

## GUANTÁNAMO, EL PARADIGMA INFAME

Ricardo MÉNDEZ-SILVA

La idea de que en algún lugar cercano  
estarían torturando a alguien  
envolvió su espíritu en forma de miedo  
y sentimiento de culpabilidad.

*Nieve*

Orhan PAMUK

SUMARIO: I. *Planteamiento*. II. *El derecho aplicable*. III. *Conclusiones*.

### I. PLANTEAMIENTO

Guantánamo<sup>1</sup> es el emblema negro de la “guerra contra el terrorismo” desatada por el gobierno del presidente George W. Bush tras los atentados terroristas contra Nueva York, Washington y Pennsylvania. A raíz de la contienda librada en Afganistán han sido trasladados cientos de prisioneros a la base militar estadounidense en la Bahía de Guantánamo, Cuba. Desde enero de 2002, cuando empezó a operar este centro de detención, ha tenido un número pico aproximado de 650 detenidos hasta medio millar los últimos meses de 2006. La administración Bush escogió esta base militar en Cuba pensando que por el hecho de que en esta porción territorial ejerce únicamente la jurisdicción con arreglo al tratado de

<sup>1</sup> La Base Naval de Guantánamo es la más antigua de los Estados Unidos de América fuera de su territorio. La adquirió después de la guerra impuesta a España y tiene una extensión de 117 kilómetros. Sin embargo los derechos que adquirió fueron de jurisdicción y no de soberanía por medio del tratado con Cuba de 1903 y ratificado con el tratado posterior de 1934. La jurisdicción concedida en este espacio territorial se pactó por un tiempo ilimitado y su derogación puede únicamente tener lugar a través del acuerdo de las dos partes.

1934 vigente con Cuba, y no la soberanía, sería una burbuja aislada de la aplicación de las leyes norteamericanas.<sup>2</sup> Cabe decir, sin embargo que la propia Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Hamdi vs. Rumsfeld, Secretary of Defense* del 28 de junio de 2004 estableció que las leyes norteamericanas se aplicaban en lugares donde sólo se ejerce jurisdicción y en el caso *Rasul vs. Bush, President of the United States*, de la misma fecha, igualmente apuntó la Corte que no correspondía al Ejecutivo Federal desconocer el derecho de los detenidos al *habeas corpus*.<sup>3</sup> Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consigna que los Estados parte asumen el compromiso de respetar los derechos de todas las personas que se encuentran en su territorio y “estén sujetos a su jurisdicción”.<sup>4</sup> No es entonces una cuestión de malabarismos y escapismos normativos.

Al lado de este centro carcelario, o de interrogación, como lo ha llamado Philippe Sands, otros lugares han tenido enclaustrados a miles de detenidos y comparten el deshonor de haber sido un tenebroso modelo de violación sistemática de las normas del derecho internacional humanitario, del derecho internacional de los derechos humanos y de las propias leyes norteamericanas. El nombre de Guantánamo está asociado al de Abu Ghraib en Iraq, a las bases norteamericanas en Bagram y Kandahar en Afganistán, y a varias embarcaciones norteamericanas en donde fueron reclusos varios detenidos al comienzo de las hostilidades contra el Afganistán en octubre de 2001. Mención aparte, pero en la misma línea, merecen los sitios incógnitos en otros Estados a donde ha sido enviado un número indeterminado de prisioneros, conforme al mayor secreto para alentar los interrogatorios sin cortapisas legales ni escrúpulos sobre los métodos que rayan en la tortura.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Véase Méndez-Silva, Ricardo, “Las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América sobre los combatientes enemigos”, en García Ramírez, Sergio *et al.* (coord.), *Temas Actuales de Justicia Penal. Sextas Jornadas sobre Justicia Penal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 340-342.

<sup>3</sup> *Ibidem*, pp. 323 y ss.

<sup>4</sup> Artículo 2o., párrafo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Cada uno de los Estados parte en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Estados Unidos de América es parte de este tratado internacional al haberlo ratificado el 8 de junio de 1992.

Los señalamientos de la opinión pública e incluso los resultantes de investigaciones oficiales que se han hecho, han tenido por respuesta la negativa tajante de Washington. Destaca, además del informe del investigador suizo Dick Marty, el informe de los cinco relatores de las Naciones Unidas sobre la situación de los detenidos en la Bahía de Guantánamo que se dio a conocer en febrero de 2006.<sup>5</sup>

El peso de las pruebas ha sido arrollador, al punto de que lo tocante a la transferencia de detenidos a otros países finalmente ha sido reconocido por el propio presidente W. Bush.<sup>6</sup> Por otro lado, los abusos y los excesos en nombre del temor han propiciado en la arena diplomática la aprobación de un número ya importante de resoluciones por organismos internacionales, la Organización de las Naciones Unidas y la Organización de los Estados Americanos, sobre la necesidad de vincular de modo indisoluble el respeto a los derechos humanos con la lucha contra el terrorismo.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> El informe de los cinco relatores de las Naciones Unidas sobre la Situación de los Detenidos en la Bahía de Guantánamo del 27 de febrero de 2006 fue elaborado por Leila Zerrougui, Presidenta-Relatora del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria; Leandro Despouy, Relator Especial sobre la Independencia de los Magistrados y Abogados; Manfred Nowak, Relator Especial sobre la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; Asma Jahangir, Relatora Especial sobre la Libertad de Religión o de Creencias; y Paul Hunt, Relator Especial sobre el Derecho de Toda Persona al Disfrute del Más Alto Nivel Posible de Salud Física y Mental.

<sup>6</sup> Monge, Yolanda, "Bush reconoce la existencia de cárceles secretas de la CIA en el extranjero", *El País*, 7 de septiembre de 2006; Human Rights Watch, "U.S.: Bush justifies CIA detainee abuse", 6 de septiembre de 2006, <http://hrw.org/english/docs/2006/09/06/usdom14139.htm>; y Amnistía Internacional, "Bahía de Guantánamo: un escándalo para los derechos humanos", AMR 51/159/2006, 10 de octubre de 2006, <http://web.amnesty.org/library/index/eslamr511592006>.

<sup>7</sup> De hecho tanto la Asamblea General de las Naciones Unidas como la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos han aprobado resoluciones en las que se plantea la necesidad de vincular el respeto a los derechos humanos con las medidas y acciones que se tomen contra el terrorismo:

Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas: 56/160 de 19 del diciembre de 2001, 57/219 del 18 de diciembre de 2002, 58/174 de 22 de diciembre del 2003, 58/187 del 22 de diciembre de 2003, 59/191 de 20 de diciembre de 2004, 59/195 del 20 de diciembre de 2004, 60/158 de 16 de diciembre de 2005 y 60/288 del 8 de septiembre de 2006, esta última contiene la "Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el Terrorismo" donde se reconoce "que las medidas eficaces contra el terrorismo y la protección de los derechos humanos no son objetivos contrapuestos, sino que se complementan y refuerzan mutuamente", así como se reafirma la obligación de los Estados de "asegurar que todas las

El presidente W. Bush acuñó la expresión “guerra contra el terrorismo” a los pocos días de los atentados, el 20 y el 24 de septiembre.<sup>8</sup> En buena medida era una frase retórica que buscaba inyectar ánimos bélicos en una opinión pública dolorida pero llevaba aparejado el intento de redefinir las obligaciones de los Estados Unidos bajo el conjunto normativo internacional con el argumento de que el conflicto planteado desbordaba los moldes jurídicos prevalecientes. Así ocurrió con la interpretación elástica del derecho de legítima defensa para la ofensiva contra el Afganistán<sup>9</sup> y con una doctrina demencial sobre la guerra preventiva o anticipada contra los Estados “canallas” que auspiciaban el terrorismo y cuyo objetivo era dar un fundamento político a la arremetida contra el Iraq.<sup>10</sup> Aparejado a esta visión estuvo el propósito de socavar el derecho internacional humanitario, desconocer los Convenios de Ginebra de 1949 e imponer sus propios términos de detención por tiempo ilimitado a los detenidos y de imponerles pesarosos procesos de interrogación. Ha sido una pinza siniestra que ha agobiado al mundo y que ha tratado de echar por la borda regímenes jurídicos fruto de un peregrinar evolutivo, lento y complejo, y de los cuales, paradójicamente, los Estados Unidos fueron artífices sobresalientes.

La situación de los prisioneros en Guantánamo ha sido absolutamente irregular, o para ampliar una expresión benevolente de Tony Blair, una anomalía. No se determinó judicialmente la condición de prisioneros de guerra que debe proceder en caso de duda; a aquellos que tenían el derecho a que se les reconociera tal estatus les fue negado. Por añadidura varios más fueron detenidos lejos del teatro de guerra y colocados en la

medidas que se adopten para combatir el terrorismo sean compatibles con las obligaciones dimanadas del derecho internacional, en particular las normas de derechos humanos, el derecho relativo a los refugiados y el derecho internacional humanitario”.

Resoluciones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos: 1906 del 4 de junio de 2002, 1931 del 10 de junio de 2003, 2035 del 8 de junio de 2004 y 2143 del 7 de junio de 2005.

<sup>8</sup> Sands, Philippe, *Lawless World: America and the Making and Breaking of Global Rules-From FDR's Atlantic Charter to George W. Bush's Illegal War*, Nueva York, Editorial Viking Penguin, 2005, pp. 153 y 306.

<sup>9</sup> Véase Méndez-Silva, Ricardo, “Derivaciones del 11 de Septiembre para el derecho internacional”, en mismo autor (coord.), *Derecho y Seguridad Internacional...*, op. cit., nota 8, pp. 89-113.

<sup>10</sup> Véase Méndez-Silva, Ricardo, “Paz y Guerra Preventiva”, en Díaz Müller, Luis (coord.), *IV Jornadas sobre Globalización y Derechos Humanos. Paz, Tecnología y Bioética*, 2006, en prensa.

indefensión que ha brindado el gelatinoso título de “combatientes enemigos”<sup>11</sup> y que carece de aceptación en los Convenios de Ginebra. Todo impulsado por una unilateralidad desbocada que caro han pagado sus autores por el fracaso ostensible en Iraq, por los problemas que asaltan a Afganistán y por el descrédito que han sufrido los Estados Unidos como consecuencia de los desafanes del gobierno neoconservador.

## II. EL DERECHO APLICABLE

Una gran amplitud normativa resulta afectada por las políticas y medidas de los Estados Unidos en su “guerra contra el terrorismo”. Vertientes enteras del derecho internacional están comprometidas, principalmente el derecho internacional humanitario o derecho de los conflictos armados y el derecho internacional de los derechos humanos. A la par, junto a esta normativa brillan por su importancia las declaraciones sin fuerza vinculante, o resoluciones principalmente de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y los criterios y decisiones de los comités encargados de supervisar el cumplimiento de las convenciones. Vale la pena anticipar como una noción clave para la comprensión del derecho aplicable que el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos son regulaciones complementarias y no excluyentes. Esto es que al entrar en operación el derecho internacional humanitario en un conflicto armado se mantiene en vigencia el derecho internacional de los derechos humanos, lo que implica que una persona no

<sup>11</sup> El término “combatiente enemigo” es etéreo conceptualmente hablando y persigue únicamente escapar a la regulación del Convenio III de Ginebra de 1949. La Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Hamdi vs. Rumsfeld, Secretary of Defense*, señaló que el gobierno norteamericano no suministró una definición sobre los combatientes enemigos y determinó para efectos del caso que dos eran los rasgos distintivos: a) haber sido parte o haber apoyado a las fuerzas hostiles contra los Estados Unidos o contra sus aliados en Afganistán, y b) haber estado involucrado en el conflicto armado contra los Estados Unidos. Sin embargo, es de hacerse notar que estos rasgos son para efectos del caso que comprendió al señor Yaser Esam Hamdi que fue detenido en Afganistán pero muchos otros que han recibido la calificación de “combatiente enemigo” fueron detenidos fuera de este país asiático. Véase Méndez-Silva, Ricardo, “Las Decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América sobre los Combatientes Enemigos”, *op. cit.*, nota 2, pp. 333.

puede quedar en el vacío jurídico, carente de protección como se ha tratado de sostener.<sup>12</sup>

### 1. *Derecho internacional humanitario*

El buque insignia de este régimen son los cuatro Convenios de Ginebra de 1949<sup>13</sup> suscritos prácticamente por todos los Estados del mundo<sup>14</sup> y los dos Protocolos Adicionales de 1977 que gozan de un gran número de ratificaciones aún cuando no llegan a la aceptación prácticamente universal de los Convenios.<sup>15</sup> En razón de los problemas que aborda el presente artículo interesan principalmente los Convenios III y IV sobre prisioneros de guerra y sobre la protección de los civiles en tiempos de guerra y el Protocolo Adicional I relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales. Con respecto a los Convenios de 1949, toda vez que, como se asentó, tienen un respaldo universal, no se presenta la necesidad de hacer un enlace con las normas consuetudinarias para determinar su carácter obligatorio. En cambio, con los dos Protocolos de 1977 que no gozan del concurso total de los Estados, sí es necesario apoyarse en la validez consuetudinaria de algunos preceptos directamente vinculados con las prácticas abusivas del gobierno nortea-

<sup>12</sup> Véase Cançado Trindade, Antonio, *El derecho internacional de los derechos humanos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 455, y Méndez-Silva, Ricardo, “La interrelación entre el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho de los refugiados y el derecho internacional humanitario”, en Londoño Ulloa, Jorge Eduardo, *Derecho internacional humanitario, Conflicto Armado y Tratamiento de las Víctimas*, Boyacá, Colombia, Fundación Universitaria de Boyacá, 2002, pp. 187-211.

<sup>13</sup> El Convenio (I) para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña; el Convenio (II) para aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las fuerzas Armadas en el Mar; el Convenio (III) Relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra; y el Convenio (IV) Relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra. Estos cuatro instrumentos fueron aprobados en la Conferencia de Ginebra del 12 de agosto de 1949.

<sup>14</sup> De acuerdo a datos del Comité Internacional de la Cruz Roja, al 21 de septiembre de 2006, 194 Estados son parte en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, *Estado de participación de los países de América en los tratados de relevancia para el derecho internacional humanitario –DIH–*, 21 de septiembre de 2006, 5 pp., <http://www.icrc.org/spa>.

<sup>15</sup> 166 Estados son parte en el Protocolo Adicional I y 162 en el Protocolo Adicional II, ambos de 1977, *idem*.

mericano en la materia. A continuación nos detenemos en algunos de los puntos principales.

*A. El artículo 3o. Común en los Convenios de Ginebra de 1949*

Los cuatro Convenios de Ginebra contienen un artículo 3o. común referido a los conflictos no internacionales. Sabido es que los convenios de referencia regulan la conducción de las hostilidades y la protección de las personas en conflictos internacionales, pero en virtud de la experiencia en el periodo histórico entre las dos Guerras Mundiales<sup>16</sup> y de la necesidad a fines de los años cuarentas de dictar elementos básicos de regulación para las guerras civiles, se brindó en el artículo 3o. común un catálogo de obligaciones para ser aplicables en tales situaciones.<sup>17</sup>

Respecto a las personas protegidas que contempla el artículo 3o. común<sup>18</sup> se prohíben “en cualquier tiempo y lugar”:

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.

<sup>16</sup> Rey-Schyr, Catherine, “Les Conventions de Genève de 1949 : une percée décisive”, *Revue Internationale de la Croix Rouge*, Ginebra, Suiza, vol. 81, núm. 834, 1999, p. 212.

<sup>17</sup> Hadden, Tom y Colin, Harvey, “The Law of Internal Crisis and Conflict”, *Revue Internationale de la Croix Rouge*, vol. 81, núm. 833, Ginebra, 1999, pp. 119 y 133; véase también Estrada González, María de los Ángeles, *El derecho de Ginebra frente a los conflictos armados sin carácter internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, 129 pp.

<sup>18</sup> Artículo 3o. común de los Convenios de Ginebra de 1949, párrafo 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...”.

Estas obligaciones son en buena medida un resumen del conjunto que se encuentra a lo largo de los cuatro Convenios y que tienen un sustento consuetudinario dentro de la evolución del derecho internacional humanitario.<sup>19</sup> Su inclusión dentro de un artículo común refuerza su valor y ha redoblado su proyección como normas jurídicas. Son, por una parte la base mínima de protección para las personas en los conflictos internos y, a la vez, para todas las situaciones de violencia armada. Así lo ha considerado la Corte Internacional de Justicia que en el caso Nicaragua contra los Estados Unidos sostuvo que el célebre artículo 3o. de los Convenios de Ginebra, aplicables a los conflictos internos o no internacionales es una “mini convención” que rige todas las situaciones de violencia armada.<sup>20</sup> Es, de este modo, un surtidor inobjetable de obligaciones durante un conflicto armado y, como se ve, inciden en el tipo de agravios que han impuesto los Estados Unidos a los detenidos en Guantánamo, los tratos crueles, la tortura, los suplicios, los atentados contra la dignidad personal, los tratos humillantes y degradantes. El artículo de referencia alude a la prohibición de condenas dictadas sin un previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. Deriva de este enunciado la aseveración de que las personas deben ser favorecidas por un juicio ante un tribunal, como se señala, legítimamente constituido y al amparo de garantías judiciales.

#### B. *Convenio (III) de Ginebra Relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra*

El Convenio determinó las personas que deben ser consideradas como prisioneros de guerra.<sup>21</sup> En primer término estimó que lo serían en caso de caer en poder del enemigo “los miembros de las fuerzas armadas de

<sup>19</sup> “The Great Majority of the Provisions of the Geneva Conventions, Including common Article 3, are Considered to be Part of Customary International Law”. Hencckaerts, Jean-Marie, “Study on Customary International Humanitarian Law: A Contribution to the Understanding and Respect for the Rule of Law in Armed Conflict”, *International Review of the Red Cross*, vol. 87, núm. 857, Ginebra, Suiza, 2005, p. 187.

<sup>20</sup> Pfanner, Tony, “Asymmetrical Warfare from the Perspective of Humanitarian Law and Humanitarian Action”, *International Review of the Red Cross*, *ibidem*, p. 164.

<sup>21</sup> Artículo 4o. del Convenio (III) Relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra, Ginebra, 12 de agosto de 1949:



una Parte en conflicto, así como los miembros de las milicias y de los cuerpos de voluntarios que formen parte de estas fuerzas armadas”. Es indudable que en las dos guerras libradas por los Estados Unidos en Afganistán e Iraq se enfrentaron a gobiernos y a ejércitos o milicias en dependencia jerárquica. El caso de Al Qaeda ofrece dudas pues los miembros de esta formación terrorista no eran parte de la estructura militar del gobierno tali-

“A) 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;

2. 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;

3. Los miembros de las fuerzas armadas regulares que sigan las instrucciones de un gobierno o de una autoridad no reconocidos por la potencia detenedora;

4. Las personas que sigan a las fuerzas armadas sin formar realmente parte integrante de ellas, tales como los miembros civiles de tripulaciones de aviones militares, corresponsales de guerra, proveedores, miembros de unidades de trabajo o de servicios encargados del bienestar de los militares, a condición de que hayan recibido autorización de las fuerzas armadas a las cuales acompañan, teniendo éstas la obligación de proporcionarles, con tal finalidad, una tarjeta de identidad similar al modelo adjunto;

5. Los miembros de las tripulaciones, incluidos los patrones, los pilotos y los grumetes de la marina mercante, y las tripulaciones de la aviación civil de las partes en conflicto que no se beneficien de un trato más favorable en virtud de otras disposiciones del derecho internacional;

6. La población de un territorio no ocupado que, al acercarse el enemigo, tome espontáneamente las armas para combatir contra las tropas invasoras, sin haber tenido tiempo para constituirse en fuerzas armadas regulares, si lleva las armas a la vista y respeta las leyes y las costumbres de la guerra.

B) Se beneficiarán también del trato reservado en el presente Convenio a los prisioneros de guerra:

1. Las personas que pertenezcan o hayan pertenecido a las fuerzas armadas del país ocupado, sí, por razón de esta pertenencia, la potencia ocupante, aunque inicialmente las haya liberado mientras proseguían las hostilidades fuera del territorio que ocupa, considera necesario internarlas, especialmente tras una tentativa fracasada de estas personas para incorporarse a las fuerzas armadas a las que pertenezcan y que estén combatiendo.

bán y no ostentaban, como lo requiere el párrafo 2 del artículo 4o. inciso A), un signo distintivo fijo y reconocible a distancia. Estos combatientes e incluso algunos de los milicianos talibanes no reunían el requisito de tener un signo distintivo fijo y reconocible a distancia y tal vez no dirigieran sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra. De todas suertes, la calificación de un prisionero de guerra tiene que hacerse de manera individualizada, pues la gama de situaciones varía sensiblemente y, por añadidura, la falta de observancia de las leyes y costumbres de guerra requería probarse. Ello deviene incontestable puesto que una proporción importante de los detenidos fueron capturados en forma circunstancial sin que hubieran participado en las acciones bélicas. Su aprehensión provino de ese obsesivo afán de capturar a cualquier persona con la intención de extraer información casual. El artículo 5o. previene que en caso de duda en lo referente a su condición, si una persona se ajusta o no a las categorías señaladas por el artículo 4o., deben beneficiarse “de la protección del presente Convenio, en espera de que un tribunal competente haya determinado su estatuto”.<sup>22</sup> Es claro este artículo, prevé una situación de duda que no necesariamente es la que tenga el Estado detentador, sino la que surja de la impugnación del deteni-

do, o cuando hagan caso omiso de una intimidación que les haga por lo que atañe a su internamiento;

2. Las personas que pertenezcan a una de las categorías enumeradas en el presente artículo que hayan sido recibidas en su territorio por potencias neutrales o no beligerantes, y a quienes éstas tengan la obligación de internar en virtud del derecho internacional, sin perjuicio de un trato más favorable que dichas Potencias juzguen oportuno concederles, exceptuando las disposiciones de los artículos 8, 10, 15, 30, párrafo quinto, 58 a 67 incluidos, 92 y 126, así como las disposiciones relativas a la Potencia protectora, cuando entre las Partes en conflicto y la Potencia neutral o no beligerante interesada haya relaciones diplomáticas. Cuando haya tales relaciones, las Partes en conflicto de las que dependan esas personas estarán autorizadas a ejercer, con respecto a ellas, las funciones que en el presente Convenio se asignan a las potencias protectoras, sin perjuicio de las que dichas Partes ejerzan normalmente de conformidad con los usos y los tratados diplomáticos y consulares.

<sup>22</sup> Así lo apunta Luis Benavides: “En el conflicto en Afganistán podría argumentarse que los miembros de Al Qaeda no reúnen las condiciones antes enumeradas, sin embargo, esto tiene que ser determinado ante la instancia judicial correspondiente...”. Benavides, Luis, “El estatus jurídico internacional de los prisioneros detenidos por Estados Unidos de América en Guantánamo, Cuba, a raíz del conflicto en Afganistán”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. III, 2003, p. 78.

do. En tal virtud procede la aclaración pertinente definida por “un tribunal competente”. Aun cuando el precepto no abunda en la consideración de las características de un tribunal es obvio que, en un instrumento jurídico que, además, persigue dar protección a las personas en la situación extrema de un conflicto, debe ser un organismo judicial que actúe en correspondencia a su naturaleza con imparcialidad y dentro de un régimen de garantías que permita al afectado conocer los cargos que se le imputan, los elementos que se manejan a fin de determinar su estatus, ser escuchado y en su caso aportar las pruebas a su favor.

Aquellas personas que son considerados prisioneros de guerra gozan de una amplia cobertura de protección que otorga el Convenio III.<sup>23</sup> Por ello es vital la clarificación del estatus y preocupante en grado sumo que los Estados Unidos de América hayan lanzado la noción de “combatientes enemigos”, una categoría inexistente en los Convenios de Ginebra y que se inventó precisamente para abrirle paso a la detención ilimitada en el tiempo y en las condiciones de todos conocidas para obtener toda la información posible.

Una de las cuestiones clave del estatus de los prisioneros de guerra es que éstos no son retenidos como una sanción por haber participado en el conflicto bélico, salvo en el caso de que hayan cometido crímenes de guerra u otros actos punibles. De no ser así, su detención termina al concluir las hostilidades: “los prisioneros de guerra serán liberados y repatriados, sin demora, tras haber finalizado las hostilidades activas”.<sup>24</sup> El espíritu de este precepto es evitar que durante el tiempo que duren las hostilidades se sume a sus propias tropas para continuar la guerra. Así, la detención ilimitada al margen de la clarificación de su estatus no sólo los hunde en un pozo de abusos inconcebibles sino que se les impide ser liberados al concluir el conflicto internacional. A estas alturas, con todos los problemas que existen en el Afganistán y en el Iraq, las hostilidades propias de un conflicto internacional han cesado.

Por otra parte, en el supuesto de que una persona no calificara para la condición de prisionero de guerra, no queda en la indefensión ni libra a los Estados de la responsabilidad de ofrecerles un marco de protección jurí-

<sup>23</sup> En lo tocante a alojamiento, alimentación y vestimenta, higiene y asistencia médica, asistencia religiosa, trabajo, comunicación con el exterior, entre otras.

<sup>24</sup> Artículo 118 del Convenio (III) Relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra.

dica. No obstante las insuficiencias del derecho internacional, no es posible sostener que pueda haber vacíos en los cuales las personas queden al arbitrio de los gobiernos. El Protocolo Adicional I de 1977 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales contuvo en el artículo 75 un conjunto de disposiciones que protegen a aquellas personas a las que no se reconociera un trato más favorable de acuerdo con los Convenios de 1949 o del propio Protocolo. En efecto, el artículo 75 dispone que “estas personas serán tratadas en toda circunstancia con humanidad y se beneficiarán, como mínimo, de la protección prevista en el presente artículo, sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión o las creencias, las opiniones políticas o de otro género, el origen nacional o social, la fortuna, el nacimiento u otra condición o cualesquiera otros criterios análogos”.<sup>25</sup>

<sup>25</sup> Artículo 75 del Protocolo Adicional I de 1977 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales: “Garantías fundamentales:

1. Cuando se encuentren en una de las situaciones a que hace referencia el artículo 1 del presente Protocolo, las personas que estén en poder de una parte en conflicto y que no disfruten de un trato más favorable en virtud de los Convenios o del presente Protocolo serán tratadas en toda circunstancia con humanidad y se beneficiarán, como mínimo, de la protección prevista en el presente artículo, sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión o las creencias, las opiniones políticas o de otro género, el origen nacional o social, la fortuna, el nacimiento u otra condición o cualesquiera otros criterios análogos. Cada parte respetará la persona, el honor, las convicciones y las prácticas religiosas de todas las personas.

2. Están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar los actos siguientes, ya sean realizados por agentes civiles o militares:

a) los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular:

i) el homicidio;

ii) la tortura de cualquier clase, tanto física como mental;

iii) las penas corporales, y

iv) las mutilaciones;

b) los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor;

c) la toma de rehenes;

d) las penas colectivas, y

e) las amenazas de realizar los actos mencionados.

3. Toda persona detenida, presa o internada por actos relacionados con el conflicto armado será informada sin demora, en un idioma que comprenda, de las razones que han motivado esas medidas. Salvo en los casos de detención o prisión por una infracción penal, esa persona será liberada lo antes posible y en todo caso en cuanto desaparezcan las circunstancias que hayan justificado la detención, la prisión o el internamiento.

La lectura del precepto nos conduce de regreso al artículo 3o. común, que en buen grado es reproducido en éste con lo que obtiene una nueva consagración, en el tenor de lo indicado anteriormente, como base mínima de protección de todas las personas en caso de violencia armada. Y, además, incluye algunas cuestiones de particular significado en las situaciones que han padecido los detenidos en la “guerra contra el terroris-

4. No se impondrá condena ni se ejecutará pena alguna respecto de una persona declarada culpable de una infracción penal relacionada con el conflicto armado, sino en virtud de sentencia de un tribunal imparcial, constituido con arreglo a la ley y que respete los principios generalmente reconocidos para el procedimiento judicial ordinario, y en particular los siguientes:

a) el procedimiento dispondrá que el acusado sea informado sin demora de los detalles de la infracción que se le atribuya y garantizará al acusado, en las actuaciones que precedan al juicio y en el curso de éste, todos los derechos y medios de defensa necesarios;

b) nadie podrá ser condenado por una infracción si no es sobre la base de su responsabilidad penal individual;

c) nadie será acusado o condenado por actos u omisiones que no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional que le fuera aplicable en el momento de cometerse. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de cometerse la infracción. Si, con posterioridad a esa infracción, la ley dispusiera la aplicación de una pena más leve, el infractor se beneficiará de esa disposición;

d) toda persona acusada de una infracción se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;

e) toda persona acusada de una infracción tendrá derecho a hallarse presente al ser juzgada;

f) nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable;

g) toda persona acusada de una infracción tendrá derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y a que éstos sean interrogados en la mismas condiciones que los testigos de cargo;

h) nadie podrá ser juzgado ni condenado por la misma Parte, de conformidad con la misma legislación y con el mismo procedimiento judicial, por un delito respecto al cual se haya dictado ya una sentencia firme, condenatoria o absolutoria;

i) toda persona juzgada por una infracción tendrá derecho a que la sentencia sea pronunciada públicamente, y

j) toda persona condenada será informada, en el momento de su condena, de sus derechos a interponer recurso judicial y de todo tipo, así como de los plazos para ejercer esos derechos.

5. Las mujeres privadas de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado serán custodiadas en locales separados de los ocupados por los hombres. Su vigilancia inmediata estará a cargo de mujeres. No obstante, las familias detenidas o internadas serán alojadas, siempre que sea posible, en un mismo lugar, como unidad familiar.

6. Las personas detenidas, presas o internadas por razones relacionadas con el conflicto armado disfrutarán de la protección otorgada por el presente artículo, incluso des-

mo”. En este sentido y con arreglo al artículo 75 las partes respetarán el honor, las convicciones y las prácticas religiosas de todas las personas, se prohíben, en todo tiempo y lugar, los atentados contra la vida, la salud, la integridad física y mental, la tortura de cualquier clase, física y moral, las penas corporales, los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor, las amenazas a realizar los actos mencionados y, además, previene que toda persona detenida por actos relacionados con el conflicto armado será informada sin demora en un idioma que comprenda de las razones que han motivado su detención. Agrega que la persona será liberada lo antes posible y cuando desaparezcan las circunstancias que hayan dado pie a su reclusión. Así las cosas, una persona puede no calificar el estatus de prisionero de guerra pero se halla bajo la sombrilla tutelar de este precepto.

Ahora bien, es menester reconocer que los Estados Unidos no han ratificado el Protocolo I y cobijados por el principio *res inter alios acta* arguyen que no se encuentran obligados por este importante desarrollo, pero es una convicción ampliamente extendida que el artículo es la expresión de una norma consuetudinaria.<sup>26</sup> Basta con ver los enunciados que lo componen, los anteriormente indicados, la prohibición de la tortura y los atentados contra la dignidad personal, y otros más que forman parte de las garantías judiciales de la mayor parte de las legislaciones del mundo y que han sido reconocidas por resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y afirmadas por los tribunales internacionales.

pués de la terminación del conflicto armado, hasta el momento de su liberación definitiva, repatriación o reasentamiento.

7. A fin de evitar toda duda en cuanto al procesamiento y juicio de personas acusadas por crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad, se aplicarán los siguientes principios:

a) las personas acusadas de tales crímenes deberán ser sometidas a procedimiento y juzgadas de conformidad con las normas aplicables del derecho internacional, y

b) cualquiera de esas personas que no disfrute de un trato más favorable en virtud de los Convenios o del presente Protocolo, recibirá el trato previsto en el presente artículo, independientemente de que los crímenes de que se la acuse constituyan o no infracciones graves de los Convenios o del presente Protocolo.

<sup>26</sup> “...it is broadly recognized that article 75 reflects a rule of customary international law. It is therefore applicable to all states and to all persons”. Sands, Philippe, *op. cit.*, nota 8, p. 150.

les de derechos humanos para que, más allá de la rigidez formalista, se identifiquen como normas consuetudinarias de derecho internacional.

Por si fuera poco, el derecho internacional de los derechos humanos es la otra gran fuerza normativa que concurre a la protección de las personas en esta situación. Es hoy incontestable que las dos ramas del derecho internacional, la humanitaria y la de los derechos humanos, se corresponden, se entrecruzan y se complementan. El derecho internacional de los derechos humanos no deja de operar en situaciones de guerra, sino al contrario apuntala las techumbres de protección. Por supuesto puede suspenderse la aplicación de los derechos humanos en situaciones extremas pero deben cumplirse requisitos precisos y de todas formas existe un núcleo duro inderogable que será objeto de atención párrafos adelante. En suma, el causal protector sostiene al individuo frente a los agravios estatales.

## *2. El derecho internacional de los derechos humanos*

El derecho internacional de los derechos humanos es una constelación expansiva de instrumentos cuya señal de arranque la dio la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948. Está constituido por instrumentos declarativos que abonaron el terreno para la confección de tratados y para la maduración de normas consuetudinarias. En su conjunto constituye la gran masa normativa que protege a las personas, como se ha dicho, en tiempos de paz y de guerra. Particular significado para los problemas a los cuales se aboca el presente artículo tienen el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Internacional contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. Iniciamos con una revisión de los documentos declarativos.

### *A. Instrumentos declarativos*

Al referirnos a estos documentos tenemos en mente a las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Sabido es que estas resoluciones carecen de fuerza vinculante, mas su significado para el derecho internacional no puede desdeñarse, pues por vía consuetudinaria algunas resoluciones alcanzan valor jurídico o recogen principios previamente reconocidos

como normas jurídicas consuetudinarias.<sup>27</sup> Su importancia se magnifica porque las resoluciones son un ejercicio de codificación aunque no culmine en un tratado, resultan de un ejercicio técnico de redacción que maneja términos que los Estados cuidan en demasía ya que, aun cuando carecen de obligatoriedad, van siendo indicios de su actitud respecto a cuestiones específicas. Incluso las resoluciones de los organismos internacionales han sido el prototipo de ese estadio normativo incipiente o intermedio en su evolución hacia una norma jurídica plena que la doctrina ha bautizado como *soft law*. Bien lo dice Mauricio Iván del Toro, estos instrumentos no se oponen al derecho duro o incuestionablemente positivo, ni pretende sustituirlo “sino que en muchas ocasiones lo antecede o lo complementa”<sup>28</sup> pero que en definitiva no puede ignorarse ni dentro del proceso de creación normativa ni en la interpretación de las normas existentes ni en el apoyo que brindan sus términos para la comprensión plena de las normas.

Realistamente es de dudarse que un Estado renuente a ajustar su conducta al derecho internacional acepte sin más y de buena gana la obligatoriedad de estos instrumentos pero igualmente es dable sostener que la sociedad internacional abogará por el valor jurídico incuestionable de algunas de las resoluciones y censurará al infractor.

Al lado de las resoluciones de los organismos internacionales públicos existen algunos documentos aprobados por asociaciones internacionales de profesionistas que, obviamente, sin detentar una índole jurídica, marcan pautas éticas para el desempeño profesional, según lo ilustra el caso de los médicos, con vinculación a nuestro tema por la asistencia que pueden prestar a las faenas de tortura.

<sup>27</sup> “The Court... [se refiere al caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte] confirmed that treaties may codify pre-existing customary international law but may also lay the foundation for the development of new customs based on the norms contained in those treaties”. Henckaerts, Jean-Marie, *op. cit.*, nota 20, p. 183.

<sup>28</sup> del Toro Huerta, Mauricio Iván, “El fenómeno del *Soft Law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. VI, 2006, p. 544.



### a. Declaraciones públicas

#### i) Declaración Universal de los Derechos Humanos

Es el caso por excelencia de una resolución de la Asamblea General que ha alcanzado plenitud jurídica bajo los ímpetus de un desarrollo consuetudinario. Es la declaración que ha sido citada con mayor frecuencia en los trabajos de las Naciones Unidas, comprendiendo tanto a las actividades de los órganos principales como de los organismos especializados y de las agencias de Naciones Unidas.<sup>29</sup> Es obligada la cita, para avalar lo dicho, del Acta Final de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de 1968 en Teherán que declaró obligatoria a la también llamada Carta Magna de los Derechos Humanos.<sup>30</sup> Ha accedido al rango de norma jurídica por la vía de la costumbre, pero si hubiera alguna duda o remilgos estatales, sus enunciados fueron apuntalados por los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptados en 1966 que, junto con la resolución, constituyen la trilogía irradiadora de la materia.

En el catálogo reconocido en 1948 se consignaron principios y garantías básicas, incommovibles en la conciencia humana. Por principio, y para efectos del presente estudio, el artículo 5o. señala: “Nadie será sometido a torturas ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. Este enunciado ha llegado a ser una norma de *jus cogens* o norma imperativa de derecho internacional, según la concibe y entiende la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados. Fue el punto de partida de una regulación que culminó con la Convención Internacional contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. No sobra subrayar lo suficiente que desde 1948 y consecuentemente en 1984, por la adopción de la Convención por Asamblea General de las

<sup>29</sup> Véase Méndez-Silva, Ricardo, “El vaso medio lleno. La Declaración Universal de los Derechos Humanos”, en Fix-Zamudio, Héctor (Coord.), *México y las declaraciones de derechos humanos*, México, UNAM, 1999, p. 53 y ss.

<sup>30</sup> El Acta Final de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos celebrada en Teherán el 13 de mayo de 1968, a los veinte años de la adopción de la histórica resolución primigenia, reconoció: “La Declaración Universal de Derechos Humanos enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y la declara obligatoria para la comunidad internacional”, párrafo resolutivo 2 de la Proclamación de Teherán.

Naciones Unidas, se utilizaron las expresiones de penas, tratos crueles, inhumanos o degradantes aparejados al de la tortura, sujetos a una misma prohibición y no ubicados en un menú al gusto de los Estados. Ello viene a cuento porque en la vorágine de la “guerra contra el terrorismo” la Casa Blanca ha intentado concebir a la tortura como una conducta extrema que ponga en peligro la vida, provoque el colapso de órganos principales del cuerpo humano o produzca daños mentales permanentes, con el fin de apartarla de los tratos crueles, inhumanos o degradantes que no equivaldrían, en su parecer, a la tortura.<sup>31</sup>

La misma Declaración proclama principios que son pilares de la civilización contemporánea y que significativamente tratan de reducir sus contradicciones: la igualdad ante la ley y el derecho a igual protección de la ley,<sup>32</sup> el derecho de toda persona a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes,<sup>33</sup> el derecho a no ser arbitrariamente detenido, preso o desterrado;<sup>34</sup> el derecho de toda persona en condiciones de plena igualdad a ser oído públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal;<sup>35</sup> el derecho de toda persona a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público y

<sup>31</sup> Philippe Sands cita un memorandum del señor Jay Bybee, asistente del Procurador General, que daba esta singular interpretación: “Where the pain is physical, it must be of an intensity akin to that which accompanies serious physical injury such as death or organ failure”. Anything less, he implies, will not be torture and will be permissible. And where the pain is mental, then it “requires suffering not just at the moment of infliction but it also requires lasting psychological harm, such as seen in mental disorders like post-traumatic disorder”. Y termina diciendo el autor que citamos: “this is the most shocking legal opinion I have ever come across”, *Lawless World...*, *cit.*, nota 9, p. 214.

<sup>32</sup> Artículo 7o. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH): “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

<sup>33</sup> Artículo 8o., *idem*: “toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.

<sup>34</sup> Artículo 9o., *idem*: “nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado”.

<sup>35</sup> Artículo 10, *idem*: “toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

en el que se aseguren todas las garantías necesarias para su defensa;<sup>36</sup> el derecho de no ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.<sup>37</sup>

Sólo podrán objetar la validez de estos principios, los gobiernos que estén del lado de la represión y de la tortura. Resulta inconcebible que Washington ignorara estos artículos y aplaudiera a otros gobiernos que desconocieron estos principios capitales en las personas de sus nacionales. La civilización es hoy una empresa común y solidaria.

*ii) Declaración sobre el Conjunto de Principios  
para la Protección de todas las Personas Sometidas  
a Cualquier Forma de Detención o Prisión<sup>38</sup>*

Es la presente declaración, por el órgano que la expidió, una resolución carente de obligatoriedad pero bien vistos los principios que recoge son una expresión generalmente aceptada en la mayor parte de las legislaciones del mundo, por lo que pueden entenderse como elementos constitutivos de una fuente auxiliar del derecho internacional, pero indudablemente conectados con otros equivalentes normativos en documentos tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, por citar algunos casos de trascendencia evidente. Ante la imposibilidad de aludir a todo el contenido de la declaración se ponen sobre relieve aquellos principios relacionados de modo manifiesto con el problema de las detenciones arbitrarias en Guantánamo: el derecho de toda persona sometida a cualquier forma de detención o prisión a

<sup>36</sup> Artículo 11, *idem*

“1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

<sup>37</sup> Artículo 12, *idem*: “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

<sup>38</sup> Resolución 43/173 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 9 de diciembre de 1988.

ser tratada humanamente;<sup>39</sup> toda forma de detención o prisión debe ser ordenada por un juez u otra autoridad;<sup>40</sup> ninguna persona en estas situaciones podrá ser sometida a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Enfatiza que bajo ninguna circunstancia podrá justificarse la tortura o la imposición de los tratos o penas referidos;<sup>41</sup> el derecho de toda persona arrestada a ser informada en el momento de su detención sobre las razones de tal detención y el derecho a ser notificada sin demora sobre las acusaciones que se le fincan;<sup>42</sup> toda persona sujeta a detención debe ser oída sin demora por un juez u otra autoridad. Asimismo la persona en retención tendrá derecho a defenderse, por sí misma o a través de un abogado;<sup>43</sup> el derecho de toda persona detenida a ser visitada, no sólo por sus abogados, sino por sus familiares, a sostener correspondencia con ellos y se le reconocerá la posibilidad de comunicarse con el mundo exterior.<sup>44</sup>

Estamos en presencia de una onda expansiva de los derechos humanos y de las garantías judiciales que fueron originalmente dados a luz por la

<sup>39</sup> Principio 1, *idem*: “toda persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

<sup>40</sup> Principio 4, *idem*: “toda forma de detención o prisión y todas las medidas que afectan a los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión deberán ser ordenadas por un juez u otra autoridad, o quedar sujetas a la fiscalización efectiva de un juez u otra autoridad”.

<sup>41</sup> Principio 6, *idem*: “ninguna persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será sometida a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No podrá invocarse circunstancia alguna como justificación de la tortura o de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.

<sup>42</sup> Principio 10, *idem*: “toda persona arrestada será informada en el momento de su arresto de la razón por la que se procede a él y notificada sin demora de la acusación formulada contra ella”.

<sup>43</sup> Principio 11 párrafo 1, *idem*: “nadie será mantenido en detención sin tener la posibilidad real de ser oído sin demora por un juez u otra autoridad. La persona detenida tendrá el derecho de defenderse por sí misma o ser asistida por un abogado según prescriba la ley”.

<sup>44</sup> Principio 19, *idem*: “toda persona detenida o presa tendrá el derecho de ser visitada, en particular por sus familiares, y de tener correspondencia con ellos y tendrá oportunidad adecuada de comunicarse con el mundo exterior, con sujeción a las condiciones y restricciones razonables determinadas por ley o reglamentos dictados conforme a derecho”.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.<sup>45</sup> No se precisa de un ejercicio intelectual de altos vuelos para constatar que estos principios son la antítesis vergonzante de lo que ocurre en Guantánamo.

*iii) Principios de Ética Médica Aplicables a la Función del Personal de Salud, Especialmente los Médicos, en la Protección de Personas Presas y Detenidas Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas<sup>46</sup>*

La Asamblea General de las Naciones Unidas es soberana de su agenda y puede tratar todos los temas dentro del marco de interés de la Organización de las Naciones Unidas. En 1982 aprobó la resolución que se aborda en este inciso y determinó que varias conductas de los profesionales de la medicina son contrarias a la ética médica.<sup>47</sup> Postuló el órgano deliberativo, también con carácter declarativo, que la relación del personal de salud con las personas detenidas debe restringirse estrictamente a la evaluación, protección y mejora de su salud física y mental; enfatizó, de igual manera, que los conocimientos y pericias médicas que se apliquen durante los interrogatorios deben tener un carácter asistencial y en forma alguna deben afectar la salud física y mental de los detenidos.<sup>48</sup> El documento sostiene que es contraria y socava a la ética la certificación que pueda realizar un médico de que una persona es apta para recibir tratamientos o castigos que redunden desfavorablemente en su salud física y mental.

La resolución introduce un punto notable en la línea del núcleo duro de los derechos humanos que consagró el artículo 4o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Procede advertir, por el año de su aprobación, 1982, que fue anterior a la Convención Internacional contra

<sup>45</sup> Artículos 9, 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

<sup>46</sup> Resolución 37/194 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 18 de diciembre de 1982.

<sup>47</sup> En el ámbito de las Naciones Unidas fue una novedad la temática pero desde el Código de Núremberg de 1946 se trataron cuestiones relacionadas con las preocupaciones concretas de la declaración en comento. Referido el Código de Núremberg principalmente a los experimentos médicos en seres humanos persiguió salvaguardar la integridad física y mental de las personas.

<sup>48</sup> Véase Informe sobre la Situación de los Detenidos en la Bahía de Guantánamo..., *op. cit.*, nota 5, p. 25.

la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes que contuvo también el señalamiento de que en ningún caso podría justificarse la imposición de torturas.<sup>49</sup>

#### *b. Declaraciones privadas*

En esta categoría de documentos aprobados por asociaciones de profesionistas con carácter privado es de considerarse la Declaración de la Asociación Médica Mundial, adoptada en Tokio en 1975.<sup>50</sup> La Declaración se pronunció por prohibir que los médicos participen o estén presentes en actos en los que se utilicen actos de tortura o crueles, inhumanos o degradantes o que se presten a suministrar sus conocimientos para facilitar tal fin. Y también el Consejo Internacional de Enfermeras condenó la participación de los auxiliares de la salud en los interrogatorios lesivos para la salud mental y física, así como en el trato inhumano de los detenidos<sup>51</sup>. Estos principios han influido en los contenidos de los códigos de ética de los profesionales de la medicina del mundo entero y, significativamente, también en los manuales sobre interrogatorios de un buen número de fuerzas armadas de los Estados. Las conductas que estos instrumentos persiguen contener son actos perversa e indisolublemente vinculados a la tortura, crimen internacional. Son así referentes obligados para determinar el alcance y la gravedad de las responsabilidades del personal médico que en Guantánamo, según denuncias, han asistido a los interrogadores.

#### *B. Tratados internacionales*

Hay una relación amplísima de tratados internacionales sobre Derechos Humanos que conciernen al conjunto de problemas ocurridos en el centro de detención de Guantánamo y en otros lugares de arbitrario aprehensión. Los referentes principales de las obligaciones estatales, pe-

<sup>49</sup> El artículo 2o. párrafo 2 de la Convención Internacional contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes es contundente: “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”.

<sup>50</sup> Véase Informe sobre la Situación de los Detenidos en la Bahía de Guantánamo..., *op. cit.*, nota 5, p. 25.

<sup>51</sup> *Idem.*

ro no los únicos, son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

*a. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*<sup>52</sup>

*i. El núcleo duro*

A riesgo de ser repetitivo, se insiste en un elemento diferencial de la vigencia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: rige igual en tiempos de paz que en tiempos de guerra y, en este último supuesto, la aplicación del Pacto sólo puede suspenderse en situaciones extremas, con apego a requisitos estrictos que marca el propio instrumento y sin que pueda ser objeto de suspensión un núcleo duro de derechos humanos que se estima inderogable.

El artículo 4o. del Pacto indica que sólo en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida del Estado pueden suspenderse los derechos que reconoce el instrumento, salvo aquellos que constituyen el núcleo duro y a los que se aludirá después. Es posible suspenderlos pero prevalece una regulación meticulosa a efecto de impedir abusos de los Estados bajo el pretexto de alguna emergencia calificada subjetiva y discrecionalmente. Se requiere para tal fin que se esté en presencia de “situaciones excepcionales” que deben ser del tipo que ponga en peligro la vida de un Estado. Ello significa que no en cualquier caso de circunstancias graves y peligrosas puede proceder una suspensión sino sólo en un caso límite que entrañe un peligro a la supervivencia o a la integridad de un Estado. Obviamente éste podrá poner en práctica políticas y medidas para afrontar las dificultades pero el compromiso internacional conlleva la exigencia de mantener en vigor los preceptos proclamados por el Pacto. Las políticas y medidas que emprenda el Estado deben ajustarse al régimen internacional de los derechos humanos, y no al revés, supeditarlos a las emergencias que puede padecer una entidad estatal. En este tenor debe leerse la limitante de que las medidas a adoptarse correspondan estrictamente a las exigencias de la situación. Recoge esta expresión el prin-

<sup>52</sup> Adoptado por la Resolución 2200 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 16 de diciembre de 1966 y en vigor desde el 23 de marzo de 1976.

cipio de proporcionalidad que impera en distintos apartados del derecho internacional, y complementa que las medidas no resulten incompatibles con las demás obligaciones que impone la normatividad internacional. Algo importante, para las situaciones que han caracterizado al centro de retención de Guantánamo, es que las medidas de suspensión “no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”. A nadie escapa que el desconocimiento de los derechos humanos de los detenidos ha sido particularmente por su condición de extranjeros ya que sólo excepcionalmente se han impuesto a algún norteamericano. Así mismo los Estados que aprobaran una suspensión están obligados a notificar inmediatamente a los demás Estados los derechos que hubieran suspendido y los motivos que determinan la suspensión. Es claro entonces que no necesariamente debe ser una suspensión total sino sólo con respecto a la situación de peligro. Concluye el precepto con la obligación del Estado de comunicar igualmente la fecha en la que se dé por terminada la suspensión. Este precepto no fija un límite en el tiempo para las medidas de suspensión pero es claro, contrariamente, que no deja abiertas las puertas a una temporalidad sin fin. Por principio es de tenerse en cuenta que los Estados Unidos no han hecho una suspensión oficial de ninguno de los derechos que contiene y reconoce el Pacto y menos han hecho las comunicaciones respectivas a los demás Estados parte y, en el “hoyo negro” que ha representado Guantánamo, los detenidos han estado aislados de manera ilimitada para efectos de interrogación sin que se les hayan fincado acusaciones y se les haya brindado la oportunidad de defenderse. Ha sido una arbitrariedad desenfadada.

El núcleo duro de los derechos humanos que no pueden suspenderse está consignado en el propio artículo 4o.<sup>53</sup> y se encuentra constituido por el derecho a la vida, la protección contra la tortura, la prohibición de la

<sup>53</sup> Artículo 4o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP):

“1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados parte en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6o., 7o. y 8o. (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.



esclavitud y la servidumbre, la prohibición de la prisión para el caso de obligaciones contractuales, la prohibición de que una persona sea condenada por actos u omisiones que no fueran delitos en el momento de cometerse, el derecho de todo ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica y el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Fácilmente se aprecia que de manera particular el derecho a la vida y la protección contra la tortura son normas de una sensibilidad notable para las condiciones de la reclusión en la bahía cubana. Aunque pueda sostenerse, y así lo han hecho los Estados Unidos de América, que alguno de los tratos dispensados a los detenidos no sea tortura, el informe de los cinco relatores consideró que el conjunto de maltratos simultáneos y su duración ilimitada sí llegan a configurar el crimen de tortura.

Surge un problema, el artículo 9<sup>54</sup> del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos referido a la detención y prisión arbitrarias, al derecho de un detenido a conocer de su detención, de las razones de la misma, del derecho a comparecer ante un juez y a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad, a disfrutar de garantías judiciales, no se encuentra entre los derechos que constituyen el núcleo duro, es decir, de conformidad con el texto del Pacto es susceptible de suspenderse aunque, como se ha visto, los Estados Unidos no han cumplido con los requisitos formales para efectuar, en su caso, una suspensión. Con todo, y en la dirección de la fuerza expansiva del derecho internacional de los derechos humanos, la interpretación doctrinal y el criterio del Comité de De-

<sup>54</sup> Artículo 9o. del PIDCyP:

“1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

rechos Humanos, establecido por el PIDCyP, señalan que existe un conjunto de derechos humanos de carácter procesal que deben ser respetados en todas las circunstancias a efecto de imprimirle vigor pleno a los derechos sustantivos mencionados en el artículo 4 del Pacto y que son el núcleo duro. Entre estos derechos de índole adjetiva se encuentran el acceso a las cortes y tribunales internos por violaciones a los derechos no derogables y el derecho a solicitar la protección constitucional o el recurso de *habeas corpus* o de amparo, así como algunos aspectos fundamentales del derecho a un juicio justo. El Comité de Derechos Humanos en su comentario general número 29 estimó que el derecho a un tribunal independiente y a la presunción de inocencia forman parte de estos derechos.<sup>55</sup>

Enfrentados a la tozudez neoconservadora, si el gobierno norteamericano desconoce derechos sustantivos incuestionables con el sólo desplante de su unilateralismo, no podemos hacernos grandes esperanzas de que decidieran respetar los derechos procesales que los avances de la materia consideran consustanciales a los derechos expresos del núcleo duro. Pero un aspecto positivo de la macabra situación que ha planteado el “emblema negro” ha sido forzar a los doctrinantes a remachar el régimen, apuntalarlo y esclarecerlo.

#### b. Convención Internacional contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes<sup>56</sup>

Para empezar, el núcleo duro del PIDCyP fue reforzado con el señalamiento de que “En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad

<sup>55</sup> “...in addition to the substantive rights expressly declared to be non-derogable, a number of procedural rights, must also be respected in all circumstances. Among them is the right to have access to domestic courts for violation of non derogable rights, and the right to *habeas corpus*. Some fundamental aspects of the right to fair trial are also generally considered as non-derogable”, Borelli, Silvia, “Casting Light on the Legal Black Hole: International Law and Detentions Abroad in the «War on Terror»”, *International Review of The Red Cross*, *op. cit.*, nota 19, p. 55.

<sup>56</sup> Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 39/46 de 10 de diciembre de 1984 y en vigor a partir del 26 de junio 1987 al haberse cumplido el depósito del vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión. Estados Unidos es parte de esta convención al haberla ratificado el 21 de octubre de 1994.

política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura”.<sup>57</sup>

Una de las prácticas que han seguido los Estados Unidos de América de enviar a personas a otros países para ser interrogados sin las limitantes escrupulosas de la prohibición de la tortura se encuentra prohibida. Así, impide a los Estados que expulsen, devuelvan o extraditen a una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.<sup>58</sup> Y resulta precisamente que Washington ha enviado a un número indeterminado de cautivos a otros países para ser interrogados en estas condiciones. El mismo precepto apunta que las “razones fundadas para creer” que una persona estaría en peligro de ser sometida a tortura, deben determinarse a la luz de consideraciones pertinentes y particulariza la existencia en el Estado, al cual se remita a una persona, de “un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos”.<sup>59</sup>

Sobre el alegato de los Estados Unidos de América de que no se aplican las normas internacionales en territorios que no estén bajo su soberanía, es clara la Convención de que el Estado deberá tomar las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos relativos a actos de tortura, en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción.<sup>60</sup> A buen entendedor pocas palabras, a mal entendedor ningún discurso jurídico convincente le hace mella.

<sup>57</sup> Artículo 2o., párrafo 2 de la Convención Internacional contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes: “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”.

<sup>58</sup> Artículo 3o., párrafo 1, *idem*: “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>59</sup> Artículo 3o., párrafo 2, *idem*: “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”.

<sup>60</sup> Artículo 5o., párrafo 2, *idem*: “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”.

Respecto a la detención de personas presuntamente responsables de cometer este crimen, debe realizarse de conformidad con las leyes del Estado y se le darán las facilidades para comunicarse inmediatamente con un representante del Estado de su nacionalidad.<sup>61</sup> El detenido debe recibir garantías de un trato justo en todas las fases del procedimiento.<sup>62</sup>

Contrasentidos totales aparecen en el cotejo de la normatividad y las prácticas distintivas de la “guerra contra el terrorismo”, por ejemplo, el Estado debe velar por la educación y una información completa sobre la prohibición de la tortura en la formación profesional de los encargados de la aplicación de la ley, sean civiles o militares, del personal médico, de los funcionarios públicos y otras personas que puedan participar en la custodia, el interrogatorio o el tratamiento de cualquier persona sometida a cualquier forma de arresto, detención o prisión.<sup>63</sup> Ha sido exactamente al revés, se ha pasado del mundo ilusionado en la prohibición de la tortura al inframundo de las negaciones abyectas. El siglo XXI ha comenzado con la señal pavorosa de los atentados terroristas y de la oprobiosa respuesta bélica y descarnadamente violatoria del régimen internacional de los derechos humanos que de manera dificultosa se ha ido levantando, paradójicamente, a partir de las experiencias infames de la Segunda Guerra Mundial, de los Estados totalitarios, y de las dictaduras militares en

<sup>61</sup> Artículo 6o., párrafo 1, *idem*: “todo Estado parte en cuyo territorio se encuentre la persona de la que se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el artículo 4o., si, tras examinar la información de que dispone, considera que las circunstancias lo justifican, procederá a la detención de dicha persona o tomará otras medidas para asegurar su presencia. La detención y demás medidas se llevarán a cabo de conformidad con las leyes de tal Estado y se mantendrán solamente por el período que sea necesario a fin de permitir la iniciación de un procedimiento penal o de extradición”; y párrafo 3: “La persona detenida de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo tendrá toda clase de facilidades para comunicarse inmediatamente con el representante correspondiente del Estado de su nacionalidad que se encuentre más próximo o, si se trata de un apátrida, con el representante del Estado en que habitualmente resida”.

<sup>62</sup> Artículo 7o., párrafo 3, *idem*: “toda persona encausada en relación con cualquiera de los delitos mencionados en el artículo 4 recibirá garantías de un trato justo en todas las fases del procedimiento”.

<sup>63</sup> Artículo 10, párrafo 1, *idem*: “todo Estado parte velará por que se incluyan una educación y una información completas sobre la prohibición de la tortura en la formación profesional del personal encargado de la aplicación de la ley, sea éste civil o militar, del personal médico, de los funcionarios públicos y otras personas que puedan participar en la custodia, el interrogatorio o el tratamiento de cualquier persona sometida a cualquier forma de arresto, detención o prisión”.

América Latina. Sólo puede salvaguardarse la salud mental de los estudiosos de estos temas con la conciencia absoluta de que existe una razón superior de humanidad por la cual luchamos.

### III. CONCLUSIONES

1. Las detenciones arbitrarias e ilimitadas en el tiempo, los interrogatorios equiparables a la tortura, que han sido la innoble caracterización del centro de reclusión que el gobierno norteamericano habilitó en la Bahía de Guantánamo, han sido una expresión consubstancial del unilateralismo de Washington tras los atentados terroristas de septiembre de 2001. Ha marchado aparejado el desconocimiento del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos con las interpretaciones elásticas de la institución de la legítima defensa en el derecho internacional y con la demencial tesis de la guerra anticipada o preventiva.

2. Nunca como hoy rige la convicción de que el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos se complementan, y la finalidad de este enlace es proteger a la persona *in extremis*. No existen oquedades en el derecho internacional que abandonen al individuo a abusos en nombre de ninguna teoría ni en razón de miedos o arrogancias de los gobiernos. El saldo de las afrentas a los seres humanos en estos años que corren a partir de fines de 2001 tal vez tengan un lado positivo, la activación del pensamiento humanitario y humanista y la agitación de una conciencia mundial, comprometida con la afirmación de una normatividad que tiene rango de *jus cogens*, como ocurre, por un lado con la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales y por la otra con la protección de las personas, especialmente respecto a la tortura.

3. A los detenidos en una contienda bélica debe aplicárseles el derecho internacional humanitario. Su detención debe limitarse al tiempo de las hostilidades y deben ser liberados a su conclusión puesto que la finalidad de la misma es impedir que se unan a sus fuerzas militares para continuar la guerra contra la potencia detentadora. En caso de duda sobre su condición, esto es, si debe otorgárseles el estatus de prisionero de guerra, debe decidirlo “un tribunal imparcial”. En caso de que no califiquen para esta calidad, deben estar protegidos por el principio de humanidad

que es igualmente una de las nociones fundamentales de esta vertiente del derecho internacional y principio del *jus cogens*. E igualmente rige la protección que brinda el artículo 75 del Protocolo Adicional I de 1977 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales que especifica en detalle los derechos que se reconocen a las personas no protegidas por el régimen normal. Éste es un artículo al que se reconoce validez consuetudinaria y el hecho de que los Estados Unidos de América no lo hayan ratificado, no le permite desconocerlo.

Todavía más, el derecho internacional de los derechos humanos sigue rigiendo en tiempo de un conflicto internacional. Esto es tanto más importante cuanto que “la guerra contra el terrorismo” es una frase retórica sin valor jurídico para efectos del derecho internacional humanitario puesto que no es un conflicto internacional, salvo en lo referente a los conflictos librados en Afganistán e Iraq que al momento han concluido. Así, lo aplicable es el derecho internacional de los derechos humanos. Esta vertiente sólo puede suspenderse en casos extremos que no corresponden con la lucha contra el terrorismo, y en todo caso, hay un núcleo duro de derechos humanos, señalado expresamente en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que no puede suspenderse. Y que cubre situaciones evidentes de lo ocurrido en Guantánamo. Y es de la mayor importancia tener a la vista los criterios del Comité de Derechos Humanos establecido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que ha estimado que además de los derechos sustantivos que no pueden suspenderse también deben considerarse los derechos adjetivos indispensables para hacerlos valer. En este sentido deben considerarse como parte del núcleo duro, las garantías judiciales, el derecho a no ser objeto de una detención arbitraria, a conocer las razones de una detención, la presunción de inocencia, el derecho a un juicio justo y a defenderse o a contar con un defensor.

4. Contra el escepticismo y el derrotismo, el derecho ofrece un campo de batalla más exitoso que el teatro de guerra. El desconocimiento del derecho ha conducido al gobierno de los Estados Unidos a un pantano en Iraq en el que está hundido hasta el cuello, en Afganistán resurge la resistencia, y lo peor es que parece surgir un eje que comprende a estos países y se extiende a Irán, Siria y Palestina. Podrán llamarlo el Eje del Mal, como quieran, lo cierto es que con todo su poder, los Estados Unidos no lo controlan. Y respecto a Guantánamo es un clamor mundial el

llamado a su clausura. Así se manifestaron los cinco Relatores de las Naciones Unidas. La nutrida legión de organizaciones no gubernamentales que han llamado por la observancia estricta del derecho internacional. Amnistía Internacional, Human Rights Watch, Human Rights First, Center for Constitutional Rights, son sólo algunos nombres emblemáticos. En las elecciones del 2 de noviembre de 2006 el electorado impuso un serio revés al gobierno de George W. Bush, se confirma que uno de los correctivos poderosos sigue estando en el ámbito interno. Al ex Secretario de la Defensa norteamericano, Donald Rumsfeld, han intentado juzgarlo en Alemania. No podemos conformarnos con la máxima “la justicia nunca triunfa pero sus enemigos terminan por morir”. Nos corresponde defender la normatividad y ensanchar los caminos de la justicia con las elaboraciones de la inteligencia, de manera infatigable.