

Las entregas extraordinarias y el acervo humanitario del Derecho internacional ¿Abre la nueva administración americana alguna perspectiva de cambio?

ELIZABETH SALMÓN*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LA NOCIÓN DE ENTREGAS EXTRAORDINARIAS Y EL REGRESO A UNA MODALIDAD ATENUADA.- III. LAS BASES MILITARES COMO PARTE DE LA ESTRATEGIA DE ENTREGAS EXTRAORDINARIAS.- IV. LOS LÍMITES A LAS ENTREGAS EXTRAORDINARIAS DERIVADOS DEL DIH.- V. EL DIDH FRENTE A LAS ENTREGAS EXTRAORDINARIAS.- 1. APLICABILIDAD DE LAS NORMAS DEL DIDH A LAS ENTREGAS EXTRAORDINARIAS.- 2. OBLIGACIONES EN EL DIDH EN RELACIÓN CON LAS ENTREGAS EXTRAORDINARIAS.- VI. COMENTARIO FINAL: AVANCES, RETOS Y RETROCESOS DE LA NUEVA ADMINISTRACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Tras los ataques del 11 de septiembre de 2001, el ex presidente de Estados Unidos, George W. Bush, dio inicio a lo que sus propios agentes calificaron como la «guerra contra el terrorismo»¹. En este contexto, la reacción frente a acciones terroristas no se encontró circunscrita al procesamiento penal de los responsables, sino al desarrollo de un conflicto armado en contra de estos. En la práctica, ello desembocó en la invasión de Afganistán y en la ocupación de Irak, con las consecuentes alegaciones sobre la existencia de bases militares en terceros Estados, lugares donde se interrogaría, sin el respeto de las normas mínimas de protección de los derechos humanos, a personas sindicadas de pertenecer a Al Qaeda o al grupo talibán².

Para la consecución de los objetivos de su lucha contra el terrorismo, el gobierno norteamericano desarrolló una práctica conocida como «entregas extraordinarias» (*extraordinary renditions*), que se dirige al traslado ilícito de personas y a su subsiguiente tortura o desaparición forzada, o —en el mejor de los casos— al juzgamiento de los detenidos por parte de tribunales o comisiones militares³.

* Directora académica del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y coordinadora de la Maestría en Derechos Humanos.

1 Como consecuencia de los ataques del 11 de septiembre de 2001, el 14 del mismo año, el gobierno de Estados Unidos decretó el estado de emergencia con carácter retroactivo. Asimismo, se promulgó la ley denominada *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism* (USA PATRIOT ACT). Para un análisis detallado, véase VERVALE, John. *La legislación antiterrorista en los Estados Unidos. ¿Inter arma silent leges?* Buenos Aires: Del Puerto, 2007.

2 Véase CENTER FOR HUMAN RIGHTS AND GLOBAL JUSTICE – NEW YORK UNIVERSITY SCHOOL OF LAW. *Torture by Proxy: International and Domestic Law Applicable to Extraordinary Renditions*. Nueva York: ABCNY y NYU School of Law, 2004.

3 Como ha señalado Stephens: «After 9/11 [...] the emphasis changed abruptly, and the procedural rules associated with criminal trials began to yield to claims of military exigency in the war on terrorism.

En el pasado, los Estados han recurrido a sus fuerzas militares para hacer frente a actos terroristas. Por ello, la participación de estas en el aseguramiento del respeto de la ley frente a crímenes transnacionales no constituyó una novedad. No obstante, lo que sí resultó ser un suceso sin precedentes fue conceptualizarla como una «guerra (internacional) contra el terrorismo» —sin un final ni un enemigo certero—. Ello implicó un cambio de paradigma en la respuesta de los Estados frente a este fenómeno⁴.

Al conocerse la magnitud de las operaciones de inteligencia llevadas a cabo por el gobierno norteamericano, así como la participación de terceros Estados, la reacción de la comunidad internacional no se hizo esperar. Las informaciones señalaban la cooperación de Estados europeos en el traslado y la entrega de personas sindicadas de afiliación terrorista. Ante ello, el Consejo de Europa solicitó al Comité sobre Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos⁵ y a la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia)⁶ la elaboración de investigaciones al respecto. Igualmente —y de forma más enérgica— el Parlamento Europeo presentó, el 30 de enero de 2007, el «Informe sobre la Supuesta Utilización de Países Europeos por la CIA para el Transporte y la Detención Ilegal de Presos», realizado por la Comisión Temporal sobre la Supuesta Utilización de Países Europeos por la CIA para el Transporte y Detención Ilegal de Presos⁷.

Por su parte, frente a las alegaciones del desarrollo de esta práctica, Estados Unidos brindó respuestas que demostraron ser poco consecuentes. Por un lado, la administración Bush negó el uso de métodos que impliquen el uso de tortura al realizar los interrogatorios como resultado de entregas extraordinarias. Sin embargo, sí admitió realizarlas como parte de su «lucha contra el terror»⁸. De igual modo, se sostuvo la necesidad de realizar aquellos interrogatorios en instalaciones secretas o fuera del territorio norteamericano, para evitar represalias mayores que tuvieran como objetivo el ataque a Estados Unidos⁹. De ello se desprende que,

The expanded use of presidential power in the immediate aftermath of 9/11 reflects this basic shift to a military justice model». STEPHENS, OTIS. «Presidential Power, Judicial Deference, and the Status of Detainees in an Age of Terrorism». En COHEN, David. *American National Security and Civil Liberties in an Era of Terrorism*. Gordonville: Palgrave Macmillan, 2004, p.71.

4 FITZPATRICK, Joan. «Speaking Law to Power: The War Against Terrorism and Human Rights». *European Journal of International Law*, vol. 14, 2003, p. 244.

5 Consejo de Europa. Informe relativo a las Alegadas Detenciones Secretas y Transferencias Interestatales Ilegales de Detenidos que Involucran Estados Miembros del Consejo de Europa. Comité de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos. Ponente: Dick Marty.

6 Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia). Opinión N° 363 / 2005, Opinión acerca de las Obligaciones Internacionales de los Miembros del Consejo de Europa respecto a las Detenciones Secretas y el Transporte Interestatal de Prisioneros. CDL-AD(2006)009. Estrasburgo, 17 de marzo de 2006.

7 Parlamento Europeo. Comisión Temporal sobre la Supuesta Utilización de Países Europeos por la CIA para el Transporte y Detención Ilegal de Presos. Informe sobre la Supuesta Utilización de Países Europeos por la CIA para el Transporte y la Detención Ilegal de Presos. A6-0020/2007. 30 de enero de 2007. Ponente: Giovanni Claudio Fava.

8 Igualmente, ciertos oficiales —como Cofer Black, ex director de la sección antiterrorista de la CIA— han sostenido que el 11 de septiembre de 2001 marcó un antes y un después en la política estadounidense contra el terrorismo, pues a partir de esa fecha «se dejaron los guantes a un lado». *Washington Post*. «U.S. Decries Abuse but Defends Interrogations 'Stress and Duress' Tactics Used on Terrorism Suspects Held in Secret Overseas Facilities», 26 de diciembre de 2002.

9 WEISSBRODT, David y Amy BERGQUIST. «Extraordinary Rendition and the Torture Convention». *Virginia Journal of International Law*, vol. 46, 2006, p. 592.

lejos de negar la realización de entregas extraordinarias, la anterior administración estadounidense las consideró un método necesario para hacer frente al terrorismo.

El 20 de enero de 2009, Barack Obama asumió la presidencia de Estados Unidos. A los pocos días, Obama emitió dos órdenes ejecutivas que suponen un cambio importante en la política antiterrorista norteamericana. Mediante dichas órdenes, dispuso la clausura del centro de detención de Guantánamo en el plazo de un año, la suspensión de los juicios ante comisiones militares, el cierre de los centros secretos de detención de la CIA y la prohibición del uso de técnicas de interrogatorio que constituyen actos de tortura¹⁰. Estas son, sin duda, medidas acertadas que muestran una clara ruptura con el pasado¹¹. No obstante, la política referida a las entregas extraordinarias no ha sido aún abordada directamente, y todo hace prever que continuarán, aunque quizás en una modalidad atenuada.

En tal sentido, es del todo relevante preguntarse qué respuestas otorga el Derecho internacional frente a esta práctica y, asimismo, determinar los retos que su eliminación representa para la nueva administración. Con tal fin, nos proponemos presentar, en primer lugar, un acercamiento a la noción de entregas extraordinarias. Luego de ello, se abordará el asunto de la existencia de bases militares fuera del territorio norteamericano, que han permitido a Estados Unidos el desarrollo de su política antiterrorista. Seguidamente, analizaremos las implicancias del Derecho Internacional Humanitario (DIH) en esta llamada «guerra contra el terrorismo» y, específicamente, en las entregas extraordinarias. Entrando al ámbito de los derechos humanos, se analizará si son aplicables los instrumentos de derechos humanos en estos contextos y, una vez establecido ello, haremos referencia a aquellas obligaciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) que estarían siendo vulneradas con la realización de las entregas extraordinarias. Finalmente, se presentarán algunas reflexiones en torno al camino que debería seguir la nueva administración, a efectos de compatibilizar su política antiterrorista con el acervo humanitario del Derecho internacional contemporáneo.

II. LA NOCIÓN DE ENTREGAS EXTRAORDINARIAS Y EL REGRESO A UNA MODALIDAD ATENUADA

Las llamadas *entregas extraordinarias* no constituyen un fenómeno nuevo para la política exterior norteamericana. Como señala Satterthwaite, este término describe la forma pervertida de una práctica que comenzó

10 Tales medidas han sido adoptadas mediante las órdenes ejecutivas «Revisión y Disposición de Personas Detenidas en la Base Naval de la Bahía de Guantánamo y Cierre de las Instalaciones de Detención» (*Review and Disposition of Individuals Detained at the Guantánamo Bay Naval Base and Closure of Detention Facilities*) y «Aseguramiento de la Legalidad de los Interrogatorios» (*Ensuring Lawful Interrogations*), ambas del 22 de enero de 2009. Disponibles en <http://www.whitehouse.gov/briefing_room/PresidentialActions/pg2/>.

11 Para mayor información, véase Amnistía Internacional en <<http://www.amnesty.org/es/news-and-updates/news/los-100-primeros-dias-del-presidente-obama-ultimas-noticias>>.

233

LAS ENTREGAS
EXTRAORDINARIAS
Y EL ACERVO
HUMANITARIO
DEL DERECHO
INTERNACIONAL
¿ABRE LA NUEVA
ADMINISTRACIÓN
AMERICANA
ALGUNA
PERSPECTIVA DE
CAMBIO?

con la administración Reagan, caracterizada por la ilegalidad que encierra en sí misma¹². A pesar de esta característica, las abducciones y transferencias de personas en razón de la sospecha de su participación en crímenes en contra de los intereses de Estados Unidos han sido ampliamente respaldadas por la jurisprudencia de sus tribunales, e incluso llegó a consolidarse la denominada doctrina de Ker-Frisbie (*Ker-Frisbie Doctrine*)¹³.

No obstante, si bien las entregas extraordinarias de extranjeros han sido una práctica llevada a cabo por Estados Unidos a lo largo de décadas, en los últimos años se produjo un cambio fundamental en su finalidad. En efecto, las entregas extraordinarias iniciadas en los años ochenta eran verdaderos secuestros, pero realizados con el propósito de llevar a estas personas ante la justicia (*renditions to justice*). A diferencia de ello, los secuestros puestos en práctica por Bush tenían un claro propósito de incomunicar a las personas detenidas y obtener información a través de medios prohibidos por el Derecho internacional, tales como la tortura¹⁴. Por esta razón, este último tipo de entregas extraordinarias pueden denominarse «agravadas» o «entregas extraordinarias para torturar» (*renditions to torture*).

A ello debe sumarse que este tipo de operativos no se encuentran materializados como parte de mecanismos puramente militares y de inteligencia, sino que están enmarcados dentro de un contexto especial en el que la misma prohibición de la tortura —reconocida como una norma de *ius cogens*¹⁵— se pone en duda por académicos norteamericanos del Derecho internacional¹⁶. La justificación que se ha brindado para desconocer la prohibición absoluta de la tortura se basa en el interés colectivo que se podría resguardar al usar dichas técnicas en situaciones límite (*ticking bomb situation*)¹⁷. Según afirman, sería necesario realizar un examen o *balancing* que debería preferir el bien jurídico de la vida de las personas inocentes antes que el de la integridad personal de los

12 SATTERTHWAITE, Margaret. «Extraordinary Rendition and Disappearances in the War on Terror». *Gonzaga Journal of International Law*, vol. 10, 2006, p. 71.

13 La doctrina de Ker-Frisbie fue establecida en la decisión de la Corte Suprema en el caso Ker v. Illinois en 1886 y en la decisión de la misma corte de 1952 en el caso Frisbie v. Collins. Esta doctrina —inspirada en la máxima romana de *male captus, bene detentus*— estableció la capacidad de los tribunales norteamericanos de mantener su jurisdicción respecto de los acusados, independientemente de la forma en que estos fuesen presentados ante los tribunales. Posteriormente, se vio reforzada con la decisión de la Corte Suprema al permitir el juzgamiento de Álvarez-Machain, ciudadano mexicano acusado de haber participado en la tortura y el asesinato de un agente de la Agencia Antidrogas (DEA), quien fue secuestrado por Estados Unidos y llevado a sus tribunales. Véase SEMMELMAN, Jacques. «Due Process, International Law, And Jurisdiction Over Criminal Defendants Abducted Extraterritorially: The Ker-Frisbie Doctrine Reexamined». *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 30, 1992, pp. 513-576.

14 SATTERTHWAITE, Margaret. *Op. cit.*, p. 71.

15 Dicha característica ha sido reconocida y complementada por la jurisprudencia de Tribunales Penales Internacionales Ad-Hoc. Véase, entre otros, los casos ante el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia *Prosecutor v. Furundzija*, IT-95-17/1-T, sentencia del 10 de diciembre de 1998; y *Prosecutor v. Delalic and Others*, IT-96-21-T, sentencia del 16 de noviembre de 1998.

16 Véase ULBRICK, Trevor. «Tortured Logic: The (Il)legality of United States Interrogation Practices in the War on Terror». *Northwestern Journal of International Human Rights Law*, vol. 5, N° 1, 2005, pp. 210-214; y WALDRON, Jeremy. «Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House». *Columbia Law Review*, 2005. En <<http://www.columbia.edu/cu/law/fed-soc/otherfiles/waldron.pdf>>.

17 Para un análisis de este tipo de justificaciones, véase GROSS, Emanuel. «Legal Aspects Of Tackling Terrorism: The Balance Between The Right Of A Democracy To Defend Itself And The Protection Of Human Rights». *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, vol. 6, N°1, 2001, pp. 89-168.

terroristas. Sea como fuere, la experiencia internacional en este tipo de casos ha demostrado su entereza al negar la posibilidad de usar métodos de tortura llamados «condicionales»¹⁸.

En relación con la noción de las entregas extraordinarias, estas han sido definidas frecuentemente como un acto estatal que involucra el secuestro y la transferencia de personas sospechosas de pertenecer a grupos terroristas. No obstante, esta parece no constituir una definición que comprenda la multiplicidad de supuestos que envuelve esta figura. Ciertamente, si tomamos como referencia el informe del Comité sobre Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos del Consejo de Europa, en el que se da cuenta de una serie de casos de entregas extraordinarias, se observa lo complejo que resulta este sistema¹⁹.

En efecto, se pueden identificar diversas formas de actuación. En ciertos casos, la entrega extraordinaria implica la captura, el traslado y la tortura de una persona en una base militar norteamericana ubicada en el territorio ocupado por este (caso de Khaled El-Masri)²⁰. En otros, supone el secuestro y traslado forzoso de personas a territorios jurídicamente herméticos al escrutinio de los tribunales internos norteamericanos (caso de los seis ciudadanos argelinos)²¹. Finalmente, se trata del traslado, con la aquiescencia y la colaboración de terceros Estados, de personas detenidas en Estados en los que se sabe que se practica la tortura (caso de Ahmed Agiza y Mohammed Alzery)²².

En tal sentido, las entregas extraordinarias constituyen, antes que un acto —como la sola abducción o transferencia—, un proceso complejo enmarcado en un contexto político particular. De esta forma, pueden entenderse como la detención arbitraria de una persona sospechosa de terrorismo, tras lo cual es secuestrada, transferida contra su voluntad a un tercer Estado o a zonas desconocidas, para ser torturada y mantenida fuera del escrutinio de los tribunales competentes. Comprenden, además, un sistema legal, o para-legal, establecido por Estados Unidos para llevar adelante estos actos y limitar su responsabilidad internacional²³.

235

LAS ENTREGAS
EXTRAORDINARIAS
Y EL ACERVO
HUMANITARIO
DEL DERECHO
INTERNACIONAL
¿ABRE LA NUEVA
ADMINISTRACIÓN
AMERICANA
ALGUNA
PERSPECTIVA DE
CAMBIO?

18 HESSBERGER, Florian. «Bad Torture – Good Torture? What International Criminal Lawyers May Learn from the Recent Trial of Police Officers in Germany». *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, N° 5, 2005, pp. 1059-1073.

19 Consejo de Europa. Informe relativo a las «Alegadas Detenciones Secretas y Transferencias Interestatales Ilegales de Detenidos que Involucran Estados Miembros del Consejo de Europa.» Comité de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos. Ponente: Dick Marty.

20 El-Masri es un ciudadano alemán de ascendencia libanesa que fue detenido por la policía en Macedonia y, posteriormente, trasladado por agentes estadounidenses a Kabul, Afganistán. Para información adicional, véase Amnistía Internacional. «La entrega de Khaled el-Masri. Macedonia/Alemania/ Estados Unidos». En <<http://web.amnesty.org/library/Index/ESLAMR511332006?open&of=ESL-MKD>>.

21 El caso se refiere a seis hombres de origen argelino que fueron detenidos en Bosnia y Herzegovina por oficiales de dicho Estado y entregados a agentes estadounidenses, luego de lo cual fueron llevados a Guantánamo. Para mayor información, véase Amnistía Internacional, Informe 2008, en <<http://www.amnesty.org/es/region/bosnia-herzegovina/report-2008>>.

22 Se trata de dos ciudadanos egipcios que habían solicitado refugio a Suecia. Lejos de aceptar la petición, Suecia los entregó a Estados Unidos y, finalmente, fueron transferidos a Egipto, en donde fueron torturados. Véase Amnistía Internacional. «The case of Mohammed El Zari and Ahmed Agiza: Violations of Fundamental Human Rights by Sweden Confirmed», en <<http://web.amnesty.org/library/index/engneur420012006>>.

23 Por esta razón, el Comité sobre Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos del Consejo de Europa señalaba en su informe que el sistema puesto en marcha por Estados Unidos constituyó un trabajo de muchos años en el que se crearon variadas tácticas y técnicas para la lucha contra el terrorismo semejantes a un «tela

Ahora bien, el cambio producido hasta el momento por Obama no apuntaría a desaparecer del todo esta práctica, sino a retornar a una modalidad atenuada, a la situación anterior al gobierno de Bush. La orden ejecutiva aprobada el 22 de enero de 2009, referida al aseguramiento de interrogatorios legales, prohíbe formalmente la tortura, con lo que pone fin al programa de «interrogatorios reforzados» de la CIA aplicado en la presidencia de su predecesor. En esta línea, de acuerdo con el literal (a), sección 3 de la orden bajo comentario, las disposiciones contenidas en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 constituyen una base mínima a ser respetada para que se garantice que, bajo cualquier circunstancia, todas las personas deben ser tratadas humanamente y no deben ser sujetas a acto alguno de afectación a su vida o su integridad personal. Con ello se marca claramente un antes y un después en la prohibición de usar esta clase de interrogatorios o de otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, tal como se definen en el Derecho internacional²⁴.

De igual modo, dicha orden ejecutiva dispone, en el literal (b) de la sección 3, que ninguna persona que se encuentre dentro de instalaciones estadounidenses o bajo la custodia de un agente estadounidense puede ser sometida a técnicas de interrogación distintas de las autorizadas por el Manual de Campo del Ejército (*Army Field Manual 2-22.3*). Es un gran avance que ahora la CIA también se encuentre sujeta a las normas de dicho manual. Sin embargo, siguen siendo preocupantes algunas disposiciones de este, puesto que son incompatibles con la prohibición internacional de la tortura. Principalmente, el apéndice M del Manual de Campo del Ejército resulta contradictorio con la prohibición de la tortura, en tanto permite técnicas como el aislamiento y la privación prolongada del sueño, que equivalen a tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Este escenario ambivalente que se caracteriza, de un lado, por la introducción de importantes avances en el respeto a los derechos humanos y que, por otro, permite la permanencia de antiguas deficiencias, puede verse reflejado en las declaraciones de Obama en su discurso ante la Sesión Conjunta del Congreso, en febrero de 2009, cuando sostuvo que:

Para derrotar al extremismo, *debemos también estar alerta y respaldar los valores que nuestras tropas defienden, porque no existe fuerza más poderosa en el mundo que el ejemplo de Estados Unidos*. Es por eso que he ordenado que se cierre el centro de detención de la Bahía de Guantánamo, y procuraremos que se lleve ante la justicia, de forma rápida y segura, a los

de araña». Al respecto, véase Informe Relativo a las «Alegadas Detenciones Secretas y Transferencias Interestatales Ilegales de Detenidos que Involucran Estados Miembros del Consejo de Europa». Comité de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos. Ponente: Dick Marty.

²⁴ Véase el artículo 1 de la Declaración de 1975 sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; el artículo 1 de la Convención de 1984 contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; y el artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

terroristas capturados, porque vivir conforme a nuestros valores no nos hace más débiles; nos da mayor seguridad y nos da mayor fuerza. Y es por eso que puedo pararme aquí esta noche y decir, sin excepciones ni evasivas, que *Estados Unidos no tortura*²⁵.

237

III. LAS BASES MILITARES COMO PARTE DE LA ESTRATEGIA DE ENTREGAS EXTRAORDINARIAS

El desarrollo de la práctica ilegal de las entregas extraordinarias incluyó el establecimiento de bases militares en el exterior con el objetivo de realizar interrogatorios y detenciones ilegales. A pesar de que actualmente Estados Unidos es la única potencia que mantiene una red significativa de bases militares alrededor del mundo, esta práctica se hizo algo frecuente luego de finalizada la Segunda Guerra Mundial²⁶. Con el surgimiento de las dos superpotencias, se vio en la celebración de acuerdos de creación de bases militares un medio útil para asentar fuerzas en el territorio de otros Estados y, de esta manera, crear una red geopolítica en favor de sus respectivos objetivos.

No obstante, en el transcurso de las últimas décadas, Estados Unidos siguió una política constante de expansión militar y de posicionamiento estratégico. Como parte de este proceso, promovió la celebración de los denominados Acuerdos sobre Bases Militares (ABM), mediante los cuales se establece un espacio en el territorio de un Estado huésped, respecto del cual tendrá ciertos derechos y deberes, principalmente relacionados a actividades militares. Tales derechos y obligaciones son comúnmente especificados a través de la posterior realización de Acuerdos Complementarios²⁷ que, en el caso de Estados Unidos, dan lugar a los llamados *Status-of-Forces Agreement* (SOFA). Los SOFA se acuerdan en el contexto de un ABM previo y establecen el régimen de la jurisdicción civil y penal aplicable al personal norteamericano presente en la base militar. Igualmente, mediante los SOFA se establece el régimen de entrada y salida del personal del cuerpo militar, así como de los bienes u objetos que se encuentren en la base.

Al negociar este tipo de acuerdos, se parte de la presunción de que la presencia de las tropas de Estados Unidos es acorde con el interés del Estado huésped. No obstante, el Estado sobre cuyo territorio se establece la base mantiene el ejercicio completo de su competencia respecto de este espacio y también sobre toda persona que se encuentre en él. Ciertamente, la mayoría de los SOFA reconocen el derecho del Estado huésped a una

LAS ENTREGAS
EXTRAORDINARIAS
Y EL ACERVO
HUMANITARIO
DEL DERECHO
INTERNACIONAL
¿ABRE LA NUEVA
ADMINISTRACIÓN
AMERICANA
ALGUNA
PERSPECTIVA DE
CAMBIO?

25 Declaraciones del Presidente Barack Obama, discurso ante Sesión Conjunta del Congreso. 24 de febrero de 2009. Disponible en <http://www.whitehouse.gov/the_press_office/Declaraciones-del-Presidente-Barack-Obama-Discurso-ante-Sesion-Conjunta/>. Las cursivas son nuestras.

26 Antes de ello, esta práctica se encontraba asociada a contextos bélicos o coloniales. WOODLIFFE, John *The Peacetime Use of Foreign Military Installations under Modern International Law*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1992, p. 15. Asimismo, véase FISHER, LOUIS. «Extraordinary Rendition: The Price of Secrecy». *American University Law Review*, vol. 57, 2008, pp. 1418-1420.

27 *Ibid.*, p. 20

jurisdicción primaria con respecto a casos donde el personal militar de la delegación viole el derecho interno del Estado. Sin embargo, en los casos de naturaleza penal, existen dos excepciones a esta regla: cuando un delito sea cometido por un miembro militar norteamericano en contra de un ciudadano norteamericano; y en casos donde el delito sea realizado por los miembros militares norteamericanos con ocasión del ejercicio de sus funciones. En ambos casos, Estados Unidos tendrá *jurisdicción primaria*.

A pesar de la existencia de estos acuerdos, el estatus jurídico de las bases militares, así como la aplicación de la ley del Estado extranjero, ha sido materia controversial en los últimos años²⁸. Al respecto, los tribunales norteamericanos brindaron cierta luz en el asunto Friedrich v. Friedrich, en el cual el Sexto Circuito de la Corte de Apelaciones de Estados Unidos entendió acertadamente que las bases militares de Estados Unidos en el exterior no se consideran parte del territorio, ni tampoco un espacio geográfico donde este detente soberanía²⁹.

No obstante, teniendo en cuenta que no todas las bases militares en el extranjero se han creado bajo los parámetros de los ABM, debe considerarse que el estatus legal de estas y la extensión de los poderes ejercidos por Estados Unidos sobre ellas deben ser definidos en cada caso concreto, según lo especificado en el tratado bilateral³⁰. El caso más resaltante es el de la Bahía de Guantánamo, cuyo tratado bilateral presenta elementos particulares.

Con características *sui generis*, esta base militar se encuentra regulada por el acuerdo cubano-norteamericano del 23 de febrero de 1903³¹, el cual representa la base legal por la cual Cuba entregó a Estados Unidos el control de la Bahía de Guantánamo³². Como se menciona en el artículo 3 del referido acuerdo: «Por un lado, Estados Unidos reconoce la continuidad de la soberanía de la República de Cuba en relación a [sic] las áreas de mar y tierra descritas [...] por otro lado, Cuba concuerda que durante el período de ocupación de las mencionadas áreas bajo los términos del acuerdo, Estados Unidos podrá ejercer jurisdicción plena y control sobre las mencionadas áreas [...]»³³.

28 La discusión sobre la extensión de las inmunidades de las actividades realizadas en las bases militares en el extranjero, tal y como se encontraban establecidas en un *Sofa*, se analizó en el caso Yamaguchi v. United States. Saikō Saibansho (Corte Suprema de Japón), del 12 de abril de 2002. Para un análisis del caso, véase CARON, David y Mizushima TOMONORI. «International Decision. Yamaguchi v. United States. Saikō Saibansho». *American Journal of International Law*, vol. 97, 2003, pp. 406-409.

29 Friedrich v. Friedrich, 983 F. 2d 1396, 1401 (6th Cir. 1993).

30 Debe tenerse presente que el régimen de las bases militares en el extranjero, desde la perspectiva del Derecho internacional, se encuentra estrechamente ligado a las acciones de carácter extraterritoriales llevadas a cabo por los Estados. Para una clasificación de las actividades extraterritoriales de los Estados, véase WILDE, Ralph. «Black hole? Extraterritorial State Action and International Treaty Law on Civil and Political Rights». *Michigan Journal of International Law*, vol. 26, 2005, pp. 739-806.

31 Agreement between the United States and Cuba for the Lease of Lands for Coaling and Naval stations; February 23, 1903. Disponible en < <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/diplomacy/cuba/cuba002.htm> >.

32 Cuba ha argumentado continuamente la invalidez de tal acuerdo, pues, como se sostuvo desde la entrada del gobierno socialista, este violaría lo dispuesto por el artículo 52 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (coerción por amenaza del uso de la fuerza).

33 Agreement between the United States and Cuba for the Lease of Lands for Coaling and Naval stations. *Op. cit.*, artículo 3. Este tratado se vio complementado por el Tratado entre Estados Unidos y Cuba del 29 de mayo de 1934.

La poca claridad de los términos en que dicha disposición fue acordada ha generado problemas al establecer el estatus jurídico de aquella base, la aplicabilidad de la legislación interna americana y las garantías constitucionales aplicables a estos territorios. Los tribunales norteamericanos han considerado inaplicable su jurisdicción fuera del territorio estadounidense. Para el Sistema Federal de Tribunales de Estados Unidos, este solo tiene jurisdicción en sus áreas soberanas, es decir, en los cincuenta Estados federados, Puerto Rico y otros territorios establecidos en el título 48 del Código Federal estadounidense.

Igualmente, el gobierno norteamericano sostuvo que la detención de las personas transferidas a Guantánamo constituía el traslado de combatientes enemigos que se encuentran siendo procesados por violaciones al derecho de la guerra y, por tanto, no es de aplicación su sistema judicial ordinario³⁴. Este hecho genera graves consecuencias, debido a que los tribunales cubanos deben, de acuerdo con el referido tratado, ceder jurisdicción al gobierno de los Estados Unidos en cualquier asunto que se desenvuelva dentro de la base. En la práctica, ello ha originado que ni los tribunales norteamericanos ni los tribunales cubanos ejerzan jurisdicción sobre aquel territorio, lo cual, en palabras de Neuman, hace que Guantánamo pueda ser considerado como una «zona anómala» (anomalous zone)³⁵.

Desde el año 2002, cuando se incorporó a la Base Naval de Guantánamo un centro de detención, el tema ha adquirido gran relevancia pues cientos de personas fueron transferidas a esta bahía bajo el mecanismo de entregas extraordinarias. Esta situación supuso la preocupación de órganos de protección de derechos humanos³⁶ y el análisis de casos por parte de tribunales nacionales de terceros Estados³⁷.

De forma similar, en Estados Unidos ha surgido un debate acerca de si los tribunales norteamericanos cuentan con jurisdicción sobre este

LAS ENTREGAS
EXTRAORDINARIAS
Y EL ACERVO
HUMANITARIO
DEL DERECHO
INTERNACIONAL
¿ABRE LA NUEVA
ADMINISTRACIÓN
AMERICANA
ALGUNA
PERSPECTIVA DE
CAMBIO?

34 El precedente empleado por los oficiales norteamericanos para sustentar esto se encuentra en el fallo de Ex Parte Quirin. STEYN, Johan. «Guantanamo Bay: The Legal Black Hole». *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53, 2004, p. 3.

35 NEUMAN, Gerald. «Anomalous Zones». *Stanford Law Review*, vol. 48, 1996, pp. 1128-1233; citado por JOHN, Fleur. «Guantanamo Bay and the Annihilation of the Exception». *European Journal of International Law*, vol. 16, N° 4, p. 614.

36 Mediante un comunicado de prensa emitido el 28 de julio de 2006, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) exhortó al cierre inmediato del centro de detención de Guantánamo; a transferir a los detenidos; a investigar, juzgar y castigar toda instancia de tortura que pueda haber ocurrido; y a tomar todas las medidas necesarias para asegurar que los detenidos tengan acceso a un proceso justo y transparente ante una autoridad imparcial e independiente. Posteriormente, tras la emisión de las órdenes ejecutivas de Obama, la CIDH expresó su profunda satisfacción por la decisión de cerrar Guantánamo y señaló que continuará monitoreando la situación de los detenidos hasta el cierre definitivo del centro de detención. En <<http://www.cidh.oas.org/DEfault.htm>>.

37 Cabe destacar un caso conocido por los tribunales ingleses, referido a Feroz Ali Abbasi, ciudadano inglés capturado en 2002 en Afganistán y trasladado a Guantánamo. Abbasi sostuvo que, dado que no podía acceder a una revisión judicial efectiva de su caso, su derecho a no ser detenido arbitrariamente había sido vulnerado. El tribunal británico sostuvo que las personas que no son ciudadanos de Estados Unidos se encuentran detenidas en un lugar donde Estados Unidos presenta un control de facto, pero en donde los detenidos no tienen la posibilidad de poner a prueba la legalidad de sus detenciones. Por ello, afirmó que Abbasi se encuentra en «una zona de vacío legal (legal black hole)». Véase ENGLAND AND WALES COURT OF APPEAL DECISIONS. «The Queen on the application of Abbasi & Anor and Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs & Secretary of State for the Home Department», para. 1. En <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2002/1598.html>>

territorio y si les son aplicables a los detenidos las garantías establecidas por el ordenamiento americano, que exige, para la aplicación de sus leyes, que la persona u objeto se halle en territorio soberano de dicho Estado. En un avance importante, la Corte Suprema de Estados Unidos determinó, en el caso *Rasul v. Bush*, que el estatus especial conferido a la bahía por el tratado cubano-americano de 1903 no limitaba la aplicación de la ley americana en Guantánamo, pues, al parecer de la Corte, la base naval se encontraba para todo propósito práctico dentro de la jurisdicción territorial de Estados Unidos³⁸. Este pronunciamiento abriría el camino años después a nuevos desarrollos jurisprudenciales sobre la legalidad de las detenciones, procesamientos, derechos y garantías básicas de los detenidos en la «guerra contra el terrorismo», y se concretó finalmente en el caso *Hamdan v. Rumsfeld*, al que haremos referencia líneas abajo.

Como se mencionó, marcando nuevamente distancia con su predecesor, Obama dispuso el cierre del centro de detención de Guantánamo mediante la orden ejecutiva del 22 de enero de 2009. Según la sección 3 de dicha orden, las instalaciones serían cerradas tan pronto como fuera posible y en un plazo que no excediese el 22 de enero de 2010, un año después de la emisión de la orden. Para que sea factible la clausura del centro de detención, se dispone que previamente se realice una revisión de los argumentos legales y fácticos que sustentan la detención de las personas actualmente reclusas³⁹. Dicha revisión se encuentra en manos de una serie de altos funcionarios del gobierno norteamericano, que conforman el Grupo Especial de Revisión de Detenidos de Guantánamo. El Grupo Especial está encargado de determinar si se pueden imputar cargos o no a los detenidos para que sean juzgados por el sistema de justicia estadounidense⁴⁰.

Llama la atención que la revisión sea realizada por personas que tienen cargos públicos, de carácter político o administrativo, cuando la protección al derecho al debido proceso exigiría que la revisión de una medida que restrinja el derecho a la libertad personal sea conocida y evaluada por una autoridad judicial competente, independiente e imparcial. No obstante, la orden ejecutiva no impide que los detenidos soliciten la revisión judicial de su detención; por el contrario, reconoce en el literal (c) de la sección 2 que los detenidos en Guantánamo tienen derecho a presentar un *habeas corpus*, reconocimiento del todo positivo.

Ahora bien, el presidente Obama no se ha referido de modo expreso a los demás centros de detención que mantiene Estados Unidos en terceros Estados, tal como el centro de Bagram, en Afganistán. La única

38 *Rasul v. Bush*, Supreme Court. 124 S.Ct. 2686 (2004), para. 2696-2698.

39 Véase el literal (b) de la sección 4.

40 Luego de que su caso fue conocido por el Grupo Especial de Revisión de Detenidos de Guantánamo, el tanzano Ahmed Ghailani fue trasladado a Estados Unidos el 9 de junio de 2009 para ser juzgado por la Corte Federal de Manhattan. Con ello, es el primer detenido en ser transferido de la detención militar indefinida al sistema de justicia ordinario, por lo que el juicio de Ghailani será una importante prueba para la decisión de Obama de cerrar el centro de detención en Guantánamo y enjuiciar a algunos de los detenidos en cortes de Estados Unidos.

mención general respecto a estos se encuentra en la disposición 4 literal (a) de la segunda orden ejecutiva emitida el 22 de enero de 2009, referida al aseguramiento de interrogatorios legales. En efecto, en dicho apartado se dispone que la CIA clausure tan pronto como sea posible cualquier establecimiento de detención que actualmente opere y que no se abra, en el futuro, instalación similar alguna. Debe notarse que resulta necesario que se dispongan medidas específicas para viabilizar tal disposición general, pues este tipo de instalaciones permite la continuación de prácticas de abducción ilegal y no se condicen con la nueva política del gobierno norteamericano en este tema fundamental.

IV. LOS LÍMITES A LAS ENTREGAS EXTRAORDINARIAS DERIVADOS DEL DIH

Uno de los capítulos más importantes en la llamada «guerra contra el terrorismo» es, mediante entregas extraordinarias, la captura por parte de Estados Unidos de líderes y agentes pertenecientes a Al Qaeda, así como de agentes vinculados a los talibanes. La administración Bush fue clara en señalar que los detenidos pertenecientes a Al Qaeda y al gobierno talibán no se encuentran cubiertos por el DIH y, en especial, por las provisiones del Tercer Convenio de Ginebra relativas al estatuto de prisioneros de guerra⁴¹.

Este es, sin duda, uno de los cuestionamientos más fuertes a la práctica de Estados Unidos, pues en un momento califica los actos realizados por Al Qaeda como actos de agresión que constituyen *causa belli*⁴², suficiente para generar la «guerra contra el terrorismo», pero al mismo tiempo niega la aplicabilidad de los Convenios de Ginebra. El argumento de la antigua administración consistía en que Al Qaeda es un grupo terrorista que no constituye un actor estatal y, por tanto, no puede ser parte de los referidos convenios.

Por otro lado, las razones para negar la aplicabilidad de los Convenios de Ginebra para el caso de los talibanes no muestra tener mayor validez que las usadas para el caso de Al Qaeda. La posición de la administración Bush al respecto quedó retratada en su memorando de enero de 2002, realizado por Alberto Gonzáles, segundo fiscal general durante la gestión de Bush. En aquel documento, Gonzáles sostuvo que:

[...] Existen bases razonables para que considere que las provisiones de prisioneros de guerra no son aplicables al conflicto con los Talibanes [sic]. [...] Las razones para aquella afirmación son las siguientes: a) El convencimiento de que Afganistán constituye un Estado Fallido, pues

41 Para un análisis detallado de las órdenes del gobierno norteamericano limitando la aplicabilidad de los Convenios de Ginebra, véase WALLACH, Evan J. «The Logical Nexus Between the Decision to Deny Application of the Third Geneva Convention to the Taliban and Al Qaeda and the Mistreatment of Prisoners in Abu Ghraib» *Case Western Reserve Journal Of International Law*, vol. 36, 2004, pp. 537-632.

42 Véase el discurso presentado por George W. Bush ante el Congreso y el pueblo norteamericano, en Washington, D.C. Disponible en < <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/09/20010920-8.html>>.

241

LAS ENTREGAS
EXTRAORDINARIAS
Y EL ACERVO
HUMANITARIO
DEL DERECHO
INTERNACIONAL
¿ABRE LA NUEVA
ADMINISTRACIÓN
AMERICANA
ALGUNA
PERSPECTIVA DE
CAMBIO?

los Talibanes [sic] no tienen el pleno control del territorio ni de la población, b) El convencimiento de que los Talibanes [sic] y sus fuerzas armadas, de hecho, no constituyen un gobierno, sino una milicia, o un grupo semejante a un grupo terrorista⁴³.

Un argumento en esa línea es insostenible, pues como bien ha señalado Aldrich, la protección brindada por los Convenios de Ginebra se vería peligrosamente erosionada si se aceptase que la fuerza armada de un gobierno, que se halla en el efectivo control del territorio de un Estado, no se encuentra protegido por dichas normas en tanto el Estado enemigo no reconozca la legitimidad de su gobierno⁴⁴. Asimismo, tal posición expresa finalmente la posición unilateral norteamericana que ha caracterizado su «guerra contra el terrorismo»⁴⁵, al considerar aplicable el DIH únicamente cuando lo considera pertinente. En tal sentido, la mejor salida a este problema pareciera ser la postura adoptada por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), cuando señala que:

Donde, y cuando, «la guerra global contra el terror» se manifiesta en una de las formas de conflictos armados [internacional o interno], el derecho internacional humanitario es aplicable al igual que ciertos aspectos del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho interno. Por ejemplo, las hostilidades armadas que se iniciaron en Afganistán en octubre de 2001 o en Irak en marzo de 2003 constituyen conflictos armados. Cuando la violencia armada es usada fuera del contexto de un conflicto armado en el sentido jurídico, o cuando una persona sospechosa de actividades terroristas se encuentra detenida fuera del contexto de algún conflicto armado, el derecho internacional humanitario no es aplicable. En su lugar, será aplicable el derecho interno así como el derecho internacional penal como el derecho internacional de los derechos humanos. Sea un conflicto armado internacional o no internacional, parte de la «guerra global contra el terror» no es una pregunta jurídica, sino una política⁴⁶.

En este sentido, la guerra contra el terrorismo no es en sí una guerra en términos jurídicos, a la cual le sea aplicable *per se* el DIH, sino que la expresión describe más bien la política llevada a cabo por Estados Unidos para hacer frente a este fenómeno. Sin embargo, el desenvolvimiento de esta política bien puede implicar enfrentamientos armados, como lo demuestran las invasiones de Afganistán o Irak. En estos casos, la guerra

43 Memorandum for the President from Alberto R. Gonzales. Decision Re Application of the Geneva Convention on Prisoner of War to the Conflict with Al Qaeda and the Taliban, January 25, 2002. Disponible en < <http://www.msnbc.msn.com/id/4999148/>>

44 ALDRICH, George. «The Taliban, Al Qaeda, and the Determination of Illegal Combatants». *American Journal of International Law*, vol. 96, N° 4, 2002, p. 895.

45 Para un mayor análisis y diferenciación sobre el unilateralismo y el excepcionalismo de los Estados Unidos, véase LUCK, Edward C. «The U. S. Counterterrorism, and the Prospects for a Multilateral Alternative». En BOULDEN, Jane (editora). *Terrorism and the UN: Before and After September 11*. Bloomington: Indiana University Press, 2004, pp. 74-101.

46 ICCR. The Relevance of IHL in the Context of Terrorism. September, 2005. Disponible en <<http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/html/terrorism-ihl-210705>>. De forma general y para un análisis detallado, véase SATTERTHWAITE, Margaret. «Render Meaningless: Extraordinary Rendition and the Rule of Law». *New York University Public Law and Legal Theory Working Paper*, paper 43, 2006.

contra el terrorismo adquiere una naturaleza bélica y el DIH es plenamente aplicable.

No obstante, en el desarrollo de su estrategia de lucha contra el terrorismo, el gobierno norteamericano empleó constantemente el término «combatiente enemigo» para denegar la aplicación de las normas del Tercer Convenio de Ginebra⁴⁷. Si bien los términos «combatiente», «prisionero de guerra» y «población civil» son generalmente empleados y definidos por tratados de DIH, la expresión «combatiente ilegal/enemigo» no aparece en dichos instrumentos⁴⁸. Su uso se ha introducido especialmente en la Ley de Comisiones Militares de 2006⁴⁹ y en los manuales militares estadounidenses, y se refiere a los sujetos que toman parte directa en las hostilidades sin respetar las normas del DIH.

Sin embargo, es importante hacer una salvedad. Todos los agentes regulares de las fuerzas armadas de un Estado (combatientes) tienen el derecho al estatuto de prisionero de guerra una vez capturados por la parte contraria⁵⁰. Dicho estatuto —que solo es aplicable a los conflictos armados internacionales— les brinda el derecho a no ser procesados por los actos llevados a cabo en los enfrentamientos, salvo que estos constituyan violaciones del Derecho de la guerra. De esa forma, si un agente perteneciente a las fuerzas armadas de un Estado (combatiente) ha violado las normas de la guerra en el transcurso de las hostilidades, este, aunque no perderá su estatuto de prisionero de guerra, podrá ser procesado por la violación de las normas del DIH.

Ahora bien, el término «combatiente enemigo» podría adquirir cierta relevancia en el caso de conflictos armados en los que una de las partes presenta milicias o cuerpos de voluntarios como parte de sus fuerzas regulares. En esos casos, el Tercer Convenio de Ginebra es claro en señalar en su artículo 4 que:

47 Convenio de Ginebra Relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra (Convenio III). Aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales Destinados a Proteger a las Víctimas de la Guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949. Entró en vigor el 21 de octubre de 1950 y fue ratificado por Estados Unidos el 2 de agosto de 1955.

48 DORMANN, Knut. «The Legal Situation of Unlawful/Unprivileged Combatants». *International Review of the Red Cross*, vol. 85, 2003, p. 46.

49 Esta norma define el término *unlawful enemy combatant* del siguiente modo: «The term 'unlawful enemy combatant' means—(i) a person who has engaged in hostilities or who has purposefully and materially supported hostilities against the United States or its co-belligerents who is not a lawful enemy combatant (including a person who is part of the Taliban, al Qaeda, or associated forces); or (ii) a person who, before, on, or after the date of the enactment of the Military Commissions Act of 2006, has been determined to be an unlawful enemy combatant by a Combatant Status Review Tribunal or another competent tribunal established under the authority of the President or the Secretary of Defense». En tal sentido, la jurisdicción de las comisiones militares *ratione personae* no se extiende a aquellas personas consideradas combatientes enemigos legales, los cuales son definidos por la Ley de Comisiones Militares como sigue: «The term 'lawful enemy combatant' means a person who is— (A) a member of the regular forces of a State party engaged in hostilities against the United States; (B) a member of a militia, volunteer corps, or organized resistance movement belonging to a State party engaged in such hostilities, which are under responsible command, wear a fixed distinctive sign recognizable at a distance, carry their arms openly, and abide by the law of war; or (C) a member of a regular armed force who professes allegiance to a government engaged in such hostilities, but not recognized by the United States».

50 «Artículo 4 - Prisioneros de guerra. Son prisioneros de guerra, en el sentido del presente Convenio, las personas que, perteneciendo a una de las siguientes categorías, caigan en poder del enemigo: 1) los miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto, así como los miembros de las milicias y de los cuerpos de voluntarios que formen parte de estas fuerzas armadas [...]». Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.

243

LAS ENTREGAS
EXTRAORDINARIAS
Y EL ACERVO
HUMANITARIO
DEL DERECHO
INTERNACIONAL
¿ABRE LA NUEVA
ADMINISTRACIÓN
AMERICANA
ALGUNA
PERSPECTIVA DE
CAMBIO?

[...] los miembros de las otras milicias y de los otros cuerpos de voluntarios, incluidos los de movimientos de resistencia organizados, pertenecientes a una de las Partes en conflicto y que actúen fuera o dentro del propio territorio, aunque este territorio esté ocupado, con tal de que estas milicias o estos cuerpos de voluntarios, incluidos estos movimientos de resistencia organizados, reúnan las siguientes condiciones: a) estar mandados por una persona que responda de sus subordinados; b) *tener un signo distintivo fijo reconocible a distancia*; c) *llevar las armas a la vista*; d) *dirigir sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra*⁵¹.

Como se aprecia, para que estas personas disfruten del estatuto de prisionero de guerra, deben cumplir los requisitos exigidos en el mencionado artículo 4. El gobierno norteamericano señaló que Al Qaeda no cumple con los requisitos de presentar un signo distintivo y dirigir sus operaciones de conformidad con las leyes de la guerra, razón por la cual sus combatientes no pueden exigir el estatuto de prisioneros de guerra. Esta posición representa una aseveración frágil y contradictoria, pues, para negarles el estatuto de prisioneros de guerra a los detenidos de Al Qaeda, Estados Unidos ha sustentado su posición en el Tercer Convenio de Ginebra, el cual solo es aplicable a los conflictos armados internacionales y, como el mismo Estados Unidos ha sostenido, Al Qaeda no es un actor estatal.

A la mayoría de los casos que envuelven la lucha contra el terrorismo —como las entregas extraordinarias— les son aplicables las normas del Derecho penal internacional y del DIDH. Sin embargo, dependiendo de las circunstancias del caso, la «guerra contra el terrorismo» —y específicamente el conflicto con Al Qaeda— puede implicar también el desarrollo de un conflicto armado. En este sentido, si existen miembros del Al Qaeda capturados por participar en el conflicto armado en Afganistán —que constituye un conflicto armado internacional—, el Tercer Convenio de Ginebra será de aplicación. En este caso, si aquellos grupos no respetaron las condiciones establecidas por el artículo 4 del Tercer Convenio de Ginebra, entonces no podrán beneficiarse del estatuto de prisioneros de guerra. No obstante, eso no quiere decir que aquellas personas se encuentren desprovistas de toda protección legal.

En efecto, como señala el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I)⁵², toda persona en poder del enemigo y que no disfrute de un trato más favorable —como el estatuto de prisionero de guerra— deberá tener acceso a las garantías fundamentales⁵³. Y si bien Estados Unidos no es parte del

51 Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, artículo 4.2. El subrayado es nuestro.

52 Aprobado el 8 de junio de 1977 por la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados. Entró en vigor el 7 de diciembre de 1978, de acuerdo con el artículo 95.

53 Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I). Aprobado el 8 de junio de 1977, artículo 75.

Protocolo Adicional I, se acepta que dicha provisión forma parte de las normas del DIH de carácter consuetudinario⁵⁴. Aun más, cuando tomó la decisión de no ratificar el Protocolo Adicional I, Estados Unidos sostuvo que el artículo 75 reflejaba de manera correcta una norma consuetudinaria del DIH⁵⁵.

Como se observa, al capturar a miembros del Al Qaeda en contextos de conflictos armados, Estados Unidos debe garantizar las reglas mínimas contenidas en el artículo 75 del Protocolo Adicional I. Entre estas se incluye la prohibición de imposición de condena y de ejecución de penas respecto de una persona declarada culpable de una infracción penal relacionada con el conflicto armado, sin antes existir una sentencia de un tribunal imparcial, o la prohibición de cualquier clase de tortura, tanto física como mental. De esta forma, la posición norteamericana, dirigida a negar a los detenidos miembros de Al Qaeda o del grupo talibán la aplicabilidad de las normas mínimas de protección humanitaria, constituye una posición ilegítima.

Precisamente ello fue afirmado por la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Hamdan v. Rumsfeld*. El asunto se refiere a Salim Ahmed Hamdan, quien fue trasladado a la prisión de Guantánamo en junio de 2002, por lo cual presentó ante los tribunales norteamericanos un recurso de *habeas corpus* y de *mandamus* que llegaron a ser conocidos por la Corte Suprema estadounidense. En relación con la aplicabilidad del DIH, el gobierno argumentó que los Convenios de Ginebra de 1949 no eran aplicables en el conflicto armado durante el cual Hamdan fue capturado, ya que dicho conflicto no sería entre Estados Unidos y Afganistán, sino entre el grupo Al Qaeda y Estados Unidos. Al no ser este grupo una «alta parte contratante», sus miembros estarían excluidos de la protección de los Convenios de Ginebra⁵⁶. No obstante, la corte consideró que, al margen de la naturaleza del presente conflicto, existe al menos una norma aplicable: el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra. Dicho artículo se refiere no a las Altas Partes Contratantes, sino a «cada una de las Partes en conflicto», por lo que incluiría a los miembros de Al Qaeda⁵⁷.

Mediante este fallo, la Corte Suprema de Estados Unidos dio un avance fundamental en la protección de las personas detenidas a raíz de la

54 GILL, Terry y Elies VAN SLIEDREGT. «Guantánamo Bay: A Reflection on the Legal Status and Rights of Unlawful Enemy Combatants». *Utrecht Law Review*, vol. 1, N° 1, p. 36. Incluso los espías y saboteadores, aunque no serán considerados prisioneros de guerra, se encuentran cubiertos por reglas mínimas de garantía, tales como no ser sentenciados sin un proceso de por medio. Como el trabajo de la CICR sobre DIH concluye, esto involucra el derecho a un debido proceso como las garantías del artículo 75 del Protocolo Adicional I. Véase HENCKAERTS, Jean-Marie y Louise DOSWALD-BECK. *Customary International Humanitarian Law*. Volume 1: Rules ICRC. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

55 MERON, Theodor. *Human Rights and Humanitarian Norms of Customary Law*. Oxford: Clarendon Press, 1989. Citado por STEYN, Johan. «Guantanamo Bay: The Legal Black Hole». *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53, 2004, p. 5.

56 *Ibid.*

57 Sentencia *Hamdan v. Rumsfeld*, párrafo 37, página 37; y también los párrafos 38 y 39.

245

LAS ENTREGAS
EXTRAORDINARIAS
Y EL ACERVO
HUMANITARIO
DEL DERECHO
INTERNACIONAL
¿ABRE LA NUEVA
ADMINISTRACIÓN
AMERICANA
ALGUNA
PERSPECTIVA DE
CAMBIO?

«guerra contra el terrorismo»⁵⁸. Asimismo, dicho fallo fue base vital en el comunicado emitido por el sub secretario de defensa en julio de 2006, el cual señalaba la exigencia de que todos los miembros del Departamento de Defensa respeten lo señalado en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra⁵⁹. De igual modo, el alcance de la decisión bajo comentario puede relacionarse con lo dispuesto en la sección 6 de la orden ejecutiva emitida por Obama para cerrar el centro de detención de Guantánamo, en tanto esta dispone que ningún individuo detenido sea sometido a trato alguno contrario a las leyes internas aplicables y al artículo 3 común a los Convenios de Ginebra.

V. EL DIDH FRENTE A LAS ENTREGAS EXTRAORDINARIAS

Uno de los efectos más importantes que el desencadenamiento de la «guerra contra el terrorismo» ocasionó se encuentra en la vigencia de las normas de protección de los derechos humanos. La defensa utilizada por Estados Unidos consideró inaplicables los instrumentos de protección de tales derechos. Sin embargo, como se verá seguidamente, tal argumentación carece de asidero. Por ello es evidente que, con la realización de entregas extraordinarias, se vulnera una serie de normas de derechos humanos a las que haremos referencia a continuación.

1. Aplicabilidad de las normas del DIDH a las entregas extraordinarias

El primer argumento que Estados Unidos sostuvo para limitar su responsabilidad en relación con las entregas extraordinarias fue la inaplicabilidad de los instrumentos de derechos humanos a situaciones de conflicto armado. Ciertamente, se afirmó que el Comité contra la Tortura, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Consejo Económico y Social (ECOSOC), entre otros órganos encargados de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos, no presentan la competencia material para analizar dichas alegaciones⁶⁰.

Al respecto, debe considerarse que, como se vio anteriormente, las entregas extraordinarias realizadas por Estados Unidos no han sido llevadas a cabo únicamente en contextos de conflictos armados, ni tampoco se han visto limitadas al territorio de un Estado enemigo. Por el contrario, gran parte de estas se lleva a cabo sobre el territorio de terceros Estados

58 SCHEFFER, David. «Hamdan v. Rumsfeld: The Supreme Court Affirms International Law». *Jurist Legal News and Research*. En <<http://jurist.law.pitt.edu/forumy/2006/06/hamdan-v-rumsfeld-supreme-court.php>>.

59 El texto del comunicado puede verse en <<http://www.defenselink.mil/pubs/pdfs/DepSecDef%20memo%20on%20common%20article%203.pdf>>.

60 Tómese como ejemplo la postura establecida por Estados Unidos en la respuesta que presentara a los Cinco Relatores Especiales sobre los Detenidos en Guantánamo. Véase Reply of the Government of the United States of America to the Report of the Five UNCHR Special Rapporteurs on Detainees in Guantanamo Bay, Cuba. March 10, 2006, pp. 10-24. Disponible en <<http://www.asil.org/pdfs/ilib0603212.pdf>>.

—normalmente, aliados de Estados Unidos—, en los cuales no se plantean situaciones de conflicto armado.

La segunda objeción que puede plantearse se refiere a que las aplicaciones del DIH o del DIDH no son excluyentes. En efecto, la posición estadounidense —basada en una concepción separatista de las relaciones de estos dos cuerpos jurídicos—⁶¹ resulta del todo contraria al desarrollo actual del Derecho internacional. Ciertamente, la antigua Comisión de Derechos Humanos, para el caso de la invasión de Irak a Kuwait en 1991, fue del siguiente parecer:

[La Comisión] condena a las autoridades iraquíes y a las fuerzas de ocupación por las graves violaciones de los derechos humanos realizados en contra del pueblo de Kuwait y de los nacionales de otros estados [sic] y, en particular, los actos de tortura, detenciones arbitrarias, ejecuciones sumarias y desapariciones en violación de la Carta de las Naciones Unidas, los Convenios Internacionales de Derechos Humanos y otros instrumentos jurídicos⁶².

Como se puede apreciar, la Comisión sostuvo la aplicabilidad de las provisiones de derechos humanos a la invasión realizada por Irak, aun cuando este se tratara de un escenario de conflicto armado. Esta postura ha sido confirmada posteriormente por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en su Opinión Consultiva sobre la Legalidad del Uso de las Armas Nucleares de 1996. En dicha ocasión, la Corte estableció que los instrumentos de protección de los derechos humanos no dejan de ser aplicables en contextos de conflictos armados⁶³.

Este mismo razonamiento puede encontrarse en la decisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) del año 2002 respecto del pedido de Medidas Provisionales para los Detenidos en Guantánamo. En su decisión, la CIDH estableció lo siguiente:

[...] en situaciones de conflicto armado, la protección del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos pueden complementarse y mutuamente reforzarse uno al otro, compartiendo —como hacen— un núcleo común e inderogable de derechos y de propósitos comunes para la promoción de la vida y dignidad humana. [...] De esta forma, cuando las personas se encuentran bajo la autoridad y el control de un Estado, donde pueda estar involucrada una situación de conflicto armado, sus derechos fundamentales podrán determinarse haciendo referencia al derecho internacional humanitario,

61 Véase SWINARSKI, Christophe. *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*. San José: CICR – IIDH, 1984, p. 16.

62 UN Commission on Human Rights (CHR) Res. 1991/67. Citado por DENNIS, Michael. «Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation». *American Journal of International Law*, vol. 99, N° 1, 2005, p. 205.

63 Véase CIJ. Opinión Consultiva sobre Legalidad del Uso de Armas Nucleares, adoptada el 8 de julio de 1996, para. 25. Este razonamiento se encuentra también en la decisión de la CIJ referida a su Opinión Consultiva sobre la Construcción del Muro en el Territorio Palestino Ocupado, adoptada el 9 de julio de 2004, para. 106.

247

LAS ENTREGAS
EXTRAORDINARIAS
Y EL ACERVO
HUMANITARIO
DEL DERECHO
INTERNACIONAL
¿ABRE LA NUEVA
ADMINISTRACIÓN
AMERICANA
ALGUNA
PERSPECTIVA DE
CAMBIO?

así como al derecho internacional de los derechos humanos. En los casos, en donde se considere que la protección del derecho internacional humanitario no aplique, dicha persona aun es beneficiaria de, al menos, las provisiones no derogables del derecho internacional de los derechos humanos [...]⁶⁴.

Además de la importancia de reconocer la interrelación de ambos cuerpos jurídicos, la opinión de la CIDH apunta a la aplicabilidad de las provisiones de derechos humanos, especialmente en los contextos en que las personas se encuentran bajo el control y la autoridad del Estado.

Este último punto tiene relación con una segunda defensa ensayada por Estados Unidos, referida a la inaplicabilidad de los instrumentos de derechos humanos a actos realizados fuera del territorio del Estado, es decir, a actos llevados a cabo por los Estados de forma extraterritorial. Ciertamente, a diferencia del DIH, que estuvo pensado naturalmente para ser aplicado tanto en el territorio de las partes como fuera de este, en el DIDH esta materia ha sido fuente de constantes polémicas⁶⁵.

Dicho supuesto estaría encaminado a limitar la responsabilidad de Estados Unidos frente a las obligaciones internacionales de derechos humanos, especialmente para los casos en que no sea posible sostener el desarrollo de algún tipo de conflicto armado. Al respecto, resulta relevante señalar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues, en virtud de la presentación de casos relacionados con la ocupación y accionar de Turquía en el norte de Chipre, debió analizar este asunto.

En efecto, en el caso *Loizidou vs. Turquía*, los peticionarios alegaron la violación de ciertos derechos protegidos por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, en razón de la obstrucción de la cual fueron objeto por parte de las fuerzas turcas presentes en el norte de Chipre. La defensa de Turquía argumentó la imposibilidad de la aplicación del Convenio Europeo para las acciones llevadas a cabo en el norte de Chipre, pues, según Turquía, estas no habían sido realizadas ni en el territorio turco ni en el de Chipre, sino en el de la «República Turca del Norte de Chipre» y, además, Turquía no había consentido la jurisdicción de la Corte fuera de su territorio⁶⁶. El Tribunal Europeo, al analizar las objeciones de *ratione loci* expuestas por Turquía, señaló

64 Request for Precautionary Measures. Inter-Am. C.H.R. (March 13, 2002). *Detainees in Guantanamo Bay, Cuba*. Disponible en <<http://www1.umn.edu/humanrts/cases/guantanamo-2003.html>>. Como antecedente de este caso, se encuentra el caso *Coard* resuelto por la CIDH, el cual involucró la supuesta violación de los derechos de los peticionarios por parte de los Estados Unidos durante la acción militar que realizara en Grenada, en 1983. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe N° 109/99. Caso *Coard* y otros v. Estados Unidos. 29 de septiembre de 1999. Punto 5.V.

65 Este segundo argumento estadounidense ha sido utilizado en la respuesta dada a los Cinco Relatores Especiales sobre los Detenidos en Guantánamo. Reply of the Government of the United States of America to the Report of the Five UNCHR Special Rapporteurs on Detainees in Guantanamo Bay, Cuba. March 10, 2006, pp. 10-15. Disponible en <<http://www.asil.org/pdfs/iib0603212.pdf>>.

66 *Loizidou v. Turkey*. On Preliminary Objections. March 1995. Y. *Loizidou v. Turkey*, European Court of Human Rights, Strasbourg, July, 1998.

que: «El concepto de jurisdicción establecido por el artículo 1 no se encuentra restringido al territorio nacional de las Partes contratantes. La responsabilidad también puede surgir como consecuencia de una acción militar, sea ésta legal o ilícita, cuando una Parte [sic] contratante ejercita el efectivo control en un área fuera del territorio nacional»⁶⁷.

Posteriormente, el Tribunal Europeo tuvo ocasión de reafirmar esta postura en el caso Chipre vs. Turquía⁶⁸. En esta última resolución, dejó claro que en Europa no existían «zonas libres de protección de derechos humanos» (*human rights-free zones*). Justamente ello hubiera producido la negación ante la posibilidad de examinar las acciones extraterritoriales de Turquía en el norte de Chipre, que era donde se requería el respeto de las garantías básicas proveídas por la Convención Europea⁶⁹.

La trascendencia de estas decisiones estriba en que el razonamiento brindado por el Tribunal Europeo representa un contra argumento válido para la postura norteamericana de no aplicabilidad extraterritorial de los instrumentos de protección de derechos humanos en los casos de entregas extraordinarias y detenciones en las bases militares norteamericanas, en donde —independientemente de la licitud o no de su presencia— difícilmente puede negarse el control efectivo de las tropas norteamericanas y de sus aliados sobre el territorio ocupado. No obstante, es indudable que, debido a la multiplicidad de supuestos que la práctica de las entregas extraordinarias implica, este fenómeno plantea para el DIDH nuevos retos que los órganos de control de los instrumentos de protección de derechos humanos están llamados a resolver.

2. Obligaciones en el DIDH en relación con las entregas extraordinarias

Las entregas extraordinarias constituyen una forma híbrida de violación de derechos humanos. En relación con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), existe una opinión académica uniforme acerca de que Estados Unidos ha incumplido las obligaciones contenidas en dicho instrumento internacional. Por ejemplo, Sadat⁷⁰, Satterthwaite⁷¹, Fitzpatrick⁷², Weissbrodt y Berquist⁷³ concuerdan en que las

67 Loizidou v. Turkey. On Preliminary Objections... *Op. cit.*, punto 5.A.

68 Cyprus v. Turkey. App. N° 25781/94. 10 May 2001. Véase OXMAN, Bernard. «Case Note: Cyprus v. Turkey». *American Journal of International Law*, vol. 96, 2002, pp. 445-452.

69 BELLO, Judith, Juliane KOKOTT y Beate RUDOLF. «Case Note: Loizidou v. Turkey». *American Journal of International Law*, vol. 90, 1996, p. 101. De forma similar, a nivel del sistema universal de protección de derechos humanos se han realizado avances igualmente significativos. Debe tenerse en cuenta que el artículo 2 párrafo 1 del PIDCP establece claramente su jurisdicción aplicable. Véase Comentario General N°. 31 Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant: 26 May 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13.

70 SADAT, Leila Nadya. «Ghost Prisoners and Black Sites: Extraordinary Rendition under International Law». *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 37, N° 2 & 3, 2006, p. 321-322.

71 SATTERTHWAITTE, Margaret. «Render Meaningless: Extraordinary Rendition and the Rule of Law». *New York University Public Law and Legal Theory Working Paper*, paper 43, 2006, p. 19-26.

72 FITZPATRICK, Joan. «Renditions and Transfer in the War Against Terrorism: Guatánamo and Beyond». *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 25, N° 3, p. 477-478.

73 WEISSBRODT, David y Amy BERQUIST. *Op. cit.*, p. 132-134.

249

LAS ENTREGAS
EXTRAORDINARIAS
Y EL ACERVO
HUMANITARIO
DEL DERECHO
INTERNACIONAL
¿ABRE LA NUEVA
ADMINISTRACIÓN
AMERICANA
ALGUNA
PERSPECTIVA DE
CAMBIO?

entregas extraordinarias, tal y como las ha venido realizando Estados Unidos, constituyen una violación del PIDCP⁷⁴.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la práctica de tortura se encuentra prohibida en el artículo 7 del referido pacto. En tal sentido, Estados Unidos tendría responsabilidad internacional por las acciones llevadas a cabo en Guantánamo o en sus bases militares en el extranjero. Sin embargo, muchas veces los actos realizados no constituyen casos en los que agentes de Estados Unidos sean los autores de prácticas de tortura. Al respecto, es importante considerar que, en virtud del PIDCP, se encuentra prohibida la transferencia de personas a lugares en los que se sabe que pueden ser torturadas. A pesar de que el PIDCP no incluye una cláusula de prohibición de entrega o expulsión (*non-refoulement*), el Comité de Derechos Humanos, en su observación general N° 31, ha explicado que: «[...] la obligación del artículo 2 que exige que los Estados Parte respeten y garanticen los derechos del Pacto a todos los individuos que se encuentren en su territorio y a todas las personas sujetas a su jurisdicción, entraña la obligación de no extraditar, deportar, expulsar o retirar de otro modo a una persona de su territorio, cuando hay razones de peso para creer que existe un riesgo real de provocar un daño irreparable»⁷⁵.

De igual forma, las entregas extraordinarias implicarían la violación del artículo 9 del PIDCP, referido al derecho a la libertad personal, en tanto dicha práctica no permitiría, de un lado, discutir la validez de la detención y, de otro, implicaría la desaparición forzada de las personas detenidas. Como Sadat recuerda, si bien el PIDCP no prohíbe expresamente las desapariciones forzadas, el Comité de Derechos Humanos ha condenado dicha práctica al constituir violaciones de los artículos 7 (prohibición de tortura), 9 (derecho a la libertad personal) y 10 (tratamiento durante detención) del PIDCP⁷⁶.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que Estados Unidos es parte de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Convención contra la Tortura)⁷⁷. En la medida que las entregas extraordinarias han implicado la realización de métodos de tortura en contra de los detenidos en la «guerra contra el terrorismo», dicho Estado habría violado la Convención contra la Tortura. Ciertamente, este instrumento prohíbe expresamente los actos de tortura y considera responsable de la realización de aquellos actos tanto a los autores directos como a aquellos Estados que, actuando con aquiescencia, han permitido que estos se realicen en su jurisdicción.

74 El PIDCP fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976 y fue ratificado por Estados Unidos el 8 de junio de 1992.

75 Observación General N° 31 – La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, 80º período de sesiones, 2004.

76 SADAT, Leila. *Op. cit.*, p. 322.

77 Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Entró en vigor el 26 de junio de 1987 y fue ratificado por Estados Unidos el 21 de octubre de 1994.

251

LAS ENTREGAS
EXTRAORDINARIAS
Y EL ACERVO
HUMANITARIO
DEL DERECHO
INTERNACIONAL
¿ABRE LA NUEVA
ADMINISTRACIÓN
AMERICANA
ALGUNA
PERSPECTIVA DE
CAMBIO?

Asimismo, como señala Weissbrodt, la Convención contra la Tortura contiene una provisión de aplicación especialmente relevante para el caso de las entregas extraordinarias. Este es el artículo 3, por el cual se prohíbe la expulsión de una persona del territorio de un Estado cuando existan razones fundadas para creer que esa persona podría ser torturada. Es decir, se refiere al principio de *non-refoulement* o «principio de no devolución»⁷⁸.

La redacción del artículo 3 podría interpretarse de forma que permita sostener que la responsabilidad estatal por la violación de dicho principio solo se produciría en tanto un Estado tenga el convencimiento pleno de que se producirán actos de tortura de ser expulsada la persona a un tercer Estado. No obstante, el Comité contra la Tortura ha establecido en su jurisprudencia que «razones fundadas» supone que haya «probabilidades altas» de que esa persona sea sujeta a tortura⁷⁹. Como es evidente, la transferencia de personas a terceros Estados como Siria o Egipto, que son acusados por el propio Estados Unidos de utilizar tales técnicas, cumple ampliamente la exigencia de *probabilidades altas* y, por tanto, hace responsable a Estados Unidos y a ciertos Estados aliados por la violación del artículo 3⁸⁰.

En relación con los Estados en los que Estados Unidos cuenta con bases militares, resulta relevante lo sostenido por la Comisión de Venecia, al referirse a los Estados europeos. Sobre la base del acuerdo de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), son el grupo de Estados que mayor cantidad de bases militares ha prestado en el marco de los ABM y los SOFA. Ciertamente, la Comisión de Venecia sostuvo en su informe que, si un Estado ha sido informado o tiene razonables indicios de que una persona será mantenida incomunicada dentro de una base militar extranjera en su territorio, su responsabilidad con respecto a las obligaciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos subsistirá. De igual modo, los ABM y los SOFA han sido analizados por el EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights (EU-NIEFR)⁸¹, en cuya opinión N° 3-2006 recordó que:

De acuerdo con los principios generales del Derecho internacional público, cualquier aplicación de buena fe de un instrumento de protección de derechos humanos implica una obligación general de prevenir la violación de esta. Medidas razonables y apropiadas deben de ser tomadas, para así, evitar la violación de las obligaciones en materia de derechos humanos. Por lo tanto, si existiese un riesgo real, de que la adopción y la subsecuente implementación de un tratado implicaran la violación

78 WEISSBRODT, David y Amy BERQUIST. *Op. cit.*, p. 142. Véase también GROSS, Andrew. «Extraordinary Rendition: Shedding Light on a Black Program». 9 de mayo de 2008, p. 4.. Disponible en <<http://scholar.google.com.pe/scholar?q=extraordinary+rendition+2008&hl=es&lr=&lr=>>>.

79 SADAT, Leila Nadya. *Op. cit.*, p. 321.

80 *Ibid.*

81 El UE-NIEFR fue establecido por la Comisión Europea tras el pedido del Parlamento Europeo. Su función es monitorear la situación de derechos fundamentales en los Estados miembros y en la Unión Europea, sobre la base de la Carta de Derechos Fundamentales.

de derechos humanos, entonces el efectivo respeto de los derechos humanos requerirá la eliminación de tal riesgo. El Tribunal [Europeo de Derechos Humanos] ha insistido en que el artículo 1 no excluye ninguna parte de la jurisdicción del Estado en su análisis con respecto a la Convención. Esto necesariamente implica que un Estado parte de la Convención también se encuentra obligado con respecto a aquellas provisiones cuando ejercita su jurisdicción bajo cierto tratado y sin importar si el otro Estado involucrado es parte de la Convención⁸².

Más aún —adelantándose a la defensa que algunos Estados podrían realizar en relación con la no atribución de acciones llevadas a cabo en dichos acuerdos por tratarse de una organización internacional⁸³— el EU-NIEFR recordó que, si bien algunos Estados parte de la Convención Europea han acordado crear entre ellos una organización internacional, la convención no excluye la transferencia de competencias a organizaciones internacionales en tanto se asegure de que los derechos de la convención sigan siendo protegidos. Por lo tanto, el EU-NIEFR concluyó que la responsabilidad de los Estados persiste aunque se haya producido una transferencia de tales características⁸⁴. Esta constituye una posición firme e importante, en el contexto europeo, para rechazar las posturas de los Estados huésped que buscan limitar su responsabilidad internacional en razón de la suscripción de un ABM, y llama la atención sobre las implicancias de derechos humanos de los vuelos de la CIA y de sus programas de entregas extraordinarias.

Finalmente, respecto de la administración Obama, debe destacarse que hasta el momento no se ha hecho público compromiso alguno para trabajar con el Congreso con el objetivo de retirar todas las reservas y declaraciones interpretativas de carácter restrictivo relacionadas con la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes que han sido formuladas por Estados Unidos al ratificar tratados de derechos humanos, incluidos el PIDCP y la Convención contra la Tortura. Este aspecto resulta fundamental para contrarrestar las graves violaciones de los derechos humanos cometidas durante el gobierno de Bush.

VI. COMENTARIO FINAL: AVANCES, RETOS Y RETROCESOS DE LA NUEVA ADMINISTRACIÓN

Las entregas extraordinarias no son un fenómeno reciente en la política estadounidense y hasta el momento parece ser que continuarán, en tanto no existe una decisión formal que indique el cese definitivo de tales prácticas. Si bien las órdenes ejecutivas firmadas por Obama sobre los interrogatorios y el programa de detención secreto de la CIA suponen

82 EU- NIEFR. Opinion N° 3-2006 – CFR-CDF - The Human Responsibilities of the EU Member States in the Context of the C.I.A. Activities in Europe (Extraordinary Renditions). 25 May 2006. Para. 3.

83 Esta defensa se practicó en el caso *Bankovic and Others v. Belgium and 16 Other Contracting States*, Application N° 52207/99. Admissibility Decision. 12 December 2001. Para. 31-32.

84 EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights. Opinion N° 3-2006. *Op. cit.*, para. 3.

que Estados Unidos ya no autoriza la detención en lugares secretos ni las técnicas de tortura, tales prohibiciones no son suficientes, por sí mismas, para poner fin a las entregas extraordinarias. En efecto, actualmente se mantiene la posibilidad de que la CIA lleve a cabo detenciones ilegales de sospechosos de terrorismo en cualquier lugar del mundo.

Asimismo, se permite aún el establecimiento y la permanencia en instalaciones de detención secretas, en tanto la sección 2 (g) de la segunda orden ejecutiva excluye explícitamente las «instalaciones de detención» que «solo se usan para recluir personas de forma transitoria y a corto plazo». Por lo tanto, persiste la posibilidad de que agentes de la CIA realicen detenciones «breves y transitorias»⁸⁵ o utilicen centros no controlados por Estados Unidos para llevar a cabo detenciones e interrogatorios por encargo. Con ello resultaría equívoco pensar que, en virtud de las medidas tomadas por Obama hasta la fecha, las entregas extraordinarias llegarán a su fin indefectiblemente.

Lo ocurrido en relación con el caso *Mohamed et al. v. Jeppesen Dataplan, Inc.* parece reforzar esta idea. El asunto se refiere a una demanda presentada por la American Civil Liberties Union (ACLU) el 30 de mayo de 2007 contra Jeppesen Dataplan, Inc., empresa norteamericana que proveía servicios al programa secreto de entregas extraordinarias de la CIA. La petición de ACLU fue rechazada en febrero de 2008 debido a que la administración Bush presentó una moción en contra, por considerar que, de procederse con el conocimiento del caso, se revelarían secretos de Estado y se afectarían las relaciones de Estados Unidos con terceros Estados, colaboradores en el programa de la CIA. Dicha decisión fue apelada ante la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito de Estados Unidos. Con el proceso en dicha instancia, la administración Obama mantuvo la misma posición que su predecesor: hizo uso abusivo del privilegio del secreto de Estado. Sin embargo, el 28 de abril de 2009, la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito emitió una resolución mediante la cual rechazó la pretensión del gobierno y dispuso el acceso a la información denegada para determinar si era indispensable para el ejercicio adecuado del derecho de defensa de los demandantes.

De otro lado, en febrero de 2009 se planteó la necesidad del esclarecimiento de los hechos ocurridos en el gobierno de Bush, a través de la creación de una «Comisión de Investigación» o «Comisión de la Verdad», propuesta presentada por el senador Patrick Leahy⁸⁶. Frente a ello, Obama ha señalado que prefiere mirar hacia adelante y no hacia atrás. Para

85 Véase literal (g) de la sección 2 de la orden ejecutiva referida al aseguramiento de interrogatorios legales, adoptada el 22 de enero de 2009.

86 Leahy y algunos senadores más que apoyan la sugerencia —entre ellos, Sheldon Whitehouse de *Road Island* y el representante John Conyers, presidente del Comité Judicial de la Cámara Baja— consideran que una comisión de la verdad, dotada de poderes de presentación de personas y documentos y de indulto, pero carente de la facultad del ejercicio de la acción penal, sería deseable y necesaria. Asimismo, de acuerdo con Leahy, la comisión no buscaría perseguir y ajusticiar, sino investigar y exponer lo sucedido, pues como él mismo afirma: «[...] we cannot turn the page until we have read the page». Véase DANNER, Mark. «US Torture: Voices from the Black Sites», vol. 56, 9 de abril de 2009, p. 17. Disponible en <<http://www.nybooks.com/articles/22530>>.

253

LAS ENTREGAS
EXTRAORDINARIAS
Y EL ACERVO
HUMANITARIO
DEL DERECHO
INTERNACIONAL
¿ABRE LA NUEVA
ADMINISTRACIÓN
AMERICANA
ALGUNA
PERSPECTIVA DE
CAMBIO?

el rechazo de esta comisión se han esbozado dos argumentos principales. En primer lugar, la reacción negativa por parte de los miembros del Partido Republicano pone en evidencia que cualquier intento de formar una comisión bipartidaria fracasaría y que se crearían tensiones políticas. El segundo argumento se refiere a que reconocer la existencia de tales violaciones graves de los derechos humanos abriría la puerta a que distintos Estados alrededor del mundo enjuicien a ciudadanos estadounidenses designados como responsables de cometer actos de tortura, sobre la base del principio de jurisdicción universal. Ello colocaría en una posición vulnerable a Estados Unidos y generaría la persecución de personas que continúan, en algunos casos, trabajando como funcionarios estatales.

La primera de las críticas formuladas parece ser meramente política y no responder al deseo general del pueblo estadounidense⁸⁷. El segundo puede tener relación con la apertura de una causa por parte del juez Baltasar Garzón, de la Audiencia Nacional española, dada a conocer el 29 de abril de 2009, con el objetivo de investigar a los posibles «autores materiales e inductores, cooperadores necesarios y cómplices» de los delitos de torturas cometidos en el centro de detención de Guantánamo⁸⁸. Sin embargo, este mismo hecho demuestra que no es necesaria la instauración de una comisión de la verdad para que jueces en distintas partes del mundo consideren pertinente abrir juicios contra las personas acusadas de cometer actos de tortura. Por el contrario, la creación de dicha comisión podría impedir que este tipo de juicios se iniciaran, pues el establecimiento de responsabilidad y sanción se realizaría dentro del mismo ordenamiento interno estadounidense.

Las graves violaciones de los derechos humanos cometidas durante la administración Bush parecen haber quedado en el pasado, gracias a los pasos —importantes pero inestables— de Obama. No obstante, dicho alejamiento representa, a su vez, la asunción de nuevos retos. Es innegable que compatibilizar su política antiterrorista con el acervo humanitario del Derecho internacional contemporáneo supone seguir un camino largo y arduo. Ciertamente, para el éxito integral de las medidas adoptadas por Obama resulta fundamental el inicio de investigaciones independientes sobre las prácticas de detención secreta e interrogatorios. Asimismo, es necesario el rechazo a toda situación de impunidad por crímenes de Derecho internacional, como la tortura y otros malos tratos. Por lo tanto, se debe investigar y sancionar a los responsables y, en concordancia con ello, ofrecer justicia y reparación a las víctimas de tales violaciones.

87 No se debe perder de vista que, de acuerdo con una encuesta realizada por *USA Today* en febrero de 2009, el 62% de estadounidenses estaría en favor de una investigación criminal de los hechos ocurridos durante la administración Bush o de un panel independiente que realice la investigación. Los resultados están disponibles en <<http://rethinkmedia.org/node/15996>>.

88 Diligencias Previas 150/09-N. Auto emitido por el Juzgado Central de Instrucción N° 5 de la Audiencia Nacional española, de fecha 27 de abril de 2009. Disponible en <www.rtve.es/contenidos/documentos/autoguantanamo.doc>.