



La cuestión de la tortura por parte de los Estados Unidos en el  
contexto de la guerra contra el terrorismo

El debate jurídico en torno a la fuerza normativa de las palabras

Universidad Carlos III de Madrid

Master en Estudios Avanzados en Derechos Humanos

Trabajo de Fin de Master

11 de septiembre de 2014

Alumna: Justine Garrigue

Directores: Profesor Felix Vacas Fernández y el Profesor José Manuel Rodríguez

Uribe



## Índice

INTRODUCCIÓN.....	5
<b>CAPÍTULO I : APROXIMACIÓN A LA (DES)FUNDAMENTACIÓN DE LA PRÁCTICA DE LA TORTURA .....</b>	<b>10</b>
1. Una visión optimista y pesimista del hombre en las sociedades modernas y sus implicaciones para las relaciones sociales y el Derecho.....	12
1.1 La visión optimista de Rousseau y Kant y el concepto de dignidad humana frente a la visión pesimista desarrollada por Nicolás Maquiavelo y Thomas Hobbes.....	12
1.2 La utilización de la propuesta utilitarista de Jeremy Bentham en la vuelta del debate sobre la tortura y sus críticas .....	15
2. El dilema entre la situación de <i>ticking-bomb</i> y la prohibición moral de la tortura .....	20
2.1. La situación de <i>ticking-bomb</i> : de la aceptación de casos excepcionales a su uso generalizado .....	20
2.2 La prohibición moral absoluta de la tortura en el marco internacional.....	26
2.3 La relevancia de la hipótesis de la <i>ticking-bomb</i> en situaciones concretas.....	29
<b>CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROHIBICION DE LA TORTURA POR EL DERECHO INTERNACIONAL .....</b>	<b>35</b>
1. Las normas de Derecho Internacional aplicable a la situación de los Estados Unidos y sus medidas de contraterrorismo.....	39
1.1. El sistema convencional de protección : la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes .....	39
1.2. El sistema extraconvencional de protección de los derechos humanos en el marco de la prohibición de la tortura .....	50
2. El Derecho Internacional Humanitario como instrumento de protección estándar para los detenidos de los Estados Unidos.....	66
2.1 Los Convenios de Ginebra: el Derecho de los conflictos armados aplicable al conflicto contra Al-Qaeda .....	66
2.2 El trabajo del Comité Internacional de la Cruz Roja .....	69
3. Aclaraciones conceptuales correspondiente a la regulación de la prohibición de la tortura.....	72
3.1. Diferencia entre la tortura física y la tortura mental .....	72
3.2. Diferencia entre la tortura y la coerción.....	73
3.3. Diferencia entre la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes.....	74
<b>CAPÍTULO TERCERO: TORTURAS Y ACCIÓN CONTRA EL TERRORISMO: LAS JUSTIFICACIONES AVANZADAS POR PARTE DE LOS ESTADOS UNIDOS.....</b>	<b>76</b>

1. El informe periódico al Comité Contra la Tortura: una interpretación unilateral y selectiva de las provisiones de la Convención Contra la Tortura .....	77
1.1 La Convención Contra la Tortura: las Reservas emitidas por parte de los Estados Unidos .....	78
1.2 La respuesta de los Estados Unidos ante el Comité contra la Tortura a las acusaciones de violación de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes .....	79
2. Los memorandos legales como ejemplo de reinterpretación del cuerpo fundamental de leyes en relación con la definición de la tortura y las técnicas de interrogatorio agresivas .....	81
2.1 El memorandum Bybee I: una definición particular de los Estados Unidos de la tortura .....	82
2.2 El memorandum Clasificado Bybee II: las técnicas de interrogatorios aceptadas.....	83
2.3 Los Convenios de Ginebra considerados como instrumento obsoleto.....	87
3. El programa de rendición extraordinaria y las garantías diplomáticas.....	95
3.1. La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la aplicación extraterritorial de la Constitución estadounidense .....	96
3.2 Las garantías diplomáticas.....	101
CONCLUSIONES.....	104
DOCUMENTACIÓN.....	108
BIBLIOGRAFÍA.....	114

## INTRODUCCIÓN

La nueva intervención de los Estados Unidos de América en el Medio Oriente en el nombre de la lucha contra el terrorismo renueva el debate sobre la política exterior de los Estados Unidos y las medidas de contrainsurgencia aplicadas a lo largo de los últimos años. Han pasado trece años desde los atentados suicidas de Al Qaeda contra las Torres Gemelas y el Pentágono el 11 de septiembre de 2001 en Nueva York y Washington, desencadenado así una serie de acontecimientos que se han vuelto incontrolables, especialmente entre 2001 y 2009 y la puesta en marcha de lo que los Estados Unidos denominan “la guerra contra el terror”. Dicha *guerra* emprendida por los EE.UU y sus aliados, introdujo de nuevo el tema de la tortura en el agenda internacional multiplicarse los casos reportados de malos tratos recibidos por los detenidos a manos de los agentes estadounidenses. Dicho esto, los múltiples casos de tortura han revelado la existencia de una verdadera estrategia desarrollada en el seno de la Administración Bush para dar un aspecto legal a prácticas equivalentes a tortura. El establecimiento de ésta “política de la tortura”<sup>1</sup> instituida en los tres años siguientes al 11 de septiembre se construye sobre una serie de etapas que permitieron eliminar garantías debidas a los sospechosos de terrorismo capturados por las fuerzas estadounidenses y sus aliados.

Primero, el día mismo de los atentados, el Presidente Bush constituye un equipo paramilitar para “buscar, capturar, detener y matar designados terroristas”. El 7 de octubre de 2001, los EE.UU lanzan la operación *Libertad Duradera* contra Al Qaeda en Afganistán, sin obtener la autorización del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, argumentando que la acción se basa en el principio de “defensa propia” y como única respuesta posible cuando el Gobierno afgano, controlado por los talibanes, rehusó entregar a Osama Bin Laden.<sup>2</sup> El 26 de octubre del mismo año, el Congreso adopta la conocida como Ley Patriota de los Estados Unidos (*PATRIOT Act* por sus siglas en inglés<sup>3</sup>), la cual permite expandir los poderes de ese Estado y el ámbito de acción a de sus servicios de inteligencia dentro de la guerra contra el terrorismo. Por un lado, es cierto que esta ley ha permitido llegar a detener varios criminales,

---

<sup>1</sup> AMNESTIA INTERNACIONAL, « Estados Unidos de América, Terreno resbaladizo : la política de la tortura », Traducción de Editorial Amnistía Internacional (EDAI), España, 9 de noviembre de 2007

<sup>2</sup> El principio de legítima defensa, como veremos en el Capítulo Primero de este trabajo, había sido reconocida como adecuada y legal como para defenderse del terrorismo en las resoluciones siguientes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas : Resolución 1368, del 12 de septiembre de 2001 y la Resolución 1373, del 28 de septiembre de 2001.

<sup>3</sup> UNITED STATES CONGRESS, Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT Act), H.R. 3162, October 26<sup>th</sup>, 2001, para consultar el texto entero de la Ley, acudir a <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-107publ56/pdf/PLAW-107publ56.pdf>, (última visita, el 9 de septiembre de 2014).

en particular gracias a los extensivos poderes de investigación de los agentes del Estado. En concreto, la Ley Patriota habilita las autoridades para registrar la propiedad de una persona sin que exista una orden o notificación del registro. Además, se puede detener de manera indefinida, en virtud de esta ley, a cualquier inmigrante o no-ciudadano de los EE.UU sin que tenga derecho a un abogado. Esta ley claramente afecta de manera dramática a un número significativo de personas y puede dar lugar a abusos. El mismo año, se declaran incompetentes los tribunales federales para recibir demandas de *habeas corpus* (el derecho a no ser encarcelado sin juicio) por parte de los detenidos en Guantánamo (centro de detención creado en diciembre de 2001 para detener a sospechosos de terrorismo en la base naval de la bahía de Guantánamo en Cuba). Esta primera etapa de la creación de una *política de la tortura* permite construir un procedimiento para decidir quien es terrorista a través de la Ley Patriota que determina los crímenes que se pueden castigar y el establecimiento de un centro de detención especial en la prisión de Guantánamo para interrogar a los detenidos, sin que se les ofrezcan la garantía básica del *habeas corpus*, lo cual permite justificar las acciones del Gobierno en dicho centro de detención.

Por otra parte, el segundo paso de la estrategia emprendida por la Administración Bush ocurre a lo largo del año 2002, a la hora de instaurar las modalidades de detención de los sospechosos, cuyo objetivo primero es interrogarles para extraer información de inteligencia. Por lo tanto, John Yoo (entonces Fiscal General Adjunto Suplente de la Oficina de Asesoría Jurídica del Departamento de Justicia) redacta un documento del 9 de enero de 2002<sup>4</sup> en el cual declara que el Derecho Internacional consuetudinario no tiene efecto vinculante sobre el Presidente o el Ejército por lo que no es la Ley Federal reconocida por la Constitución. La desconsideración para el Derecho Internacional consuetudinario niega todos los principios básicos de respeto de la dignidad humana reconocidos por los pueblos civilizados, celebrados tanto el Derecho Internacional Humanitario como en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En otro documento, Alberto Gonzales (entonces Asesor Jurídico del Presidente de los Estados Unidos) afirma que los Convenios de Ginebra, tratados internacionales de los que los EE.UU es parte, son unos instrumentos obsoletos que imponen limitaciones estrictas en relación con los interrogatorios de prisioneros enemigos y

---

<sup>4</sup> Memorandum for William J. Haynes II, General Counsel of the Department of Defence, from John C. Yoo, Deputy Assistant Attorney General and Robert J. Delahunty, Special Counsel, *Re: Application of Treaties and Laws to al Qaeda and Taliban Detainees*, January 9, 2002, ver en particular la cuarta parte sobre el tema, p34.

dichos principios restrictivos deben ser ignorados.<sup>5</sup> Finalmente, se redactan en agosto de 2002, dos memorandos<sup>6</sup> por Jay S. Bybee (entonces Fiscal General Adjunto de la Oficina de Asesoría Jurídica del Departamento de Justicia y ahora juez federal) que proponen una definición alternativa de la tortura, que se diferencia de la definición aceptada en la Convención Contra la Tortura, autoridad máxima en materia de tortura, por la intensidad de los dolores causados. Este paso de la estrategia permite disponer de un nuevo cuerpo jurídico aplicable a la situación de los sospechosos capturados en el marco de la guerra contra el terrorismo, afirmando la aplicación de nuevos estándares para su trato que no hace eco a las provisiones contenidas en los instrumentos internacionales existentes. El Gobierno de los Estados Unidos pretende así crear una situación excepcional a la cual se aplican nuevas reglas.

Finalmente, el año 2003 refleja la extensión de un programa bien engrasado con la invasión de Irak y los escándalos en los medios en cuanto al trato recibido por los detenidos que se encuentran bajo el control de las fuerzas estadounidenses, en particular el uso de las técnicas de interrogatorio agresivas, entre ellos, y de forma especial, las conocidas como las fotos de Abu Ghraib.<sup>7</sup> Los conocimientos sobre las prácticas que se revelarán como sistemáticas y generalizadas, formando parte de una política de Estado y, no como actos específicos y aislados de algunos soldados, resultan de la publicación de documentos oficiales secretos de la Administración de los EE.UU.<sup>8</sup>

En este contexto, nos centraremos en el análisis de la práctica de la tortura utilizada por los Estados Unidos en el marco de la guerra contra el terrorismo. El aspecto que nos interesa especialmente es el modelo en el cual se basa dicha política y los medios emprendidos que resultaron en convertir la tortura en una práctica institucionalizada. Dicho de otro modo, veremos en que medida las bases del modelo instaurado por los Estados Unidos

---

<sup>5</sup> Memorandum redactado por Alberto R. Gonzales, Counsel to the White House, a la atención del Presidente, *Decisión Sobre la aplicabilidad de los Convenios de Ginebra a los Prisioneros de Guerra en el conflicto con Al Qaeda y los Talibanes*, 25 de enero de 2002.

<sup>6</sup> Memorandum for Alberto R. Gonzales, Counsel to the White House, from Jay S. Bybee, Assistant Attorney General and John C. Yoo, Deputy Assistant Attorney General, *Re: Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C. Section 2340-2340A*, August 1, 2002 y el Memorandum for John A. Rizzo, Acting General Counsel, CIA, from Jay S. Bybee, Assistant Attorney General, *Interrogation of al Qaeda Operative*, August 1, 2002.

<sup>7</sup> El escándalo conocido como el de Abu Graib empezó en enero de 2003 cuando el soldado Josehp Darby destapó fotografías de abusos sobre los detenidos de la prisión Iraquí de Abu Graib por parte de agentes de los Estados Unidos. Se publicaron las fotos algunos meses después en una publicación de LEUNG R., « Abuse at Abu Ghraib », *CBS News*, 5 de mayo de 2004, HERSH S.M., « Torture at Abu Ghraib », *The New Yorker*, 10 de mayo de 2004 y en los programas de *60 Minutes* de la cadena CBS en particular la entrevistas realizadas por COOPER A., « Exposing the Truth of Abu Ghraib », *60 Minutes*, 7 de diciembre de 2007.

<sup>8</sup> PRIEST D., SMITH J., « Memo Offered Justification for Use of Torture », *The Washington Post*, June 8, 2004.

son sostenibles y qué mecanismos legales han sido aplicados como para dar una apariencia legal al uso repetido de la tortura como medida para luchar contra el terrorismo.

Nos interesa examinar dichos aspectos porque el tema de la tortura, tal como ha sido practicada por el Gobierno de los EE.UU durante la presidencia de George W. Bush, ha sido ampliamente estudiado, sobre todo en los años siguiendo el escándalo de Abu Graib y la publicación de las fotografías particularmente horribles del trato de los detenidos en la prisión iraquí. Sin embargo, no se suelen estudiar los mecanismos subyacentes de dicha política ni las construcciones jurídicas que tratan de defender su legalidad. Además, para poder acercarse a este tema, es necesario considerar la base del modelo que es una situación permanente de emergencia donde se supone que un ataque terrorista ocurrirá, dictando así las acciones de los Estados Unidos desde hace trece años en materia de contra terrorismo.

Teniendo esto en cuenta, deberíamos plantearnos los temas propuestos siguiendo tres pasos esenciales; primero, es necesario realizar un retrato de la fundamentación de dicha política, es decir presentar el modelo sobre el cual se basan las decisiones de la Casa Blanca durante la Administración Bush en lo que se denomina la *Ticking-Bomb Situation* (situación de bomba de relojería). Dicha hipótesis se define como la situación en la cual un terrorista que acaba de ser capturado confiesa que ha puesto una bomba en algún lugar (o por lo menos que conoce su localización), la cual está a punto de explotar y, matará a miles de personas. Ante tal situación, ¿se puede torturar tal sujeto?

Por otra parte, intentaremos presentar la regulación jurídica aplicable a la práctica de la tortura en el Segundo Capítulo, enfocándonos en las obligaciones contraídas por los EE.UU en virtud de las normas de Derecho Internacional y de Derecho Internacional Humanitario y las recomendaciones de los órganos competentes para decidir sobre la aplicación correcta de las convenciones ratificadas.

Finalmente, el Tercer Capítulo se centrará en la observación de las varias justificaciones avanzadas por parte del Gobierno estadounidense en torno al uso de la tortura. De hecho, nos parece particularmente importante centrarnos en la reinterpretación de la definición de la tortura elaborada por los EE.UU que se revela selectiva y sobre todo unilateral, pues no está apoyada por ningún otro país, y en la reinterpretación del cuerpo fundamental de normativa aplicable. Junto con esto, veremos el uso especial del programa de rendición extraordinaria emprendido por los EE.UU y su uso de las garantías diplomáticas.



Tal como se ve en los temas abordados en este trabajo, hemos decidido no acercarnos al debate en relación con el termino mismo de terrorismo dado que ya constituye un trabajo de mayor amplitud en si-mismo, así como se demuestra en la práctica en la comunidad internacional. De hecho, no existe una definición clara, aceptada del terrorismo por todos los países, aunque exista exhaustiva literatura sobre el tema.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Entre otros, el trabajo del Profesor VACAS FERNÁNDEZ F., *El terrorismo como crimen internacional: Definición, naturaleza y consecuencias jurídicas internacionales para las personas*, Edittorial Tirant Lo Blanc, Valencia, España, 2011 y el Profesor RODRÍGUEZ URIBES, J.M., *Las víctimas del terrorismo en España*, Dykinson, 2013.

## **CAPÍTULO I : APROXIMACIÓN A LA (DES)FUNDAMENTACIÓN DE LA PRÁCTICA DE LA TORTURA**

La *guerra contra el terrorismo* como nuevo paradigma significa un nuevo tipo de guerra al cual los Estados tienen que adaptarse. La idea subyacente en la discusión sobre la guerra contra el terrorismo es la incapacidad de llegar a un acuerdo en cuanto a la definición del terrorismo y, en consecuencia de lo que se entiende por *guerra contra el terrorismo*, puesto que no cabe dentro de ninguna definición legal establecida.<sup>10</sup> Por un lado, los derechos humanos limitan la respuesta de los Estados, aunque cabe decir que no fueron diseñados para regular la conducta de los terroristas y, por consecuencia, existen pocas reglas sobre la criminalidad transnacional.<sup>11</sup> De hecho, lo verdaderamente nuevo en la respuesta a los ataques del 11-S es el carácter abierto e indefinido de la guerra contra el terrorismo. Los ataques ponen en marcha un nuevo tipo de guerra que lleva un nuevo tipo de respuesta que no estaba tipificado. De hecho, las observaciones finales (especialmente en el párrafo 63) del informe preparado por la Relatora Especial, Ms. Kalliopi K. Koufa, subrayan que “la nueva cuestión de si un Estado puede estar en guerra con un terrorista o una organización criminal multinacional nunca se planteó antes del 9/11”. Aunque el Protocolo Adicional I de 1977 en su Art.1(4)<sup>12</sup> se refiere al concepto de conflictos armados internacionales entre Estados y entidades no estatales, dicho Protocolo ha sido objeto de polémica y no ha sido ratificado entre otros, por los Estados Unidos.

En los últimos años, hemos asistido al retorno de la tortura dentro del marco legal, a través ciertas situaciones concretas. Por un lado, dicho retorno hace referencia a las conclusiones presentadas por parte de la Comisión Landau en 1987<sup>13</sup> sobre el estado del trato

---

<sup>10</sup> HUMAN RIGHTS COUNCIL, E/CN.4/Sub.2/2002/35, Second progress report prepared by Ms. Kalliopi K. Koufa, Special Rapporteur on Terrorism and Human Rights, 17th of July of 2002.

<sup>11</sup> FITZPATRICK, J. “Speaking Law to Power : The War Against Terrorism and Human Rights”, *European Journal of International Law*, Vol.14, n°.2, 2003, p 243.

<sup>12</sup> El Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, CICR, 1977, prevé en su primer artículo, apartado 4: “Las situaciones comprenden los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas ».

<sup>13</sup> La Comisión de Investigación Landau fue dirigida por el Presidente anterior del Tribunal Supremo Israelí, Moshe Landau. La Comisión fue establecida en 1987 por el Gobierno Israelí debido a una serie de escándalos en relación con el trato abusivo de detenidos palestinos bajo custodia de agente del Servicio General de Seguridad (el Shin Bet). Junto con las alegaciones de tratos excesivamente brutales equivalentes a tortura, se añadieron unos escándalos públicos (el caso de “Kav 300” en 1984 y las ejecuciones extrajudiciales de los palestinos responsables del atentado). Por ello, se asignó a la Comisión la tarea de examinar los métodos del Servicio General de Seguridad al interrogar a sospechosos de terrorismo.

de detenidos palestinos bajo custodia de agente israelíes. Desde aquel momento, se introduce en Israel concepto de “presión física moderada” como práctica admisible. Detrás de dicho concepto, se quiere evitar actos de terrorismo y se necesita buscar información para poder prevenir tales eventos. Por ello, se tortura. Aquella visión permite, desde luego, extender el umbral de tolerancia en relación a lo que se entiende por ‘tortura’, dejando así una puerta abierta a cualquier interpretación de lo que se considere como tolerable. Dicha visión del contraterrorismo recuerda a la situación de “*ticking-bomb*”.

Por otro lado, los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001 dieron un nuevo impulso a los defensores de la práctica de la tortura. Siguiendo el antiguo dicho atribuido a Francis Bacon: “*Knowledge is power*”<sup>14</sup> (*Scientia potentia est*) se desarrolla una nueva visión de la tortura, tras la cual se justifica el uso de la tortura por la necesidad de recoger información dado que se ha convertido en una ventaja estratégica mayor en el marco del nuevo tipo de guerra.

Todos estos acontecimientos han generado un renovado debate considerado cerrado hace tiempo, sobre la ilegalidad de la tortura en un mundo civilizado. Por ello, intentaremos, en este primer capítulo, proceder a una exposición de la fundamentación de la práctica de la tortura, dicho de otro modo, intentaremos presentar los principios teóricos fundamentales que pueden aclarar la construcción de la idea de la tortura y luego su prohibición absoluta. En este sentido, se trata primero de repasar las visiones de las relaciones sociales en el mundo moderno que se construyen sobre la visión optimista y la visión pesimista del hombre: donde el hombre es el sujeto de caridad y de moral que crea el Derecho para desarrollar la dignidad humana en la primera; mientras en la segunda, se considera el hombre como un ser peligroso para el buen funcionamiento de la sociedad y debe ser controlado por el Derecho. Se estudiará luego como la perspectiva utilitarista de Bentham ha sido utilizada como piedra angular de una concepción particular que justificaría el uso de la tortura en los Estados Unidos a lo largo de

---

La Comisión preparó un informe sobre los métodos usados, en el cual se confirma que agentes de dicho órgano usaban, de hecho, métodos violentos de interrogatorio (Dr. Hanan Chehata, *Shin Bet: An ingrained culture of torture and deceit*, Briefing Paper, Middle East Monitor, September 2011). Sin embargo, la Comisión decidió en las conclusiones del informe que “la práctica de una medida moderada de presión física no se puede evitar” (Moshe Landau – chairman of the Commission -, Ya’akov Malz – Member of the Commission -, Yitzhak Hofi – Member of the Commission -, *Commission of Inquiry into the methods of investigation of the General Security Service regarding Hostile Terrorist Activity* [The Landau Commission], Jerusalem, October 1987).

De hecho, en el Informe Periódico entregado al Comité Contra la Tortura, Israel afirma que “en el trato de terroristas peligrosos que representan una grave amenaza para el Estado de Israel y para sus ciudadanos, es inevitable en determinadas circunstancias recurrir a un grado moderado de presión, presión física inclusive, para obtener la indispensable información” (Comité Contra la Tortura, *Segundo Informe Periódico presentado por Israel*, UN Doc. CAT/C/33/Add.2/Rev.1, del 18 de febrero de 1997, Capítulo II, párr.5).

<sup>14</sup> BACON F., *Meditationes Sacrae*, Excusum impensis Humfredi Hooper, Londres, 1597.

los últimos años. A continuación, veremos en que medida la prohibición moral de la tortura se articula en el modelo expuesto en los últimos años a través de la situación de la *ticking-bomb* y su coexistencia con los estándares morales actuales.

## **1. Una visión optimista y pesimista del hombre en las sociedades modernas y sus implicaciones para las relaciones sociales y el Derecho**

A modo de introducción a este tema de la separación entre las dos visiones, cabe destacar en particular el trabajo del Profesor Peces-Barba, *El Derecho y el amor: sus modelos de relación*<sup>15</sup>, en el que propone un modelo que vincule la moral y el poder y el Derecho en el mundo moderno. Las dos visiones se basan en perspectivas radicalmente diferentes del hombre. La visión optimista, compartida por el Profesor Peces-Barba, se basa en todo lo que el hombre tiene de bueno, en el sentido que el Derecho se creó para la organización de la vida humana y el desarrollo máximo de la persona; mientras la visión pesimista se funda en la relación amigo-enemigo de las relaciones sociales, en las cuales el Derecho tiene el rol principal de mantener el orden. Desde luego, el punto de vista de Peces-Barba es que el Derecho, junto con la idea de dignidad humana y de los derechos fundamentales, refleja ésta visión optimista donde la relación entre Derecho y amor es necesaria. La sociedad democrática es, en este sentido, el seno de la realización de la tolerancia, del respeto mutuo y de la “amistad cívica”. Los derechos fundamentales, en este respeto, son la expresión de la voluntad de los hombres de permitir a cada uno el desarrollo máximo de su persona y la búsqueda de la justicia para todos.

### **1.1 La visión optimista de Rousseau y Kant y el concepto de dignidad humana frente a la visión pesimista desarrollada por Nicolás Maquiavelo y Thomas Hobbes**

En su obra, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*<sup>16</sup>, Immanuel Kant propone una visión optimista del hombre, de las relaciones sociales y del Derecho que les rige. Según sus postulados, el mundo se construye en dos categorías: las que tienen un valor y las que tienen una dignidad. En este sentido, todo lo que se puede sustituir por algo equivalente tiene un valor, mientras la dignidad es por encima de todo valor y no admite ningún equivalente. En esta construcción del mundo, la moralidad es el aparato del ser humano, en el sentido que es la condición bajo la cual un ser humano puede ser un fin en sí-

---

<sup>15</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ G., “El Derecho y el amor : sus modelos de relación”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº6-7, 1982, pp 65-79.

<sup>16</sup> KANT I., *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, (1785), Colección Austral, Espasa Calpe, Madrid, 1990.

mismo, por lo que solamente mediante la moralidad puede ser un miembro legislador. Por ello, un ser humano es digno cuando es autónomo y autolegisador dado que el hombre es un ser racional y por lo tanto su potencial ético-jurídico se despliega en la elaboración de la ley moral que lleva a la consecución de la felicidad.

Además, su visión optimista se destaca en la idea según la cual “se entiende una máxima de la limitación de nuestra autoestima por la dignidad de la humanidad en la persona de otro y, por lo tanto el respeto en sentido práctico”<sup>17</sup>. La humanidad de las personas es cuestión de respeto mutuo y como ser razonable debe ser capaz de crear leyes a su imagen, es decir leyes morales, lo cual da toda su importancia a los derechos fundamentales. Incluso más “la humanidad misma es una dignidad, pues el hombre no puede ser utilizado por ningún hombre”. Como seres razonables, los hombres son capaces de discernir el justo del injusto.

En este contexto, es importante mencionar el trabajo del filósofo de la Ilustración, Jean-Jacques Rousseau, el *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres* de 1754<sup>18</sup>, en el cual explora la naturaleza humana según una perspectiva optimista. Desde su punto de vista, el hombre es un ser de bondad y de compasión en sí mismo<sup>19</sup> pero la bondad como característica del Estado de naturaleza se borra a medida que el hombre evoluciona en su entorno y a través de las primeras agregaciones de personas para dejar paso a la moral como nueva calidad rigiendo las relaciones humanas. Rousseau en esta obra, critica de manera abierta el postulado pesimista de Hobbes<sup>20</sup> según el cual el hombre es malo por naturaleza, dado que para Rousseau el hombre en el Estado de naturaleza no distingue el justo del injusto y el bueno del malo, y, de hecho, ésta ignorancia del vicio le impide actuar de manera nociva para los otros. Desde luego, la vida en sociedades lleva también más ocasiones de ofender a otros y por ello, aparece la necesidad de crear castigos más severos. Por lo visto, la piedad natural del hombre ya no es adecuada para la sociedad. De hecho, es necesario crear un cuerpo político que rija las relaciones sociales y, los hombres deben considerar la idea de un pacto entre ellos para elegir un representante que les obliga a observar las leyes que forman su unión. Rousseau desarrolla dicha idea de pacto entre los

---

<sup>17</sup> *Id* nota 7, p305.

<sup>18</sup> ROUSSEAU, J.J., *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes* (1754), Marc Michel Rey, Amsterdam, 1755.

<sup>19</sup> ROUSSEAU, J.J., *Discours sur l'origine...* p 81 : « Fais ton bien avec le moindre mal d'autrui qu'il est possible ».

<sup>20</sup> *Id*. Nota 19, p70 : « N'allons pas fur-tout conclure avec Hobbes que, pour n'avoir aucune idée de la bonté, l'homme foit naturellement méchant ».

hombre en el *Contrato Social*<sup>21</sup> en el cual precisa que los hombres entran en el pacto para mantener su seguridad por lo que los obstáculos naturales ponen en riesgo la sobrevivencia de la especie. El nuevo Estado del hombre en la sociedad es un Estado de alienación de todos para todos donde el hombre abandona su libertad natural para una libertad convencional donde todos los miembros se encuentran, supuestamente, iguales.

Por otro lado, junto con este modelo optimista del mundo se desarrolla otra visión, denominada pesimista del hombre y de las relaciones sociales. En este contexto, nos interesan particularmente las ideas de Maquiavelo y de Hobbes, ilustradas en las filosofías del “realismo político”. El punto de partida de dicha filosofía es que la vida humana es amenazada de manera permanente por lo que los individuos pueden recurrir a cualquier medio para proteger sus intereses. En este contexto, la vida humana es un estado de guerra permanente de todos contra todos, donde el hombre es un lobo para el hombre, en las palabras de Hobbes<sup>22</sup>. Tal situación se crea por la naturaleza misma del hombre, que se considera como un ser pecador, solamente orientado por su propio beneficio y por la falta de poder común que pueda mantener el orden. Por consiguiente, sin poder común, no existen leyes que rigen la conducta de los individuos y no existen los conceptos de justicia y de igualdad. Desde luego, la agresividad del hombre para otro hombre debe ser controlada por una entidad común, el Leviatán<sup>23</sup>, lograda por un pacto entre los hombres para garantizar la seguridad e imponer obligaciones políticas y morales. Es cierto que Hobbes hace referencia a una ley existente, la ley natural, como orden moral que permite la sobrevivencia de la especie por lo que prohíbe al hombre hacer lo que puede destruir su vida. Sin embargo, las referencias en el Leviatán<sup>24</sup> muestran que la naturaleza prevalece sobre dichas leyes naturales y no se puede fiar del hombre en sí-mismo, resultando así en la necesidad de crear un poder común que imponga valores comunes.

Esta visión pesimista del hombre ya está presente en el autor florentino Nicolás Maquiavelo y su perspectiva realista de la sociedad donde prevalece el uso de la fuerza en la política. Su visión de la sociedad bajo el poder de un Gobierno se traduce en su obra *El Príncipe* en el cual afirma que el Gobernante debe tener una virtud tal que le permita hacerse

---

<sup>21</sup> ROUSSEAU J.J., *Du Contrat social ; ou Principes du droit politique* (1762), Du Peyrou/Moultou 1782, Quatro édition, Genève, ver en particular el Capítulo VI sobre el Pacto social.

<sup>22</sup> “*Homo homini lupus est*”, HOBBS T., *De Cive: elementos filosóficos sobre el ciudadano* (Epístola Dedicatoria) (1642), traducido por Carlos Mellizo, Alianza Editorial, 2000.

<sup>23</sup> HOBBS T., *Leviatán* (1651), traducido por Carlos Mellizo, Alianza Editorial, 1999.

<sup>24</sup> « Las leyes de la naturaleza obligan en conciencia siempre, pero en realidad sólo cuando existe seguridad bastante » (*Leviatán*, XV)

amar y hacerse temer al mismo tiempo. Maquiavelo expone el modelo de actuación que el Gobernante debe seguir en el sentido de que si se desconfía de los hombres, hay que buscar la obediencia mediante la amenaza y la violencia; si se confía en ellos, hay que procurar su obediencia a través de la realización de acuerdos compartiendo la distribución de beneficio, si vale más ser amado que temido. Nada mejor que ser ambas a cosas a la vez.<sup>25</sup> Su perspectiva, claramente a favor del uso de la fuerza por el Gobierno, plantea también una nueva consideración en el sentido de que el Gobierno no está vinculado por los estándares éticos que rigen el resto de la sociedad. El gobernante sólo debe velar por que sus sujetos le obedezcan sin preocuparse de la manera de conseguir éste fin. Por lo tanto, se suele atribuir a la visión de Maquiavelo la idea según la cual “el fin justifica los medios” aunque nunca lo dijo él.

Estos elementos están muy presente en la actualidad, en particular en relación con acciones de Gobiernos que contravienen los estándares éticos y morales establecidos en la comunidad internacional. De hecho, dicha visión pesimista de una situación permanente de peligro para los hombres por su naturaleza y los medios para luchar contra la inseguridad, permite aclarar el fundamento de la situación actual de los Estados Unidos y la controversia en cuanto al uso de la tortura. Según el modelo pesimista, aplicado a la situación actual, el hombre es un ser peligroso que arriesga a la seguridad de la nación, por lo tanto debe ser controlado por cualquier medio que sea, en este caso, se tortura para conseguir información que pueda proteger la viabilidad de la nación y la seguridad de las personas. Con el fin de profundizar nuestro entendimiento de los acontecimientos recientes y en relación con las visiones expuestas de antemano, veremos a continuación el desarrollo de una propuesta utilizada por los Estados Unidos que da otra vez una visión realista de la sociedad y de como proteger la seguridad de la nación.

## **1.2 La utilización de la propuesta utilitarista de Jeremy Bentham en la vuelta del debate sobre la tortura y sus críticas**

En efecto, la vuelta del debate gira en torno a dos propuestas distintas sobre la práctica de la tortura en el contexto geopolítico actual. Por un lado, se sostiene una perspectiva a favor de una prohibición absoluta de la tortura y, por otro lado, la propuesta según la cual, en determinadas circunstancias, la tortura puede ser utilizada en sospechosos de terrorismo como un mal menor a fin de evitar un mal mayor que amenaza la seguridad de la sociedad.

---

<sup>25</sup> MAQUIAVELO N., *El Príncipe* (1532), Alianza Editorial, 2010.

Por su parte, los defensores de la prohibición absoluta de la tortura sostienen que si se consideran razones morales, la práctica de la tortura va en contra de todo lo logrado en términos de protección de la dignidad humana de las personas, sea quien sea y cuando sea que sea. Por ello, la tortura es moralmente injustificada porque "deshumaniza a las personas tratándolas como peones para ser manipulados a través de sus dolores".<sup>26</sup> Junto con la desconsideración para la dignidad humana de las víctimas de tortura, la falta de cualquier tipo de mecanismo fiable que pueda establecer la veracidad de las confesiones forzadas convierte la práctica de la tortura en un dolor innecesario.<sup>27</sup>

En su obra de 1789, *Introducción a los principios de la moral y legislación*<sup>28</sup>, Jeremy Bentham construye una visión cuantitativa de la moral que promueve dos elementos centrales, la mayor felicidad para el mayor número de personas y la consideración de las consecuencias de cada conducta. En este sentido se debe legislar para aumentar la utilidad total, teniendo en cuenta si la acción beneficia a alguien en mayor medida que perjudica a otro; cuando ocurre un conflicto de derechos, el legislador debe promover el bien común, basándose sobre la única norma de valor que sería la utilidad.

Por un lado, en la teoría de Bentham el número de personas en juego es un elemento central en el cálculo utilitario. Dicho de otro modo, el utilitarismo depende de la ponderación de los beneficios o perjuicios de cada conducta pero no existen conductas buenas o malas por

---

<sup>26</sup> Citando NYE J., en EVANS R, "The Ethics of Torture", *Human Rights and Human Welfare*, Vol.7, 2007, p 53-66.

<sup>27</sup> En torno a la fiabilidad de las confesiones obtenidas mediante el uso de la tortura, el Senador de Arizona J. McCain afirma que el trato abusivo de los detenidos "often produces bad intelligence because under torture a person will say anything he thinks his captors want to hear—whether it is true or false—if he believes it will relieve his suffering... the terrorists we interrogate under less than humane standards of treatment are also likely to resort to deceptive answers" (discurso entregado frente al Senado de los Estados Unidos en la sesión dedicada al uso de la tortura, el día 12 de mayo del 2011). Por otro lado, los periodistas de Newsweek Evan Thomas y Michael Hirsh proporcionan un ejemplo de ello, que describe los resultados de un interrogatorio del miembro de Al Qaeda Ibn al- Shaykhal -Libi, que fue enviado a Egipto para ser interrogado utilizando "técnicas desconocidas, pero no es difícil de imaginar." Al -Libi produjo una declaración de que los miembros de Al Qaeda habían ido a Irak para aprender sobre las armas químicas y biológicas. La declaración de al- Libi, que posteriormente se retractó, se utilizó como prueba por Colin Powell en su caso ahora desacreditada contra Irak ante el Consejo de Seguridad de la ONU en febrero de 2003 (THOMAS y HIRSH, "The debate over torture", 2005). En el caso de Abu Ghraib, James Corum, un teniente coronel jubilado del Ejército de los EE.UU. que se especializó en inteligencia militar, comentó que "la tortura de los sospechosos no condujo a ninguna información de inteligencia útil extrayéndose... Los abusadores no podrían incluso utilizar el antiguo 'fin justifica los medios' argumento, porque al final no había nada que mostrar, pero una tremenda derrota de propaganda para los Estados Unidos" (BUDIANSKY, « Truth Extraction », 2005).

<sup>28</sup> BENTHAM J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Clarendon Press, Oxford, 1789.



sí mismas. Por ello, las situaciones de conflictos se resuelven haciendo un calculo entre los derechos en juego, garantizando a algunos y sacrificando a otros.<sup>29</sup>

Por otro lado, la teoría desarrollada por Jeremy Bentham subraya otro aspecto, el denominado *utilitarismo del acto*, puesto que se centra en las consecuencias de cada conducta. Del mismo modo, si uno se basa en el *utilitarismo del acto*, podríamos justificar acciones que suelen parecer recriminables, tal como torturar a un enemigo capturado con el fin de obtener informaciones estratégicas o, someter a un grupo mínimo de personas para mejorar la vida de un grupo más amplio. Siguiendo dicha idea, si, usando de la tortura se pueden salvar más vidas que se dañan, dicha conducta está justificada.<sup>30</sup>

Sin embargo, la perspectiva utilitarista presenta dificultades para explicar conductas malas en sí mismas sin hacer caso de los beneficios o perjuicios que puedan tener. Las valores relacionadas con las conductas de los individuos y las cuestiones de ética no se tienen en cuenta en la teoría utilitarista puesto que la conducta buena, moral, acertada será aquella que permite realizar la mejor proporción de felicidad. En este contexto, la propuesta utilitarista del razonamiento moral contradice la teoría de los derechos humanos que considera que existen garantías inviolable e inderogables y actos nunca justificados, como la tortura, y desconoce la jerarquía de los derechos.<sup>31</sup> La única norma aplicable en la ponderación utilitarista es la felicidad global, la cual sopesa la felicidad de cualquier individuo. Si uno sigue esta línea de pensamiento, la tortura está claramente justificada puesto que el daño causado al individuo se verá compensado por el aumento de la felicidad adquirida de las otras personas. Dicha manera de tratar la teoría asumida por Bentham es peligrosa y debe ser acompañada de las correcciones de Kant para que no se vuelva en una apología de la violencia a todo coste.

La cuestión de lo que se denomina como “calculo utilitario” surge en los debates actuales en torno a la justificación del uso de la tortura en los interrogatorios de presuntos terroristas, los cuales tomaron cada vez mas importancia después de los atentados del 11-S.

El argumento a favor de que se le torture parte de un calculo utilitario, otra vez sin que se tome en consideración las ideas de Kant, tal como usada por el ex vicepresidente Dick Cheney. Esta nueva visión se refleja en sus declaraciones en “*Meet the Press*” justo cinco días después del los ataques del 11 de septiembre cuando reveló que “el gobierno necesitaba

---

<sup>29</sup> MORELLI M. G., “Los llamados « conflictos de derechos ». El cálculo de bienes utilitarista y la crítica de John Finnis”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n°.7, 25 de febrero de 2004, p 73.

<sup>30</sup> STRAUSS M., “Torture”, *New York Law School Law Review*, Vol.48, 2003, p255.

<sup>31</sup> *Id* 12, p 84.

trabajar a través, en cierto modo, del lado oscuro”. Añadió en la misma entrevista que “mucho de lo que hay que hacer aquí tendrá que hacerse en voz baja, sin ninguna discusión, usando fuentes y métodos que están disponibles para nuestras agencias de inteligencia, si vamos a tener éxito”.<sup>32</sup>

Después de haber presentado los elementos centrales de la teoría utilitarista, inicialmente desarrollada por Jeremy Bentham y luego utilizada en un contexto particular con otros objetivos, aparece claro que dicha teoría tiene varios puntos débiles, especialmente en su aplicación a casos concretos. Antes de todo, es cierto que la base misma de esta perspectiva no da una definición clara de lo que se entiende por “placer y dolor”. De hecho, el principio de utilidad es la mayor felicidad, es decir una falta de dolor. Sin embargo, dicho punto de vista ha sido criticado por no tomar en cuenta la consideraciones interpersonales de placer. Es cierto que todos no tienen las mismas aspiraciones y las mismas ideas del placer, de tal forma que el utilitarismo impone a los individuos una visión del placer que no es únicamente cualitativa sino que es cuantitativa.

Por otro lado, la hipótesis de Bentham esta frecuentemente mal interpretada, especialmente en cuando se introduce el caso de *ticking-bomb*, lo cual se examinara en detalle más adelante. En dicho caso, la teoría utilitarista está utilizada con el fin de insistir en la importancia del número de personas en juego. De ahí, si el numero de vidas a riesgo es suficientemente elevado, deberíamos estar dispuesto a renunciar a nuestras reticencias en torno a la dignidad humana y a los derechos humanos. Además, en el caso de la tortura, el calculo utilitarista toma también en cuenta y da por hecho la culpabilidad de los sospechosos en relación con los crímenes a cometer. Dicha noción de culpabilidad, aunque no entra en la ponderación utilitarista tradicional, hace parte del calculo, por lo que se presupone que la persona a torturar es autor de un delito particularmente cruel que resultará en la muerte de numerosas personas, de tal forma que se convierte en una especie de retribución para los actos asumidos del detenido. En teoría, la situación de *ticking-bomb* apoya la propuesta de Bentham. En este contexto, el número parece marcar una diferencia moral. ¿ Si están a riesgo miles de vidas inocentes? El utilitarista argumenta que incluso para el más ardiente defensor de derechos humanos tendría sentido torturar a un sospechoso de terrorismo para que no se mueran miles de personas.

---

<sup>32</sup> DANNER M., “In the Darkness of Dick Cheney”, *The New York Review*, March 6, 2014.

Algunos utilitaristas plantean varios problemas a la práctica de la tortura, basándose sobre premisas utilitaristas. Primero, conceden que la tortura funciona raramente dado que la información obtenida coercitivamente no suele ser de fiar, no existe ningún protocolo que permita averiguar la veracidad de las confesiones. De otro lado, se causa dolor pero la comunidad no es más segura por ello, argumentando que no aumenta la utilidad total. Por fin, subrayan que si el país usa la tortura, se tratará peor a sus soldados cuando caigan prisioneros y eso podría reducir la utilidad total asociada a nuestro uso de la tortura, una vez tenidas en cuenta todas las circunstancias<sup>33</sup>. Resulta que todas estas consideraciones están en línea con el pensamiento utilitarista. No afirman que torturar es un hecho intrínsecamente mal, sino solo que practicar la tortura tendrá consecuencias que, en conjunto, harán más mal que bien.

El Profesor Alan Dershowitz<sup>34</sup> pone de relieve un aspecto no destacado antes, el del poder de la tortura, en particular su poder generativo por sí-misma, en el sentido que puede extenderse a todos niveles o campos. Una vez que una decisión judicial racionaliza el uso de la tortura, demostrando que es conforme con la Constitución, el principio queda a disposición de cualquier autoridad para usarlo en cuanto presente una demanda plausible. Por consecuencia, cada repetición de dicho principio hace de su uso sistemático minando el tabú alrededor de la tortura. Por otra parte, se arriesga a extender su uso a nuevas metas, no solamente en materia de contra-terrorismo, depreciando así nuestra visión de la dignidad humana de tal forma que pueda insertarse en otras leyes y acaba haciendo parte del espíritu y de la doctrina de la Constitución.<sup>35</sup> Finalmente, si se legaliza el uso de la tortura en los Estados Unidos puede conducir a una situación resbaladiza en que podría incitar otros países a concluir que si una superpotencia como los EE.UU tuvo que utilizarla para asegurar su seguridad nacional, entonces no se puede esperar de otros países más débiles que se defiendan

---

<sup>33</sup> De hecho, dichos actos en represalia fueron alentados por las declaraciones del Cheikh Saudí Nasir al-Fahd en mayo 2003, cuando incitó Bin Laden a utilizar Armas de Destrucción Masiva sobre niños e inocentes justificando dichas acciones por un extracto del Antiguo Testamento según el cual uno puede tratar otros de la misma manera que le han tratado a él (STEARNS R.G., “*An Appropriate Legal Framework for Dealing With Modern Terrorism and WMD*”, Capítulo 7, p.82 del libro editado por TSANG S., (*Intelligence and Human Rights in the Era of Global Terrorism*, Praeger Security International, Westport, Connecticut, 2007). Recurrir al síndrome de 9/11, o dicho de otro modo, a la práctica de técnicas de interrogatorio severas sobre los detenidos bajo custodia de agentes estadounidenses o sus aliados ha debilitado gravemente los EE.UU y sus aliados en su campaña de democratización en el mundo islámico. Las reacciones negativas fuerte de la comunidad internacional en cuanto a las violaciones terribles en Guantánamo y Abu Ghraib han tenido el efecto inesperado de ayudar a Al Qaeda a expandir su influencia en el mundo islámico, así como a minar la posición de los EE.UU en la lucha contra el terrorismo (TSANG S., *Intelligence and Human Rights in the Era of Global Terrorism*, Praeger Security International, Westport, Connecticut, 2007).

<sup>34</sup> DERSHOWITZ A., “The Torture Warrant : A Response to Professor Strauss”, *New York Law School Law Review*, vol.48, 2003, p280.

<sup>35</sup> *Korematsu v. United States*, 323. U.S. 214, 18 de diciembre de 1944, Opinión disidente del juez Richard Jackson.

sin ella.<sup>36</sup> Así las cosas, la ponderación utilitarista no puede utilizarse, no solamente por los argumentos morales opuestos sino también desde un punto de vista realista, puesto que si todos torturan se convertirá en una medida sistemática para resolver cualquier situación, sin que garantice la seguridad de la nación por ello. Debido a lo mencionado, el cálculo utilitarista no tiene razón de ser por lo que no puede conseguir una mayor utilidad.

## **2. El dilema entre la situación de *ticking-bomb* y la prohibición moral de la tortura**

A pesar de la prohibición internacionalmente aceptada de la práctica de la tortura, explícitamente expresada en la doctrina de instrumentos internacionales basada sobre argumentos morales, la subida de las amenazas de terrorismo internacional y, en consecuencia, de casos excepcionales que llaman, supuestamente, a la práctica de la tortura, sobre todo en casos de bombas de relojería (casos de *ticking-bomb*) han resultado en crear una cierta *cultura de la tortura*. De hecho, esta medida está considerada cada vez más como medida de mayor eficiencia para combatir el terrorismo, acarreando sin embargo consecuencias dramáticas para la humanidad, tanto en torno a la rebaja de estándares morales como para el cambio de la estructura del Estado de Derecho, especialmente siguiendo el ejemplo de los Estados Unidos, que llegaron a otorgar poderes excepcionales al Presidente, que se encuentra sólo protagonista a la cabeza de la guerra contra el terrorismo en nombre de la seguridad de la nación. Veremos más adelante las características de dichos casos excepcionales y cómo se han convertido en una hipótesis que dicta las conductas de los Estados Unidos creando un estado de excepción, sin consideración para la dignidad humana de los sujetos de la práctica de la tortura.

### **2.1. La situación de *ticking-bomb*: de la aceptación de casos excepcionales a su uso generalizado**

« *If the stakes are high enough, torture is permissible. No one who doubts that this is the case should be in a position of responsibility* ».<sup>37</sup>

La crudeza de esta afirmación por parte de Alan Dershowitz refleja dos puntos esenciales del debate en los Estados Unidos. Primero, hace referencia a lo que está en juego, es decir, si algo es importante, por lo tanto, se permite el uso de la tortura, en el sentido que será legítima porque hizo un cálculo de tradición utilitarista en el cual lo que gana de la

---

<sup>36</sup> Id 8, p 311.

<sup>37</sup> Profesor Alan Dershowitz, citado en el artículo de POSNER R.A., “The Best Offense”, *The New Republic*, 2 de septiembre 2002.

tortura es más valioso que el hecho en sí mismo de dañar una persona. Por otra parte, plantea el problema del liderazgo en tiempo de inseguridad para la nación, cuando se deben tomar decisiones que no son éticamente aceptadas. Si cabe cualquier duda sobre el camino a seguir, no debería quedar sitio para la incertidumbre, el líder deberá salvaguardar los intereses del país a todo coste. Altos oficiales son responsables de proteger a los ciudadanos de la nación, a pesar de dicho deber y, en su nombre, han excedido sus mandatos en el momento en que eligen que vida salvar. Dicho punto de vista da una indicación sobre el alcance del debate en los Estados Unidos, incluso dentro de la comunidad de académicos.

La práctica de la tortura se apoya primero en el hecho de que se utiliza *prima facie* para la extracción de informaciones sobre un detenido, que pueden o no ser útiles para los interrogadores con el fin de prevenir futuros ataques terroristas. Dicha perspectiva está ilustrada en lo que vino a ser denominado como las situaciones de *ticking-bomb* (bomba de relojería). El caso del “*ticking-bomb*” es la situación, como hemos dicho, en la cual un terrorista que acaba de ser capturado confiesa que ha puesto una bomba en algún lugar (o por lo menos que conoce su localización), la cual está a punto de explotar y, posiblemente matará a miles de personas. Ante tal situación, ¿se puede torturar tal sujeto? Aunque la práctica de la tortura sea establecida como un delito en varios tratados internacionales, se aborda la cuestión de su uso cuando se trata de casos excepcionales que llevan consecuencias dramáticas, en particular en los casos del *ticking-bomb* que usan la tortura como excepción de emergencia.

La situación de *ticking-bomb* se ha convertido en el argumento estrella de los proponentes del uso de la tortura en un esfuerzo para imponer sus visiones sobre los prohibicionistas de la tortura, por lo menos en esta particular situación, y más adelante, para poder justificar evadir las obligaciones internacionales en torno a la práctica de la tortura.

Tal como fue mencionado de antemano, el carácter excepcional de la situación del *ticking-bomb* ha transformado los factores de la amenaza terrorista; esto es, pasa de ser una amenaza inminente a una certeza de que un ataque se producirá más tarde o más temprano. La urgencia de la situación ya no es el elemento central del debate dado que el gobierno está convencido que habrá otra ataque. En consecuencia, incluso antes de saber cuando el ataque sucederá, los oficiales ya han decidido que el uso de la tortura es la mejor forma de prevenir dicho ataque. De hecho, cuando se capturan sospechosos de terrorismo, las fuerzas armadas ya asumen la culpabilidad del detenido. Por lo tanto, este debate se ha convertido en una

cuestión de cantidad, donde lo más importante, cueste lo que cueste, será el número de vidas inocentes que se pueden salvar.

Otro aspecto primordial de la situación del *ticking-bomb* es que se asume que una sola persona, en este caso el interrogador, se encarga de tomar decisiones sobre la tortura de un detenido en una situación desesperada. Sin embargo, la realidad de estas situaciones es radicalmente diferente, aquí nos enfrentamos a políticas y directivas que hacen de la tortura un instrumento institucionalizado<sup>38</sup>, lo cual significa que el ámbito de aplicación de la tortura va mucho allá dado que implica el entrenamiento de agentes especializados para este tipo de situación, y la aprobación de una serie de técnicas. Es por todo ello que se necesitan determinar límites a estos actos. De forma general, los límites están contenidos tanto en la legislación interna como en las obligaciones internacionales contraídas por el Estado. No obstante, dichas prohibiciones han sido el sujeto de polémica en cuanto a las interpretaciones diversas que se les han dado y la manera particular de redactar las directivas internas con el fin de crear una apariencia legal para el uso de la tortura.<sup>39</sup>

Desde una perspectiva utilizando los principios utilitarista basada en el acto, la ponderación de los intereses en la situación del *ticking-bomb*, es decir las vidas concretas que se salvan, parecen justificar el mal causado por la tortura. Sin embargo, los intereses en juego en la ponderación parecen haber cambiado, de tal forma que la seguridad nacional se ha convertido en el único bien que se deba proteger a coste de las libertades individuales. Este cambio de paradigma deja, desde luego, una puerta abierta para cualquier tipo de escalada en

---

<sup>38</sup> Micheal Ignatieff en *The Torture Wars*, ofrece una comparación entre el caso aquí discutido en los Estados Unidos y la situación enfrentando Argelia a Francia en los años 50, donde la justificación inicial del uso excepcional de la tortura sobre argelinos estaba respaldada por situaciones constantes de *ticking-bomb*, que resultó en legitimar la práctica de la tortura como norma. De hecho, los superiores militares y de las fuerzas de policía franceses eran muy conscientes de tales prácticas y el gobierno francés sabía todo de las acciones de sus agentes en el terreno.

<sup>39</sup> En este contexto, al ratificar el Convención contra la Tortura, Estados Unidos precisa que respetará sus obligaciones dimanantes de la Convención en la medida en que «trato cruel, inhumano y degradante» tiene el mismo significado que las prohibiciones contenidas en las enmiendas 5°, 8° y 14° (Véase Senate Executive Session Report 101-30, *Resolution of Advice and Consent To Ratification of the Convention Against Torture*, 27 de octubre de 1990, Reserva I.2.). De hecho, aparece claro que dicha interpretación es única a los EE.UU dado que las Enmiendas antemencionadas no pueden aplicarse de manera extraterritorial y, en consecuencia deja una puerta abierta para cualquier tipo de trasgresión al Convenio por agentes estadounidenses que actúan en el extranjero. Junto con la inaplicabilidad del CAT fuera de los EE.UU, el Senado solamente accedió a la prohibición de la tortura, sin tomar en cuenta los tratos humillantes, degradantes e inhumanos. En este contexto, se destaca de los informes sobre tratos abusivos de agentes des Estado sobre detenidos en Guantánamo, que aquellos tratos no violaban el Convenio porque están autorizados por el manual 34-52 del Ejército estadounidense de tierra y caben dentro de su doctrina prevista en torno a los estándares de interrogación (en Army Regulation 15-6: Final Report Investigation into FBI Allegations of Detainee Abuse at Guantanamo Bay, Cuba Detention Facility, 1 de abril 2005 [*Fay-Jones Report*], citado en LUBAN D., Liberalism, “Torture and the Ticking-Bomb”, *Virginia Law Association Review*, vol.91, 2005, p1460).

el uso de la tortura, sin que se pueda limitar a quien se le aplica. “¿Qué puede restringir un agente del Estado de torturar a la madre de un sospechoso que se supone que tenga informaciones importantes?”. De hecho, no se controla sino que se extiende a nuevas metas y nuevas personas, tal como fue demostrado con la detención de los hijos<sup>40</sup> de un sospechoso al cual dejaron escoger entre confesar informaciones o arriesgar que se les torturen a sus hijos. Del mismo modo, la escalada de la tortura se fomenta en la depreciación sistemática de la vida humana. Las prácticas atroces usadas en el centro de detención de Guantánamo y en la prisión de Abu Ghraib (Irak), entre otros, son el resultado de la falta de límites, junto con la vaguedad de las directivas por parte de los oficiales militares, dejando así en mano de oficiales con menos experiencia la libertad de proceder a cualquier forma de trato para cumplir con los ordenes de tipo: “asegurarse que tenga una mala noche”<sup>41</sup> por ejemplo. Encima de ordenes confusas, los guardias han sido testigos de tratos particularmente severos de los detenidos por parte, entre otros, de agentes de la CIA<sup>42</sup>, creando una situación confusa para los interrogadores en torno a la licitud de las técnicas de los interrogatorios mientras se les quitaba su humanidad a los detenidos.

El escándalo internacional que siguió a la publicación de fotos de detenidos víctimas de abusos humillantes y severos de militares estadounidenses en la prisión de Abu Ghraib<sup>43</sup>

---

<sup>40</sup> “We also know that when we captured Mohammed, we also took into custody his two elementary school old children—and let him know that we had them » sobre el caso del terrorista de alto rango de Al Qaeda, Khalid Sheikh Mohammed, capturado por los Estados Unidos en 2003, en DERSHOWITZ A., “The Torture Warrant” y en Press Release, « Amnesty International: Alarm at Reports of US Interrogation Techniques », Amnesty International U.S.A., (Mar. 5, 2003),

<sup>41</sup> Relatos en HERSH S.M., *Chain of Command: The Road from 9/11 to Abu Ghraib*, Harper Perennial, 26 de julio de 2005.

<sup>42</sup> En este sentido, las diversas agencias del gobierno estadounidense tienen diferentes técnicas de interrogación, dentro de las cuales, aquellas utilizadas por la CIA fueron particularmente duras. De hecho, el personal de Abu Ghraib fue testigo de un trato extremadamente severo de los detenidos por parte de agentes de la CIA, viendo desaparecer el cadáver de un sujeto de interrogatorio, así como también fueron testigos de abusos por parte de contratistas militares privados (en Luban, *Liberalism, Torture and the Ticking-Bomb*, p1450 y en el *Fay-Jones Report*, mencionado de antemano).

<sup>43</sup> El 19 de octubre de 2004, el Teniente General (LTG) Ricardo S. Sanchez nombró al GD Antonio M. Taguba (Asistente Adjunto del Comandante General) como Investigador Oficial para averiguar la conducta de las operaciones de detención e internamiento en la 800ª Brigada de Policía Militar en la prisión de Abu Ghraib. El LTG Sanchez se refirió a informes recientes de abusos sobre detenidos, de escapadas de instalaciones de confinamiento y falta de transparencia, lo que indica problemas sistemáticos dentro de la brigada y sugieren la falta de estándares claros, de eficiencia y de liderazgo. Desde luego, el GD Taguba se encargó de investigar sobre todo los hechos y circunstancias acerca de las alegaciones recientes de abuso sobre los detenidos en la Instalación Central de Confinamiento de Bagdad, por la cual se concluyó por pruebas incontrovertibles que se produjeron dichos abusos. A pesar de la responsabilidad individual de cada uno de los que perpetraron los actos criminales, el Informe plantea los problemas del clima del mando, de la falta de estructura de la cadena de mando, y del insuficiente entrenamiento de los agentes, que crearon un entorno propicio a la perpetración de los actos delictivos. Todos los abusos están detallados en el *Informe Taguba*, junto con la publicación de las fotos de dichos abusos en varios medios de comunicación (*Informe del General Antonio Taguba sobre Malos tratos a prisioneros iraquíes*, Investigación de la 800ª de la Policía Militar en virtud del Artículo 15-6, 9 de marzo de 2004).

(Irak) alimento incluso más el debate, contra el cual el gobierno estadounidense se defendió, echando la culpa a “a few bad apples”<sup>44</sup>, afirmando que dichos casos de abusos fueron casos aislados de un número limitado de agentes del Estado. No obstante, si se mira hacia atrás al *experimento de la cárcel de Standford*<sup>45</sup> que contiene ejemplos claros de situaciones de abuso de autoridad, las atrocidades en Abu Ghraib hubieran podido ser previsibles. En este contexto, el investigador Philip G. Zimbardo, concede en varios artículos que las cosas terribles que los guardias hicieron a los prisioneros durante el experimento fueron comparables a los horrores infligidos a los detenidos de Abu Ghraib. Así, según el diario de las actividades dentro de la ‘prisión’, los guardias desnudaron a sus presos en varias ocasiones, les encadenaron, les negaron alimentación, les pusieron en confinamiento solitario y les hicieron limpiar los inodoros del baño con sus propias manos. A medida que aumentaba el aburrimiento de su trabajo, empezaron a utilizar a los detenidos como sus juguetes, implementando juegos incluso más humillantes y degradantes. Con tiempo, dichos abusos tomaron un giro sexual, como forzar a los prisioneros a simular la sodomía entre ellos mismos. Tan pronto como el investigador tomó consciencia de tales conductas, decidió detener el experimento y cerrar la ‘prisión’. Según Zimbardo, el comportamiento humano más dependiente de fuerzas situacionales que lo que se quiere admitir. Desde luego, en situaciones que indirectamente dan permiso para suspender los valores morales, muchos de nosotros pueden convertirse en

---

<sup>44</sup> « That’s why it’s such a disservice to everyone else, that a few bad apples can create some large problems for everybody. » Paul Wolfowitz, Deputy Secretary of Defense, *Interview on the Pentagon Channel*, 4 de mayo de 2004. A consultar en <http://www.defense.gov/transcripts/transcript.aspx?transcriptid=2970>.

<sup>45</sup> El Experimento de la Cárcel de Standford (The Standford Prison Experiment) fue iniciado en 1971 por el investigador Philip G. Zimbardo, especialista en la cuestión de la obediencia a la autoridad y comportamientos humanos bajo situaciones de privación de libertad, y consistió en la construcción de una cárcel simulada en la Universidad de Standford. Se seleccionó a 24 estudiantes, divididos en dos grupos, de guardias y de detenidos durante un periodo inicial de dos semanas. Sin embargo, el experimento tuvo que detenerse después de 6 días solamente por lo que hizo la situación de escalada máxima sobre los participantes. De hecho, en menos de una semana, 24 personas absolutamente normales se habían convertido, por una parte, en guardias sádicos, y, por otra, en presos depresivos mostrando señales de estrés severo (ZIMBARDO P.G, “Power turns good soldiers into ‘bad apples’”, *The Boston Globe*, 9 de mayo de 2004), (ZIMBARDO P.G, *The Lucifer Effect, Understanding How Good People Turn To Evil*, Random House, New-York, 2007), (“Shock, Outrage over the prison photos”, CNN, 1 de mayo de 2004), (STANNARD M. B, “Standford Experiment foretold Iraq scandal/ ‘Inmates’ got abused in psychology study”, *San Francisco Chronicles*, 8 de mayo de 2004), (MARTÍN V.G., “El Experimento (Das Experiment)”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 8 de junio de 2006). Para más información sobre las observaciones diarias del experimento, tanto como comentarios adicionales, consultar <http://www.prisonexp.org/espanol/>

En la misma línea de pensamiento, el *experimento de Milgram* da luz sobre cuestiones de obediencia. *El Estudio del Comportamiento de la Obediencia* se llevó a cabo en 1963 por Stanley Milgram, investigando hasta que punto un participante está dispuesto a obedecer los órdenes de una autoridad, incluso cuando entran en conflicto con su conciencia personal. El experimento consiste en un *maestro* que deberá instruir una serie de palabras que repetirá un *alumno*, cada error se acompañará de una descarga eléctrica como forma de reforzar el aprendizaje. En la máquina están 30 llaves que indican el nivel de descarga, de leve (15 voltios) hasta peligro (450 voltios). Los resultados mostraron que el 62,5% de los *maestros* obedeció, llegando hasta los 450 voltios, siguiendo los órdenes de la autoridad (MILGRAM S., “Behavioural Study of Obedience”, *The Journal of Abnormal and Social Psychology*, vol.67, n°.4, Yale University, 1963).



monstruos, capaces de las peores atrocidades. La investigación de Zimbardo puso de relieve aquellas situaciones que proporcionan aspectos negativos de la naturaleza humana. De hecho, propone una tipificación de las condiciones que pueden influir dichas conductas delictivas, tal como: la difusión de responsabilidad, la deshumanización, otros miembros que modelan el comportamiento perjudicial, observadores que no se atreven a intervenir y el establecimiento de relaciones de poder. A la hora de plantear un retrato de las violaciones que han ocurrido en Irak, aparece claro que los factores antemencionados también pueden aplicarse para poder explicar dichas conductas, junto con un hábito de ocultamiento de las actividades, no rendición de cuenta, una cadena de mando invisible, un conflicto entre las demandas de los agentes de la CIA e interrogadores civiles, ninguna norma en cuanto a actos prohibidos, aliento para quebrar la voluntad de los presos y no acción por parte de los que observaron dichos actos para prevenirlos.

Por otro lado, la tortura como mecanismo para recopilar informaciones se ha convertido también en una forma de retribución después de los atentados del 11-S, como “respuesta apropiada” para cualquier acto de terrorismo. Dicha idea está respaldada por la investigación realizada por Kevin Carlsmith y Avani Sood en 2009 sobre la relación entre retribución y búsqueda de información en el uso de técnicas coactivas de interrogación. En este contexto, varios académicos<sup>46</sup> han dado luz sobre el hecho de que el uso de técnicas de interrogación coactivas suele ser asociado con la cuestión de imponer un cierto poder y control sobre los detenidos. De hecho, puede que, para la mayoría, aquellas medidas satisfaga una forma de justicia retributiva dirigida contra personas que les hayan dañado o humillado. Los resultados de su experimento demuestran que el apoyo de los participantes en técnicas de interrogación severas deriva, de hecho, de la idea de justicia retributiva. El alcance de la severidad de los interrogatorios es también elevado cuando se trata de una persona inocente sin ninguna información relevante. Dicha observación se explica por la idea de un mundo justo, en el sentido que es imposible probar que el detenido es completamente inocente y que no esté reteniendo informaciones porque tiene que haber hecho algo para merecer su detención. En el caso de un ataque terrorista, no se sabe exactamente quien es el culpable, de tal forma que para racionalizar los hechos, la gente necesita un culpable, sea quien sea.

---

<sup>46</sup> Para más información, acudir a JANOFF-BULMAN R., “Erroneous assumptions: Popular belief in the effectiveness of torture interrogation. *Peace and Conflict*”, *Journal of Peace Psychology*, vol.13, n.º.4, 2007, p429–435 y PARRY J.T., “‘Just for fun’: Understanding torture and understanding Abu Ghraib”, *Journal of National Security Law & Policy*, vol.1, 2005, pp 253–284.

De este modo, como acabamos de ver, los argumentos morales involucrados en la medidas emprendidas por el gobierno estadounidense se suelen descartar en nombre de la eficacia de las interrogaciones en una búsqueda intensa de información. Sin embargo, existe una fundación fuerte en la prohibición de la tortura, que se funda sobre todo en consideraciones morales que han de ser respetadas, en particular porque pertenecen al orden de normas reconocidas como normas perentorias del Derecho Internacional.

## **2.2 La prohibición moral absoluta de la tortura en el marco internacional**

Dentro del sistema internacional de derechos humanos existe un núcleo de valores morales, las normas de *ius cogens*, que lo cohesiona y permite asegurar que no quede oportunidad para cualquier relativización de la prohibición de la tortura. Las normas de *ius cogens* son aquellas que no se pueden derogar o modificar por la sola voluntad de las partes dado que hacen parte de un conjunto de normas inderogables. De hecho, la prohibición de la tortura hace parte integrante de este núcleo de principios que reflejan valores superiores para la humanidad.<sup>47</sup>

Las normas de *ius cogens* son reglas que no se pueden derogar sino únicamente por una norma posterior que posee el mismo carácter de imperatividad. Las reglas de *ius cogens* no solamente son principios de una doctrina sino que son también consagrados en el Artículo.53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que provee: “Una norma imperativa de Derecho Internacional General es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo se puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. En este sentido, los derechos humanos son una herramienta que funciona sobre una base moral, de hecho ningún órgano de protección de los derechos humanos nunca ha planteado cualquier tipo de flexibilidad de la prohibición de la tortura.

La prohibición internacional se basa, desde luego, en doctrinas de tradición deontológica que dan importancia máxima a los valores universales de *ius cogens*. Dichas doctrinas sólo evalúan el aspecto formal de una situación, y a la hora de ponderar bienes en situación de conflicto, como en los casos del *ticking-bomb*, se deberá devaluar el principio material.

---

<sup>47</sup> MARIÑO MENÉNDEZ F.M., « La prohibición internacional de la tortura », *Pacis Artes. Obra Homenaje al profesor Julio D. González Campos*, tomo I, Madrid, 2005, pp. 401-418

La doctrinas deontológicas dan prioridad absoluta a lo justo, por consecuencia, un acto injusto nunca podrá ser legitimado por el hecho de que sus consecuencias contribuyan al aumento del interés general mientras las teorías consecuencialistas, las cuales derivan de la teoría utilitarista expuesta de antemano, afirman que lo justo es lo correcto, de tal forma que una acción es justa cuando permite maximizar lo que está bien. Además, los miembros de teorías deontológicas argumentan que la tortura se debe prohibir de manera absoluta dado que está en las antípodas de la idea de derechos humanos. Los derechos de los individuos constituyen el límite frente al poder del Estado, el cual no puede violar dichos límites a riesgo de ser considerado como estado totalitario.<sup>48</sup> Además, la tortura no cabe dentro del Estado de Derecho, puesto que no respeta la idea de proporcionalidad de las conductas por parte de un órgano público y, rompe con el proceso emprendido desde la Ilustración de rebajar el uso de la fuerza en las relaciones sociales, y sobre todo en el proceso judicial. En efecto, la tortura como herramienta procesal, capaz de alcanzar la verdad se prohíbo hace más de tres siglos. Los derechos humanos son la condición necesaria para cualquier sistema de cooperación social. De hecho, los derechos fundamentales como límites frente al poder incluyen una prohibición absoluta de someter a las personas a formas de dolor que les quitan su dignidad<sup>49</sup> y su identidad<sup>50</sup>. La lógica tras esta argumentación es que, al violar la integridad física o mental de una persona, se le niega su propia humanidad, privándole de su dignidad humana puesto que en situaciones de *ticking-bomb*, se le reduce a un mero objeto, fuente de información que se le extraen de manera forzada. Así, Immanuel Kant afirma, en el contexto de la visión optimista del hombre que vimos de antemano, que ningún ser humano puede reducido a ser utilizado como instrumento, como medio para fines ulteriores, en este caso la protección de la nación, según la voluntad de terceros. La postura de Immanuel Kant es relevante en el contexto de los límites a los derechos humanos en situaciones del *ticking-bomb* por lo que desde este punto de vista, se debe prohibir la tortura dado que nunca se pueden instrumentar los derechos humanos como medios para alcanzar otra meta ulterior.

---

<sup>48</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ G. y otros, *Curso de Derechos Fundamentales : Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.

<sup>49</sup> Al contrario Luis Greco encuentra un problema en el argumento de la dignidad humana a diferencia de los autores que sostienen que el ataque contra la dignidad humana es un mal que nunca puede ser justificado, bajo ninguna circunstancia. De hecho, Luis Greco rechaza dicho argumento por lo que la tortura atenta a la dignidad humana pero debe autorizarse en casos de *ticking-bomb* porque el candidato a la tortura ha provocado de manera activa la situación de peligro. Desde luego, la regla detrás de la excepción es que la dignidad puede sustraerse por el comportamiento precedente propio. La persona que se comporta mal pierde el respeto de su dignidad humana y el derecho a no ser torturado (GRECO L., “Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respeto de la tortura en los grupos de las ticking time bombs”, *Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, abril del 2007, p11).

<sup>50</sup> LLOBET ANGLÍ M., “¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros?”, p14, citando a IGNATIEFF M., “Si la Tortura Funciona”, *Claves de la Razón Práctica*, n°.162, 2006, p.7

La prohibición de la tortura ha conseguido llegar a ser una norma supralegal, tanto para la doctrina como para diversos órganos e instituciones internacionales que reconocen esta calidad. En este contexto, en el informe preparado por parte de la Relatora Especial sobre el terrorismo y los derechos humanos, Ms. Kalliopi K. Koufa, se acercan las cuestiones de protección de la dignidad en la lucha contra el terrorismo, tal como esta previsto en el Artículo 3 de la DUDH que establece que “*todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*” seguido por el Artículo 5 que afirma que “*nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes*”<sup>51</sup>. Del mismo modo, diversos tribunales internacionales han afirmado dicha calidad lo que la dota de un rango jerárquico superior que impide que pueda ser derogada por tratados o costumbres internacionales. Se afirmó en el caso *Prosecutor v. Anto Furundzija*<sup>52</sup>, presentado frente al Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, que la práctica de la tortura, tal como está definida en el artículo 1 del Convenio Contra la Tortura refleja el Derecho Internacional consuetudinario. A continuación, el Tribunal añade que la parte del Derecho Internacional a la que pertenece el principio general de la ley “no consiste ... en normas específicas formuladas para fines prácticos, sino en proposiciones generales que subrayen a las diversas normas jurídicas que expresan cualidades esenciales de la misma verdad jurídica. Tales principios no son tanto generalizaciones establecidas tras la aplicación del derecho comparado sino conceptos específicos de un consenso internacional de lo que es justo en las circunstancias”, por ello, son una expresión de lo que ha llegado a ser denominado como una moral socialmente realizable (párr .260).<sup>53</sup>

---

<sup>51</sup> En este contexto, se vuelven a llamar la garantías contenidas en los artículos 6(1) y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En torno a este instrumento, el Comité de Derechos Humanos emitió algunos comentarios sobre cuestiones relacionadas con el Pacto en su Observación General No.24, en particular los párrafos 8 y 10, a consultar en <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom24.html> (última visita el 9 de septiembre).

<sup>52</sup> Caso No. IT-95-17/1-A, del 21 de julio de 2000, opinión emitida por el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia desde 1991.

<sup>53</sup> Por otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus fallos ha comentado que varias normas de protección de derechos fundamentales gozan del carácter de *ius cogens*. Entre otros, acudir al *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*, del 18 de agosto de 2000, en el cual se afirma que “ciertos actos que fueron calificados en el pasado como tratos inhumanos o degradantes, no como torturas, podrían ser calificados en el futuro de una manera diferente, es decir, como torturas, dado que a las crecientes exigencias de protección de los derechos y de las libertades fundamentales, debe corresponder una mayor firmeza al enfrentar las infracciones a los valores básicos de las sociedades democráticas” (párr.99). Véase también el caso *Hermanos Gómez Paquiyauri versus Perú*, del 8 de julio de 2004.

### 2.3 La relevancia de la hipótesis de la *ticking-bomb* en situaciones concretas

La tesis de la *ticking-bomb* ciertamente represente una situación ante la cual es difícil negar la práctica de la tortura cuando se trata de salvar la vida de miles de personas, en términos utilitaristas, de tal forma que algunos podrían abogar para su uso. Sin embargo, es cierto que si se considera utilizar la tortura en casos excepcionales, no se sabe donde acaban dichos casos y pueden dar lugar a excesos. De hecho, sólo se puede entender la situación del *ticking-bomb* en términos de agresión ilegítima y de defensa legítima del país. La Carta de las Naciones caracteriza la defensa legítima en su Art.51 como “un derecho inmanente”. Sin embargo, establece una prohibición general la amenaza como el uso de la fuerza o contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado (Art.2, apartado 4). Por otro lado, con referencia al Art.39 de la Carta de las Naciones, el Consejo de Seguridad sólo podrá tomar medidas en tres situaciones: amenaza a la paz, quebramiento de la paz y acto de agresión. De acuerdo con el Art.51: el ataque deberá haber empezado para poder permitir casos de legítima defensa, pero no permite, desde luego, el uso de legítima defensa preventiva. Por ello, se acudió a la situación excepcional del *ticking-bomb* en el día mismo de los ataques contra las Torres Gemelas, creyendo que iba a ocurrir un segundo ataque.

En sus Resoluciones 1368 y 1373 de 2001<sup>54</sup>, el Consejo de Seguridad “se declara dispuesto a tomar todas las medidas necesarias para responder a los ataques terroristas del 11

---

<sup>54</sup> Para más información sobre la lectura de las Resoluciones en detalle, acudir al texto original Consejo de Seguridad, S/Res/1368, sobre las amenazas a la paz y la seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo del 12 de septiembre de 2001 y S/Res/1373, sobre las amenazas a la paz y la seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo, del 28 de septiembre de 2001. Tal como están redactadas haciendo referencia a la amenaza a la paz y a la seguridad internacional, ambas resoluciones permiten la aplicación del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, lo cual permite al Consejo de Seguridad actuar bajo dicho Capítulo. Junto con las Resoluciones antes mencionadas, el Consejo de Seguridad planteó el problema del terrorismo internacional en varias Resoluciones, entre otras las 1269 y 1377. En la doctrina, además de las Resoluciones antes mencionadas del Consejo de Seguridad, se habla de otros instrumentos de las Naciones Unidas consideradas fundamentales para la lucha contra el terrorismo. En este contexto, el Artículo 7 de la Carta de las Naciones Unidas prevé el establecimiento de 6 órganos dentro del sistema de las Naciones Unidas que se encargan del fenómeno de terrorismo, cada uno de modo distinto. En efecto, la Asamblea General con resoluciones y la adopción de Convenios, el Consejo de Seguridad con resoluciones y la creación del Comité Contra el Terrorismo, el Consejo Económico y Social (ECOSOC por sus siglas en inglés) vinculando temas de derechos humanos y de terrorismo, tras el trabajo del Relator Especial, el Consejo de Administración Fiduciaria, encargado de diferenciar el estatuto de los Combatientes por la Libertad y de los terroristas, la Corte Internacional de Justicia con los fallos de los casos de la crisis de rehenes en Teherán y el caso de Lockerbie y, el Secretario General a través de iniciativas y declaraciones. Dentro de estos, el Consejo de Seguridad es el único órgano vinculante. Para más información, acudir a las diversas Resoluciones de la Asamblea General: Res.44/29, Res.49/60, Declaración sobre las medidas para la eliminación del terrorismo internacional en 1994, Res. 51/210, Declaración para complementar la declaración sobre las medidas para la eliminación del terrorismo internacional en 1996, Res.56/1, Res. 56/88, Informe del Comité Ad Hoc de Febrero 2002.

Por otra parte, el Consejo Económico y Social plantea las cuestiones de terrorismo en el marco de los derechos humanos, especialmente en su Resolución 1996/20 de agosto 1996 denominado “Derechos Humanos y Terrorismo” en cuyo encargo el Relator Especial, Ms. Kalliopi K. Koufa de preparar un informe sobre estas cuestiones, tal como fue mencionado de antemano en la página 1 de este trabajo. Por último, la doctrina de las

de septiembre y prevenir la comisión de actos de terrorismo”. Por otro lado, frente a la intervención militar inminente de los Estados Unidos, el Consejo de Seguridad decide apoyar políticamente indirectamente e directamente a través de la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad reafirma el derecho inherente individual o colectivo a la a la defensa propia (tal como fue sostenido en la previa Resolución 1368) y que establece una serie de obligaciones de cooperación entre Estados para combatir actos de terrorismo por lo que sitúa la intervención estadounidense dentro de la legítima defensa. Tras estas dos resoluciones, bastante cercanas en cuanto a su promulgación, se demuestra la voluntad del Consejo de Seguridad de apoyar la intervención de los Estados Unidos, tomando “todas las medidas necesarias”, aunque solamente menciona esfuerzos de cooperación entre los Estados y , ninguna de carácter armado. Desde luego, con el apoyo del Consejo de Seguridad, los Estados Unidos, junto con una coalición de países, empezaron a proceder a intervenciones militares en Afganistán, capturando a sospechosos de terrorismo.

En 2003, los Estados Unidos, junto con el Reino Unido y España presentaron un proyecto de Resolución autorizando el uso de la fuerza contra Irak, sosteniendo que Irak poseía Armas de Destrucción Masiva, alimentando la hipótesis de un nuevo ataque terrorista, siguiendo así el esquema de la *ticking-bomb* dado que no se sabe cuando se atacará pero el gobierno está seguro que pasará. Sin embargo, el Consejo de Seguridad rechazó la propuesta, lo que no detuvo una coalición, dirigida por los Estados Unidos de intervenir en Irak, una flagrante violación de la Carta de las Naciones Unidas.

En este contexto, la práctica de la tortura por parte de países democráticos que garantizan el respeto de los derechos humanos ha sido cada vez más denunciada a través de políticas represivas adoptadas sobre todo cuando la seguridad nacional está en peligro. Desde luego, es necesario que dichas políticas sean controladas estrictamente, para que no se considere como una práctica incontrolable, digna de regímenes totalitarios y despóticos. Desde 2001, varios Estados democráticos han cruzado en secreto las líneas del Derecho nacional e internacional. Cuando fueron descubiertos, dichos gobiernos han intentado legitimar sus decisiones, incluso cambiar la ley, dando una interpretación nueva a la lógica

---

Naciones Unidas en torno al fenómeno global de terrorismo se enmarcó en el trabajo de la Corte Internacional de Justicia a través del caso de rehenes en la embajada estadounidense en Irán en 1980 (*United States of America v. Iran*, el 29 de noviembre de 1979, caso relativo al personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán) y en el caso Lockerbie (*Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America*, el 3 de marzo de 1992, sobre cuestiones en torno a la interpretación y aplicación del Convenio de Montreal de 1971 tras resultando del incidente aéreo en Lockerbie).

utilitarista para distorsionar la ley con el fin de crear una apariencia de legalidad para sus acciones, claramente contrarias a la prohibición ampliamente aceptada de la tortura.<sup>55</sup> Dichos “estados democráticos” son claramente una analogía para designar, sobre todo al gobierno de Estados Unidos durante la presidencia de George W. Bush, dentro de la cual se produjo un giro<sup>56</sup> después del 11-S en el Derecho estatal de los EE.UU, particularmente en torno a la independencia del poder ejecutivo que ya no es vinculado por la legislación ordinaria, ni siquiera por la Constitución e, incluso menos, por los tratados internacionales, tal como lo dice un miembro del equipo de Asesoría Legal de la Casa Blanca que permitió otorgar máxima prioridad a la función de comandante supremo<sup>57</sup> (*commander-in-chief*) del Presidente: “*I’m the decider and I decide what’s best*”, afirma George W. Bush durante un discurso en la Ceremonia del Rose Garden el 18 de abril 2006.<sup>58</sup>

El derecho tiene una nueva dirección cuyo enfoque en la fuerza y la violencia nace del estado de emergencia que deriva de la situación hipotética del *ticking-bomb*, en el cual algunos bienes jurídicos tienen prioridad, y en el cual el presidente es el protagonista.<sup>59</sup> Por ello, puede determinar quién es combatiente enemigo ilegal o quién puede gozar del derecho de *habeas corpus*. El resquicio de la nueva categoría de combatiente es que no cabe dentro de ninguna ley, quitándole, desde luego, cualquier garantía bajo el Derecho Internacional Humanitario. Este nuevo estatuto llevó consecuencias dramáticas en torno a las condiciones de detención de los capturados, resultando en encarcelamientos en prisiones secretas por una plazo indeterminado, sin ninguna garantía o control judicial.

Junto con las declaraciones del ex vicepresidente Dick Cheney en las cuales alega que el gobierno estadounidense “necesita” trabajar con un lado oscuro cuando se trata de prevenir actos de terrorismo, de tal forma que bajo ciertas condiciones, el uso de la tortura pueda beneficiar de la defensa de la necesidad, el ex presidente George W. Bush en el memorandum del 7 de febrero del 2002<sup>60</sup>, defendió que el trato de los detenidos sería humano *siempre y cuando, esto fuera coherente con las necesidades y requerimientos militares* del gobierno, por

---

<sup>55</sup> CASTESANA C., “La tortura como mal mayor”, *El Viejo Topo*, n°.289, febrero 2012, p 22.

<sup>56</sup> LA TORRE M., “La teoría del Derecho de la tortura”, *Derechos y Libertades*, n°.17, Época II, junio 2007, p73.

<sup>57</sup> Memorandum for William J. Haynes II, General Counsel of the Department of Justice, from Jay S. Bybee, Assistant Attorney General and John C. Yoo, Deputy Assistant Attorney General, *RE: Military Interrogation of Alien Unlawful Combatants Held Outside the United States*, March 14, 2003

<sup>58</sup> Acudir a *Bush, ‘I’m the decider’ on Rumsfeld*, CNN, 19 de abril de 2006, en <http://edition.cnn.com/2006/POLITICS/04/18/rumsfeld/> (última visita el 9 de septiembre de 2014)

<sup>59</sup> *Op.cit.*, LA TORRE M., “La teoría del Derecho de la tortura”, p.74

<sup>60</sup> Memorandum from George W.Bush, February 7, 2002, p 2

un lado, y que fuera coherente, por otro lado, con los principios consagrados en los Convenios de Ginebra. Detrás de estas declaraciones está presente la idea de necesidad, enfatizada en la política estadounidense en su guerra contra el terrorismo, como único medio para prevenir futuros atentados, creando así un estado de necesidad<sup>61</sup> que pueda justificar las medidas emprendidas, aunque la defensa de la necesidad, tal como es usada por los EE.UU nunca ha sido una defensa aceptable en el Derecho Penal. De hecho, el Código Penal de los Estados Unidos solamente prevé que la defensa de necesidad se usará en caso de emergencia para evitar un daño inminente (Sec. 9.22. C.P de los Estados Unidos), excluyendo las situación del uso preventivo de la fuerza militar iniciada por parte de los EE.UU como excepción a la prohibición contra agresiones.

Siguiendo la definición prevista por la Comisión de Derecho Internacional<sup>62</sup>, en el Art.25 de la Resolución 56/83 aprobada por la Asamblea General el 28 de enero de 2002 sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, el Estado de necesidad hace referencia a situaciones excepcionales en que la única forma que tiene el Estado para salvaguardar un interés esencial amenazado por un peligro grave e inminente, es, de momento, no cumplir otra obligación internacional de menor importancia, permitiendo así el uso de prácticas ilícitas, tal como la tortura. De hecho, la situación de excepción que aquí vemos en la que Estados Unidos no depende de la inminencia del ataque, sino que partirá del cálculo entre el daño causado por el uso de la tortura y la amenaza del daño en caso de ataque terrorista, primando este último.

---

<sup>61</sup> Los ataques del 11-S claramente violaron tanto el derecho de los Estados Unidos a su integridad territorial, como el derecho a la vida de todas las víctimas en las Torres Gemelas, el Pentágono y, el vuelo 93 de United Airlines en Pensilvania. La respuesta estadounidense a este acto de agresión tomo la forma de una nueva política centrándose en los miembros de Al Qaeda y en el gobierno Talibán de Afganistán (que permitió a Al Qaeda entrenar, planear y coordinar los ataques del 11-S) la cual se articulo en una guerra de defensa propia contra un agresor y en el establecimiento de un estado de excepción. Para aclarar estos conceptos y los conceptos asociados del estado de excepción y de defensa propia, acudir al Capitulo IV de este trabajo.

<sup>62</sup> La Comisión de Derecho Internacional es un órgano establecido por la Asamblea General a través de la Resolución 174 del 21 de noviembre de 1947, en un esfuerzo para el desarrollo progresivo del derecho internacional y de su codificación. Junto con dicha tarea de codificación, la Comisión también ayuda a la redacción de borradores para convenios internacionales. Los esfuerzos de la Comisión han resultado en la creación de varios tratados internacionales, que se han convertido en elementos centrales para el funcionamiento de la comunidad internacional; entre otros el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares y los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos *Internacionalmente Ilícitos*.

En relación con el estado de necesidad mencionado, la Comisión de Derecho Internacional (ILC, por sus siglas en inglés) prevé en su art.25 que: “1. Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté de conformidad con una obligación internacional de ese Estado a menos que ese hecho: a) Sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y b) No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto” (Asamblea General de las Naciones Unidas, Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, A/RES/56/83, 28 de enero de 2002).



Además, las torturas no sólo se produjeron a manos de los militares, sino también por la CIA y los contratistas civiles del Departamento de Defensa. Comenzó como un programa dirigido hacia una categoría específica de personas, las personas contra las que había órdenes de detención extranjera, pero se extendió a una categoría más amplia, mal definida como "combatiente enemigo ilegal", que comenzó con la orden presidencial de 17 de septiembre 2001 que ordenó a la CIA participar en interrogatorios para los cuales no estaba preparado. Debido a que la CIA no puede manejar cualquier instalación de prisión, tuvo que apoyarse en una red de países aliados para proporcionar la ubicación donde podría detener e interrogar a sospechosos. Junto con las ordenes imprecisas que se mandaron a los agentes en el terreno, rumores sobre "ghost detainees" empezaron a circular; es decir, los cautivos de alto valor detenidos para interrogación durante años en instituciones secretas, como aquella denominada "Hotel California"<sup>63</sup> en alguna parte del mundo, de la cual no se sabe su localización. Aunque la ubicación de esos "black sites" nunca ha sido revelada, su existencia en al menos ocho países, entre otros de la Unión Europea<sup>64</sup>, se ha destapada.<sup>65</sup>

Los proponentes de la tortura, argumentan que la postura<sup>66</sup> de prohibición absoluta de la tortura podría aplicarse en un mundo ideal donde la moral es la autoridad máxima; sin embargo, dichas metas morales son simplemente irrealistas. De hecho, intentan imponer sus visiones sobre los absolutistas, argumentando que la muerte de inocentes es inaceptable y, sobre todo, se puede evitar si se usa la tortura sobre los sospechosos, aunque solamente en casos particulares. Por ello, fuerza el absolutista a rendirse su postura estricta, cambiando los datos del debate, pasando de una oposición entre los que están a favor de la tortura y los que rechazan su uso, a un debate sobre el ámbito de aplicación. ¿Cuales son los límites? Qué es un escenario apropiado para la práctica de la tortura? Una vez que se abandona un absoluto, en este caso la tortura de terroristas, ¿ que nos impide abandonar otras posturas categóricas, tal como la tortura de los hijos del terrorista? Los proponentes del uso de la tortura deben

---

<sup>63</sup> HARNDEN T., "Welcome to the CIA's Hotel California", *Daily Telegraph*, 4 de marzo 2003

<sup>64</sup> El caso *Husayn (Abu Zubaydah) v. Poland* (Application no. [7511/13](#)) ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del 24 de julio de 2014 ha confirmado la existencia de una prisión secreta en el territorio de Polonia y la práctica de la tortura en dicho centro.

<sup>65</sup> BASSIOUNI M.C., *The Institutionalization of Torture by the Bush Administration. Is Anyone Responsible ?*, p. 147. Por otra parte, se asume que la CIA uso los servicios de contratantes privados para el mantenimiento de estos *black sites* y, desde luego, plantea el problema de la responsabilidad civil y criminal de estos contratantes privados.

<sup>66</sup> Véase, por ejemplo, IGNATIEFF M., *The Lesser Evil: Political Ethics in an Age of Terror*, Princeton University Press, 2004 en el cual declara que incluso los más comprensivos con los problemas de derechos humanos reconocen las dificultades prácticas de su aplicación. Thomas Nagel, quien argumenta apasionadamente por los límites en conflictos armados clasificables como obligaciones de derechos humanos, hace un comentario similar en "Guerra y Massacre", capítulo de *Mortal Questions*, (Cambridge University Press) 1979.

aceptar la inconsistencia moral que acompaña el debate sobre la aceptación de la tortura y su alcance. Por otro lado, es cierto que, aunque se suele presentar como un problema con dos soluciones únicamente, existen otras herramientas para combatir el terrorismo, tal como lo hemos visto de antemano con las iniciativas variadas de los órganos de las Naciones Unidas. La tortura se considera como último medio en el combate contra el terrorismo, sin embargo, las autoridades españolas, después de los ataques terroristas del 14 de marzo de 2004, no se decidieron a emprender cualquier forma de construcción legal llevando a la práctica de la tortura sobre los sospechosos de terrorismo<sup>67</sup>.

De ahí, la propuesta del Profesor Alan Dershowitz surge como modo posible de control de abusos, que propone la legalización de la práctica de la tortura mediante una orden de tortura (*torture warrant*) emitida por los jueces. Lo que sin duda se presenta como una medida extrema se basa en el hecho de que si los EE.UU siguen utilizando la tortura como táctica de guerra de manera sistemática, se debe convertir en un proceso legal que pueda hacer responsables a los que ejercen dichas prácticas. El Profesor Dershowitz llama a la rendición de cuentas y a la transparencia en las actividades de interrogadores. Puesto que él afirma que surgirá una situación de *ticking-bomb* y que las autoridades no dudan en practicar la tortura, ya que parece que queda como única opción, debe ser regulada. En lugar de dejar que la tortura ocurra en un lado oscuro fuera de las leyes, ¿por qué no aceptar que en casos particulares, regular y exigir el cumplimiento de la ley, con el fin de obtener algún tipo de control sobre él? Quizás la idea subyacente es que la legalización de la tortura es mala pero su práctica ilegal es peor. El argumento contrario, del cual Dershowitz es muy consciente, es que tanto la tortura legal como su uso ilegal se aplicarán y su uso, tal como se observa en el caso de Abu Ghraib, se amplía a otras nuevas metas y situaciones, haciéndolo incontrolable. Dicha solución podría aplicarse en un mundo ideal, no obstante la realidad es otra, especialmente cuando sale a la luz que uno de los arquitectos del memorandum extremadamente permisivo en cuanto a la tortura, Jay S. Bybee, ahora sirve como juez federal.

---

<sup>67</sup> Lo cual, por lo tanto, no significa que no participaron en la organización construida por los EE.UU del trato de los sospechosos de terrorismo. De hecho, algunos documentos clasificados emitidos por la medios de comunicación revelan que algunos oficiales de alto rango españoles hicieron parte del sistema establecido por los Estados Unidos por lo que España (durante la administración de Jose Maria Aznar autorizaron los Estados Unidos a utilizar bases militares españolas para los vuelos secretos de la CIA, trasladando prisioneros de Afganistán a Cuba (vease el artículo de ABEND L., “Spain’s Secret Role in the War on Terror”, *TIME*, el 2 de diciembre de 2008).

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROHIBICION DE LA TORTURA POR EL DERECHO INTERNACIONAL**

El Capítulo anterior trataba de estudiar el fundamento jurídico de la práctica de la tortura, en particular la interpretación dada a la perspectiva utilitarista de la moral de Jeremy Bentham, utilizada como fundamento para el uso de la tortura. La propuesta de Bentham no es una apología de la violencia en sí-misma por lo que solamente prevé el placer del mayor número de personas. En el caso de los Estados Unidos en el marco de la guerra contra el terrorismo, el contenido de dicha línea de pensamiento ha sido desviado y utilizado como una regla de excepción. Esto significa que para los abogados del Departamento de Defensa y de la Oficina de Asesoría Legal de la Casa Blanca, el posible número de vidas salvadas podría excusar actos contrario a la moral, y a la ley. Este punto de vista ha sido reforzado con el auge de la teoría de la situación de *ticking-bomb* en la cual se considera torturar a un sospechoso de terrorismo que conozca la localización de una bomba a punto de estallar. Este caso excepcional se ha convertido en el argumento más convincente de los proponentes de la tortura. Sin embargo, en los últimos años, hemos descubierto, a través de varias publicaciones, que dicha excepción había sido utilizada para tortura con el fin de extraer informaciones de inteligencia a sospechosos de terrorismo, sin ningún certidumbre que existía un riesgo de atentado. Dichas extrapolaciones de casos excepcionales han tenido tanto éxito que se han convertido en la regla común para justificar la lucha contra el terrorismo, tal como se ejerce en los Estados Unidos.

En el presente capítulo, intentaremos estudiar las normas aplicables a la situación de los Estados Unidos y sus medidas de contra-insurgencia. El primer paso para poder entender las normas de prohibición de la tortura en la comunidad internacional es acercarse a la definición de tortura, que ha evolucionado a lo largo de los años, para finalmente llegar a un compromiso aceptado por todos los países. En la actualidad, la tortura se ha convertido en una expresión ordinaria, donde la gente está de acuerdo sobre su definición, aunque su contenido nunca se precisa dado que se da por hecho. En efecto, es cierto que su definición ha sido sujeto de cambio constante a través de los siglos, lo cual se relaciona estrechamente con la evolución de su practica, desde el tiempo cuando hacía parte integrante de la vida, como herramienta del proceso legal, hasta su prohibición absoluta, a pesar de la cual, sigue ocurriendo en todo tipo de sociedades, sean democráticas o no. Por otra parte, los cambios en torno a su definición emanan también de la existencia de varias propuestas por parte de órganos internacionales que no consiguen llegar a un consenso sobre una definición

suficientemente precisa para impedir cualquier tipo de interpretación que podría resultar en la violación de la prohibición de la tortura u otros tratos crueles, humillantes o degradantes. De hecho, hemos sido testigos de varios casos de violación de las garantías contenidas en los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos en lo que concierne la tortura por parte de países que se permiten añadir matices a lo establecido.

Con la vuelta del tema de la tortura dentro de nuestras sociedades modernas, desde las noticias, hasta las numerosas polémicas en las altas esferas de la comunidad internacional, pasando por programas de televisión populares<sup>68</sup>, dicho concepto se ha convertido en un tema ordinario, incluso entró en expresiones usuales (los padres “torturan” a sus hijos cuando les castigan) a pesar del reconocimiento de su carácter inhumano. Aunque el concepto se defina raramente en detalle, ha sido aceptado, tras la ratificación del Convenio Contra la Tortura, que en el sentido del artículo 1, se entenderá como tortura :

“todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia.”

Las sociedades, mediante los sistemas legales, han asociado una variedad de definiciones al concepto de tortura en diferentes momentos de la historia. La diferencia entre todas las definiciones viene también de la visión de la tortura: ha sido considerado a veces una herramienta válida, parte del proceso penal y en otros tiempos, se vuelve en una práctica extremadamente amoral, que se debe prohibir.<sup>69</sup> La tortura en la época medieval se caracteriza por la centralidad de la “ciudadanía” en la protección contra la tortura dado que los “ciudadanos” tenían, en cierto modo, un poder de inmunidad gracias al cual no se les torturaba, o en pocas circunstancias, por ejemplo cuando se trataban de criminales recurrentes

---

<sup>68</sup> Se criticó ampliamente programas estadounidenses como *24* y *Homeland* por su apología de la tortura, convirtiéndola en un instrumento ordinaria de cualquier conflicto armado, sea internacional o no.

<sup>69</sup> EINOLF C.J., “Fall and Rise of Torture: a Comparative and Historical Analysis”, *Sociological Theory*, vol.25, n°2, June 2007.

de los cuales no se dudaba su culpabilidad.<sup>70</sup> Mientras tanto, la práctica de la tortura sobre extranjeros y prisioneros de guerra era bastante común. En 1764, el filósofo Cesare Beccaria explora por primera vez la inhumanidad del sistema penal del Antiguo Régimen. En su libro *De los Delitos y de las Penas*, Beccaria, influido por el pensamiento ilustrado, propone una crítica del sistema judicial, en particular de la proporcionalidad de las penas aplicadas en relación con ciertos delitos, lo cual está discutido en particular en el Capítulo VI de su libro. De hecho, Beccaria empieza por primera vez el debate sobre la práctica de la tortura y la pena de muerte como instrumentos legítimos del sistema judicial. Por lo tanto, tiene repercusiones fuertes en la comunidad de los filósofos de la Ilustración, en particular sobre Voltaire que publicará comentarios<sup>71</sup> sobre el libro de Beccaria, especialmente importante si se considera la época en la cual sucede, con el caso, entre otros del caballero de la Barre y a los principios de la Revolución Francesa. Se han investigado de manera intensiva los casos de tortura a lo largo del siglo XX por parte de varias ONGs (Amnistía Internacional y Human Rights Watch entre otros) y por la iniciativa de gobiernos, demostrando así la prevalencia del uso de la tortura por los menos en 132 países. En efecto, el uso de la tortura creció proporcionalmente al apogeo de los Estados fascistas y comunistas y las dos guerras mundiales (junto con el proceso de descolonización). Dichos tipos de gobiernos, de hecho, utilizaban la tortura principalmente contra oponentes políticos, prisioneros de guerra y miembros de grupos minoritarios.<sup>72</sup> A pesar de que la mayoría de las sociedades no usan la tortura de forma generalizada sobre sus propios ciudadanos, se han observado numerosos casos de abuso cuando se tratan de sospechosos de terrorismo, prisioneros de guerra y cuando la nación está en situación de peligro.

La comunidad internacional buscaba un mundo sin tortura, especialmente después los horrores de la Segunda Guerra Mundial, y para cumplir con este objetivo, ha desarrollado normas internacionales y regionales, junto con tratados especializados en la materia. La Convención contra la Tortura, que a su vez permitió crear el Comité Contra la Tortura (ar.17 y 18), órgano de vigilancia de la Convención que trata de prevenir, investigar y castigar casos

---

<sup>70</sup> BECCARIA C., *Des délits et des peines* (1764), traducido del italiano por Etienne Chaillou de Lisy, J.Fr.Bastien, Paris, 1773.

<sup>71</sup> VOLTAIRE, « Commentaire sur le livre des délits et des peines : par un avocat de province », CECOPOP, Nantes, 1994.

<sup>72</sup> Véase más en detalle el caso de Francia en Argelia durante la guerra de Argelia luchando para su independencia (desde 1954 a 1962, se denuncia abundantemente los casos de tortura por parte de agentes franceses), el caso de *Irlanda vs. Reino Unido* (TEDH, Caso No.5310/71, el 18 de enero de 1978) Israel usando la tortura sobre detenidos Palestinos (*Comité Público contra la Tortura en Israel c. el Estado de Israel*, HCJ 5100/94, 6 de septiembre de 1999) y el caso que nos interesa aquí en cuanto a los abusos perpetrados por agentes estadounidenses sobre prisioneros Iraquí y otros prisioneros en su *guerra contra el terror*.

de abuso (los artículos 19, 20, 21 y 22 detallan las funciones del Comité). Esta promesa se acompaña de una fase de humanización del Derecho Internacional general que dio luz al establecimiento del Derecho Internacional Humanitario (DIH, de aquí a adelante). La razón de ser del DIH es la protección de la dignidad humana imponiendo unos estándares mínimos de humanidad en situaciones de conflicto armado. De manera más notable, los cuatro Convenios de Ginebra adoptados en 1949, que han llegado a ser aceptados universalmente, establecen la prohibición de la tortura en casos de conflictos armados volviéndose en la piedra angular del Derecho Internacional Humanitario.

El hecho de que la Convención Contra la Tortura haya sido aceptada por parte de la mayoría de los países (exactamente 155), le confiere un carácter consuetudinario a su contenido. Teniendo en cuenta su autoridad particular en la materia, hemos decidido enfocarnos en la definición de la tortura tal como enunciada en el primer artículo que vimos antes.

A continuación de la evolución del concepto de tortura que acabamos de ver y su estado actual, como representación del aspecto más cruel de la naturaleza humana, es necesario exponer el sistema legal internacional que prohíbe absolutamente su práctica. A tal efecto, empezaremos con los varios aspectos contenidos en la Convención Contra la Tortura que es, tal como lo hemos mencionado, el instrumento de protección de los derechos humanos más elaborado y especializado en materia de tortura. Nos centraremos luego en el trabajo del Comité Contra la Tortura, órgano de supervisión creado por la Convención cuya misión es asegurarse de la aplicación correcta de la Convención en los países lo han ratificado. A tal efecto, el Comité emite frecuentemente informes periódicos que incluyen recomendaciones a la atención de los Estados Partes y, desde luego, intentaremos recoger los puntos principales notificados a los Estados Unidos para llegar al respeto completo de las obligaciones contraídas. Junto con éste sistema convencional de protección, existe el sistema extraconvencional de protección de los derechos humanos, basado, en particular, en el trabajo de los Relatores Especiales. En el marco de este trabajo, podemos recalcar el trabajo del Relator Especial sobre la tortura y otros crueles, inhumanos y degradantes y las iniciativas de Grupos de Trabajo de las Naciones Unidas, que reúnen el peritaje de varios Relatores Especiales expertos en diferentes aspectos de la cuestión de la tortura. Estudiaremos las conclusiones de los informes sobre la situación de los detenidos que se encuentran bajo el control de los Estados Unidos.

## **1. Las normas de Derecho Internacional aplicable a la situación de los Estados Unidos y sus medidas de contraterrorismo**

La Convención Contra la Tortura permite proteger a las personas de manera más especializada contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes. Dicha Convención se acompaña de un Protocolo Adicional, ratificado por setenta y tres Estados, adoptado en 2002 que entró en vigor en junio 2006 cuya función principal es la creación del Subcomité Contra la Tortura, tal como está previsto en su artículo 2, apartado 1. El Protocolo Adicional se redactó por lo que es cierto que se requieren medidas adicionales en la lucha contra las prácticas de tortura y otros malos tratos. El Subcomité se creó en adición a los artículos 2 y 16 de la Convención que prevén que los Estados deben implementar medidas efectivas para la prevención de la tortura.

El Subcomité se ocupa particularmente de la situación de las personas privadas de libertad y, a tal efecto, tiene acceso sin restricciones a todos los lugares y centros de detención de los Estados Parte donde se encuentran personas privadas de su libertad por orden de una autoridad pública o a instigación suya o con su consentimiento. La misión del Subcomité se distingue del trabajo del Comité por lo que, con arreglo al artículo 3 del Protocolo, los Estados Parte deben crear mecanismos nacionales de prevención, órganos independientes que examinan las condiciones de detención de las personas internadas, que serán visitados por el Subcomité, asegurando su buen funcionamiento. Debido a que los Estados Unidos no han ratificado el Protocolo Adicional, no nos centraremos en su análisis; sino que solo lo mencionamos aquí por su importancia en la materia y por lo que ha sido adoptado por 73 países, confesándolo así una importancia notable en el ámbito del Derecho Internacional.<sup>73</sup>

### **1.1. El sistema convencional de protección : la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes**

El instrumento de mayor importancia a la hora de hablar de la tortura es ciertamente la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes adoptada por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1984, aunque haya otros convenios que tratan de la materia. Dicha Convención reafirma los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, el artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, tanto como el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

---

<sup>73</sup> Consultar el texto del Protocolo Adicional para más información sobre el mandato del Subcomité, y en particular los art.17 y siguientes sobre el funcionamiento de los mecanismos nacionales de prevención.

La Convención es el primer instrumento de ámbito internacional que da una definición exacta de la tortura. De hecho, se recogen tres elementos centrales que sirven para entender lo que se considera como tortura. En cuanto al elemento material, los dolores tanto físicos como mentales deben ser graves para poder considerarse como tortura. La tortura en sí-mismo constituye una forma agravada de y deliberada de un trato cruel, inhumano y degradante. La formulación utilizada en la Convención parece dejar una parte oscura en relación con el grado de dolor que permite distinguir tortura y otros tratos también prohibidos. En este contexto, cabe decir que la Comisión Europea de los Derechos Humanos considera que la combinación de cinco técnicas de interrogatorio (en particular, la posición de pie contra la pared durante horas enseguida, encapuchar, someter los detenidos a ruidos, privación de alimentación y bebida) constituyen tortura. La distinción entre la tortura y otros malos tratos se basa en el objetivo y la severidad del trato. Además, se trata de un acto intencional o deliberado, no es resulta de una conducta imprudente o negligente. El elemento subjetivo del tratado de la ONU requiere que se persigan finalidades determinadas y con este fin, establece una lista amplia de situaciones, no solamente en casos de sufrimientos causados bajo presiones para que confiese o obtener información, como medio de castigo para un hecho ya cometido o que se sospecha que va ocurrir, también se prohíbe cuando se usa como medio de intimidación o en base a cualquier tipo de discriminación. En efecto, solamente se considera como acto de tortura una conducta que cumpla con unos de estos fines.

Finalmente, en cuanto a la identidad del sujeto activo, la Convención establece que el acto es ilícito cuando se aplica tanto por un funcionario público como por un particular a instigación suya o en ejercicio de sus funciones públicas. No obstante, junto con la prohibición absoluta de actos de tortura, se acepta una excepción a su aplicación cuando los dolores son consecuencias de las medidas de sanción o privación de libertad impuestas legítimamente sobre una persona.

Mientras el artículo 1 de la Convención se enfoca en los actos de tortura, se definen también otros malos tratos de menor gravedad con carácter cruel, inhumano y degradante en el *artículo 16* de la misma, por lo que

“todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona”.



Finalmente, la Convención insiste en que “en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura” (Art.2). A parte de los informes y las recomendaciones contenidas, el Comité Contra la Tortura también tiene un rol importante en relación con la comprensión del concepto de tortura, por su interpretación privilegiada de la Convención. En este contexto, los Comentarios General son particularmente útiles. En el contexto de contraterrorismo, la adopción del Comentario General N°2<sup>74</sup> por el Comité Contra la Tortura ha llevado claridad al entendimiento del artículo 2 de la Convención y a las expectativas sobre las medidas que se deben implementar por los Estados Parte, para impedir los actos de tortura. En este contexto, el Comentario General N°2 recuerda que dicha provisión de la Convención es aquella en particular que articula la prohibición absoluta de la tortura, la cual refuerza el carácter imperativo (de *jus cogens*) contra la tortura. El Comité recuerda dicho carácter inviolable, especialmente a la luz de alegaciones preocupantes en relación con los esfuerzos continuos de varios Estados para justificar el uso de la tortura y otros malos tratos como medida para proteger la seguridad pública.

### **1.1.a La Convención Contra la Tortura y el Comité Contra la Tortura: autoridad máxima en materia de tortura**

En el ámbito de las Naciones Unidas nueve temáticas relacionadas con los derechos humanos han sido consideradas de entidad suficiente como para dar luz a nueve respectivas convenciones que protejan o amparen situaciones de violaciones de derechos humanos o colectivos particularmente vulnerables. En este contexto, se creó en el año 1984 la Convención Contra la Tortura que en su artículo 17 prevé la creación de un comité con las funciones de vigilar el cumplimiento de la convención e implementar sus disposiciones por parte de los Estados Partes. La autoridad del Comité en este contexto se funda en las provisiones de la Convención, en particular en su segundo artículo que pide a los Estados que tomarán todas las medidas posibles para impedir el uso de la tortura. En torno dichas medidas son evaluadas por el Comité Contra la Tortura que comunica sus recomendaciones a los Estados Partes.

---

<sup>74</sup> Comité Contra la Tortura, *Observación General n°2 : Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes*, CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008.

La razón de ser del Comité Contra la Tortura es vigilar el cumplimiento e implementación de la Convención, bajo la ratificación del Convenio, los Estados Partes también reconocen la autoridad del Comité para investigar y examinar su cumplimiento con la Convención. Hasta la fecha 155 países han ratificado la Convención, dentro de los cuales ... reconocen la autoridad del Comité en virtud del artículo 22. Con la finalidad de asegurar la implementación de sus respectivos tratados, los órganos de tratados desarrollan diferentes funciones previstas en las Convenciones de derechos humanos que los establecen. Así, el artículo 17 del Convenio Contra la Tortura creó el Comité Contra la Tortura, otorgándole amplias facultades de investigación y examen que garantizan su eficacia práctica, lo cual entró en funciones el 1 de enero de 1988 y demuestra intensa actividad desde este momento.

El Comité puede cumplir con su función supervisora a través de cuatro mecanismos; de un lado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 19 del Convenio en cuanto a los informes que periódicamente presentan los Estados Parte, el Comité, tiene como mandato examinar estos informes periódicos que versarán sobre las medidas que se hayan adoptado para dar virtualidad a las disposiciones del tratado en cuestión. Los Estados inicialmente presentan un informe dentro del primer año siguiente a la entrada en vigor del Convenio y, a partir de ahí se presentan informes periódicos cada cuatro años. El Comité luego examina cada informe y señala sus preocupaciones y recomendaciones al Estado de que se trata.

De otro lado, el Convenio establece otro mecanismo de vigilancia del Comité, tal como previsto en el artículo 20 que establece que el Comité podrá realizar investigaciones sobre presuntas infracciones de las disposiciones del tratado si nuevamente los Estados han aceptado tal procedimiento. El Comité puede designar uno o más de sus miembros para que realicen una investigación confidencial basada sobre las conclusiones del Estado Parte y otra información relevante que lo justifica. Parte del proceso de investigación incluye la visita del territorio con el consentimiento del Estado en cuestión. Las conclusiones de los miembros encargados se presentan al Comité, que las transmite al Estado junto con sus propias observaciones y recomendaciones. Se invita este último a informar el Comité de las medidas adoptadas en repuesta a las observaciones recibidas. El procedimiento de investigación es confidencial y la cooperación del Estado se requiere en cualquier fase.

En tercer lugar, el Comité tendrá atribuida la función de examinar comunicaciones entre Estados por las que un Estado Parte puede presentar quejas ante el órgano del tratado correspondiente sobre presuntas violaciones de la convención por otro Estado Parte<sup>75</sup>.

Finalmente, al igual que otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, todos los órganos de tratados tienen atribuida la facultad de examinar comunicaciones individuales presentadas, siempre eso sí, que los Estados partes hayan aceptado tal procedimiento previamente, tal como está establecido en el artículo 22 del CAT<sup>76</sup>.

Gracias a los informes periódicos, la manera más eficaz de evaluar la situación de los países parte en cuanto al sistema de prevención de la tortura, estudiaremos aquí el caso de los Estados Unidos, tras las recomendaciones del Comité, al recibir los informes periódicos de los EE.UU. En este contexto, nos centraremos en lo que el Comité le pide a los Estados Unidos en relación con su implementación de la Convención y su respeto.<sup>77</sup>

### **1.1.b Las obligaciones incumplidas por los Estados Unidos y las recomendaciones relativas del Comité Contra la Tortura**

En el informe del 25 de julio 2006<sup>78</sup> presentado por los EE.UU, el Comité llegó a algunas conclusiones que dieron lugar a recomendaciones en torno a la aplicación de las provisiones de la Convención, después del examen del segundo informe periódico entregado el 13 de enero de 2006. En particular, nos centraremos en las consideraciones del Comité en torno a la aplicación de los principios contenidos en los artículos 1 a 16 de la Convención Contra la Tortura [desde ahora adelante, la Convención] y sus recomendaciones a los Estados

---

<sup>75</sup> Artículo 21 del Convenio Contra la Tortura en su primer apartado prevé: “Con arreglo al presente artículo, todo Estado Parte en la presente Convención podrá declarar en cualquier momento que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple las obligaciones que le impone la Convención”.

<sup>76</sup> El Comité podrá recibir dichas comunicaciones individuales siempre y cuando que cumplen con los requisitos establecidos en el art.22 del Convenio, en particular que las demandas sean anónimas, ni incompatibles con las disposiciones del Convenio (Art.22(2)), que no haya abusos del derecho a interponer una denuncia (Art.22(8)), que no este examinada por otro órgano de investigación (art.22(5)(a)) y que se haya agotado todos los recursos de la jurisdicción interna (art.22(5)(b)).

<sup>77</sup> MARIÑO MENÉNDEZ F.M, « El Comité contra la Tortura de Naciones Unidas. Balance de su actual situación », *Lex*, n° 13, Año XII, 2014.

<sup>78</sup> Comité Contra la Tortura, *Examen de los Informes presentados por los Estados Unidos en virtud del Artículo 19 de la Convención, conclusiones y recomendaciones del Comité Contra la Tortura*, CAT/C/USA/CO/2, 25 de julio de 2006.

Unidos en relación con su aplicación de la Convención, especialmente en el marco de la guerra contra la terror, emprendida después de los atentados del 11 de septiembre de 2001.

#### 1. Incumplimiento con la definición aceptada de la tortura (Artículo 1)

Primero, el Comité recuerda que existe una *definición aceptada de la tortura* que los Estados Unidos deben respetar al ratificar la Convención. En particular, los EE.UU deben tipificar la tortura como delito federal en términos previstos en el *artículo 1* de la Convención y previendo penas adecuadas con el fin de eliminar totalmente los actos de tortura que causen dolores o sufrimientos graves, que sean físicos o mentales (párr13). El Comité decidió emitir dicha recomendación por lo que el Código Penal de los Estados Unidos, solamente establece la jurisdicción penal federal sobre actos de tortura extraterritorial, en los artículos 2340 y 2340A; sin embargo, las instalaciones bajo control estadounidense en el extranjero no son sujetas a dichas provisiones.

Por otra parte, al criminalizar actos de tortura, que sean físicos o mentales, los Estados Unidos deben aplicar los conceptos enunciados en la Convención sin debilitar su eficiencia. Tal como está redactada la prohibición de la tortura psicológica en el marco de la ley interna estadounidense, el Comité considera que no garantiza la protección de las personas de manera adecuada. De hecho, la definición dada por los Estados Unidos prevé que las torturas psicológicas deben causar “daños mentales prolongados”, mientras la Convención específicamente prohíbe todos actos que causen dolores o sufrimientos mentales graves, independientemente de su duración (párr13). Finalmente, las garantías contenidas en la Convención deben *aplicarse en todo tiempo sin excepción*, tanto en tiempo de paz, como en tiempo de guerra o conflicto armado, dado que no se considera un obstáculo para la aplicación de otros instrumentos internacionales (con arreglo al *art.2(2)* y *el apartado 1 de los artículos 1 y 16*) (en párr14).

#### 2. Incumplimiento de la obligación contraída en virtud del artículo 2 en cuanto a las medidas adoptadas para prohibir el uso de la tortura en los territorios bajo su control (artículo 2)

El Comité reitera el principio de zona bajo control efectivo que sea por autoridad militar o civil del Estado Parte, en cualquier parte del mundo, a las cuales se deben aplicar todas las disposiciones de la Convención. A este efecto, el Estado debe llevar un registro de

todas las personas detenidas bajo su jurisdicción en cualquier parte del mundo como medio para prevenir actos de tortura (Art.6 (1)).<sup>79</sup>

Siguiendo las alegaciones sobre el establecimiento de *centros de detención secretos* en circunstancias en las cuales se niegan a los reclusos las garantías legales fundamentales, a un mecanismo que supervise el trato que reciben y los procedimientos para reexaminar su reclusión, el Comité afirma que son todas violaciones de la Convención. Además, se recuerda que el acceso a esos centros al Comité Internacional de la Cruz Roja hace parte de los mecanismos que pueden examinar la condiciones de reclusión en dichos centros de detención y que no se les podrá denegar dicho acceso. Así, el Estado Parte debe condenar públicamente cualquier política de detención en secreto dado que cada Estado Parte debe investigar y divulgar la existencia de dichos centros, qué autoridades han autorizado la creación de estos centros y el trato que han recibido los detenidos. En este contexto, el Comité recuerda que los actos de inteligencia, independientemente de quien las lleve a cabo o su ubicación hacen parte integrante de la responsabilidad internacional del Estado Parte (art. 2 y 16). Por todo esto, el Comité recuerda que el Estado Parte debe tipificar de manera optima tales delitos para poder ofrecer el mayor nivel de protección a la personas. El Comité reitera que el Estado Parte debe aplicar el principio de prohibición absoluta de la tortura en su derecho interno sin excepción puesto que toda excepción es incompatible con la Convención y no atenúa la *responsabilidad penal* del Estado Parte (párr.19).

El Estado Parte debe dejar de recluir indefinidamente a alguien sin las garantías judiciales suficientes, tal como es el caso en el *centro de detención de la bahía de Guantánamo*, lo cual se debe cerrar lo antes posible. Además, debe permitir a los detenidos el acceso al proceso judicial o ponerles en libertad lo antes posible, asegurándose que ninguno sea devuelto a Estados donde hay un peligro que sea torturado, para poder cumplir con sus obligaciones bajo la Convención (párr 22).

### 3. Incumplimiento con el principio de no devolución (artículo 3)

La Convención establece en su tercer artículo 3 *el principio de no devolución*, especialmente hacia Estados en que existe un verdadero riesgo de que sean torturados los detenidos trasladados y siempre se debe dar la posibilidad a los reos de impugnar la decisión de devolverlos (párr 20). En este contexto y para el respeto completo del artículo 3, el Estado

---

<sup>79</sup> A tal efecto, el Comité recuerda también el contenido del artículo 5 de la Convención sobre los territorios bajo jurisdicción del Estado Parte en el párrafo 15.

Parte debe obtener “seguridades diplomáticas” únicamente por parte de Estados que no violen sistemáticamente las provisiones de la Convención, siempre y cuando se examina en detalle las circunstancias de cada caso. Los procedimientos de seguridades diplomáticas han de ser acompañado de un de un mecanismo judicial encargado de reexaminar la validez de dichas seguridades y de mecanismo de control tras el regreso. El último paso para cumplir con el contenido del artículo es la comunicación al Comité de toda la información detallada de cada caso de traslado a países terceros desde el 11 de septiembre de 2001 (párr. 21).

#### 4. Incumplimiento con la aserción de la jurisdicción del Estado sobre los delitos cometidos (artículos 5 y 7)

El Comité ha estado informado de acuerdos de los EE.UU con países terceros de no trasladar ningún ciudadano de los Estados Unidos ante la Corte Penal Internacional por cargos de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad y, desde luego se les ruega a los Estados Unidos que le notifiquen de los pasos emprendidos para luchar contra la impunidad. Por otra parte, ninguna doctrina de derecho interno puede eximir la responsabilidad penal de los autores de actos de tortura. A tal efecto, se debe investigar la posible responsabilidad de la cadena de mando y la implicación de los altos funcionarios de la Administración por haber autorizado, consentido o aceptado los actos de tortura cometidos por los subalternos, con arreglo a los artículos 10, 11 y 12 de la Convención.

#### 5. Incumplimiento con la obligación de forma adecuada al personal encargado de los interrogatorios de los detenidos (artículo 10)

El Estado Parte debe garantizar la formación y el adiestramiento de todos los agentes civiles o militares, especialmente aquellos que intervienen en los interrogatorios de sospechosos. Debe en particular enfocarse sobre las normas, instrucciones y métodos usados durante los interrogatorios, y enseñar los indicios de actos de tortura y las instrucciones para denunciarlas. Del mismo modo, el Estado Parte tiene que evaluar la formación de sus agentes periódicamente y supervisar sus actividades (párr 23). En relación con las actividades de funcionarios médicos, el Estado Parte debe asegurarse de que se integre a su formación y su adiestramiento los principios contenidos en el Protocolo de Estambul de 1999.<sup>80</sup>

#### 6. Incumplimiento con el artículo 11 sobre los métodos y prácticas de interrogatorio

---

<sup>80</sup> Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes [El Protocolo de Estambul], HR/P/PT/8/Rev.1, Naciones Unidas, 9 de agosto de 1999.

El Comité Contra la Tortura, junto con el Comité de Derechos Humanos han expresado preocupaciones<sup>81</sup> en torno a las técnicas intensivas de interrogatorio, autorizadas en 2002 por el Estado Parte, como los casos de humillación sexual, el ‘submarino’ y la utilización de perros para aterrorizar los detenidos, que constituye tortura o trato cruel, inhumano y degradante. De hecho, el Comité lamenta que de resultas de ‘reglas de interrogatorio confusas’ y de técnicas definidas de manera general e imprecisa, los detenidos hayan sido víctimas de abusos graves. En este contexto, se debe suprimir el uso de dichas técnicas en todos los centros de detención que estén bajo su efectivo control *de facto* y que el restante de los métodos e instrucciones se apliquen garantizando la prohibición absoluta de la tortura (párr 24). Por consiguiente, el Estado Parte deberá proporcionar información sobre el contenido del Manual de operaciones del ejército sobre el terreno, en particular en cuanto a las técnicas de interrogatorio previstas en sus provisiones, que deben estar en conformidad con la Convención. El Estado Parte debe garantizar que todas las técnicas de interrogatorios sean vinculantes para todos los órganos del Gobierno de los Estados Unidos, incluso los agentes de las agencias de inteligencia y los contratantes privados que actúen en su nombre. En este contexto, se debe proporcionar información sobre el manual de interrogatorio de la Central Intelligence Agency e indicar si las técnicas usadas en las prácticas son conforme con la Convención. Por último, con el fin de evaluar el trato correcto de los detenidos bajo su autoridad, el Estado Parte debe conceder acceso sin restricciones al Comité Internacional de la Cruz Roja a todos los centros de detención en el marco la misión investigadora del Comité en torno a la condiciones de detención de los reclusos.

#### 7. Incumplimiento con la obligación de investigar las alegaciones de abuso resultando del uso de la tortura (artículos 12 y 13)

A pesar de los casos extraterritoriales de tortura de los reclusos ocurridos, el Estado Parte no ha investigado dichos actos en virtud de las disposiciones penales de los artículos 2340 y 2340A del Código Penal de los Estados Unidos. En relación con las alegaciones de abuso de autoridad por parte de los agentes de los Estados Unidos en varios centros de detención, el Comité insiste en que el Estado Parte se asegure que las normas, instrucciones y métodos de interrogatorios se apliquen en el respeto de la prohibición absoluta de la tortura y

---

<sup>81</sup> En relación con el último, véase el informe periódico entregado al Comité de Derechos Humanos CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, en particular el párrafo 13 sobre las técnicas intensivas de interrogatorio, las preocupaciones del Comité y sus recomendaciones para cumplir con las provisiones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

que todas las alegaciones de tortura o de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes contra los agentes del orden sean investigadas de inmediato, de manera exhaustiva e imparcial, y hacer comparecer a los autores ante la justicia para cumplir con el *artículo 12* de la Convención (párr 25). Es sujeto de preocupación las denuncias fiables de actos de tortura cometidas por miembros del personal civil o militar en Afganistán y en Irak que han resultado en penas poco severas, principalmente de índole administrativo. Por ello, el Comité demanda que los Estados Unidos adopten medidas inmediatas para erradicar todas las formas de tortura y de mal trato de los reclusos por su personal civil o militar en todo territorio bajo su jurisdicción y que se asegure que sean condenados a penas proporcionales a la gravedad de los delitos cometidos (párr 26).

Por otra parte, se considera la Ley sobre el trato debido a los detenidos de 2005 incompatible con el *artículo 13* de la Convención por lo que retira a los tribunales federales su competencia en cuanto a *solicitudes de habeas corpus* presentadas por los detenidos en la bahía de Guantánamo. Del mismo modo, el estatuto de los reclusos en Afganistán e Irak esta a cargo del Departamento de Defensa y se examina con arreglo a procedimientos administrativos del Departamento de Defensa. Sin embargo, se recuerda que el art.13 prevé que todos los reclusos bajo el control del Estado Parte deben disponer de *procedimientos independientes* que se apliquen con prontitud y a fondo para que se estudien las circunstancias de su detención y su estatuto carcelario (párr 27).

#### 8. Incumplimiento de la garantía de reparación y rehabilitación a la víctima de tortura (artículo 14)

El Comité recuerda que el Estado Parte debe garantizar a todas las víctimas de actos de tortura o abuso, incluida la violencia sexual, a manos de sus funcionarios el derecho a obtener plena *reparación, indemnización y rehabilitación*, tal como está previsto en el *artículo 14* de la Convención. En este sentido, el Comité considera que la Ley de reforma de los litigios penitenciarios de 1995, en particular su artículo 1997 (e) es inconsistente con el contenido del art.14 el establecer que ningún recluso podrá interponer una demanda civil por lo daños mentales o emocionales sufridos mientras en detención sin haber aportado de antemano pruebas de la lesión (párr 29), y por ende, con el fin de cumplir con sus obligaciones, el Estado Parte debe considerar enmendar la Ley de 1995.



## 9. Incumplimiento con la obligación de rechazar pruebas obtenidas por la fuerza (artículo 15)

En torno al Tribunal de Revisión del Estatuto de Combatiente el Comité, reafirma que el Estado Parte debe cumplir con sus obligaciones en virtud de los *artículos 13 y 15* incluso en la situación de comisiones militares y examinar la posibilidad de constituir un mecanismo independiente para garantizar los derechos de las personas detenidas por el Estado Parte (párr 30). También le preocupan los Tribunales de Determinación del Estatuto de los Combatientes y las Juntas Administrativas de Revisión que impiden los detenidos gozar de las garantías fundamentales de un juicio justo e imparcial.

## 10. Incumplimiento del contenido del artículo 16 sobre la prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes

El Comité recuerda al Estado Parte que debe implementar medidas efectivas para la investigación, el enjuiciamiento y las sanciones a los autores de tortura, incluso en los casos de desapariciones forzadas dado que constituyen una forma de tortura<sup>82</sup> (párr18) en virtud de la legislación federal sobre delitos extraterritoriales de tortura. Por otra parte, los Estados Unidos deben prestar particular atención al régimen impuesto a los reclusos en la prisiones de extrema seguridad, en particular en casos de incomunicación prolongada, las consecuencias que tiene en su salud mental y el carácter de represalia que puede tener, lo que constituirá un trato cruel, inhumano y degradante, según el sentido previsto por el *artículo 16* (párr 36). El Comité lamenta las alegaciones fiables de casos de agresión sexual en los centros de detención de los EE.UU, incluso las denuncias de agresión sexual entre detenidos.

De acuerdo con las funciones del Comité, éste ha podido investigar la aplicación de la Convención por los Estados Unidos y ha concluido que no había respetado sus compromisos para luchar de manera efectiva contra la práctica de la tortura en los territorios bajo su jurisdicción. Incluso más, el Comité ha podido demostrar que habían activamente usando prácticas equivalentes a la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes sobre detenidos bajo su control. Las recomendaciones del Comité tienen como objetivo la

---

<sup>82</sup> En este contexto, la resolución 8/8 de junio de 2008 del Consejo de Derechos Humanos afirma, de manera explícita en la página 34 que la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, mediante la resolución 61/177 de la Asamblea General, de 20 de diciembre de 2006, así como la resolución 7/26 sobre la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, constituirán una importante contribución a la prevención de la tortura, en particular mediante la prohibición de los lugares de detención secreta (Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/8/52, *Informe del Consejo de Derechos Humanos sobre su octavo periodo de sesiones*, del 1 de septiembre de 2008).

aplicación correcta de las provisiones contenidas en la Convención, lo cual es una tarea que se debe cumplir de manera estrecha, especialmente cuando se considera la naturaleza particular de la materia que tiene carácter de *jus cogens*. Con el fin de recoger información sobre los casos de tortura de primera mano, el Comité insta al Relator Especial sobre la tortura a visitar la bahía de Guantánamo y cualquier otro centro de detención que *de facto* está bajo el control de los Estados Unidos (párr 38) de acuerdo con las atribuciones de las misiones de investigación de los procedimientos especiales de las Naciones Unidas.

## **1.2. El sistema extraconvencional de protección de los derechos humanos en el marco de la prohibición de la tortura**

A parte de los tratados y de las reglas convencionales, existe otro sistema de protección de los derechos humanos a nivel universal: los procedimientos especiales de las Naciones Unidas establecidos por la Comisión de Derechos Humanos, y desde el 2006 bajo la supervisión del Consejo de Derechos Humanos en virtud de la resolución 60/251 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. De hecho, con arreglo al artículo 7 (2) de la Carta de las Naciones Unidas, los órganos principales de las Naciones Unidas podrán establecer los órganos subsidiarios necesarios para la protección de los derechos fundamentales. En este contexto, junto con la creciente preocupación de la Comisión de Derechos Humanos por los casos cada vez numerosos de tortura, se designó un experto en derechos humanos por la resolución, el Relator Especial, sobre cuestiones temáticas de interés particular, entre otros el Relator Especial (de ahora adelante R.E) encargado de examinar cuestiones relevantes de tortura. En junio del 2008, se extendió el mandato del Relator en la resolución 8/8 del Consejo de Derechos Humanos.

### **1.2.a El trabajo de los relatores especiales**

De acuerdo con la resolución 1985/33 de la Comisión de Derechos Humanos, se nombró un Relator Especial (de aquí adelante R.E) para examinar cuestiones de tortura. El mandato del R.E abarca todos los países, independientemente de la ratificación de la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes por el Estado. Las tres misiones principales del Relator son las siguientes:

1. Transmitir llamamientos urgentes a los Estados con respeto a las personas que al parecer corren el riesgo de ser sometidas a tortura, así como enviar comunicaciones relativas a supuestos casos de tortura ya cometidos. El R.E tiene el papel de analizar todas las discrepancias alarmantes entre el *opinio iuris* (las obligaciones de los Estados) y la práctica.

En general se consideran situaciones conduciendo a la práctica de la tortura, todas las situaciones donde un individuo se encuentra bajo el control absoluto de otra persona. De hecho, los casos de detención incomunicado suelen ser el seno de casos de tortura, tanto como el estado de emergencia.

2. Realizar misiones de investigación (visitas) a los países. Las visitas del R.E suelen ser concertadas únicamente por invitación del país a visitar. Sin embargo, el R.E puede solicitar una visita por su propia iniciativa basada en factores tales como el número, la credibilidad y la gravedad de las denuncias recibidas y el impacto potencial que la misión al país pueda conllevar la situación general de los derechos humanos.

3. Presentar al Consejo de Derechos Humanos y a la Asamblea General informes anuales sobre sus actividades, mandato y métodos de trabajo.

En este contexto, cabe precisar que a la diferencia de otros mecanismos de denuncia de los órganos de supervisión encargados de la aplicación correcta de las convenciones de derechos humanos, no es necesario agotar todos los recursos internos para que el R.E intervenga. Además, cuando los hechos en cuestión competan a más de un mandato, el R.E podrá dirigirse a uno o más mecanismos temáticos y relatores de países a fin de enviar comunicaciones o realizar misiones conjuntas.

En cuanto a lo que se pide a los Estados para que la misión del R.E sea efectiva, la resolución 8/8 del Consejo de Derechos Humanos recoge los principios aplicables a todos los Estados, basados principalmente en su colaboración y cooperación con el R.E.

En este contexto, el párrafo 4 de la resolución 1985/33 de la Comisión de Derechos Humanos precisa que el Secretario General de las Naciones Unidas debe exhortar todos los países a cooperar y prestar asistencia al R.E, facilitando su acceso a toda la información que necesite, que responden de manera adecuada a sus llamamientos urgentes. Por otro lado, se pide a los Estados que responden de manera favorable a las invitaciones del R.E a visitar sus países respectivos. Por último, al acabar sus visitas a países, el R.E emitirá conclusiones y recomendaciones que se deben aplicar de manera pronta y adecuada.

Hoy en día, el papel de los Estados Unidos en el marco de la lucha contra el terrorismo es central en la comunidad internacional, incluso se considera un líder por las medidas de contraterrorismo que ha adoptado. No obstante, dicha posición llama también a hacerse responsable de la protección de los derechos humanos, la cual es estrechamente relacionada

con el tema de la lucha contra el terrorismo. A pesar de la larga tradición en los EE.UU en lo que concierne el respeto del imperio de la ley y los mecanismos que aseguren su aplicación correcta, es lamentable que numerosos mecanismos de protección de los derechos hayan sido minados desde los acontecimientos del 11-S. De hecho, dicho cambio de política se traduce de manera concreta en la Ley Patriota de los Estados Unidos de 2001 (USA PATRIOT Act por sus siglas en inglés), la Ley sobre el Trato Debido a los Detenidos de 2005, la Ley de Comisiones Militares [Military Commission Act, MCA por sus siglas en inglés] de 2006 y, los Ordenes Ejecutivos y los programas clasificados.

En torno al tema de la tortura, el R.E sobre la tortura ha podido a lo largo de los años presentar varios documentos de particular interés sobre la práctica de la tortura por parte de los Estados Unidos. Dicha tarea, por su amplitud y su carácter multidisciplinar, llamó a una cooperación estrecha entre varios relatores especiales para poder examinar a fondo la situación de los detenidos bajo el control de los Estados Unidos. En particular, las visitas a países han permitido los Relatores Especiales retratar de manera detallada las varias violaciones al Derecho Internacional efectuadas por parte del Gobierno de los Estados Unidos. De hecho, desde el mes de enero del 2002, siguiendo las numerosas alegaciones de malos tratos por parte de agentes del Estado, el Consejo de Derechos Humanos (anteriormente la Comisión de Derechos Humanos), del cual depende el R.E sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, ha decidido extender invitaciones a los EE.UU con el fin de que se pueda realizar una visita al país y presentar un informe sobre la situación actual. A lo largo de los varios documentos sobre la materia, se pueden destacar temas comunes al retrato presentado por el R.E sobre la tortura, los cuales, permiten complementar en análisis hecho por parte del Comité Contra la Tortura. En efecto, tal como hemos visto en la parte anterior, el Comité se enfoca sobre todo en la jurisdicción de los Estados Unidos, las zonas bajo su control efectivo mientras el R.E se interesa a las modalidades de aplicación del uso de la tortura y toma en consideración varios aspectos claves de la política establecida.

### **1.2.b Las recomendaciones del Relator Especial sobre la tortura a los Estados Unidos: un complemento a las conclusiones del Comité Contra la Tortura**

La situación de los detenidos en los centros de detención bajo el control de los Estados Unidos ha permitido renovar el mandato del Relator Especial sobre la tortura sobre todo en torno a las cuestiones de práctica de la tortura, la falta de responsabilidad de las actividades del Estado y su participación en la aplicación de medidas de contraterrorismo que han violado los derechos fundamentales de las víctimas. En este contexto, el R.E sobre la tortura ha sido

trabajando con otros expertos tal como el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria, el R.E sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo y el R.E sobre Relator especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y, otros órganos de las Naciones Unidas como el Comité Contra la Tortura y el Subcomité Contra la Tortura. En 2004<sup>83</sup>, el Gobierno de los Estados Unidos invitó al entonces R.E, Manfred Nowak, junto con tres otros expertos a visitar las instalaciones del centro de la bahía de Guantánamo bajo varias condiciones que hicieron renunciar los expertos a su misión. Sin embargo, se publicó un informe de las conclusiones del R.E y sus colaboradores siguiendo las múltiples alegaciones recibidas, algunas de las cuales trataremos aquí, como complemento al trabajo del Comité.

### 1. La cuestión del estatuto de los detenidos en la bahía de Guantánamo

Primero, tal como está establecido en el primer artículo de la Convención contra la Tortura, se consideran actos de tortura aquellos aplicados por parte de “un funcionario público u otra persona en el ejercicio de sus funciones públicas”, por ello los informes se enfocan en los centros de detención, en particular las instalaciones bajo el control militar estadounidense. En este contexto, ha sido bien documentado el hecho de que los detenidos en dichos centros, en particular en la base naval de los Estados Unidos en la bahía de Guantánamo tiene un estatuto especial, que llama a un régimen especial en cuanto a su trato. De hecho, dichos detenidos se consideran “combatientes enemigos ilegales”, categoría que se usa para una persona que comete actos ‘hostiles’ en conflictos internacionales<sup>84</sup>, fuera de los casos previstos en las leyes de la guerra. Cabe precisar en este contexto que con la creación de una nueva categoría de combatientes, dichos detenidos no pueden gozar del estatuto de prisionero de guerra y por ello no se les aplica, en palabras de los Estados Unidos<sup>85</sup>, las garantías del Tercer Convenio de Ginebra, sin embargo, es cierto que deben gozar de un estándar mínimo de protección en cuanto a su detención y enjuiciamiento.

---

<sup>83</sup> Comisión de Derechos Humanos, *Situación de los detenidos en la bahía de Guantánamo*, E/CN.4/2006/120, 27 de febrero de 2006

<sup>84</sup> ROSAS A., “The Legal Status Of Prisoners of War”, *International Review of the Red Cross*, vol.17, n°193, 1977, pp 221-222.

<sup>85</sup> Tal como está escrito en el memorando firmado por el Presidente Bush, el Tercer Convenio de Ginebra de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra no se aplica a los miembros de Al Qaeda ni a los Talibanes por lo que el Convenio sólo se aplica a Estados Parte y los miembros de dichas fuerzas no se consideran un Estado y, por otro lado, no constituyen fuerzas armadas regulares del conflicto, tal como entendido por el artículo 4 del Convenio, por consiguiente, se considera inaplicable dicho Convenio a la situación de la lucha contra el terrorismo (Memorandum del Presidente George W. Bush, *RE: Trato Humano debido a los detenidos de Al Qaeda y los Talibanes*, 7 de febrero de 2002).

A partir de ello, el estatuto de los detenidos en la bahía de Guantánamo se lleva a cabo mediante un examen realizado por un Tribunal de Revisión del Estatuto de Combatiente, lo cual suele efectuarse de manera abierta, salvo cuando el caso implica usar documentos clasificados, en que caso el detenido no podrá asistir al examen. Además, dado que se no se trata de una medida judicial sino administrativa, el detenido no puede gozar de la presencia de su abogado durante la sesión. Por último, las decisiones del Tribunal de Revisión pueden ser reexaminadas por una autoridad judicial, pero la corte encargada sólo podrá pedir para la revisión de la decisión pero no la liberación de la persona.

Dichas restricciones claramente contravienen los siguientes artículos del PIDCP: prohibición de detención arbitraria (art.9), revisión judicial de cualquier tipo de detención y la posibilidad de puesta en libertad (art.9 y 14), derecho a un juicio justo dentro de un plazo razonable (art.9 (3) y 14 (3)). Cabe mencionar en este contexto el art.9 (2) del PIDCP en cuanto a la revocación del derecho a presentar demandas de habeas corpus antes un tribunal federal, de acuerdo con la sección 7 de la Ley de Comisiones Militares de 2006. Sin embargo, el R.E sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo recuerda que dichos artículos no son sujetos a cualquier tipo de suspensión, incluso en caso de emergencia nacional.<sup>86</sup>

## 2. El uso de comisión militares para enjuiciar a sospechosos de terrorismo

En 2001, se crean las comisiones militares por un Orden Militar del Presidente de los Estados Unidos con el fin de enjuiciar a sospechosos de terrorismo, capturados en el marco de la guerra contra el terrorismo, y denominados combatientes ilegales. Sin embargo, en su decisión en el caso *Hamdam v. Rumsfeld* en 2006 el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, decidió que dichas comisiones no eran de conformidad con la ley por lo que no estaban establecidas por la autoridad del Congreso y, que su estructura y sus procedimientos contravenían el Código Uniforme de Justicia Militar y los Convenios de Ginebra. Desde luego, el Congreso adoptó la Ley de Comisiones Militares en 2006 que básicamente refleja la estructura de las comisiones de 2001, otorgándolas una cierta legitimidad.

En concreto la jurisdicción de las comisiones militares no tiene restricciones geográficas, aplicándose así a todas las personas, sean ciudadanos americanos o no, incluso a aquellos que tengan un permiso de residencia permanente. Por consiguiente, todas las

---

<sup>86</sup> Dicho aspecto de la doctrina está respaldado por el Consejo de Derechos Humanos y su Comentario General N°29n párr 11 (2011).

personas pueden ser sujetas a juicio ante una comisión militar si se consideran combatientes enemigo. El tema de la jurisdicción de las comisiones militares plantea varios problemas en relación con el respeto de los derechos humanos. Las comisiones militares se crearon porque el Gobierno afirma que las cortes ordinarias no tienen la competencia necesaria para juzgar algunos de los delitos que se sospechan que han cometido los detenidos. Esta justificación lleva un problema de mayor importancia por lo que la Ley de Comisiones Militares pretende constituir una pieza de legislación que permite codificar las reglas de la guerra y afirma la jurisdicción de las comisiones militares sobre crímenes de guerra. No obstante, la lista de delitos previstos en el acto va mucho más allá que cualquier ley de la guerra.<sup>87</sup> Esto significa que las comisiones militares tienen competencia para juzgar delitos que ni siquiera están previstos en las leyes de la guerra y, por consiguiente, cuando se asigna el estatuto de “combatiente enemigo ilegal”, se enjuicia a civiles ante un tribunal militar. Del mismo modo, la justificación avanzada por parte del Gobierno estadounidense para la creación de las comisiones militares es incorrecta dado que las cortes ordinarias son competentes para recibir demandas en relación con actos de terrorismo, tal como en el caso de los ataques contra las Embajadas de los Estados Unidos en Kenya y Tanzania en 1998 y en el caso *Estados Unidos de America c. Padilla y otros*, ante la corte de Miami.<sup>88</sup>

Por otra parte, los procedimientos de las comisiones militares no son adecuadas con el respeto de las condiciones de un juicio justo. En efecto, en torno a las pruebas recibidas a lo largo del juicio, algunas pruebas, en particular aquellas que tienen el estatuto de documento clasificado, no se pueden divulgar en la presencia del acusado durante el juicio, ni al abogado

---

<sup>87</sup> El Estatuto de Roma, documento fundador de la Corte Penal Internacional, tipifica una serie de crímenes internacionales ampliamente aceptados, incluso los crímenes de guerra. El Estatuto de Roma, como norma de derecho internacional refleja las concepciones compartidas por la mayoría de los países y debe observarse de manera atenta para la protección máxima de las personas y sus derechos fundamentales. En particular, el artículo 8 del Estatuto establece una serie de crímenes de guerra, que se considera la regla a la hora de juzgar la naturaleza de los delitos cometidos. Sin embargo, al leer el MCA, aparece claro que algunos delitos han sido promovidos como crímenes de guerra, tal como el delito de “conspiración” y “apoyo material al terrorismo”. El problema con el establecimiento de una categoría de delito específica a los EE.UU es que pone en peligro el principio sobre el cual se basan los crímenes de guerra, según el cual se comparte la misma concepción de conducta excepcionalmente grave. Esto implica que cada Estado puede tener su propia lista de delitos considerados como crímenes de guerra, lo cual puede resultar en una profusión e inconsistencia de la definición de la responsabilidad penal durante los conflictos armados.

<sup>88</sup> El 6 de noviembre de 1998, Bin Laden fue procesado oficialmente y se formularon cargos ante un gran jurado en Nueva York con pruebas suficientes de su conexión con los ataques contra las Embajadas norteamericanas, United States District Court, a consultar en la pagina siguiente [http://fas.org/irp/news/1998/11/98110602\\_nlt.html](http://fas.org/irp/news/1998/11/98110602_nlt.html) (última visita el 9 de septiembre de 2014) y Southern District of Florida, Miami Division, *United States of America v. José Padilla*, USDC FLSD 245B (Rev. 12/03), January 22, 2008.

de la defensa, lo cual debilita la garantía de la presunción de inocencia.<sup>89</sup> Aunque no se admiten cualquier prueba obtenida mediante la tortura en los juicios (de conformidad con el artículo 15 de la Convención Contra la Tortura), el R.E sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, está preocupado por las informaciones obtenidas por otro modo de coerción que se acepten. Los testimonios obtenidos mediante cualquier tipo de coerción antes de la adopción de la Ley sobre el Trato Debido a los Detenidos en 2005 pueden ser utilizados si se consideran “fiables” y “en el interés de la justicia”.

### 3. El cierre de Guantánamo y el caso de los otros centro de detención en Afganistán e Irak.

La comunidad internacional, en particular en el marco de los relatores especiales, apoyan la decisión del Presidente de los EE.UU, Barack Obama, de cerrar el centro de detención de la bahía de Guantánamo<sup>90</sup> para poder volver a su posición de líder en materia de respeto de los derechos fundamentales, no solamente con palabras sino también con acciones significativas. En este contexto, se informó el R.E, en 2007, que entre 40 y 80 de los detenidos iban a ser enjuiciados por comisiones militares y que el resto de los detenidos serán trasladados a sus países de origen, o cuando sea necesario a países terceros.

En el caso de traslados a países de origen, los Estados Unidos deben asegurarse que respeten el principio de no-devolución (*non-refoulement*), dado que esta práctica como está aplicada actualmente no cumple con las obligaciones internacionales. Mientras el Derecho Internacional (art.7 del PIDCP y el art.3 del CAT) requiere que no se devuelva una persona a otro Estado cuando existe “un riesgo” que sea sometido a tortura u otro trato o pena cruel, inhumano o degradante, los EE.UU aplican una definición más estricta del concepto de no-devolución por lo que no se practica devoluciones a países donde “es más probable que no” que una persona será sometida a tortura. El R.E insiste en que la obtención de seguridades diplomáticas por parte de un país no exonera el Estado emisor de asesar caso a caso la existencia de un “riesgo real”. La existencia de centros de detención como en la bahía de Guantánamo no es único lugar bajo el control efectivo de las fuerzas estadounidenses en el contexto de la lucha contra el terrorismo y, de hecho, los 700 detenidos en Afganistán y las

---

<sup>89</sup> Human Rights Council, Martin Scheinin, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, *Mission to the United States of America*, A/HRC/6/17/Add.3, 22 November 2007, párr.26.

<sup>90</sup> A continuación del discurso del Presidente Barak Obama, entonces Senador del Illinois en 2007, en Texas, reportado en el artículo de Elizabeth White, *Obama says Gitmo facility Should Close*, Associated Press, 24 de junio de 2007.



18000 personas detenidas en Irak que se encuentran bajo el control de los EE.UU tienen el mismo estatuto que los detenidos en Guantánamo y, por consiguiente, tienen el derecho a la misma protección de su dignidad humana y a la revisión de la decisión sobre su estatuto.

4. El uso excesivo de la fuerza sobre los detenidos y las preocupaciones sobre las condiciones de detención en dichos centros

Por otra parte, cualquier combatiente puede ser detenido en el curso de un conflicto armado por razones de orden y seguridad y hasta que se acaben las hostilidades y será puesto en libertad. Sin embargo, tal como lo destaca el R.E sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, Manfred Nowak, en un informe sobre la situación de los detenidos en la bahía de Guantánamo en 2006, la detención de algunos sospechosos durante varios años sin que se les comuniquen los cargos contra ellos equivale a la detención arbitraria prohibida por el art.9 del PIDCP y las razones de su detención debilitan el principio de un juicio justo, tal como está previsto en el artículo 14 (3) del PIDCP. Encima de no proceder a todas las garantías debidas a los detenidos, las condiciones de detención se utilizaron *a posteriori* como medida de contrainsurgencia y para causar estrés sobre los detenidos<sup>91</sup>. En efecto, los detenidos se encuentran bajo el control absoluto de los interrogadores que les apliquen regímenes de reclusión prolongada, a veces llegando hasta 18 meses de aislamiento total con el fin de presionar a los detenidos. Dichas medidas de aislamiento además de ser diseñadas para causar estrés, violan el derechos de los detenidos a ser tratado de manera humana y con respeto a su dignidad humana. En este contexto, es claro que hubo un cambio de política en cuanto al uso de las condiciones de detención, que pasan de ser una medida preventiva de seguridad para que las personas detenidas no vuelvan a participar en las hostilidades a un contexto donde son consideradas solamente como fuentes de información valiosas.

Por otra parte, se ha denunciado en varia ocasiones que el uso de violencia excesiva era una práctica habitual en los centros de detención, en particular en tres situaciones: durante los traslados, durante las operaciones de las Fuerzas de Respuesta Inicial, y a lo largo de la reclusión en centros de detención, incluso cuando se alimentaban por la fuerza a los detenidos

---

<sup>91</sup> Véase el documento: Department of Defense, *ICRC Meeting with MG Miller on 09 OCT 03*, from Memorandum JTG GTMO-SJA (9 october 2003), en particular la p.2 en cuanto al uso del régimen de reclusión para ejercer control sobre los detenidos y la p.4 en relación con unidades de seguridad máxima.

que estaban en huelga de hambre.<sup>92</sup> Según los informes de los abogados de la defensa, no cabe ningún duda sobre el carácter cruel de las prácticas usadas sobre los detenidos de alimentación forzada, que son equivalentes a tortura. Sin embargo, es cierto que no existe manera de comprobar *in situ* estas alegaciones por medio de entrevistas a los detenidos sometidos a la alimentación forzada pero dichas alegaciones han sido bien documentadas y deben considerarse fiables. Por otro lado, el trato infligido a los detenidos durante el transporte y las operaciones de las Fuerzas de Respuesta Inicial (Initial Reaction Force) está documentada en fotos y filmaciones donde se ven detenidos encadenados y encapuchados o con auriculares y mascarar. También muestran palizas, patadas y se ve además cuando los detenidos oponen resistencia que se les quita su ropa y se les afeitan de manera forzada, lo cual ha sido corroborado por testimonios de detenidos.<sup>93</sup> Dichas prácticas constituyen, desde luego, tortura por lo que infligen dolores y sufrimientos graves a las víctimas con el fin de intimidarlas y/o castigarlas.

#### 5. El uso de reglas confusas en cuanto al desarrollo de los interrogatorios

A pesar de su adhesión al compromiso sobre la prohibición absoluta de la tortura, el Gobierno de los Estados Unidos ha adoptado varias políticas que tienen el efecto de debilitar este marco de protección. Dicha dualidad se enmarca en particular a la hora de la publicación de varios documentos clasificados del Gobierno en la prensa en relación con el programa de “técnicas intensas de interrogación”. En concreto, se habla sobre todo del memorandum redactado el 1 de agosto de 2002 por Jay S. Bybee (entonces Fiscal General Adjunto de la Oficina de Asesoría Jurídica del Departamento de Justicia y ahora juez federal), a Alberto

---

<sup>92</sup> En relación con este tema, el testimonio de los abogados de la defensa encargados de la representación de detenidos en Guantánamo, en particular el testimonio de la abogada Julia Tarver ofrece un retrato detallado de la práctica de alimentación por la fuerza en Guantánamo. Al protestar contra los malos tratos recibidos y su condición de detención indefinida, algunos detenidos en el centro de Guantánamo habían decidido participar a una huelga del hambre. A continuación, agentes del Estado han tratado de “salvar su vida” insertando “por fuerza tubos, tan grandes como un dedo, en la nariz de los disidentes hasta sus estómagos para poder alimentarles, usando los mismos tubos de una persona a otra. Los detenidos han alegado que dicha práctica ha sido aplicada muy abusiva por lo que se les metían los tubos en las narices, luego se les sacaban y se les metían de nuevo hasta que sangraran. La alimentación por fuerza ocurría así dos veces al día.” (a consultar en la transcripción de la entrevista hecha por Amy Goodman y Juan Gonzalez, *Lawyer: Guantanamo Detainees on Hunger Strike Tortured and Violently Force-Fed by Guards, Medical Staff*, en Democracy Now, el 21 de octubre de 2005, [http://www.democracynow.org/2005/10/21/lawyer\\_guantanamo\\_detainees\\_on\\_hunger\\_strike](http://www.democracynow.org/2005/10/21/lawyer_guantanamo_detainees_on_hunger_strike)). Sobre la determinación de ciertos métodos de alimentación por la fuerza equivalentes a tortura, ver el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Nevmerzhitsky v. Ukraine*, 5 de abril 2005, párr. 93 a 99.

<sup>93</sup> Informaciones entegadas por parte de Human Rights Watch, *Getting Away with Torture? Command Responsibility for the U.S. Abuse of Detainees*, vol.17, n.º.1(G), abril 2005, DODDS P., “Guantánamo tapes show teams punching, stripping prisoners”, *The Associated Press*, 1 de febrero de 2005, y en Center for Constitutional Rights, *Statement of Shafiq Rasul, Asif Iqbal and Ruhel Ahmed, Detention in Afghanistan and Guantánamo Bay*, 4 agosto de 2004.

Gonzales (entonces Asesor Jurídico del Presidente de los Estados Unidos) en el cual se busca limitar radicalmente la definición de la tortura y se afirma que la necesidad de la legítima defensa puede justificar la violación la ley que prohíbe el uso de la tortura.

Por otra parte, otros documentos internos del Departamento de Defensa han tratado de ampliar los límites de lo permisible con la adopción de 24 técnicas de interrogatorio como “medidas de contrainsurgencia” en el memorandum del 16 de abril de 2003<sup>94</sup>, a continuación de aquellas aceptadas en 2002. Se afirma en este documento que las Fuerzas Armadas estadounidenses tratarán a los detenidos humanamente, en la medida adecuada con sus necesidades militares y de acuerdo con los principios de los Convenios de Ginebra. A la luz del análisis presentado de antemano en relación con la naturaleza absoluta de la prohibición de la tortura, dicha declaración aparece bastante ambigua e implica que cuando sea necesario, los objetivos militares podrán prevalecer sobre los principios de los Convenios de Ginebra. Junto con esta ambigüedad en torno a las obligaciones a respetar la prohibición de la tortura, especialmente en los contextos que demuestran una necesidad militar particular, el Gobierno estadounidense suele también referirse a la tortura sin hacer caso de las prácticas crueles, inhumanas y degradantes.

Cabe decir que en torno a la falta de claridad de las directivas de las técnicas de interrogatorio, tal como exprimidas en los memorandos del Gobierno, incluso el Senador McCain reconoce que “esto significa también que vuelve a reinar la más completa confusión en torno a las reglas. Tenemos tantas normas diferentes y tantos vacíos jurídicos que nuestros abogados y nuestros generales están desorientados. Imagínense entonces como los estarán nuestras tropas destacadas en las prisiones sobre el terreno”.<sup>95</sup> Tras la revocación del memorandum del 2 de agosto de 2002, se aprobaron el 16 de abril 2003, entre otras, las técnicas de interrogatorio siguientes por el Secretario de Defensa:

- Incentivo/Retirada de incentivo : por ejemplo, se le quitan artículos de uso personal a los detenidos;
- Exposición a temperaturas extremas y en privación de luz y de estímulos auditivos;
- manipulación del entorno para crear una incomodidad moderada: por ejemplo, cambiando la temperatura o introduciendo un olor desagradable;

<sup>94</sup> Ronald Rumsfeld, Secretario de la Defensa, Memorandum for the Commander, US Southern Command, *Counter-Resistance Techniques in the War on Terrorism (S)*, April 16, 2003.

<sup>95</sup> Senator McCain, 109th Congress, Department of Defense Appropriations Act (2006), 5 octubre 2005, p S11063.

- alteración de los horarios de sueño del detenido: por ejemplo, invirtiendo los ciclos de sueño de la noche al día y;
- aislamiento, separando al detenido de los otros detenidos, pero sin dejar de cumplir con las normas básicas de trato al detenido.

A la hora de examinar dichas técnicas, aparece claro que se destacan varios elementos que constituyen la definición de la tortura, con arreglo a la definición dada en el primer artículo de la Convención Contra la Tortura puesto que los actos son llevados a cabo por funcionarios del Gobierno; tienen un objetivo claro, que es el de obtener datos para los servicios de inteligencia y extraer información; se cometen intencionadamente y las víctimas se hallan en condición de indefensión.

Sin embargo, para corresponder a la definición que da la Convención, los actos infligidos deben causar un dolor o sufrimiento grave, que sean físicos o mentales. En casos concretos, dicho aspecto es más difícil de aplicar por lo que resulta complicado evaluar *in abstracto* si los actos como el retiro de la ropa caben dentro de ésta categoría. No obstante, es cierto que obligar a los detenidos a desnudarse en la presencia de mujeres y teniendo en cuenta las diferencias culturales, en casos individuales pueden causar una presión psicológica extrema y puede considerarse como un trato degradante e incluso como tortura. Del mismo modo, se puede afirmar que el uso de perros entra en la categoría de los tratos crueles, sobre todo si está claro que existe una fobia personal.

A pesar de su carácter obviamente agresivo, el uso de perros en los centros de detención ha sido confirmado, por las declaraciones de ex -detenidos en Guantánamo, después de haber sido autorizado en el Primer Plan de Interrogatorio Especial según el Reglamento del Ejército adoptado en 2005 y en el memorandum aprobado por el Secretario de la Defensa en 2002.<sup>96</sup> Después de haber entrevistado a ex – detenidos del centro de detención de Guantánamo, el R.E sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo llegó a la conclusión que, algunas técnicas, en particular, el uso de perros, la exposición a temperaturas extremas, la privación de sueño durante varios días enseguida y el aislamiento prolongado les ocasionaron sufrimientos

---

<sup>96</sup> En el relación con el primero, véase la pagina 14 del Army Regulation 15-6: Final Report Investigation into FBI Allegations of Detainee Abuse at Guantanamo Bay, Cuba Detention Facility, [*The Schmidt Report*], 1 April 2005 (Amended 9 June 2005) y la pagina 12 del memorandum redactado por Jerald Phifer a la atención del Commander, Joint Task Force 170, *Request for Approval of Counter-Resistance Strategy*, 11 October 2002, lo cual fue adoptado por Ronald Rumsfeld, Secretario de la Defensa el 27 de noviembre de 2002.

graves, equivalentes a tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, aplicadas de forma sistemática y con el conocimiento del Gobierno estadounidense y con la complicidad de éste.<sup>97</sup>

A lo largo de las múltiples invitaciones a visitar el país, y con vistas a desempeñar la situación de los detenidos en Guantánamo, los diferentes órganos de las Naciones Unidas han tenido que comunicar con la CIA, encargada de los programas de defensa de los EE.UU. Sin embargo, la falta de cooperación de la Agencia del Estado sobre los programas interrogatorio tanto como el cuerpo significativo de pruebas les condujeron a concluir que la CIA ha sido parte, y sigue siendo parte, del programa de técnicas intensivas de interrogatorio, que violan el Derecho Internacional. En este contexto, el R.E, junto con el Consejo de Derechos Humanos y el Comité Contra la Tortura, pone de relieve que la definición de la tortura y otros tratos malos usada por los EE.UU es la definición establecida en la Constitución americana, la cual es mucho más restrictiva que aquella arraigada en la norma internacional.

#### 6. Los casos de rendición de detenidos a otras jurisdicciones y el uso de centros de detención secretos

El R.E es consciente de las numerosas alegaciones en relación con el traslado de sospechosos de terrorismo y otras personas por parte de la CIA a “lugares clasificados” (o centros de detención secretos) y/o a países donde la persona detenida puede encontrarse en una situación de detención para una duración indeterminada y/o a técnicas de interrogatorio equivalentes a tortura o otros tratos crueles, inhumanos y degradantes. Los informes realizados hasta ahora sugieren que dichas técnicas han sido aplicadas por agentes de la CIA directamente, o en su presencia. La existencia de dichos centros secretos y de los traslados ha sido confirmada por el Presidente Bush el 6 de septiembre de 2006.<sup>98</sup>

Dicho esto, es cierto que existen varias formas de traslado de personas de una jurisdicción a otra, y estos mecanismos son legales, siempre y cuando cumplen con la obligación de no-devolución contenida en el artículo 3(1) de la Convención Contra la Tortura. Es importante precisar que lo prohibido por el Derecho Internacional es la rendición extraordinaria de una persona a un Estado con el fin de interrogarla o detenerla sin cargos. La rendición en estas circunstancias también crea un riesgo para la persona de que sea sometida a

---

<sup>97</sup>Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Resolución 1433, *Legalidad de las Detenciones por los Estados Unidos en Guantánamo Bay*, 26 de abril de 2005, párr7 (ii).

<sup>98</sup>Véase el transcripción del discurso de George W. Bush en la Casa Blanca en: <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2006/09/20060906-3.html> (última visita el 9 de septiembre de 2014)

la tortura u otro trato o pena cruel, inhumano y degradante. La rendición extraordinaria, o entrega extraordinaria, o devolución forzada es una práctica común de la CIA de mandar secretamente a sus rehenes a países donde sí pueden ser torturados por servicios de inteligencia hermanos sin limitaciones impuestas por la ley estadounidense. El programa empezó bajo la Administración Clinton con el fin de detener a aquellas personas planeando, o que han participado en ataques dirigidas a los Estados Unidos y recoger los documentos en su posesión.

Al inicio del programa, en 1995<sup>99</sup>, las rendiciones extraordinarias eran sujetas a procedimientos estrictos: primero, el país receptor tenía que poseer un orden de detención pendiente contra la persona; segundo, cada caso de entrega tenía que ser ampliamente investigado por la administración antes de su aprobación por altos oficiales del Gobierno; luego, los Gobiernos locales eran informados y, finalmente, dichos Gobiernos tenían que presentar seguridades (las denominadas seguridades diplomáticas) que aseguran que no iban a someter la persona entregada a malos tratos<sup>100</sup>. Inicialmente, antes de la Administración Bush, se utilizaba el término “rendición” para las devoluciones a otros países con el fin de interrumpir las actividades terroristas y enjuiciar a las personas entregadas. Sin embargo, desde el 2001, dicho proceso se ha convertido en una medida para la recolección de inteligencia, sin juicio o las garantías de debido proceso, interrogando las personas usando la tortura.<sup>101</sup> Desde el 2001, se estima que centenas de sospechosos de terrorismo han sido capturados, secuestrados y enviados, bajo el control de la CIA, a países terceros donde la tortura se aplica de manera sistemática y particularmente brutal (Egipto, Siria, Liban...).

La práctica de la devolución forzada a países terceros en los que se corre el riesgo serio de ser torturado ha sido bien documentada. El caso del Sr. Al Qadasi ha sido investigado en 2005 por Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria al final del cual se concluyó que se había violado su derecho a la libertad y a la seguridad personal. De hecho, en abril de 2004, el Sr. Al-Qadasi ciudadano yemeni, fue trasladado el Yemen por las autoridades estadounidenses, después de detención en 2001 en Irán. Según su abogado y varias ONGs internacionales, no se le comunicó su regreso inminente al Yemen y, por

---

<sup>99</sup> SCHEUER M., *Statement of Mr. Micheal F. Scheuer, Former Chief, Bin Laden Unit, Central Intelligence Agency*, 110th session Congress, April 17, 2007, p12.

<sup>100</sup> WEISSBRODT D., BERGQUIST A., “Extraordinary Rendition: A Human Rights Analysis”, *Harvard Human rights Journal*, vol.19, 2006, p124.

<sup>101</sup> KALECK W., “Justice and accountability in Europe: discussing strategies”, en CIA – “Extraordinary Rendition” flights, torture and accountability – a European Approach, European Center for Constitutional and Human Rights, Second Edition, Marzo 2008, p15.

consiguiente, no tuvo posibilidad de apelar ésta decisión. A principios de abril, le pusieron una inyección sin su consentimiento, tras la cual perdió la consciencia y tuvo alucinaciones. Cuando se despertó, estaba en la prisión de Sana'a donde le golpearon y le privaron de alimentación. El R.E considera que la práctica de entrega extraordinaria emprendida por los EE.UU contraviene el artículo 3 de la Convención Contra la Tortura y el artículo 7 del PIDCP. El caso del Sr. Al-Qadasi es seguramente no el único, tal como se puede observar en las últimas comunicaciones del año 2013 al R.E sobre la tortura. En particular, el caso del 5 de diciembre de 2013 del ciudadano argelino Mr. Ameziane, que huyó de Argelia temiendo persecución y acoso y se refugio en Afganistán en 2000. Luego, fue capturado y entregado a las fuerzas estadounidenses. Después de haber sido sometido a tortura y malos tratos en el centro de detención de la bahía de Guantánamo, está pendiente su devolución a Argelia, donde sospecha que sufrirá tortura y otros tratos abusivos.<sup>102</sup>

Por todo esto, la rendición extraordinaria como tipo de subcontratación de la tortura, en países conocidos por su práctica de la tortura y la completa desconsideración de los derechos humanos de las personas capturadas constituye una de las violaciones más graves de nuestra época. Además, el uso por la CIA de aviones civiles para el trasbordo de personas en el marco de dicho programa de rendición viola varias leyes nacionales e internacionales incluyendo las provisiones del derecho de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario, el derecho de los refugiados y la Convención de Chicago sobre la aviación civil y el derecho consuetudinario.

Debido al continuo rechazo del Asesor Legal de la CIA de cualquier tipo de diálogo y tomando en consideración las pruebas de dicho delito, el R.E llega a la conclusión según la cual la CIA ha sido y sigue siendo parte del programa de rendición extraordinaria. Dicha conclusión está respaldada por casos presentados ante el Consejo de Derechos Humanos y el Comité Contra la Tortura. El caso de *Alzery c. Suecia*<sup>103</sup> ante el Consejo de Derechos Humanos en 2006 confirma las alegaciones en relación con la participación activa los servicios de inteligencia estadounidense, especialmente cuando se revela que dos agentes del Gobierno de los Estados Unidos han supervisado el trasbordo de los expulsados hacia Egipto

---

<sup>102</sup> Human Rights Council, Communications Report of Special Procedures, A/HRC/26/21, June 2, 2014.

<sup>103</sup> Consejo de Derechos Humanos, caso de *Mohammed Alzery c. Suecia*, Comunicación No. 1416/2005, U.N. Doc. CCPR/C/88/D/1416/2005, 10 de noviembre de 2006, párrs. 3.11 y 4.12: "The Swedish Government had little hesitation in permitting a covert Central Intelligence Agency (CIA) operation to occur on Swedish soil... They were also informed, and accepted, that the CIA agents would be masked and hooded".

desde el aeropuerto de Bromma en Suecia. El caso de *Ahmed Agiza c. Suecia*<sup>104</sup> en 2005, ante el Comité Contra la Tortura también menciona detalles sobre el apoyo material de los Estados Unidos en el mismo aeropuerto de Suecia con el fin de trasladar los detenidos de manera forzada a Egipto, infligiéndoles un trato abusivo. El R.E también llegó a la conclusión de que las autoridades militares estadounidense han participado en dicho programa dado que la amplitud del programa ha requerido su asistencia logística.

7. La falta de imparcialidad y el imperio de la impunidad como características destacables del enjuiciamiento de los responsables de la práctica de las técnicas de interrogatorio equivalentes a la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes

Con arreglo a los artículos 2, 4 y 16 de la Convención Contra la Tortura, los Estados Partes deben prohibir, en su territorio, cualquier acto de tortura y otro trato cruel, inhumano y degradante. Además, en virtud de la aplicación extraterritorial de la Convención y de las obligaciones contenidas en los artículos 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas, los Estados Parte deben asegurarse que dichas prácticas no se apliquen fuera de su territorio y que no concedan su uso por parte de cualquier otra persona. De hecho, es imprescindible que se hagan responsable los autores de dichos actos (que sea de manera directa o en la cadena de mando). Por todo esto, el R.E está preocupado por los informes que indican que mientras varios agentes de las fuerzas militares han sido investigados y enjuiciados por los abusos que han cometido, todavía no se han aplicado los mismos procedimientos cuando se trata de agentes de la CIA o altos oficiales de la cadena de mando. Por otra parte, es notable que el Departamento de Justicia de los Estados Unidos no ha iniciado ningún tipo de acción en cuanto al enjuiciamiento de las personas impugnadas.

Tal como se comentó de antemano, durante mucho tiempo los detenidos no tenían acceso a un proceso judicial. Las investigaciones de las denuncias de torturas o otros tratos crueles, inhumanos o degradantes fueron realizadas por diferentes partes del Gobierno (los servicios de inteligencia por si-mismos, el Comité de Investigación del Senado y bajo la Regulación del Ejercito 15-6 que asegura el poder investigador del Ejercito) y carecían de

---

<sup>104</sup> Caso de *Ahmed Agiza c. Suecia* ante el Comité Contra la Tortura, Comunicación Nº 233/2003, CAT/C/34/D/233/2003, 24 de mayo de 2005, el párr. 12.28 en particular hace referencia a la presencia de agentes de la CIA en el aeropuerto de Bromma (Suecia) con el fin de trasladar los detenidos a Egipto: “la Agencia Central de Inteligencia (CIA) había ofrecido una aeronave a la Policía de Seguridad de Suecia, pocos días antes del 18 de diciembre de 2001, para la expulsión directa a Egipto.” Los párrafos siguientes son también de interés en cuanto al trato recibido por los expulsados : párrs. 10.2, 11.14, 12.29, 12.30, 13.1.



imparcialidad. El informe realizado por los oficiales militares en cabeza de la investigación del Ejército<sup>105</sup> (*The Schmidt Report*) retrata las varias alegaciones investigadas en el centro de detención de la bahía de Guantánamo y las respuestas dadas caso por caso. En cada uno de los casos que implican el uso de técnicas no autorizadas por el Manual del Ejército y por las directivas del Departamento de Defensa, los oficiales encargados de la investigación no emiten ningún tipo de castigo o intención de enjuiciar a los autores de dichos actos. Del mismo modo, no parece que se llevó a cabo ningún tipo de investigación judicial independiente de las denuncias sobre la práctica de la tortura y malos tratos, asegurando así la impunidad de los autores de dichos actos.

La lucha contra la impunidad en este contexto se revela particularmente difícil, especialmente en un marco donde las investigaciones, cuando se realizan, no examinan todos los componentes de los casos y las personas encargadas no parecen dispuestas a impugnar oficiales de alto rango. Después de la publicación de un email por los medios de comunicación, en el cual un agente del Federal Bureau of Investigation (FBI por sus siglas en inglés) revela que interrogadores del Departamento de Defensa se hicieron pasar por miembros del FBI, aplicando las técnicas de interrogación agresivas equivalentes a la tortura sin hacerse responsable de dichos delitos, se reconsideran seriamente los esfuerzos emprendidos por la Administración Bush para combatir la impunidad de sus agentes. Los interrogadores del Departamento de Defensa, posiblemente por orden de oficiales de alto rango, se esforzaron para evitar que tener que rendir cuentas por el uso de métodos ilegales.

El R.E opina que la falta de investigación independiente de las diferentes denuncias de tortura y malos tratos en la bahía de Guantánamo constituyen un incumplimiento de las obligaciones de los EE.UU en virtud de los artículos 12 y 13 de la Convención Contra la Tortura. Desde este momento, se renovaron en varias ocasiones las invitaciones del R.E a los Estados Unidos para visitar el centro de Guantánamo a las cuales el Gobierno de los Estados Unidos extendió una invitación al R.E para visitar algunas partes del centro, excluyendo la posibilidad de proceder a entrevistas privadas con los detenidos. El R.E tiene absoluto apego al principio de acceso sin restricciones a todos los detenidos para poder investigar de manera creíble cualquier caso de malos tratos y tuvo que declinar la invitación y presentar otra demanda en 2013 y mientras tanto insta a los Estados Unidos a que adopten medidas

---

<sup>105</sup> Véase las paginas 9,10,11,12,14,17,18 y 24 del Army Regulation 15-6: Final Report Investigation into FBI Allegations of Detainee Abuse at Guantanamo Bay, Cuba Detention Facility, [*The Schmidt Report*], 1 April 2005 (Amended 9 June 2005), sobre el análisis realizado en torno a casos de abuso mediante el uso de técnicas no autorizadas.

legislativas, administrativas y judiciales para enjuiciar, protegiendo todas las garantías de debido proceso a los detenidos de Guantánamo, y a que conduzcan investigaciones independientes del uso de violencia utilizado para la alimentación forzada, a que autoricen los expertos de las Naciones Unidas a entrar sin restricciones en las instalaciones de Guantánamo y, emprender todos los pasos para cerrar el centro de detención de Guantánamo.<sup>106</sup>

## **2. El Derecho Internacional Humanitario como instrumento de protección estándar para los detenidos de los Estados Unidos**

Junto con el instrumento fundamental que hemos visto en torno a la prohibición de la tortura en la forma de la Convención Contra la Tortura, nos centraremos luego en otro conjunto de normas tan importante como las de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De este modo, el Derecho Internacional Humanitario o *ius in bello* como no puede prohibir conflictos, por los menos intenta humanizarlos y limitar sus efectos. Su autoridad emana tanto de normas convencionales como del derecho consuetudinario cuya finalidad es encontrar soluciones a problemas humanitarios sobre todo en situaciones de conflicto armado. En efecto, dado que el terrorismo cabe dentro de los métodos de combate en la esfera internacional, cuyo objetivo es afectar a un grupo de víctima, por una razón u otra. Desde luego, se encuentra regulado por el derecho aplicable a los conflictos armados, es decir el Derecho Internacional Humanitario. De este modo, el DIH pretende crear un equilibrio entre las necesidades militares y el principio de humanidad. Los tratados de DIH constituyen normas internacionales y, como tal, tienen carácter obligatorio.

### **2.1 Los Convenios de Ginebra: el Derecho de los conflictos armados aplicable al conflicto contra Al-Qaeda**

En este contexto, los cuatro Convenios de Ginebra, aportados por la Cruz Roja como resultado de sus años de intervención en el terreno en situaciones de conflicto armado, adoptados en 1949<sup>107</sup> que tienen máxima autoridad en situaciones de conflictos armados, no sólo brindan protección a los combatientes enemigos y civiles, sino también enseñan que los combatientes ilegales deben ser "tratados con humanidad y ... no quedarán privados de su derecho a un juicio equitativo y legítimo" (Cuarto Convenio de Ginebra, Art.5). Dichos

---

<sup>106</sup> Inter-American Commission on Human Rights, "Statement of the United Nations Special Rapporteur on torture at the Expert Meeting on the situation of detainees held at the U.S. Naval Base at Guantanamo Bay", Washington DC, 3 October 2013

<sup>107</sup> El Primer Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, el Segundo Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, el Tercer Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra y, el Cuarto Convenio relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra aprobados el 12 de agosto de 1949 en Estocolmo.

tratados se aplican a ciertas categorías de personas, los heridos y enfermos (Convenio I y II), los náufragos (Convenio II), los prisioneros de guerra (Convenio III) y las personas civiles (Convenio IV). Mientras cada uno de los Convenios se dedica a la protección de categorías específicas de personas vulnerables en situaciones de conflicto armado, tienen también una característica común recogida en el artículo 3 común a todos los Convenios. El artículo 3 común merece una atención especial en los conflictos dado que sólo se aplica a conflictos no internacionales y es el único artículo aplicable a esos conflictos. Desde luego, el artículo 3 pasa de ser un artículo parte de un convenio cuyo objetivo va mucho más allá que los conflictos no internacionales, a llegar a ser un cuerpo normativo en si-mismo. Este texto garantiza, por lo menos, la aplicación de normas humanitarias básicas, reconocidas por todas las sociedades civilizadas y da una base legal a las intervenciones de la Cruz Roja. Por otra parte, el artículo define de manera precisa los estándares que se deben aplicar, enunciando encima algunas normas imperativas. El artículo 3 sobre los conflictos no internacionales prevé

“En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

- a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;
- b) la toma de rehenes;
- c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
- d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.

Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto.

El ámbito de aplicación del artículo concierne los casos de conflicto armado no internacionales. Aunque “conflicto no internacional” es una expresión general, ha sido ampliamente discutida durante la Conferencia Diplomática de Estocolmo y se añadieron algunas condiciones para distinguir un conflicto armado de un acto de bandidaje o una insurrección.

Las obligaciones de las Partes en virtud del artículo 3 representan un mínimo obligatorio para “cada una de las partes”. El artículo ha sido redactado así con el fin de obligar el respeto del artículo por una parte no signataria o una parte que no representa una entidad jurídica capaz de comprometerse internacionalmente. Incluso más, se omitió la cláusula de reciprocidad en el artículo 3 volviéndolo así en un artículo incondicional.

En torno al contenido de la obligación, el primer párrafo prevé que todas las personas recibirán un trato humano, reafirmado en el artículo 13 del Tercer Convenio de Ginebra, fundamento esencial de los Cuatro Convenios de Ginebra. Además, si se debe respetar dicha disposición en los casos más indeterminados de conflicto, con mayor razón debe respetarse en el marco de los conflictos internacionales.

Por otra parte, el artículo 3 garantiza que las víctimas de conflictos armados tendrán derecho a una asistencia humanitaria. En el contexto de los conflictos armados, la Cruz Roja ha ofrecido sus servicios humanitarios en varias ocasiones cuando lo juzgó útil en el interés de las víctimas.

Dichos Convenios prevén de manera general, aplicable a todas las categorías de personas protegidas que, en situación de conflicto armado todos los afectados serán tratados con humanidad (Convenio I, art.12, Convenio II, art.12, Convenio III, art.13, Convenio IV, art.27), no serán sujetos a tortura (Convenio I, art.12, Convenio II, art.12, Convenio III, art. 17, Convenio IV, art.32 y 147), a experimentos biológicos (Convenio I, art.12, Convenio II, art.12, Convenio IV, art.147), a actos violentos, intimidación o violación (Convenio IV, art.27).

En caso de infracción grave, se entiende la práctica de la tortura o los tratos inhumanos, incluso los experimentos biológicos, las conductas que causan sufrimiento intenso y los atentados graves a la integridad física o la salud, llaman a la aplicación de sanciones penales por las otras Partes Contratantes (Convenio I, art. 50 y 49, Convenio II, art. 51 y 50, Convenio III, art.13, 130 y 129, Convenio IV, art.146 y 147).

En lo que concierne los prisioneros de guerra, particularmente vulnerables en cuanto a los métodos de coerción física o moral con vista a extraer informaciones, el Tercer Convenio no admite ninguna coerción cualquiera para poder obtener informaciones (art.17 del Tercer Convenio).

Los Convenios de Ginebra se acompañan de dos Protocolos Adicionales, adoptados en 1977. El primer Protocolo Adicional nos interesa en particular por su definición y prohibición de la tortura contenida en su artículo 11, la cual complementa el art.3 común a todos los Convenios de Ginebra (reafirmando la prohibición de la tortura).

Los Convenios de Ginebra, siguiendo el modelo de otros tratados internacional, se acompaña de un órgano cuya función es supervisar la aplicación de las provisiones contenidas en los Convenios. En el caso que tratamos en este trabajo, el trato recibido por las personas en situación de privación de libertad está regulado por el III Convenio de Ginebra. En este contexto, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) tiene un estatuto especial, así como fue redactado en el artículo 3 común que sugiere que el CICR puede ofrecer su asistencia humanitaria a casos donde juzga que es en el interés de la víctima.

## **2.2 El trabajo del Comité Internacional de la Cruz Roja**

El Comité es una institución independiente no gubernamental dotada de un estatuto de Derecho Internacional Público funcional y, como tal dicho estatuto le permite emprender su acción humanitaria en cualquier tipo de conflicto armado. Sus funciones son las de mantener y vigilar la aplicación de los Convenios y los principios fundamentales de la Cruz Roja, es decir asegurarse que las personas bajo su control sean tratadas con dignidad y humanidad.

### **2.2.a Procedimientos de las actividades del Comité Internacional de la Cruz Roja**

En este contexto, el CICR es la única organización no gubernamental humanitaria autorizada a entrar en los centros de detención administrados por los Estados Unidos en Afganistán, Irak y la Bahía de Guantánamo. El CICR empezó su misión en relación las actividades de los Estados Unidos en enero de 2002 en Afganistán y en Guantánamo y en marzo de 2003 en Irak.

La finalidad de las visitas es garantizar el respeto de la vida, la dignidad y el derecho fundamental de los detenidos a que se les ofrezcan las debidas garantías procesales así como prevenir los malos tratos y permitir al CICR formular recomendaciones a las autoridades para mejorar las condiciones de detención de las personas privadas de libertad.

A la hora de visitar a los detenidos, el CICR sigue una serie de modalidades efectuadas por un equipo de delegados especializados del CICR, acompañados de intérpretes y personal médico. Los delegados tienen el derecho de hablar con total privacidad con cada uno de los detenidos y deben poder visitar todas las celdas en las que haya detenidos, así como todas las instalaciones que pertenecen al centro, incluso las celdas de castigo y, finalmente el CICR registra los datos de cada detenido que visita con el fin de seguir la situación de cada detenido a lo largo de su detención. Los delegados mantienen contacto con las autoridades del centro antes y después de sus visitas, notificándoles de sus conclusiones y recomendaciones para mejorar las condiciones de detención.<sup>108</sup> En caso de traslado de un detenido a otra jurisdicción, delegados del CICR tienen la oportunidad de entrevistar los detenidos sin testigos para darles la posibilidad de expresar cualquier temor en cuanto al trato que puede recibir después del traslado. Este procedimiento permite reforzar la garantía de no-devolución que prohíbe a un Estado entregar una persona a un país donde haya un riesgo de que la persona sea objeto de malos tratos.

### **2.2.b La contribución de las actividades del Comité Internacional de la Cruz Roja**

A lo largo de los años, el CICR ha realizado acerca de 100 visitas<sup>109</sup> a centros de detención bajo el control de los Estados Unidos. El CICR realizó una serie de informes sobre la cuestión del trato recibido por los detenidos que se encuentran bajo el control de las fuerzas americanas y sus aliados.

En un informe de 2004<sup>110</sup>, un equipo de inspección del CICR acusó al ejército de los Estados Unidos de utilizar técnicas similares a tortura, en la forma de coerción psicológica y a veces física. El CICR había descubierto durante su visita a varios centros de detención en Irak un sistema de recopilación de información diseñado para quebrar la voluntad de los detenidos mediante “actos humillantes, aislamiento, temperaturas extremas y la utilización de posiciones forzadas”.<sup>111</sup> Ese sistema sólo puede entenderse como una construcción establecida con la intención de imponer un trato cruel, humillante y degradante para obtener información de inteligencia.

---

<sup>108</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, “Personas detenidas por Estados Unidos en relación con los conflictos armados y la lucha anti-terrorista – el papel del CICR”, 14 de septiembre 2010

<sup>109</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, “100 visitas del CICR a Guantánamo”, 11 de febrero de 2014

<sup>110</sup> International Committee of the Red Cross, “Report of the International Committee of the Red Cross on the treatment by the coalition forces of prisoners of war and other protected persons by the Geneva Conventions in Iraq during arrest, internment and interrogation”, February 2004.

<sup>111</sup> *Id.* nota 46, p 2.

Por otra parte, el informe realizado por delegados del CICR en 2007 sobre el trato de catorce “detenidos de alto valor”<sup>112</sup> (dentro de los cuales figuran Abu Zubaydah y Khaled Sheikh Mohammed) bajo custodia de la CIA que habían sido detenidos en sitios secretos y/o en países terceros revela que han sido sometidos a tratos equivalentes a tortura. El CICR nunca fue notificado de la existencia de estos presos<sup>113</sup> hasta la declaración del Presidente Bush el 6 de septiembre de 2006. Delegados del CICR tuvieron la posibilidad de visitar a dichos detenidos en octubre de 2006 en Guantánamo. La recurrencia del uso reportado de malos tratos, desde el momento de su captura hasta las entrevistas privadas con el CICR es una de las características del informe. Los autores del documento insisten en que se debe entender por “malos tratos” y “técnicas de interrogatorio” como prácticas equivalentes a tortura. El informe de 41 paginas detalla de manera precisa los abusos recibidos por dichos detenidos de alto valor, exponiendo por primera vez la amplitud, en tiempo, espacio y crueldad del programa de detención de la CIA. Las conclusiones presentadas por los delegados del CICR son inequívocas a la hora de establecer una lista de las violaciones observadas en los centros de detención administrados por autoridades estadounidenses. Desde luego, las recomendaciones del CICR son las siguientes:

- Que las autoridades estadounidense tomen todas las medidas posibles para eliminar las condiciones abusivas de detención en todos los centros de detención bajo su control,
- Que todas las personas detenidas en el marco de la guerra contra el terrorismo sean tratadas humanamente en todo tiempo,
- Que las personas detenidas en el marco de la guerra contra el terrorismo sean permitidas a comunicar con sus familias en un tiempo razonable,
- Que las personas detenidas puedan gozar de todas las garantías fundamentales,
- Que se les comunique al CICR todas las detenciones realizadas por los EE.UU o por cualquier otro país tercero que actúe en nombre de los EE.UU en el contexto de la guerra contra el terrorismo,

---

<sup>112</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja, “Reporte sobre el trato de catorce « detenidos de alto valor » en custodia”, febrero de 2007.

<sup>113</sup> Véase SIEMS L., “Deceiving the ICRC”, *The Torture Reports*, 16 de septiembre de 2010, y el memorandum del Departamento de Defensa, “ICRC Meeting with MG Miler”, 9 de octubre de 2013 y Standard Operating Procedures in Camp Delta, Joint Task Force Guantánamo, 28 de marzo de 2003 y Counter Resistance Strategy Meeting Minutes, 2 de octubre de 2002 y Comité Internacional de la Cruz Roja, “Reporte sobre el trato de catorce « detenidos de alto valor » en custodia”, febrero de 2007, p7 : « the ICRC has been assured by the Department of Defense that it was given full notification and access to all persons held in Guantánamo during its regular detention visits ».

- Que el CICR tenga acceso ilimitado a todas las personas bajo el control de los EE.UU en el contexto de la guerra contra el terrorismo,
- Que se investiguen todas las alegaciones de malos tratos y tomar medidas para castigar los autores e impedir que vuelvan a repetirse dichos actos y,
- Que las autoridades de los Estados Unidos notifiquen el CICR de todas las personas que han sido procesadas en el programa de detención de la CIA.

Siguiendo las definiciones establecidas por los instrumentos internacionales en el marco de la prohibición contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, parece necesario aclarar algunos puntos, con el fin de entender en detalle los conceptos utilizados en las diferentes definiciones.

### **3. Aclaraciones conceptuales correspondiente a la regulación de la prohibición de la tortura**

Tal como hemos visto de antemano, aunque es cierto que la Convención Contra la Tortura es el instrumento más desarrollado en materia de tortura y con mayor grado de protección de las personas en relación con el tema, hemos destacado que existen también aspectos imprecisos en cuanto al significado exacto de la redacción del tratado. El problema de interpretación de cualquier norma siempre ha sido un problema, pero el dilema con el cual nos enfrentamos en el caso de los Estados Unidos va mucho allá que una simple interpretación diferente de los principios de Derecho Internacional, sino una reinterpretación, la puesta en marcha de un nuevo sistema, paralelo al existente aunque no comparten las mismas bases. Por ello, intentaremos aclarar en los puntos siguientes los términos básicos utilizados cuando se trata de tortura, es decir, ¿cuánto dolor físico se necesita para que un acto sea considerado como tortura?, o diferenciar tortura y coerción y, tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes.

#### **3.1. Diferencia entre la tortura física y la tortura mental**

Primero, es importante hacer la diferencia entre dolor físico y dolor mental. En relación con la tortura física, se identifican los diferentes niveles de intensidad de manera bastante clara entre los golpes, shock eléctrico, quemaduras,... Estos malos tratos tienen los mismos efectos sobre cada organismo humano. Por otra parte, aunque la resistencia física a la tortura cambia de una persona a otra, los daños psicológicos que crean no son siempre verificables. Las pruebas físicas de malos tratos son generalmente indudables mientras síntomas psicológicos de abuso son mucho más difíciles de observar dado que dependen



integralmente del sistema de valores del individuo. Estos sistema de valores comparten algunos aspectos, tal como la protección de sus hijos cuando se les amenazan; mientras otros cambian radicalmente cuando se trata de religión por ejemplo, la cual está directamente influida por su cultura. En este sentido, se han denunciado un número impresionante de abusos en torno a la religión de detenidos bajo custodia de agentes del Estado, en particular fueron casos de deprecio del Islam, en varias prisiones bajo el control de los Estados Unidos.<sup>114</sup> Todos estos elementos son particularmente importantes, aunque se tratan de aspectos principalmente subjetivos y culturales ambiguos, cuando se trata de definir si un acto es equivalente a actos de tortura o si como lo prevé el art.1 del CAT son “dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”. Por ello, si se consideran las consecuencias dramáticas del margen de apreciación dejado a los Estados con una definición muy general de la tortura, parece necesario revisar la definición actual de la tortura para llegar a un consenso que impide su práctica.

Por otro lado, en el momento en que se decide definir la tortura de manera amplia añadiendo cualquier tipo de dolor y sufrimiento, se le quita su capacidad para indignar, haciéndola un componente de nuestras vidas, un elemento vergonzoso con el cual vivimos y que aparece en varias situaciones. Junto con este argumento, tal como lo hemos destacado de antemano, construir la definición de manera tal que abarca a todos los aspectos podría tener un efecto disuasivo para su aceptación universal puesto que algunos países no ratificarían un tratado que contradice sus prácticas de larga tradición (tal como la pena de muerte en los Estados Unidos o el matrimonio forzado en Arabia Saudí).

### **3.2. Diferencia entre la tortura y la coerción**

Además, dentro del tema que nos interesa en este trabajo, cabría precisar qué se entiende por coerción y tortura. Sobre todo en el marco del ámbito penitenciario, el tiempo y el espacio son utilizados como técnicas de coerción que permiten no sólo privar de la libertad, sino también vigilar, conocer e intervenir en los sujetos. Y es precisamente el uso del tiempo y del espacio como técnicas de coerción con las que se fomenta la tortura. Justamente, cuando emerge la abolición de la tortura en Europa, ésta vuelve a ser utilizada por los Estados como medio de interrogación cuando se buscan nuevos métodos para manipular la voluntad y la conducta de los sujetos mientras teniendo menos contacto que en su práctica antigua, para

---

<sup>114</sup> Ver la recopilación de dichos abusos en la tabla realizada por BASSIOUNI C. en su libro, *The Institutionalization of Torture by the Bush Administration*, pp.87 y siguientes.

poder obtener más eficiencia. En dicho contexto, se cambian radicalmente sus puntos de referencia sensoriales, temporales y espaciales, privándoles de todo estímulo sensorial (la luz, los sonidos, la alimentación, el sueño) para alcanzar su objetivo. En breve, la tortura se fomenta por las técnicas de coerción.

### **3.3. Diferencia entre la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes**

Las varias definiciones emitidas para la tortura, en particular el CAT, no hacen una diferencia entre la tortura y los otros malos tratos, las denominadas penas crueles, inhumanas y degradantes. En este contexto la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y las Penas o Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes de 1975 da información adicional en su primer artículo, apartado 2, lo cual establece que la tortura constituye una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumano y degradante. Tal como está comentado por el Relator Especial Nowak en su informe del 2005, la diferencia entre la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes reside en que la tortura es una forma agravada de estos últimos. Sin embargo, el punto débil de esas categorías es la proporcionalidad con la cual se apliquen, así como está aceptado como uno de los tres principios rectores del Derecho Internacional Humanitario. Dichos principios representan el mínimo de humanidad aplicable en todo tiempo, todo lugar y toda circunstancia, válidos incluso cuando los Estados no sean parte de los tratados, por lo que dichos principios representan la costumbre internacional de los pueblos. Junto con los principios de distinción y de humanidad, el principio de proporcionalidad se define como el efecto entre los medios y los métodos de combate escogidos y la ventaja militar que se pretende obtener. Eso se relaciona otra vez con el concepto de necesidad militar.

Dicha perspectiva es apoyada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (el TEDH), especialmente con lo contenido en la decisión sobre el caso *Irlanda vs. Reino Unido* en 1978 en el cual se concluyó que los actos infligidos a los presuntos terroristas de IRA (grupo terrorista irlandés) no alcanzaron el estado de tortura, sino que caracterizaban tratos crueles, inhumanos y degradantes. A la hora de analizar las técnicas de interrogatorio utilizadas, el Tribunal de Estrasburgo sostuvo que causaron intensos sufrimientos físicos y morales (párr.167). El Tribunal sigue afirmando que los malos tratos se diferencian de la tortura por su intensidad. En casos posteriores, validando el criterio enunciado en el caso *Irlanda vs. Reino Unido*, el TEDH declaró que un trato es inhumano cuando es premeditado, se aplica durante horas y causa importantes lesiones físicas o intensos

sufrimientos morales<sup>115</sup>. En efecto, se diferencian de la tortura por lo que son menos graves. Además, los tratos degradantes se entienden como conductas que causan angustia, inferioridad y temor, capaces de humillar a la víctima<sup>116</sup> que alcancen un cierto nivel de gravedad.

En el ámbito de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, también se distinguen dichos tratos, utilizando los criterios establecidos por el TEDH. Entre otros, el caso de *Riebe Star* en el que sacerdotes extranjeros fueron arrestados y expulsados de México por sus actividades en Chiapas, en el cual se concluyó que las circunstancias de su aprehensión, en particular el despliegue innecesario de armas, la negociación de los oficiales que se negaban a identificarse e informar los detenidos sobre las razones de su detención y su destino, causaron un gran temor en los víctimas para su vida y su integridad, lo cual se determinó como trato cruel, inhumano y degradante.<sup>117</sup>

---

<sup>115</sup> Véase el caso *Kudla vs. Polonia*, 26 de octubre de 2000, párr.92 y Caso *Van der Ven vs. Países Bajos*, 4 de febrero de 2003, párr.48.

<sup>116</sup> Ver Caso *Tyrer vs. Reino Unido*, 25 de abril de 1978, párr 30.

<sup>117</sup> Caso *Riebe Star y otros vs. México*, caso No.11.610, Informe No. 49/99, párrs 89, 90 y 91, 1999.

### **CAPÍTULO TERCERO: TORTURAS Y ACCIÓN CONTRA EL TERRORISMO:** **LAS JUSTIFICACIONES AVANZADAS POR PARTE DE LOS ESTADOS UNIDOS**

Dentro de la escena internacional se desarrolla una política asumida por los EE.UU y varios países de la Comunidad Atlántica, la denominada ‘guerra contra el terror’ que resulta de la idea de prevención que surgió como secuela de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos. En los últimos años, se ha alcanzado un nivel tan elevado de desconfianza y de búsqueda de información a todo coste que ha llegado a una situación actual que se caracteriza por la idea de desconsideración de los derechos humanos y de cualquier obligación contratada por parte de los Estados Unidos bajo varios tratados internacionales hasta ahora.

La particularidad de dicha ‘guerra contra el terror’ es que es una guerra no declarada contra un enemigo en particular, sobre todo por la naturaleza del fenómeno de terrorismo como fenómeno transnacional. Por ello, los EE.UU lanzaron una vasta empresa de recopilación de datos de cualquier persona capaz de entregar información sobre cualquier ataque terrorista. Esta búsqueda de información ha sido una prioridad de nivel tan alto que llegó a implementarse a todo coste, en detrimento de los capturados que se encuentran encarcelados con sus derechos más básicos restringidos y, frecuentemente torturados y sujetos a otros tratos crueles, inhumanos y degradantes. En general, la situación antemencionada ha sido una realidad para cientos de sospechosos de actividades terroristas.

Después de haber visto el marco dentro del cual se desarrolló la práctica de la tortura, es posible establecer un cuerpo de leyes que llaman a obligaciones por parte de los EE.UU. Dichas obligaciones se han enmarcado dentro de una evolución histórica manchada de acontecimientos dramáticos, pero es también producto de una cooperación internacional que demuestra una voluntad de prevenir y castigar cualquier violación de los tratados internacionales establecidos y la desconsideración a la idea de dignidad humana. En este contexto, informes por parte de varias Organizaciones No Gubernamentales, tal como Amnistía Internacional y Human Rights Watch han revelado que la mayoría de los detenidos no han sido acusados de ningún delito. Además, los informes insisten en que se restringen los derechos más básicos de dichos detenidos, denegando acceso a información sobre los cargos retenidos ante ellos, privándoles de libertad e, incluso torturándoles, mientras están bajo la custodia de agentes militares. Ese tipo de situación ha sido posible por el consentimiento de múltiples Estados que decidieron ignorar sus compromisos hacia tratados de derechos civiles y políticos cuando han entregado individuos a prisiones donde los detenidos ni siquiera

pueden aprovechar de un juicio justo con todas las garantías de debido proceso, o asegurar su seguridad física y psicológica.

En este capítulo, se intentará dar luz a las justificaciones avanzadas por parte del gobierno estadounidense, después de que se hayan revelado notables violaciones de los derechos y de la dignidad humana de detenidos bajo custodia de agentes de los EE.UU. Dichos detenidos han sido encerrados en centros tal como Guantánamo, Abu Graib, además de las prisiones secretas de la Agencia Central de Inteligencia (CIA, por sus siglas en inglés). Tal es su gravedad que estas justificaciones han sido objeto de estudio y de preocupación del Comité Contra la Tortura, autoridad máxima en materia de violaciones de derechos humanos en este campo, al ejercer su mandato de vigilancia a la hora del examen de los informes periódicos del país, como hemos visto. Junto a las justificaciones contenidas en los informes periódicos dirigidas al Comité, se analizarán a su vez como segunda fuente de expresión de tales justificaciones los memorandos legales redactados por parte del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, poniendo de relieve una interpretación peculiar del concepto de tortura. Junto a esto, se analizarán unos casos de jurisprudencia, revelando la posición del Tribunal Supremo acerca de esta discusión. Por último, se tomará en cuenta estrategias implementadas con el fin de evitar las obligaciones contraídas en virtud de los instrumentos internacionales ratificados, tal como el programa de rendición extraordinaria y el uso de garantías diplomáticas.

### **1. El informe periódico al Comité Contra la Tortura: una interpretación unilateral y selectiva de las provisiones de la Convención Contra la Tortura**

Con el objetivo de entender lo que se denomina interpretación unilateral y selectiva, cabe decir que en relación con la Convención Contra la Tortura, el Senado de los Estados Unidos emitió varias reservas en cuanto al contenido de las provisiones de la Convención y su manera de aplicarlas. El Convenio Contra la Tortura, aunque ratificado en 1994 por los Estados Unidos, ha sido sujeto a varias Reservas, Declaraciones y Entendimientos emitidos por el Senado<sup>118</sup>. El primer aspecto a destacar tras la lectura de dicho documento es el sentido general dado a lo que se entiende por “trato cruel, inhumano y degradante”, como esta establecido por el art.6 de la Convención. En efecto, el Senado precisa que los Estados Unidos respetarán sus obligaciones dimanantes de la Convención en la medida en que “trato cruel,

---

<sup>118</sup> Véase, Senate Executive Session Report 101-30, Resolution of Advice and Consent To Ratification of the Convention Against Torture, 27 de octubre de 1990.

inhumano y degradante” tiene el mismo significado que las prohibiciones contenidas en las enmiendas 5°, 8° y 14°<sup>119</sup>.

### **1.1 La Convención Contra la Tortura: las Reservas emitidas por parte de los Estados Unidos**

La primera reserva (Reserva II.1(a)) emitida por el Senado en torno a la aplicación del CAT hace referencia a la definición de la tortura y en particular a la noción de intención, tal como está prevista en el primer artículo del Convenio. De hecho, el Senado pone de relieve que sólo constituirá un acto de tortura aquella acción que tenga específicamente la intención de causar daños mentales prolongados, ocasionados por: severo daño físico, o la administración de sustancias psicotrópicas que puedan afectar la personalidad del sujeto, o la amenaza inminente de muerte, o la amenaza de otra persona. Sin embargo, es importante recordar que el propio Convenio no hace tal distinción entre todos estos tipos de acciones que pueden dar lugar a severos daños mentales. Por consiguiente, dicha interpretación del CAT reduce la esfera de aplicación de la prohibición de la tortura, dejando por lo tanto un margen de acción más amplio para la práctica de actos equivalentes a la tortura por agentes públicos.

Por otra parte, la segunda reserva (Reserva II.1(b)), en relación con la designación de las personas que pueden estar acusadas de practicar la tortura, emitida por el Senado establece que los Estados Unidos, entenderán por ‘tortura’, tal como está definida en el Art.1 del CAT, solamente aquellas acciones cometidas contra particulares que están bajo custodia del ofensor. Dicho de otra forma, esta reserva establece que serán perseguidas aquellas personas que practican actos equivalentes a tortura únicamente cuando los mismos tengan lugar “bajo custodia o control físico” del ofensor. Mientras tanto, al contrario de las especificaciones introducidas por el Senado, el CAT, enfatiza especialmente la prohibición de entregar personas a Estados extranjeros si existen razones suficientes para creer que la persona se encuentra en peligro o riesgo de ser torturado, tal como está previsto en el artículo 3(2). La aplicación de dicha prohibición ha sido a su vez restringida por el Senado en su Reserva II.2, de manera que la limitación a la posibilidad de entregar personas se aplicará exclusivamente a situaciones donde la probabilidad de tortura sea “más que probable”, basándose en la máxima por la que no es aplicable tal prohibición cuando sea “más probable que la persona no esté en peligro de ser torturado”.

---

<sup>119</sup> Véase Senate Executive Session Report 101-30, Resolution of Advice and Consent To Ratification of the Convention Against Torture, 27 de octubre de 1990, Reserva I.2.

## **1.2 La respuesta de los Estados Unidos ante el Comité contra la Tortura a las acusaciones de violación de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes**

En su informe periódico examinado el 13 de enero de 2006 por el Comité Contra la Tortura, los Estados Unidos presentan un documento exhaustivo sobre las medidas adoptadas para aplicar las provisiones contenidas en el Convenio Contra la Tortura. Dado el carácter bastante profundo del informe, nos enfocaremos sobre los puntos esenciales siguientes para este trabajo:

### **1. La detención de los miembros de Al Qaida y los miembros de fuerzas talibanes**

En primer lugar, las circunstancias particulares como secuela de los ataques terroristas del 11-S y la denominada *guerra contra el terror* llevaron a los Estados Unidos a adoptar una visión restrictiva de lo que se entiende por tortura tradicionalmente en el Convenio Contra la Tortura, especialmente en relación con la protección de miembros de Al Qaida y miembros de fuerzas talibanes bajo el control de agentes estadounidenses. De hecho, los Estados Unidos afirman que los talibanes no tienen derecho al estatuto de prisionero de guerra, y desde luego tampoco a la protección de los Convenios de Ginebra dado que “ los talibanes no se han distinguido de manera efectiva de la población civil del Afganistán. Además no han llevado a cabo su operaciones con arreglo a las leyes y costumbres de la guerra..”(párrafo.25). Por otra parte, concluyen que Al Qaida tampoco puede tener derecho a la protección de dichos Convenios puesto que es un grupo terrorista que no puede considerarse Estado Parte al Convenio<sup>120</sup>.

Con el fin de justificar tal visión de los grupos mencionados, los Estados Unidos hacen referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de dicho asunto, donde ha sostenido que los combatientes ilegales pueden ser detenidos y juzgados por los tribunales militares<sup>121</sup>. Según el punto de vista de los Estados Unidos, no existe ninguna duda sobre el estatuto de miembros de Al Qaida y de fuerzas talibanes como combatientes enemigos argumentando que dicha interpretación está de conformidad con el Derecho Internacional.

---

<sup>120</sup> U.S Department of State, Office of the Press Secretary, Ari Fleisher, *White House Press Secretary announcement of President Bush's determination re legal status of Taliban and Al Qaeda detainees*, February 7, 2002.

<sup>121</sup> Véase *Ex Parte Quirin*, 317 U.S. 31 de julio de 1942 ; *United States v. Lindh*, 212 F. Supp. 2d 541, 547 (E.D. Va. 2002) (en el cual se concluyó que los talibanes no cumplen con los cuatro requisitos para obtener el estatuto de prisionero de guerra).

Desde luego, no les parece necesario examinar la situación de cada detenido en Guantánamo caso por caso. En este sentido, el fallo del Tribunal Supremo en el caso *Rasul c. Bush* (2004) y en *Hamdi c. Rumsfeld* (2004) estableció una vía para la creación de *Tribunales de Determinación del Estatuto de los Combatientes* en la bahía de Guantánamo en caso de duda acerca del estatuto de los detenidos en Guantánamo (párr.30), asegurando que los procedimientos de dichos tribunales estaban de acuerdo con las garantías previstas por la Constitución y el Reglamento 190-8 del Ejército (párr.31).

Sin embargo, a pesar de no aprovechar de las protecciones relativas al estatuto de prisioneros de guerra, los Estados Unidos dicen asegurar el trato humano y la garantía de la seguridad física y psicología de los detenidos de Guantánamo (párr.63 a 68). Con el fin de comprobar tal respeto de la dignidad de los detenidos, los Estados Unidos permiten al Comité Internacional de la Cruz Roja visitar a cada uno de los detenidos en Guantánamo, bajo custodia del Departamento de Defensa (párr.69). Los Estados Unidos añaden también que se respetará unos estándares en torno a “un entorno salubre, seguro y humano” a los detenidos bajo custodia del Departamento de Defensa en Afganistán, en particular en los centros de internamiento de Kandahar y Bagram (párr.71).

## 2. El traslado de personas a países terceros

De otro lado, los Estados Unidos en el informe mencionan los casos de traslado de personas a países tercero siempre y cuando dichas personas han dejado de representar una amenaza para la seguridad de los Estados Unidos y sólo cuando reciben garantías de que el Estado receptor trate los detenidos de manera humana (párr.45). En efecto, dicho sistema de garantías diplomáticas “consiste en no trasladar a una persona a un país si se concluye que lo más probable es que sea torturado” (párr.46).

## 3. Las comisiones militares

En tercer lugar, el informe establece una base legal, tras la Orden presidencial del 13 de noviembre de 2001, para la creación de comisiones militares y uso en cuanto al enjuiciamiento de autores de crímenes de guerra (párr.48). Se precisa también que se deja a la discreción del Presidente restringir la presencia del acusado al juicio cuando se tratará de información confidencial (párr.53-54).

El informe también hace referencia a las inquietudes acerca del memorandum legal redactado por la Oficina del Asesor Jurídico del Departamento de Justicia el 1 de agosto de



2002 en torno a la definición de la tortura y posibles defensas en relación con esta. Dicho documento fue retirado y reemplazado por el memorandum del 30 de diciembre de 2004, lo cual está redactado en conformidad con lo previsto en los artículos 2340 y 2340A del Título 18 del Código de Leyes de los Estados Unidos sobre la tortura.<sup>122</sup>

## **2. Los memorandos legales como ejemplo de reinterpretación del cuerpo fundamental de leyes en relación con la definición de la tortura y las técnicas de interrogatorio agresivas**

Uno de los aspectos más contundente a la hora de aplicar la política de la tortura, tal como fue establecida por los miembros de la administración Bush, es la sorprendente autoridad conferida a los memorandos legales redactados bajo la supervisión del Departamento de Justicia. Las directivas contenidas en dichos documentos son un claro ejemplo de un “*civilian leadership*” donde se dejan tomar decisiones a personas que no tienen el peritaje necesario en la materia. De hecho, los abogados y asesores de la Casa Blanca se otorgaron una cierta autoridad, supuesta indiscutible en torno a la modalidades de los interrogatorios de detenidos, dejando de lado los altos oficiales que tienen la experiencia necesaria y la jurisdicción legal para administrar dichos asuntos. En este contexto, es necesario profundizar el análisis de los memorandos clave que han contribuido al establecimiento de nivel de tolerancia particularmente alto en cuanto a la práctica de la tortura, por parte de agentes de Estado Unidos y, la justificación del abandono de las obligaciones estadounidenses, asumidas al ratificar los principales tratados en materia de tortura, en particular, la Convención contra la Tortura y los Convenios de Ginebra. Por lo tanto, es importante tener en cuenta sobre todo los tres memorandos que permitieron instaurar un avance significativo en la creación de una visión nueva de la tortura.

En este contexto, los memorandos legales redactados por el Departamento de Justicia tuvieron una influencia primordial, sobre todo en relación con lo que se entiende por la tortura. De hecho, la siguiente parte se enfocará principalmente en dos memorandos que iluminan el proceso de reinterpretación de los principios fundamentales de la definición de la tortura.

---

<sup>122</sup> Para acceder al artículo 2340, acudir a la página siguiente : <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2011-title18/html/USCODE-2011-title18-partI-chap113C-sec2340.htm> y el artículo 2340A: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2011-title18/html/USCODE-2011-title18-partI-chap113C-sec2340A.htm> (última visita el 9 de septiembre de 2014).

## 2.1 El memorandum Bybee I: una definición particular de los Estados Unidos de la tortura

Por una parte, se tomará en cuenta el primer memorandum redactado por Jay S. Bybee (en aquél entonces Asistente del Fiscal General de la Oficina de Consejo Legal (OCL) del Departamento de Justicia) y John C. Yoo (en aquél entonces Ayudante Adjunto del Fiscal General de la OCL del Departamento de Justicia), el 1 de agosto de 2002, dirigido a Alberto R. Gonzales (en aquél entonces Asesor Letrado de la Casa Blanca), en el cual abordan una discusión sobre dos elementos esenciales de la definición de la tortura, en particular la concepción de “severo” y de “daño mental prolongado” (desde aquí adelante Memorandum Bybee I).

En relación con el primero, el Departamento de Justicia hace referencia a un cierto “nivel de dolor” que pueda ser aguantado durante los interrogatorios, lo cual debe ser equivalente al dolor que acompaña severas lesiones físicas, tal como en caso de “discapacidad permanente de una función corporal significativa, el colapso de órganos o muerte”<sup>123</sup>. Dicha interpretación va en contra del uso de “severo” establecido en el CAT, puesto que este permite distinguir, en particular, el uso legítimo de la fuerza tal como durante un arresto por la policía, la cual puede usar de la fuerza de manera moderada cuando el detenido no coopere; y el uso de la fuerza equivalente a la tortura, cuando está utilizada de forma desproporcionada. En relación con el segundo fundamento, el memorandum pone énfasis sobre la duración del daño mental sufrido. En este caso, el Departamento de Justicia concluyó que únicamente cabrían dentro de lo que se considere como tortura los daños perdurables.

Además, el elemento de “intento” debe ser claramente presente a la hora de utilizar técnicas de interrogatorio más agresivas. De hecho, incluso cuando el autor de dichos actos sea consciente de la severidad del daño infligido a detenidos, puede que haga falta el intento específico de causar daño si se cree que ha actuado con buena fe<sup>124</sup>. En cuanto al entendimiento de severo daño mental prolongado (tal como los trastornos de estrés postraumático), el Departamento de Justicia insiste en la duración del daño sufrido<sup>125</sup>. En este caso, si la persona perseguida puede demostrar que ha actuado con buena fe, este elemento podrá ser considerado como defensa completa en relación con cargos de tortura.

---

<sup>123</sup> Memorandum for Alberto R. Gonzales, Counsel to the White House, from Jay S. Bybee, Assistant Attorney General and John C. Yoo, Deputy Assistant Attorney General, *Re: Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C. Section 2340-2340A*, August 1, 2002, p38

<sup>124</sup> *Id* nota 4 , p3-5

<sup>125</sup> *Id* nota 4, p46.

En vista a las conclusiones elaboradas en el memorandum redactado por Yoo y Bybee, se puede concluir que dicho documento legal ofrece nuevos matices sobre lo que se entiende por tortura y, por lo tanto, tiene algunas consecuencias legales sobre los actos permisibles en el marco de la guerra conducida por la administración Bush. Después de haber descartado dudas sobre la legalidad de posibles actos de tortura, se analizará de qué manera se llegó a utilizar técnicas de interrogatorio más agresivas. En este sentido, el memorandum Bybee I es la piedra angular de todas las decisiones que permitieron llegar a una práctica de tratos humillantes, crueles e inhumanos institucionalizada, en el sentido de que a través de dichos documentos se cambió la estructura de lo que se entiende con tortura y a su vez cambió futuras decisiones en torno a este tema.

## **2.2 El memorandum Clasificado Bybee II: las técnicas de interrogatorios aceptadas**

Por otra parte, el Memorandum Bybee I se acompañó de otro documento clasificado<sup>126</sup> (desde aquí adelante Memorandum Bybee II) que aborda la cuestión de las técnicas de interrogatorio aprobadas, de acuerdo con los artículos 2340, 2340A del Título 18 del Código Penal. De acuerdo con la interpretación de los fundamentos de la tortura mencionada de antemano, fue decidido que las llamadas técnicas de interrogatorio severo no violaban el CAT. Dicho memorandum establece la justificación sobre la cual se apoya la política de la tortura implementada por la administración Bush en su guerra contra el terror. De hecho, se descarta en este las principales “preocupaciones”<sup>127</sup> de varios altos funcionarios a través de la peculiar

---

<sup>126</sup> Memorandum for John A. Rizzo, Acting General Counsel, CIA, from Jay S. Bybee, Assistant Attorney General, *Interrogation of al Qaeda Operative*, August 1, 2002.

<sup>127</sup> Entre otros, el memorandum redactado por Colin L. Powell (Secretario de Estado, de 2001 a 2005) a la atención de Alberto R. Gonzales el 26 de enero de 2002, sobre la aplicabilidad de los Convenios de Ginebra en el conflicto con Afganistán. En este memorandum, Powell, advierte el Consejero a la Casa Blanca sobre las consecuencias del rechazo de las obligaciones estadounidenses bajo los Convenios de Ginebra y el estatuto de los prisioneros de guerra. De hecho, dicha decisión podría revocar el constante apoyo de los EE.UU hacia dichos Convenios, debilitar la protección que ofrecen las leyes de la guerra para las tropas e, incluso ponerles a riesgo de ser perseguidos. Advierte también sobre los costos significativos que tendría en torno a la reacción negativa de la comunidad internacional y, las consecuencias relativas a la hora de implementar cualquier política exterior. Simultáneamente, el gobierno arriesga perder el apoyo de la opinión pública. Otro memorandum, redactado por William H. Taft IV (Asesor Legal del Departamento de Estado) a la atención de John Yoo (OLC) el 11 de enero de 2002 advirtiéndole sobre los riesgos de conducir la guerra contra el terrorismo fuera de las obligaciones asumidas bajo los Convenios de Ginebra, poniendo de relieve las preocupaciones mencionadas antemano. El Presidente Bush podría también ser acusado de infracciones graves (art. 130II del Tercer Convenio de Ginebra) por otro Estado y perseguirle por crímenes de guerra. Por consecuencia, se arriesga a ser considerado como un criminal de guerra por el resto del mundo. Sin embargo, el Departamento de Justicia decidió omitir las recomendaciones y preocupaciones de Taft, y Bush suspendió la aplicación de los Convenios de Ginebra incluso antes de que se hubiera recibido el documento entero de Taft. Véase también el artículo de MAYER J., “Outsourcing Torture: The Secret History of America’s “Extraordinary Rendition” Program”, *The New Yorker*, February 8, 2005 y el trabajo de GREENBERG K., *The Least Worst Place: Guantánamo’s First 100 Days*, Oxford University Press, New York, 2009, en particular, la compilación de observaciones disidentes por parte de oficiales de alto rango de las Fuerzas Especiales estadounidenses que intentaron, pero básicamente fallaron, impedir la puesta en marcha de programas de interrogatorios más agresivos.

interpretación que han hecho los EE.UU del Derecho de la Guerra, la cual da un punto de vista bastante permisivo sobre la práctica de la tortura.

Los interrogatorios de sospechosos de terrorismo en el extranjero fueron inicialmente conducidos por agentes de la CIA y del FBI. Mientras que agentes del FBI utilizaban el método tradicional de “*rapport building*” lo cual es consistente con investigaciones penales en los EE.UU, los agentes de las CIA cambiaron de idea sobre la adecuación de las técnicas de interrogatorio usadas hasta ahora cuando se encargan de terroristas resistentes. Por consiguiente, llegaron a ser convencidos de la necesidad de desarrollar y aplicar técnicas más agresivas. Bajo la presión de agentes de la CIA para la práctica de dichas técnicas de interrogatorio y la implicación del personal parte del programa SERE, el liderazgo de la CIA accedió y desde luego se desarrolló la noción de “interrogatorio severo”<sup>128</sup>

En este documento del Departamento de Justicia, Yoo y Bybee presentan una serie de prácticas más agresivas de interrogatorio que, según la interpretación desarrollada antemano, no violan el CAT<sup>129</sup>, que son:

---

<sup>128</sup> Office of Professional Responsibility, Department of Justice, *Investigation into the Office of Legal Counsel's Memorandum Concerning Issues Relating to the Central Intelligence Agency's Use of « Enhanced Interrogation Techniques » on Suspected Terrorists*, July 29, 2009, p13

<sup>129</sup> *Id.*<sup>8</sup>

<p>1. <i>attention grasp</i></p>	<p>El interrogador agarra el individuo con ambas manos, con una mano en cada lado de la abertura del cuello, de forma controlada y con movimientos rápidos y, acerca el individuo hacia el interrogador.</p>
<p>2. <i>walling</i></p>	<p>El detenido se hala hacia delante y luego se empuja contra una pared flexible de tal modo que sus hombros chocan contra la pared. Su cabeza y su cuello están soportados por una toalla para prevenir latigazo cervical.</p>
<p>3. <i>facial hold</i></p>	<p>El interrogador sostiene la cabeza inmóvil del detenido poniendo su palma abierta en ambos lados de la cara del individuo, manteniendo sus dedos lejos de los ojos.</p>
<p>4. <i>bofetadas</i></p>	<p>El interrogador, con los dedos ligeramente apartados toca la zona entre la barbilla del detenido y la parte inferior del lóbulo de la oreja correspondiente.</p>
<p>5. <i>confinamiento estrecho</i></p>	<p>El detenido individuo está un espacio confinado, una caja pequeña o grande, que es generalmente oscura. El confinamiento en el espacio más pequeño no puede tardar más de dos horas, mientras puede durar hasta 18 horas en el más grande.</p>
<p>6. <i>insectos</i></p>	<p>Un insecto inofensivo se coloca en la caja de confinamiento con el detenido.</p>
<p>7. <i>wall standing</i></p>	<p>El detenido puede estar de pie hasta 1.5m lejos de una pared, sus brazos estirados fuera delante de él y sus dedos se apoyan en la pared para soportar todo el peso de su cuerpo.</p>

<p><i>8. posiciones de estrés</i></p> <p><i>9. privación de sueño</i></p> <p><i>10. uso de pañales</i></p> <p><i>11. ahogo simulado</i></p>	<p>No se le permite al detenido reposicionar sus pies y sus manos.</p> <p>Estas posiciones puede incluir tener el detenido sentado en el suelo con sus piernas estiradas delante de él con los brazos levantados por encima de la cabeza o de rodillas en el suelo mientras se inclina hacia atrás en un ángulo de 45 grados.</p> <p>Se le impide dormir al detenido, aunque no pueda exceder 11 días consecutivos.</p> <p>El detenido se ve obligado a usar pañales para adultos y se le niega acceso a los aseos para un periodo prolongado con el fin de humillarle.</p> <p>El detenido está sujetado en un banco con sus pies elevados encima de su cabeza. Su cabeza está inmovilizada y un interrogador coloca una tela sobre la boca y la nariz mientras se vierte agua sobre la tela de manera controlada. El flujo de aire está restringido durante 20 a 40 segundos durante las cuales se produce una sensación de ahogo y asfixia.</p>
---	---

El Departamento de Justicia insiste en que todas las prácticas han sido utilizadas sobre agentes dentro del programa SERE<sup>130</sup> y no ha resultado en daños mentales. Además, el memorandum defiende la idea según la cual, ninguna de las prácticas mencionadas implica daño físico, tal como está definido en el CAT. Algunas pueden causar cansancio muscular pero nunca llegan al punto establecido como ‘severo daño físico o mental’. El caso específico del ‘ahogamiento simulado’ constituye una amenaza de muerte inminente; sin embargo, apoyándose sobre experiencia en el programa SERE y conclusiones establecidas por expertos en psicología e interrogatorios, los abogados del Departamento de Justicia llegaron a la conclusión que no pueden anticipar daños mentales prolongados como consecuencia de la práctica de dichas medidas. Después de las informaciones provistas por la CIA, el Departamento de Justicia llegó a la conclusión según la cual autores de dichas prácticas no pueden demostrar intento específico de causar daño severo físico o mental puesto que equipos médicos serán presentes durante los interrogatorios, controlando el desarrollo de las sesiones y que puedan interrumpirlo cuando sea necesario.

Los documentos del Departamento de Justicia mencionados hasta ahora ponen en marcha la creación de una nueva categoría de medida de contraterrorismo, fundada en una nueva visión de lo que se entiende por tortura. De hecho, las nuevas técnicas de interrogatorio agresivas, aprobadas por su uso dentro del programa de SERE no son contrarias a la Convención Contra la Tortura, según ellos, por lo que no llevan el principio de “intento” sino que sólo se aplican con el objetivo de extraer información de los sospechosos de terrorismo detenidos. Sin embargo, la tortura, tal como definida por estos documentos presente matices que no están incluidas en la Convención y permiten su uso descontrolado por lo que el “intento” de causar daño físico o psicológico se mide solamente en términos de buena fe. Junto con esta construcción particular de lo que se entiende con la tortura, los Estados Unidos han intentado descartar la importancia de los Convenios de Ginebra en su lucha con Al Qaeda y miembros de las fuerzas talibanes, extendiendo así el ámbito de aplicación de su nueva política a otros individuos que se encuentran bajo su control.

### **2.3 Los Convenios de Ginebra considerados como instrumento obsoleto**

De acuerdo con la definición de la tortura tal como entendida por parte de los Estados Unidos, se observa, por un lado que se ha extendido los límites de lo tolerable en relación con el trato debido a los detenidos y, por otro lado los Estados Unidos descartan la validez de los

---

<sup>130</sup> El programa SERE (Supervivencia, Evasión, Resistencia y Escape) fue diseñado para enseñarles a agentes militares técnicas para resistir a interrogatorios severos aplicadas por parte de fuerzas enemigas.

Convenios de Ginebra como instrumento internacional adecuado en la lucha contra Al Qaeda y las fuerzas talibanes, así como se puede concluir en los puntos siguientes:

1. Una lectura estricta de los Convenios de Ginebra acerca del estatuto legal de los miembros de fuerzas talibanes y miembros de Al Qaeda que les excluye del umbral de protección de los Convenios de Ginebra

Uno de los memorandos de mayor importancia es seguramente aquel redactado por John Yoo y Jay S. Bybee el 14 de marzo de 2003<sup>131</sup>, que extiende los poderes del Presidente con el fin de hacer caso omiso a cualquier tratado para llevar a cabo su guerra contra el terror. La idea primordial expresada en este memorandum es el rechazo de las obligaciones de los EE.UU bajo los Convenios de Ginebra de 1949. Los Convenios de Ginebra, en particular el Tercer Convenio de Ginebra sobre los prisioneros de guerra, son la piedra angular del tratamiento de prisioneros en la lucha contra la fuerzas talibanes o miembros de Al Qaida. De hecho, el artículo 17 prevé que “los prisioneros de guerra deberán ser tratados humanamente en todas las circunstancias” y “no se podrá infligir a los prisioneros de guerra tortura física o moral ni presión alguna para obtener datos de la índole que fueren” (artículo 17).

Sin embargo, los EE.UU claramente opinan que los Convenios de Ginebra son unos instrumentos obsoletos cuando se trata de los miembros de Al Qaida y de las fuerzas Talibanes dado que, según el Departamento de Justicia, no son considerados como prisioneros de guerra tal como está establecido en los Convenios de Ginebra, sino que son combatientes ilegales. Dicho punto de vista se apoya en una declaración del Departamento de Estado, del 7 de febrero de 2002, sobre el estatuto de los detenidos en Guantánamo<sup>132</sup>. Dicha declaración se basa en la idea de que bajo el artículo 4 del Convenio de Ginebra los detenidos Talibanes y miembros de Al Qaida no tendrán derecho a la denominación ‘prisioneros de guerra’. En efecto, para poder gozar de la protección prevista en el art.4 tendrán que cumplir con cuatro condiciones esenciales:

1. Ser parte de una jerarquía militar.
2. Llevar uniformes o signos visibles a distancia.
3. Llevar armas de forma abierta.

---

<sup>131</sup> Memorandum for William J. Haynes II, General Counsel of the Department of Justice, from Jay S. Bybee, Assistant Attorney General y John C. Yoo, Deputy Assistant Attorney General, *RE: Military Interrogation of Alien Unlawful Combatants Held Outside the United States*, March 14, 2003.

<sup>132</sup> U.S Department of State, Office of the Press Secretary, Ari Fleisher, *White House Press Secretary announcement of President Bush's determination re legal status of Taliban and Al Qaeda detainees*, February 7, 2002.



4. Conducir sus operaciones militares de acuerdo con las leyes y costumbres de la guerra.

Según el Departamento de Estado, los miembros de las fuerzas de Al Qaeda no han conseguido distinguirse de la población civil con eficacia. Además, el artículo 3 común a todos los Convenios de Ginebra no cubre conflictos internacionales con organizaciones terroristas no gubernamentales. Mientras los grupos armados tienen un estatuto especial con arreglo al derecho que rige los conflictos armados internacionales, es cierto que no tienen derecho a su protección en situación de conflicto armado no internacional<sup>133</sup>.

## 2. Una ambigüedad conceptual

La vaguedad de dicha provisión del Convenio de Ginebra, en el sentido de que no establece de manera específica a qué régimen legal los grupos armados tienen derecho en conflictos armados no internacionales, ha permitido a los Estados Unidos crear por sí-mismos una distinción entre grupos que pertenecen a la categoría mencionada en el art.3 y los que no pueden gozar de las protecciones previstas en los Convenios de Ginebra. Por ello, y por la naturaleza del fenómeno de terrorismo, el Consejero de la Casa Blanca, Alberto Gonzales emitió un documento al Presidente Bush en el cual desestima la importancia de los Convenios de Ginebra en la guerra contra el terror, llegando a denominarlos “obsoletos”<sup>134</sup>. Según el análisis dado por Gonzales en dicho documento, la naturaleza del fenómeno del terrorismo concede una mayor importancia a factores como la capacidad de obtener rápidamente informaciones de terroristas detenidos, que no puede ser limitada por las restricciones establecidas por el Convenio de Ginebra en materia de interrogatorios (art.17 del Tercer Convenio de Ginebra).

## 3. Una nueva perspectiva en torno a la aplicación de los Convenios al fenómeno de terrorismo

No obstante, es necesario darles una nueva perspectiva a los Convenios de Ginebra y a su aplicación, particularmente en situaciones como la de los Estados Unidos, dado que nunca se ha utilizado en ese tipo de situación. Dichos Convenios fueron redactados para cubrir la mayoría de los casos posibles en el marco de conflictos armados y es cierto que se puede aplicar a la Guerra Contra el Terror. En este contexto, es importante poner de relieve que los

---

<sup>133</sup> CICR, *La pertinencia del DIH en el contexto del terrorismo*, párra4.b, 1 de febrero de 2001, a consultar en <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/6fsjl7.htm> (última visita el 9 de septiembre de 2014).

<sup>134</sup> Memorandum for President Bush, from Alberto R. Gonzales, Legal Counsel at the White House, *Decision Reapplication of the Geneva Convention on Prisoners of War to the Conflict With al Qaeda and The Talibans*, January 25, 2005, p2.

Convenios de Ginebra añaden un matiz relevante en torno al estatuto de combatientes y prisioneros de guerra en su Protocolo I, art.44(3): “dado que en los conflictos armados hay situaciones en las que, debido a la índole de las hostilidades, un combatiente armado no puede distinguirse de la población civil, dicho combatiente conservará su estatuto de tal siempre que lleve sus armas abiertamente”<sup>135</sup>. Sin embargo, los Estados Unidos no han ratificado dicho Protocolo.

#### 4. Una lectura más amplia de los Convenios de Ginebra: El caso concreto del conflicto entre EE.UU y Afganistán

Dichos argumentos acerca de la no aplicación de los Convenios de Ginebra a conflictos armados no internacionales, se ilustran a través del conflicto entre los Estados Unidos y Afganistán. En efecto, el Gobierno estadounidense declaró que no se pueden aplicar las garantías contenidas en dichos Convenios a los combatientes en Afganistán porque es un “Estado fallido”<sup>136</sup>, definido como aquel Estado frágil donde las estructuras políticas y sociales han colapsado hasta el punto en que el Estado tiene poco o ningún control. Según la Administración Bush, ni los Talibanes eran un gobierno, ni Afganistán era un Estado en funcionamiento óptimo cuando empezó el conflicto con Estados Unidos. Dicha situación llevó a los Estados Unidos a concluir que tenían competencia para decidir suspender los tratados y obligaciones asociadas con Afganistán, hasta que el mismo volviera a ser un Estado legítimo capaz de cumplir con sus obligaciones. Además, miembros Talibanes eran tan entrelazados con grupos de al Qaeda que resultó difícil distinguirlos hasta el punto en que Talibanes funcionaban más como grupo no gubernamental que usaba la fuerza militar para promover ideología política y religiosa que como un gobierno, de tal forma que sus miembros podían ser considerados como equivalentes a miembros de Al Qaeda.

Según el documento redactado por John Yoo a la atención de William Haynes II, existen tres razones para desestimar la aplicación de los Convenios de Ginebra a Al Qaeda, en relación con su detención por fuerzas armadas estadounidenses. Primero, tal como se ha comentado anteriormente, los miembros de Al Qaeda son actores no estatales, de hecho, se corresponderían más con un grupo no gubernamental, lo cual implica que no pueden ser parte en ningún tratado internacional. En consecuencia, los miembros de Al Qaeda no pueden

---

<sup>135</sup> CICR, Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos internacionales, 1977, art 44.

<sup>136</sup> Memorandum for William J. Haynes II, General Counsel of the Department of Defence, from John C. Yoo, Deputy Assistant Attorney General and Robert J. Delahunty, Special Counsel, *Re: Application of Treaties and Laws to al Qaeda and Taliban Detainees*, January 9, 2002, p2.

acceder a los Convenios de Ginebra, ni pueden gozar de su protección en relación con las condiciones de su detención. Por otra parte, se argumenta que el artículo 3 común a los Convenios no se puede aplicar en el conflicto con Al Qaeda dado que se limita únicamente a conflictos armados entre dos o varias Altas Partes Contratantes (Artículo 2) y a guerras civiles de carácter no internacional (Artículo 3). A pesar de ello, dado la naturaleza del grupo Al Qaeda, que no es un Estado sino que se considera como grupo no gubernamental, no se pueden usar dichos Convenios. Se insiste también en que este conflicto sí es de carácter internacional, puesto que no sólo son grupos enfrentándose para el control de un territorio sino que parecen motivados por un deseo de dañar intereses americanos. Por último, los miembros de Al Qaeda no satisfacen los requisitos contenidos en el Artículo 4(A)(2) del Tercer Convenio de Ginebra, el cual, define los prisioneros de guerra como algo distinto de los miembros de las fuerzas armadas de Altas Partes Contratantes. Dicho de otro modo, el Art.4(A)(2), de cierta forma, expande el estatuto de prisionero de guerra incluso a miembros de fuerzas armadas irregulares<sup>137</sup>, siempre y cuando cumplan con los requisitos enunciados. En el caso de Al Qaeda, la administración norteamericana no considera que dicho grupo haya respetado las leyes y costumbres de la guerra tal como establecido en el Convenio de la Haya de 1907, por lo que durante los atentados del 11 de septiembre de 2001, los terroristas ni llevaban armas de manera visible<sup>138</sup> ni respetaban el derecho a la vida de los civiles. Por ello, los miembros de Al Qaeda han claramente demostrado el no respeto de las leyes y costumbres de la guerra, de tal forma que no se les puede atribuir el estatuto de prisionero de guerra, ni aplicarles la protección del Tercer Convenio de Ginebra.

A pesar de las declaraciones de los Estados Unidos según las cuales no se aplican los Convenios de Ginebra al conflicto con miembros de Al Qaida, la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo en el caso *Hamdan v. Rumsfeld*<sup>139</sup> en 2006, pone de relieve que sí se aplica el art.3 de los Convenios de Ginebra a los miembros de Al Qaida, dado que en ciertos contextos, una situación puede tomar forma de conflicto armado tal como el ataque estadounidense en Afganistán en octubre de 2001. Además, desde junio 2002 en adelante, se ha implementado un gobierno transicional que ha sido apoyado por una coalición internacional, caracterizada por la creación de nuevas autoridades que tuvieron que enfrentarse con combates de alta intensidad contra grupos de resistencia organizados no

---

<sup>137</sup> III. Convenio de Ginebra, Artículo 4(A)(2) : « los miembros de las otras milicias y de los otros cuerpos de voluntarios, incluidos los de movimientos de resistencia organizados »

<sup>138</sup> El Convenio IV de la Haya Relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre. 1907, Artículo 1(3) y 46.

<sup>139</sup> *Hamdan v. Rumsfeld*, *Secretario de Estado*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 29 de junio de 2006.

gubernamentales, los Talibanes. Tal como previsto en el Art.4 de los Convenios, existen algunas condiciones (mencionadas de antemano) para el reconocimiento de prisioneros de guerra dentro de fuerzas armadas irregulares. De hecho, el incumplimiento de dichos requisitos amerita la sanción correspondiente, pero no hace que estas personas pierdan el estatuto de combatientes y de prisioneros de guerra.

#### El caso de *Hamdan c. Rumsfeld*

##### 1. Los hechos

Existen algunos límites jurídicos a las estrategias desarrolladas por órganos internos de la administración Bush, en particular por el Departamento de Justicia a través de los memorandos legales. Dichos límites jurídicos son simbolizados por las decisiones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en particular la decisión adoptada en el caso *Hamdan v. Rumsfeld* en 2006, al mismo tiempo que ejemplifica los mecanismos a través de los cuales los detenidos de la guerra contra el terror pueden ser perseguidos por sus crímenes.

En 2001, como secuela a los ataques terroristas del 11-S, el Congreso aprobó la ley de autorización para el uso de la fuerza militar (AUMF, por sus siglas en inglés) el 18 de septiembre de 2001 que autoriza el uso de las Fuerzas Armadas contra los responsables para los atentados del 11-S. Dicha autorización concede autoridad al Presidente para utilizar « *all necessary and appropriate force against those who planned, authorized, committed or aided the terrorist attacks* » (Sección 2(a)). Dicho acto del Congreso, concede al Presidente el poder de detener a enemigos capturados hasta el fin de las hostilidades para evitar que vuelvan a retomar el combate. Por consiguiente, la Administración Bush detuvo a personas sospechas de pertenecer al grupo de Al Qaeda en la bahía de Guantánamo, Cuba y creó comisiones militares para juzgar a dichos detenidos por violaciones de las leyes de guerra.

Salim Ahmed Hamdan, un yemení que supuestamente ejercía de guardia y conductor de Osama bin Laden, fue capturado, detenido y acusado en 2003 de conspiración de cometer ofensas enjuiciables por las comisiones militares. Dicha comisión militar no se estableció por acto del Congreso sino por necesidad militar, después de la adopción de la Orden presidencial No.1 de 13 de noviembre de 2003, la cual establece que las comisiones militares pueden enjuiciar a cualquier ciudadano no-americano que ha sido o es un miembro de Al Qaeda o, que ha participado en actividades terroristas contra los EE.UU. Contrario a lo previsto en los tribunales civiles, las

comisiones militares establecen unas restricciones legales en torno a las garantías ofrecidas en un juicio civil. De hecho, dichas comisiones prohíben a los detenidos el derecho a ver/escuchar ciertas pruebas clasificadas retenidas contra la persona y acepten cualquier prueba relevante, independientemente de la legalidad con la cual se obtuvo. Mientras tanto, el Tribunal Supremo en su decisión en *Rasul v. Bush*<sup>140</sup>, concluyó que los tribunales federales tenían jurisdicción para recibir demandas de habeas corpus por parte de detenidos en Guantánamo. El Congreso, a cambio, aprobó la Ley de trato debido a los detenidos (Detainee Treatment Act en inglés) el 30 de diciembre de 2005, lo cual quitó la jurisdicción de las cortes federales a juzgar sobre las demandas en torno a la legalidad de detenciones en Guantánamo por parte de los detenidos.

A su vez, Hamdan presentó una demanda de habeas corpus ante el tribunal del distrito de Columbia, alegando la falta de autoridad de la comisión militar para enjuiciarle dado que ni siquiera le ofrecía las garantías contenidas en el Código Uniforme de Justicia Militar (UCMJ por sus siglas en inglés) y en las leyes de la guerra. Su demanda se articula de dos maneras, primero, no existe actos de Congreso, ni cualquier provisión en el Convenio de la Haya que establecen la autoridad de dichas comisiones por cargos de conspiración, una ofensa que de hecho no constituye una violación de las leyes y costumbres de la guerra, tal como establecido en el IV Convenio de la Haya de 1907. Por otra parte, los procedimientos adoptados para enjuiciarle violan los conceptos fundamentales del orden militar y del derecho internacional.

## 2. El fallo

El Tribunal Supremo sostuvo en este caso que la comisión militar creada para enjuiciar a Hamdan había sobrepasado la autorización establecida por el Orden Presidencial No.1, argumentando que el Presidente no tiene que cumplir con las obligaciones contenidas en las leyes y costumbres de la guerra. Es cierto que AUMF activa ‘poderes presidenciales’ especiales, incluso le confiere la autoridad de reunir comisiones militares en circunstancias adecuadas, en particular en situaciones legítimas bajo la Constitución y las leyes y costumbres de la guerra<sup>141</sup>. Sin embargo, las comisiones militares carecen de jurisdicción para este procedimiento dado que su estructura y sus procedimientos violan en UCMJ y los Convenios de Ginebra.

Por un lado, el UCMJ prevé dos restricciones acerca de los procedimientos usados en las comisiones militares, tal como establecido en su artículo.36: (a) los procedimientos “no pueden ser

<sup>140</sup> *Rasul et al. v. Bush, President of the United States, et al.*, No. 03-334, 28 de junio de 2004.

<sup>141</sup> El Código Uniforme de Justicia Militar en su artículo. 21 prevé : « *The provisions of this chapter conferring jurisdiction upon courts- martial do not deprive military commissions, provost courts, or other military tribunals of concurrent jurisdiction with respect to offenders or offenses that by statute or by the law of war may be tried by military commissions, provost courts, or other military tribunals* ».

contrario o inconsistentes con el UCMJ” y, (b) los reglamentos adoptados deben ser “uniformes siempre que sean practicables”, lo cual fue interpretado por el Tribunal como un conjunto de reglas que se apliquen tanto a las comisiones militares, como a cualquier otro tribunal militar, salvo que dicha uniformidad no pueda aplicarse. En efecto, dichas comisiones tienen la autoridad suficiente para poder cerrar el proceso judicial al acusado y a sus abogado con el fin de proteger a información clasificada, a la seguridad física, etc. En el caso de Hamdan, no se había producido ningún documento que pueda justificar porque las reglas del UCMJ no se podían aplicar y, desde luego, el Tribunal concluyó que dicha comisión había excedido su autoridad cuando decidió no aplicar las mismas garantías que las contenidas en el UCMJ.

El UCMJ también requiere que las comisiones militares cumplan con los requisitos de los Convenios de Ginebra, sin embargo, el Tribunal reconoce que no ha sido así en el caso de Hamdan, en particular en relación con las garantías contenidas en el art.3 de los Convenios de Ginebra. Además, el Tribunal concluye que el art.2 de los Convenios de Ginebra limite su propia aplicación a cualquier conflicto armado entre Altas Partes Contratantes y establece que dichas partes deben respetar todas las provisiones contenidas en los Convenios, aunque la otra parte al conflicto no hubiera ratificado dicho convenio, siempre que este último respete dichas provisiones. A su vez, el art.3 de los Convenios establece unos estándares mínimos de protección para individuos en situación de conflicto armado que no sea de índole internacional, es decir que no sea entre dos Estados. El Tribunal considera que Al Qaeda no es Estado y, consecuentemente, dicho artículo 3 se aplica al conflicto. El Tribunal, desde luego, concluyó que dichas comisiones militares no podían enjuiciar a los miembros de Al Qaeda, capturados en Afganistán dado que violan el derecho a ser enjuiciado por un tribunal regularmente constituido, dotado de las garantías reconocidas por los pueblos civilizados<sup>142</sup>.

### 3. Las implicaciones del caso

A continuación del fallo emitido por el Tribunal Supremo en el caso de Hamdan, se puede llegar a la conclusión según la cual el artículo 3 común se aplica claramente al conflicto entre los Estados Unidos y los miembros de Al Qaeda, por lo tanto, les ofrece todas las garantías contenidas en tal artículo. Aunque la sentencia no lo establece de manera explícita, el memorandum del 7 de julio de 2006 del Departamento de Defensa estadounidense, reconoce que

---

<sup>142</sup> III Convenio de Ginebra, artículo 5(d)

el artículo 3 común es un estándar mínimo de protección que debe aplicarse al conflicto con Al Qaeda, que sea en Afganistán, Irak o cualquier otra región del mundo<sup>143</sup>.

Cada uno de estos documentos corresponden a pasos emprendidos para la creación de una política destinada a reintroducir el uso de la tortura como medida de contra terrorismo en el caso especial de la lucha contra Al Qaeda y las fuerzas talibanes. De hecho, el primer documento establece las bases sobre las cuales se funda ésta política por lo que da una nueva visión de la tortura. El memorandum Bybee I propone una definición de la tortura que va mucho más allá de lo previsto en la Convención Contra la Tortura. Dicho de otro modo, extiende el umbral de aplicación de las medidas de coerción legítimas a prácticas que pueden causar daños extremadamente severos. Este cambio se traduce en la expresión de duración y de intento que se introducen en los memorandos. Junto con ésta redefinición del concepto de tortura, se introducen métodos de interrogatorio, en el segundo memorandum Bybee II, que sobrepasan las provisiones de la Convención pero que entran de lo que los Estados Unidos entienden como legal y que no constituya tortura. Por último, el memorandum de marzo 2003 prevé que los Convenios de Ginebra no se aplican a Al Qaeda ni a los miembros de las fuerzas talibanes por lo que no constituyen un Estado, creando así un marco legal especial que no les ofrece la protección necesaria a su condición de detenido. Mientras se siguen dichos pasos para la creación de la política emprendida por los EE.UU en materia de contra terrorismo, se desarrollan otros medios para complementar su funcionamiento, en la forma del programa de rendición extraordinaria y las garantías diplomáticas.

### **3. El programa de rendición extraordinaria y las garantías diplomáticas**

En este contexto, se introdujo el llamado programa de ‘rendición extraordinaria’, el cual se acompaña de ‘garantías diplomáticas’ que permiten a los EE.UU exonerarse de responsabilidad penal en caso de que se denuncien prácticas equivalentes a la tortura por agentes estadounidenses. En primer lugar, es importante definir lo que se entiende por el programa de rendición extraordinaria, tal como se ha usado en los diez últimos años en los Estados Unidos<sup>144</sup>. Dicho programa consiste en una situación en la cual los detenidos que

---

<sup>143</sup> Memorandum from the Department of Defense of the United States, *Application of Common Article 3 of the Geneva Conventions to the Treatment of Detainees in the Department of Defense*, July 7, 2006.

<sup>144</sup> Véase BEVERLEY J., “La cuestión de la tortura, la decadencia española y el futuro de los Estados Unidos”, *Revista Casa de las Américas*, n°.248, julio-septiembre 2007, p32 («práctica común de la CIA de mandar

están bajo custodia de agentes de la CIA son entregados a Estados terceros, conocidos por sus récords en materia de violaciones de derechos humanos y de práctica de la tortura, con el fin de interrogar a posibles sospechosos<sup>145</sup>. Por ello, los ofensores intentan escapar a las restricciones legales y morales denegando su implicación en dichos abusos<sup>146</sup>, argumentando que los detenidos ya no se encuentran bajo su custodia y que por consiguiente no son autores de dichas prácticas. Además, en el marco del programa de rendición extraordinaria, es cierto que existe una laguna jurídica<sup>147</sup> en relación con la conducta de agentes públicos (la CIA en este caso) fuera del territorio estadounidense. En base a este vacío legal, las modalidades del programa permiten a los agentes públicos secuestrar a ciudadanos no-americanos cuando se encuentren fuera del territorio estadounidense y, entregarles a un Estado tercero que a su vez puede practicar tortura contra estos detenidos. La rendición extraordinaria se apoya en una premisa legal según la cual si determinados actos son cometidos fuera del territorio de los EE.UU y, las personas detenidas y transferidas a un país conocido por sus prácticas en la tortura no son ciudadanos estadounidenses, los actos en cuestión no serán entonces considerados como delito por la ley estadounidense. Esa lógica deriva de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos que ha sido siempre reticente en la aplicación extraterritorial de las garantías contenidas en las enmiendas 4,5,6 y 8 de la Constitución de los EE.UU<sup>148</sup>. Junto con esto, el Tribunal también se ha mostrado evasivo en cuanto a las posibles restricciones aplicable a las conductas de los agentes públicos cuando están fuera de territorio estadounidense.

### **3.1. La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la aplicación extraterritorial de la Constitución estadounidense**

3.1.a El caso *United States v. Verdugo-Urquidez*: la inaplicabilidad de la Cuarta Enmienda y sus consecuencias para la aplicación extraterritorial de la Constitución de los Estados Unidos.

---

secretamente a sus rehenes a países donde sí pueden ser torturados por servicios de inteligencia hermanos, sin las limitaciones impuestas por la ley estadounidense o internacional”)

<sup>145</sup> Véase BASSIOUNI M.C., *The Institutionalization of Torture by the Bush Administration. Is Anyone Responsible ?*, September 2010, p141.

<sup>146</sup> Véase WEISSBRODT D., BERGQUIST A., “Extraordinary Rendition : A Human Rights Analysis”, *Harvard Human Rights Journal*, vol.19, 2006, p127.

<sup>147</sup> *Op.cit.* BASSIOUNI M.C., *The Institutionalization of Torture by the Bush Administration. Is Anyone Responsible ?*, 2010, p144.

<sup>148</sup> La Cuarta Enmienda a la Constitución rige la prohibición de realizar registros y requisas arbitrarias de los bienes, estableciendo que es necesaria una orden de registro para buscar personas y bienes; la Quinta Enmienda establece el derecho al debido proceso; está previsto en la Sexta Enmienda un juzgado público y expeditamente. La Octava Enmienda establece que no se infligirá castigo que cruel e inusuales.



El Tribunal Supremo ha concluido en varias ocasiones que la Constitución no se aplica extraterritorialmente y que, en consecuencia, las limitaciones y prohibiciones contenidas en la Constitución no pueden aplicarse tampoco en cuanto a situaciones fuera del territorio estadounidense. Dicha lógica ha sido utilizada en varios casos ante el Tribunal Supremo, particularmente en el caso de *Estados Unidos v. Verdugo-Urquidez* (1990), durante el cual el Tribunal emitió el fallo según el cual la Cuarta enmienda no protege los ciudadanos no-estadounidenses cuando están fuera del territorio de los EE.UU, de la realización de registros y requisas arbitrarias cuando están conducidas fuera del territorio de los EE.UU, aunque dirigidas por agentes públicos estadounidenses<sup>149</sup>. La 4° Enmienda establece:

“El derecho de los habitantes a proteger sus personas, domicilios, papeles y efectos contra la realización de registros y requisas arbitrarias, no puede ser violado, y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados por juramento o protesta y describan con particularidad el lugar y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas”.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, en su fallo ha reducido la esfera de aplicación de dicha enmienda en torno a ciudadanos no-estadounidenses, precisando que « sólo podrán gozar de las garantías constitucionales, aquellos ciudadanos extranjeros que han entrado el territorio estadounidense y han desarrollado conexiones sustanciales con el país »<sup>150</sup>.

Por otra parte, la desestimación por la mayoría de la demanda en relación con la protección de las garantías de la 4° enmienda parece motivada por el temor que la aplicación de dicha enmienda “pueda perturbar de manera significativa la capacidad del poder político a

---

<sup>149</sup> Véase *United States v. Verdugo-Urquidez*, 494 U.S. 259, 28 de febrero de 1990, pp 264-275

<sup>150</sup> Véase *United States v. Verdugo-Urquidez*, pp269-273. El demandado insiste en que la discusión sea interpretada de tal manera que los oficiales federales estén limitados por la garantía contenida en la cuarta enmienda, independientemente de la ubicación y de la persona sujeta a sus acciones. Además, hace directamente referencia a la jurisprudencia sostenida en caso *Reid v. Covert* en el cual se concluyó que los ciudadanos estadounidenses que viven el extranjero podrían invocar la quinta y sexta enmienda. Los jueces Frankfurter y Harlan en el caso Reid resuelvan el caso en muchos más estrechos motivos que la pluralidad ; incluso rehusaron concederles todas las garantías constitucionales en materia penal a los ciudadanos americanos que viven en el extranjero.. Ver id., en 75 (Harlan, J., concurriendo el resultado : "I agree with my brother FRANKFURTER that . . . we have before us a question analogous, ultimately, to issues of due process; one can say, in fact, that the question of which specific safeguards of the Constitution are appropriately to be applied in a particular context overseas can be reduced to the issue of what process is 'due' a defendant in the particular circumstances of a particular case"). Debido a que no es un ciudadano de los Estados Unidos, no se puede aplicar ningún argumento sostenido en el caso de Reid.

enfrentarse con situaciones en el extranjero que implican el interés nacional”<sup>151</sup>. Es cierto que los EE.UU utilizan frecuentemente fuerzas armadas fuera de su territorio – más de 200 veces en su historia – con el fin de proteger ciudadanos americanos o por cuestiones de seguridad nacional.<sup>152</sup>

Después de haber aclarado el fallo del Tribunal, parece que los argumentos empleados son de cierta forma evasivos en cuanto a las restricciones aplicables a agentes públicos fuera del territorio estadounidense. De hecho, dado que dichas prácticas se ponen en marcha con el objetivo de recolectar informaciones que serán a su vez utilizadas en enjuiciamientos en los EE.UU, la lógica usada por el Tribunal debería también aplicarse a conductas contra individuos extranjeros. Si algunas libertades constitucionales son accesibles para ciudadanos americanos fuera del territorio, sería razonable pensar que restricciones se aplicarán también a agentes públicos estadounidense cuando operan en el extranjero. Dichas restricciones se encuentran a las enmiendas 4, 5, 6 y 8 de la Constitución y se aplican a todos ciudadanos estadounidenses, incluso aquellos fuera del territorio. De hecho, parecería lógico aplicarlas a individuales extranjeros, cuando se encuentran en situaciones donde se enfrentan a agentes de los EE.UU. En consecuencia, dicho proceso significaría que se asegure la integridad de las leyes aplicadas por dichos agentes en nombre del gobierno americano, independientemente del lugar donde se encuentran.

Por último, es cierto que la prohibición de dichas prácticas ilegales de la tortura en relación con el programa de rendición extraordinaria, son directamente prohibidas por el CAT<sup>153</sup> y otros tratados internacionales<sup>154</sup> y regionales<sup>155</sup> de derechos humanos, poniendo de hecho, los agentes estadounidenses bajo jurisdicción universal de la CAT<sup>156</sup>, gracias a la cual

---

<sup>151</sup> Véase, *United States v. Verdugo-Urquidez*, 1990, pp273-274

<sup>152</sup> Véase Congressional Research Service, *Instances of Use of United States Armed Forces Abroad, 1798-1989* (E. Collier ed. 1989).

<sup>153</sup> Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 10 de diciembre 1984, adoptado por la Asamblea General por resolución 39/46. Artículo 3 (1) : « Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura ».

<sup>154</sup> Artículo 55(3) de la Carta de las Naciones Unidas (1945), en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) en su artículo 5 y en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).

<sup>155</sup> Artículo 13 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985) y Artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950).

<sup>156</sup> Tal como está establecido en su artículo 5(2): “Todo Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición, con arreglo al artículo 8, a ninguno de los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo.”

Estados terceros puede perseguirles, tal como Estados donde se ha producido la abducción de personas.

### 3.1.b El caso de España como ejemplo del principio de jurisdicción universal

Debido al claro hecho de que los sucesivos Presidentes estadounidenses no han demostrado ningún interés en enjuiciar los arquitectos del programa de la tortura, España, asumió la responsabilidad de investigar los casos de crímenes de guerra y de lesa humanidad por parte de los Estados Unidos sobre la base de investigaciones acerca de casos de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes ante la Audiencia Nacional (“Los Seis de Bush”, “Los Casos de Guantánamo”) bajo el principio de jurisdicción universal. La siguiente parte presentará unos elementos claves del informe jurídico presentado ante la Audiencia Nacional por parte del *Center for Constitutional Rights* (CCR) y el *European Center for Constitutional and Human Rights* (ECCHR)<sup>157</sup>. Dicho informe trata de dar un nuevo impulso a la demanda presentada por la Asociación Pro Dignidad de los Presos y Presas de España, del 17 de marzo de 2009, contra los abogados de Bush que contribuyeron a legalizar prácticas de tortura y violaron los Convenios de Ginebra y el CAT.

#### 1. Antecedentes

De acuerdo con el Tratado de 1990 de Asistencia Jurídica Mutua en Materia Penal entre España y los Estados Unidos, el juez Eloy Velasco envió comisiones rogatorias a los EE.UU sobre el estado de la investigación de los actos impugnados en la demanda y, la comunicación de la autoridad encargada de enjuiciar los responsables.

Debido a la falta de respuesta del Gobierno estadounidense a las comisiones rogatorias y los diversos recordatorios<sup>158</sup>, el juez Velasco emitió la decisión del 28 de enero de 2011 estableciendo una fecha límite del 1 de marzo de 2011 para la entrega por parte de los EE.UU de las estrategias desarrolladas para la investigación y enjuiciamientos de los responsables de los actos impugnados. Más de dos años después, el 15 de marzo de 2011, el juez Velasco

---

<sup>157</sup> Escrito Amicus para prestar apoyo de la Asociación Pro Dignidad de los Presos y Presas de España en el proceso que tiene pendiente ante el Tribunal Supremo de España en relación con la querrela penal contra David Addington, Jay Bybee, Douglas Feith, Alberto Gonzales, Williams Haynes y John Yoo en la Audiencia Nacional (Madrid, España, Proceso No. 134/2009), CCR y ECCHR, septiembre de 2012.

<sup>158</sup> El 7 de abril de 2010, el juez Velasco reitero la ‘urgencia de responder a las cartas rogatorias internacionales remitidas a Estados Unidos’ y otra el 18 de octubre de 2010.

recibió la respuesta de los EE.UU en forma de una carta de la Oficina de Asuntos Internacionales del Departamento de Justicia<sup>159</sup>.

## 2. Los hechos

El CCR y el ECCHR reaccionan a la carta de los Estados Unidos demostrando la efectiva competencia del juez Velasco para enjuiciar a los seis funcionarios de la Administración Bush. De hecho, dicho informe demuestra que ninguna autoridad competente está investigando los actos imputados en la demanda, “el Departamento de Justicia ha concluido que no es adecuado iniciar procesos penales contra ninguno de los funcionarios del poder ejecutivo, incluso aquellos nombrados en la demanda, que actuaron en base a los memorandos redactados por la Oficina de Asesoría Legal, durante su participación en las normas y procedimientos de detención e interrogatorios”.

No cabe duda que los EE.UU tengan el marco jurídico suficiente para darle jurisdicción sobre casos de tortura y otras violaciones graves del derecho internacional; sin embargo, la aparente inacción en cuanto a la investigación y enjuiciamiento de funcionarios de medio o alto nivel en 10 años revela un voluntad de no ejercer su jurisdicción, respeto a la querrela, a pesar del considerable conjunto de pruebas existente. Al ser parte al Convenio Contra la Tortura, España tiene la obligación de asegurar la investigación adecuada para actos de tortura.

## 3. Marco conceptual jurídico aplicable

El escrito Amicus y la opinión de expertos de 2010 anexa, dan luz a varios fundamentos jurisdiccionales para reconocer la jurisdicción española sobre la jurisdicción estadounidense en este situación, sobre todo pone énfasis en la falta de acción de los EE.UU.

En primer lugar, según el Artículo 23(4) de la LOPJ<sup>160</sup> la jurisdicción española será competente para reconocer ciertos delitos internacionales “si no hay otro país con competencia... en el que se hayan iniciado procedimientos que constituyan una investigación y persecución efectivas en relación con los hechos punibles”. En este contexto, parece necesario poner de relieve que la jurisdicción española para reconocer dicha demanda sólo

---

<sup>159</sup> Departamento de Justicia de Estados Unidos, División Penal, Despacho de Asuntos Internacionales, carta de Mary Ellen Warlow y Kenneth Harris dirigida a la señora Paula Mongé Royo, Ref: solicitud de asistencia de España en el asunto de Addington, David; Bybee, Jay; Feith, Douglas; Haynes, William; Yoo, John; y Gonzalez, Alberto; Número de referencia español: 002342/2009-CAP, de fecha primero de marzo de 2011 marcado con sello el 4 de marzo de 2011 (Exposición de Estados Unidos).

<sup>160</sup> Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

puede ser quitada en caso de que los EE.UU puedan demostrar que hayan iniciado una investigación por su propia cuenta. A pesar de que no quepa duda de la competencia estadounidense para una investigación efectiva (dado la nacionalidad de los demandantes y las leyes nacionales<sup>161</sup>), es evidente que los EE.UU no han iniciado y no iniciarán ninguna investigación efectiva de los hechos punibles. Por consiguiente, en virtud del Artículo 23(4) de la LOPJ y del principio de jurisdicción universal celebrado en el CAT, el proceso debe proseguir ante el juzgado español.

Este ejemplo de la aplicación de la jurisdicción universal constituye una indicación de la falta de acción por parte del Gobierno estadounidense en torno al enjuiciamiento de los autores de memorandos que han permitido el uso de la tortura sobre un número significativo de personas a lo largo de los años. Dicha inacción ha encontrado su posible solución en la práctica de la jurisdicción universal. Sin embargo, tras la reforma de la LOPJ<sup>162</sup> en materia de jurisdicción universal de 2014, ésta prácticamente deja de existir dado que los delitos que cabrían dentro de la jurisdicción de los Tribunales españoles se acompañan de una serie de condiciones que se deben cumplir para que la justicia española fuera competente.

### **3.2 Las garantías diplomáticas**

En Febrero del 2005, cinco oficiales estadounidense de alto rango defendieron el programa de rendición extraordinaria, argumentando que en el marco de las políticas americanas, se suelen asegurar ciertas garantías diplomáticas por parte del Estado receptor, según las cuales la persona trasladada sea tratada de manera humana a la hora de recibirla<sup>163</sup>. Tal como lo definió el Alto Comisionario de Naciones Unidas para los Refugiados: “el término ‘garantías diplomáticas’, que se utiliza en el contexto del traslado de una persona de un Estado a otro, se refiere al compromiso del país receptor de que la persona en cuestión sea tratada de acuerdo con las condiciones establecidas por el país remitente o, en términos más generales, de conformidad con sus obligaciones de derechos humanos según el derecho internacional”<sup>164</sup>. Además, el Título 8 del Código de Regulación Federal de los EE.UU acerca de la implementación del CAT, en su sección 208.18 (c)(2) establece que el Procurador

---

<sup>161</sup> Estatuto de crímenes de guerra (18 U.S.C, Sección 2441) y el Estatuto contra la Tortura (18 U.S.C, Sección 2340A).

<sup>162</sup> Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal.

<sup>163</sup> Human Rights Watch, *Still at risk: development regarding diplomatic assurances since April 2004*, Vol.17, No.4 (D), April 2005, p29.

<sup>164</sup> Véase *Nota del ACNUR sobre las garantías diplomáticas y la protección internacional de los refugiados*, Sección de Operaciones de Protección y Asesoría Legal, División de Servicios de Protección Internacional, Ginebra, agosto de 2006.

General, con el asesoramiento del Secretario del Estado, determina si dichas garantías son ‘suficientemente fiables’ para autorizar el traslado de personas de acuerdo con las obligaciones contratadas por los EE.UU. Una vez aprobadas, cualquier demanda por parte de un individuo, en base al CAT, no será considerado por parte de las autoridades estadounidenses y la valoración de dichas garantías no podrá ser revisable por un tribunal<sup>165</sup>. De hecho, las personas trasladadas no pueden impugnar la legalidad de su traslado, ni la veracidad de las garantías de no practicar la tortura u otro trato cruel, inhumano o degradante obtenidas por el Estado receptor.

Debido a la creciente dependencia de las garantías diplomáticas en el contexto de la lucha contra el terrorismo, muchos expertos en derechos humanos han expresado su preocupación hacia gobiernos que utilizan tales medidas con el fin de evitar sus compromisos acerca de sus obligaciones en materia de derechos fundamentales, en nombre de la guerra contra el terrorismo, en el caso de los EE.UU, y la búsqueda de información de sospechosos de terrorismo. En este contexto, es cierto que varios instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos<sup>166</sup> establecen una prohibición total de cualquier acto de tortura e, inciten fuertemente los Estados Partes a abstenerse participar a la creación de situaciones donde las personas se encuentren en peligro o en riesgo de ser torturadas.

A pesar de dichas prohibiciones contenidas en los varios tratados internacionales, muchos gobiernos siguen utilizando el mecanismo de las garantías diplomáticas como forma de legitimar los numerosos casos de extradición de personas hacia países conocidos por sus récords en materia de violación de derechos humanos y de práctica de la tortura. Así, dichos

---

<sup>165</sup> Código de Regulación Federal (C.F.R), 8 C.F.R, sección 208.18 (c) (3).

<sup>166</sup> Artículo 3 del CAT prevé: “Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura (1). A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos (2); el PIDCP en su artículo 7 establece que “nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”. En sus observaciones generales, el Comité de Derechos Humanos añadieron un nuevo aspecto a la prohibición de la tortura, en que “los Estados Partes no deben exponer a las personas al peligro de ser sometidas a torturas o a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes al regresar a otro país tras la extradición, la expulsión o la devolución. Los Estados Partes deberán indicar en sus informes las medidas que hayan adoptado con tal fin” (Observaciones Generales adoptadas por el Comité de los Derechos Humanos, No.20, 1992); el Tercero Convenio de Ginebra, en su artículo 12 “Los prisioneros de guerra no pueden ser transferidos por la Potencia detenedora más que a otra Potencia que sea Parte en el Convenio y cuando la Potencia detenedora se haya cerciorado de que la otra Potencia desea y puede aplicar el Convenio. Cuando los prisioneros hayan sido así transferidos, la responsabilidad de la aplicación del Convenio incumbirá a la Potencia que haya aceptado acogerlos durante el tiempo que se le confien”.

Estados pueden protegerse de la responsabilidad penal alegando que habían obtenido garantías por parte de los países a riesgo, sabiendo sin embargo que el hecho de que necesiten ese tipo de seguridades significa que reconocen que los países receptores no protegen a los derechos fundamentales. La mayoría de los gobiernos admiten de forma abierta que buscan ese tipo de seguridad de países conocidos por sus antecedentes graves en materia de tortura, lo que contribuye al mantenimiento de la práctica de la tortura.

Sin embargo, los altos funcionarios, los mismos de que emanan las autorizaciones para buscar a seguridades diplomáticas, reconocen la falta de fiabilidad de estos mecanismos, tal como el Director de la CIA, Porter J. Gross que en su testimonio ante el Congreso el 16 de febrero de 2006 admitió que los Estados Unidos tenían una capacidad limitada en relación con el respeto de las garantías diplomáticas “*once they are out of our control, there is only so much we can do*”. El Fiscal General también declaró en mayo de 2005 “*We can’t fully control what a country might do. We obviously expect a country to which we have rendered to comply with their representation of us... If you’re asking me, ‘Does a country always comply?’ I don’t have the answer to that*”<sup>167</sup>. Estas declaraciones alarmantes por parte de los oficiales del gobierno estadounidense refuerzan la idea según la cual una vez que se entrega un detenido, no hay manera de garantizar el respeto de las seguridades obtenidas o de garantizar plenamente la seguridad de la persona.

La práctica de la tortura y las violaciones graves de los tratados internacionales de protección de los derechos humanos fueron una consecuencia previsible de los documentos legales redactados por los abogados del Departamento de Justicia. En efecto, las opiniones jurídicas dadas por la Oficina de Asesoría Legal son vinculantes para el poder Ejecutivo y, de hecho los abogados eran conscientes de su poder autoritativo acerca de las decisiones y medidas aplicadas basadas sobre sus opiniones y, de hecho, se produjeron graves violaciones de derechos humanos. Con vista a la falta de reacción por parte de la Administración Obama, es posible preguntarse si autores de dichas prácticas podrán ser un día castigados por su implicación en dichos crímenes.

---

<sup>167</sup> Mark Sherman, *Gonzales : No Guarantee Captives aren’t Tortured*, Associated Press, March 8, 2005.

## CONCLUSIONES

Después de haber explorado los diferentes aspectos de la cuestión de la tortura por parte de los Estados Unidos de América en su *guerra contra el terrorismo*, podemos llegar a las conclusiones siguientes:

1. Tal como hemos visto a lo largo de este trabajo, las relaciones sociales en nuestras sociedades se basan en una visión pesimista del hombre donde se considera como un ser que se debe controlar por el Derecho y que no es de fiar. Si ésta afirmación parece un poco radical, por lo menos podemos decir que se comparte en nuestras sociedades la visión de Rousseau según la cual el hombre es bueno en sí-mismo pero la sociedad le ha pervertido. Sin embargo, como ser racional, el hombre crea leyes que rigen sus acciones.
2. Mientras algunos autores se basan en una visión que celebra la individualidad de cada miembro y su respeto fundamental, otros proponen soluciones que abarcan a la sociedad en su conjunto, lo cual se traducirá en medidas que celebran la cantidad de bienestar que se puede conseguir para el mayor número de personas. Dichas medidas se enmarcan dentro de la tradición utilitarista. Desafortunadamente, dicha argumentación ha sido reutilizada para conseguir otros fines en las políticas actuales que pretenden establecer una política que proteja al mayor número de personas, sin tomar en consideración las consecuencias de sus acciones.
3. Desde luego, la asociación de las bases utilitaristas con la hipótesis de un caso extremo como la situación de *ticking-bomb* ha permitido, en el contexto de la *guerra contra el terrorismo* después del 11-S, desarrollar una política de contra-terrorismo fuera de los estándares morales actuales. Más bien, la situación de excepción que aquí vemos, parte de un calculo entre el daño causado por el uso de la tortura y la amenaza el daño en caso de ataque terrorista, primando este último.
4. A parte de la política desarrollada en el seno de la Administración Bush, existen normas inderogables de Derecho Internacional que establecen obligaciones absolutas impuestas sobre los Estados parte de los tratados. La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes, como instrumento más especializado, recoge unos principios imprescindibles para la lucha contra la práctica de la tortura, incluso en tiempo de guerra.
5. Su órgano de vigilancia, el Comité contra la Tortura, al recibir informes periódicos de los Estados Unidos llegó a la conclusión que los EE.UU han claramente violado la



Convención contra la Tortura en, por lo menos, diez ocasiones. Dichas conclusiones son apoyadas por las observaciones del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura, sobre todo en relación con las condiciones de detención de los sospechosos de terrorismo que se encuentran bajo el control de las fuerzas estadounidenses.

6. Por su parte, el Derecho Internacional Humanitario que rige las conductas de los Estados en tiempo de conflicto armado y el Comité Internacional de la Cruz Roja, órgano internacional que tiene acceso a todos los centros de detención, también concluye que los Estados Unidos han violado sus obligaciones bajo los Convenios de Ginebra.
7. Al recibir las recomendaciones de cada uno de los instrumentos mencionados de antemano, los EE.UU han avanzado varias justificaciones en torno a sus acciones. Según los Estados Unidos, el trato recibido por los detenidos no es equivalente a tortura, tal como entienden el concepto de tortura, lo cual se diferencia claramente de lo establecido en la Convención contra la Tortura.
8. La concepción única de los Estados Unidos de la tortura viene del trabajo de los abogados la Administración Bush que han realizado esfuerzos intensivos para redefinir los conceptos fundamentales de la prohibición de la tortura, en los conocidos memorandos.
9. Dichos esfuerzos siguen los tres pasos siguientes: primero, una redefinición del marco legal aplicable a la situación de los Estados Unidos en el conflicto con Al Qaeda y los miembros de las fuerzas talibanes; la aprobación de técnicas de interrogatorio que caben dentro de este nuevo marco legal aplicable; y finalmente, el rechazo de la aplicabilidad de los Convenios de Ginebra y desde luego, la creación de una nueva categoría jurídica para los prisioneros de guerra de su conflicto que no tienen derecho a las mismas garantías que aquellos designados por los Convenios de Ginebra.
10. Junto con estos pasos que pretenden redefinir el marco legal aplicable a su *guerra contra el terrorismo*, los EE.UU usan de manera intensiva el programa de rendiciones excepcionales que son básicamente casos de entrega de prisioneros a Estados conocidos por su uso sistemático de la tortura. Sin embargo, los EE.UU aseguran que los casos de rendición extraordinaria se acompañan de garantías diplomáticas que, supuestamente, garantizan el trato de los detenidos por el Estado receptor.

Aunque se trató de dar una apariencia legal a la tortura, sigue siendo un crimen de guerra, prohibida de manera indiscutible por una multitud de instrumentos internacionales. Es

cierto que los Estados, al ratificar convenios, tienen la posibilidad, en la mayoría de los documentos de emitir reservas y entendimientos sobre las provisiones de los convenios, sin embargo, no puede ir en contra del sentido del Convenio.

En concreto, es cierto que la Administración Bush estaba más preocupada con la licitud de sus técnicas de interrogatorios severas y posibles defensas por dichas acciones que por el Derecho Internacional. Así, desde 2001, como hemos visto, los abogados del Gobierno redactaron varios memorandos donde justifican el uso de prácticas equivalentes a tortura sobre detenidos encerrados en centros tal como Guantánamo y Abu Graib, poniendo de relieve la interpretación peculiar estadounidense del concepto de tortura. En este caso, el poder de las palabras en el sentido de diferencia de interpretación toma toda su importancia. El intenso trabajo de redefinición realizado por los abogados del Departamento de Justicia, actores principales en el desarrollo de las estrategias que dieron luz a prácticas de la tortura, revela una visión muy estrecha y radical del principio de tortura. Además, la creación de una nueva categoría de combatiente, los denominados ‘combatientes enemigos ilegales’ permitió a los Estados Unidos rebajar los estándares mínimos de protección de la persona, permitiendo así que ciertos detenidos, sospechosos de terrorismo puedan sufrir violaciones de sus derechos básicos, sin ninguna consecuencia para los autores de dichas violaciones. Sin embargo, sea cual sea la condición de un detenido, no deja de ser una persona con derechos fundamentales y tiene derecho a la protección de su dignidad.

Después de haber repasado los instrumentos más importantes en la materia en el segundo capítulo, se plantean dos puntos esenciales para poder avanzar sobre la cuestión del terrorismo en las políticas de un Gobierno: ¿cuáles son las normas que se aplican en el conflicto con los miembros de Al Qaeda y de las fuerzas talibanes? y ¿en qué medida la hipótesis de la *ticking-bomb* es viable?

Primero, es cierto que como prisioneros de guerra, los miembros de Al Qaeda y de las fuerzas talibanes tienen derecho a los estándares mínimos de protección en cuanto al trato debido a los detenidos y a las garantías legales básicas. Sin embargo, como lo han demostrado los EE.UU, es cierto que el conflicto actual con el terrorismo internacional sobrepasa el marco establecido de conflicto entre una nación y otra y, por lo tanto se deben aplicar nuevas reglas que se adapten al contexto actual, cuya naturaleza transnacional rinda su aplicación más compleja. Desde 1963, la comunidad internacional ha elaborado catorce instrumentos jurídicos universales para prevenir actos terroristas, bajo los auspicios de las Naciones

Unidas. En caso de protección de los detenidos, la categoría de los “combatientes ilegales”, a la cual pertenecen los miembros de Al Qaeda y de las fuerzas talibanes no tienen los mismos derechos, sino a una protección mínima.

Por otra parte, es necesario plantearse la cuestión de la viabilidad de la situación de *ticking-bomb* como directiva para las conductas de un Estado. Dicha idea es ciertamente pertinente en el debate sobre el terrorismo dado que siempre existe una posibilidad de ataque pero representa también un caso extremo en sí mismo y no puede constituir una regla sino una excepción que todavía hay que tener en cuenta. Por ello, un Gobierno no puede apoyarse sobre dicho caso para tomar decisiones sobre su política exterior y, por consiguiente no constituye un modelo viable. Cabe decir que la situación de la *ticking-bomb* es un argumento particularmente poderoso y peligroso por las extrapolaciones que puede llevar a cabo y se debe investigar en qué medida influye las políticas actuales de los Gobiernos.

En el contexto actual de la guerra global contra el terrorismo, tanto las normas aplicables como la base de las decisiones de los EE.UU deben ser reevaluados. De hecho, según especialistas de varios organismos, el DIH, ley más especializada en este contexto, deben adaptarse, creando una nueva categoría de conflictos, los conflictos armados internacionalizados.

Por otra parte, otro cambio debe tener lugar en relación con la prevención de la tortura, tal como ha sido destacado por el R.E sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, Juan E. Méndez por lo que debe enfocarse en las víctimas de terrorismo. Aunque los Gobiernos deben poder prevenir actos de terrorismo con información de inteligencia en tiempo y, en este sentido no se deben minar los esfuerzos para recoger información de manera ética, es imprescindible que se haga sin usar la tortura, que sea de manera directa o indirecta. En sus observaciones preliminares, el R.E afirma que los esfuerzos para luchar contra la tortura requieren una perspectiva centrada en las víctimas y la elaboración de proyecto adecuado en cuanto a la reparación, compensación y rehabilitación de las víctimas y sus familias. Es cierto que existen directivas sobre el trato debido a la víctima de tortura, no obstante, es preocupante que dicha protección sea mínima y que, a veces, no sea integrada correctamente en el sistema legal del país. Por ello, se debe enfocar en las víctimas para poder hacer responsable a los autores de tortura por sus acciones.<sup>168</sup>

---

<sup>168</sup> Juan E. Méndez, 16th Session of the Human Rights Council, Geneva, 7 de marzo de 2010.

## **DOCUMENTACIÓN**

### **Tratados internacionales**

- Carta de las Naciones Unidas, aprobada el 23 de junio de 1945, San Francisco, Estados Unidos.
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 10 de diciembre 1984, adoptada por la Asamblea General pen la resolución 39/46.
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, 9 de diciembre de 1985, Cartagena de Indias, Colombia.
- Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 4 de noviembre de 1950, Roma, Italia.
- Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, 1949, Ginebra.
- Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, aprobado el 12 de agosto de 1949 en Ginebra.
- Convenio de Ginebra, Relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra, aprobado el 12 de agosto de 1949 en Ginebra.
- Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de Guerra, aprobado el 12 de agosto de 1949 en Ginebra.
- El Convenio IV de la Haya Relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, 18 de octubre de 1907, La Haya, Países Bajos.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la resolución 217 A (iii) el 10 de diciembre de 1948, París, Francia.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), 16 diciembre de 1966.
- Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, CICR, 1977.

### **Jurisprudencia internacional**

- *Ahmed Agiza c. Suecia*, Comunicación N° 233/2003 (CAT/C/34/D/233/2003), Comité Contra la Tortura, 24 de mayo de 2005.

- *Cantoral Benavides Vs. Perú* (n° 11.337) del 18 de agosto de 2000, Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- *Comité Público contra la Tortura en Israel c. el Estado de Israel*, HCJ 5100/94, 6 de septiembre 1999, Tribunal Supremo de Israel.
- *Irlanda vs. Reino Unido*, Caso No.5310/71, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 18 de enero de 1978.
- *Kudla vs. Polonia*, Application no. 30210, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 26 de octubre de 2000.
- *Mohammed Alzery c. Suecia*, Comunicación No. 1416/2005 (U.N. Doc. CCPR/C/88/D/1416/2005), Consejo de Derechos Humanos, 10 de noviembre de 2006.
- *Nevmerzhitsky v. Ukraine*, Application no. 54825/00, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 5 de abril 2005.
- *Prosecutor v. Anto Furundzija*, Caso No. IT-95-17/1-A, 21 de julio de 2000, Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia
- *Riebe Star y otros vs. México*, Caso No.11.610, (Informe No. 49/99), Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 13 de abril de 1999.
- *Tyrer vs. Reino Unido*, Application no.5856/72, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 25 de abril de 1978.
- *Van der Ven vs. Países Bajos*, Application no. 50901/99, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 4 de febrero de 2003.

#### **Otros documentos internacionales**

- Asamblea General de las Naciones Unidas, *Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, A/RES/56/83, 28 de enero de 2002.
- Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Resolución 1433, *Legalidad de las Detenciones por los Estados Unidos en Guantánamo Bay*, 26 de abril de 2005.
- Center for Constitutional Rights, *Statement of Shafiq Rasul, Asif Iqbal and Ruhel Ahmed, Detention in Afghanistan and Guantánamo Bay*, 4 agosto de 2004.
- Comisión de Derechos Humanos, *Situación de los detenidos en la bahía de Guantánamo*, E/CN.4/2006/120, 27 de febrero de 2006.
- Comité Contra la Tortura, *Conclusiones y Recomendaciones del Comité Contra la Tortura*, UN Doc. CAT/C/USA/CO/2, del 25 de julio de 2006.
- Comité Contra la Tortura, *Informe Periódico presentado por los Estados Unidos*, UN Doc. CAT/C/48/Add.3/Rev.1, 13 de enero de 2006.

- Comité Contra la Tortura, *Observación General n°2 : Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes*, CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008.
- Comité Contra la Tortura, *Segundo Informe Periódico presentado por Israel*, UN Doc. CAT/C/33/Add.2/Rev.1, del 18 de febrero de 1997.
- Comité de Derechos Humanos, informe periódico, CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, 24 de septiembre de 2009.
- Comité Internacional de la Cruz Roja, *100 visitas del CICR a Guantánamo*, 11 de febrero de 2014.
- Comité Internacional de la Cruz Roja, *La pertinencia del DIH en el contexto del terrorismo*, 1 de febrero de 2001.
- Comité Internacional de la Cruz Roja, *Personas detenidas por Estados Unidos en relación con los conflictos armados y la lucha anti-terrorista – el papel del CICR*, 14 de septiembre 2010
- Comité Internacional de la Cruz Roja, *Reporte sobre el trato de catorce « detenidos de alto valor » en custodia*, febrero de 2007.
- Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Consejo de Derechos Humanos sobre su octavo periodo de sesiones*, A/HRC/8/52, del 1 de septiembre de 2008.
- Consejo de Seguridad, *Sobre las amenazas a la paz y la seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo*, S/Res/1368, del 12 de septiembre de 2001.
- Consejo de Seguridad, *Sobre las amenazas a la paz y la seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo*, S/Res/1373, del 28 de septiembre de 2001.
- Human Rights Council, *Communications Report of Special Procedures*, A/HRC/26/21, June 2, 2014.
- Human Rights Council, *Second progress report prepared by Ms. Kalliopi K. Koufa, Special Rapporteur on Terrorism and Human Rights*, E/CN.4/Sub.2/2002/35, 17th of July of 2002.
- Human Rights Watch, *Getting Away with Torture? Command Responsibility for the U.S. Abuse of Detainees*, vol.17, n°.1(G), abril 2005.
- Human Rights Watch, *Still at risk: development regarding diplomatic assurances since April 2004*, vol.17, n°.4 (D), April 2005.
- Inter-American Commission on Human Rights, *Statement of the United Nations Special Rapporteur on torture at the Expert Meeting on the situation of detainees held at the U.S. Naval Base at Guantanamo Bay, Washington DC*, 3 October 2013.

- International Committee of the Red Cross, *Report of the International Committee of the Red Cross on the treatment by the coalition forces of prisoners of war and other protected persons by the Geneva Conventions in Iraq during arrest, internment and interrogation*, February 2004.
- Juan E. Méndez, 16th Session of the Human Rights Council, Geneva, 7 de marzo de 2010.
- Moshe Landau – chairman of the Commission -, Ya’akov Malz – Member of the Commission -, Yitzhak Hofi – Member of the Commission -, *Commission of Inquiry into the methods of investigation of the General Security Service regarding Hostile Terrorist Activity*, Jerusalem, [*The Landau Commission*], October 1987.
- Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes [El Protocolo de Estambul], HR/P/PT/8/Rev.1, Naciones Unidas, 9 de agosto de 1999.
- *Nota del ACNUR sobre las garantías diplomáticas y la protección internacional de los refugiados*, Sección de Operaciones de Protección y Asesoría Legal, División de Servicios de Protección Internacional, Ginebra, agosto de 2006.
- Press Release, Amnesty International U.S.A., *Amnesty International: Alarm at Reports of US Interrogation Techniques*, 5 de marzo de 2003.

### **Jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos**

- *Ex Parte Quirin*, 317 U.S., 31 de julio de 1942
- *Hamdan v. Rumsfeld, Secretario de Estado*, 548 U.S., 29 de junio de 2006.
- *Rasul et al. v. Bush, President of the United States, et al.*, No. 03-334, 28 de junio de 2004.
- *United States of America v. José Padilla*, Southern District of Florida, Miami Division, 245B (Rev. 12/03), January 22, 2008
- *United States v. Korematsu*, 323. U.S. 214, 18 de diciembre de 1944, Opinión disidente del juez Richard Jackson.
- *United States v. Lindh* 212 F. Supp. 2d 541, 547 (E.D. Va. 2002)
- *United States v. Verdugo-Urquidez*, 494 U.S. 259, 28 de febrero de 1990

### **Documentos del gobierno de los Estados Unidos**

- Congressional Research Service, *Instances of Use of United States Armed Forces Abroad, 1798-1989* (E. Collier ed. 1989).
- Senate Executive Session Report 101-30, Resolution of Advice and Consent To Ratification of the Convention Against Torture, 27 de octubre de 1990.
- Senate Executive Session Report 101-30, Resolution of Advice and Consent To Ratification of the Convention Against Torture, 27 de octubre de 1990, Reserva I.2.
- Memorandum for William J. Haynes II, General Counsel of the Department of Defence, from John C. Yoo, Deputy Assistant Attorney General and Robert J. Delahunty, Special Counsel, *Re: Application of Treaties and Laws to al Qaeda and Taliban Detainees*, January 9, 2002.
- Memorandum, redactado por William H. Taft IV (Asesor Legal del Departamento de Estado) a la atención de John Yoo (OLC) el 11 de enero de 2002.
- Memorandum redactado por Colin L. Powell (Secretario de Estado, de 2001 a 2005) a la atención de Alberto R. Gonzales, *en el conflicto con Afganistán*, 26 de enero de 2002.
- Memorandum redactado por Alberto R. Gonzales, Counsel to the White House, a la atención del Presidente, *Decisión Sobre la aplicabilidad de los Convenios de Ginebra a los Prisioneros de Guerra en el conflicto con Al Qaeda y los Talibanes*, 25 de enero de 2002.
- Memorandum del Presidente George W. Bush, *RE: Trato Humano debido a los detenidos de Al Qaeda y los Talibanes*, 7 de febrero de 2002.
- U.S Department of State, Office of the Press Secretary, Ari Fleisher, *White House Press Secretary announcement of President Bush's determination re legal status of Taliban and Al Qaeda detainees*, February 7, 2002.
- Memorandum for Alberto R. Gonzales, Counsel to the White House, from Jay S. Bybee, Assistant Attorney General and John C. Yoo, Deputy Assistant Attorney General, *Re: Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C, Section 2340-2340A*, August 1, 2002.
- Memorandum for John A. Rizzo, Acting General Counsel, CIA, from Jay S. Bybee, Assistant Attorney General, *Interrogation of al Qaeda Operative*, August 1, 2002.
- Counter Resistance Strategy Meeting Minutes, 2 de octubre de 2002.
- Memorandum redactado por Jerald Phifer a la atención del Commander, Joint Task Force 170, *Request for Approval of Counter-Resistance Strategy*, 11 October 2002.



- Memorandum for William J. Haynes II, General Counsel of the Department of Justice, from Jay S. Bybee, Assistant Attorney General y John C. Yoo, Deputy Assistant Attorney General, *RE: Military Interrogation of Alien Unlawful Combatants Held Outside the United States*, March 14, 2003.
- Standard Operating Procedures in Camp Delta, Joint Task Force Guantánamo, 28 de marzo de 2003.
- Ronald Rumsfeld, Secretario de la Defensa, Memorandum for the Commander, US Southern Command, *Counter-Resistance Techniques in the War on Terrorism (S)*, April 16, 2003.
- Memorandum for President Bush, from Alberto R. Gonzales, Legal Counsel at the White House, *Decision Reapplication of the Geneva Convention on Prisoners of War to the Conflict With al Qaeda and The Talibans*, January 25, 2005.
- Senator McCain, 109th Congress, Department of Defense Appropriations Act (2006), 5 octubre 2005, p S11063.
- Memorandum from the Department of Defense of the United States, *Application of Common Article 3 of the Geneva Conventions to the Treatment of Detainees in the Department of Defense*, July 7, 2006.
- Office of Professional Responsibility, Department of Justice, *Investigation into the Office of Legal Counsel's Memoranda Concerning Issues Relating to the Central Intelligence Agency's Use of « Enhanced Interrogation Techniques » on Suspected Terrorists*, July 29, 2009.
- Memorandum del Departamento de Defensa, *ICRC Meeting with MG Miler*, 9 de octubre de 2013.
- Department of Defense, *ICRC Meeting with MG Miller on 09 OCT 03*, from Memorandum JTG GTMO-SJA (9 october 2003).
- Army Regulation 15-6: Final Report Investigation into FBI Allegations of Detainee Abuse at Guantanamo Bay, Cuba Detention Facility, 1 de abril 2005 [Fay-Jones Report].
- Army Regulation 15-6: Final Report Investigation into FBI Allegations of Detainee Abuse at Guantanamo Bay, Cuba Detention Facility, [The Schmidt Report], 1 April 2005 (Amended 9 June 2005).

## BIBLIOGRAFÍA

- ABEND L., “Spain’s Secret Role in the War on Terror”, *Time*, 2 de diciembre de 2008.
- ANSUÁTEGUI ROIG F.J., DE ASÍS ROIG, R., FERNÁNDEZ LIESA, C.R., PECES-BARBA MARTÍNEZ G., *Historia de los Derechos Fundamentales*, mayo 2014, Dykinson, Madrid.
- BASSIOUNI M .C., *The Institutionalization of Torture by the Bush Administration. Is Anyone Responsible ?*, Intersentia, Oxford, September 2010.
- BECCARIA C., *Des délits et des peines* (1764), traducido del italiano por Etienne Chaillou de Lisy, J.Fr.Bastien, Paris, 1773.
- BENTHAM J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford : Clarendon Press, 1789.
- BEVERLEY J., « La cuestión de la tortura, la decadencia española y el futuro de los Estados Unidos », *Revista Casa de las Américas*, N°.248, julio-septiembre 2007.
- BUDIANSKY S., « Truth Extraction », *The Atlantic*, junio 2005, pp 32-34.
- BUHA M.J., « Rule Utilitarian and Deontologist Perspectives on Comparisons of Torture and Killing », *Washington University Jurisprudence Review*, vol.2, Issue.2, 2010, p 304-327.
- CARLSMITH K.M, SOOD A.M., “The fine line between interrogation and retribution”, *Journal of Experimental Social Psychology*, vol.45, p. 191-196, 2009.
- CASTRESANA C., “La tortura como mal mayor”, *El Viejo Topo*, n°.289, febrero 2012, p 16-25.
- CHEHATA H., “Shin Bet: An ingrained culture of torture and deceit”, Briefing Paper, *Middle East Monitor*, September 2011.
- CNN, *Shock, outrage over prison photos* ,1 de mayo 1 2004. (<http://edition.cnn.com/2004/WORLD/meast/04/30/iraq.photos/>)
- COOPER A., « Exposing the Truth of Abu Ghraib », *60 Minutes*, 7 de diciembre de 2007.
- DANNER M., « In the Darkness of Dick Cheney », *The New York Review*, March 6, 2014.
- DERSHOWITZ A., « The Torture Warrant : A Response to Professor Strauss », *New York Law School Law Review*, vol.48, 2003, p275-294.
- DODDS P., « Guantánamo tapes show teams punching, stripping prisoners », *The Associated Press*, 1 de febrero de 2005.

- EINOLF C.J., « Fall and Rise of Torture : a Comparative and Historical Analysis », *Sociological Theory*, vol.25, n°2, June 2007.
- EVANS R., « The Ethics of Torture », *Human Rights and Human Welfare*, vol.7, 2007, p 53-66.
- FERNÁNDEZ LIESA C.R., *El Derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*, Civitas Ediciones, 2013.
- FITZPATRICK J., « Speaking Law to Power : The War Against Terrorism and Human Rights », *European Journal of International Law*, vol.14 n°.2, 2003, p 241-264.
- GOLDSTEIN R., « The limitations of quantitative data, *Human Rights and Statistics: Getting the Record Straight* », *University of Pennsylvania Press*, 1992, p42-47.
- GÓMEZ MARTÍN V., “El Experimento (Das Experiment)”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 8 de junio de 2006.
- GOODMAN A., GONZALEZ J., “Lawyer: Guantanamo Detainees on Hunger Strike Tortured and Violently Force-Fed by Guards, Medical Staff », en *Democracy Now*, el 21 de octubre de 2005, [http://www.democracynow.org/2005/10/21/lawyer\\_guantanamo\\_detainees\\_on\\_hunger\\_strike](http://www.democracynow.org/2005/10/21/lawyer_guantanamo_detainees_on_hunger_strike)
- GRECO L., “Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respeto de la tortura en los grupos de casos de las ticking time bombs”, *Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, abril del 2007.
- GREENBERG K., *The Least Worst Place: Guantánamo’s First 100 Days*, Oxford University Press, New York, 2009.
- HARNDEN T., « Welcome to the CIA’s Hotel California », *Daily Telegraph*, 4 de marzo 2003.
- HEALY G., « After Almost 13 years, It’s Time to End Congress’ Blanket Authorization Force », *The DC Examiner*, 2 de mayo 2014.
- HERSH S.M., « Torture at Abu Ghraib », *The New Yorker*, 10 de mayo de 2004
- HERSH S.M., *Chain of Command: The Road from 9/11 to Abu Ghraib*, Harper Perennial, 26 de julio de 2005.
- HOBBS T., *De Cive: elementos filosóficos sobre el ciudadano* (Epístola Dedicatoria) (1642), traducido por Carlos Mellizo, Alianza Editorial, 2000.
- HOBBS T., *Leviatán* (1651), traducido por Carlos Mellizo, Alianza Editorial, 1999.
- IGNATIEFF M., “The Torture Wars”, *New Republic*, 22 de abril de 2002.

- IGNATIEFF M., *The Lesser Evil: Political Ethics in an Age of Terror*, Princeton University Press, 2004.
- JANOFF-BULMAN R., « Erroneous assumptions: Popular belief in the effectiveness of torture interrogation. Peace and Conflict », *Journal of Peace Psychology*, vol.13, nº.4, 2007.
- KALECK W., «Justice and accountability in Europe: discussing strategies, en CIA – “Extraordinary Rendition” flights, torture and accountability – a European Approach », European Center for Constitutional and Human Rights, Second Edition, Marzo 2008.
- KANT I., *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres* (1785), Colección Austral, Espasa Calpe, Madrid, 1990.
- LA TORRE M., “La teoría del Derecho de la tortura”, *Derechos y Libertades*, nº. 17, Epoca II, junio 2007, pp . 71-87.
- LEUNG R., « Abuse at Abu Ghraib », *CBS News*, 5 de mayo de 2004.
- LLOBET ANGLÍ M., “¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros?”, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, julio de 2010.
- LUBAN D., « Liberalism, Torture, and the Ticking-Bomb », *Virginia Law Association Review*, vol.91, 2005, p 1425-1461.
- MAQUIAVELO N., *El Príncipe* (1532), Alianza Editorial, 2010.
- MARIÑO MENÉNDEZ F.M, « El Comité contra la Tortura de Naciones Unidas. Balance de su actual situación », *Lex*, nº 13, Año XII, 2014.
- MARIÑO MENÉNDEZ F.M., « La prohibición internacional de la tortura », *Pacis Artes. Obra Homenaje al profesor Julio D. González Campos*, tomo I, Madrid, 2005, pp. 401-418.
- MAYER J., “Outsourcing Torture: The Secret History of America’s “Extraordinary Rendition” Program », *The New Yorker*, February 8, 2005.
- MCCAIN J., Discurso entregado frente el Senado el 12 de mayo de 2011 : <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/D?r112:13:./temp/~r112gft4jl:>
- MILGRAM S., “Behavioural Study of Obedience”, *The Journal of Abnormal and Social Psychology*, vol.67, nº.4, Yale University, 1963.
- MORELLI M.G., “Los llamados « conflictos de derechos ». El cálculo de bienes utilitarista y la crítica de John Finnis”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº.7, 25 de febrero de 2004, p73-89.

- PARRY J.T., « ‘Just for fun’: Understanding torture and understanding Abu Ghraib », *Journal of National Security Law & Policy*, vol.1, 2005.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ G., “El Derecho y el amor : sus modelos de relación”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº6-7, 1982, pp65-79.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ G., *Curso de Derechos Fundamentales : Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.
- POSNER R.A., « The Best Offense », *The New Republic*, September 2<sup>nd</sup>, 2002.
- PRIEST D., SMITH J., « Memo Offered Justification for Use of Torture », *The Washington Post*, June 8, 2004.
- RODRÍGUEZ URIBES, J.M., *Las víctimas del terrorismo en España*, Dykinson, 2013.
- ROSAS A., « The Legal Status Of Prisoners of War », *International Review of the Red Cross*, vol.17, nº193, 1977, pp221-222.
- ROUSSEAU J.J., *Du Contrat social ; ou Principes du droit politique* (1762), Du Peyrou/Moultou 1782, Quatro édition, Genève.
- ROUSSEAU, J.J., *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes* (1754), Marc Michel Rey, Amsterdam, 1755.
- SCHEUER M., « Statement of Mr. Micheal F. Scheuer, Former Chief, Bin Laden Unit, Central Intelligence Agency », 110th session Congress, April 17, 2007.
- SHERMAN M., « Gonzales : No Guarantee Captives aren't Tortured », *Associated Press*, March 8, 2005.
- SIEMS L., “Deceiving the ICRC”, *The Torture Reports*, 16 de septiembre de 2010.
- STANNARD M.B., “Standford Experiment foretold Iraq scandal/ ‘Inmates’ got abused in psychology study”, *San Francisco Chronicles*, 8 de mayo de 2004.
- STRAUSS M., « Torture », *New York Law School Law Review*, vol.48, 2003, p201-274.
- STUART MILL J., *Utilitarianism*, Parker, Son, and Bourn, London, 1864.
- THOMAS E., HIRSH M., « The Debate Over Torture », *Newsweek*, 21 de noviembre de 2005, pp26- 33.
- TSANG S., *Intelligence and Human Rights in the Era of Global Terrorism*, Praeger Security International, Westport, Connecticut, 2007.

- VACAS FERNÁNDEZ F., *El terrorismo como crimen internacional: Definición, naturaleza y consecuencias jurídicas internacionales para las personas*, Editorial Tirant Lo Blanc, Valencia, España, 2011.
- VILLÁN DURÁN C., *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Editorial Trotta, Madrid, España, 2006.
- VOLTAIRE, « Commentaire sur le livre des délits et des peines : par un avocat de province », CECOPOP, Nantes, 1994.
- WEISSBRODT D., BERGQUIST A., « Extraordinary Rendition : A Human Rights Analysis », *Harvard Human Rights Journal*, vol.19, 2006.
- WHITE E., “Obama says Gitmo facility Should Close”, *Associated Press*, 24 de junio de 2007.
- WOLFOWITZ P., Deputy Secretary of Defense, *Interview on the Pentagon Channel*, 4 de mayo de 2004. A consultar en <http://www.defense.gov/transcripts/transcript.aspx?transcriptid=2970>.
- ZIMBARDO P.G., “Power turns good soldiers into ‘bad apples’”, *The Boston Globe*, 9 de mayo de 2004.
- ZIMBARDO P.G., *The Lucifer Effect, Understanding How Good People Turn To Evil*, Random House, New-York, 2007.