por emigrantes que suelen tener una vida normal y que, por tanto, no generan sospechas en su comunidad; a ellos se les prepara para realizar operaciones contra objetivos predeterminados.

²⁶³ Algunos de estos grupos son: Jund as Sham (Siria), Usbat al Ansar (Líbano), Fatal al Islam (Líbano), Grupo Islámico de Combatiente Marroquí (Marruecos), Grupo Combatiente Tunecino (Túnez), Grupo Islámico Combatiente Libio (Libia), etc.

²⁶⁴ En el texto *Country Reports on Terrorism 2013* se señala que Al Qaeda en el Magreb Islámico se aprovecha de la inestabilidad en la región, especialmente en Mali y Libia, ha realizado atentados en Argelia en enero de 2013 que ocasionó la muerte de 39 personas y continuamente ataca a miembros de seguridad.

²⁶⁵ En el texto *Country Reports on Terrorism 2013* se establece que Al Qaeda en la Península Ibérica ataca a instalaciones estatales y funcionarios de seguridad en Yemen.

Imperial Marhaba y Muradi Palm Marinay y dispararon contra los turistas, asesinaron a 38 de ellos, la mayoría de ciudadanía inglesa, belga, irlandesa y alemana).

Si bien no se advierte la presencia de Al Qaeda o de Hezbollah en América del Sur y el Caribe, sí se advierte la presencia de simpatizantes de sus ideas y que incluso financian sus actividades así como a otros grupos subversivos del Medio Este y del sur de Asia²⁶⁶.

Además, resulta difícil de atacar a estos grupos subversivos porque si bien se puede capturar a los miembros de una célula, casi a la par surgen otras nuevas, sus miembros son ciudadanos emigrantes de segunda generación y que no presentan actitudes que den que pensar a las fuerzas del orden que pertenecen a un grupo subversivo.

Esta situación se complica porque el terrorismo ha logrado especializarse. De ahí tenemos el terrorismo biológico, que ha conllevado a que grupos terroristas utilicen componentes biológicos como ántrax, ébola, gas sarín, entre otros, con lo que generan terror en la población, así ocurrió en los atentados en EE.UU.²⁶⁷ y Japón²⁶⁸. La ventaja que tienen los terroristas es que hay una diversidad de componentes químicos que pueden usar, no son de difícil implementación y no siempre se puede detectar desde un inicio con lo cual hay un peligro de diseminación de la enfermedad, así generan mayor expansión del daño en la comunidad y temor en la población. Esta situación ha conllevado que los Estados propensos a los ataques de terrorismo biológico tengan que establecer medidas frente al riesgo de estos ataques²⁶⁹.

En adición a lo antes señalado, de acuerdo con el *Country Reports on Terrorism 2013* grupos terroristas controlan zonas en algunos países, así se puede indicar lo siguiente²⁷⁰:

²⁶⁶ UNITED STATES DEPARTMENT OF STATE. Country Reports on Terrorism 2013. En: <http://www.state.gov/documents/organization/225886/pdf>, 2014, p. 206. Consultado en mayo de 2015.

²⁶⁷ En el año 2001 Al Qaeda envió cartas con ántrax a varios medios de comunicación y a dos senadores, lo cual ocasionó la muerte de cinco personas.

²⁶⁸ El grupo terrorista Aum Shinrikyo esparció gas sarín al interior de un tren en Tokio.

²⁶⁹ A fines del año 2001 se emitió *The Model State Emergency Health Power Act* que proporciona a los Estados miembros de los Estados Unidos un mejor esquema de toma de decisiones posterior a un atentado biológico.

²⁷⁰ UNITED STATES DEPARTMENT OF STATE. Country Reports on Terrorism 2013..... pp. 236-241. Consultado en mayo de 2015.

En Somalia el grupo terrorista Al-Shabaab actúa con libertad en la zona central y sureste de este país. Así tenemos que la ciudad de Barawe es un lugar que domina este grupo subversivo; asimismo, tiene presencia en las montañas Golis y algunas zonas urbanas de Puntland, en las zonas rurales de las áreas media y baja de la región Jubba.

Al Qaeda en el Magreb Islámico, en sociedad con otros grupos terroristas como el Batallón Al-Mulathamun y el Movimiento para la Unidad y Jihad en el Occidente de África, se ha posicionado de la zona del Sahara, pero su principal liderazgo es en el noreste de Argelia y también en el norte de Mali, aunque en este último punto han perdido presencia para realizar sus acciones de organización, planificación, obtención de fondos, entrenamiento y operación debido a fuerzas de intervención de las Naciones Unidas.

El Estado Islámico y el Levante tienen mucha presencia en Iraq y Siria, también en el occidente de Iraq, sobre todo en las provincias de Anbar y Ninewa donde tienen campamentos y realizan actividades de entrenamiento.

En el Líbano, las milicias de Hezbollah controlan parte de este país donde no intervienen las fuerzas de seguridad del Estado, a la par, los campos de refugiados son usados por grupos terroristas como almacén de sus armas y pertrechos.

En Yemen tiene presencia Al Qaeda de la Península Arábiga, incluso ha realizado ataques a las autoridades de las regiones de Abyan, Shebwan y Hadrawt. Asimismo, Al Qaeda tiene libertad para actuar en las provincias de Kunar y Nuristán de Afganistán, cierto es que las fuerzas de seguridad de este país tienen limitaciones para controlar las fronteras norte y este de este país. Igualmente, Libia tiene incapacidad para un adecuado control de sus fronteras, por lo que los grupos terroristas usan mucho este país como parte de una ruta de tránsito, especialmente en el suroeste y noreste. En el caso de Pakistán, algunas provincias como Khyber Pakhtunkhaw y Balochsitan son usadas como refugio por grupos terroristas como Al Qaeda, Tehrik-e Talibán Pakistán, Lashkar i Jhangvi, Lashkar e-Tayyiba, entre otros.

En el caso de América del Sur, entre las fronteras de Colombia con Venezuela, y Ecuador con Perú se movilizan los grupos subversivos de las FARC y el ELN.

Consideramos como sustento para establecer que el terrorismo es una amenaza que los Estados van a enfrentar, que el terrorismo tiene como objetivo buscar desestabilizar a los Estados, genera temor en la población, y es un fenómeno que se presenta en varias de las regiones del mundo y que tiende a crecer, esto se desprende del texto *Country Reports on Terrorism* que anualmente elabora la Secretaría de Estado de los Estados Unidos, que en el año 2001 estableció una lista de 33 grupos terroristas,²⁷¹ que para el año 2009 se incrementó en 44 grupos terroristas y para el año 2013 llegó a 55.

Cabe indicar que el grupo subversivo ETA declaró el 20 de octubre de 2011 su decisión unilateral de cese al fuego; aunque se advirtió actividades de propaganda y algunas acciones de sabotaje en abril y noviembre a trenes en el País Vasco. Posteriormente, en el año 2013, ETA comunicó sus intenciones de ingresar a un proceso de paz, sin embargo, no se distanció de su pasado violento ni hubo una declaración de disolución del mismo²⁷². De modo similar, las FARC, luego de conversaciones iniciales con el Gobierno de Colombia, ingresó entre febrero y agosto de 2012 a un proceso de paz con el Gobierno de Colombia, el cual comprende como temas de agenda los siguientes: i) política de desarrollo agrario integral²⁷³, ii) participación política²⁷⁴, iii) fin del conflicto²⁷⁵, iv) solución al problema de las drogas ilícitas²⁷⁶, v) víctimas²⁷⁷ y vi)

²⁷¹ De acuerdo con el texto *Country Reports on Terrorism* en el año 2002 fueron 36 organizaciones terroristas; en el año 2003, 37; en el año 2004, 37; en el año 2005, 42; en el año 2006, 42; en el año 2007, 42 y en el año 2008, 44 organizaciones terroristas.

²⁷² EUROPEAN LAW ENFORCEMENT AGENCY. *European Union Terrorism Situation and Trend Report 2014*..... p. 30.

²⁷³ Este tema comprende los siguientes subtemas: acceso y uso de la tierra, tierras improductivas, formalización de la propiedad, frontera agrícola y protección de zonas de reserva.

²⁷⁴ Este tema comprende los siguientes subtemas: derechos y garantías para el ejercicio de la oposición política en general, mecanismos democráticos de participación ciudadana, medidas efectivas para promover mayor participación en la política nacional, regional y local de todos los sectores.

²⁷⁵ Este tema comprende los siguientes subtemas: cese al fuego y de hostilidad bilateral y definitiva; dejación de las armas y reincorporación de las FARC-EP a la vida civil en lo económico, social y político; el Gobierno Nacional coordinará la revisión de la situación de las personas privadas de libertad, procesadas o condenadas por ser miembros de las FARC-EP; el Gobierno de Colombia intensificará el combate para acabar con las organizaciones criminales y sus redes de apoyo, incluyendo la lucha contra la corrupción y la impunidad; el Gobierno de Colombia revisará y hará reformas y ajustes institucionales para hacer frente a los retos de la construcción de la paz; garantías de la paz y en el marco del punto de víctimas se esclarecerá el fenómeno del paramilitarismo.

²⁷⁶ Este tema comprende los subtemas: programas de sustitución de cultivos de uso ilícito, planes integrales de desarrollo con participación de las comunidades en el diseño, ejecución y evaluación de los programas de sustitución y recuperación ambiental de las áreas afectadas por dichos cultivos, programas de prevención del consumo y salud pública y solución del fenómeno de producción y comercialización de narcóticos.

²⁷⁷ Este tema comprende los subtemas: derechos humanos de las víctimas y conocer la verdad.

implementación, verificación y refrendación. Posteriormente, con fecha 23 de setiembre de 2015, Juan Manuel Santos y Rodrigo Londoño, Presidente de Colombia y líder de las FARC, respectivamente, se reunieron en La Habana (Cuba) y anunciaron el acuerdo de una justicia transicional y seis meses como plazo máximo para firmar un acuerdo de paz.

Lo antes dicho se debe vincular con la existencia de países que patrocinan constantemente a los grupos subversivos como Irán, Cuba, Sudán y Siria, con lo cual se genera un sistema de apoyo y colaboración que contribuye no solo a la permanencia y especialización de los grupos subversivos, sino que es un elemento facilitador de la creación de nuevos grupos subversivos, sobre todo en el caso de Irán, país que en 1984 fue designado como colaborador del terrorismo por Estados Unidos, dado que proporciona armas, entrenamientos y recursos económicos a grupos terroristas palestinos (entre ellos el Jihad Islámico Palestino), Hezbollah, Hamas y ha usado al Islamic Revolutionary Guard Corps-Quods Force para dar apoyo de inteligencia. Asimismo, durante el año 2013 este país proporcionó armas, entrenamiento y recursos económicos a los pelearos Shia que van a combatir a Siria a favor del régimen del presidente Assad. A la par este Estado no brinda información sobre los terroristas de Al Qaeda que viven dentro de su territorio, mucho menos los lleva a la justicia²⁷⁸.

Igualmente, Siria, país que fue declarado por Estados Unidos como país patrocinador del terrorismo en 1979, brinda apoyo a varios grupos terroristas como Hezbollah (apoyo político y de armamento) y Al Qaeda, es más, el conflicto interno de Siria ha conllevado a que este país refuerce su relación con Hezbollah; además, hay la preocupación de Estados Unidos en las armas químicas que posee Siria puesto que la inestabilidad de este país puede conllevar a que dichas armas sean proporcionados a grupos terroristas²⁷⁹.

En el caso de Sudán, considerado como patrocinador de los grupos terroristas desde 1993, considera que Hamas no es un grupo terrorista, sino que es un grupo que pelea por la libertad. Sin embargo, este país ha adoptado algunos avances para evitar

²⁷⁸ El texto *Country Reports on Terrorism* del año 2009 elaborado por los Estados Unidos describe el caso de la Asociación Mutual Argentina-Judía que sufrió un atentado en el año 1994 donde la INTERPOL identificó a seis personas vinculados con los atacantes, uno de ellos fue nombrado ministro de defensa en Irán en el año 2009.

²⁷⁹ UNITED STATES DEPARTMENT OF STATE. Op. cit., pp. 231-232.

que grupos terroristas usen como base logística en tránsito hacia Mali y Siria. Además, hay avances en el financiamiento de los grupos subversivos puesto que en el Banco Central de Sudán y su unidad de inteligencia financiera circula en los diferentes bancos la lista de personas y entidades que han sido consolidadas en la lista del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Sin embargo, se advierte que este país tiene permisividad con el grupo terrorista Hamas y el Ejército de la Resistencia de los Señores (LRA), pues permiten que operen en su territorio ²⁸⁰.

En el caso de Cuba, país considerado patrocinador del terrorismo en el año 1982, a brindado asistencia médica, logístico y hospedaje a terroristas de ETA, FARC y ELN. Sin embargo, como consecuencia de una reunión sostenida entre los presidentes Raúl Castro y Barack Obama, de Cuba y Estados Unidos, se ha reiniciado un proceso normalización de sus relaciones, lo cual implica reabrir sus embajadas y el compromiso del Gobierno de Estados Unidos de retirar a Cuba de la lista de países patrocinadores del terrorismo.

En adición a lo antes señalado, la situación resulta más preocupante porque se ha demostrado que el terrorismo suele vincularse con otros ilícitos como el tráfico de drogas, tráfico de armas, secuestro y extorsión, con lo cual se convierte en un colaborador de otras actividades ilícitas en las sociedades. Prueba de lo antes señalado son los casos de las FARC de Colombia (tráfico de drogas²⁸¹, tráfico de armas y secuestro)²⁸², Al Qaeda (secuestro a ciudadanos occidentales), Ejército de Liberación Nacional de Colombia (secuestro)²⁸³, los remanentes de Sendero Luminoso (tráfico de drogas), ETA (secuestro y extorsión)²⁸⁴, Abu Nidal (secuestro)²⁸⁵, Partido Comunista de Filipinas (extorsión mediante el cobro del impuesto revolucionario) y Harakat ul Mujahideen (secuestro)²⁸⁶.

²⁸⁰ Ibidem, pp. 203-231.

²⁸¹ En el texto *Política de Defensa y Seguridad Democrática* se señala la vinculación directa entre la FARC y el narcotráfico y como ambos se han beneficiado de esta alianza, así más del 50% de las fuerzas de la FARC están en zonas de producción de coca y si bien en el año 1982 había 13,000 hectáreas de coca y la FARC contaba con solo 1,800 hombres, en el año 2002, había 102,000 hectáreas de coca y la FARC contaba con 10 900 hombres.

²⁸² Por ejemplo, las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia en los años 2005 y 2009 secuestró y asesinó a los gobernadores de Kuambi Yalarbi y Caquetá, respectivamente.

²⁸³ En los años 2004 y 2006, el Ejército de Liberación Nacional secuestró a un arzobispo y tres contratistas petroleros chinos.

²⁸⁴ ETA amenaza a empresarios y les solicita una aportación a su causa, incluso en el año 2008 asesinó a un empresario español por no pagar la extorsión de dinero.

²⁸⁵ En los años 2000 y 2001 este grupo armado secuestró a 21 y 20 personas, respectivamente.

²⁸⁶ A manera de referencia en julio de 1995 este grupo armado secuestró a cinco turistas.

- Amenaza ecológica (cambio climático):

La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático en sus consideraciones explica las preocupaciones sobre el aumento de las concentraciones de los gases con efecto invernadero como producto de las actividades humanas, estos gases generan un calentamiento adicional en el planeta que perjudica a los ecosistemas y la vida humana. Se reconoció que los principales causantes de estas emisiones son los países desarrollados y que se requiere la participación de todos los países para una adecuada respuesta que enfrente este problema.

Esta Convención desarrolla un conjunto de definiciones, las cuales tendremos en cuenta en la presente investigación, entre estas tenemos:

1.- “Por efectos adversos del cambio climático se entiende los cambios en el medio ambiente físico o en la biota resultantes del cambio climático que tienen efectos nocivos significativos en la composición, la capacidad de recuperación o la productividad de los ecosistemas naturales o sujetos a ordenación, o en el funcionamiento de los sistemas socioeconómicos, o en la salud y el bienestar humanos.”

2.- “Por cambio climático se entiende un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante periodos de tiempo comparables.”

El cambio climático se ha convertido en una amenaza a la humanidad puesto que nuestro planeta, al calentarse por los rayos de sol, devuelve parte de esta energía al espacio en forma de radiación infrarroja, esta radiación es retenida por los gases de efecto invernadero para evitar que regrese al espacio.

Entre los principales gases de efecto invernadero tenemos: vapor de agua, dióxido de carbono, ozono, metano, óxido nitroso, halocarbonos, entre otros. Estos gases en principio generan un efecto invernadero natural, pero el problema se presenta

cuando los principales gases aumentan rápidamente como consecuencia directa de la actividad humana, sobre todo el dióxido de carbono.²⁸⁷

Entre los principales efectos del efecto invernadero tenemos el incremento de la temperatura promedio en el planeta, se estima que aumentará entre 1.4 – 5.8 ° C para el año 2100²⁸⁸, con lo cual se producirá un deshielo en las zonas polares y en los glaciares, en asociación con lo antes señalado se producirá un aumento en el nivel del mar²⁸⁹, lo cual conllevará a que se produzcan inundaciones en las zonas costeras, a la par habrá aumento de precipitaciones.

Estos cambios producirán efectos en diferentes regiones del planeta y generará alteraciones en el clima que afectarán a la población y en el desarrollo de los países. Las principales afectaciones que sufrirán las principales regiones se explican en la siguiente tabla:

²⁸⁷ Se estima que el dióxido de carbono es causante en un 60% del efecto invernadero ampliado, es decir del producido por la actividad humana.

²⁸⁸ PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE, SECRETARÍA DE MEDIO AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES DE MÉXICO, MINISTERIO DE CIENCIA, TECNOLOGÍA Y MEDIO AMBIENTE DE CUBA, UNIVERSIDAD DE SAO PAULO DE BRASIL Y MINISTERIO DE SALUD Y MEDIO AMBIENTE DE ARGENTINA. El Cambio Climático en América Latina y el Caribe. En: http://www.oei.es/decada/Elcambioclimatico_r.pdf, p. 12. Consultado en marzo de 2011.

²⁸⁹ De acuerdo con el informe *El Cambio Climático en América Latina y el Caribe* se prevé que para el 2100 el nivel del mar crecerá entre 9 y 88 centímetros.

TABLA N° 8
PRINCIPALES AFECTACIONES EN LAS REGIONES POR EL CAMBIO CLIMÁTICO

Región	Afectación al ecosistema	Gestión del agua	Otros Problemas
África	Incremento de tierras áridas y semiáridas (5-8 %). Posible extinción de especies. Aumento de lluvias Manglares y arrecifes se degradarán.	No indica	Disminución de rendimientos agrícolas por sequías. Aumento de la inseguridad alimentaría
Asia	Elevación del nivel de mar conllevará la pérdida de la mitad de los manglares (delta del río Mekong) y tierras cultivadas Deterioro de los glaciares del Himalaya. Deterioro de los arrecifes de los corales.	Reducción de la disponibilidad del agua per cápita (ejem. India). Demanda de agua para la agricultura (en Asia oriental).	Rendimiento de cultivo puede aumentar en 20% en este y sudeste de Asia, pero disminuirá en 30% en Asia central y meridional.
Europa	Aumento de precipitaciones extremas en invierno. Aumento de personas sometidas a inundaciones costeras (1.6 millones en el 2080). Aumento de riesgo de incendios en Europa meridional.	No indica	Se estima una reducción del 6% del potencial de energía hidroeléctrica. Mejora del cultivo en el norte y reducción en el sur.
América Latina	Aumento de la temperatura en la superficie del mar afectará arrecifes de coral (México, Belice, Panamá), ubicación de peces en el sudeste del Pacífico (afectando a Perú y Chile), aumento de huracanes en el Caribe y aumento del número de personas de sufrir hambrunas.	Potencial reducción de precipitaciones en zonas áridas que conllevarán a una escasez del agua.	Deterioro de los glaciares reducirán la disponibilidad de agua para energía hidroeléctrica (especialmente Perú, Bolivia, Ecuador y Colombia). Disminución de la producción del arroz en la región.
América del Norte	Aumento del nivel del mar producirá inundaciones que	Reducción del abastecimiento de agua y aumento de	El calentamiento producirá un aumento en los

	afectarán infraestructuras y sistemas de transporte. Intensas olas de calor y noches con temperatura mínima.	demanda por parte de la población.	rendimientos agrícolas.
Australia y Nueva Zelanda	Vulnerabilidad de arrecifes y humedales. Aumento del nivel del mar y tormentas. Aumento de peligros de incendios (sudeste de Australia).	No indica	Producciones agrícolas y forestales se reducirán en el sur y este de Australia y en el este de Nueva Zelanda como consecuencia de incendio y sequías.

Fuente: Organización de Naciones Unidas.

Entre las principales afectaciones al ecosistema tenemos que debido al deshielo en la región Ártica²⁹⁰ y Antártica²⁹¹ habrá un aumento del nivel del mar que generará inundaciones en la costa y afectará no solo a la población sino también a la infraestructura como puertos, aeropuertos, carreteras, esta situación es más grave en los países insulares donde la disponibilidad de recursos naturales es muy reducida y donde el aumento del nivel del mar no solo afecta su territorio sino que incluso expone la propia existencia de estos países²⁹².

Igualmente, el aumento de la temperatura del mar afectará a los arrecifes y manglares de diferentes regiones (África, Asia y América Latina) perjudicando sus economías ya que en varios países el turismo es una actividad importante en su economía (ejemplo México).

El agua como elemento básico para la subsistencia de las poblaciones experimentará una reducción en algunas regiones como América Latina, América del Norte y Asia como consecuencia del deterioro de los glaciares, reducción de

²⁹⁰ Se prevé que para finales del presente siglo el promedio anual del hielo marino Ártico presentará una reducción de entre 22-33 %.

²⁹¹ En ambas regiones habrá una disminución en el hábitat, no solo del hielo marino sino también de las aves y mamíferos migratorios, lo cual tendrá una directa repercusión en depredadores como los osos polares y las focas. Igualmente, estos cambios influirán en la productividad y distribución de los peces en estas zonas.

²⁹² A manera de referencia el representante de Papua Nueva Guinea en la sesión del Consejo de Seguridad del 17 de abril de 2007, y en la cual se discutía si el cambio climático es un tema de seguridad o no en representación del Foro del Pacífico Sur que asocia a 17 países archipiélagos en el Pacífico señaló que para ellos el impacto del cambio climático en las islas pequeñas no era menos amenazador que los peligros que las armas y bombas suponen para otras naciones.

precipitaciones y sequías, con lo cual se afectará la disponibilidad de este recurso a las poblaciones y la agricultura.

Se aprecia que como consecuencia de la reducción del agua y el cambio de clima en prácticamente todas las regiones (con excepción de América del Norte) habrá una reducción de la producción agrícola, esto afecta a las economías de estos países.

A la par, el aumento de temperatura y sequías fomentarán el incremento de enfermedades diarreicas en Asia y en los países insulares.

En el caso de América Latina y el Caribe, los puntos más sensibles son²⁹³:

- La modificación del patrón de las precipitaciones en el hemisferio norte: mayores precipitaciones en latitudes septentrionales y menores precipitaciones en áreas subtropicales.
- El nivel de mar en esta región ha aumentado entre 10-20 cm debido al deshielo mundial.
- En el siglo XX, la temperatura de la superficie global aumentó en promedio 0.6° C. La década de los noventa fue la más calurosa
- Si bien el fenómeno del Niño ha venido azotando a la zona ²⁹⁴ muy probablemente se presente con mayor frecuencia y tendrá impacto directo en varias subregiones como aumento de lluvias en las costas de Ecuador y Perú, igual fenómeno se presentará en las costas del Caribe en Centroamérica; en contraste, en la costa del Pacífico de Centroamérica habrá sequía.

²⁹³ PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE, SECRETARIA DE MEDIO AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES DE MEXICO, MINISTERIO DE CIENCIA, TECNOLOGÍA Y MEDIO AMBIENTE DE CUBA, UNIVERSIDAD DE SAO PAULO DE BRASIL Y MINISTERIO DE SALUD Y MEDIO AMBIENTE DE ARGENTINA. El Cambio Climático en América Latina y el Caribe... pp. 47- 55. Consultado en marzo de 2011.

²⁹⁴ El fenómeno del Niño del periodo 1982-1983 causó pérdida del 12% del PIB del Perú y pérdida del 8.5% de la producción anual agrícola y el 40% de la producción pesquera en dicho país. El fenómeno del Niño del periodo 1997-1998 produjo inundaciones catastróficas y sequías en el noreste y sur de Brasil, costa del Pacífico de Ecuador, Perú y Chile.

- En las zonas andinas de Ecuador, Perú y Bolivia habrá sequías acompañadas de un retroceso glacial que afectarán la biodiversidad local y disponibilidad del agua.
- En Colombia, Venezuela y las Guyanas se presentará una reducción de las precipitaciones, sequía en el noreste de Brasil y un aumento de lluvias en el sureste de dicho país.
- En Argentina, Paraguay y Uruguay habrá un aumento de lluvias.
- Se estima en el Caribe que con el solo incremento del 0,5 metros del nivel del mar se inundará más del 50% de las playas, producirá oleadas más altas, inundaciones en zonas costeras, tormentas, intrusión salina en aguas dulces, con el aumento del calor del mar los corales fallecerán. Afectará el turismo en esta región. Igualmente, con el cambio del ciclo de lluvias y el aumento de temperatura se reducirá la producción agrícola de algunos productos básicos como habas, maíz y arroz²⁹⁵.

En general, frente a este contexto global, en tanto que el cambio climático produce afectaciones a nivel mundial que perjudican al territorio de los países (aumento del nivel del mar, invade zonas costeras, destruye infraestructuras básicas como puertos, aeropuertos y carreteras), elimina recursos de los Estados (manglares y arrecifes de corales), perjudica actividades económicas importantes como el turismo y la agricultura; asimismo, propicia enfermedades que afectan a poblaciones, estas consecuencias pueden conllevar a perjudicar seriamente el funcionamiento de los Estados y su desarrollo, alterar la estabilidad de los países, sobre todo de aquellos que no cuentan con la estabilidad para enfrentar los cambios que producirán el cambio climático.

En igual situación, al producir el cambio climático la reducción de recursos básicos como el agua y la generación de energía eléctrica (en el caso de generadoras hidroeléctricas) en los países puede convertirse en un elemento generador de conflictos

²⁹⁵ Se estima que con un incremento de entre 1-2 ° C en la temperatura y entre 10-20% de las lluvias se reducirá la producción de estos productos en un 10%.

en países de una misma región. Por ello, consideramos al cambio climático como una amenaza a la seguridad nacional de los países a nivel general.

Cierto es que unos países están en mejores condiciones de afrontar el cambio climático puesto que sus instituciones estatales están mejor preparadas para establecer medidas de adaptación y de mitigación frente a este fenómeno, pero no todos los países tienen estas características, sobre todo los países pobres tienen una debilidad institucional que no les permite establecer políticas públicas con un enfoque de largo de plazo que establezca con anticipación medidas de adaptación ante este fenómeno y tampoco medidas de mitigación ante el mismo. Igualmente, al ser el cambio climático un fenómeno mundial se requiere de un trabajo coordinado de los Estados para enfrentar los efectos de este fenómeno, pero esto no limita ni impide que los países por su propia cuenta establezcas medidas frente a este fenómeno²⁹⁶.

3.3.- Aportes de la dignidad, los valores superiores y los derechos humanos a la seguridad nacional

En este acápite se desarrollará el valor supremo dignidad, los valores superiores que se reconocen como lineamientos para el desarrollo de las normas, estos valores son: libertad, igualdad, solidaridad y seguridad jurídica; así como los derechos humanos. Se relacionan estos puntos con la seguridad nacional, de manera que nos ayude a demarcarla.

3.3.1.- La dignidad y su aporte a la seguridad nacional

La dignidad es un valor que ha sido materia de análisis en diferentes momentos de la historia, así Gregorio Peces-Barba en su texto *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho* señala que en diversos momentos y culturas como Grecia²⁹⁷, Roma²⁹⁸, se discute sobre elementos de la dignidad o el alcance del mismo;

²⁹⁶ Por ejemplo, Singapur viene analizando como una opción frente al incremento del mar establecer una protección costera, la cual puede representar a nivel de costos entre 0.3 – 5.7 millones de dólares para el 2050 y entre 0.9 – 16.8 millones de dólares para el año 2100.

²⁹⁷ En la Grecia del Siglo de Pericles aparece la idea de superioridad del hombre, el hombre como centro del mundo y la importancia de la comunicación y del lenguaje.

²⁹⁸ Cicerón considera que la naturaleza humana es superior a la de los demás animales.

estableciéndose en la edad antigua que el ser humano es un ser perfecto, ser capaz de comunicarse y diferente a los animales y a la naturaleza. Este punto va a caracterizar esta etapa.

Peces-Barba señala que el cristianismo y judaísmo van a tener participación en la concepción de la dignidad, se apoya en el Génesis y uno de los Salmistas que atribuyen al hombre y a la mujer seres superiores de la tierra pero que son creados a la imagen y semejanza de Dios²⁹⁹.

Sin embargo, hubo avances y retrocesos, así tenemos que en la edad media la dignidad tiene un enfoque externo, es decir, dignidad como honor, cargo o título, como un reconocimiento social.

Gaio Flaminio va a señalar que la nobleza no está en la gloria de otro hombre, ni bienes, sino en la virtud de los hombres, dignidad como sinónimo de autonomía; surge de la propia condición del ser humano, estamos en la fase del hombre como centro del mundo, de la reivindicación del hombre y de su capacidad para poder razonar y contribuir con sus aportes a su sociedad. Por ello, Gregorio Peces-Barba señalará en este punto:

“La dignidad del hombre es la exposición de sus capacidades, que se desarrollan con la dificultad y con la escasez, por lo que los beneficios de una naturaleza que lo tiene todo a priori son rechazados para que nos dejen espacio a la creatividad humana, a su capacidad de decisión, a su elección de las mejores soluciones, a la construcción y al descubrimiento”³⁰⁰.

La dignidad humana sufrirá un retroceso en los siglos XVII y XVIII, encontramos a un hombre en lucha consigo mismo, pero autores como Burlamaqui y Wolf van a resaltar la capacidad del hombre de elegir, hombres libres, con independencia en sus decisiones, hombres con capacidad de elección o libertad psicológica. Se observa que se vincula al hombre con capacidad de razonar y con la libertad, es un ser con autonomía que se desarrolla en una sociedad. Esta concepción de

²⁹⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*. Madrid: Dykinson, 2002, pp. 22-23.

³⁰⁰ *Ibidem*, p 32.

vincular la dignidad con la autonomía permite a la vez vincular con la libertad y la moralidad.

En esta concepción de dignidad donde las personas son el centro del mundo, la persona es un fin y no un medio, la dignidad al estar relacionada con la capacidad de elegir dentro de una sociedad nos lleva al tema de la capacidad de dialogar dentro del mismo, permitiendo las recepciones de terceros de las opiniones de las personas, críticas; esto nos lleva también al punto de la sociabilidad que significa el reconocimiento de los terceros como personas.

En relación con lo antes señalado, Antonio Pele va a dividir a la dignidad en dos etapas: i) concepto de dignidad en etapa premoderna y ii) concepto de dignidad en la etapa moderna.

En la etapa premoderna la dignidad se deriva de un parentesco del hombre con Dios y es el hombre una creación a imagen de Dios, a la vez, debido a que el hombre ha recibido del Dios un conjunto de atributos como el pensamiento y el lenguaje, él es superior frente a los demás animales, en esta fase el concepto de dignidad tiene un concepto religioso y tiene una visión antropocéntrica apoyado en la religión judeo-cristiana. En la etapa moderna, la concepción de la dignidad es reformulada puesto que se desvincula de un origen divino y se acerca a la visión que la dignidad del ser humano deriva de su propia naturaleza humana, con lo cual se preserva el antropocentrismo, a la par, el hombre se convierte en un ser que es un fin en sí mismo y debe ser tratado como tal y no como un medio. Esta visión en el ámbito jurídico se plasma con el desarrollo de los derechos humanos y donde la dignidad humana tiene un alcance vertical al ser un ser superior a los animales y un alcance horizontal puesto que los seres humanos son iguales entre sí³⁰¹.

A criterio de Gregorio Peces-Barba, la dignidad es concebida como *una especial consideración que merece el hombre a partir del reconocimiento en él de varios rasgos que constituyen la expresión de esa dignidad*³⁰². Seguidamente, este autor considera que

³⁰¹ PELE, Antonio. Una aproximación al concepto de dignidad humana. En: *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, N° 01, p. 9.

³⁰² PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. La libertad del hombre y el genoma. En: *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año 01, N° 02, octubre-1993-marzo 1994, p. 319.

estos signos los diferencian de los animales, los seres humanos son seres de decisiones, seres razonables, de hecho este autor considera al ser humano con capacidad de elegir frente a diversas opciones y decidir sobre sus planes de vida para alcanzar la plenitud y la autonomía moral³⁰³. A criterio de este autor lo que caracteriza al ser humano de los animales es ser un individuo racional y poder construir conceptos generales, poder razonar; el ser humano tiene la capacidad de generar sentimientos, afectos y emociones mediante actividades como la literatura, poesía, música, etc. El ser humano es un ser comunicativo, puede comunicarse con terceros mediante el lenguaje y el ser humano es un ser sociable, necesita de los demás para realizarse plenamente, pero es una sociabilidad humana que involucra en sus relaciones sentimientos, valores, etc.³⁰⁴.

Cierto es que los conceptos de dignidad no siempre son precisos, así tenemos que Ronald Dworkin parte en su concepción desde un enfoque en negativo, define a la dignidad como el derecho a no sufrir la indignidad, que no se respeten las culturas de las personas y a la vez señala que las sociedades civilizadas tienen estándares y convenciones que definen esta clase de indignidad y que esto difiere de lugar a lugar y de época en época³⁰⁵.

Lo primero que debemos decir es que al hacer una definición en negativo sobre la dignidad no se hace una definición clara sobre la dignidad. Además, como advierte Reynaldo Bustamante en su texto *Entre la moral, la política y el Derecho: El pensamiento filosófico y jurídico de Gregorio Peces-Barba*, al vincular la dignidad con estándares en cada cultura, relativiza mucho los preceptos de dignidad. Paralelamente, Reynaldo Bustamante considera que debe haber exigencias básicas, imprescindibles y universales que serán el contenido mínimo respetado para que se pueda aceptar que existe la dignidad de las personas³⁰⁶.

En este punto, Reynaldo Bustamante, luego de analizar el pensamiento de Peces-Barba establece un conjunto de características de la dignidad tales como³⁰⁷: i) la

³⁰³ *Ibidem*, p. 319.

³⁰⁴ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*. Madrid: Dykinson, 2002, pp. 69-71.

³⁰⁵ DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Barcelona: Ariel, 1994, p. 305.

³⁰⁶ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Entre la moral, la política y el Derecho: El pensamiento filosófico y jurídico de Gregorio Peces-Barba*. Madrid: Dykinson, 2010, p. 216.

³⁰⁷ *Ibidem*, pp. 217-225.

dignidad implica que todos los seres humanos tienen algo intrínsecamente valioso que no es disponible, ii) la persona es un ser que presenta varias dimensiones que se configuran en una unidad y que se someten a las reglas y no puede ser utilizada como medio, ii) las personas deben ser reconocidas como titulares de derechos que deben ser respetados, protegidos, garantizados y promovidos por ser la única manera de no tratar a la persona ni como objeto ni como medio, iv) frente a los intereses de la comunidad y del Estado siempre se puede oponer el simple y universal hecho de que los seres humanos somos persona, v) la dignidad no solo establece restricciones para un orden moral, político y jurídico, sino también una serie de prestaciones que se deben cumplir en beneficio de la condición humana, vi) la dignidad como fundamento y fin último de la moral, la política y el derecho sirve como criterio para evaluar la corrección, legitimidad y justicia, en esos órdenes para orientar y delimitar la producción, interpretación y aplicación de sus preceptos y actuaciones y vii) la moral, la política, el derecho y todo ámbito de la vida social debe estructurarse y desarrollarse de tal forma que haga posible que los seres humanos puedan realizar todas las dimensiones de su humanidad.

Considerando lo antes expuesto, la dignidad ocupa un espacio relevante en las sociedades y sobre el cual se desprenden los valores superiores (libertad, igualdad, solidaridad y seguridad jurídica) y un conjunto de derechos humanos muy importantes como el derecho a la vida, el derecho a la integridad física, el derecho a no ser torturado, libertad de expresión, derecho de asociación, entre otros. Por ello, y considerando lo antes señalado, vemos a la dignidad como un valor supremo.

La dignidad cobra mucha importancia en las sociedades actuales, prueba de ello es que tiene un desarrollo en la Declaración Universal de Derechos Humanos al indicarse: *“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”*³⁰⁸. Asimismo, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en su preámbulo) se reconoce los derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana. En este mismo sentido, se puede encontrar la dignidad en la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuando señala: *“Toda persona tiene*

³⁰⁸ Artículo 1° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad".³⁰⁹ Igualmente, se puede advertir que en algunas constituciones de América del Sur encontramos disposiciones que desarrollan la dignidad de las personas, tales como la Constitución de Perú, Colombia, etc.

En este punto es conveniente mencionar que Robert Spaemann analiza un conjunto de supuestos donde se afecta indebidamente la dignidad, como el caso en que ciertos médicos colaboraron en aprobar el asesinato de personas para la investigación de enfermedades mentales, los médicos arguyeron que gracias a sus acciones ellos habían logrado salvar la vida a otros enfermos y si ellos se hubieran retirado hubiesen ingresado otros médicos que hubiesen ocasionado más muertes; en esta situación Spaemann sostiene que en este caso se mata a personas intencionadamente y de quienes no procede ninguna amenaza. Otro ejemplo señalado por este autor es la tortura como intento de influir en la voluntad de otra persona al despojarle de su autodeterminación mediante el dolor físico y obligarle a obrar contra su voluntad. Igualmente, se hace referencia a la producción artificial del hombre puesto que el hombre posee una forma espacial y temporal, por lo que su comienzo y fin no debe ser determinado por la intención de otra persona, para el autor la prolongación artificial de la vida se convierte en un fraude a la dignidad humana. Otro ejemplo que refiere este autor es la exhibición sexual, para un voyeurismo anónimo, en películas pornográficas o espectáculos³¹⁰.

Este punto es importante porque si se considera lo antes señalado sobre la dignidad como valor supremo, se establecen pautas como que el derecho debe desarrollarse regulando los comportamientos de las personas y sin afectar la dignidad de las mismas; es más, el marco normativo debe establecer prestaciones que beneficien al desenvolvimiento de la dignidad y paralelamente, no se puede usar la dignidad como un medio para lograr otros fines, estas pautas nos ayudan a delimitar la seguridad nacional, puesto que bajo el argumento de seguridad nacional se puede proponer medidas que afecten la dignidad de las personas y mucho más –como expondremos en el capítulo 4–, debido a los atentados terroristas y para combatir el terrorismo los Estados no solo reforzaron sus fuerzas de seguridad y de inteligencia sino que incluso en varios casos

³⁰⁹ Artículo 11.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³¹⁰ SPAEMANN, Robert. Sobre el concepto de dignidad humana. En: *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, N° 19, 1988, pp. 28-29.

dictaron medidas restrictivas a las personas, y es necesario evaluar si estas medidas no afectan de manera irregular la dignidad de las personas. Así tenemos que bajo el supuesto de necesidad de la seguridad nacional se puede permitir la tortura de detenidos terroristas, y en general, medidas que pueden afectar la dignidad de las personas.

Este punto será evaluado en el siguiente capítulo cuando se analice la jurisprudencia comparada, en especial el proceso de inconstitucionalidad del artículo 14.3 de la Aviation Security Act ante la Corte Constitucional Federal de Alemania y los casos de Manickavasagam Suresh contra el Ministro de Ciudadanía e Inmigración y otros ante la Corte Suprema de Canadá, y Abogado General contra Ahmed Zaoui y otros ante la Corte Suprema de Nueva Zelanda.

3.3.2.- Los valores superiores como elementos que contribuyen a limitar la seguridad nacional en el Estado Constitucional de Derecho

Los marcos normativos de los países no son simples conjuntos de normas sin ningún criterio, sin pautas que los articulen y les den uniformidad, mucho más, si las normas regulan el comportamiento de los ciudadanos en una determinada sociedad, bajo este concepto, existen los valores superiores como pautas, orientaciones por medio de los cuales las normas van a desarrollarse. En este punto Gregorio Peces-Barba señaló:

*“Un ordenamiento jurídico como técnica, como forma de realización social de esos valores a través de sus normas. Nuestra Constitución entiende al Derecho como un sistema cuya referencia suprema desde el punto de vista material son los valores superiores”*³¹¹.

Estos valores superiores, que generalmente la doctrina reconoce en todo Estado Constitucional son: libertad, igualdad, seguridad jurídica y solidaridad, los mismos que los Estados en su actuación deben respetarlos, estos valores nos sirven de guía a los marcos normativos, de manera que estas no deben transgredirlas, pero, los valores superiores no solo sirven para que orientar a las normas sino que son la base de los derechos fundamentales en las sociedades, a la par, estos valores sirven como orientaciones de interpretación a los diferentes operadores jurídicos, en la emisión de

³¹¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Los valores superiores. En: *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Época, Tomo IV, 1987, pp. 374-375.

nuevas normas y la creación de jurisprudencia, incluso si las normas colisionan con estos valores conllevara a su nulidad.

Cabe indicar que en algunos países se ha logrado positivizar estos valores superiores (ejemplo España), lo cual, como señala Peces-Barba, *“Esta inclusión en una norma jurídica de los valores superiores supone la positivación de los fundamentos éticos de un sistema político a través de su ordenamiento jurídico”*³¹².

En un sentido general, podemos decir que los valores superiores son importantes porque son los que se convierten en criterios generales aplicables a las normas de un ordenamiento jurídico. Estos valores se convierten en máximas con las que se va a orientar determinada sociedad; por ello, estos valores son guías, orientaciones para la creación y las interpretaciones de las normas y raíz, base de los derechos fundamentales.

Cabe indicar que los valores superiores no son valores individuales y cerrados que no se relacionan entre ellos, todo lo contrario, entre ellos existe una constante relación e estos valores se relacionan con el valor supremo dignidad, así tenemos lo señalado por Antonio Pérez Luño:

*“La dignidad humana en cuanto se concreta en el libre desarrollo de la personalidad, no puede ser ajena a la libertad; ésta, a su vez, no solo se halla inescindiblemente vinculada a la dignidad, sino en sus dimensiones positivas y comunitaria implica a la igualdad, porque difícilmente se puede hablar de libertad para todos, si todos no son iguales entre sí; al propio tiempo que la igualdad persigue y se orienta hacia la dignidad y la libertad, puesto que repugnaría a su propia condición de valor el que se la pudiera concebir (aunque de ello no ha faltado ni faltan ejemplos históricos) como igualdad en la humillación y en la opresión”*³¹³.

Por ello, en este acápite, cuando se analicen los valores superiores y su relación con la seguridad nacional, se explicará las relaciones de los valores entre sí.

³¹² *Ibidem*, p.380.

³¹³ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Dimensiones de la igualdad*. Madrid: Dykinson, 2005, p. 11.

3.3.2.1.- Libertad

Debemos partir de la idea de que el ser humano es un ser social por naturaleza. Los seres humanos nos desarrollamos dentro de una comunidad, dentro de una colectividad y buscamos insertarnos dentro de dicha comunidad respetando la organización política de la misma y a la vez dentro de ésta lograr su autonomía. Recordemos que la dignidad se inicia como una libertad psicológica donde hay libertad de elección, lo cual significa que haya autonomía en las personas.

En este contexto, considerando la definición de la dignidad, la organización social y política de las sociedades debe orientarse de forma que las personas en el ejercicio de sus libertades pueden optar por los diferentes modelos de realización personal.

Al respecto María del Carmen Barranco señala lo siguiente:

“Desde el punto de vista del Derecho, la libertad se articula mediante derechos fundamentales y principios de organización orientados a establecer condiciones adecuadas para la libre elección y ejecución de planes de vida individuales en condiciones de igualdad”³¹⁴.

En este enfoque hay una dimensión subjetiva como un atributo de las personas, pero a la vez hay una dimensión objetiva dado que la organización de la sociedad proteger la libertad. La libertad va atada al derecho y como ya señalamos antes, en toda democracia se respetan las leyes y las leyes permitirán que los ciudadanos ejerzan su libertad como medio que les permitirá desarrollar sus planes de vida.

Asimismo, Gregorio Peces-Barba va definir el valor superior de libertad como:

(...) una condición imprescindible para la acción del hombre en la vida social, a través del Derecho, que permite alcanzar a cada individuo los objetivos y fines morales que persiga y que son expresión de la dignidad humana, o en todo caso hacer los máximos esfuerzos para ello. Es el camino más adecuado, con independencia de que no pueda garantizar los resultados”³¹⁵.

³¹⁴ BARRANCO AVILES, María del Carmen. *Libertad y poder en Gregorio Peces-Barba*. En: AA.VV. *Entre la ética, el poder y el Derecho. Estudio en Homenaje a Gregorio Peces-Barba*. Madrid: Dykinson, 2008, Volumen. I, p. 115.

³¹⁵ PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 228.

En esta definición se observa que Peces-Barba relaciona la libertad dentro de una comunidad y la pretensión del individuo de alcanzar los objetivos que persigue y esta autonomía está vinculada con la dignidad humana. Autonomía y dignidad se relacionan porque la dignidad solo se puede dar siempre del ser social, dentro del ser en una comunidad. La libertad es el referente básico para fundamentar los derechos y se relaciona con los otros valores superiores como igualdad, seguridad jurídica y solidaridad.

Cierto es que debemos distinguir esta libertad –que Peces-Barba denomina libertad social, política y jurídica– de otras formas de libertad como la libertad psicológica y la libertad moral. La libertad psicológica debe entenderse como la libertad de elección que permite a la persona escoger entre diversas opciones y es la base de la moralidad. La relación entre la libertad de elección y la libertad (como libertad social, política y jurídica) como fundamento de los derechos, puesto que esta libertad (como libertad social, política y jurídica) garantiza la libertad de elección frente a terceros³¹⁶.

La libertad moral es una meta, un ideal por alcanzar, pero si se relaciona la libertad moral con la libertad como fundamento de los derechos fundamentales se debe entender que la libertad contribuye a hacer posible la libertad moral. Sin embargo, paralelamente la libertad de elección es la base de la libertad moral, ya que solo se puede hablar de libertad moral si hay libertad de elección y esta libertad de elección tiene sentido si sirve para alcanzar unos fines como objetivo, el cual es la libertad moral³¹⁷.

Cabe indicar que es a través de la libertad que junto con otros valores se van a desarrollar los derechos fundamentales, los cuales son esenciales para las personas porque les va a permitir desenvolverse y desarrollarse dentro de una comunidad, los derechos fundamentales les permite a las personas decidir libremente y con consentimiento. En este punto Peces-Barba señala que los derechos son medios para una conducta libre, informada y necesarios para todos sin distinción, lo cual conlleva a la

³¹⁶Ibidem, p. 229.

³¹⁷Ibidem, p. 230 y 231.

idea de generalidad y universalidad de los derechos; es decir, todas las personas son destinatarias de estos derechos³¹⁸.

Gregorio Peces-Barba va a resaltar la importancia de la libertad y los derechos fundamentales se desarrollan en tres dimensiones: ética, política y jurídica. En ese sentido, a criterio de este autor, la libertad sin la dimensión moral carece de legitimidad y a la vez sin la dimensión política no puede imponerse en la vida social y sin la dimensión jurídica se carece de validez y de eficacia para organizar la convivencia³¹⁹.

Este autor señala que a partir de la libertad se construye tres diferentes líneas de derechos (libertad protectora, libertad promocional y libertad participación)³²⁰. La primera línea es la libertad protectora, es la libertad para hacer lo que se quiera, libertad para hacer lo que uno desea sin que haya algún obstáculo o barrera de terceros en su desarrollo; Peces-Barba denominará a esta libertad como la libertad de no interferencia y considera que esta libertad es la que sustenta los derechos relacionados con los derechos individuales y civiles vinculados a la propia persona como el derecho a la vida, derecho a la integridad física, derecho al honor, derecho a la libertad de expresión, derecho a la reunión, derecho a la inviolabilidad del domicilio, derecho al secreto de las comunicaciones, entre otros.

La segunda línea es la libertad promocional, por la cual las personas pueden hacer lo que se desee a partir de la base de que en las sociedades hay desigualdades que dificultan la satisfacción de un conjunto de necesidades de las personas, por lo que se pretende superar estas barreras. Los derechos que se construyan desde esta libertad están vinculados a los derechos económicos, sociales y culturales (derecho a la salud, derecho a la seguridad social, derecho a la educación). También corresponde en este grupo de derechos los derechos de grupos específicos como los derechos de la mujer, derechos de los niños, derechos del adulto mayor, derechos de los consumidores, etc. Estos derechos van a lograr un mayor desarrollo en el Estado social, donde los derechos promocionales cumplen un importante rol dentro de este tipo de Estado. Cabe indicar

³¹⁸ *Ibidem*, pp. 218-219.

³¹⁹ *Ibidem*, p. 220.

³²⁰ *Ibidem*, pp. 221-226.

que estos derechos que se derivan de la libertad también tienen como sustento otros valores superiores como la igualdad material, la solidaridad y seguridad jurídica.

En tercera línea está la libertad participación como libertad para intervenir en la formación de criterios de decisión política, esta libertad es la que contribuye al proceso de producción de normas, a las manifestaciones de voluntad del Estado. Estos derechos son los derechos políticos y los que realizan funciones afines como el derecho de asociación política. Pero también se debe indicar que a criterio de Peces-Barba, derechos como la libertad de expresión o la libertad de reunión pueden impulsar la acción política, pero en este punto el propio Peces-Barba relaciona este tipo de libertad con el principio de organización, porque mediante el uso de la libertad participación se contribuye a la estructura de los poderes y principios de organización.

En este punto es pertinente señalar el modo en que Peces-Barba relaciona estas libertades cuando refiere que la libertad protectora pretende que la persona actúe y decida libremente; la libertad promocional busca satisfacer necesidades básicas que dificulten el ejercicio de la libertad protectora, pero a la par la libertad promocional se relaciona con la libertad de participación porque la falta de satisfacción de necesidades importantes dificultan el correcto desarrollo de la libertad participación³²¹.

Conforme se ha señalado, el valor superior libertad permite el desarrollo de tres tipos de libertades, si relacionamos este valor superior con la seguridad nacional veremos que este valor nos ayuda a demarcar la seguridad nacional en el sentido que los derechos que permiten el desenvolvimiento de las personas en las sociedades solo pueden ser restringidas excepcionalmente por la seguridad nacional. Como ya se mencionó, la seguridad nacional actúa como un límite de un conjunto de derechos, a manera de referencia se debe tomar en cuenta la tabla N° 7 donde en varios casos de derechos fundamentales la seguridad nacional es un límite, y puede constatarse que este límite opera sobre los derechos comprendidos dentro de la libertad protectora, como el derecho de acceso a la información pública.

³²¹ *Ibidem*, pp. 226-227.

En adición a lo antes señalado, frente a amenazas militares (ejemplo terrorismo, conflicto entre países) y amenazas no militares (ejemplo desastres naturales) los países puede dictar medidas excepcionales para enfrentarlas.

3.3.2.2.- Igualdad

El valor de la igualdad se configura en dos dimensiones: i) igualdad ante la ley o igualdad formal y ii) igualdad real o igualdad material.

La igualdad ante la ley es la igualdad reguladora del ordenamiento, una dimensión en la que se relaciona con el valor seguridad jurídica porque se pretende crear ámbitos de certeza y de saber a qué atenerse. Esta correlación de la igualdad con la seguridad jurídica conlleva a que haya exigencias de la seguridad jurídica a la igualdad tales como que la igualdad es generalizadora y representa la superación de privilegios otorgado a un sector de los ciudadanos y que las normas tienen un carácter general y abstracto. Asimismo, se presenta la igualdad procesal, por la cual la existencia de un mismo procedimiento para todos, reglas imparciales para resolver los conflictos ante los órganos jurisdiccionales y la igualdad de trato formal que conlleva a que un órgano no puede variar arbitrariamente sus modificaciones en el sentido de sus decisiones que son iguales³²².

En este punto Antonio Pérez Luño señala que la igualdad ante la ley incide en diversos planos, tales como la exigencia de la generalidad de la norma, exigencia de equiparación (tratamiento igual a situaciones iguales) y exigencia de diferenciación; es decir, que hay un tratamiento diferenciado de circunstancias y situaciones aparentemente semejantes, lo cual conlleva que se debe hacer una reglamentación distinta, esto sucede porque –como señala Antonio Pérez Luño– la igualdad ante la ley no es estática, sino dinámica³²³.

Cierto es que esta igualdad ante la ley establece que no cabe la discriminación, salvo que haya razones sustentables y esenciales que requieran la necesidad de discriminar para que realmente se presente la igualdad entre las personas, pero no cabe

³²² *Ibidem*, pp. 284-285.

³²³ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Dimensiones de la igualdad*. Madrid: Dykinson, 2005, pp. 107-108.

considerar como razones esenciales las diferencias de sexo, religión, raza, clase social, etc., puesto que estos son datos de la realidad sobre los que no corresponde establecer diferenciaciones.

Cierto es que Peces-Barba considera que la relevancia o irrelevancia de las condiciones para que se rompa el criterio de igualdad como una concepción absoluta depende de hechos y circunstancias personales que afectan contenidos de la relación jurídica³²⁴.

En este contexto es importante el rol del valor superior de solidaridad que nos ayuda a entender la necesidad de que se debe establecer una protección especial a un grupo especial de personas que se encuentran en un nivel de inferioridad como las mujeres, niños, personas con discapacidad y consumidores³²⁵.

Esta situación nos lleva a la concepción de igualdad real o igualdad material. Para Jesús González Amuchastegui, *igualdad consiste en tratar de manera igual a los iguales y de manera desigual a los desiguales*³²⁶. De manera similar, sobre este punto Peces-Barba señala que *la igualdad material supondría el criterio adecuado para que todos pudiesen llegar en igualdad de condiciones a ese ejercicio de la libertad protectora y de la libertad participación, y sería el criterio material para realizar la libertad promocional*³²⁷.

Peces-Barba desarrolla ocho puntos para identificar la igualdad material, estos son³²⁸:

- i) La igualdad material como igualdad de trato material que sería igualitarismo, si se considera la generalización como criterio.
- ii) Entre los criterios para valorar materialmente lo relevante el más adecuado es el de las necesidades básicas.

³²⁴ Gregorio Peces-Barba en su texto *Curso de derechos fundamentales. Teoría general* señala como ejemplos que la edad puede ser considerada relevante para regular la capacidad de obrar, según se haya alcanzado o no la mayoría de edad y la riqueza puede ser considerada relevante para la imposición de impuestos por el Estado.

³²⁵ PECES-BARBA, MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid; Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 287.

³²⁶ GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús. *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 209.

³²⁷ PECES-BARBA, MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*... p. 289.

³²⁸ *Ibidem*, pp. 290-293.

- iii) Los que no tienen asegurada las necesidades básicas y no puedan alcanzarlas sin un esfuerzo pueden considerar razonable que la satisfacción de esas necesidades se haga en forma de derechos.
- iv) Esta igualdad de trato material como diferenciación se puede obtener de dos maneras: se desaparece un privilegio del amparo o de la consideración como derecho fundamental y se satisface la necesidad que se requiere atender mediante un derecho subjetivo que conlleva a un deber general.
- v) El criterio de las capacidades es racionalmente válido para fundamentar deberes.
- vi) La igualdad de trato material como diferenciación genera y fundamenta derechos humanos que ayudan a cumplir el objetivo moral con la superación de los obstáculos que afectan a los titulares.
- vii) La igualdad que nos ocupa plantea una intervención sobre las reglas del libre mercado.
- viii) Se requiere tomar precauciones para evitar una generalización de las demandas, las necesidades no son subjetivas sino objetivas y la no superación de la necesidad obstaculiza el despliegue de su dignidad y alcanzar sus objetivos morales.

Es importante resaltar que en las pautas establecidas por Peces-Barba se advierte la necesidad de atender las necesidades básicas, lo cual se traslada a la construcción de derechos para lograr atender estas necesidades.

Por ello, en este espacio, las identidades de las personas vienen dadas por sus diferencias y estas deben ser respetadas y garantizadas por el principio de igualdad. En ese sentido, a fin de contribuir a emparejar tantas desigualdades, el derecho ha creado mecanismos que permiten reducir las desigualdades y se logre obtener la igualdad entre las personas, para lo cual se crean acciones positivas, que pueden ser acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa. Por las medidas positivas moderadas se establece trato desigual que buscará propiciar el ejercicio de determinados derechos a un grupo de personas sin que ello signifique afectar la titularidad de los derechos de las otras personas. En cambio, por las medidas de discriminación inversa se brinda privilegios tales como facilitar el acceso a puestos de trabajo, acceso a cargos públicos,

entre otros, a un grupo de personas que se encuentra en desventaja en relación con las demás personas (ejemplo por motivos de sexo), para buscar equiparar las desigualdades a costa de afectar los derechos del grupo de personas que no está en desventaja.

Cuando vinculemos el valor superior de la igualdad con la seguridad nacional tenemos que establecer que cuando el legislador regule la seguridad nacional respete los criterios de igualdad formal e igualdad material, de manera que no establezca discriminaciones donde no corresponda y perjudique de manera irregular los derechos de un grupo de personas.

Esta situación es más preocupante porque debido a los atentados terroristas varios países han dictado un conjunto de medidas restrictivas a un grupo específico de personas –por ejemplo los inmigrantes musulmanes, descendientes de musulmanes, etc.– lo que puede conllevar a que se afecte el valor superior de la igualdad con el establecimiento de medidas de discriminación innecesarias y que no conllevan a equiparar a los grupos de personas vulnerables sino más bien genere mecanismos de distanciamiento de estos grupos en una determinada sociedad.

3.3.2.3.- Solidaridad

Francisco Fernández Segado en su artículo *La solidaridad como principio constitucional* reconoce –en relación con la solidaridad– que es más fácil intuir que definir y delimitar la solidaridad, pero reconoce la importancia de este concepto en las constituciones³²⁹.

Si debemos indicar que tanto Gregorio Pece-Barba y Ernesto Vidal Gil se refieren a la solidaridad de los antiguos y solidaridad de los modernos. En relación con la solidaridad de los antiguos se debe considerar que diversos autores como Aristóteles, Cicerón y Séneca conciben la solidaridad como amor y unidad, sobre todo estos dos últimos autores refieren a la comunicación, amor y unión entre los hombres, humanidad y ayuda mutua, y asociación. Gregorio Peces-Barba establecerá como características de

³²⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La solidaridad como principio constitucional. En: *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 30, 2012, p. 139.

la visión de solidaridad de estos autores lo siguiente³³⁰: i) amistad o amor que alcanza a todo el género humano, ii) un objetivo de comunidad o de unidad de todos a la unidad, iii) un uso común de bienes y iv) ayuda mutua que nos viene de vivir para el otro.

Posteriormente, Tomas de Aquino vincula la solidaridad con la religión y Tomás Moro, en su obra *Utopía*, referirá a un espíritu general de fraternidad, de una vida igual en comunidad, sin propiedad privada y una crítica a los ricos y defensa de los pobre. Asimismo, Rafael Hitlodeo mencionará que debe haber un deber del soberano para cuidar la prosperidad del pueblo por lo que debe haber una acción positiva para ayudar a los pobres³³¹.

Peces-Barba señala que la solidaridad moderna nace como una reacción al individualismo y egoísmo, así tenemos que Adam Smith en su libro *La riqueza de las naciones* sostiene que la moral no afecta la economía y que la misma se rige por sus propias leyes, el mercado, división del trabajo y solo a través de ellas se logra el bienestar de las personas y la riqueza de los países. Por ello, se propicia el beneficio propio y el egoísmo en las personas. Otros autores con posiciones similares son Byron, Shelley, Carlyle, Dickens o Engels.

Para Peces-Barba, la definición de la solidaridad de los modernos se va a producir en el siglo XIX y se favorece por el proceso de generalización de los derechos humanos. Los teóricos de esta solidaridad aparecen en la revolución francesa, autores como John Stuart Mill se convierten en defensores de la solidaridad frente al egoísmo y la influencia del pensamiento socialista y anarquista³³².

La solidaridad de los modernos se convierte en un valor superior que va a relacionarse con otros valores como la libertad, la seguridad jurídica y la igualdad. En ese sentido –como señaló Peces-Barba– se puede referir³³³ que:

³³⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid; Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 264.

³³¹ Gregorio Peces-Barba Martínez en su libro *Curso de derechos fundamentales. Teoría general* señala como características de la solidaridad en los utopistas del Renacimiento a: i) la fraternidad deriva de una vida igual en comunidad, ii) aparece la crítica de la propiedad privada y de los ricos y la defensa de los pobres, iii) situación de transición desde la cultura religiosa a la cultura laica y iv) se plantea una acción positiva del derecho basada en la solidaridad, para resolver los problemas de miseria.

³³² PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid; Boletín Oficial del Estado, 1999, pp. 271-272.

³³³ *Ibidem*, pp. 279-282.

- i) La solidaridad es un valor superior que incide en la organización jurídica de la sociedad como fundamento de derechos humanos e interpretación de los derechos humanos.
- ii) El punto de partida de la solidaridad es el reconocimiento de la realidad del otro y la consideración de los problemas como no ajenos, sino susceptibles de resolverse.
- iii) La solidaridad contribuye a la creación de cauces de comunicación en la sociedad que permite un diálogo entre personas que se respetan y se reconocen.
- iv) La solidaridad fundamenta derechos, lo que se hace por intermedio de los deberes.
- v) El valor superior fundamenta derechos como los relacionados al medio ambiente y también está en la base del proceso de especificación, al detectar los grupos de personas que por razones culturales, físicas, psíquicas o de situación social (consumidores) se encuentran en una situación de inferioridad y que requiere una protección especial.
- vi) El valor solidaridad está en la raíz del impulso de la extensión de la idea de los derechos para salir del eurocentrismo de la cultura europea y atlántica y extenderse a todas las culturas.
- vii) La solidaridad es un instrumento de clave para la comprensión de la aplicación y para interpretación de los derechos.

Es importante lo señalado por Ernesto Vidal Gil cuando refiere que si bien la solidaridad de los antiguos busca reforzar la cohesión social, aunque no reconoce la diferencia, no busca ser un fundamento de derechos en una democracia. Si bien la solidaridad como virtud implica la preferencia de la dimensión comunitaria sobre lo individual puede llegar a constituirse como un fin en sí mismo. Es mediante la solidaridad de los modernos donde actúa como un principio jurídico y donde es una solidaridad respetuosa de la autonomía del sujeto³³⁴.

³³⁴ VIDAL GIL, Ernesto. Sobre los derechos de solidaridad. Del Estado liberal al social y democrático de Derecho. En: *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Época, Tomo X, 1993, pp. 92-93.

La solidaridad es un valor superior que es el sustento para la creación de derechos como el derecho al medio ambiente, derechos a la seguridad social, así como derechos a la protección de grupos vulnerables por razones culturales, económicas, físicas, situación social, entre otros, y busca favorecer a estos sectores desfavorecidos con derechos tales como derechos de las personas con discapacidad, derechos de la niñez, derechos del adulto mayor. En estos supuestos, el sustento no solo es el valor de solidaridad sino también el de igualdad, por lo que se relacionan estos dos valores superiores, pero también este valor superior se convierte en un mecanismo para crear políticas igualitarias y para ello se vincula con otros valores como la dignidad humana y la igualdad. En este contexto, ser solidario significa tomar postura, buscar interesarme por determinado tema y hacerlo mío. Debemos tener en cuenta que si bien se reconoce la importancia del ámbito colectivo y que los ciudadanos deben buscar sus planes de vida en la sociedad, en determinadas ocasiones se tiene que sacrificar los planes de determinadas personas o grupo de personas para que terceros puedan cumplir sus planes de vida o la sociedad en si obtenga beneficios con este sacrificio.

Cuando relacionamos el valor superior de solidaridad con la seguridad nacional debemos tener en cuenta que, como señalamos, este valor superior es el sustento para la creación de un conjunto de derechos (entre ellos el derecho al medio ambiente), por lo que es factible que en algunos casos los derechos fundamentales que tienen como sustento la solidaridad entren en colisión con la seguridad nacional. Este ha sido en el caso del conflicto medio ambiente-seguridad nacional, para ello se puede tener en cuenta el caso Winter, Secretario de la Marina de Guerra y otros contra el Consejo de Defensa de Recursos Naturales y otros, que se analizará en el capítulo 4.

Igualmente, es conveniente señalar que por motivos de seguridad nacional los Estados pueden dictar un conjunto de medidas excepcionales, las cuales –como antes hemos señalado– pueden vulnerar derechos de grupos específicos como los musulmanes que viven en un país extranjero, refugiados en un determinado país, grupo de personas detenidas por motivos de terrorismo. En este último caso se presenta en los casos de las sentencias de Rasul y otros contra George Bush, Presidente de los Estados Unidos y otros; Hamdí y otros contra Rumsfeld, Secretario de Defensa, y otros; Hamdan contra Rumsfeld, Secretario de Defensa, y otros, Boumediene y otros contra Bush, Presidente de los Estados Unidos, y otros y Munaf y otros contra Geren, Secretario del Ejército y

otros. En estos casos, se analiza en el Capítulo 4 si se afecta los derechos de los detenidos por terrorismo en Guantánamo para acceder al proceso de habeas corpus.

3.3.2.4.- Seguridad jurídica

Gregorio Peces-Barba en su artículo *La Seguridad Jurídica desde la Filosofía del Derecho* explica un conjunto de criterios sobre la seguridad jurídica. Explica cómo en la evolución del Estado, cuando aparece el mismo como forma política del mundo moderno y donde tiene el monopolio de la fuerza, al suprimirse el pluralismo de fuentes se genera un derecho en el Estado; se construye la primera condición para que podamos hablar de seguridad jurídica, los Estados crearán sus propias normas a ser exigibles a los ciudadanos³³⁵.

Este punto también nos lleva al segundo criterio: las normas que dicte el Estado tienen un destinatario genérico, ya no habrá normas privilegios y normas especiales³³⁶. Esta situación rompe la anarquía y las guerras de todos contra todos.

En este contexto se presenta la figura que hay un solo soberano que concentra el poder de emitir las normas y que las mismas están dirigidas en términos genéricos a todo un público. Esta situación es importante porque se rompe con la idea de que convivan diversos sistemas jurídicos que no propician la seguridad en los ciudadanos.

En una revisión de la concepción de seguridad jurídica tenemos que Néstor Pedro Sagues señala que *por “seguridad jurídica” se entenderá aquí tanto la aptitud para predecir los acontecimientos jurídicos y de darle a éstos un curso estable, como la de controlar y neutralizar los riesgos que el sistema jurídico debe afrontar*³³⁷.

Asimismo, en este punto Peces-Barba reconoce que la seguridad supone la creación de un ambiente de certeza por el cual se elimina el miedo y se favorece el clima de confianza y a la vez es el *mínimum* existencial que permite el desarrollo de la dignidad humana y hace posible la vida; el mantenimiento de esa vida con garantías y la

³³⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. La Seguridad Jurídica desde la Filosofía del Derecho. En: *Anuario de Derechos Humanos*, N° 06, 1990, pp. 217-219.

³³⁶ *Ibidem*, p. 219.

³³⁷ SAGUES, Néstor P. Jurisdicción constitucional y seguridad jurídica. En: *Pensamiento Constitucional*, Volumen IV, N° 04, p. 218.

posibilidad de una comunicación con los demás, sin sobresaltos, sin temor y sin incertidumbre³³⁸. Este tema es importante por la situación que genera la seguridad jurídica, permitiendo el desarrollo eficiente de otros valores superiores como la libertad, la igualdad, y la solidaridad.

Gregorio Peces-Barba en el artículo antes señalado y en el texto *Curso de derechos fundamentales. Teoría general* reconoce el valor jurídico de la seguridad jurídica y las relaciona con tres puntos: el poder, el derecho y la sociedad.

La relación de la seguridad jurídica con el poder se refiere al origen del poder, el ejercicio del poder y los límites del poder. Esto conlleva a tener que preguntarse: ¿quién manda?, es decir, conlleva a la existencia del soberano popular; ¿Cómo se manda?, que se entiende por los procedimientos establecidos que se deben seguir para aprobar las normas. En este punto Peces-Barba establece que se generan derechos como el derecho a la seguridad, derecho a la igualdad procesal, igualdad ante la ley, derecho a un proceso justo, derecho de defensa, derecho a un procedimiento y juez preestablecido, entre otros³³⁹.

En la relación de la seguridad jurídica con el derecho debe entenderse que a diferencia de la relación de la seguridad jurídica con el poder, la seguridad jurídica produce el derecho al regular con sus normas la realidad del poder, en esta fase hablamos de la seguridad jurídica en el derecho mismo³⁴⁰. Así tenemos que dentro de un Estado las normas deben ser entendibles y al ser parte de un sistema deben respetar el principio de jerarquía de las normas, de tal forma que hay una coherencia y plenitud en las normas, hay criterios de interpretación de las normas y éstas no deben tener carácter retroactivo. La seguridad jurídica en su relación con los subsistemas del derecho genera los criterios *in dubio pro reo* en el derecho penal y el *in dubio pro operario* en el derecho laboral.

En este punto se debe tener en cuenta lo señalado por Guillermo Oliver, cuando clasifica la seguridad jurídica como concepción objetiva y subjetiva, entendiéndose por

³³⁸ PECES-BARBA, MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*...p. 247.

³³⁹ *Ibidem*, pp. 251-252.

³⁴⁰ *Ibidem*, p. 252.

la concepción objetiva la corrección estructural y funcional del sistema jurídico a través de sus normas e instituciones, lo cual implica que las leyes sean promulgadas, publicadas; y sean normas sin lagunas, irretroactivas y estables³⁴¹.

Antonio Pérez Luño en su texto *Seguridad jurídica* ya refiere el problema del incremento de las normas en los países que cada vez hace más inviable que la ciudadanía pueda conocer el alcance de las diversas normas.

Sí es importante mencionar las condiciones frente a la seguridad jurídica que señala Pérez Luño, los cuales son: corrección estructural y corrección funcional³⁴². Por el primero se entenderá las garantías vinculadas con la formulación de las normas y están compuestas por las siguientes: *lege promulgata* (la ley debe cumplir con la adecuada promulgación), *lege manifesta* (la ley debe ser lo suficiente clara en su alcance), *lege plena* (no se debe producir consecuencias jurídicas penales para las conductas que no hayan sido anteriormente tipificadas); *lege stricta* (se debe regular mediante ley que emita el parlamento aspectos básicos de los ciudadanos como derechos fundamentales, responsabilidad criminal, etc.), *lege previa* (previamente se debe calcular los efectos jurídicos de las normas en los comportamientos) y *lege perpetua* (las normas tienden a tener ser permanentes, irretroactivas, respecto a la cosa juzgada y los derechos adquiridos).

En relación con la retroactividad de las normas, se debe señalar que la tendencia es que haya irretroactividad, esto es una manifestación de la seguridad jurídica dado que permitir la retroactividad de las normas afecta la exigencia del Estado hacia la ciudadanía para que respete y obedezca las leyes. Sin embargo, bajo ciertas circunstancias se puede permitir la irretroactividad de las normas, así tenemos los casos en que no se perjudica el status de los ciudadanos, un ejemplo son los casos de la retroactividad de las normas penales y laborales, que son favorables a los procesados y a los trabajadores.

³⁴¹ OLIVER CALDERON, Guillermo. Seguridad jurídica y derecho penal. En: *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 11, 2009, p. 186.

³⁴² PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Seguridad jurídica*. Barcelona: Ariel, 1991, pp. 24-26.

La segunda condición comprende la garantía del cumplimiento de las normas por parte de los ciudadanos y de los órganos del Estado. Se trata de que se cumpla con una de las características de un Estado de Derecho, es decir, la primacía de las leyes donde tanto los ciudadanos y el Estado las cumplan.

Finalmente, en la relación de la seguridad jurídica con la sociedad se supone la extensión del derecho a sectores tradicionalmente abandonados a la autonomía de la voluntad, a la libre acción de los particulares³⁴³.

Cuando relacionamos el valor superior de la seguridad jurídica con la seguridad nacional debemos indicar que dado que los Estados regulan mediante normas la seguridad nacional, al regularse las mismas se debe cumplir con la autoridad competente para emitir estas normas, éstas deben cumplir con el procedimiento correspondiente. Así tenemos que el Parlamento es, generalmente, la autoridad que aprueba las normas de seguridad nacional, mucho más, si en ellas se limitan los derechos fundamentales; tales son los casos de la Ley N° 23.554, Ley de Defensa Nacional y de Seguridad Interna; Decreto N° 1473, Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma a la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación de Venezuela, entre otros. Para la aprobación de estas normas se debe cumplir con el procedimiento para aprobar estas leyes. Asimismo, estas normas deben ser publicadas en el diario oficial del país para que su cumplimiento sea exigible.

Cabe indicar que conforme a lo antes indicado, las normas de seguridad nacional deben ser normas claras, normas fácilmente entendibles por la ciudadanía. En este punto, cuando revisemos las normas de seguridad se observará como uno de los problemas de las mismas, que se mezclan normas que regulan temas de seguridad nacional con otras formas de seguridad. A la par, las normas de seguridad nacional, al ser parte de un sistema normativo y considerando el principio de jerarquía, deben guardar coherencia y no contradecirse con el marco normativo.

Además, las normas de seguridad nacional no deben tener un carácter retroactivo. En este punto debemos tener en cuenta el análisis de la sentencia del caso Masykur

³⁴³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. La Seguridad Jurídica desde la Filosofía del Derecho. En: *Anuario de Derechos Humanos*, N° 06, 1990, p. 227.

Abdul Kadir contra el Gobierno y la Asamblea Representativa del Pueblo de la República de Indonesia emitida por la Corte Constitucional de Indonesia.

3.4.- Derechos humanos y seguridad nacional

La concepción de los derechos humanos, entendida bajo la concepción de Eusebio Fernández, considera que *la fundamentación ética o axiológica de los derechos humanos fundamentales parte de la tesis de que el origen y fundamento de estos derechos nunca pueden ser jurídico sino previo a lo jurídico*³⁴⁴. Esta concepción parte de una fundamentación en valores esenciales, condiciones inexcusables de una vida digna, exigencias relacionadas con la dignidad humana, tales como la seguridad jurídica, la libertad y la igualdad³⁴⁵.

Para Eusebio Fernández, los derechos humanos aparecen como derechos morales, exigencias éticas que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres y que el derecho les da reconocimiento y protección. En este sentido, el derecho – entendido como derecho positivo– no genera los derechos humanos, pero su labor será reconocerlos y convertirlos en normas jurídicas. En este punto este autor enfatiza que *con el término “derechos morales” pretendo describir la síntesis entre los derechos humanos entendidos como exigencias éticas o valores y los derechos humanos entendidos paralelamente como derechos*³⁴⁶.

En una revisión de los tipos de derechos humanos tenemos a los derechos civiles y políticos, derechos que buscan proteger las libertades políticas de las personas; pero los derechos humanos no son estáticos, si no que se desarrollan y amplían con el tiempo. Así tenemos que los derechos económicos y sociales (los cuales tienen una connotación diferente a los derechos civiles y políticos que son un límite a la actuación del Estado), exigen al Estado dictar medidas en favor del desarrollo de estos derechos. Es más, como señala Antonio Pérez Luño: *Existe, pues, una evidente diferencia entre la categoría de derechos tradicionales que especifican el principio de libertad, y estos nuevos derechos*

³⁴⁴ FERNÁNDEZ, Eusebio. El problema del fundamento de los derechos humanos. En: *Anuario de Derechos Humanos*, Volumen N° 01, 1987, p. 97.

³⁴⁵ *Ibidem*, pp. 98 y 104.

³⁴⁶ *Ibidem*, p. 99.

*de signo económico, social y cultural que desarrollan las exigencias de la igualdad*³⁴⁷. Ejemplos de los derechos económicos y sociales son: derecho a la educación, derecho a la salud, derecho al trabajo, etc.

En adición a lo antes señalado, se ha creado los derechos de la tercera generación, derechos que están vinculados con la protección del medio ambiente, como el derecho al medio ambiente equilibrado, derecho a la paz, derecho a la tranquilidad, etc. Varios de estos derechos han nacido en tratados internacionales, los cuales luego han sido incorporados en las constituciones políticas.

Respecto a la concepción de los derechos humanos, compartimos la concepción de los derechos humanos que asume Antonio Pérez Luño:

*“(…) los derechos humanos aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidos positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”*³⁴⁸.

La ventaja de esta concepción es que vincula los derechos humanos con la dignidad y los valores superiores de libertad y la igualdad; valores esenciales de los estados democráticos. Además, al señalarse *“cada momento histórico”*, hace referencia que los derechos humanos son evolutivos y se desarrollan en las sociedades, conforme se ha expuesto anteriormente. Este punto es relevante porque *“como se ha señalado”* al desarrollar la dignidad y los valores superiores, se desarrollan los derechos humanos. A manera de referencia: a partir del valor supremo dignidad nace el derecho a la vida, el derecho a la integridad física; igualmente, a partir del valor libertad nacen los derechos civiles y políticos como el derecho a la libertad de expresión, derecho de reunión, derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, etc. Asimismo, a partir de los valores de igualdad y solidaridad nacen el derecho al medioambiente, los derechos de las personas con discapacidad, los derechos del adulto mayor, etc. En relación con el valor seguridad jurídica, de este valor se deriva el derecho a la no aplicación retroactiva de las normas.

³⁴⁷ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1999, p. 83.

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 48.

Al relacionar esto último con lo antes señalado, Gregorio Peces-Barba señala que los derechos humanos tienen un proceso que está compuesto en las siguientes etapas: i) proceso de positivación, ii) proceso de generalización, iii) proceso de internacionalización y iv) proceso de especificación.

De acuerdo con Peces-Barba en el proceso de positivación se presenta una progresiva toma de conciencia de la necesidad de dotar de derechos a los ciudadanos, la positivación se apoya en las ideas de que el derecho es expresión del soberano y la fundamentación pactista del poder (propia del concepto liberal). Ya había la idea de positivación en la Declaración del Hombre y del Ciudadano³⁴⁹, todas las inclusiones de la idea en textos jurídicos conllevan la idea de la positivación. Después del siglo XIX la positivación se convierte en una condición esencial para la eficacia social de los derechos, crece el protagonismo del derecho judicial en la positivación de los derechos, los contenidos de la positivación de los derechos están influidos y dependen del proceso de reflexión de la filosofía de los derechos fundamentales y la positivación de los derechos fundamentales produce un interés de la filosofía jurídica y de las diferentes ramas de la ciencia del derecho³⁵⁰.

Para Peces-Barba, el proceso de generalización implica un progresivo avance en el sentido que los derechos son para todos los seres humanos. Es una fase en que los derechos trascienden a su creación y se convierten en una herramienta ética, aunque se reconoce que esta generalización se tuvo que enfrentar con una práctica restrictiva que circunscribía el disfrute de los derechos a una clase social³⁵¹.

El proceso de internacionalización es una etapa en que la comunidad internacional mediante diversos tratados (como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros) han incorporado los derechos humanos y mecanismos de protección de los mismos. Esta situación se

³⁴⁹ En el artículo 16º de la Declaración del Hombre y del Ciudadano refiere que las sociedades en las que las garantías de los derechos no esté asegurada ni haya separación de poderes no tienen constitución.

³⁵⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1999, pp. 157-159.

³⁵¹ *Ibidem*, pp. 160-161.

presenta con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, aunque Peces-Barba explica un conjunto de antecedentes a esto tratados³⁵². Ciertamente es que entre las razones que explican esta situación tenemos la influencia de la realidad social cada vez más abierta a superar las fronteras y la mayor importancia del ser humano como proceso de humanización que afecta la soberanía de los Estados, pero Peces-Barba reconoce como una limitación la inexistencia de un poder político supranacional con plenos poderes³⁵³.

El proceso de especificación o de concreción se refiere no solo a la selección y matización de los derechos ya existentes, sino también a la aportación de nuevos elementos que lo enriquecen. En este sentido, la especificación se produce en relación con los titulares de los derechos que corresponde a una condición social o cultural de personas que se encuentran en situación de inferioridad y que requiere de una garantía para superar la discriminación o la desigualdad (ejemplo, los derechos de la mujer), condición física de las personas que por alguna razón se encuentre en situación de inferioridad en las relaciones sociales y obliga a una protección por razones de solidaridad (ejemplo, derechos de las personas con discapacidad). En relación con los contenidos, Peces-Barba refiere a los derechos relativos al medio ambiente, derecho al desarrollo y derecho a la paz³⁵⁴.

Estos derechos humanos tienen tres características: universales, absolutos e inalienables.

La inalienabilidad de los derechos humanos significa que no son de libre disposición de los titulares de dichos derechos, no se puede renunciar ante estos derechos.

Los derechos humanos son universales, dado que no solamente han sido recogidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, sino porque además, han sido desarrollados en tratados internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Convenio

³⁵² Entre los principales tratados que cita Gregorio Peces-Barba tenemos al Convenio Internacional sobre la Abolición de la Esclavitud y el Comercio de Esclavos de fecha 25 de septiembre de 1926, Convención de Ginebra de 1864, Convención de Ginebra de 1929 (sobre protección de heridos y enfermos en tiempos de guerra), etc.

³⁵³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales. Teoría general...* pp. 176-177.

³⁵⁴ *Ibidem*, pp. 180-197.

Europeo de Derechos Humanos y en las diversas constituciones de los países del mundo. Sin embargo, en este punto, Luis Prieto Sanchís cuestiona esta característica porque considera que no se puede hablar de universalidad en relación con los titulares de los derechos, porque si bien estos derechos pueden estar positivados en un ordenamiento jurídico, actúan como un elemento excluyente y restrictivo respecto de los sujetos que no son destinatarios en este ordenamiento y se reconoce derechos que solo son reconocidos a grupos específicos³⁵⁵. Ejemplos sobre este punto son el derecho del detenido a ser informado de sus derechos y las causas de la detención, derecho al juez ordinario y previamente determinado por ley, entre otros.

Al señalar que los derechos humanos son absolutos debemos tener en cuenta que los derechos humanos son relevantes puesto que la plena vigencia de éstos son un requisito indispensable en los Estados de Derecho; caso contrario, estamos ingresando al campo de las dictaduras. Pero si bien se parte de la premisa de que los derechos humanos tienen plena vigencia, no se admite que los derechos humanos sean absolutos en todos los casos, hay que tener en cuenta que los derechos no son absolutos puesto que los propios ordenamientos establecen límites a los derechos. Este punto se debe relacionar con la seguridad nacional, la cual busca brindar seguridad a los ciudadanos, puesto que, como ya se explicó en la tabla N° 7, la seguridad nacional actúa como límite de varios derechos fundamentales como el derecho a la propiedad, derecho de acceso a la información pública, libertad sindical y derecho de huelga, la seguridad nacional actúa como límite de estos derechos.

Asimismo, la seguridad nacional es una de las razones para que los Estados puedan declarar el estado de excepción, por medio del cual se suspende un conjunto de derechos como la libertad de reunión, libertad de tránsito, inviolabilidad del domicilio, libertad de opinión, secreto de las comunicaciones e inviolabilidad de las correspondencias.

Lo relevante es que si evaluamos la importancia de los derechos fundamentales antes referidos, tenemos que buscar limitar al poder; y dado que se pretende la plena vigencia de los derechos, los límites deben tener un carácter restrictivo en su alcance.

³⁵⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: 1990, p. 70.

3.5.- Las formalidades de la seguridad nacional

En adición a lo antes señalado y conforme se ha expuesto en la tabla N° 6 del segundo capítulo, diversos tratados internacionales han señalado expresamente a la seguridad nacional como una limitación a los derechos fundamentales. A la par, en la tabla N° 7 del presente capítulo se ha explicado la forma en que este punto ha sido recogido por varias constituciones de los países de América del Sur, tales como el derecho al acceso a la información pública, derecho a la propiedad, entre otros. Por ello, en tanto la seguridad nacional actúa como un límite a los derechos fundamentales de las personas, es necesario que la misma deba establecerse mediante ley dictada por el Congreso de la República.

En este contexto, se debe emitir una ley que regule la seguridad nacional, la cual debería mínimamente reunir un conjunto de puntos a desarrollarse. En primer lugar, debe ser una ley que desarrolle solamente la seguridad nacional del país, puesto que la especialidad del tema amerita que se requiera una ley que desarrolle este tema sin entremezclar con otras formas de seguridad como la seguridad ciudadana; un ejemplo de entremezclar diversas formas de seguridad es la Ley N° 1337/97, de Defensa Nacional y de Seguridad Interna de Paraguay, donde se advierte una norma descompensada en su estructura, así por ejemplo, pese a que la norma regula la seguridad nacional y seguridad interna, solamente se desarrollan como conceptos soberanía, independencia, integridad territorial y autoridad legítimamente constituida. Similar problema se advierte en la Ley de Seguridad Pública y del Estado de Ecuador que entremezcla la seguridad nacional, seguridad ciudadana y el sistema de inteligencia y contrainteligencia. Este punto debemos relacionar con el hecho de que al entremezclar la seguridad nacional con otros temas se desarrollen temas no comprendidos como elaboración de planes de seguridad ciudadana, sistema de inteligencia, etc.

En segundo lugar, es necesario que deba desarrollarse un capítulo de definiciones donde se desarrollen los diferentes conceptos relacionados con la seguridad nacional como el mismo concepto de seguridad nacional, defensa nacional, plan de seguridad nacional, estrategia de seguridad, sistema de seguridad nacional y plan de movilización puesto que estas definiciones contribuirán a entender mejor el sistema de seguridad. Este punto guarda concordancia con lo señalado en el acápite 3.2 del

presente capítulo donde se explicó cómo razones para construir un concepto de seguridad nacional que este concepto opera como un límite a los derechos fundamentales, siendo necesario construir un concepto razonable y no se dé excesos como restricción de los derechos fundamentales y al haber un concepto de seguridad nacional, los jueces, congresistas, funcionarios públicos, etc, entenderán que se debe entender por seguridad nacional y aplicarlo correctamente en sus labores.

Advertimos, no obstante, que en algunas regulaciones este tema no se ha aprovechado, como en los casos de la Ley N° 23.554, Ley de Defensa Nacional de Argentina y la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación de Venezuela y el Decreto Legislativo N° 1129, Decreto Legislativo que Regula el Sistema de Defensa Nacional de Perú.

En tercer lugar y relacionado con el primer punto consideramos que no es conveniente que se desarrollen en este acápite temas no vinculados directamente con la seguridad nacional como el desarrollo de conceptos no relacionados con la seguridad nacional como es el caso de la Ley N° 1337/97 de Paraguay donde se desarrolla el concepto de seguridad interna³⁵⁶, asimismo, en el Decreto N° 1473 de Venezuela se desarrollan conceptos de desarrollo integral, familia, pueblos indígenas, patrimonio cultural, diversidad biológica, recursos genéticos y otros recursos naturales, calidad de vida, orden interno y órganos de seguridad ciudadana³⁵⁷. Asimismo, consideramos que no es conveniente que se desarrollen en este acápite temas no vinculados directamente con la seguridad nacional, como concepto de seguridad ciudadana, amenazas a la seguridad nacional, puesto que en este último caso la naturaleza de las mismas es voluble, cambiante en el tiempo y se corre el riesgo de desactualizarse. Además, modificar una ley no se puede hacer de manera inmediata, se requiere todo un proceso legislativo para modificarla, por lo que es aconsejable que las amenazas sean desarrolladas en los Libros de Defensa Nacional.

³⁵⁶ La Ley N° 1337/97 de Defensa Nacional y de Seguridad Interna de Paraguay en su artículo 37° desarrolla el concepto de seguridad interna.

³⁵⁷ El Decreto N° 1473, Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación de Venezuela desarrolla el concepto de desarrollo integral en el artículo 4°, el concepto de familia en el artículo 9°, el concepto de patrimonio cultural en el artículo 10°, el concepto de pueblos indígenas en el artículo 11°, el concepto de calidad de vida en el artículo 17°, el concepto de orden interno en el artículo 18° y el concepto de órganos de seguridad ciudadana en el artículo 23°.

En cuarto lugar, en esta misma norma se debería desarrollar las entidades públicas que conforman el sistema de seguridad nacional, el cual debería estar conformado por los ministerios, gobiernos regionales y locales, el consejo de seguridad y la entidad pública que dirige la inteligencia en el país y el Ministerio de Justicia.

En quinto lugar, este sistema de seguridad nacional debe ser dirigido por un consejo de seguridad nacional, el cual debe estar integrado por los ministros de los ministerios directamente vinculados con la seguridad nacional tales como: ministro de defensa, ministro de justicia, ministro de relaciones exteriores, ministro de economía, ministro del interior, presidente del Consejo de Ministros; así como el jefe de la entidad pública que dirige la inteligencia nacional. Dada la importancia de la seguridad nacional en las sociedades, el propio Presidente de la República debe dirigir este consejo. Este consejo es un espacio de reflexión y de decisión de las principales decisiones de seguridad nacional como son: definir los objetivos de seguridad nacional, aprobar la política de seguridad nacional, el plan nacional de seguridad nacional, la estrategia de seguridad nacional, las directivas sobre seguridad nacional, las normas complementarias sobre la seguridad nacional y, en general, medidas para el perfeccionamiento de la seguridad nacional.

En este sentido, se observa como un problema que varios de los consejos de seguridad nacional cumplen funciones principalmente de asesoramiento al Presidente de la República en temas de defensa nacional, pudiendo preparar informes, dictámenes sobre este tema y pudiendo elaborar propuestas que son elevadas al mismo, es el caso de la Ley N° 1337/97 de Paraguay, de la Ley de Seguridad Pública y del Estado de Ecuador, Ley N° 23.554 y Ley de Defensa Nacional de Argentina. En el caso del Decreto N° 1473 de Venezuela, se advierte que el Consejo de la Defensa de la Nación tiene roles mayores como al de asesoramiento como formular la política de seguridad, elaborar el concepto estratégico de la Nación, fomentar la participación activa del Poder Público y de la población en temas de seguridad, aprobar directivas para colaborar con la movilización y desmovilización, entre otros³⁵⁸.

³⁵⁸ Artículo 38° del Decreto N° 1473, Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación de Venezuela.

En sexto lugar, es conveniente que este consejo de seguridad nacional cuente con una secretaría técnica que sea un área de apoyo, de asistencia al consejo de seguridad nacional y, por tal, debe tener como funciones: llevar los libros de acuerdos, verificar el cumplimiento de los acuerdos, realizar coordinaciones entre los miembros del consejo de seguridad, realizar estudios e investigaciones en temas específicos a pedido del consejo de seguridad nacional, entre otros.

En séptimo lugar, se sugiere que dentro de esta norma se desarrolle el proceso de movilización para enfrentar tanto las amenazas militares como las no militares, lo cual implica que se desarrollen las entidades públicas que dirigen estos procesos y las funciones de los mismos, así como las fases del proceso de movilización y los recursos de la movilización.

En octavo lugar, no consideramos conveniente que en esta ley se desarrollen temas no vinculados con la seguridad nacional como función de las fuerzas armadas, presupuesto, elaboración de planes de seguridad ciudadana, sistema de inteligencia o sanciones penales relacionadas con la seguridad nacional, dado que este punto debe desarrollarse en el Código Penal y no en esta ley. Sin embargo, advertimos que se presenta en varias regulaciones, como la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación de Venezuela, Ley N° 23.554, Ley de Defensa Nacional de Argentina y Ley N° 1337/97, de Defensa Nacional y de Seguridad Interna de Paraguay. En estas normas se desarrollan sanciones penales vinculadas a la seguridad nacional básicamente en los siguientes puntos: i) del que niega, retrasa o falsifica información que requieren las autoridades vinculadas a la seguridad nacional, ii) divulgación de información a tercero que comprometa la seguridad nacional y iii) el que entorpezca la defensa nacional, la movilización o perturbe o afecte el funcionamiento de algún servicio básico³⁵⁹.

En noveno lugar, consideramos que es necesario que se desarrolle en una ley de seguridad nacional la vinculación de la seguridad nacional con la transparencia, si bien se entiende que mucha información que se desarrollen dentro del sistema de seguridad nacional por su naturaleza debe ser reservada, no es viable que toda la información lo

³⁵⁹ En el caso de de la Ley N° 1337/97 de Defensa Nacional y de Seguridad Interna también sanciona otros supuestos como: i) a los integrantes de las fuerzas armadas que llamados a enfrentar un conflicto armado no concurren al llamamiento que se le hiciesen.

sea, por ello, es conveniente que haya una clausula dentro de la norma que desarrolle este punto.

Sin embargo, si debemos advertir que en el caso de la Ley N° 23.554, Ley de Defensa Nacional de Argentina no se ha desarrollado este punto y en el caso peruano, el Decreto Legislativo N° 1129, Decreto Legislativo que regula el Sistema de Defensa Nacional de Perú ha optado por una posición muy cerrada donde toda la información relacionada a la seguridad nacional se considera información reservada³⁶⁰, sólo en el caso del Decreto N° 1473 de Venezuela se ha optado correctamente por señalar que cierta información que se maneje dentro del sistema de seguridad nacional por su naturaleza será reservada y se clasificara en ese sentido y toda la demás información será pública y estará a disposición de terceros que lo soliciten dentro del ejercicio de su derecho de acceso a la información pública³⁶¹. En el caso de la Ley N° 1337/97 de Defensa Nacional y de Seguridad Interna solamente se ha optado por señalar que las deliberaciones del Consejo de Defensa Nacional son reservadas y que el propio Presidente del Consejo de Defensa Nacional determinará en qué casos los temas tratados en el Consejo puede darse de conocimiento a terceros.

³⁶⁰ **Decreto Legislativo N° 1129, Decreto Legislativo que regula el Sistema de Defensa Nacional**

Artículo 12°.- Acceso a la información

Los acuerdos, actas, grabaciones, transcripciones y en general, toda la información o documentación que se genere en el ámbito de los asuntos referidos a la Seguridad y Defensa Nacional, y aquellos que contienen las deliberaciones sostenidas en la sesiones del Consejo de Seguridad y Defensa Nacional, son de carácter secreto.

³⁶¹ **Ley Orgánica de Seguridad de la Nación**

Artículo 27°.- Clasificación de actividades, información y documentos

Las actividades, información y documentos derivados de la planificación y ejecución de actividades u operaciones concernientes a la seguridad y defensa de la Nación, obtenidas por el Sistema Nacional de Inteligencia y Contrainteligencia, serán agrupados, según la naturaleza de su contenido, en clasificados y no clasificados. Los clasificados se registrarán por la ley respectiva, y los no clasificados serán de libre acceso.

CAPÍTULO CUARTO

Criterios para delimitar la procedencia de la limitación de los derechos fundamentales por la seguridad nacional

En este capítulo cuarto explicaremos los alcances de la ponderación como herramienta que nos puede ayudar a demarcar los límites de los derechos fundamentales por la seguridad nacional.

Asimismo, analizaremos la jurisprudencia de los altos tribunales de Estados Unidos, Reino Unido, Canadá, Nueva Zelanda, Alemania e Indonesia, países que han analizado más el tema de seguridad nacional en sus sentencias y la han relacionado con el valor máximo de dignidad, los valores superiores (seguridad jurídica, libertad, solidaridad e igualdad) y los derechos humanos, de tal manera que nos permitirá establecer pautas y criterios que ayudarán a trazar una delimitación.

4.1.- La ponderación como herramienta para delimitar la limitación de los derechos fundamentales por la seguridad nacional

En el marco normativo de determinado país existen diferentes caminos para elaborar normas, lo cual –generalmente– ocasiona que se presenten contradicciones normativas. Luis Prieto Sanchís señala que esta situación se presenta porque *ese conjunto de normas que llamamos Derecho positivo es el fruto de actos de producción normativa sucesivos en el tiempo y que responden además a intereses e ideologías heterogéneas*³⁶². Frente a esta situación existen diferentes caminos para resolver este problema: primero, una ley superior deroga a una ley inferior; segundo, en el ámbito cronológico, una ley posterior deroga a la ley anterior; y tercero, se recurre al criterio de especialidad en el caso de normas del mismo nivel.

El problema se presenta cuando entre estas normas no se puede percibir una vinculación de especialidad; es más, en el ámbito abstracto no se advierte esta contradicción, pero sí frente a un caso práctico. En esta situación la ponderación es una

³⁶² PRIETO SANCHÍS, Luis. El juicio de ponderación constitucional. En: Carbonell, Miguel; Grandez Castro, Pedro (coords.). *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*. Lima: Palestra editores, 2010, p.82.

herramienta que nos ayuda a resolver estos problemas. Carlos Bernal, en su artículo *La racionalidad de la ponderación*, refiere a la ponderación como una “relación de precedencia condicionada” entre los principios, teniendo en cuenta las circunstancias del caso³⁶³, y a criterio de Ricardo Guastini, *la ponderación consiste en establecer una jerarquía axiológica móvil entre dos principios en conflicto*³⁶⁴.

Considerando lo antes mencionado, a nuestro criterio la ponderación es un proceso que consiste en preferir uno de dos principios que se hallan en colisión en un caso específico. Pero esto no conlleva a que uno de los principios desplace permanentemente al otro, sino que en determinados contextos se preferirá un principio específico; es decir, cada solución solo valdrá para una controversia en específico, esto hace que no se pueda prever la solución de un conflicto similar en una futura controversia. A fin de entender que estamos frente a un caso de ponderación debe tratarse de un conflicto en concreto entre principios que se presentan en simultáneo y dichos principios deben estar recogidos en normas que tiene el mismo estatus formal.

Sin embargo, este proceso no ha sido ajeno a las críticas. Así tenemos, que Carlos Bernal en su artículo *La racionalidad de la ponderación* desarrolla un conjunto de críticas a la ponderación, entre ellas:

- Indeterminación, porque se considera a la ponderación como una fórmula retórica donde no hay un concepto claro y no hay criterios jurídicos que garanticen su objetividad.
- Incommensurabilidad, dado que la ponderación implica la comparación de dos principios que al ser diferentes no son comparables, más aun si no hay una organización jerárquica entre los principios.
- Imposibilidad de predecir los resultados de la ponderación, pues brinda resultados particulares –y no hay criterios generales– que dependen de las circunstancias de cada caso. Por ello se afirma que la ponderación es irracional.

³⁶³ BERNAL PULIDO, Carlos. La racionalidad de la ponderación. En: Carbonell, Miguel; Grandez Castro, Pedro (coords.). *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*. Lima: Palestra editores, 2010, p. 46.

³⁶⁴ GUASTINI, Ricardo. Ponderación: un análisis de los conflictos entre principios constitucionales. En: Carbonell, Miguel; Grandez Castro, Pedro (coords.). *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*. Lima: Palestra editores, 2010, p. 78.

En consideración a lo antes señalado, es necesario remarcar que se dan situaciones en que un juez no conoce toda la realidad del caso (algo relevante a fin de que pueda realizar un análisis al detalle que le permita resolver el caso de manera más acertada) y a pesar de contar con un procedimiento que rige su actividad, siempre habrá un margen de subjetividad del juez. Es imposible eliminar tal subjetividad, sobre todo en los casos límite donde el juez, por las circunstancias del caso, tendrá mayor margen de deliberación.

En relación con las pautas usadas para la aplicación de la ponderación tomaremos las señaladas por Luis Prieto Sanchís:

- Primero, se debe presentar un caso específico de conflicto de principios donde se enjuician los comportamientos de los particulares.
- Segundo, en la ponderación se requiere acreditar la idoneidad de la medida objeto de enjuiciamiento en orden a la protección o consecuencia de la finalidad expresada.
- Tercero, se debe analizar la necesidad de la medida, en el sentido que no se cuenta con otra que pueda resultar menos gravosa o restrictiva que la aplicación de la ponderación. Esto ocurre porque la justificación de la ponderación puede alcanzarse mediante una pluralidad de actuaciones y por ello es necesario elegir la menos perjudicial.
- Cuarto, aplicar el juicio de la proporcionalidad, en el comprendido que debe haber un equilibrio entre los beneficios que se obtiene con la medida para beneficiar un principio y los daños que dicha medida puede ocasionar al ser preferida en lugar de otro principio³⁶⁵.

Debemos indicar que en los marcos normativos no hay una jerarquía de principios que permita llegar a una solución entre los conflictos de principios sin recurrir a la figura de la ponderación; asimismo, que no procede buscar una conciliación o un equilibrio entre los principios, a pesar de saber que la ponderación se presenta entre dos principios dentro de un caso específico y que la solución conseguida –que corresponde solo a ese caso– ha sido el resultado de la elección de uno de ellos.

³⁶⁵ Robert Alexy en el texto *Teoría de los derechos fundamentales* establece otro criterio al señalar que la ponderación implica tres fases: definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, definir la importancia de la satisfacción del principio que juega en contrario y definir si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación a la no satisfacción del otro.

Sin embargo, es importante rescatar lo que señala Bernal sobre el “peso abstracto” de los principios, dado que existen determinados principios que por su importancia en las sociedades democráticas van a tener mayor importancia, tenemos como ejemplo el principio de protección de la vida o el de protección de la dignidad humana; por tanto, en una colisión con otros principios aquellos van a tener preferencia. En este punto también es necesario rescatar lo que señala Luis Prieto Sanchís cuando refiere:

“En resumen cabe precisar que hay casos centrales en los que las circunstancias relevantes se repiten y que debería dar lugar a la construcción de una regla susceptible de universalización y subsunción; aunque tampoco puede dejarse de pensar en la concurrencia de otras propiedades justificadoras capaces de producir una alteración en el orden de los principios”³⁶⁶.

Por ello, a nuestro criterio, es viable que, dada la importancia de los principios, se pueda establecer ciertos criterios generales para la preponderancia de determinados principios. En esta línea también nos podemos apoyar en la jurisprudencia y la doctrina para identificar los principios que nos permitirán construir estos criterios generales.

También debemos considerar lo que señala Irwin Cotler, quien indica que de manera similar, *la legislación ha sido caracterizada, sino algunas veces descaracterizada, en términos de seguridad nacional vs libertades civiles en análisis sum cero cuando lo que está envuelto aquí es la legislación “seguridad humana” que pretende proteger ambos seguridad nacional y libertades civiles*³⁶⁷.

Si bien se reconoce que a raíz de los atentados del 11 de setiembre de 2001 –y los posteriores en Inglaterra y España– diversos países dieron mayor prioridad a la seguridad nacional y modificaron sus normas, especialmente en temas de terrorismo internacional. Cotler entiende que se debe tener un nuevo enfoque sobre el terrorismo que hoy tiene alcance global, ha trasgredido las fronteras y posee nuevas estrategias que difieren del terrorismo tradicional contra el cual se habían enfrentado los países; y que

³⁶⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis. Op cit, pp. 106-107.

³⁶⁷ COTLER; Irwin. Thinking Outside of the Box: Foundational Principles for a Counter-Terrorism Law and Policy. En: Daniels, Ronald; Macklem, Patrick; Roach, Kent (eds.). *The Security of Freedom. Essays on Canada's Anti-terrorism Bill*. Toronto: University of Toronto Press Incorporated, 2001, p. 112.

por lo tanto, se debe aprobar una nueva legislación capaz de enfrentar este nuevo fenómeno.

Cotler considera, además, que bajo el concepto de seguridad humana se puede permitir la emisión de normas contra el terrorismo, las cuales descansan en la seguridad que brindan a los ciudadanos, y por ello con dichas normas se protege implícitamente a los ciudadanos, en especial sus derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad. Esto nos lleva a la idea que no se podría enfrentar una colisión entre la seguridad nacional y los derechos humanos que conlleve a la ponderación. Sin embargo, en esta posición no se considera que con la emisión de estas normas se pueda afectar derechos fundamentales como el derecho a la privacidad, a la libertad de expresión, a la intimidad y tantos otros. Inclusive, con esta posición no se resuelve el conflicto entre los derechos fundamentales y la seguridad nacional, sino que se privilegia las normas sobre seguridad nacional y se busca justificar la acción del gobierno en este campo.

Cabe recordar, en adición a lo antes señalado, que cuando señalamos las características de un Estado de Derecho, una de ellas fue la plena vigencia de los derechos humanos. Y si bien se entiende que la seguridad nacional opera como un limitante a los derechos humanos, es necesario establecer criterios para actuar cuando procede este limitante o cuando no. De ahí la importancia de establecer criterios o pautas que nos ayuden a resolver este conflicto entre derechos y seguridad nacional.

4.2.- Dignidad, valores superiores, doctrina y jurisprudencia: criterios para el balance entre los derechos fundamentales y la seguridad nacional

Debemos precisar que si bien varios países anglosajones ya habían sufrido atentados terroristas con mucha anterioridad al 11 de setiembre de 2001³⁶⁸ –y que incluso dictaron medidas contra el terrorismo–, los efectos del atentado contra el Centro de Comercio Mundial en Nueva York y los atentados perpetrados posteriormente en

³⁶⁸ A manera de referencia tenemos que el 8 de noviembre de 1987 en la ciudad de Enniskillen el IRA ejecutó un atentado en la celebración del *Remembrance Day*, que provocó la muerte de 11 personas. El 26 de febrero de 1993 Al Qaeda explotó un coche bomba en el estacionamiento de una de las torres del World Trade Center de Nueva York (Estados Unidos) que causó la muerte de seis personas y dejó 1000 heridos, en promedio. El 23 de octubre de 1993, en Belfast (Irlanda del Norte) el IRA hizo estallar una bomba en el centro comercial de Shenkill y causó la muerte de 10 personas y dejó a 56 heridas. El 19 de abril de 1995 se produjo un atentado en el edificio federal Alfred P. Murrah que causó la muerte de 168 personas y dejó heridas a 500. El 7 de agosto de 1998 Al Qaeda realizó atentados contra las embajadas de Estados Unidos en Nairobi (Kenia) y Dar es Salaam (Tanzania).

ciudades importantes como Madrid y Londres, provocaron en las poblaciones de los países anglosajones mucha preocupación por el grado de preparación de sus gobiernos para enfrentar al terrorismo internacional³⁶⁹, en especial por las nuevas características de este fenómeno, que es un terrorismo que actúa con núcleos básicos, poco conocido y con nuevas estrategias de ataque. De ahí, la exigencia de estas poblaciones a sus gobiernos a fin de que empleen nuevas herramientas en la lucha contra este fenómeno.

En ese sentido, países como Estados Unidos, Canadá, Reino Unido, Australia, Nueva Zelanda y Sudáfrica emitieron diversas normas relacionadas con la seguridad a fin de enfrentar este problema, varias de ellas a pocas semanas del atentado del 11 de setiembre de 2001. Por ejemplo, Canadá aprobó el Anti-Terrorism Act (en el año 2001),³⁷⁰ Estados Unidos aprobó The Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act (USA PATRIOT Act se aprobó en el año 2001)³⁷¹, Reino Unido aprobó The Anti-Terrorism, Crime and Security Act (en el año 2001), Nueva Zelanda aprobó The Terrorism Suppression Act (en el año 2002), Australia aprobó The Security Legislation Amendment Terrorism Act (en el año 2002) y Sudafrica aprobó The Anti-Terrorism Act y The Protection of Constitutional Democracy Against Terrorist and Related Activities Act.

Al emitir un conjunto de normas para combatir el terrorismo, estos países desarrollaron varios temas como son: la definición de terrorismo, actividades terroristas, el combate contra el financiamiento de los grupos terroristas, el apoyo y encubrimiento de estos grupos terroristas, la proscripción del funcionamiento de organizaciones terroristas, entre otros. Cabe indicar que en varias de estas normas se aprobaron figuras cuestionables; así tenemos que la definición de actividades de terrorismo es tan amplia que comprende la violencia motivada ideológicamente, política o religiosa, por lo cual puede abarcar dentro de ellas acciones como las protestas de sindicalistas, medioambientalistas o estudiantes y, en general, protestas que no estén enfocadas en destruir el Estado de Derecho, con lo cual se distorsiona la naturaleza del terrorismo y termina vulnerando derechos fundamentales como la libertad de expresión y derecho de

³⁶⁹ Los ministros Mc Cellum e Irwin Cotler expresaron en su presentación ante el Parlamento de Canadá que el público canadiense apoya los procedimientos específicos que preservan la seguridad de Canadá, por ello, el gobierno tiene la responsabilidad de responder y el Anti-Terrorism Act es parte de tal respuesta.

³⁷⁰ El Parlamento de Canadá aprobó esta norma el 24 de diciembre del 2001.

³⁷¹ El Congreso de Estados Unidos aprobó esta norma el 25 de octubre de 2001.

reunión. Esta situación se ha presentado en las legislaciones de Canadá, Estados Unidos, Reino Unido y Australia³⁷².

Igualmente, estos países crearon un conjunto de instituciones con nuevas funciones en seguridad. A manera de referencia señalamos que en Canadá se crearon The Canadian Security and Intelligence Service (SIS)³⁷³, The Communications Security Establishment (CSE)³⁷⁴, The Financial Transaction Reports Analysis Centre of Canadá³⁷⁵, The Canadian Air Transport Security Agency (ATSA)³⁷⁶, Public Safety and Emergency Preparedness (PSEPC), National Security Advisor to the Prime Minister, Canadá Border Services Agency (BSA)³⁷⁷, entre otras agencias.

Si bien se crearon varias agencias de seguridad, no necesariamente en varias de ellas se crearon sistemas de supervisión adecuados para verificar el correcto cumplimiento de sus funciones y evitar excesos que afecten los derechos fundamentales de sus ciudadanos. Esto ha sido más visible en las agencias de inteligencia: así tenemos que en Canadá, The Canadian Security and Intelligence Service (CSIS) cuenta con un Inspector General, el cual sirve como auditor interno que hace una certificación anual para el ministro y un reporte anual para el director de la entidad; paralelamente, existe la figura del Comisionado del Communications Security Establishment (CSE) quien revisa que las operaciones se ajusten a la ley³⁷⁸ hace, además, un reporte anual para el Ministro de Defensa Nacional.

Sin desmerecer que las supervisiones internas y externas son muy especializadas, Werley K. Wark observa que no hay una participación del público en estas supervisiones, en gran medida por el carácter de secreto de la información. De ahí que este autor considere conveniente crear un sistema de escrutinio parlamentario para estos

³⁷² En Australia el proyecto inicial de *The Security Legislation Amendment (Terrorism)* definió al acto terrorista como un acto o amenaza con la intención de una causa ideológica, política o religiosa que: i) envuelve un serio daño a la persona ii) envuelve serio daño a la propiedad iii) pone el peligro a la vida de una persona iv) crea un serio riesgo a la salud o seguridad del público o una sección del público v) seriamente interfiere o interrumpe un sistema electrónico. Este concepto es muy general y no necesariamente se asocia con una clara intención de una acción terrorista.

³⁷³ Esta agencia realiza misiones contra el crimen organizado internacional, inmigración ilegal, espionaje económico y en temas medioambientales.

³⁷⁴ Esta agencia se focaliza en operaciones de apoyo militar contra el terrorismo.

³⁷⁵ Esta entidad pública realiza acciones para combatir el financiamiento al terrorismo.

³⁷⁶ Esta entidad pública se encarga de asegurar la seguridad operacional en los aeropuertos de Canadá.

³⁷⁷ Esta agencia verifica que cumpla con la norma Citizenship and Immigration of Canadá

³⁷⁸ Este informe desarrolla entre sus principales temas: cumplimiento del Communications Security Establishment de la ley, cumplimiento de la entidad con la autorización ministerial para la interceptación de las comunicaciones, quejas contra la entidad, entre otros.

temas, sobre todo si (como él señala): *La dificultad reside en la realidad que el mantenimiento del secreto sobre recursos operacionales y métodos de los servicios de inteligencia disuaden a los ministros de devenir completamente familiar con el trabajo de las agencias que tienen que reportar*³⁷⁹.

Este punto cobra mayor importancia porque las agencias de inteligencia al enfrentarse al terrorismo internacional se enfrentan a grupos o individuos que muchas veces no actúan en nombre de un país y que desarrollan una guerra asimétrica, en este sentido estas agencias refuerzan las alianzas entre ellas para compartir información como mecanismo para incrementar las posibilidades de obtención de información sobre grupos subversivos, pero esto puede presentar el problema de que se termine obteniendo información de países que no respetan los derechos fundamentales y que suelen practicar la tortura en los detenidos.

En este punto, Werley K. Wark señala que para evitar esta situación se debe adoptar dos salvaguardias:

- Primera, que las agencias de inteligencia deben tener cuidado y precaución con las agencias de países que tienen antecedentes de vulnerar los derechos fundamentales. Sin embargo, esto solo representa una buena intención, más todavía cuando las agencias de inteligencia están presionadas para obtener logros frente al terrorismo y la población se siente insegura.
- Segunda, asegurarse de que las agencias con las que se vincula tratan a los detenidos humanamente. Esto, no obstante, no está al alcance de las agencias de inteligencia que desean realizar estas alianzas.

En adición a lo antes señalado, se observa que parte de las medidas legislativas que estos países emitieron constituyen figuras cuestionables. Tenemos el caso de la legislación de Canadá que creó las figuras de *investigative hearings* y *recognizance with conditions*. En la primera, un sospechoso de haber cometido una acción terrorista (o

³⁷⁹ WARK, Werley K. National Security and Human Rights concerns in Canada: A Survey of Eight Critical Issues in the Post 9/11 Environment. En: http://www.chrc-ccdpc.ca/sites/default/files/ns_sn_en-1.pdf, p. 22. Consultado en agosto de 2014.

próxima a cometerla) puede ser obligado a testificar o proporcionar evidencias sobre estos actos terroristas. En la segunda figura estamos frente al caso de arresto preventivo por las fuerzas del orden si se encuentran razones para sospechar que un individuo cometerá una acción terrorista y para demostrar que con el arresto se evitará la materialización de este atentado; en este caso puede detenerse a un sospechoso por 60 horas, pero la detención puede prorrogarse por orden judicial hasta por más de 12 meses.

Otro ejemplo de figura cuestionable la encontramos en The Australian Security Intelligence Organization Legislation Amedment (Terrorism) que faculta al organismo de inteligencia a detener a no sospechosos desde el lapso de un día hasta el de una semana y periodo durante el cual se le niega al detenido a recibir visitas de su abogado, familiares o empleador.³⁸⁰ De manera similar, en Canadá, el Anti-Terrorism, Crime and Security Act faculta al gobierno a detener indefinidamente a los sospechosos de terrorismo que no son nacionales.

Por ello, si bien se argumenta que la razón para dictar estas normas –por ejemplo el Anti-Terrorism Act de Canadá (2001)– es brindar seguridad a la población y proteger los derechos de los ciudadanos³⁸¹, se vulneran varios de estos derechos; y esto sucede porque se tiene como visión prevalecer la legislación antiterrorista, incluso a costa de los derechos fundamentales. Desde esta óptica, se prioriza las medidas de prevención sobre derechos fundamentales como el derecho a un proceso justo, el derecho a la defensa, entre otros y los Estados pueden dictar medidas coercitivas bajo el argumento de que son medidas que se anticipan a lo que podría ocurrir en el futuro.

Lo expuesto nos lleva a la idea de que existe un constante conflicto entre seguridad nacional y derechos humanos, y en este contexto se cree que al dar prioridad a los derechos fundamentales se brinda menor seguridad a la población, pero a la vez dar más seguridad significa reducir los derechos fundamentales. En este punto Miguel Revenga sostiene que bajo el argumento de luchar contra el terrorismo se viene presentando un ensanchamiento de las limitaciones de los derechos fundamentales y una

³⁸⁰Inicialmente este proyecto permitía detener a un no sospechoso durante dos días o por tiempo indefinido.

³⁸¹ En el prólogo del Anti-Terrorism Act se señala: “El Parlamento de Canadá, reconociendo que el terrorismo es un problema de preocupación nacional que afecta la seguridad de la nación, se comprometió a tomar procedimientos comprensivos para proteger y promover los valores reflejados, y los derechos y libertades garantizados por la Carta Canadiense de Derechos y Libertades”.

tendencia a una sobreabundancia de tipos penales (captación, adoctrinamiento, proselitismo) que busca enfrentar al terrorismo pero que no guarda concordancia necesariamente con la libertad de expresión³⁸².

En este contexto, en el que la seguridad nacional es parte de un Estado Constitucional de Derecho, es necesario establecer algunos criterios que permitan definir las situaciones en que se debe privilegiar los derechos fundamentales y las que deben dar prioridad a la seguridad nacional; con esta finalidad el análisis se apoyará en el valor máximo dignidad y los valores superiores, específicamente en los que sirvan para valorar la relación entre derechos fundamentales y seguridad nacional, así como para sustentar estos criterios. Paralelamente, se analizará la jurisprudencia de la Corte Suprema, en especial las sentencias emitidas por Canadá, Nueva Zelanda, Estados Unidos y Reino Unido, Estados que han dictado varias sentencias que relacionan los derechos humanos y la seguridad nacional; asimismo, por la importancia de las sentencias, se ha considerado una sentencia de la Corte Constitucional Federal de Alemania y otra de la Corte Constitucional de Indonesia.

Sin embargo, es necesario hacer algunas acotaciones. La primera, que las sentencias emitidas en los últimos años por los órganos jurisdiccionales involucran generalmente al terrorismo como amenaza de seguridad nacional, pero no consideran otras amenazas como el conflicto armado con otro país o el cambio climático; solo en el caso de la sentencia Winter, Secretario de la Marina de Guerra y otros contra el Consejo de Defensa de Recursos Naturales y otros, se ha relacionado la afectación al medio ambiente con la seguridad nacional. En ese sentido, se tiene que reconocer que al tener una jurisprudencia enfocada solamente en el terrorismo, se carece de una visión más amplia de la relación derechos humanos-seguridad nacional.

Igualmente, es importante acotar que en la jurisprudencia relacionada con la seguridad nacional se presenta generalmente un conflicto entre derechos y seguridad nacional que no es ocasionado por la variable –seguridad nacional como límite de un derecho fundamental reconocido en la constitución” sino por la emisión de normas

³⁸² REVENGA SÁNCHEZ, Miguel. Terrorismo y Derecho Bajo la Estela del 11 de Septiembre. En: Revenga Sánchez, Miguel (dir.). *Terrorismo y Derecho Bajo la Estela del 11 de Septiembre*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014. pp. 16 y 18.

(desde el Estado) en situaciones excepcionales (básicamente para combatir la amenaza terrorista), las cuales, en varios casos, carecen de razones sólidas y restringen derechos innecesariamente. Ello se advierte en algunos de los casos evaluados en los que la norma en debate ha sido emitida por una situación excepcional para combatir al terrorismo. Excepciones de lo anterior son las sentencias de los casos de Oficina de Residencia contra Tariq, Al Rawi y otros contra el Servicio de Seguridad y otros (Corte Suprema de Reino Unido), Winter, Secretario de la Marina de Guerra y otros contra el Consejo de Defensa de Recursos Naturales, Manickavasagam Suresh contra el Ministro de Ciudadanía e Inmigración y el Abogado General de Canadá y otros, y Abogado General de Nueva Zelanda contra Ahmed Zaoui, Inspector General de Inteligencia y Seguridad y Comisión de Derechos Humanos, en los que no se presenta la situación referida.

Este punto se tiene que relacionar con el rol que cumplen los jueces en estos casos. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos, de 12 de junio de 2008, en el caso *Boumediene y otros contra George Bush*, Presidente de los Estados Unidos, Miguel Revenga relata dos tipos de modelos en su artículo *El razonamiento judicial y la mirada del juez*. En el primero, el juez es muy permisivo y cumple un rol muy pasivo frente al Gobierno que asume su función de regular las amenazas de seguridad nacional, sobre todo cuando el Gobierno emite un conjunto de normas excepcionales para enfrentar la amenaza del terrorismo³⁸³. Frente al primer modelo, Revenga desarrolla un segundo modelo en el que el juez es consciente de su función de guardián de la constitución y de los derechos reconocidos en la propia constitución; en este modelo el rol del juez es cuestionador de las normas emitidas por el Gobierno para enfrentar las amenazas, vela que las mismas se adecuen a la constitución y no permite que ni el Poder Ejecutivo ni ningún otro cercene la separación de poderes con lo cual el juez no podría decidir sobre el alcance de la constitución³⁸⁴. Este segundo modelo es importante porque en las diversas sentencias evaluadas se advierte que el comportamiento de los jueces se va adecuar más en este segundo modelo;

³⁸³ REVENGA SÁNCHEZ, Miguel. El razonamiento judicial y la mirada del juez (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos, de 12 de junio de 2008, en el caso *Boumediene et al. contra Bush*). En: Pérez Francesh, Joan Lluís (coord.). *Libertad, seguridad y transformaciones del Estado*. Barcelona: Institut de Ciències Polítiques Socials, 2009, p. 48.

³⁸⁴ *Ibidem*, p. 51.

aunque es cierto que en algunos casos las Cortes pudieron ser más cuestionadoras frente a las normas que se analizaron en estas sentencias.

Asimismo, debemos indicar que en la jurisprudencia se enfatiza que le corresponde al Poder Ejecutivo el rol de establecer los mecanismos necesarios para asegurar la seguridad de los ciudadanos frente a las amenazas a la seguridad nacional. Esto se puede verificar en dos casos: en la sentencia de Lakhard Boumediene y otros contra George Bush, Presidente de los Estados Unidos y otros ante la Corte Suprema de Estados Unidos, en la cual se señaló que corresponde al Poder Ejecutivo establecer los procedimientos para combatir al terrorismo y prevenir actos terroristas³⁸⁵; igualmente, en la sentencia del caso Winter, Secretario de la Marina de Guerra y otros contra el Consejo de Defensas de Recursos Naturales y otros, la Corte Suprema señaló la importancia de los entrenamientos militares para que las fuerzas armadas de Estados Unidos puedan estar preparadas para enfrentar las amenazas al Estado y, por ende, el Estado pueda brindar seguridad al país.

4.2.1.- El valor máximo de la dignidad y su repercusión en el balance entre los derechos fundamentales y la seguridad nacional

La ola de secuestros a los aviones comerciales de las décadas de 1960 y 1970 conllevó a que la Organización Internacional de Aviación Civil (International Civil Aviation Organization-ICAO) estableciera un conjunto de medidas de seguridad que fue adoptada por los países miembros; entre estas tenemos: establecer pantallas de preembarque de pasajeros y de equipajes, instalar controles de seguridad de la carga, vincular al pasajero con su equipaje, controlar el perímetro del aeropuerto, entre otras. En algunos casos, como el de Canadá, se creó una agencia de seguridad de la aviación denominada Transport Canada, la cual diseñó un programa de seguridad en los aeropuertos de dicho país.

Asimismo, con posterioridad al atentado del avión Pan Am del vuelo 103, el Congreso de Estados Unidos solicitó a la Administración de Aviación Federal (Federal Administration –FAA) realizar estudios para que se cuente con un sistema para

³⁸⁵ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. *Sentencia del caso Lakhdar Boumediene y otros contra George Bush, Presidente de los Estados Unidos y otros*, de fecha 12 de julio de 2008, p. 68.

detección de explosivos en la revisión de las maletas, tras lo cual se empezó a revisar a los nuevos empleados y personal contratado con acceso a las áreas seguras.

Sin embargo, a raíz del atentado del 11 de septiembre de 2001, Estados Unidos, Canadá y varios países europeos implementaron nuevas medidas de seguridad en los aeropuertos, entre ellas: la instalación de pantallas de monitoreo de pasajeros y de equipaje, el aumento de la dotación de oficiales de seguridad en los aeropuertos, mejoras en el control de los accesos de los aeropuertos y de sus perímetros, así como de la carga aérea. Asimismo, se enfatizó la supervisión en el denominado “pasajero de alto riesgo” con el objetivo de separarlo del resto de pasajeros para evitar cualquier posibilidad de daños personales y a la propiedad³⁸⁶. En el caso de la Unión Europea se emitió un conjunto de resoluciones para la seguridad en la aviación civil, tales como las Resoluciones N° 2320/2002, 849/2004 y 300/2008.

Los atentados del 11 de setiembre de 2001 en los Estados Unidos y el secuestro de un avión deportivo en Alemania, el 5 de enero de 2003³⁸⁷, hicieron que la Unión Europea dictara la Resolución N° 2320/2002 y 849/2004, y que el Gobierno Federal de Alemania emitiera la Aviation Security Act, la cual proporciona un conjunto de mecanismos de protección del tráfico aéreo: se puede colocar monitores que faciliten la detección de personas y objetos a fin de asegurar las áreas del aeropuerto no accesibles al público, se establece los deberes de los operadores de aeropuertos y aerolíneas, se prohíbe llevar objetos específicos en el abordaje del avión, se regula las funciones y competencias de los pilotos que dirigen el avión, entre otros.

³⁸⁶ En el año 2009 se implementó el programa Secure Flight, el cual, mediante el uso de algoritmos, permite verificar la identidad del pasajero y, valiéndose de un patrón, sugiere que dicho pasajero puede ser un pasajero de alto riesgo. Cabe señalar que hasta ese año las aerolíneas usaban el sistema Computer Assisted Passenger Prescreening System (CAPPS). Otro sistema es el sistema Behavioral Profiling el cual se usa en algunos aeropuertos de Estados Unidos (por ejemplo, Boston) y en aeropuertos de Israel. Este sistema monitorea el comportamiento de los pasajeros en búsqueda de actividades que impliquen riesgo y el sospechoso es interrogado por el personal de seguridad del aeropuerto.

³⁸⁷ Como se recuerda, los atentados del 11 de septiembre de 2001 dejaron más de 3,000 muertos en Estados Unidos por el impacto de dos aviones secuestrados contra las torres del World Trade Center de Nueva York y el de un tercero sobre el Pentágono. Posteriormente, en Alemania, el 5 de enero de 2003 un hombre armado capturó un avión deportivo, sobrevoló en círculos el distrito bancario de Frankfurt y amenazó con colisionar el avión contra el edificio del Banco Central Europeo si no se le permitía realizar una llamada a los Estados Unidos. Esta situación provocó que un helicóptero de la policía también sobrevuele en círculos la zona y entraran en operación dos aviones de combate, además se tuvo que evacuar al personal del edificio; cuando se detuvo al piloto se constató que se trataba de una persona con problemas mentales y que había actuado por su cuenta.

Sin embargo, el punto de controversia de esta última norma es el título –Asistencia administrativa y apoyo de las Fuerzas Armadas” en el que se regula la actuación de las fuerzas armadas en el espacio aéreo en apoyo de las fuerzas policiales con el objetivo de prevenir un grave accidente y donde la participación de las fuerzas armadas es el único medio de advertir este peligro inminente. De acuerdo con dicha regulación se debe cumplir un conjunto de pasos, entre ellos, la identificación del avión por parte de las fuerzas armadas en el espacio aéreo y verificar que, pese a la advertencia, éste se desvía de su curso, por lo que las fuerzas armadas amenazarán con hacer uso de la fuerza y disparar si la situación lo exige; ello puede suceder, por ejemplo, si se determina que el avión intenta ser usado como un arma contra vidas humanas.

En cuanto al tema de las facultades y decisiones, en el caso de una situación de emergencia regional, la decisión del despliegue de las fuerzas armadas la toma el Ministro de Defensa Federal por requerimiento del Gobierno del Estado que conforma el Estado Federal afectado; pero si se trata de una emergencia de un alcance territorial mayor la decisión corresponde al Gobierno Federal, en consulta previa con el Gobierno del Estado afectado, y en el caso de que por razones de tiempo no fuera posible que el Gobierno Federal pueda tomar una decisión, la toma el Ministro de Defensa Federal, en consulta previa con el Ministro del Interior Federal.

Un grupo de pilotos civiles interpuso un proceso de inconstitucionalidad contra el artículo 14.3 de la Aviation Security Act que permite, intencionalmente, que el Estado asesine a personas que no son terroristas sino víctimas de un avión secuestrado, y además que el Estado derribe el avión, lo cual viola los derechos regulados en los artículos 1.1 (derecho a la dignidad), 2.2 (derecho a la vida) en conjunción con el artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Alemania.

La preocupación de los demandantes se basó en que por su actividad profesional ellos frecuentemente usan aviones, por lo que la posibilidad de verse afectados por la aplicación de esta ley no es un tema meramente teórico. Por el contrario, esta norma los estaría considerando como meros objetos de la acción del Estado, puesto que el valor de sus vidas se deja a criterio del Ministro de Defensa, y en el caso de una emergencia real ellos pueden ser sacrificados si el Ministro presume (con la información que cuenta) que existe un peligro inminente sobre la población. Es más, esta situación podría conllevar

al análisis de sopesar vidas contra vidas, es decir, comparar la cantidad de personas que se verían posiblemente afectadas en un lado y las que se afectarían en el otro, análisis que a criterio de los demandantes no es admisible, ya que el Estado no puede matar un conjunto de personas porque es inferior en número a los que espera salvar de un asesinato³⁸⁸.

Los demandantes también argumentaron que sus derechos a la vida y dignidad humana se ven afectados, dado que el Aviation Security Act y el despliegue de las fuerzas armadas en el territorio son inconstitucionales porque se viola el artículo 87.a de la Ley Fundamental, que se haya cumplido los requerimientos de la subsección 2 del artículo 87.a. Se señala que los artículos 13º, 14º y 15º de la Aviation Security Act no se pueden justificar por la invocación de los artículos 35.2 y 35.3 de la Ley Fundamental. Asimismo, se señala que esta norma ha sido aprobada sin el consentimiento del Consejo Federal (Bundesrat), lo cual lo requiere el artículo 87.d.2 de la Ley Fundamental porque esta enmienda provisiones en el cual la administración de tráfico aéreo ha sido conferida en los Estados que conforman el Estado Federal³⁸⁹.

En este caso se pronunciaron diversas entidades como el Parlamento (Bundestag), el Gobierno Federal, el Gobierno del Estado Libre de Bavaria, el Gobierno del Estado de Hesse, la Asociación de Fuerzas Armadas Alemán, la Asociación Cockpit y la Organización de Aeromozas Independientes. Por su parte, el Gobierno Federal de Alemania solicitó que se rechace la demanda porque con la nueva norma se busca cumplir con la obligación del Estado de proteger todas las vidas humanas, y si bien en este caso el derecho a la vida de una persona entra en conflicto con el derecho de otras personas, corresponde a la legislación desarrollar la clase y la extensión de la protección de la vida. Se reconoce que los derechos fundamentales de las personas a bordo del avión son importantes, pero no pueden *ipso jure* hacer cumplir la no actuación del deber de protección de terceras partes donde la misma vida está puesta en peligro. Se señala que el peso de vidas contra vidas no toma lugar en este contexto³⁹⁰.

³⁸⁸ CORTE CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA. *Sentencia del caso del Dr. H y otros contra el artículo 14.3 del Aviation Security Act*, de fecha 15 de febrero del 2006, párrafos 33.1, 34.2 y 35.

³⁸⁹ *Ibidem*, párrafos 38 y 39.

³⁹⁰ *Ibidem*, párrafo 51.

El Gobierno Federal consideró que las personas que se hallan en el avión se convierten en parte del arma y que las personas que forman parte del tráfico aéreo deben ser conscientes de este riesgo. Asimismo, en situaciones extraordinarias el artículo 14.3 de la norma permite al Estado salvar vidas que están amenazadas y esta decisión va a tener que hacerse en detrimento de aquellas personas que están inseparablemente vinculadas con el arma. Se consideró, además, que se respeta la dignidad de los pasajeros del avión, pero al convertirse estas en parte del arma que amenaza a terceras personas, el procedimiento de la norma revierte contra ellos³⁹¹.

The Aviation Security Act respeta las competencias establecidas por la Ley Fundamental, las competencias legislativas de la Federación resultan del artículo 73.1 al 73.6 de la Ley Fundamental para extender que el despliegue de las fuerzas armadas es preocupación del Gobierno Federal. Este Gobierno Federal también tiene competencias administrativas para la seguridad en la aviación: la administración del tráfico aéreo, establecida en el artículo 87.d.1, incluye la competencia para proteger la seguridad del tráfico aéreo a través de los cuerpos de seguridad del Gobierno Federal. Asimismo, las competencias administrativas también resultan de los artículos 87.a.1 y 87.a.2 junto con los artículos 35.2 y 35.3 de la Ley Fundamental³⁹².

Por ello, el despliegue de las fuerzas armadas reguladas en The Aviation Security Act guarda concordancia con la figura de un *–accidente grave especialmente–* –establecido en el artículo 35.2 de la Ley Fundamental–. La norma señala además que las fuerzas armadas pueden ser empleadas para apoyar a las fuerzas policiales del Gobierno del Estado que es parte de la Federación en el espacio aéreo a fin de prevenir este accidente³⁹³.

Cabe indicar que existe un procedimiento para la toma de decisiones, en el que interactúan funcionarios del Gobierno Federal (Ministro de Defensa Federal), ante el requerimiento del Gobierno del Estado afectado que conforma el Estado Federal (caso de grave accidente de ámbito regional) y el Ministro de Defensa Federal (en consulta previa con el Ministro del Interior Federal) para los casos de emergencia de alcance

³⁹¹ Ibidem, párrafo 53.

³⁹² Ibidem, párrafo 55.a

³⁹³ Ibidem, párrafos 55 y 56.

interregional. En el presente caso se debe tener en cuenta que el uso de las fuerzas armadas solo se presenta bajo ciertas circunstancias –tales como cuando el avión es usado contra las vidas de las personas– y donde el derribo del avión es la única posibilidad de detener esta posibilidad de alto daño para la población y la propiedad.

Cabe indicar que la posición del Gobierno Federal puede entenderse dentro de la visión que ha desarrollado Richard Posner en su texto *Not a Suicide Pact: The Constitution in a Time of National Emergency*. En este texto Posner señala que la sensación de seguridad no es un tema permanente sino que varía en el tiempo; un ejemplo es lo sucedido en Estados Unidos, país donde la población se sentía más segura antes del ataque del 11 de septiembre del año 2001, como ocurrió también después del final de la guerra fría. A su vez, debe entenderse que los ataques terroristas son potencialmente muy destructivos e implican un riesgo muy alto para el Estado, a pesar de ello muchas veces los defensores de los derechos humanos no solo subvalúan los riesgos del terrorismo, sino que consideran que existe una exageración en el alcance de este y desconfían cuando se limitan los derechos fundamentales en situaciones de emergencia, pues creen que esta situación se mantendrá a perpetuidad. Además, siguiendo a Posner, tienen una visión del terrorismo que es pasada, estática en el tiempo, y no son conscientes de que en el futuro pueden ocurrir ataques terroristas con bombas nucleares, armas biológicas, bombas sucias,³⁹⁴ entre otras armas letales de destrucción masiva.

Posner considera que debe haber un óptimo balance entre seguridad y libertad, y que en muchos casos no se hace una correcta valoración de la seguridad nacional; señala, asimismo, que las libertades civiles dependen de la seguridad nacional en un sentido amplio, por lo que una declinación en materia de seguridad causa que el balance cambie en contra de la libertad, cuando un punto básico es que sin seguridad física hay mayor probabilidad de tener muy poca libertad³⁹⁵.

Lo anterior significa –de acuerdo con el enfoque de este autor– que en situaciones extremas (detectar una víctima de secuestro, ubicar una bomba o arma

³⁹⁴ POSNER, Richard. *Not a Suicide Pact: The Constitution in a Time of National Emergency*. New York: Oxford University Press, 2006, pp. 43 y 47.

³⁹⁵ *Ibidem* p. 47.

biológica, detener a un terrorista líder o conocer detalles de planes terroristas) se puede optar por la tortura como método efectivo para obtener información, aunque existe el riesgo de que bajo tortura los torturados brinden información falsa y si esto sucediera se asumiría como uno de los costos de la tortura³⁹⁶. Por lo tanto, desde este punto de vista un avión secuestrado por un grupo terrorista y convertido en potencial amenaza contra la población puede ser derribado por las fuerzas de seguridad del Estado. En adición a lo antes señalado, el Gobierno Federal considera que The Aviation Security Act no requiere el consentimiento del Bundesrat.

Por su parte, el Parlamento (Bundestag) considera que The Aviation Security Act es constitucional porque tiene su base constitucional en el artículo 35.3 de la Ley Fundamental, estos eventos son causados por errores humanos que están considerados especialmente dentro del concepto de grave accidente. El Parlamento (Bundestag) señala que no se afecta el artículo 1º de la Ley Fundamental porque esta norma corresponde a una estructura legislativa aplicable para situaciones extremas. Tampoco se afecta el artículo 2.2 de la Ley Fundamental porque este artículo permite el asesinato de una persona. Además, en una situación que puede ser real, la legislación regula el derribo de un avión con cierto número (menor) de personas que podrían ser sacrificadas por las fuerzas armadas para evitar una mayor pérdida de personas³⁹⁷. A su vez, no se infringe el artículo 19.2 de la Ley Fundamental porque The Aviation Security Act establece pasar altas vallas antes de decidir derribar un avión. Se debe tener en cuenta que a raíz del atentado del 11 de setiembre de 2001 el terrorismo ha cobrado un matiz especial y se busca prevenir un mayor daño, por ello el artículo 14.3 del The Aviation Security Act establece razones para justificar la actuación por parte del Ministro de Defensa y sus efectivos militares³⁹⁸.

De acuerdo con los criterios del Gobierno del Estado Libre de Bavaria y del Gobierno de Hesse, la reclamación es correcta porque The Aviation Security Act infringe el artículo 87.a.2 y los artículos 35.2 y 35.3 de la Ley Fundamental los cuales norman que las fuerzas armadas solo pueden actuar en apoyo del Estado que conforma la Federación para cumplir funciones policiales y solo pueden hacer uso de las

³⁹⁶Ibidem, pp. 81 y 82.

³⁹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA. *Sentencia del caso Dr. H contra artículo 14.3 del The Aviation Security Act*, de fecha 15 de febrero del 2006, párrafos 43.a y 44.

³⁹⁸ Ibidem, párrafo 46.

competencias que les son conferidas por la Ley Land. Por ello, el hecho que The Aviation Security Act autorice al Gobierno Federal a recurrir a las fuerzas armadas para que enfrenten el peligro no se halla en armonía con la Ley Fundamental. Más aún, es incompatible con los artículos 35.2 y 35.3 porque se permite el despliegue de las fuerzas armadas para propósitos de prevención cuando en realidad la Constitución autoriza un despliegue de apoyo de las fuerzas armadas solo en el lugar donde haya sucedido un accidente grave³⁹⁹.

The German Armed Forces Association considera que hay dudas sobre la constitucionalidad de esta nueva norma debido a que no se preocupa por la defensa militar nacional sino que confiere a las fuerzas armadas funciones de carácter policial. Además, existen objeciones contra el artículo 14.3 de la nueva norma en relación con el principio de claridad y definiciones de términos: no se precisa, por ejemplo, cuales son los criterios que discriminan el peso de vidas contra vidas, situación que podría generar un conflicto entre el deber de obediencia y la decisión moral personal de un soldado⁴⁰⁰.

The Association Cockpit señala que la reclamación es correcta porque el artículo 14.3 de The Aviation Security Act permite hacer uso de una fuerza que puede causar la muerte de personas que no participan en la acción criminal sin tener en cuenta que la secuencia de los actos de los terroristas depende de muchos factores y es difícil conocer con certeza la secuencia de los eventos. En ese sentido, habría que considerar también que las motivaciones del secuestrador y los objetivos del secuestro pueden ser especulativos y que el Estado dispone de un tiempo muy corto para tomar una decisión acertada⁴⁰¹.

The Flight Attendant Organization comparte los temas de reclamos de los demandantes. Si bien señala que el objetivo de The Aviation Security Act es incrementar la seguridad de tráfico aéreo y la protección de la población de ataques terroristas y apoya este punto, considera, sin embargo, que es muy difícil que el Ministro de Defensa cuente con la información necesaria para decidir si se derriba determinado avión. Generalmente, los ministros tienen información indirecta, la cual es

³⁹⁹ *Ibidem*, párrafos 59.3, 60 y 61.

⁴⁰⁰ *Ibidem*, párrafos 63.4 y 64.

⁴⁰¹ *Ibidem*, párrafo 65.5.

proporcionada por un piloto amenazado por los terroristas; además, la situación dentro del avión puede cambiar en corto tiempo y esta es una información que el Ministro de Defensa no puede tener con suficiente rapidez⁴⁰².

En este caso –como señaló Oliver Lepsius– se debe realizar un conjunto de preguntas, tales como: ¿podría una ley empoderar a un oficial para sacrificar legalmente la vida de gente inocente bajo el argumento de la seguridad pública?, ¿podría el Estado decidir legalmente la vida de aquellas personas que se encuentran en el avión?, ¿la muerte de inocentes en el avión puede ser justificada con el presunto rescate de aquellos que están en tierra, peor aún si estos mueren en caso que el avión secuestrado llegue a colisionar con su objetivo?⁴⁰³.

La Corte analizó que en los artículos 13° al 15° de The Aviation Security Act se establece que debe haber apoyo y colaboración de las fuerzas armadas al Estado que conforma la Federación en casos de emergencias de alcance regional o interregional, pero que se trata de un apoyo brindado bajo los alcances de los artículos 35.2 y 35.3 de la Ley Fundamental, no así la competencia legislativa del Gobierno Federal para estos casos, que es regulada por el artículo 73.6 de la Ley Fundamental.

Cabe indicar que las situaciones de emergencia señaladas en el artículo 35.2 son para los casos de desastres naturales o accidentes graves, por lo que no guardan concordancia con lo establecido en The Aviation Security Act, para la cual es una ocurrencia de un daño de mayor extensión como un accidente aéreo o ferroviario, es un error que tiene efectos a sectores esenciales que afectan altamente al público. La realidad de los accidentes de los aviones regulada por The Aviation Security Act es incompatible con lo establecido en el artículo 35° de la Ley Fundamental.

A diferencia de accidentes graves, en que se discute el alcance de los mismos, la Corte Constitucional Federal de Alemania no dio una definición en el caso de dignidad humana pero si pautas y criterios establecidos sobre la dignidad humana por medio de los cuales señaló que la vida humana está muy vinculada a la dignidad humana y

⁴⁰² Ibídem, párrafos 65.5, 66.6 y 67.

⁴⁰³ LEPSIUS, Oliver. Human Dignity and the Downing of Aircraft: The German Federal Constitutional Court Strikes Down a Prominent Anti-terrorism Provision in the New Air-transport Security Act. En: *German Law Journal*, vol N° 7, N° 9, p. 763.

consideró a aquella como la base vital de dicha dignidad. Al ser la dignidad humana el valor supremo de la constitución, todo individuo tiene dignidad como persona humana al margen de sus condiciones físicas y mentales⁴⁰⁴.

En este punto se debe recordar lo ya señalado en el capítulo tercero sobre la dignidad humana: el ser humano es un fin y no un medio; la dignidad humana, al estar vinculada con la capacidad de elegir dentro de una sociedad, conlleva a que el ser humano tenga la capacidad de desarrollarse dentro de esta comunidad.

La Corte reconoció que le corresponde al Estado la no afectación del derecho a la vida de sus ciudadanos por sus propios procedimientos y la obligación de proteger la vida de las personas. En relación con la dignidad humana, la Corte señaló que se debe proteger a las personas de la humillación, persecución, marcado por parte de terceros o del propio Estado.

La Corte Constitucional Federal de Alemania señaló:

“Tal tratamiento ignora el estatus de las personas afectadas como sujetos dotados con dignidad y derechos inalienables. Por sus asesinatos usados como un significado para salvar a otros, ellos son tratados como objetos y en el mismo tiempo privados de sus derechos; con sus vidas los seres son dispuestos unilateralmente por el Estado, las personas que abordaron al avión, quienes, como víctimas, son ellos mismos en necesidad de protección, son denegados el valor en el cual es debido un ser humano por su propio bien⁴⁰⁵”.

La Corte concluyó que la aplicación del artículo 14.3 de la norma conlleva a tratar a los pasajeros como unos meros objetos. Cabe recordar que el Gobierno Federal consideró a los pasajeros del avión como parte del arma y ello los convirtió en parte del problema. Este hecho hace que pierdan su humanización y se les perciba solo como objetos y no como seres humanos. De esta manera también se priva a la naturaleza humana de su autodeterminación. Además – y como se señaló en la sentencia– estos pasajeros son personas inocentes que han sido víctimas de secuestro y por tanto ellos no dirigen el avión.

⁴⁰⁴ CORTE CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA. *Sentencia del caso Dr. H y otros contra el . artículo 14.3 del The Aviation Security Act*, de fecha 15 de febrero del 2006, párrafo 117.aa.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, párrafo 122.

Cabe indicar que en este punto la Corte recogió un criterio que ya había desarrollado la Corte Distrital en el caso Dascher, referente a la tortura de un detenido por secuestro por parte de la policía con el propósito de obtener información sobre el destino de la víctima. En este caso la Corte Distrital señaló que la tortura fue ilegítima no solo porque está prohibida por la Ley Fundamental de Alemania sino porque con su aplicación se restringe la dignidad humana: torturar a un detenido significaría negarle su existencia moral y autónoma como ser humano. Además, hay que recordar que existe la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura.

En adición a lo antes señalado, todas las personas tienen el derecho de ejercer sus derechos y le corresponde al Estado dictar medidas que no los vulneren sino que, por el contrario, los promuevan. Por lo sucedido en este caso, se percibe que el Estado les niega sus derechos, acción que es incompatible con la Ley Fundamental.

La Corte recogió los argumentos de la Association Copkit y Flight Attendant Organization acerca de la incertidumbre de no saber lo que realmente sucede en el avión como para que el Ministro de Defensa pueda tomar una decisión clara al respecto. En tales circunstancias, el único canal de comunicación es la radio del piloto del avión –que es un secuestrado y no domina la situación en el interior– y los cambios que se puedan presentar al interior del avión no necesariamente pueden ser de conocimiento del ministro⁴⁰⁶.

Es importante considerar el argumento de Oliver Lepsius, quien señala que constantemente hay incidentes en el tráfico aéreo en los cuales los aviones suelen perder contacto con las torres de comunicación de los aeropuertos. Por tanto, si se considera las informaciones no ciertas que puede pensarse que esté sucediendo en los aviones como suficientes para permitir la participación de las fuerzas armadas entonces estamos frente a un alto riesgo de que se cometan errores durante la actuación de las mismas⁴⁰⁷.

⁴⁰⁶ Ibidem, párrafos 124.1, 125 y 126.2

⁴⁰⁷ LEPISUS, Oliver. *Op. cit.* p. 775.

La Corte también cuestionó la eficiencia de la medida porque el Estado no dispondrá de mucho tiempo desde el momento en que se detecta el avión hasta que se tome la decisión y pueda ser interceptado⁴⁰⁸.

Sin embargo, tras cuestionar el alcance del artículo 14.3, la propia Corte señaló la viabilidad de la decisión del Estado de derribar un avión en una situación extrema en donde solo haya secuestradores que lo controlan y con el propósito de destruir vidas humanas y propiedades. La justificación se basa en que la ilegalidad de la situación (secuestro) en la que además no existen rehenes que serían víctimas del derribamiento. Hay que reconocer que se trata de una situación de vidas contra vidas; y aunque los terroristas tienen derecho a la vida y a la dignidad, el hecho de haber perpetrado una acción ilegal, debilita esos derechos. Ello lleva a la necesidad de ponderar entre el grado de afectación de los derechos fundamentales de los secuestradores y el de la población. No obstante, la propia Corte señaló ciertas condiciones: primero, que se trate de casos en los que solo haya secuestradores que capturan un avión por voluntad propia mas no pasajeros secuestrados; y segundo, que haya una clara certeza de que la intención de los secuestrados es atacar a la población o la infraestructura, con lo que se ocasionaría grandes daños a la persona y a la propiedad⁴⁰⁹.

Cabe indicar que en este punto la Corte aplica el criterio del uso de la fuerza letal por parte de las fuerzas de seguridad como último recurso para enfrentar a un criminal en circunstancias en las que su vida o las vidas de terceros se vean amenazadas (doctrina del final *life-saving shot*).

En adición al caso analizado debemos tener en cuenta dos casos más, el de Manickavasagam Suresh contra el Ministro de Ciudadanía e Inmigración y el Abogado General y otros ante la Corte Suprema de Canadá, y el del Abogado General contra Ahmed Zaoui, Inspector General de Inteligencia y Seguridad y Comisión de Derechos Humanos ante la Corte Suprema de Nueva Zelanda.

⁴⁰⁸ Oliver Lepsius en el texto *Human Dignity and the Downing of Aircraft: The German Federal Constitutional Court Strikes Down a Prominent Anti-terrorism Provision in the New Air-transport Security Act* señala que tomará alrededor de una hora desde que se detecta que un avión ha sido secuestrado hasta que las fuerzas armadas logren alcanzarlo, por lo que difícilmente esta medida podrá lograr su objetivo y, por ello, sería ineficiente.

⁴⁰⁹ CORTE CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA. *Sentencia del caso Dr. H y otros contra el artículo 14.3 del The Aviation Security Act*, de fecha 15 de febrero de 2006, párrafos 146, 147.4, 148.a, 149 y 150.

En el caso de Manickavasagam Suresh contra el Ministro de Ciudadanía e Inmigración y el Abogado General y otros ante la Corte Suprema de Canadá⁴¹⁰, el señor Suresh recurrió ante el órgano jurisdiccional y señaló: i) la decisión del Ministro de Ciudadanía e Inmigración fue irrazonable, ii) el procedimiento bajo The Immigration Act no fue objetiva y iii) The Immigration Act infringe los artículos 7.2(b) y 2(d) del Canadian Charter of Rights and Freedom.

En el presente caso la Corte Suprema de Canadá consideró los siguientes temas a analizar: i) cual es apropiado estándar de revisión en relación a la decisión ministerial bajo el artículo 53(1)(b) del Immigration Act, ii) si las condiciones para la deportación en la Immigration Act son constitucionales (Immigration Act permite la deportación para la tortura del afectado contrario a la Canadian Charter of Rights and Freedom, los términos “peligro para la seguridad de Canadá” y “terrorismo” son inconstitucionalmente vagos y la deportación –dado que se le acusa de pertenecer a una organización terrorista– viola injustificadamente las garantías de libertad de expresión y de asociación de la *Canadian Charter of Rights and Freedom*) y iii) si el procedimiento para la deportación regulada en la Immigration Act es constitucionalmente válido⁴¹¹.

En la presente investigación nos centraremos en el punto i) y ii) (en específico si la Immigration Act permite la deportación para que el afectado sea torturado y se vulnere la Canadian Charter of Rights and Freedom).

La Corte Suprema reconoció que el Ministerio de Ciudadanía e Inmigración (Ministry of Citizenship and Immigration) tiene discrecionalidad en su decisión, pero que esta debe ser razonable, no arbitraria y debe estar apoyada en evidencias y que el Ministro ha evaluado los diversos factores, de manera que la decisión guarde

⁴¹⁰ El señor Manickavasagam Suresh llegó a Canadá procedente de Sri Lanka en el año 1990 y fue reconocido como refugiado en Canadá en el año 1991, posteriormente, él aplicó al status de *landed immigrant* pero en el año 1995 fue detenido por el Gobierno de Canadá y se le inició un proceso de deportación basada en información del Servicio de Inteligencia de Seguridad Canadiense que indicaba que el señor Suresh fue miembro del grupo subversivo Los Tigres de Liberación del Tamiel Eelam, grupo terrorista que realiza actividades terroristas en Sri Lanka. Posteriormente, el Ministro de Ciudadanía e inmigración consideró que el señor Suresh representaba un peligro para la seguridad nacional, con base en la sección 53(1)(b) del Immigration Act y decidió deportarlo a Sri Lanka. Sin embargo, el señor Suresh recurrió al órgano jurisdiccional para cuestionar dicha decisión.

⁴¹¹ CORTE SUPREMA DE CANADÁ. *Sentencia del caso Manickavasagam Suresh contra el Ministro de Ciudadanía e Inmigración, el Abogado General de Canadá y otros*, de fecha 22 de mayo de 2002, párrafo 25.

concordancia con las normas de Canadá, en especial con la Constitución de Canadá e Immigration Act⁴¹².

La Corte evaluó la contradicción que se presenta porque el artículo 53° de la Immigration Act permite deportar a una persona a un país donde su vida puede ser amenazada y el artículo 7° de la Canadian Charter of Rights and Freedom establece que todos tienen derecho a la vida, libertad y seguridad de la persona y el derecho a no ser privado de estos derechos excepto que guarde concordancia con el principio fundamental de justicia. En este caso, la Corte considera que se encuentra con un balance entre el interés del país en combatir el terrorismo y el interés del refugiado (por la Convención sobre los Refugiados) en no ser deportado porque sería torturado en el país de destino⁴¹³.

Por ello, la Corte consideró en su análisis dos variables: desde una perspectiva interna (normas canadienses, jurisprudencia y doctrina sobre la prohibición de la tortura) y desde una perspectiva internacional (tratados internacionales). En el primer punto, la Corte Suprema reconoció que se han emitido normas canadienses en las que expresamente se prohíbe la tortura, tales como Criminal Code (artículo 269.1) y Canadian Charter of Rights and Freedom, con lo cual se puede concluir que el marco normativo de Canadá rechaza la tortura. Asimismo, la Corte Suprema refirió las sentencias Edward Dewey Smith contra Su Majestad la Reina y Joseph John Kindler contra John Crosbic, Ministro de Justicia. En la primera se señaló que la tortura es cruel y es excesivo; en la segunda, que si la sanción impuesta a un individuo implica regresar a un país donde será torturado esto es escandaloso a los valores canadienses. Además, se señala a Elaine Scarry que en su texto *The Body in Pain: The Making and Unmaking of the World* describe la tortura como un instrumento para aterrorizar a los ciudadanos. Adicionalmente, la Corte Suprema valoró ciertas actitudes del Estado, así tenemos que la pena de muerte fue derogada en 1998 y que la última ejecución se realizó en 1962⁴¹⁴.

En la perspectiva internacional, la Corte Suprema señaló que la norma Immigration Act debe ser evaluada en el contexto internacional y reconoce que la

⁴¹² *Ibidem*, párrafos 30 y 41.

⁴¹³ *Ibidem*, párrafo 47.

⁴¹⁴ *Ibidem*, párrafos 49-52.

prohibición a la tortura es una norma general que ha sido recogida en un conjunto de tratados internacionales, entre los cuales tenemos: Convención de Ginebra relativa al Tratamiento de Prisioneros, Convención de Ginebra Relativa a la Protección de Personas Civiles en Tiempo de Guerra, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Europea para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, Convención Americana sobre Derechos Humanos, etc.⁴¹⁵

Asimismo, la Corte Suprema recogió la posición de Amnistía Internacional de que no hay Estado que haya legalizado la tortura o admita su práctica, más bien, los gobiernos acusados de practicar la tortura niegan que practiquen esta actividad.

En adición a lo antes señalado, la Corte va a enfatizar su posición apoyándose en determinados tratados internacionales, así el artículo 7º del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos establece que las personas no pueden estar sujetos a tortura, trato cruel, tratamiento inhumano o degradante. Igualmente, la Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes refiere en su artículo 2º que cada Estado debe tomar los procedimientos legislativos, administrativos o judiciales para prevenir actos de tortura en su jurisdicción; el artículo 3º señala que los Estados parte no deben expulsar, retornar o extraditar a una persona a otro Estado donde hay creencia de que esté en peligro o riesgo de que sea sometido a tortura. En esta misma línea de análisis, el artículo 33º de la Convención de los Refugiados refiere que los Estados contratantes no deben expulsar o retornar a un refugiado donde su vida o libertad sea amenazado por su raza, religión nacional o pertenencia a un grupo social o político⁴¹⁶.

Por ello, la Corte Suprema se inclinó en este caso por el principio de justicia fundamental y el Ministro debe declinar a deportar a un refugiado donde se constate de que hay un alto riesgo de tortura. No obstante, la Corte no adoptó una posición radical puesto que no excluye la excepción, la cual se puede dar por circunstancias excepcionales y donde sea justificable que se pueda realizar la deportación tales como desastres naturales, epidemias, estallido de guerra, entre otros casos⁴¹⁷.

⁴¹⁵ *Ibidem*, párrafos 59-62.

⁴¹⁶ *Ibidem*, párrafo 72.

⁴¹⁷ *Ibidem*, párrafo 78.

En el segundo caso, Abogado General contra Ahmed Zaoui, Inspector General de Inteligencia y Seguridad y Comisión de Derechos Humanos⁴¹⁸, la Corte Suprema de Nueva Zelandia consideró tres temas a evaluar: i) el significado del artículo 33.2 de la Convención de los Refugiados, ii) el alcance de las funciones, poderes y deberes bajo la parte 4A del Immigration Act y sus asignaciones entre el Director de Seguridad, el Inspector General de Inteligencia y Seguridad y el Ministro de Inmigración y iii) el rol de otras protecciones de derechos humanos bajo *The New Zealand Bill of Rights Act* y otros tratados que la Convención de los Refugiados en relación con la operación de la Parte 4A y otras partes del Immigration Act⁴¹⁹.

En esta investigación nos centraremos en el tercer punto donde la Corte hizo un análisis de obligaciones internacionales de Nueva Zelandia. De esta manera, refiere a los artículos 6.1 y 7° del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos que establecen que todo ser humano tiene derecho a la vida y nadie debe ser privado de este derecho y ser sujeto a tortura o tratamiento cruel, inhumano o degradante, respectivamente. También menciona el artículo 3° de la Convención contra la Tortura, que establece que los Estados parte no deben expulsar, retornar o extraditar a una persona a otro Estado donde hay razones sustanciales para creer que existe peligro de que sea sometido a tortura⁴²⁰.

La Corte relaciona los tratados antes referidos con normas internas de Nueva Zelandia, en especial con los artículos 8° y 9° del *Bill of Rights* y 72° y 114K, 129X del Immigration Act. En el caso de los artículos 8° y 9° del Bill of Rights, estos refieren que nadie debe ser privado de la vida excepto que haya razones establecidas por ley y sean

⁴¹⁸ El señor Ahmed Zaoui fue considerado como refugiado en Nueva Zelandia, pero el Director de Seguridad emitió un certificado en el que considera que el señor Zaoui es un peligro para la seguridad nacional de Nueva Zelandia, con base en la sección 72° del Immigration Act, y debe ser deportado, la preocupación del señor Zaoui se debe a que si es enviado a Argelia él puede ser víctima de tortura o privación de su vida. Posteriormente, en la vía judicial, la Corte de Apelaciones, con fecha 1 de octubre de 2004, decidió: i) si hay razones suficientes para considerar a la persona como un peligro a la seguridad de Nueva Zelandia debe ser decidido en términos del artículo 33.2 de la Convención de Refugiado. Esto sigue de la explícita referencia de la Convención de Refugiado en la sección 114C(6)(a) y requiere que el Inspector General considere si hay razones para considerar al señor Zaoui como peligro a la seguridad de Nueva Zelandia a la luz de las obligaciones de este país y bajo esta Convención; ii) los criterios de seguridad en la sección 114C(6)(a) serán conocidas solo si hay razones objetivas basadas en evidencias verosímiles de que el señor Zaoui constituye un peligro a la seguridad del país y de tal seriedad que justifica su envío a su país de origen y iii) debe haber una real conexión entre el señor Zaoui y el peligro a la seguridad nacional de Nueva Zelandia y que tal peligro se elimina con la deportación del señor Zaoui. Frente a esta decisión, el Abogado General presenta el recurso de apelación.

⁴¹⁹ CORTE SUPREMA DE NUEVA ZELANDIA. *Sentencia del caso Abogado General de Nueva Zelandia contra Ahmed Zaoui, Inspector General de Inteligencia y Seguridad y Comisión de Derechos Humanos*, de fecha 21 de junio de 2005, párrafo 18.

⁴²⁰ *Ibidem*, párrafo 76.

consistentes con el principio fundamental de justicia; y que todos tienen el derecho a no ser sometido a torturas o tratamientos crueles y degradantes, respectivamente. En el caso del artículo 114K (3)(b) se señala que si hay una orden de deportación, esta debe ser deportada al menos que esté protegida de la deportación bajo el artículo 114Q o 129X. En relación con este tema, el artículo 129X refiere que la persona reconocida como refugiada en Nueva Zelandia no puede ser deportada, a menos que los artículos 32.1 o 33.2 del Convenio de Refugiados permitan tal deportación, y que el oficial de Inmigraciones debe considerar las provisiones de esta parte de la norma y de la Convención de los Refugiados. A su vez, el artículo 72° menciona que donde el Ministro certifica que la presencia de una persona en Nueva Zelandia constituye una amenaza a la seguridad nacional, el Gobernador General podría por Orden del Consejo ordenar la deportación de dicha persona de ese país⁴²¹.

La Corte concluyó que si se relaciona el artículo 72° del Immigration Act con las normas nacionales y los diversos tratados internacionales –en especial con la Convención contra la Tortura– la interpretación que se le debe dar a este artículo es que no se debe optar por deportar a una persona si hay razones fundadas de que el mismo se halla en peligro de ser privado de la vida o de ser sometido a una tortura o un tratamiento degradante⁴²².

Debemos indicar que en la revisión de estas dos sentencias, si bien el análisis de las Cortes Supremas relaciona las normas Immigration Act con otras normas nacionales y sobre todo con tratados internacionales que concluyen la vigencia del derecho a la vida, prohibición de la tortura o de trato degradante y de no permitir deportar a una persona que puede ser torturada o sometida a trato degradante, no se observa que las Cortes Supremas hayan realizado una vinculación directa con el valor máximo de dignidad humana; mucho más, si la tortura que es uno de los temas en que gira el análisis de las Cortes Supremas implica un trato degradante y de sometimiento a la persona, y se trata a la misma como un mero objeto y esto conlleva la afectación de su dignidad como ser humano.

⁴²¹ *Ibidem*, párrafos 78-88.

⁴²² *Ibidem*, párrafos 91 y 93.

En términos generales, debemos concluir que la dignidad humana es un valor máximo de mucha importancia en las sociedades, no solo por lo indicado anteriormente, sino porque también es a través de la dignidad humana que se desarrollan derechos esenciales en las democracias como la libertad de expresión, libertad de asociación y libertad de reunión. Por ello, en relación con la seguridad nacional, la dignidad humana tiene un valor absoluto y, por tanto, no se admite que deba ceder frente a esta, ni que se empiece a tratar a las personas como meros objetos (caso del Aviation Security Act) o se permita la tortura de personas con el argumento de obtener información para la seguridad nacional, de hecho el solo riesgo de tortura de las personas conlleva que no se permita la deportación de personas (casos de Manickavasagam Suresh contra el Ministro de Ciudadanía e Inmigración y Abogado General de Canadá y otros, y Abogado General contra Ahmed Zaoui, Inspector General de Inteligencia y Seguridad y Comisión de Derechos Humanos).

En este punto es pertinente lo señalado por Luis López Guerra, Pablo Pérez Tremps y Luis Aguiar de Luque: la guerra es un fenómeno que tiene una regulación en la Constitución donde se señala que en el procedimiento formal para la declaración de la guerra se exige el cumplimiento de exigencias éticas como la dignidad de la persona (artículo 10.1 de la Constitución Española); por ello, los mecanismos que genere el Estado para enfrentar al terrorismo debe respetar la dignidad humana de las personas⁴²³.

4.2.2.- El valor de la seguridad jurídica y su afectación en el balance de los derechos fundamentales y la seguridad nacional

En este punto analizaremos la sentencia del caso Masykur Abdul Kadir contra el Gobierno y Asamblea Representativa del Pueblo de la República de Indonesia ante la Corte Constitucional de Indonesia. El señor Masykur Abdul Kadir se reunió dos veces con los grupos de terroristas que arribaron a Java y que perpetraron tres atentados en la ciudad de Bali el día 12 de octubre de 2003. Los atentados se produjeron en la zona sur del Consulado de Estados Unidos, el club Paddy y el club Sari y produjeron el fallecimiento de 184 personas, cientos de heridos y la destrucción de varios edificios. Crearon tal terror e inseguridad en la sociedad, que muchos turistas cancelaron sus

⁴²³ LÓPEZ GUERRA, Luis; PÉREZ TREMPES, Pablo; AGUIAR DE LUQUE, Luis. Constitución y guerra. En: *El País*, 19 de marzo del 2003, p. 8.

planes de turismo y abandonaron la ciudad; asimismo, las conferencias, seminarios, y en general varios eventos internacionales pospusieron sus fechas de realización o cambiaron de sede.

Se acusó al señor Masykur Abdul Kadir de haber ayudado a los terroristas a instalarse en la ciudad y haber contratado vehículos. Fue sometido a juicio en la Corte Distrital de Denpasar en el año 2003, durante el proceso señaló que solamente prestó servicios de guía turístico y que no participó en la elaboración del plan del atentado terrorista, el cual desconocía en su totalidad. Sin embargo, la Corte lo declaró culpable por asistir a los terroristas. Posteriormente, esta sentencia también fue confirmada en la segunda instancia.

Ante esta situación, el señor Masykur Abdul recurrió ante la Corte Constitucional de Indonesia y solicitó lo siguiente:

- Aceptar la apelación para una revisión judicial de la Ley N° 16 del 2003.
- Declarar que la Ley N° 16 de 2003 no es legal.
- Revocar la Ley N° 16 de 2003 y declarar que la misma sea declarada nula.

Los sustentos del señor Masykur Abdul son⁴²⁴:

El artículo 1° inciso 1 del Código Criminal establece que los actos no pueden ser penalizados a menos que hayan sido establecidos en una ley efectiva cuando los actos de crimen sean cometidos.

Asimismo, el artículo 28° párrafo 1 de la Constitución de la República de Indonesia señala entre los derechos de las personas el derecho de ser protegido de ser acusado en las bases de una ley que es aplicada retroactivamente y este es un derecho que no es derogable bajo ninguna de las condiciones en lo absoluto. La Constitución

⁴²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE INDONESIA. *Sentencia del caso Masykur Abdul Kadir contra el Gobierno y Asamblea Representativa del Pueblo de la República de Indonesia*, de fecha 23 de julio de 2004, pp. 2-6.

rechaza el principio de retroactividad como una manifestación de la protección de los derechos humanos y por ello el derecho en mención no puede ser derogable bajo cualquier razón por ninguno de los Poderes del Estado.

En adición a lo antes señalado, señor Maskykur Abdul remarcó que la Constitución de Indonesia es una ley superior a las leyes que el gobierno pueda dictar, las cuales no pueden contradecir la Constitución, y en este caso la Ley N° 16 es una ley contraria a la Constitución de Indonesia.

En respuesta el Gobierno de Indonesia señaló⁴²⁵:

- El apelante no tiene la razón legal.
- Rechazar la petición del apelante.
- Declarar que la Ley N° 16 de 2003 es una ley que no contradice la Constitución de la República de Indonesia, particularmente en la consideración del artículo 28.º párrafo 1.

Sobre los argumentos del Gobierno de Indonesia debemos indicar que el Gobierno busca sustentar la necesidad de dictar un conjunto de normas para combatir el terrorismo, las cuales tienen sustento en el artículo 22º párrafo 1 de la Constitución de la República de Indonesia, en la que se señala que bajo una situación de emergencia se puede dictar medidas. Sin embargo, con base en el artículo 22º párrafo 2 de la Constitución, se requiere la autorización de la Asamblea Representativa del Pueblo (People's Representative Assembly), caso contrario estas medidas serán revocadas. En este sentido, el Gobierno dictó medidas que posteriormente se convirtieron en leyes, son los casos de la Ley N.º 15 de 2002 que convirtió en ley la medida N.º 01 de 2002 (Declaration of the Government Regulation in Lieu of Law) y la Ley N° 16 mediante la cual se convirtió en ley la medida N.º 02 de 2002 (Declaration of the Government Regulation in Lieu of Law).

⁴²⁵Ibidem, pp. 6-12.

Estas medidas se convirtieron en leyes como consecuencia del acto terrorista en Bali el 12 de octubre de 2002 y frente a anteriores actos terroristas generaron muchos daños personales y materiales, que tuvieron además fuerte impacto en el ámbito económico, social, político y en las relaciones internacionales. El propio Gobierno refirió que como consecuencia del atentado terrorista en Bali, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas emitió la Resolución N° 1438 en el año 2002 en la que condenó este atentado, dio las condolencias a las víctimas y al Gobierno de Indonesia, e hizo referencia a la Resolución N° 1373 del año 2001, mediante la cual se hizo un llamado a todas las naciones a cooperar y apoyar al Gobierno de Indonesia para hallar a los responsables de este atentado y llevarlos ante la Corte.

Asimismo, en el preámbulo de la Constitución de la República de Indonesia se señala que corresponde al Estado proteger a la gente, promover el bienestar público y participar en la preservación del orden mundial basado en la independencia, paz eterna y justicia social. A la vez, se señala que la política de incriminar los actos terroristas guarda consistencia con el mantenimiento de la paz en el mundo, concepto establecido en preámbulo de la Constitución de la República de Indonesia. De igual modo, en diversos instrumentos del derecho internacional se describe al terrorismo como una amenaza alarmante y los países deben hacer esfuerzos en la cooperación para el mantenimiento de la paz y seguridad en el mundo; así tenemos que el Gobierno señala las siguientes convenciones internacionales: Convención para la Represión de Atentados Terroristas (1997), Convención Internacional para la Represión del Financiamiento del Terrorismo (1999), Convenio Europeo para la Supresión del Terrorismo, Convención Árabe en la Supresión del Terrorismo (1998) y Convención Regional en la Supresión del Terrorismo (1987).

Cabe señalar que el Gobierno consideró que el terrorismo no es un crimen ordinario sino extraordinario y podría ser considerado como crimen contra la humanidad puesto que el terrorismo usa actos de amenaza o violencia, causa pérdida de vidas humanas sin hacer distinciones entre las víctimas y causa daños a la propiedad.

Con respecto a la posición de que la Ley N.º 16 es contraria a la Constitución de Indonesia, particularmente con el artículo 28.º.i párrafo 1, no se ha considerado que este artículo es limitado por el artículo 28º inciso j párrafos 1 y 2, además se debe considerar

que para el Gobierno el terrorismo es clasificado internacionalmente como crimen contra la humanidad y crimen extraordinario porque es un acto grave contra los derechos humanos.

En efecto, el artículo 28.º inciso j, párrafos 1 y 2, señala que toda persona debe respetar los derechos humanos de las personas en una sociedad, nación y Estado, y en el ejercicio de sus derechos y libertades, cada persona cumplirá con las limitaciones proporcionadas por las leyes. A criterio del Gobierno está claro que cuando se refiere a otras leyes podría limitar los derechos de otras personas con ciertas obligaciones; se entiende que una ley podría ser aprobada y tener aplicación retroactiva con la finalidad de asegurar el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de otras personas. Además, se debe tener en cuenta que el Gobierno dictó estas normas para enfrentar el terrorismo, en medio de una situación de emergencia y bajo el alcance del artículo 22.º párrafo 1 de la Constitución.

Finalmente, el Gobierno señala que la justicia es un pilar principal y debe tener prioridad sobre las leyes, más aún si el atentado terrorista causó muchos daños personales y materiales. Inclusive, este acto ha sido categorizado como crimen extraordinario y crimen contra la humanidad, y por ello, por el balance con el principio de justicia, a este atentado se le aplica efectos retroactivos.

La Corte Constitucional de la Republica de Indonesia comenzó su análisis por el principio de no retroactividad de las normas y su aplicación en el Derecho, y señaló que, esencialmente, las leyes se aplican prospectivamente. El principio de no retroactividad refiere más a la filosofía de la criminalización con bases retributivas, pero el sistema de criminalización en Indonesia favorece los principios preventivos y educativos, Asimismo, existe un público reconocimiento que romper con el principio de no retroactividad le permite a un régimen en particular usar las leyes en contra de sus oponentes políticos, como revancha o condicionamiento. En ese sentido, generalmente, los esfuerzos que se hacen son para asegurar la regla de ley, incluyendo un juicio objetivo y las mínimas garantías del juicio imparcial que son: el principio de presunción de inocencia, la igualdad de oportunidades de las partes, el pronunciamiento de una decisión abierta al público, el principio del *ne bis in idem*, la aplicación de la menor ley severa para un proceso pendiente y la prohibición de la aplicación del principio de

retroactividad. En relación con este último punto, la Ley N.º 16 va en línea opuesta a un juicio imparcial⁴²⁶.

La Corte reconoció que la no retroactividad de las leyes es un principio recogido por diversos convenios internacionales. Efectivamente, la siguiente tabla demuestra que este principio ha sido desarrollado en los principales convenios internacionales.

TABLA N° 9
PRINCIPALES CONVENIOS QUE DESARROLLAN EL PRINCIPIO DE NO
RETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS

Nombre del Convenio	Artículo que desarrolla el principio de no retroactividad de las normas
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	<p>Artículo 15.º.-</p> <p>1.- Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.</p> <p>2.- Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.</p>
Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales	<p>Artículo 7.º.- No hay pena sin ley</p> <p>1.- Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.</p>
Convención Americana sobre Derechos Humanos	<p>Artículo 9.º.- Principio de Legalidad y de Retroactividad</p> <p>Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.</p>

Fuente: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁴²⁶ *Ibidem*, p. 25.

Asimismo, la Corte reconoció que este principio ha sido recogido en diversas normas nacionales como el Código Criminal, cuyo artículo 1º párrafo 1 establece que no hay un juicio de un crimen que podría ser hecho de un acto, al menos que sea basado en una provisión en una ley que ha sido predominante antes que el acto fuera cometido, y esto es un principio general. Igualmente, en los artículos 4º y 18º de la Ley N.º 39 sobre Derechos Humanos se recoge este principio. Asimismo, el artículo 28º.i señala que el derecho a no ser protegido de un juicio en la base de una ley que ha sido aplicada retroactivamente y los derechos humanos no son derogables bajo ninguna condición en lo absoluto, son derechos básicos de naturaleza general. A criterio de la Corte, el artículo 28º inciso j, en el que se refiere a la limitación de derechos humanos, no se aplica en el artículo 28º.i párrafo 1 que señala que los derechos enumerados en ese artículo no son derogables bajo ninguna circunstancia⁴²⁷.

La Corte ingresa al análisis de la naturaleza del terrorismo, señalando que el terrorismo es un crimen que crea terror en la población y si bien puede existir el terrorismo de Estado y el terrorismo de un sujeto particular, no es un crimen definible y le corresponde al Estado regular mediante una ley la supresión y erradicación del terrorismo. Paralelamente, la ley cuestionada no puede ser aplicada retroactivamente porque los elementos y tipos de crimen contenidos en el terrorismo, de acuerdo con esta ley, son del tipo del crimen que están sujetos a una sanción severa⁴²⁸.

La aplicación del principio de retroactividad en el Código Criminal es una excepción cuya aplicación solo puede ser permisible en gruesa violación de los derechos humanos como un crimen serio. Así, tenemos que el Estatuto de Roma del año 1998 categoriza como gruesa violación de derechos humanos al genocidio, el crimen contra la humanidad, el crimen de guerra y el crimen de agresión. Asimismo, la Ley N.º 39 del año 1999 en su artículo 7º solo considera categorías de gruesa violación de los derechos humanos al genocidio y al crimen contra la humanidad; por ello, los actos de terrorismo cometidos en Bali no pertenecen a un crimen extraordinario y se les debe aplicar las sanciones establecidas en el Código Criminal⁴²⁹.

⁴²⁷ *Ibidem*, p. 28.

⁴²⁸ *Ibidem*, p. 29.

⁴²⁹ En el proceso participaron algunos expertos como testigos, entre ellos, el Dr. Harun Al Rasyd, quien consideró que las medidas N.º 1 y 2 que emitió el Gobierno son contrarias al sistema del Código Criminal, la Sra. María Farida señaló que el principio de retroactividad es esencialmente negado en las leyes y que la aplicación de la medida N.º 02

La Corte también cuestionó que el carácter de una norma sea regular comportamientos abstractos y generales; situación que no se presentaría con la Ley N.º 16 puesto que se pretende aplicar de manera retroactiva, específicamente, para comprender dentro de su aplicación al atentado terrorista de Bali del 12 de octubre de 2002. Por ello, la Corte aceptó las peticiones del demandante y declaró que la Ley N.º 16 es contraria a la Constitución de la República de Indonesia y por ello es una ley no legal⁴³⁰.

Se reconoce que la Corte brindó un conjunto de argumentos para declarar fundada la demanda presentada por el señor Masykur Abdul Kadir, guardando concordancia con el valor superior de la seguridad jurídica, puesto que como señalamos en el capítulo tercero, el Estado emite normas que regulan los comportamientos de los ciudadanos en una comunidad y se les garantiza la seguridad, dado que se conocerá las normas y el alcance de los mismos, y sabrán a qué atenerse, primando la irretroactividad de las normas.

Sin embargo, debemos indicar que entre los argumentos del Gobierno de Indonesia está el de la justicia como un importante pilar que debe tener prioridad sobre las leyes. Sobre este punto, si bien no hay mucho desarrollo en el argumento del Gobierno, la Corte ha dado poco sustento, solamente señala que cuando refiere argumentos para conceder el principio de retroactividad en que señala como una de las seis razones para que esto se produzca al principio general de justicia que puede imperar sobre la ley positiva, y se señala que un acto que pudiera ser considerado como un crimen cuando se cometió de acuerdo con la ley, puede aplicarse una ley retroactiva si el acto es contrario a lo que generalmente se acepta como justicia.

en el atentado de Bali es una regulación con efectos retroactivos. Asimismo, se pidió opinión a expertos, entre ellos al profesor Dr. Indriyanto Seno Adiji, quien señaló que el principio de legalidad es muy requerido para prevenir asegurar actos arbitrarios por las autoridades, el Código Criminal de Indonesia nunca ha aplicado el principio de retroactividad salvo en un caso (caso del Government Dutch East Indies) y en una revisión de la historia del sistema legal criminal de Indonesia no se aplica el principio de retroactividad. Por su parte, el Dr. James Popple señaló que el hecho de que el principio por el cual la gente debe ser libre de que se le aplique una ley retroactivamente va vinculada a otro principio, no hay crimen o sanción excepto que esté de acuerdo con la ley. La no aplicación retroactiva de las normas está desarrollada en la Constitución de Estados Unidos, Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁴³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE INDONESIA. *Sentencia del caso Masykur Abdul contra el Gobierno y Asamblea Representativa del Pueblo de Indonesia*, de fecha 23 de julio de 2004, p. 30.

Este punto es interesante porque va a ser uno de los principales sustentos del voto disidente de los jueces Maruarar Siahaan, I Dewa Gede Palguna, Has Natabayana y el Dr. Harjono. Ellos sustentaron su voto disidente en que los derechos humanos no son absolutos, por ello, tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconocen que los Estados pueden limitar los derechos, que en el propio Pacto Internacional en su artículo 4º señala que en casos de emergencias en la que se amenaza la vida de la nación, los Estados parte pueden tomar procedimientos de derogación de sus obligaciones de este convenio. El fuerte impacto en daños personales y a la propiedad que produce el terrorismo, la obligación que tiene el Estado para proteger a sus ciudadanos de cualquier amenaza criminal ya sea esta nacional o internacional y la aplicación retroactiva representan una demanda de justicia.

En el punto anteriormente desarrollado es importante señalar que se enfatiza que no permitir la retroactividad de las normas es favorecer la violación de los derechos humanos, que debe haber una racionalidad para la aplicación de la primacía del principio de no retroactividad de las normas con limitaciones en ciertas condiciones. Se reconoce que el principio de no retroactividad de las normas ha sido incorporado en el artículo 1.º del Código Criminal, pero que en el caso del artículo 28.i párrafo 1 debe haber un adecuado balance entre la certeza legal y la justicia para entender su significado, a la par que la justicia es un mayor valor que la certeza legal, puesto que si hay un conflicto entre estos dos principios, el principio capaz de brindar una justicia real es el priorizado, por lo que no se puede hablar de afectación a la Constitución, y no siempre el uso de la retroactividad de las normas constituye una violación de los derechos humanos. Además, se debe valorar el uso de tres factores: i) magnitud del interés público en el cual la ley debe proteger, ii) el derecho violado como un resultado de la representación de las leyes (que son menos significantes que el interés público violado) y iii) la naturaleza de los derechos afectados por la aplicación retroactiva de la ley.

4.2.3.- Otros casos que repercuten en el balance entre los derechos fundamentales y la seguridad nacional

En este acápite se evaluará sentencias de las cortes supremas de los Estados Unidos y del Reino Unido, y se hará un balance en tres puntos: i) derecho a un proceso justo-seguridad nacional, ii) derecho a presentar un recurso (proceso de habeas corpus)-seguridad nacional y iii) derecho al medio ambiente-seguridad nacional.

4.2.3.1.- Derecho a un proceso justo

En este tema analizaremos las sentencias de la Oficina de Residencia (Home Office) contra Tariq y Al Rawi y otros contra el Servicio de Seguridad (The Security Service) y otros de la Corte Suprema del Reino Unido⁴³¹.

En el primer caso, el señor Kashif Tariq presentó su reclamación ante el Tribunal del Empleo (Employment Court) porque su autorización como oficial de inmigración fue removida. Argumentó que se trata de un caso de discriminación en temas de raza y/o religión y se afectó The Race Relation Act y The Employment Equality (Religion or Belief) Regulations.

La Oficina de Residencia (The Home Office) señaló que no hubo discriminación porque la decisión fue tomada para salvaguardar la seguridad nacional y fue hecha de acuerdo al procedimiento. El pedido fue rechazado por la Corte, pero posteriormente The Employment Appeal Tribunal declaró que el artículo 6º de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales establece que las personas tienen derecho a un proceso justo, lo cual implica que el señor Tariq conozca de las alegaciones realizadas contra su persona y con el detalle suficiente para que estos argumentos puedan ser refutados por el señor Tariq. La Oficina de Residencia (The Home Office) recurrió ante la Corte Suprema debido a que se hallaba frente a la situación de revelar información.

⁴³¹ En el caso de Al Rawi y otros contra The Security Service y otros, en esta apelación ante la Corte Suprema del Reino Unido se planteó si la Corte tiene poderes para ordenar un procedimiento de material cerrado, se cuestionó si puede ser legal y apropiado para una Corte ordenar que un procedimiento de material cerrado fuera adoptado en una reclamación civil para daños.

El Tribunal del Empleo (The Employment Court) se regula bajo The Employment Tribunals Act el cual establece que bajo el interés de la seguridad nacional se puede realizar el procedimiento de material cerrado (sección 10 del Act). Por ello, la Corte se preguntó si este procedimiento debe considerarse una discriminación injustificada para el propósito de la salvaguarda de la seguridad nacional, si proporciona protección legal efectiva y si asegura el respeto a los derechos conferidos en The Race Relations Act y The Employment Equality Regulations.

En el caso de la Oficina de Residencia contra Tariq, la Corte estableció que la abogacía especial puede tener un importante rol de contrabalanceo entre la total apertura a la revelación de información y la no revelación de información. En este caso, la Corte Suprema recogió criterios adoptados en las decisiones de los casos Leander contra Suecia, Esbester contra Reino Unido y Kennedy contra Reino Unido. Estos criterios fueron:

- Dentro de una sociedad democrática existe un interés de la seguridad nacional.
- La importancia de la seguridad nacional puede conllevar que se investigue al personal que puede manejar información de seguridad nacional.
- El gobierno no debe informar al ciudadano sobre el procedimiento de interceptación mientras este se viene realizando o donde la notificación haría peligrar las operaciones de agencias de interceptación.
- Las partes deben tener la oportunidad de presentar sus casos bajo condiciones que no estén en desventaja frente a sus adversarios.
- Puede haber restricciones en el procedimiento frente a un importante interés público como la seguridad nacional.
- La necesidad de mantener en secreto ciertos métodos policiales de investigación o protección de los derechos fundamentales de otra persona.
- El derecho a la revelación de evidencia no es un derecho absoluto, el interés de la seguridad nacional o la necesidad para mantener métodos de secretos de investigación del crimen deben ser sopesados con el derecho general a procedimientos adversarios, así tenemos que –por ejemplo– para la Corte hay limitaciones en escuchas orales y públicas.

- La obligación a la escucha no es absoluta, hay que analizar el carácter de las circunstancias que pueden justificar que la audiencia oral ceda frente a la naturaleza de los temas relacionados con la seguridad nacional.

Cabe recordar que en el caso de la sentencia *Al Rawi y otros contra el Servicio de Seguridad (The Security Service) y otros*, la Corte Suprema enfatizó las características de los procesos judiciales⁴³²:

- a) Los procesos judiciales son conducidos y juzgados en público. Esta es una característica importante y se ha enfatizado en varias sentencias tales como *R. contra Sussex Justice y Abogado General (Attorney General) contra Leveller Magazine Ltd.*
- b) Los procesos judiciales son conducidos con base en el principio de la justicia natural. Uno de los litigantes tiene el derecho de conocer su caso y las evidencias en contra de él y debe tener la oportunidad de evaluar y cuestionar las evidencias presentadas por la otra parte.
- c) Otro aspecto de la justicia natural es que las partes deben tener la oportunidad de llamar a sus propios testigos y examinar a los testigos opuestos.

Sin embargo, en la misma sentencia se discutió acerca de la necesidad de respetar un conjunto de intereses como la protección de la seguridad nacional, las relaciones internacionales del Reino Unido o la prevención, detención y persecución del crimen. Por ello, el Parlamento introdujo la figura del procedimiento del material cerrado y con el uso de defensa especial en ciertos casos como los regulados en las normas de *Prevention of Terrorism Act* y *Counter-Terrorism Act*⁴³³. En este punto es importante establecer que, conforme se concluyó en esta sentencia, el establecimiento del procedimiento cerrado debe ser necesariamente regulado por ley del Parlamento puesto que el juez no puede regular su propio procedimiento, pero a la par, porque se afecta el derecho a un proceso justo.

⁴³² CORTE SUPREMA DEL REINO UNIDO. *Sentencia del caso Al Rawi y otros contra el Servicio de Seguridad y otros*, de fecha 13 de julio de 2011, párrafo 13.

⁴³³ *Ibidem*, párrafo 14.

Cabe añadir que la Corte Suprema va a tomar como referencia el caso *Carnduff contra Rock*, en que hubo un pedido de un supuesto informador policial contra la Policía para recuperar el pago por información y asistencia brindada a esta institución, y estableció que la información sensible que puede afectar el interés público no puede ser revelada, con lo cual se afecta el proceso justo.

En la sentencia *Al Rawi y otros contra el Servicio de Seguridad y otros* se discute lo que se comprende por procedimiento de material cerrado y se señala⁴³⁴:

- a) Debe haber una parte y se le permite: i) cumplir con sus obligaciones para la revelación de los documentos y ii) cumplir en la evidencia escrita y evidencia oral.
- b) Debe haber información que pueda afectar el interés público (material conocido como ~~material~~ "material cerrado") y la revelación de esta información se realiza bajo la defensa especial.
- c) La Corte debe asegurar que esta información no sea revelada a otras partes.

La Corte Suprema del Reino Unido señaló (en el caso) que en la revisión de los tres casos (*Leander contra Suecia*, *Esberter contra Reino Unido* y *Kennedy contra Reino Unido*) se estableció que en las demandas donde el demandante reclama que por razones de seguridad nacional no es viable conocer el material secreto, cabe preguntarse si bajo la Convención Europea de Derechos Humanos esto si es viable y cuenta con suficientes salvaguardias⁴³⁵. En este punto la Corte explicó la sentencia del caso *Uzokauzkas contra Lituania* ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el que el Tribunal reconoció que el Estado tiene secretos que pueden ser revelados a determinadas personas que poseen la apropiada autorización. En adición a lo antes señalado, el Tribunal del Empleo (*Employment Court*) en la ley que desarrolla su procedimiento, artículos 54.2 y 54.4, tiene permitido asegurar que la información relacionada con la seguridad nacional no debe ser revelada.

⁴³⁴ *Ibidem*, párrafo 1.

⁴³⁵ CORTE SUPREMA DEL REINO UNIDO. *Sentencia del caso Oficina de Residencia contra Tariq*, de fecha 13 de julio del 2011, párrafo 36.

Por ello, en este caso se ha establecido correctamente la figura de la defensa especial (*special advocacy*). La Corte no debe dudar en aplicar este procedimiento para informar a una persona en la posición del señor Tariq que hay una fase cerrada en la cual se ameritó consideraciones en la apelación aunque estos temas no se puedan revelar. La defensa especial es una herramienta correcta que con el permiso de la Corte se puede aplicar incluso después de que la fase cerrada ha empezado para el señor Tariq⁴³⁶.

La Corte Suprema señaló que el señor Tariq y sus abogados conocen de la naturaleza general del caso propuesto por la Oficina de Residencia (The Home Office). La Corte Suprema presentó algunas consideraciones que debe tener el Tribunal del Empleo en el uso de la defensa especial, tales como: i) naturaleza de las alegaciones relevantes y de los intereses de seguridad nacional en su no revelación y en la luz de su mejor juzgamiento, ii) la significación de estas alegaciones para la defensa del Home Office y iii) el significado que tiene para la reclamación del señor Tariq la revelación o no revelación de estas alegaciones⁴³⁷.

Estas sentencias nos permiten concluir que si bien se reconoce entre los derechos fundamentales el derecho al proceso justo —en el cual las partes involucradas en el proceso judicial pueden presentar pruebas y cuestionar las pruebas de las otras partes—, se acepta, sin embargo, que en los procesos judiciales puede haber información sensible y que su revelación puede afectar un conjunto de intereses (seguridad nacional, relaciones internacionales, prevención de la delincuencia, entre otros), por lo cual se requiere crear mecanismos de no difusión, tales como el procedimiento cerrado y la abogacía especial. Lo cierto es que dichos mecanismos deben ser regulados por ley porque se hallan frente a la limitación de un derecho fundamental como es el derecho a un proceso justo.

Por cierto, existe preocupación por el uso del procedimiento cerrado y de la abogacía especial porque con estas figuras se afecta la justicia adversaria. Asimismo, preocupa el uso que los jueces puedan dar a estos mecanismos; por ello se debe evitar el uso desproporcionado (y la no valoración adecuada) de la información que puede

⁴³⁶ *Ibidem*, párrafo 59.

⁴³⁷ *Ibidem*, párrafo 69.

afectar los intereses antes mencionados, a fin de no limitar de manera incorrecta el derecho justo bajo el argumento de información que puede afectar intereses como el de la seguridad nacional.

4.2.3.2.- Derecho a interponer un recurso (recurso de habeas corpus) ante el órgano jurisdiccional

En este punto se analiza las sentencias de la Corte Suprema de Estados Unidos: Johnson y otros contra Eisentrager y otros, Rasul y otros contra George Bush, Presidente de los Estados Unidos, y otros; Hamdi y otro contra Rumsfeld, Secretario de Defensa, y otros; Hamdan contra Rumsfeld, Secretario de Defensa, y otro; Boumediene y otros contra George Bush, Presidente de los Estados Unidos, y otros, así como Munaf y otros contra Geren, Secretario del Ejército, y otros.

En la sentencia del caso Jhonson y otros contra Eisentrager y otros⁴³⁸, la Corte Suprema empezó por señalar que en el mundo moderno las normas no hacen distinción entre los destinatarios de las normas; es decir, no se distingue si los destinatarios son ciudadanos estadounidenses, extranjeros residentes o extranjeros aliados. Sin embargo, se cuestionó si los prisioneros tenían el derecho de interponer una demanda de habeas corpus ante una corte de los Estados Unidos, para ello se partió de la premisa de que un prisionero de las Fuerzas Armadas de Estados Unidos tiene derecho a demandar pese a que:

- a) Es un enemigo extranjero
- b) Nunca ha vivido o residido en el país
- c) Fue capturado fuera del territorio de Estados Unidos y estuvo en custodia militar como prisionero de guerra
- d) Ha sido tratado y sentenciado por una comisión militar situado fuera de Estados Unidos

⁴³⁸ Es el caso de 21 soldados alemanes que protegían instalaciones alemanas en China y que tras la rendición incondicional del gobierno de Alemania y del compromiso de que sus fuerzas armadas cesaran sus actividades, continuaron con sus actividades militares en contra de Estados Unidos, específicamente brindando información de inteligencia a las fuerzas armadas de Japón. Estos soldados fueron capturados por las fuerzas armadas de Estados Unidos y sometidos a un proceso por crímenes de guerra ante una comisión militar constituida por la Comandancia General en Nanking por delegación de la Comandancia General de las fuerzas armadas de los Estados Unidos. Esta comisión militar funcionó en China con consentimiento del gobierno chino. Posteriormente, los soldados presentaron un proceso de habeas corpus ante la Corte Distrital del Distrito de Columbia alegando que su proceso, sentencia y encarcelamiento violó los artículos 1º y 3º y la 5.ª Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos así como la Convención de Ginebra que regulan el tratamiento de prisioneros de guerra.

- e) Es juzgado por ofensas contra leyes de guerra cometidas fuera de Estados Unidos
- f) Es en todos los tiempos prisionero fuera de Estados Unidos⁴³⁹.

Si bien los demandantes se apoyaron en las sentencias de los casos *Ex Parte Quirin* y *Yamashita*, la Corte consideró que no son aplicables. Primero, porque en el primer caso mencionado, a diferencia del presente, los prisioneros estuvieron en custodia en el distrito de Columbia; fueron arrestados por autoridades civiles; la persecución fue realizada por el Abogado General; los actos cuestionados fueron cometidos en Estados Unidos; los prisioneros renunciaron a un acuerdo ante una corte civil; ninguno de los lugares donde actuaron, fueron arrestados o hechos prisioneros fueron zonas de operaciones militares; y no estaban bajo la ley marcial o cualquier otro control militar. En el segundo caso, las ofensas de *Yamashita* fueron cometidas en territorio de Estados Unidos y fue hecho prisionero dentro del territorio. Estos hechos no se presentaron en el caso *Jhonson y otros contra Eisentrager y otros*⁴⁴⁰.

La Corte Suprema reconoció que en los casos *Duncan contra. Kahanamoku*, *Ex Parte Quirin* y *Yamashita* ya hubo pronunciamiento sobre la legalidad de comisión militar para juzgar ofensas enemigas contra las leyes de guerra. En este sentido, la Corte señaló que no le correspondía decidir si los prisioneros eran culpables de crímenes de guerra o no lo eran y si las acciones de esta comisión militar con autoridad para escuchar, decidir y condenar no estaban sujetas a revisión judicial por parte de las cortes civiles. A su vez, la Corte determinó que la presencia de las fuerzas armadas estadounidenses fue legal porque fue autorizada por el Congreso de los Estados Unidos y que la Convención de Ginebra no hacía inmunes a los prisioneros contra su persecución y sanción.

En el caso *Rasul y otros contra George Bush, Presidente de los Estados Unidos, y otros*,⁴⁴¹ la Corte Suprema empezó por analizar la posibilidad de que los detenidos en

⁴³⁹ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. *Sentencia del caso Louis Jhonson y otros contra. Eisentrager y otros*, de fecha 05 de junio de 1950, p. 8.

⁴⁴⁰ *Ibidem*, p. 10.

⁴⁴¹ Durante la guerra de los Estados Unidos frente a Al Qaeda y el gobierno talibán de Afganistán, dos australianos y 12 ciudadanos de Kuwait fueron capturados en este enfrentamiento y remitidos a la base naval de los Estados Unidos ubicada en Guantánamo. Posteriormente, en 2002, los peticionarios recurrieron, por medio de amigos, a la Corte Distrital de Columbia con lo que desafiaron la legalidad de sus detenciones en la base naval, pues consideraron que no habían combatido contra Estados Unidos ni habían participado en alguna acción terrorista. Asimismo, señalaron que hasta la fecha no habían sido acusados, no se les había permitido tener asesoría jurídica y no se les había permitido acceder a los órganos jurisdiccionales.

un espacio fuera de la jurisdicción de Estados Unidos puedan interponer un proceso de habeas corpus. Específicamente, la Corte se preguntó si el estatuto de habeas corpus otorga un derecho a la revisión judicial de la legalidad de la detención de un extranjero en un territorio en el que Estados Unidos tiene exclusiva jurisdicción pero no soberanía⁴⁴². Luego de revisar los convenios de Estados Unidos con Cuba, la Corte refirió que tanto el artículo III del convenio de arrendamiento (*Lease Agreement*) y el artículo II del Tratado de Reciprocidad entre Cuba y Estados Unidos de 1934 establecían que Estados Unidos ejerce jurisdicción completa y control sobre la base naval de Guantánamo.

La Corte Suprema evaluó la naturaleza de la posición jurídica de los Estados Unidos frente a Guantánamo y estableció que de acuerdo a los acuerdos firmados por Estados Unidos con Cuba, este país no pierde soberanía sobre Guantánamo. Asimismo, diferenció este caso del caso *Jhonson y otros contra Eisentrager y otros*, puesto que no se trata de demandantes con nacionalidades de países en guerra contra Estados Unidos y estos demandantes negaron su participación en planes de agresión contra Estados Unidos, tampoco tuvieron acceso a un tribunal y no fueron procesados ni condenados por más de dos años en un espacio físico en el que Estados Unidos tuviera exclusiva jurisdicción y control. En este caso, la Corte Suprema consideró que bajo el estatuto del habeas corpus la presencia del prisionero en la jurisdicción territorial de la Corte Distrital no es un prerequisite invariable en el ejercicio de la jurisdicción de la Corte, y que en este estatuto no se hace precisa que la persona que interpone una demanda de habeas corpus debe ser un ciudadano de Estados Unidos⁴⁴³.

Se observa que hay una evolución en la sustentación de la Corte Suprema en casos similares. Así tenemos que en relación con el punto de Guantánamo en la sentencia del caso *Lakhadar Boumediene y otros contra George Bush, Presidente de los Estados Unidos, y otros*⁴⁴⁴ la Corte Suprema no solo reiteró la posición que Estados Unidos ejerce control sobre la base naval de Guantánamo y los alcances de los acuerdos que Estados Unidos ha celebrado con Cuba, sino que además no hay otra autoridad en

⁴⁴² CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. *Sentencia del caso Shariq Rasul y otros contra George Bush, Presidente de los Estados Unidos y otros*, de fecha 28 de junio de 2004, p. 6.

⁴⁴³ *Ibidem*, pp. 7, 8, 10 y 13.

⁴⁴⁴ Los peticionantes son extranjeros que han sido capturados en diversos lugares (Afganistán, Bosnia y Gambia) y se les considera miembros de Al Qaeda; además, se les califica como combatientes enemigos y han sido detenidos en la base naval de Guantánamo. Ellos iniciaron un proceso de habeas corpus ante la Corte Distrital de Columbia.

Guantánamo y no existe ninguna corte de Cuba en Guantánamo que tenga jurisdicción sobre el personal militar ni sobre los detenidos en dicha base naval. Por ello, para efectos prácticos, Estados Unidos responde por sus acciones en esa base militar⁴⁴⁵.

La posición de la Corte Suprema sobre el exclusivo control que ejerce Estados Unidos en un espacio físico y sobre los detenidos que deben recurrir a sus cortes se repitió en el caso *Munaf y otros contra Geren, Secretario del Ejército y otros*⁴⁴⁶, en el cual la Corte Suprema señaló que procedía el habeas corpus, pues el detenido fue capturado por las Fuerzas Armadas de Estados Unidos que formaron parte de una coalición internacional de 26 países, y estuvo detenido en una base militar de este país y sus captores eran militares que respondían exclusivamente ante el Presidente de los Estados Unidos y no a las fuerzas aliadas⁴⁴⁷.

En este debate entre seguridad nacional y derecho de los ciudadanos de interponer el proceso de habeas corpus, la Corte Suprema realizó una fuerte defensa del derecho de los ciudadanos para interponer una demanda de habeas corpus ante un órgano jurisdiccional. En la sentencia del caso *Yaser Esam Hamdi y Esam Fouad Hamdi contra Donald Rumsfeld, Secretario de Defensa, y otros*⁴⁴⁸, señaló la importancia de que en una democracia los ciudadanos vivan en libertad, aunque en dicha sentencia se recogió el concepto de “combatiente enemigo” como apoyo a las fuerzas hostiles a Estados Unidos (individual o como miembro de una coalición) y comprometido en un conflicto armado. A criterio del Gobierno de los Estados Unidos, el objetivo del combatiente enemigo es evitar que regrese a la batalla a seguir peleando contra Estados Unidos y existe una regulación sobre este tema.

⁴⁴⁵ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. *Sentencia del caso Lakhdar Boumediene y otros contra George Bush, Presidente de los Estados Unidos, y otros*, de fecha 12 de julio de 2008, p. 41.

⁴⁴⁶ Shawqi Omar y Mohammad Munaf son ciudadanos estadounidenses que voluntariamente viajaron a Iraq y cometieron crímenes en ese país. Fueron detenidos por fuerzas militares que formaban parte de la coalición internacional y remitidos a un tribunal compuesto por oficiales estadounidenses y se hallan en custodia por militares de Estados Unidos. Los familiares de los detenidos han iniciado un proceso de habeas corpus ante la Corte Distrital de Columbia.

⁴⁴⁷ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. *Sentencia del caso Mohammad Munaf y otros contra Pete Geren, Secretario del Ejército y otros*, de fecha 12 de junio de 2008, p. 10.

⁴⁴⁸ Yaser Esam Hamdi nació en Louisiana (Estados Unidos) en el año 1980. Vivió en Arabia Saudita en su niñez y en el año 2001 se fue a vivir a Afganistán donde fue detenido por apoyar a Al Qaeda. El Gobierno de los Estados Unidos lo calificó como combatiente enemigo. Posteriormente, se le trasladó a la base naval de Guantánamo y luego a la base de Norfolk (Virginia) y finalmente a la base de Charleston (Carolina del Sur). Su padre interpuso un proceso de habeas corpus ante la Corte Distrital del Distrito de Oriente de Virginia, con el alegato de que desde que su hijo fue detenido no tuvo contacto con él, no cuenta con asesoría legal ni se le ha informado de cualquier acusación pendiente.

Al respecto, la Corte Suprema señaló que en una sociedad democrática, todo aquel que es calificado como combatiente enemigo tiene derecho de recurrir a un órgano jurisdiccional para cuestionar esta decisión y pedir que se evalúe si la calificación de combatiente enemigo es correcta⁴⁴⁹. La propia Corte citó un conjunto de sentencias en donde había sentado su posición con respecto al debido proceso, según la cual los afectados en sus derechos tienen derecho a ser escuchados,⁴⁵⁰ y no basta con el argumento del gobierno de que el Poder Ejecutivo pueda informar sobre los criterios de calificación de combatiente enemigo a los detenidos.

Paralelamente, la Corte Suprema señaló que la Constitución de los Estados Unidos establece que el habeas corpus tiene vigencia incluso en plena guerra y solamente el Congreso de los Estados Unidos puede suspender esta garantía, pero bajo algunos específicos supuestos como conflicto con otro país o guerra civil. La propia Corte enfatizó la importancia del habeas corpus en la sociedad: en la sentencia del caso Boumediene contra George Bush no solo explicó el desarrollo histórico del habeas corpus en el *common law* sino que precisó que es la típica herramienta legal para combatir las detenciones arbitrarias; incluso una manera de remarcar su importancia fue la emisión de un conjunto de normas que reforzaron el habeas corpus⁴⁵¹.

En las sentencias de los casos Hamdan contra Rumsfeld y otro⁴⁵² y Boumediene contra George Bush y otros se refleja el conflicto del Congreso de Estados Unidos con la Corte Suprema de Estados Unidos con respecto a la posibilidad y las razones para impedir que las personas puedan recurrir ante el órgano jurisdiccional a fin de cuestionar las decisiones del Poder Ejecutivo en relación con el combatiente enemigo. Fue en la segunda sentencia en donde la Corte Suprema detectó varios errores en el procedimiento y el hallazgo fue producto de la necesidad de evaluar si el procedimiento sustitutorio del proceso de habeas corpus reunía las condiciones mínimas que aseguraran un real derecho de defensa de los afectados. Como una muestra de los

⁴⁴⁹ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. *Sentencia del caso Yaser Esam Hamdi y Esam Fouad Hamdi contra Donald Rumsfeld, Secretario de Defensa y otros, de fecha 28 de junio del 2004*, p. 26.

⁴⁵⁰ Entre las sentencias de los casos que la Corte Suprema cita tenemos: Mullane contra Central Hanover Bank & Trust co, Concrete Pipe & Products of Cal, Inc contra Construction Laborers Pension Trust for Southern Casl, Ward contra Monroeville, entre otros.

⁴⁵¹ En la sentencia del caso Boumediene contra George Bush se mencionó al Habeas Corpus Act of 1867, Estatuto 385; asimismo, se señalaron las sentencias de los casos Harris contra Nelson y Peyton contra. Rowe.

⁴⁵² Salim Ahmed Hamdan es un ciudadano de Yemen que fue capturado por las fuerzas armadas de los Estados Unidos y enviado a la base de Guantánamo. Posteriormente, inició un proceso de habeas corpus.

errores, tenemos que en el *Detainee Treatment Act* (DTA) se permite que el detenido calificado como combatiente enemigo solicite ante la Corte de Apelaciones una revisión de esta calificación –realizada ante los Combatant Status Review Tribunals (CSRT)– para que se verifique solo el cumplimiento de los estándares del procedimiento. De esta manera, la Corte no podrá considerar evidencias fuera del registro del CSRT, solo podrá verificar si el CSRT cumplió con el procedimiento y aplicará medidas correctivas si se determina que hubo deficiencias.

El hecho de no poder ofrecer nuevas evidencias generó problemas de demostración sobre los errores en las decisiones de la CSRT. En el caso de ciudadano Mohamed Nechla, la Corte Suprema explicó que este ciudadano solicitó a la CSRT que se contacte con su empleador a fin de que corrobore que él no pertenecía a Al Qaeda; aunque la CSRT consideró importante esta declaración, ésta no se pudo realizar. Sin embargo, en el supuesto de que el caso no tuviera carácter restringido, y hubiera libertad para la presentación de pruebas, en efecto, se podría haber considerado la prueba en mención, por lo tanto, a criterio de la Corte Suprema un detenido debe tener la facilidad de presentar evidencias que demuestren que su detención carece de sustento; es decir, el detenido tiene que poder presentar esta prueba ante la Corte⁴⁵³.

Adicionalmente, se advierte un problema: si un detenido tiene pruebas relevantes que demuestren su inocencia, y por ello no puede ser calificado como combatiente enemigo, tiene que pedir ante el representante de la Secretaría de Defensa que se convoque a un nuevo CSRT, pero esta es una decisión exclusiva de él y no puede ser apelable⁴⁵⁴. Por ello, la Corte Suprema señaló que el procedimiento sustituto del habeas corpus es inadecuado y por tanto, concluyó que los peticionarios tienen el derecho de interponer procesos de habeas corpus ante las cortes de los Estados Unidos.

En la revisión de los procesos se aprecia que la Corte Suprema valora la importancia del habeas corpus como un proceso al que puede recurrir toda persona que ve afectada su libertad y con capacidad para cuestionar las decisiones y errores que

⁴⁵³ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. *Sentencia del caso Lakhdar Boumediene y otros contra George Bush, Presidente de los Estados Unidos y otros*, de fecha 12 de junio de 2008, pp. 59-61.

⁴⁵⁴ *Ibidem*, p. 62.

afecten a estas personas. Por la importancia del habeas corpus se debe proteger su vigencia con el objeto que las personas puedan recurrir a ella.

No obstante, debemos señalar que la Corte Suprema no cuestionó temas importantes como la figura del combatiente enemigo. Expertos, como Aya Gruber, ya han cuestionado a la Corte Suprema de Estados Unidos por alejarse de la construcción moderna de los derechos globales y obligaciones y, más todavía, porque a raíz del atentado del 11 de septiembre de 2001, bajo el tema de la guerra del terror (*war on terror*) ha habido una concurrente destrucción de las libertades civiles, y se abraza la tortura y la detención indefinida⁴⁵⁵. Igualmente, Miguel Revenga cuestiona la figura del combatiente enemigo con la cual se buscaría cerrar el paso de las garantías ordinarias y la Convención de Ginebra sobre el trato a los prisioneros de guerra, y una jurisdicción militar enfocada más en castigar que en ejecutar un proceso imparcial; es decir, más con una presunción de culpabilidad y fuertes limitaciones a los derechos de defensa y aportar pruebas por el detenido⁴⁵⁶.

Como ya se expuso antes, la figura del combatiente implica detener al agresor durante el plazo que dura la guerra, pero la propia Corte Suprema reconoció que la guerra que enfrenta Estados Unidos con el terrorismo es atípica y no tiene plazos previsibles de finalización; además, que existen algunas personas detenidas por más de seis años sin que se les haya procesado. La Corte Suprema solamente relató un conjunto de normas que sustenta esta figura pero no ha tenido en cuenta la realidad de la guerra contra el terrorismo y las actuales variables de este tipo de guerra que conlleva analizar esta situación en este contexto.

4.2.3.3.- El derecho al medio ambiente

En este punto analizaremos la sentencia del caso Winter, Secretario de la Marina de Guerra, y otros contra el Consejo de Defensa de Recursos Naturales y otros, en la

⁴⁵⁵ GRUBER, Aya. One More Casualty of the "War on Terror" En. Volkcansek, Mary L; Stack Jr, John F. (eds.) *Courts and Terrorism. Nine Nations Balance Rights and Security*. New York: Cambridge University Press, 2011, p. 33.

⁴⁵⁶ REVENGA SÁNCHEZ, Miguel. Terrorismo y Derecho Bajo la Estela del 11 de Septiembre. En. Revenga Sánchez, Miguel (Dir.). *Terrorismo y Derecho Bajo la Estela del 11 de Septiembre*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 16.

cual la Corte Suprema discutió el balance entre la protección del medio ambiente y la seguridad nacional.

La Marina de Guerra de los Estados Unidos necesita que sus miembros practiquen entrenamientos a fin de estar preparados para enfrentar las diversas amenazas que enfrenta el Estado, uno de estos consiste en detectar el camino de submarinos enemigos; es un tipo de entrenamiento que realiza desde hace 40 años. La situación se presenta frente a un conjunto de submarinos diesel-eléctricos muy modernos y muy silenciosos, y por ende difícil de detectar. A la fecha existen alrededor de 300 y pueden representar un serio riesgo para la flota de la Marina de Guerra.

La herramienta más efectiva para detectar estos submarinos es el sonar *midfrequency active* (MFA) que permite a la Marina no solo captar el sonido y la distancia del submarino, sino también seguir al submarino enemigo, pero se requiere de un entrenamiento muy intensivo para hacer un adecuado uso de este sonar puesto que puede ser afectado por diferentes elementos como tiempo del día, densidad del agua, salinización, corrientes, etc. Por lo antes señalado, el entrenamiento debe tener en cuenta estas variables y las aguas de la costa del sudeste de California ofrecen un escenario óptimo para realizarlo.

En esta zona existen al menos 37 especies de mamíferos marinos que incluyen a delfines, ballenas y leones de mar. Hay preocupación por el daño que este entrenamiento con el sonar puede causar sobre estos animales. La Marina señaló que este sonar ha sido usado durante ejercicios de entrenamiento en esta zona sin que se haya documentado daño pero reconoce que puede causar pérdida temporal de la escucha o una corta disrupción de los patrones de comportamiento de los animales⁴⁵⁷.

Debe tenerse en cuenta que hay normas como The Marine Mammal Protection Act (MMPA) que prohíbe el hostigamiento, cacería captura o matanza de los mamíferos marinos, pero el Secretario de Estado puede exceptuar cualquier acción de esta norma si obedece a razones de defensa nacional. Considerando lo antes señalado, el Secretario de

⁴⁵⁷ CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. *Sentencia del caso Winter, Secretario de la Marina de Guerra, y otros contra el Consejo de Defensa de Recursos Naturales y otros*, de fecha 12 de noviembre de 2008, p. 4.

Defensa concedió a la Marina de Guerra dos años de excepción de la aplicación de esta norma para el ejercicio de este entrenamiento.

La Marina adoptó un conjunto de medidas de mitigación tales como:⁴⁵⁸

- i) Entrenamiento de vigías y oficiales para observar a los mamíferos marinos.
- ii) Requerimiento de al menos cinco vigías en binoculares en cada barco para mirar las anomalías en la superficie del agua (incluyendo mamíferos).
- iii) Requerimiento de aviones y operadores de sonares para reportar los mamíferos marinos en la zona de los ejercicios de los entrenamientos,
- iv) Requerimiento de reducción de actividades de transmisión del sonar de niveles por 6 db si un mamífero es detectado dentro de las 1000 yardas de la inclinación del barco y de 10 db si el animal es detectado dentro de las 500 yardas.
- v) Requerimiento de un completo cierre de la transmisión del sonar si un animal es detectado dentro de las 200 yardas del barco.
- vi) Requerimiento para que el sonar sea operado en el más bajo nivel practicable.
- vii) Adopción de coordinación y reporte de procedimientos.

The National Environmental Policy Act requiere que las entidades públicas elaboren una Declaración de Impacto Ambiental (Environmental Impact Statement-EIS). En febrero del año 2007 el estudio ambiental estableció que el programa de entrenamiento del sonar no debería tener un significativo impacto en el entorno en enero de 2009.

Sin embargo, el Consejo de Defensa de Recursos Naturales (The Natural Resources Defense Council), Jean-Michael Cousteau y algunos grupos de protección de animales y hábitats del océano presentaron una demanda ante la Corte Distrital, con el siguiente argumento: el sonar MFA causa más daño a los mamíferos marinos que lo que señala la Marina de Guerra y que el entrenamiento con el sonar viola un conjunto de normas como The National Environmental Policy Act (NEPA), The Endangered Species Act (ESA), Coastal Zone Management Act (CZMA). La Corte Distrital establece que hay una cercana certeza de irreparable daño al ambiente y que este daño importa más

⁴⁵⁸ Ibidem, p. 5.

que cualquier daño a la Marina de Guerra, estableciendo en adición a las medidas adoptadas por la Marina de Guerra un conjunto de medidas de mitigación:

- i) Impone a 12 millas de la línea de la costa una “zona exclusiva”.
- ii) Uso de vigías adicionales para monitorear a los animales marinos.
- iii) Restricción del uso de sonar del helicóptero.
- iv) Limitar el uso del sonar MFA en puntos-ahogamiento.
- v) Apagar el sonar cuando un animal marino se halla dentro de las 2200 yardas de un barco.
- vi) Bajar el poder del sonar por 6 db durante las condiciones de conducción de superficie⁴⁵⁹.

Posteriormente, el Presidente dicta una medida (Executive Branch) con base en la Coastal Zone Management Act (CZMA), que es una excepción si se considera que esa actividad es esencial para la seguridad nacional. La medida del Presidente considera que si se cumple con las restricciones de la Corte Distrital se afecta la habilidad de la Marina para conducir sus ejercicios de entrenamiento militar de manera realista. Asimismo, el Consejo en Calidad Ambiental (*The Council on Environmental Quality-CEQ*) autorizó a la Marina a implementar disposiciones alternativas para obedecer lo obligado por The National Environmental Policy Act (NEPA) a la luz de la situación de emergencia. En ese sentido, bajo las disposiciones alternativas, la Marina debe permitir que sus ejercicios se realicen entrenamiento bajo los procedimientos de mitigación adoptadas en conjunto con las excepciones a la MMPA⁴⁶⁰.

La Corte de Apelaciones ratifica la posición de la primera instancia puesto que considera que los demandantes han demostrado la posibilidad de un posible daño irreparable y que el estudio ambiental de la Marina (que sostiene que no hay impacto ambiental importante) es superficial, incluso si se toma la posición de la Marina se constata que se causa lesiones físicas y disturbios de comportamiento a los mamíferos y que el impacto negativo en los ejercicios militares solo es especulativo. Exactamente, la Corte determinó:

⁴⁵⁹ *Ibidem*, p. 7.

⁴⁶⁰ *Ibidem*, p. 8.

- i) La zona de 2200 yardas impuesta por la Corte Distrital no afecta las operaciones de la Marina porque la Marina frecuentemente cierra su sistema sonar MFA durante el curso de ejercicios de entrenamiento.
- ii) El requerimiento de apagar el sonar durante las significantes condiciones de conducción de superficie no son irrazonables porque son situaciones excepcionales⁴⁶¹.

La Corte Suprema considera que la aplicación de la medida adoptada por la Corte Distrital y confirmada por la Corte de Apelaciones requiere que los demandantes hayan probado un daño irreparable y no una cercana certeza de daño irreparable como afirmó la Corte Distrital. Pero incluso si se dan esas circunstancias, la Corte Suprema establece que se debe sopesar estos dos intereses, el interés ecológico y el interés efectivo de la Marina en el entrenamiento de su personal. En este punto la Corte se va a inclinar por este segundo punto por varios motivos: la Marina ha venido realizando estos ejercicios durante más de 40 años, los representantes de la Marina han enfatizado la importancia del uso del sonar en sus entrenamientos y el entrenamiento realístico no puede ser afrontado con las restricciones que le impone la Corte Distrital, específicamente, en dos puntos que la Marina cuestionó ante la Corte Suprema: i) la zona de las 2200 yardas y ii) el requerimiento de que la Marina apague su sistema sonar durante significantes condiciones de conducción de superficie. Además, la Corte Suprema va a considerar el riesgo que significa para la seguridad nacional practicar un inadecuado entrenamiento en el uso de estos sonares para detectar los submarinos diesel-eléctricos⁴⁶².

En este caso la Corte Suprema va a dar mucha importancia al entrenamiento militar por la relevancia del mismo puesto que es el único entrenamiento que permite detectar una amenaza a la flota de la Marina (submarinos silenciosos), el hecho que el propio Presidente haya dictado medidas para no perjudicar estos entrenamientos y que los mismos altos mandos hayan declarado la importancia de este entrenamiento, confirma la importancia del mismo en la Marina de Guerra y, por tanto, que la Corte Suprema se incline por proteger este tipo de entrenamiento, a la par que no se demostró una afectación indubitable al medio ambiente.

⁴⁶¹ *Ibidem*, p. 9-10.

⁴⁶² *Ibidem*, pp. 13,15 y 16.

CONCLUSIONES

Primera.- La seguridad nacional es un concepto que presenta dificultades en su definición y de esta situación muchas veces los gobiernos se aprovechan para elaborar conceptos sobredimensionados sobre la misma, y esto cobra más importancia porque la seguridad nacional actúa muchas veces como límites de derechos fundamentales, bajo el argumento de haber amenazas a la seguridad nacional del Estado estos dictan estados de excepción en que se suspenden ciertos derechos fundamentales y los Estados dictan medias extraordinarias bajo el argumento de protección de la seguridad nacional, por ello, la necesidad de establecer criterios, pautas que nos permitan delimitar este concepto.

Segunda.- En la presente investigación se ha constatado que el aporte de la doctrina brinda en relación a la seguridad nacional no radica en establecer un concepto uniforme sobre este tema ni sus amenazas sino en establecer los temas que busca protegerse con la seguridad nacional como son la soberanía, población e integridad territorial. A mi criterio, considerando como razones que la seguridad nacional actúa como un límite de los derechos fundamentales y es una de las razones para que los Estados declaren estados de excepción en que se suspenden derechos fundamentales y a la vez sirve como sustento para que los Estados dicten normas para combatir las amenazas a la seguridad nacional y permitir que los operadores de derecho entiendan correctamente que es seguridad nacional, es necesario tener un concepto mínimo de seguridad nacional, la cual será una situación en que el Estado se protegerá de las amenazas que tengan como finalidad una afectación directa a la población, territorio y soberanía de un país. Asimismo, si bien las amenazas pueden variar con el tiempo dependiendo de las circunstancias que afecten a un determinado país, un Estado tiene generalmente como amenazas mínimas: amenaza militar entre Estados, amenaza política (terrorismo interno e internacional) y amenaza ecológica (cambio climático).

Tercera.- En esta investigación se ha evaluado la jurisprudencia sobre seguridad nacional en los tres tribunales internacionales, Corte Internacional de Justicia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los cuales se puede concluir que pese a que han resuelto casos en que han podido analizar

que se entiende por seguridad nacional, haber establecido pautas, criterios sobre qué se entiende por la seguridad nacional se ha optado por no tomar una posición sobre la misma, dando mucho margen de actuación a los Estados, perdiéndose la oportunidad de sentar pautas y criterios sobre la seguridad nacional que hubieran servido de referencia a los Estados.

Cuarta.- El Estado Constitucional de Derecho tiene la virtud de establecer criterios, en este caso el valor supremo dignidad y los valores superiores (libertad, igualdad, solidaridad y seguridad jurídica), que permiten guiar el marco normativo que desarrollen los Estados, esto es importante porque muchas veces bajo el argumento de adoptar medidas para combatir las amenazas a la seguridad nacional, especialmente el terrorismo como amenaza, la seguridad nacional se convierte en una herramienta en que los Estados emiten nuevas normas que producen afectaciones irregulares a los derechos fundamentales de las personas. Por ello, el Estado Constitucional de Derecho como modelo de Estado nos permite orientar y corregir a los Estados en su rol regulador de normas sobre seguridad nacional y evitar irregularidades en la afectación de los derechos de las personas bajo este argumento.

Quinta.- En relación a los aportes de la jurisprudencia comparada a la seguridad nacional debemos tener presente como limitaciones a la presente investigación que hay pocos casos en que los países han desarrollado jurisprudencia sobre la seguridad nacional, estos son los casos de la jurisprudencia de las Corte Suprema de Estados Unidos, Corte Suprema del Reino Unido, Corte Suprema de Canadá, Corte Suprema de Nueva Zelandia, Corte Constitucional Federal de Alemania y la Corte Constitucional de Indonesia. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que la mayoría de los casos han girado generalmente en relación a la amenaza del terrorismo (el caso de excepción es Winter, Secretario de la Marina de Guerra y otros contra el Consejo de Defensa de Recursos Naturales y otros), con lo cual no se advierte análisis de los tribunales sobre otros tipos de amenazas a la seguridad nacional. En la revisión de estos casos se advierte aportes interesantes en su vinculación con la seguridad nacional porque al analizar la seguridad nacional la han contrapesado con el valor supremo dignidad, los valores superiores (libertad, igualdad, solidaridad y seguridad jurídica) y los derechos fundamentales de las personas, lo cual ha contribuido a evitar excesos por parte de los otros poderes del Estado. En específico, en las diversas sentencias emitidas por las

cortes se advierte un análisis de la colisión de seguridad nacional-dignidad, seguridad nacional-derechos fundamentales y seguridad nacional-seguridad jurídica.

Sexta.- En el análisis de los casos revisados resalta primero la relación de seguridad nacional - valor supremo dignidad. En relación a la dignidad hay una valoración importante de la misma puesto que ésta constituye un fin último y es la máxima premisa de la cual se desprenden los valores superiores de libertad, igualdad, solidaridad y seguridad jurídica, y sobre la cual se construyen derechos fundamentales esenciales como el derecho a la vida y el derecho a la integridad física. Esta relevancia nos lleva a la conclusión que para proteger la dignidad se debe establecer restricciones en el marco normativo y que la misma sirve como orientador para la correcta producción normativa y para una adecuada interpretación normativa. Considerando lo antes referido, en la relación entre la dignidad con la seguridad nacional, la dignidad no cede frente a ésta, sobre todo en casos donde se trate a las personas como meros objetos o se permita la tortura para obtener información puesto que esto conlleva a perder la humanización del ser humano. Incluso en casos en que la ley permite la deportación por razones de seguridad nacional los tribunales han optado por no realizar la misma si hay un riesgo de tortura de las personas que serán deportadas a sus países de origen.

En segundo lugar se resalta la relación entre el valor superior de seguridad jurídica-seguridad nacional. El valor superior de seguridad jurídica implica que las normas sean emitidas por la autoridad competente, las normas sean claras, generales y abstractas y que las mismas no tengan un carácter retroactivo. En relación a este último punto, la seguridad jurídica tiene primacía sobre las razones de seguridad nacional, no permitiendo la vulneración de este principio bajo el argumento de la seguridad nacional, puesto que se generará imprevisibilidad en la población.

En tercer lugar tenemos al derecho a interponer el proceso de habeas corpus - seguridad nacional, en estos casos la jurisprudencia ha mostrado una posición de no ceder frente a la seguridad nacional. En este punto se ha revisado varios casos relacionados al derecho de las personas de iniciar el proceso de habeas corpus ante el Estado, debemos indicar que se han analizado varios casos presentados ante la Corte Suprema de Estados Unidos donde se observa una evolución en este tema, enfatizándose el derecho de las personas de iniciar un proceso de habeas corpus incluso

en casos donde el detenido no está en un territorio de soberanía norteamericana pero si de control total de este país. En estos casos se advierte una preocupación de la corte de proteger el instrumento jurídico del habeas corpus por ser un instrumento importante para los ciudadanos en una sociedad donde el ciudadano goza de la plena libertad, en diversos momentos este instrumento ha sido reforzado por diversas normas, esta herramienta logra evitar detenciones arbitrarias y permite que los detenidos puedan cuestionar las decisiones del gobierno (en este caso la calificación de combatiente enemigo por el cual se les detuvo) y solo excepcionalmente puede ser suspendido, además, no es viable que nieguen a las personas recurrir al proceso de habeas corpus por brindarles otra herramienta legal que es menos protectora que el habeas corpus.

Séptima.- En relación al derecho de un proceso justo la jurisprudencia se encuentra con el conflicto entre el alcance de este derecho que implica que las partes de un proceso judicial puedan presentar pruebas, puedan conocer las pruebas que se presentan en su contra y cuestionarlas, pero a la par, hay información que de revelarse en el proceso puede afectar la seguridad nacional del país, por ello, la jurisprudencia matiza el derecho a un proceso justo frente a la seguridad nacional, permitiéndose la discriminación en favor de la seguridad nacional, para ello, se apoya en las figuras del procedimiento cerrado y la abogacía especial como mecanismos especiales para un contrabalanceo entre una total apertura a la revelación de información y la no revelación de la información.

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS, NORMATIVAS, DOCUMENTALES, JURISPRUDENCIALES Y OTROS

A. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

1.- Manuales, obras colectivas y libros

ALEXY, Ronald. Teoría de los derechos fundamentales. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, 607 p.
(Colección El Derecho y la justicia).

ALONSO PÉREZ, Francisco. *Seguridad ciudadana. La Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero sobre protección de la seguridad ciudadana*. Madrid: Marcial Pons, 1994, 453 p.

ANSUATENGUI ROIG, Francisco Javier. *La conexión conceptual entre el Estado de Derecho y los Derechos Fundamentales. Modelos y evolución*. Lima: Grijley, 2007, 134 p.

ARAI-TAKAHASHI, Yutaka. *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*. New York: Intersentia, 2002, 300 p.

ASÍS, Rafael de. *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*. Madrid: Dykinson, 1999, 164 p.

BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Entre la moral, la política y el Derecho: El pensamiento filosófico y jurídico de Gregorio Peces-Barba*. Madrid: Dykinson, 2010, 732 p.

BUZAN, Barry; WAEVER, Ole; WILDE, Jaap de. *Security. A New Framework for Analysis*. Londres: Lynne Rienner, 1998, 239 p.

BUZAN, Barry. *People, State and Fear. An agenda for international security studies in the post-cold war era*. 2.^a edición. Boulder: Lynne Rienner Publishers, 1991, 393 p.

CAMERON, Iain. *National Security and the European Convention on Human Rights*. Cambridge: Kluwer Law International, 2000, 479 p.

CATALÁ I BAS, Alexander. *Libertad de expresión e información: la jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional. Hacia un derecho europeo de los derechos humanos*. Valencia: Revista General del Derecho, 2001, 484 p.

CUETO, Carlos de; JORDAN, Javier (coord.). *Introducción a los estudios de seguridad y defensa*. Granada: editorial Comares, 2001, 307 p. (Colección Política y Sociedad)

DELMAS-MARTY, Mireille (ed.). *The European Convention for the Protection of Human Rights: international protection versus national restrictions*. Dordrecht: Martin Nijhoff, 1992, 346 p.

DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. 9.^a edición. Madrid: Grupo Santillana, 1998, 203 p.

DÍAZ, Elías. *Ética contra política. Los intelectuales y el poder*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, 245 p.

DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Traducción de Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres, Barcelona: Ariel, 1994, 359 p.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Molino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés. Valladolid: Trotta, 1995, 991 p. (Colección Estructuras y Procesos).

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; GONZA, Alejandra. *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México: Comisión

de Derechos Humanos del Distrito Federal; Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007, 97 p.

GARCÍA ROCA, Javier. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Navarra: Civitas Thompson Reuters, 2010, 389 p.

GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús. *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2004, 542 p.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 2005, 689 p.

JIMÉNEZ DÍAZ, María José. *Seguridad ciudadana y Derecho Penal*. Madrid: Dykinson, 2006, 162 p.

LASWELL, Harold. *National Security and Individual Freedom*. New York: Mc. Graw-Hill Book, 1950, 259 p.

LUSTGARTEN, Laurence; LEIGH, Ian. *In From the Cold. National Security and Parliamentary Democracy*. New York: Oxford University Press, 1994, 554 p.

MARTÍN RODRÍGUEZ, Pablo J. *Flexibilidad y tratados internacionales*. Madrid: Tecnos, 2003, 250 p.

MATLARY, Janne Halaand. *European Union Security Dynamics in the New National Interest*. New York, Palgrave Macmillan, 2009, 234 p.

MOODIE, Michael. *Cooperative security: Implications for national security and international relations*. En: <http://www.cmc.sandia.gov/cmc-papers/sand98-050514.pdf>. Obtenido el 21 de marzo del 2011.

MOREIRO GONZÁLEZ, Carlos J. *Las cláusulas de seguridad nacional*. Madrid: Iustel, 2007, 248 p.

PAREJO ALFONSO, Luciano; DROMI, Roberto. *Seguridad pública y derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 2001, 410 p.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Ética, Poder y Derecho. Reflexiones ante el fin del siglo*. México: Fontamara, 2000, 154 p. (Serie Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política).

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *La dignidad de la persona desde de la Filosofía del Derecho*. Madrid: Dykinson, 2002, 84 p. (Colección Cuadernos Bartolomé de las Casas)

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid; Boletín Oficial del Estado, 1999, 720 p.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Dimensiones de la igualdad*. Madrid: Dykinson, 2005, 135 p. (Serie Cuadernos Bartolome de las Casas)

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. 6.^a edición. *Derechos humanos, estado de derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1999, 491 p.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Seguridad jurídica*. Barcelona: Ariel, 1991, 118 p.

POSNER, Richard. *Not a Suicide Pact: The Constitution in a Time of National Emergency*. New York: Oxford University Press, 2006, 171 p.

POULANTZAS, Nicos. *Fascismo y dictadura: la tercera internacional frente al fascismo*. 6.^a edición. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Argentina Editores, 1974, 427 p.

PRIETO SANCHIS, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1990, 267 p.

REVENGA SÁNCHEZ, Miguel. *El imperio de la política. Seguridad nacional y secreto de Estado en el sistema constitucional norteamericano*. Barcelona: Ariel, 1995, 229 p.

REVENGA SÁNCHEZ, Miguel. *Seguridad nacional y derechos humanos: estudio sobre la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*. Navarra: Aranzadi, 2002, 200 p.

RUIZ MIGUEL, Carlos. *El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Civitas, 1994, 134 p.

SALINAS ESCOBAR, Mauricio. *Reflexiones en torno al concepto de seguridad ciudadana y su situación en Chile*. En: <http://alainet.org/active/2051&long=es>. Obtenido el 04 de abril del 2011.

SCARRY, Elaine. *The Body in Pain: The Making and Unmaking of the World*. Oxford: Oxford University Press, 1985, 385 p.

YOUROW, Howard Charles. *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*. Dordrecht: Martins Nijhoff, 1996, 229 p.

WARK, Werley K. *National Security and Human Rights concerns in Canada: A Survey of Eight Critical Issues in the Post 9/11 Environment*. En: http://www.chrc-ccdp.ca/sites/default/files/ns_sn_en-1.pdf. Obtenido el 1 de agosto de 2014.

WOLTER, Detlev. *Common Security in Outer Space and International Law*. Ginebra: Organización de Naciones Unidas, 2006, 296 p.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, Comunidad de Madrid, 1995, 173 p.

2.- Artículos de revistas, artículos de periódicos y capítulos de libros

AGUIAR DE LUQUE, Luis. Los límites de los derechos fundamentales. En: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 14, enero-abril 1993, pp. 9-34.

BARBÉ, Esther; PERNI, Orietta. Más allá de la seguridad nacional. En: Cueto, Carlos de; Jordan, Javier. *Introducción a los estudios de seguridad y defensa*. Granada: Comares, 2001, pp. 3-34. (Colección Política y Sociedad).

BARIFFI, Francisco. Reflexiones en torno al concepto de terrorismo a la luz del Derecho Internacional. En: *Derecho y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año N° 12, N° 19, junio de 2008, pp. 123-163.

BARRANCO AVILES, María del Carmen. Libertad y poder en Gregorio Peces-Barba. En: AAVV. *Entre la ética, el poder y el Derecho. Estudio en Homenaje a Gregorio Peces-Barba*. Madrid: Dykinson, 2008, Volumen I, pp. 105-120.

BERNAL PULIDO, Carlos. La racionalidad de la ponderación. En: Carbonell, Miguel; Grandez Castro, Pedro (coords.). *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*. Lima: Palestra editores, 2010, pp. 37-57. (Colección Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional).

BUSTOS GIRBERT, Rafael. Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática (art. 10 CEDH). En: García Roca, Javier; Santolaya, Pablo (coords.). *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 529-564.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Seguridad ciudadana y seguridad jurídica. En: Pérez Álvarez, Fernando (ed.). *“Universitas Vitae”: homenaje a Ruperto Nuñez Barbero*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2007, pp-93-99.

CALLEWAENT, John. Quel avenir pour la marge d' appreciation? En: Mahoney, Paul; Matscher, Franz; Petzold, Herbert; Whilahaber, Luizius (eds.). *Protecting human rights*.

The European Perspective. Studies in memory of Rolv Ryssdal. Berlin: Carl Heymanns Verlag, 2000, pp. 147- 166.

CAMPOY CERVERA, Ignacio. Una revisión de la idea de dignidad humana y de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en relación con la fundamentación de los derechos. En: *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Época, Tomo XXI, 2004, pp. 143-166.

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis. Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública. En: Ministerio del Interior. *Policía y sociedad*. Madrid: Dirección General de la Policía, 1989, pp. 25-45.

COHEN, David; COOK, Alethia; LOUSCHER, David. The need of many: Biological terrorism, disease containment and civil liberties. En: Cohen, David, Wells, John. *American national security and civil liberties in an era of terrorism*. New York: Palgrave Macmillan, pp. 105-124.

COHEN, Richard. Cooperative Security: From Individual Security to International Stability. En: Cohen, Richard; Mihalka, Michael. *Cooperative security: New horizons for international order*. En: http://marshallcenter.org/mcpublicweb/MCDocs/files/College/F_publications/mcpapers/mc-papers_3-en.pdf, pp. 1-27. Obtenido el 21 de marzo de 2011.

COTLER, Irwin. Thinking Outside of the Box: Foundational Principles for a Counter-Terrorism Law and Policy. En: Daniels, Ronald; Macklem, Patrick; Roach, Kent (eds.). *The Security of Freedom. Essays on Canada's Anti-terrorism Bill*. Toronto: University of Toronto Press Incorporated, 2001, pp.111-130.

DOLATYAR, M; GRAY T.S. The Politics of Water Scarcity in the Middle East. En: *Environmental Politics*, Volumen 9, N° 3, 2000, pp. 65-88.

FELIP, José María. Inteligencia y seguridad nacional. En: Cueto, Carlos de; JORDAN, Javier (eds.). *La gestión de la seguridad en el nuevo entorno estratégico*. Granada: Comares, 2005, pp. 185-217.

FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio. Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho. En: López García, José Antonio; Real, J. Alberto del (eds.). *Los derechos entre la ética, el poder y el derecho*. Madrid: Dykinson, 2000, pp. 103-120.

FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio. El problema del fundamento de los derechos humanos. En: *Anuario de Derechos Humanos*, Volumen 1, 1987, pp. 73-112.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La solidaridad como principio constitucional. En: *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 30, 2012, pp. 139-181.

GARCÍA ROCA, Javier. La problemática disolución del Partido de la Prosperidad ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Estado constitucional y control de las actuaciones de partidos fundamentalistas (1). En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 65, año 22, mayo-agosto 2002, pp. 295-334.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. La teoría general del garantismo a propósito de la obra de L. Ferrajoli "Derecho y razón". En: *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, N° 31, 2001, pp. 195-213.

GRUBER, Aya. One More Casualty of the "War of Terror". En: Volkcansek, Mary L.; Stack Jr, John F. (eds.). *Courts and Terrorism. Nine Nations Balance Rights and Security*. New York: Cambridge University Press, 2011, pp. 33-49.

GREIFF, Gustavo de. Terrorismo y seguridad nacional. El derecho internacional que hereda el siglo XXI. En: Méndez Silva, Ricardo (coord.). *Derecho y seguridad internacional: memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 137-159.

GUASTINI, Ricardo. Ponderación: un análisis de los conflictos entre principios constitucionales. En: Carbonell, Miguel; Grandez Castro, Pedro (coords.). *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*. Lima: Palestra editores, 2010, pp. 71-79. (Colección Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional).

IZU BELLOSO, Miguel José. Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978. En: *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 58, abril-junio 1988, pp. 233-254.

LEPSIUS, Oliver. Dignity and the Downing of Aircraft: The German Federal Constitutional Court Strike Down a Prominent Anti-terrorism Provision in the New Air-transport Security Act. En: *German Law Journal*, vol. N°07, N° 09, pp. 761-776.

LÓPEZ GUERRA, Luis; PÉREZ TREMP, Pablo; AGUIAR DE LUQUE, Luis. Constitución y guerra. *El País*, 19 de marzo de 2003, p.8.

OLIVER CALDERON, Guillermo. Seguridad jurídica y derecho penal. En: *Revista de Estudios de la Justicia*, N°11, año 2009, pp. 181-199.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. La calidad de la ley según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (especial referencia a los casos "Valenzuela Contreras" y "Prado Bugallo", ambos contra España). En: *Derecho Privado y Constitución*, N° 17, año 11, 2003, pp. 377-406.

MOLOEZNIK, Marcos Pablo. Presente y futuro de las Fuerzas Armadas (reflexiones sobre política de defensa e instrumento militar en el hemisferio). En: Medina Núñez, Ignacio (coord.). *América Latina. Integración, democracia y desarrollo. Retos para el siglo XXI*. México: Librosenred, 2004, pp. 192-224.

MONTALVO ABIOL, Juan Carlos. Terrorismo, información y derechos humanos. En: *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, N° 15, enero de 2012, pp. 91-124.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Ética pública-ética privada. En: *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Época, Tomo XIV, 1997, pp. 531- 544.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. La libertad del hombre y el genoma. En: *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año 01, N° 02, octubre 1993-marzo 1994, pp. 317-336.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Los valores superiores. En: *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Época, Tomo IV, 1987, pp. 373-388.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. La Seguridad Jurídica desde la Filosofía del Derecho. En: *Anuario de Derechos Humanos*, N° 06, 1990, pp. 215-229.

PELE, Antonio. Una aproximación al concepto de dignidad humana. En: *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, N° 01, pp. 9-13.

POZO SERRANO, Pilar. La opinión consultiva de la CIJ sobre las consecuencias jurídicas de la construcción del muro en el territorio palestino ocupado: problemas de competencia y oportunidad judicial. En: *Anuario Español de Derecho Internacional*, Volumen XX, 2004, pp. 493-518.

PRIETO SANCHÍS, Luis. El juicio de ponderación. En: Carbonell, Miguel; Grandez Castro, Pedro (coords.). *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*. Lima: Palestra editores, 2010, pp. 81-113. (Colección cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional).

REVENGA SÁNCHEZ, Miguel. Terrorismo y Derecho Bajo la Estela del 11 de septiembre. En: Revenga Sánchez, Miguel (dir.). *Terrorismo y Derecho Bajo la Estela del 11 de septiembre*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 13-19. (Colección El tiempo de los derechos).

REVENGA SÁNCHEZ, Miguel. El razonamiento judicial y la mirada del juez (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos, de fecha 12 de junio de 2008, en el caso Boumediene et al. contra Bush). En: Pérez Francesh, Joan Lluís (coord.). *Libertad, seguridad y transformaciones del Estado*. Barcelona: Institut de Ciències Polítiques Socials, 2009, pp. 43-68. (Colección Grana).

SAGUES, Néstor Pedro. Jurisdicción constitucional y seguridad jurídica. En: *Pensamiento Constitucional*, Volumen IV, N° 04, 1997, pp. 217-232.

SCHIMD, Alez. The response problem as a definition problem. En: Horgan, John; Braddock, Kurt (eds.). *Terrorism studies. A reader*. New York: Routledge, 2012, p. 91-96.

SPAEMANN, Roberto. Sobre el concepto de dignidad humana. Traducción de Daniel Innerarity. En: *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, N° 19, 1988, pp. 13-33.

VIDAL GIL, Ernesto. Sobre los derechos de solidaridad. Del Estado liberal al social y democrático de Derecho. En: *Anuario de Filosofía del Derecho, Nueva Época*, Tomo X, 1993, pp. 89-110.

WOLF, Aaron. Conflict and cooperation along international waterways. En: *Water Policy*, Volumen 1, N° 02, 1998, pp. 251-265.

B. FUENTES NORMATIVAS

1) Tratados

Carta de las Naciones Unidas, de fecha 26 de junio de 1945. En: www.un.org/es/documents/charter. Obtenido el 30 de noviembre de 2011.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, de fecha 12 de noviembre de 1969. En: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre-Derechos-Humanos.htm. Obtenido el 10 de julio de 2011.

Convención Árabe para la Supresión del Terrorismo, de fecha 22 de abril de 1988. En: www.refworld.org/docid/3de5e4984.html. Obtenido el 14 de octubre de 2014.

Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. En: www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Convencion%20contra%20la%20tortura.pdf. Obtenido el 10 de octubre de 2014.

Convención de Ginebra de fecha 22 de agosto de 1864 para el Mejoramiento de la suerte de los Militares Heridos en los Ejércitos en Campaña. En: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/treaty/treaty-1864-geneve-convention-1.htm>. Obtenido el 30 de abril de 2015.

III Convenio de Ginebra relativa al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra, de fecha 12 de agosto de 1949. En: biblio.juridicos.unam.mx/libros/2/959/7.pdf. Obtenido el 14 de octubre de 2014.

Convención de Ginebra relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en tiempos de Guerra, de fecha 12 de agosto de 1949. En: <https://www.icrc.org/spa/assets/files/publications/convenios-gva-esp-2012.pdf>. Obtenido el 10 de julio de 2011.

Convenio Europeo para la Supresión del Terrorismo, de fecha 27 de enero de 1977. En: www.boe.es/boe/días/1980/10/08/pdfs/A22357-22360.pdf. Obtenido el 14 de octubre de 2014.

Convención Interamericana contra el Terrorismo, de fecha 03 de junio de 2002. En: <http://www.oas.org/xxiiga/espanol/documentos/docs-esp/agres/840.02htm>. Obtenido el 30 de abril de 2015.

Convenio Internacional contra la Toma de Rehenes, de fecha 17 de diciembre de 1979. En: http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_conv_%20interna-520cont_toma_rehen.pdf. Obtenido el 30 de abril de 2015.

Convención Internacional para la Represión del Financiamiento del Terrorismo. En: www.oas.org/juridico/spanish/tatados/sp_conve_inter_repre_finam_terror.pdf. Obtenido el 14 de octubre de 2014.

Convenio Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear, de fecha 14 de setiembre de 2005. En: <https://treaties.un.org/doc/db/Terrorism/spanish-18-15-pdf>. Obtenido el 14 de abril de 2015.

Convenio Internacional sobre la Protección Física de los Materiales de Nucleares, de fecha 03 de marzo de 1980. En: <http://www.un.org/es/sc/ctc/docs/conventions/conv6.pdf>. Obtenido el 30 de abril de 2015.

Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, de fecha 09 de mayo de 1992. En: unfccc.int/resource/docs/convkp/convsp.pdf. Obtenido el 10 de febrero de 2015.

Convención para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio, de fecha 09 de diciembre de 1948. En: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1948-conv-genocide-5tdm6h.htm>. Obtenido el 10 de julio de 2011.

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de fecha 04 de noviembre de 1950. En: http://www.echr.coe.int/documents/convention_SPA.pdf. Obtenido el 10 de julio de 2011.

Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima, de fecha 10 de marzo de 1988. En: <https://treaties.un.org/doc/db/Terrorism/Conv8-spanish.pdf>. Obtenido el 15 de agosto de 2011.

Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, de fecha 16 de diciembre de 1973. En: <https://treaties.un.org/doc/db/Terrorism/Conv2-spanish.pdf>. Obtenido el 30 de abril de 2015.

Convenio Internacional para la Represión de Atentados Terroristas cometidos con Bombas, de fecha 15 de diciembre de 1997. En: http://www.oas.org/juridico/mla/sp/per/sp_per_Con_inter_repr_aten_terro_come_bombas.pdf. Obtenido el 14 de octubre de 2014.

Convención Regional en la Supresión del Terrorismo, de fecha 04 de noviembre de 1987. En: https://www.unodc.org/tldb/pdf/conv_sacc_1987.pdf. Obtenido el 14 de octubre de 2014.

Convención respecto a las Leyes y Costumbres de Guerra en Tierra y sus Anexos: regulaciones relacionadas a las Costumbres y Leyes de Guerra en Tierra, de fecha 16 de octubre de 1907. En: <https://www.icrc.org/ihl/INTRO/195>. Obtenido el 10 de julio de 2011.

Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales, de fecha 25 de junio de 1988. En: http://www.wipo.int/wipolex/es/other_treaties/text.jsp?file_id=192460. Obtenido el 10 de julio de 2011.

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. En: www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3fileadmin/Documentos/BDL/2001/005.html. Obtenido el 13 de octubre de 2014.

Convención sobre la Esclavitud, de fecha 25 de septiembre de 1926. En: <http://www.ohchr.org/SP/Professional/Interest/Pages/Slave/Convention.aspx>. Obtenido el 30 de abril de 2015.

Convención sobre las Infracciones y ciertos otros Actos cometidos a bordo de Aeronaves, de fecha 14 de septiembre de 1963. En: https://www.unodc.org/tldb/es/1963_convention_on%20Boards%20Aircraft.html. Obtenido el 30 de abril de 2015.

Convenio sobre la Marcación de Explosivos Plásticos para la los Fines de Detección, de fecha 01 de marzo de 1991. En: www.un.org/es/sc/ctc/docs/conventions/conv10.pdf. Obtenido el 15 de abril de 2015.

Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, de fecha 14 de diciembre de 1973. En: <https://treaties.un.org/doc/dbTerrorism/spanish-18-7.pdf>. Obtenido el 30 de abril de 2015.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de fecha 26 de agosto de 1789. En: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/deshum/cont/30/pr23.pdf>. Obtenido el 30 de abril de 2015.

Declaración Universal de Derechos Humanos, de fecha 10 de diciembre de 1948. En: http://www.un.org/es/documents/udhr/index_print.shtml. Obtenido el 10 de julio de 2011.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de fecha 16 de diciembre de 1966. En: http://www.tc.gob.pe/tratados/uni_ddhh/institui_alca_gomez/pidef.pdf. Obtenido el 10 de julio de 2011.

Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre Nicaragua y Estados Unidos, de fecha 21 de enero de 1956. En: <http://legislacion.asamblea.gob.ni/instrumentosnsf/d9e9b7b996023769062578b80075d821/451f7c4b62178560062575620075080c?OpenDocument&ExpandSection=1>. Obtenido el 10 de julio de 2011.

Tratado de Amistad, Relación Económica y Derechos Consulares entre Estados Unidos y la República Islámica de Irán, de fecha 15 de agosto de 1955. En: http://www.parstimes.com/law/iran_us_treaty.html. Obtenido el 10 de julio de 2011.

Tratado de Reciprocidad Comercial entre Cuba y Estados Unidos, de fecha 24 de agosto de 1934. En: biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2141/22.pdf. Obtenido el 10 de octubre de 2014.

Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca, de fecha 09 de febrero de 1947. En: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-29.html>. Obtenido el 30 de noviembre de 2011.

Tratado sobre la Proliferación de las Armas Nucleares, de fecha 01 de julio de 1968. En: http://www.un.org/disarmament/WMD/Nuclear/pdf/NPTSpanish_Text.pdf. Obtenido el 10 de abril de 2011.

2) Constituciones Políticas de Estados

Alemania:

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. En: <https://www.btg-beststellservice.de/pdf/80206000.pdf> Obtenido el 07 de octubre de 2014.

Argentina:

Constitución Política de la Nación Argentina. En: http://www.pjn.gov.ar/02_Central/ViewDoc.Asp?Doc=50974&CI=INDEX100. Obtenido el 07 de junio de 2015.

Bolivia:

Constitución Política del Estado Pluricultural de Bolivia. En: <http://bolivia.justia.com/nacionales/nueva-constitucion-politica-del-estado/>. Obtenido el 07 de junio de 2015.

Brasil:

Constitución Política de Brasil. En: <http://pdba.georgetown.edu/constituciones/Brazil/esp88.html>. Obtenido el 07 de junio de 2015.

Chile:

Constitución Política de la República de Chile. En: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>. Obtenido el 07 de junio de 2015.

Colombia:

Constitución Política de Colombia. En: http://www.senado.gov.co/images/stories/Informacion_General/constitucion_politica.pdf. Obtenido el 07 de junio de 2015.

Ecuador:

Constitución Política de la República de Ecuador. En: http://www.Asamblea_nacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf. Obtenido el 07 de junio de 2015.

España:

Constitución Española. En: www.congreso.es/consti/constitucion/indice/index.htm.

Obtenida el 07 de junio de 2015.

Indonesia:

Constitución de la República de Indonesia. En: www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/id/ido48en.pdf. Obtenido el 12 de octubre de 2014.

Paraguay:

Constitución Política de la República de Paraguay. En: <http://www.oas.org/juridico/spanish/par-re3.htm>. Obtenido el 07 de junio de 2015.

Perú:

Constitución Política del Perú. En: <http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons/1993.pdf>. Obtenido el 07 de junio de 2015.

Venezuela:

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En: http://www.cne.gov.ve/web/normativa_electoral/constitucion/indice.php. Obtenido el 07 de junio de 2015.

Uruguay:

Constitución Política de la República Oriental de Uruguay. En: <http://www.presidencia.gub.uy/normativa/constitucion-de-la-republica>. Obtenido el 07 de junio de 2015.

3) Leyes

Alemania:

Aviation Security Act. En: www.gesetze-im-internet.de/luftsig/index.html. Obtenido el 07 de marzo de 2015.

Argentina:

Ley N° 23.554, Ley de Defensa Nacional de Argentina. En: http://www.mindef.gov.ar/publicaciones/pdf/Ley-de-Defensa-Nacional-Ley23554_88.pdf. Obtenido el 07 de junio de 2015.

Australia:

The Security Legislation Amendment Terrorism Act 2002. En: <http://www.comlaw.gov.au/Details/C2004A00978>. Obtenido el 07 de octubre de 2014.

Canadá:

Anti-terrorism Act (2001). En: <http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/A-11.pdf>. Obtenido el 07 de octubre de 2014.

Canadian Charter of Rights and Freedom. En: laws-lois.justice.gc.ca/eng/const. Obtenido el 15 de octubre de 2014.

Criminal Code. En: laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-46. Obtenido el 18 de octubre de 2014

Immigration Act 1985. En: NIJMAN, James; NOLLKAEMPER, André (eds.). *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*. New York: Oxford University Press, 2007, pp. 168-174.

Chile:

Decreto Supremo N° 487 que aprueba la Ordenanza de la Armada, de fecha 21 de abril de 1988. En: <http://transparencia.armada.cl/transparencia-activa/publicaciones/pdf/normativa/9-20-1.pdf>. Obtenido el 10 de julio de 2011.

Ecuador:

Ley de Seguridad Pública y del Estado de Ecuador. En: <http://docs.ecuador.justia.com/nacionales/leyes/ley-de-seguridad-publica-y-del-estado.pdf>. Obtenido el 07 de junio de 2015.

Estados Unidos:

The Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act (USA PATRIOT ACT 2001). En: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-107publ56/pdf/PLAW-107publ56.pdf>. Obtenido el 07 de octubre de 2014.

The Detainee Treatment Act (DTA). En: www.jurist.org/gazette/2005/12/detainee-treatment-act-of-2005-wohite.php. Obtenido el 14 de octubre de 2014.

The Marine Mammal Protection Act (MMPA). En: www.nmfs.noaa.gov/pr/pdfs/aws/mmpa.pdf Obtenido el 14 de octubre de 2014.

The Endangered Species Act (ESA). En: www.epw.senate.gov/esa73.pdf Obtenido el 14 de octubre de 2014.

Coastal Zone Management Act (CZMA). En: coast.noaa.gov/czm/media/czma_10_11_0.pdf. Obtenido el 14 de octubre de 2014.

Indonesia:

Código Criminal de Indonesia. En: defensewiki.ibj.org/images/b/bo/indonesia_penal-code.pdf. Obtenido el 12 de octubre de 2014.

Ley N° 15 de 2002. En: www.oecd.org/site/adboecdanti-corruptioninitiative/39841130.pdf. Obtenido el 12 de octubre de 2014.

Ley N° 16 de 2003. En: www.oecd.org/site/law16/39851550.pdf. Obtenido el 12 de octubre de 2014.

Ley N° 039 sobre Derechos Humanos. En: www.refworld.org/docid14dazce862.html. Obtenido el 12 de octubre de 2014.

Nueva Zelanda:

The Terrorism Suppression Act 2002. En: <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2002/0034/latest/DLM151491.html>. Obtenido el 14 de octubre de 2014.

Immigration Act. En: www.legislation.govt.nz/act/public/1987/0074/latest/DLM108018.html. Obtenido el 15 de octubre de 2014.

New Zealand Bill of Rights Act. En: www.legislation.govt.nz/act/public/1990/0109/latest/DLM224792.html. Obtenido el 15 de octubre de 2014.

Paraguay:

Ley N° 1337/99, Ley de Defensa Nacional y de Seguridad Interna de Paraguay. En: http://www.cej.org.py/games/Leyes_por_Materia_juridica/ADMINISTRATIVO/LEY%20%201337.pdf. Obtenido el 07 de junio de 2015.

Perú:

Decreto Legislativo N° 895, Ley contra el Terrorismo Agravado. En: <http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc-view/3467-ley-contra-el-terrorismo-agravado-html>. Obtenido el 10 de junio de 2015.

Decreto Legislativo N° 1129, Decreto Legislativo que regula el Sistema de Defensa Nacional. En: http://www.sedena.gob.pe/marco_legal/dley1129.1131.pdf. Obtenido el 07 de junio de 2015.

Decreto Legislativo N° 1141, Decreto Legislativo de Fortalecimiento y Modernización del Sistema de Inteligencia Nacional-SINA y de la Dirección Nacional de Inteligencia-DINI del Perú. En: http://www.dini.gob.pe/base_legal/Decreto_Legislativo_1144=FE-ERRATAS.pdf. Obtenido el 07 de junio de 2015.

Ley N° 27235, Ley que modifica el Decreto Legislativo N° 895. En: <http://docs.peru.justia.com/federales/leyes/27235-doc-20-1999-pdf>. Obtenido el 10 de junio de 2015.

Reino Unido:

Counter-Terrorism Act (2008). En: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/28/pdfs/ukpga_20080028_en.pdf. Obtenido el 10 de junio de 2015.

Employment Tribunals Act. En: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/17/contents>. Obtenido el 14 de octubre de 2014.

Terrorism Act (2006). En: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/11/pdfs/ukpga_20060011_en.pdf. Obtenido el 10 de junio de 2015.

Terrorism Prevention and Investigation Measures Act (2011). En: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2011/23/pdfs/ukpga_20110023_en.pdf. Obtenido el 10 de junio de 2015.

The Anti-terrorism Crime and Security Act 2001. En: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/0024_en.pdf. Obtenido el 07 de octubre de 2014.

The Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003. En: http://www.legislation.gov.uk/uksi/2003/1660/pdfs/uksi_20031660_en.pdf. Obtenido el 14 de octubre de 2014.

The Race Relation Act 1996. En: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1976/74>.
Obtenido el 14 de octubre de 2014.

Prevention of Terrorism Act (2005). En: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/2/pdfs/ukpga_20050002_en-pdf. Obtenido el 10 de junio de 2015.

Sudáfrica:

Protection of Constitutional Democracy Against Terrorist and Related Activities Act 33 of 2004. En: http://www.saflii.org/za/legis/cosol_act/pocdataaraa2004799.pdf. Obtenido el 07 octubre de 2014.

Venezuela:

Decreto N° 1473, Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación. En: https://microjurisve.files.wordpress.com/2014/12/g-e_6-156-decreto-1473-ley-orgc3a1nica-de-seguridad-de-la-nacic3b3n.pdf.
Obtenido el 07 de marzo de 2015.

4) Otras normas

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, de fecha 26 de febrero de 1945. En: <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjstatute.php>. Obtenido el 10 de julio de 2011.

Reglamento de la Corte Internacional de Justicia, de fecha 14 de abril de 1978. En: <http://www.icj.org/homepage/sp/icjrules.php>. Obtenido el 10 de julio de 2011.

Reglamento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de fecha 14 de julio de 2014. En: http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictext/rules&c=*n1347875693676_pointer. Obtenido el 29 de diciembre de 2014.

Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de fecha 23 de enero de 1970. En: <http://asambly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta70/erec582.htm>. Obtenido el 10 de julio de 2011.

Reglamento (CE) N° 2320/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2002 por el que se establecen normas comunes para la seguridad de la aviación civil. En: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN-ES/TXT/?qid=1423791917303&uri=CELEX:32002R2320&from=EN>. Obtenido el 07 de octubre de 2014.

Reglamento (CE) N° 849/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo del 29 de abril de 2004 que modifica el reglamento (CE) N° 2320/2002 por el que se establecen normas comunes para la seguridad de la aviación civil. En: <http://www.boe.es/doue/2004/158/L00001-00006.pdf>. Obtenido el 07 de octubre de 2014.

Reglamento (CE) N° 300/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo del 11 de marzo de 2008 por el que se establecen normas comunes para la seguridad de la aviación civil y por el que se deroga el Reglamento (CE) N° 2320/2002. En: [http://www.aena.es/csee/ccurl/49/510/Reglamento%20\(CE\)%20300_2008%20V.%20espanol.pdf](http://www.aena.es/csee/ccurl/49/510/Reglamento%20(CE)%20300_2008%20V.%20espanol.pdf). Obtenido el 07 de octubre de 2014.

C. FUENTES DOCUMENTALES

1.- Naciones Unidas

a) Resoluciones del Consejo de Seguridad

Resolución N° 1373 (2001) del Consejo de Seguridad aprobado en la 4385ª sesión de fecha 28 de septiembre de 2001. En: www.cinu.org.mx/multi/ter/documentos/5_res_1373.pdf. Obtenido el 14 de octubre de 2014.

Resolución N° 1438 (2002) del Consejo de Seguridad aprobado en la 4624ª sesión del 14 de octubre de 2002. En: [www.un.org/es/docs/?symbol=5/RES/1438%20\(2002\)](http://www.un.org/es/docs/?symbol=5/RES/1438%20(2002)). Obtenido el 14 de octubre de 2014.

Resolución del Consejo de Seguridad N° 1368 (2001) aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4370° sesión, celebrada el 12 de septiembre de 2001. En: [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1368\(2001\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1368(2001)). Obtenido el 30 de mayo de 2015.

Resolución del Consejo de Seguridad N° 1438 (2002) aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4624° sesión, celebrada el 14 de octubre de 2002. En: [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1438%20\(2002\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1438%20(2002)). Obtenido el 30 de mayo de 2015.

Resolución del Consejo de Seguridad N° 1450 (2002) aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4667° sesión, celebrada el 13 de diciembre de 2002. En: [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1450\(2002\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1450(2002)). Obtenido el 30 de mayo de 2015.

Resolución del Consejo de Seguridad N° 1530 (2004) aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4923° sesión, celebrada el 11 de marzo de 2004. En: [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1530\(2004\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1530(2004)). Obtenido el 30 de mayo de 2015.

Resolución del Consejo de Seguridad N° 1611(2005) aprobada por el Consejo de Seguridad en su 5223° sesión, celebrada el 07 de julio de 2005. En: [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1611\(2005\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/1611(2005)). Obtenido el 30 de mayo de 2015.

b) Otros documentos

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE, SECRETARIA DE MEDIO AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES DE MÈXICO, MINISTERIO DE CIENCIA Y TECNOLOGÌA Y MEDIO AMBIENTE DE CUBA, UNIVERSIDAD DE SAO PAULO DE BRASIL Y MINISTERIO DE SALUD Y MEDIO AMBIENTE DE ARGENTINA. *El Cambio Climático en América Latina y el*

Caribe. En: http://www.oei.es/decada/Elcambioclimatico_r.pdf. Obtenido el 20 de marzo de 2011.

2.- Organización de los Estados Americanos

CONSEJO PERMANENTE DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Resolución N° CP/Res. 829(1342/02) Adopción de los Lineamientos sobre la Elaboración de Documentos sobre Políticos y Doctrinas Nacionales de Defensa. En: http://www.oas.org/consejo/sp/resoluciones/res_829.asp. Obtenido el 30 de noviembre de 2011.

DECLARACION SOBRE SEGURIDAD EN LAS AMERICAS. En: <https://www.oas.org/es/ssm/CE00339503.pdf>. Obtenido el 30 de noviembre de 2011.

3.- Unión Europea

CONSEJO EUROPEO. Una Europa segura en un mundo mejor. Estrategia Europea de Seguridad. En: <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUploads/031208ESSIIES.pdf>. Obtenido el 30 de noviembre de 2011.

CONSEJO EUROPEO. Informe sobre la aplicación de la Estrategia Europea de Seguridad-ofrecer seguridad en el mundo en evolución. En: http://www.consilium.europa.eu/ucDocs/cms_Data/docs/presidata/ES/reports/104637.pdf. Obtenido el 30 de noviembre de 2011.

Declaración del Comité de Ministros sobre la Libertad de Expresión e Información, de fecha 02 de julio de 1974. En: <http://canalaudiovisual.com/eznie/books/sitiolegisla/clibertadexpresioninformacion.html>. Obtenido el 15 de julio de 2011.

EUROPEAN LAW ENFORCEMENT AGENCY. *European Union Terrorism Situation and Trend Report 2014*. La Haya: European Police Office, 2014, 60 p.

4.- Documentos emitidos por países

Argentina:

MINISTERIO DE DEFENSA DE LA REPÚBLICA DE ARGENTINA. *Libro Blanco de la Defensa. Argentina Bicentenario/2010*. Buenos Aires: Ministerio de Defensa, 2010, 404 p.

Australia:

DEPARTMENT OF DEFENCE OF AUSTRALIA. *Defence White Paper 2013*. En: http://www.defence.gov.au/whitepaper/2013/docs/WP_2013_web.pdf. Obtenido el 30 de noviembre de 2014.

Brasil:

MINISTERIO DE DEFENSA DE BRASIL. Estrategia Nacional de Defensa. En: http://www.libroblanco2010.gov.ar/descargas/librosblancos/estrategias_nacional_de_defensa_2008_brasil.pdf. Obtenido el 02 de febrero de 2011.

Bolivia:

MINISTERIO DE DEFENSA DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA. *Libro Blanco de Defensa*. La Paz: Instituto Geográfico Militar, 2004, 130 p.

Chile:

MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL DE CHILE. *Libro de la Defensa Nacional de Chile 2010*. En: <http://www.defensa.cl/libro-de-la-defensa-nacional-de-chile-2010/libro-de-la-defensa-2010>. Obtenido el 26 de agosto de 2012.

Colombia:

MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL DE COLOMBIA. *Política Integral de Seguridad y Defensa para la Prosperidad*. En: http://www.ceed.org.ar/Srd-LibBL/COL/POL_INT_SEG_DEF.pdf. Obtenido el 30 de noviembre de 2014.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA; MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL DE COLOMBIA. *Política de Defensa y Seguridad Democrática*. En: <http://www.oas.org/CSH/spanish/documentos/Colombia.pdf>. Obtenido el 26 de agosto de 2010.

Ecuador:

MINISTERIO DE COORDINACIÓN DE SEGURIDAD INTERNA Y EXTERNA DE ECUADOR; MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL. *Agenda Política de Defensa Nacional*. En: <http://www.defensa.gov.br/projectorweb/librobranco/arquivos/pdf/ecuador-agenda-politica-de-la-defensa-nacional.2000>. Obtenido el 26 de agosto de 2010.

MINISTERIO DE COORDINACIÓN DE SEGURIDAD INTERNA Y EXTERNA DE ECUADOR; MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL DE ECUADOR. *Agenda Política de la Defensa Nacional 2014-2017*. Quito: Ministerio de Defensa Nacional, 2014, 104 p.

MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL DE ECUADOR. *El Libro Blanco de Ecuador*. En: http://www.libroblanco2010.gov.ar/descargas/libro_blanco_del_Ecuador_2006.pdf. Obtenido el 26 de enero del 2011.

Estados Unidos:

SEAL OF THE PRESIDENT OF THE UNITED STATES. *National Security Strategy*. En: https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/docs/2015_national_security_strategy.pdf. Obtenido el 30 de mayo de 2015.

UNITED STATES DEPARTMENT OF STATE. Patters of Global Terrorism 2001. En: <http://www.state.gov/documents/organization/10319.pdf>. Obtenido el 16 de mayo de 2015.

UNITED STATES DEPARTMENT OF STATE. Patters of Global Terrorism 2002. En: <http://www.state.gov/documents/organization/20177.pdf>. Obtenido el 16 de mayo de 2015.

UNITED STATES DEPARTMENT OF STATE. Patters of Global Terrorism 2003. En: <http://www.state.gov/documents/organization/31912.pdf>. Obtenido el 16 de mayo de 2015.

UNITED STATES DEPARTMENT OF STATE. Country Reports on Terrorism 2004. En: <http://www.state.gov/documents/organization/45313.pdf>. Obtenido el 16 de mayo de 2015.

UNITED STATES DEPARTMENT OF STATE. Country Reports on Terrorism 2005. En: <http://www.state.gov/documents/organization/65462.pdf>. Obtenido el 16 de mayo de 2015.

UNITED STATES DEPARTMENT OF STATE. Country Reports on Terrorism 2006. En: <http://www.state.gov/documents/organization/83383.pdf>. Obtenido el 16 de mayo de 2015.

UNITED STATES DEPARTMENT OF STATE. Country Reports on Terrorism 2007. En: <http://www.state.gov/documents/organization/105904.pdf>. Obtenido el 16 de mayo de 2015.

UNITED STATES DEPARTMENT OF STATE. Country Reports on Terrorism 2008. En: <http://www.state.gov/documents/organization/122599.pdf>. Obtenido el 16 de mayo de 2015.

UNITED STATES DEPARTMENT OF STATE. Country Reports on Terrorism 2009. En: <http://www.state.gov/documents/organization/141114.pdf>. Obtenido el 16 de mayo de 2015.

UNITED STATES DEPARTMENT OF STATE. Country Reports on Terrorism 2013. En: <http://www.state.gov/documents/organization/225886.pdf>. Obtenido el 16 de mayo de 2015.

España:

CENTRO SUPERIOR DE ESTUDIOS DE LA DEFENSA NACIONAL. *Hacia una estrategia de seguridad nacional para España*. Madrid: Secretaria General Técnica del Ministerio de Defensa, 2009, 92 p.

Perú:

Ministerio de Defensa del Perú. *Libro Blanco de la Defensa Nacional del Perú*. Lima: Ediciones Culturales e Impresiones Lecting SAC, 2005, 140 p.

Reino Unido:

PRIME MINISTRY. *Securing Britain in an Age of Uncertainty: the Strategic Defence and Security Review*. En: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/62482/strategic-defence-security-review.pdf. Obtenido el 30 de noviembre de 2014.

Uruguay:

MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL DE URUGUAY. *Bases para una política de Defensa Nacional*. En: <http://www.oas.org/csh/spanish/doclibrdefUrug.asp>. Obtenido el 26 de agosto de 2010.

D. FUENTES JURISPRUDENCIALES

1.- Tribunal Internacional de Justicia

a) Casos contenciosos

Sentencia del caso Bosnia y Herzegovina contra Serbia y Montenegro, de fecha 26 de febrero del 2000.

Sentencia del caso Nicaragua contra Estados Unidos, de fecha 27 de junio de 1986.

Sentencia del caso República Islámica de Irán contra Estados Unidos, de fecha 06 de noviembre de 2003.

b) Opiniones Consultivas

Opinión Consultiva sobre Consecuencias Legales de la Construcción de un Muro en el Territorio de Palestino Ocupado, de fecha 09 de julio del 2004.

Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o Uso o de Armas Nucleares, de fecha 08 de julio de 1996.

2.- Tribunal Europeo de Derechos Humanos

a) Vida privada

Sentencia del caso Amann contra Suiza, de fecha 16 de febrero del 2000.

Sentencia del caso Gaskin contra Reino Unido, de fecha 02 de julio de 1989.

Sentencia del caso Halford contra Reino Unido, de fecha 25 de junio de 1997.

Sentencia del caso Huvig contra Francia, de fecha 24 de abril de 1990.

Sentencia del caso Klass y otros contra Alemania, de fecha 06 de septiembre de 1978.

Sentencias del caso Kopp contra Suiza, de fecha 25 de marzo de 1998.

Sentencia del caso Kruslin contra Francia, de fecha 24 de abril de 1990.

Sentencia del caso Leander contra Suecia, de fecha 26 de marzo de 1987.

Sentencia del caso Malone contra Reino Unido, de fecha 02 de agosto de 1984.

Sentencia del caso Niemietz contra Alemania, de fecha 16 de diciembre de 1992.

Sentencia del caso Pretty contra Reino Unido, de fecha 29 de abril del 2002.

Sentencia del caso Rotaru contra Rumania, de fecha 04 de mayo del 2000.

Sentencia del caso de Slivenko contra Letonia, de fecha 09 de octubre del 2003.

Sentencia del caso Valenzuela Contreras contra España, de fecha 30 de julio de 1998.

b) Libertad de expresión

Sentencia del caso Arslan contra Turquía, de fecha 08 de julio de 1999.

Sentencia del caso Barkaya y Okcuoglu contra Turquía, de fecha 08 de julio de 1999.

Sentencia del caso Engel otros contra Holanda, de fecha 08 de junio de 1976.

Sentencia del caso Ernest y otros contra Bélgica, de fecha 15 de julio del 2003.

Sentencia del caso Gaweda contra Polonia, de fecha 14 de marzo del 2002.

Sentencia del caso Gerger contra Turquía, de fecha 08 de julio de 1999.

Sentencia del caso Goodwin contra Reino Unido, de fecha 23 de marzo de 1996.

Sentencia del caso Handyside contra Reino Unido, de fecha 07 de diciembre de 1976.

Sentencia del caso Hadjianastassiou contra Grecia, del 16 de diciembre de 1992.

Sentencia del caso Ince y Endogdu contra Turquía, de fecha 08 de julio de 1999.

Sentencia del caso Karatas contra Turquía, de fecha 08 de julio de 1999.

Sentencia del caso Lingens contra Austria, de fecha 08 de julio de 1986.

Sentencia del caso Muller contra Suiza, de fecha 24 de mayo de 1988.

Sentencia del caso Observer and Guardian contra Reino Unido, de fecha 26 de noviembre de 1991.

Sentencia del caso Polat contra Turquía, de fecha 08 de julio de 1999.

Sentencia del caso Revenyi contra Hungría, de fecha 20 de mayo de 1999.

Sentencia del caso Roemen y otros contra Luxemburgo, de fecha 25 de febrero de 2002

Sentencia del caso Stoll contra Suiza, de fecha 10 de diciembre de 2007.

Sentencia del caso Sunday Times contra Reino Unido, de fecha 26 de abril de 1979.

Sentencia del caso Sunday Times contra Reino Unido, de fecha 26 de noviembre de 1991.

Sentencia del caso Surek contra Turquía (caso N° 01), de fecha 08 de julio de 1999.

Sentencia del caso Surek contra Turquía (caso N° 2), de fecha 08 de julio de 1999.

Sentencia del caso Surek contra Turquía (caso N° 3), de fecha 08 de julio de 1999.

Sentencia del caso Surek contra Turquía (caso N° 4), de fecha 08 de julio de 1999.

Sentencia del caso Vereinigung Demokratischer Soldaten Osterreichs y Gubi contra Austria, de fecha 19 de diciembre de 1994.

Sentencia del caso Vereniging Weekblad Bluf contra Holanda, de fecha 09 de febrero de 1995

Sentencia del caso Vogt contra Alemania, del 26 de septiembre de 1995.

Sentencia del caso Wille contra Liechsteinstein, de fecha 28 de octubre de 1999

c) Libertad de asociación

Sentencia del caso Partido Comunista Unido de Turquía y otros contra Turquía, de fecha 30 de enero de 1999.

Sentencia del caso Partido Libertad y Democracia contra Turquía, de fecha 08 de diciembre de 1999.

Sentencia del caso Partido de la Democracia contra Turquía, de fecha 10 de diciembre del 2002.

Sentencia del caso Partido Socialista y otros contra Turquía, de fecha 25 de mayo de 1998.

Sentencia del caso Partido Refah Partisi y otros contra Turquía, de fecha 31 de julio del 2001.

Sentencia del caso Yazar, Baratas, Aksoy y Partido del Trabajo del Pueblo contra Turquía, de fecha 09 de abril del 2002.

d) Otros casos

Sentencia del caso Kennedy contra Reino Unido, de fecha 18 de mayo de 2010.

Sentencia del caso Lawless contra Irlanda, de fecha 01 de julio de 1961.

Sentencia del caso Nolan contra la Federación de Rusia, de fecha 06 de julio del 2009.

Sentencia del caso Zana contra Turquía, de fecha 25 de noviembre de 1997.

3.- Corte Interamericana de Derechos Humanos

a) Casos contenciosos

Sentencia del caso Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano contra Perú, de fecha 31 de enero de 2001.

Sentencia del caso Bamaca contra Guatemala, de fecha 25 de noviembre de 2000.

Sentencia del caso Blake contra Guatemala, de fecha 24 de enero de 1998.

Sentencia del caso Barrios Altos contra Perú, de fecha 14 de marzo de 2001.

Sentencia del caso Ivcher Bronstein contra Perú, de fecha 06 de febrero de 2001.

Sentencia del caso Ricardo Canese contra Paraguay, de fecha 31 de agosto de 2004.

Sentencia del caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña contra Bolivia, de fecha 01 de septiembre de 2010.

Sentencia del caso Castillo Petrucci y otros contra Perú, de fecha 30 de mayo de 1999.

Sentencia del caso Goiburú y otros contra Paraguay, de fecha 22 de septiembre de 2006.

Sentencia del caso Herrera Ulloa contra Costa Rica, de fecha 02 de julio de 2004.

Sentencia del caso López Álvarez contra Honduras, de fecha 01 de febrero de 2006.

Sentencia del caso la Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) contra Chile, del 05 de febrero de 2001.

Sentencia del caso niños de la calle contra Guatemala, de fecha 25 de noviembre de 2000.

Sentencia del caso Palamara Iribarne contra Chile, de fecha 22 de noviembre de 2005.

Sentencia del caso Claude Reyes y otros contra Chile, de fecha 19 de septiembre de 2006.

Sentencia del caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, de fecha 29 de julio de 1988.

b) Opiniones Consultivas

Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, sobre la colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Opinión Consultiva OC-9/87 del 06 de octubre de 1987, sobre garantías judiciales en estado de emergencia (artículos 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

4.- Corte Suprema de Estados Unidos

Sentencia del caso Lakhdar Boumediene y otros contra George Bush, Presidente de los Estados Unidos y otros, de fecha 12 de julio de 2008.

Sentencia del caso Duncan contra Kahanamoku, de fecha 25 de febrero de 1946.

Sentencia del caso Ex Parte Quirin 317 US 1(1942), de fecha 31 de julio de 1942.

Sentencia del caso Salim Hamed Hamdan contra Donald Rumsfeld, Secretario de Defensa, y otro, de fecha 29 de junio de 2006.

Sentencia del caso Yaser Esam Hamdi y Esam Fouad Hamdi contra Donald Rumsfeld, Secretario de Defensa y otros, de fecha 18 junio de 2004.

Sentencia del caso Louis Jhonson y otros contra Lothar Eisentrager y otros, de fecha 05 de junio de 1950.

Sentencia del caso Mohammad Munaf y otros contra Pete Geren, Secretario del Ejercito y otros, de fecha 12 de junio de 2008.

Sentencia del caso Shariq Rasul y otros contra George Bush, Presidente de Estados Unidos y otros, de fecha 28 de junio de 2004.

Sentencia del caso In re Yamashita 327 US 1 (1946), de fecha 04 de febrero de 1946.

Sentencia del caso Winter, Secretario de la Marina de Guerra y otros contra el Consejo de Defensa de Recursos Naturales y otros, de fecha 12 de noviembre de 2008.

5.- Corte Suprema de Canadá

Sentencia del caso Edward Dewey Smith contra su Majestad la Reina, de fecha 25 de junio de 1987.

Sentencia del caso Joseph John Kindler contra John Crosbic, Ministro de Justicia, de fecha 26 de setiembre de 1991.

Sentencia del caso Manickavasagam Suresh contra el Ministro de Ciudadanía e Inmigración y Abogado General de Canadá y otros, de fecha 22 de mayo de 2002.

6.- Corte Suprema del Reino Unido

Sentencia del caso Abogado General de Reino Unido contra Levenson Magazine Ltd, de fecha 01 de febrero de 1979.

Sentencia del caso Al Rawi y otros contra el Servicio de Seguridad y otros, de fecha 13 de julio de 2011.

Sentencia del caso Oficina de Residencia contra Tariq, de fecha 13 de julio de 2011.

7.- Corte Constitucional Federal de Alemania

Sentencia del caso Dr. H y otros contra el artículo 14º.3 del Aviation Security Act, de fecha 15 de febrero de 2006.

8.- Corte Suprema de Nueva Zelanda

Sentencia del caso Abogado General de Nueva Zelanda contra Ahmed Zaoui, Inspector General de Inteligencia y Seguridad y Comisión de Derechos Humanos, de fecha 21 de junio de 2005.

9.- Corte Constitucional de Indonesia

Sentencia del caso Masykur Abdul Kadir contra el Gobierno y Asamblea Representativa del Pueblo de la República de Indonesia, de fecha 23 de julio de 2004.

10.- Tribunal Constitucional del Perú

Sentencia del caso la Asociación de Pensionistas de la Fuerza Armada y la Policía Nacional contra el Comandante General de la Marina de Guerra del Perú, de fecha 13 de diciembre de 2000.

11.- Otros casos

COMISIÒN DE DERECHOS HUMANOS. Decisiòn del caso Esbester contra Reino Unido, de fecha 02 de abril de 1993.

Reino Unido:

CORTE DE APELACIÒN. Sentencia del caso John Carnduff contra Inspector Rock y otro, de fecha 11 de mayo de 2001.

E. OTROS

1.- Páginas Web

CORTE CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA. En: www.bundesverfassungsgericht.de/EN/homepage/home_node.html;isessionid=557856047D8B58C0110EA6420EA3FDDE.2_cid393. Fecha de consulta: marzo de 2015.

CORTE CONSTITUCIONAL DE INDONESIA. En: www.Mahkamahkonstitusi.go.id/index.php?page=web.Beranda. Fecha de consulta: marzo de 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. En: <http://www.cortidh.or.cr/corte>. Fecha de consulta: agosto 2011-julio 2015.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. En: <http://www.icj.org/homepage/index.php.?lang=en>. Fecha de consulta: julio 2011-julio 2015.

CORTE SUPREMA DE CANADÁ. En: www.scc-csc.gc.ca. Fecha de consulta: junio-setiembre de 2015.

CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS: En: www.supremecourt.gov. Fecha de consulta: enero-mayo de 2015.

CORTE SUPREMA DE NUEVA ZELANDIA. En: <https://www.courtofnz.govt.nz/about/supreme>. Fecha de consulta: setiembre de 2015.

CORTE SUPREMA DEL REINO UNIDO. En: <https://www.supremecourt.uk>. Fecha de consulta: enero-mayo de 2015.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. En: www.oas.org/es/. Fecha de consulta: julio- noviembre de 2011.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. En: www.un.org/es. Fecha de consulta: marzo de 2011- abril 2015.

UNION EUROPEA. En: europa.eu/index_es.htm. Fecha de consulta: julio-noviembre de 2011.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. En: www.tc.gob.pe. Fecha de consulta: julio 2011-setiembre de 2015.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. En: <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>. Fecha de consulta: julio de 2011-diciembre de 2014.