

FABBRINI, FEDERICO Y JACKSON, VICKI C.
CONSTITUTIONALISM ACROSS BORDERS IN THE
STRUGGLE AGAINST TERRORISM, CHELTENHAM,
EDWARD ELGAR PUBLISHING, 2016, 359 PÁGINAS*

ISAAC DE PAZ GONZÁLEZ**

Universidad Autónoma de Baja California

isaac.depaz@uabc.edu.mx

Federico Fabbrini y Vicki C. Jackson presentan un trabajo innovador y esencial para entender los problemas de la justicia constitucional frente a la seguridad global y el terrorismo después del 11 de septiembre de 2001. La obra que se comenta articula la protección y seguridad nacional frente al terrorismo, el respeto a los derechos humanos y su defensa tanto en los tribunales constitucionales y cortes europeas. En este aspecto, la obra pone bajo el prisma de la justicia constitucional las medidas de seguridad, el marco legal, las acciones militares y las formas de investigación que usan las agencias gubernamentales para luchar contra el terrorismo internacional.

La obra es un referente de la mayor plusvalía para el constitucionalismo iberoamericano porque nos ayuda a conocer de primera mano el debate anglosajón y europeo sobre los enfoques de derechos humanos y la de la justicia constitucional sobre las medidas de seguridad entabladas en una época en que los conflictos internacionales ya no se desarrollan entre Estados sino contra individuos que forman parte de organizaciones terroristas (en especial Al Qaeda y Daesh) y que han desplegado ataques armados y a su vez cuentan con otros frentes de acción como el financiero y los medios de comunicación.

* Comentario Bibliográfico recibido el 26 de junio de 2018 y aprobado el 10 de octubre de 2018.

** Profesor-Investigador de Tiempo Completo de la Universidad Autónoma de Baja California, Campus Tijuana. Doctor en Derechos Fundamentales y Libertades Públicas por la UCLM (España). Miembro de The Society of Legal Scholars, The International Association of Constitutional Law y miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2267-5629>. Dirección postal: Calzada Universidad N° 14418, Tijuana, C.P. 22390, México.

Teniendo en cuenta este escenario, la obra presenta un debate actual partiendo de los referentes jurisdiccionales de cortes constitucionales y de las dos Cortes Europeas, la de Justicia y la de Derechos Humanos, que no pueden pasar por alto en la discusión y el debate sobre las medidas de seguridad que se han adoptado en Latinoamérica y también sobre las categorías que se han desarrollado en el sistema interamericano de derechos humanos respecto de debido proceso y el acceso a la justicia en casos de violaciones sistemáticas de derechos humanos.

En este sentido, para la academia iberoamericana, el trabajo tiene un valor explicativo de alto calibre pues se trata de problemas globales como terrorismo y extraterritorialidad de las leyes, que no se abordan comúnmente en nuestras investigaciones¹.

Si bien en Latinoamérica no hemos lidiado con los ataques terroristas en la dimensión en que sí ha sucedido en Europa y Estados Unidos, sí tenemos graves problemas que demandan el estudio constitucional e internacional sobre la seguridad, el narcotráfico y sus crímenes colaterales y el papel de actores con poder militar, así como de agentes no estatales.

El libro está compuesto por cuatro partes temáticas que se denominan: 1. Constitucionalismo Internacional y las medidas financieras contra el terrorismo; 2. Contraterrorismo y migración constitucional; 3. Extraterritorialidad, detención y libertad de expresión, y 4. Derecho Penal Internacional, Derecho Internacional humanitario y terrorismo.

El balance que ofrecen los temas es una acertada combinación de análisis sobre el fundamento constitucional e internacional de las medidas para combatir el terrorismo, de los juicios que se han entablado en diversos países, del papel de las agencias gubernamentales, de las Naciones Unidas, y de los dilemas que ha enfrentado el constitucionalismo para proteger los derechos humanos sin descuidar la seguridad en la lucha contra el terrorismo.

Cabe mencionar que la obra contiene alusiones a las convenciones internacionales sobre la guerra, los refugiados y las Convenciones de Ginebra. Esto significa que, aunque el tema de fondo es el terrorismo, las acciones para combatirlo se inscriben dentro del *ius in bellum*, pues aun no existen herramientas normativas para atacar el terrorismo bajo un cuadro concreto de acciones legales. Es por ello

¹ En parte ello se debe a que en Latinoamérica no han existido procesos penales para castigar el terrorismo ni se ha castigado el uso sistemático de la fuerza, pues las violaciones graves a derechos humanos se han enmarcado dentro de conflictos políticos internos y han sido incoados por víctimas individualizadas ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos.

que la obra también enmarca las deficiencias de los gobiernos y agencias tanto de Estados Unidos, de la ONU y del Consejo Europeo para combatir este fenómeno.

Uno de los puntos de partida de la obra es la serie de cambios legales y no legales que ha provocado en el terrorismo y que ha impactado en los mecanismos adoptados por Estados Unidos, Reino Unido, la Unión Europea; en la ONU y su Consejo de Seguridad, que son quienes han enfrentado el problema del terrorismo desde diversas perspectivas legales, administrativas y jurisdiccionales.

En la parte 1 del libro, el primer trabajo es el de Martin Scheinin, quien adopta una visión kelseniana de la supremacía de la Ley en relación con las obligaciones internacionales de los Estados. Se refiere en especial al artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas que señala: “*En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta*”. Tomando en consideración las directrices del Consejo de Seguridad para congelar cuentas y bienes de individuos sospechosos de participar en actividades proterroristas, Scheinin identifica las ventajas y desventajas de cada fallo que se han suscitado en el sistema regional de derechos humanos. Scheinin estudia con énfasis los casos *Kadi I* y *Kadi II*, ambos² contra el Consejo y la Comisión Europea; y que han suscitado una intensa discusión³ sobre los límites de los actos del Consejo de Seguridad de la ONU y el papel de los órganos judiciales como protectores de los derechos humanos. Por otro lado, una de las premisas que plantea Scheinin es la fijación de restricciones y de parámetros a la actividad del Consejo de Seguridad de la ONU en contra de individuos. Y es por ello que el estudio resulta trascendente, pues en *Kadi*, por primera vez se someten a juicio las medidas del Consejo de Seguridad y esto presupone la jerarquía de los derechos humanos frente a todo tipo de actos arbitrarios.

El siguiente trabajo de la Parte 1 es presentado por Erika de Wet, quien continua el análisis de los casos *Kadi I* y *II* en la Corte de Justicia de la Unión

² Casos en la Corte de Justicia de la Unión Europea, *Kadi v. Council of the European Union and Commission of the European Communities*, C-402/05 P and C-415/05 P (CJEU) 3th September 2008, y ECJ, *Kadi II*, European Commission and ors. V. Kadi, C-584/10 P, Case C-593/10 P, Case C-595/10 P, ILEC 031 (CJEU 2013), 18th July 2013.

³ Véase por ejemplo KOKOTT, Juliane y SOBOTTA, Christoph (2012). “The Kadi Case - Constitutional Core Values and International Law - Finding the Balance?”, en *European Journal of International Law*, Volume 23 (Issue 4), pp. 1015-1024.

Europea. Su enfoque reconoce el apoyo implícito que la Corte de Justicia Europea otorga a los derechos humanos como valores europeos en detrimento de las sanciones del Consejo de Seguridad de la ONU. De igual forma, De Wet establece que en las posturas a favor de la protección la Corte Europea de Derechos Humanos ha ido más allá que la Corte de Justicia Europea. Por ejemplo, en *Nada v. Suiza*, la Corte de Derechos Humanos estableció que Suiza estaba obligada a dar preeminencia al artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas para reconocer la primacía de los derechos humanos frente al ordenamiento suizo.

En el siguiente trabajo de la Parte 1, Karen Cooper y Clive Walker se refieren a las desafortunadas directivas antiterrorismo emitidas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en su Resolución 1267 y que fueron sometidas a juicio en la Corte Europea de Justicia en el *Caso Kadi*. El avance que los autores notan es que los Estados deben contar con un estándar de evidencias para establecer el régimen de sanciones. El punto conclusivo de los autores es que la jurisdicción europea ni ha sido completamente heroica ni totalmente desafortunada; sino que ha evitado alinearse en blanco con el Consejo de Seguridad de la ONU ante sus embates en contra de los valores fundamentales europeos.

En el último trabajo que presenta la Parte 1, Cian Murphy hace un mapeo de la dinámica del derecho del contraterrorismo y su perspectiva de una metodología y crítica. Su estudio se fundamenta en seis puntos: gobernanza global, gobierno regional, tratados bilaterales, difusión legal, extraterritorialización y transnacionalización del imperio del derecho (*rule of law*). El punto medular del capítulo se centra precisamente en el impacto negativo que puede tener la transnacionalización como cultura burocrática contraria al *rule of law*.

En la Parte 2, como sección de los estudios contraterrorismo y migraciones constitucionales, Vicki C. Jackson analiza las medidas de recolección y revisión de datos a raíz del Acta Patriótica de 2001 frente al derecho de protección previsto en la Cuarta Enmienda y contra las revisiones desproporcionadas de información privada de ciudadanos americanos. La autora analiza las decisiones de la Suprema Corte de Estados Unidos en las que se plantea la contradicción de las medidas de seguridad, la extraterritorialidad de la ley y la protección de todas las personas. En este estudio, analiza la evolución de la interpretación constitucional sobre el derecho a la protección de la privacidad desde *Olmstead v. United States* (1928), *Katz v. United States* (1967), *Smith v. Maryland* (1972) entre otros. La autora establece que en los casos recientes (*United States v. Verdugo-Urquidez* y *Beumediene v. Bush*) los jueces constitucionales han reivindicado la supremacía del derecho al acceso a la justicia y no discriminación previsto en la Cuarta Enmienda bajo

los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de intervención sobre datos personales que han sido sujetas a escrutinio.

En el segundo trabajo de la parte 2 de la obra, Akiko Ejima estudia el marco legal japonés que –bajo la tendencia internacional de la cooperación antiterrorismo y por razones de seguridad nacional– dio lugar a la creación de una ley para la designación de secretos designados que tiene por objeto prevenir la filtración de secretos e información relacionada con la seguridad nacional. En su desarrollo, Akiko sugiere que Japón adoptó la legislación siguiendo los principios transnacionales que al efecto se han reconocido y establece que los riesgos que detecta Akiko son la falta de un mecanismo legal independiente que pueda revisar los resultados de la legislación.

Más adelante, la sección 2 contiene el trabajo de Kim Lane, quien plantea el gran dilema que enfrenta la lucha contra el terrorismo en razón de los mecanismos de recolección de evidencia y su sustento legal. Al respecto, Kim Lane propone cinco puntos: 1) un set de amplias y vagas tipificaciones del terrorismo; 2) juicios de terrorismo que suspenden y sobrepasan los procedimientos normales de justicia ordinaria; 3) programas de detención preventiva que retienen a sospechosos de terrorismo sin acusaciones formales; 4) la creación de listas negras para identificar individuos y sancionarlos con pocas o nulas garantías de que se están aplicando a las personas correctas y de que las medidas se suprimirán una vez pasada la amenaza terrorista, y 5) medidas a través de una red de vigilancia que reúne grandes cantidades de información de individuos independientemente de si están conectados o no con una sospecha concreta de terrorismo.

En el último trabajo de la parte 2 de la obra, David Cole y Federico Fabbrini plantean las directrices de un acuerdo trasatlántico para la protección de datos e información personal de ciudadanos europeos y estadounidenses. A raíz de que la Agencia Nacional de Seguridad de Estados Unidos ha desarrollado amplias acciones de vigilancia electrónica en internet, comunicación móvil y localización digital. Los autores sugieren la necesidad de protección transfronteriza en esta edad digital.

En la parte 3 de la obra, concerniente a la detención, extraterritorialidad y libertad de expresión, Jennifer Daskal nos habla de la legalidad de las ejecuciones de sospechosos terroristas y la ausencia de protección para aquellos que no son ciudadanos estadounidenses bajo la Cuarta y Quinta Enmienda (debido proceso y la no detención arbitraria). El asunto central de este capítulo versa sobre la posibilidad de garantizar un debido proceso a no ciudadanos estadounidenses

(cuarta enmienda) de acuerdo a la naturaleza de la acción del Estado y más que en el estatus de la persona o el lugar de la detención.

En el siguiente estudio de la Parte 3, Brice Dickson trata un tema controvertido y que enfrenta dos situaciones concernientes a los derechos humanos y la seguridad nacional. Por una parte, considera la situación de los Estados europeos que deben de garantizar el asilo a sospechosos de terrorismo, ya que de lo contrario sufrirían abusos en el Estado al que pertenecen. El punto de partida lo constituyen los convenios internacionales y regionales sobre la materia: La Convención Americana de Derechos Humanos, la Carta Europea de Derechos Fundamentales, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de Derechos Humanos. Como un punto destacado, Dickson señala los lineamientos bajo los cuales algunas decisiones en el Reino Unido han favorecido a sujetos con indicios de participación terrorista con fundamento en la Convención para los Refugiados. Así en *Sufi y Elmi v. UK*, y el caso *R (JS(Sri Lanka) v. Secretary of State for the Home Department*, en las que la Suprema Corte del Reino Unido –bajo el principio del *non refoulement*– garantizó el derecho de asilo en casos en los que, al devolverlos a su país, los sujetos podrían sufrir un daño irremediable en su integridad personal debido a la condiciones sin ley que prevalecen, *v. gr.* en Somalia.

Otro trabajo de la parte 3, es el de Jonathan Hafetz, quien aborda las complejidades constitucionales de la detención de individuos en barcos y naves militares estadounidenses llevada a cabo en la lucha contra el terrorismo. Partiendo del análisis del derecho a la protección judicial, la extensión de la Constitución de Estados Unidos y las provisiones de las Convenciones de Ginebra, de la jurisprudencia norteamericana (*Hamdi v. Rumsfeld* y *Boumediene v. Bush*) y leyes nacionales, el autor describe como la jurisprudencia se ha decantado por fijar límites legales y procedimentales al gobierno para evitar los abusos que acarrearán ese tipo de detenciones.

En la Parte 4, la obra contiene tres trabajos, uno de Or Bassok, sobre la legalidad de acciones militares que tienen que ver con la falta de vista humana en ataques aéreos y a distancia en relación con la ilegalidad de ciertos órdenes de aniquilación que se apartan del derecho internacional. En este contexto, Bassok sugiere que diversas tecnologías en el campo de batalla moderno obstaculizan el escrutinio del respeto a los derechos humanos. Otro trabajo es de Stephen Ellmann quien desentraña el sentido de la ley y de los derechos en los atípicos conflictos armados a partir del 11 de septiembre de 2001. Ellmann alude a la

expansión de los derechos por parte de los tribunales y la disponibilidad del *habeas corpus* para bases militares, el señalamiento de cuando termina la guerra, la revisión judicial de detenidos en bases militares y de su continuidad; aunque señala la falta de precisión cuando se trata de determinados lugares de detención como es el caso de Guantánamo. Las conclusiones reflexionan sobre la necesidad de intercambiar puntos de vista sobre los estudios que retroalimenten el conocimiento global de la problemática de seguridad y derechos humanos.

Por lo demás, el fondo de trabajo indica que desde el 11 de septiembre de 2001 vivimos en un Estado de emergencia que ha forzado a todas las instituciones a cambiar sus métodos de trabajo para enfrentar nuevas problemáticas constitucionales e internacionales. Cabe señalar que la obra se produjo poco antes de los ataques terroristas en París el 13 de noviembre de 2016 y que desde aquel momento se reconfiguró la figura del *état d'urgence*. La cuestión no es baladí, a partir de aquel momento, el presidente francés cuenta con una serie de poderes que le facilitan controvertir ataques bajo cláusulas excepcionales. Otra perspectiva sobre la importancia del acercamiento a los temas constitucionales que implican analizar la seguridad proviene de Estados Unidos, en donde el tema de las medidas de seguridad y la no discriminación ha creado tensión entre el Gobierno de Trump y la sociedad civil. En junio de 2018, la Suprema Corte falló a favor de Trump y se validó la constitucionalidad del decreto por medio del cual se establecen restricciones para viajeros desde regiones musulmanas hacia Estados Unidos⁴.

A manera de invitación a la lectura de la obra, puedo señalar sin lugar a dudas que el estudio del derecho constitucional e internacional está entrando en una etapa de interacción cada vez mayor con las acciones de los gobiernos más poderosos del mundo cuando se trata de seguridad y terrorismo. Dentro de esta relación, la jurisdicción constitucional es un factor clave para salvaguardar los derechos humanos y la proporcionalidad de las medidas legislativas, militares y financieras adoptadas en diversos países. En consecuencia, el tema requiere bastante reflexión y análisis en nuestros sistemas constitucionales de América Latina, ya que contamos con situaciones que –si bien no se califican de ataques terroristas– sí tienen que ver con el orden público y el estado de excepción. En suma, la obra de Fabbrini y Jackson constituye un trabajo cuidadoso y técnico para entender que –en la era de la globalización– los derechos fundamentales

⁴ US Supreme Court, 17-965, Trump, President of the United States, *et al.* v. Hawaii *et al.* (26 de junio de 2018) con cinco votos a favor y cuatro en contra de Breyer, Kagan, Sotomayor y Ginsburg.

encuentran nuevos retos y amenazas que deben ser analizados en los tribunales para encontrar un remedio que concilie la búsqueda de seguridad bajo los estándares de la *rule of law*.