

## REPERCUSIONES DEL COMBATE AL TERRORISMO EN EL DERECHO HUMANITARIO Y LOS DERECHOS HUMANOS

Juan Manuel PORTILLA GÓMEZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La codificación antiterrorista*. III. *El Consejo de Seguridad frente al terrorismo*. IV. *La “guerra” contra el terrorismo*. V. *Las zonas grises en el combate al terrorismo*. VI. *Consideraciones finales*.

### I. INTRODUCCIÓN

El terrorismo es un fenómeno complejo tanto por las diversas formas que asume como por el impacto que provoca en la sociedad.<sup>1</sup> Si revisamos la trayectoria histórica del terrorismo encontramos que cada región ha tenido sus tiempos de terrorismo, particularmente en las décadas de los setenta y los ochenta en América Latina y Europa Occidental, así como en el Medio Oriente, en donde no sólo continúa sino que se ha agudizado.<sup>2</sup> Aunque las

\* Doctor en derecho internacional; profesor en la facultad de estudios superiores Acatlán de la UNAM.

<sup>1</sup> Los actos de terrorismo han ido a la par de la historia de la humanidad. Sin embargo, para efectos de un análisis sistémico y de su ubicación dentro del derecho internacional, hay que partir con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. Las guerras anticoloniales y las luchas contra las dictaduras, a menudo implicaron acciones vistas como terroristas por unos y aplaudidas por otros. Así, para los primeros se trata de terroristas y para los segundos de *freedom fighters*. Bajo esta perspectiva, el terrorista es siempre el otro y los actos propios se justifican descalificando la conducta del adversario. Incluso se da una curiosa transformación de terroristas o genocidas a pacifistas, como fue el caso de Yasser Arafat y Ariel Sharon, ambos distinguidos con el Premio Nóbel de la Paz.

<sup>2</sup> Durante el desarrollo de las guerras de liberación nacional, los insurgentes, frente a su posición desventajosa, optan por tácticas no convencionales como la guerra de guerrillas, el sabotaje y actos violentos dirigidos no sólo a blancos militares sino a civiles in-

manifestaciones actuales del terrorismo no son del todo nuevas, en la actualidad hay una disociación con la defensa de una convicción por un mundo mejor y en ese sentido tiende a desvincularse de elementos ideológicos convencionales.<sup>3</sup> A menudo surgido del enfado que, paulatinamente, se convierte en violencia, el riesgo del terrorismo surge del entorno socio-económico inmediato y puede incrementarse por la concurrencia de otros factores. En ese contexto, es cada vez más común que grupos organizados recluten dentro de los núcleos de jóvenes rebeldes, a los futuros terroristas. A estos grupos, casi siempre con el apoyo de algún Estado, se han sumado entidades no estatales, sin una ideología definida, constituidas por terroristas profesionales muy peligrosos y cuya ubicación es complicada.<sup>4</sup>

Asimismo, la irrupción de estados fallidos sumidos en el caos y la violencia ha sido tierra fértil para el asentamiento de grupos terroristas que encuentran verdaderos santuarios en los que operan aprovechando los vacíos de poder. Al respecto, Rotberg expresa: “Failed states have come to be feared as a breeding grounds of instability, mass migration and murder as well

defensos. Por su parte, la respuesta de las autoridades fue en muchos casos devastadora y con graves consecuencias para las poblaciones coloniales. Por otra parte, más allá de los procesos anticolonialistas y contra las dictaduras oligárquicas, en la guerra fría se presentaron movimientos terroristas en sociedades democráticas. No se trataba de luchas contra la opresión sino de grupos extremistas en busca de cambios radicales sin recurrir a los cauces institucionales dentro de las sociedades democráticas.

<sup>3</sup> Lo novedoso de esta amenaza terrorista es que su fundamento ideológico se desvincula de todo referente revolucionario, tercer mundista o nacionalista. Como alternativa de éstos, se presenta como un referente teológico enmarcado dentro del concepto de *jihad* o guerra santa. Presente en Egipto desde la década de los veinte, el fundamentalismo islámico jugó un papel importante a finales de la década de los ochenta y principios de los noventa con la guerra de Afganistán.

<sup>4</sup> La más importante de ellas y que ha destacado por sus espectaculares ataques a blancos estadounidenses es, sin duda, Al Qaeda, encabezada por el saudita Bin Laden, su antiguo socio y aliado, protegido inicialmente por Sudán y más tarde por el régimen talibán en Afganistán. Sus seguidores se encuentran, principalmente, en los países árabes de donde provienen sus integrantes y tiene ramificaciones en otras latitudes islámicas como Indonesia, Filipinas, Chechenia y Bosnia. Además, cuenta con adeptos en distintos países de Europa con población musulmana importante como Reino Unido, Francia, Holanda, España e Italia. Respecto a la originalidad de dicha organización, Ashby señala: “Many observers note that what makes Al Qaeda unique is that it is a deterritorialized terrorist network spread across dozens of countries in different regions of the world, and instead of being highly centralized (e. g., the Shining Path in Peru), it is based upon a loose cell structure”. Ashby Wilson, Richard (ed.), *Human Rights in the War on Terror*, Cambridge University Press, 2005, p. 7.

as reservoirs and exporters of terror”.<sup>5</sup> Por cuanto al papel que juega la democracia como remedio contra el terrorismo, no ha podido demostrarse, al menos en ciertas regiones, que exista un estrecho vínculo entre democracia y la ausencia o disminución del terrorismo.<sup>6</sup>

Los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001 agudizaron la carencia de instrumentos eficaces y de mecanismos idóneos para combatir el terrorismo. En este sentido Ashby señala: “The new anti-terror doctrine responds to real security threats which existing international institutions were not originally designed to deal with”.<sup>7</sup> Se ha intentado reprimirlo enfocándolo bajo un punto de vista militar y con esquemas de seguridad que no corresponden a las dimensiones reales del problema.<sup>8</sup> Asimismo, la forma como se llevaron a cabo esos ataques y la amplia cobertura de los medios masivos de comunicación, condujo, más allá de la condena de la opinión pública mundial, a un riesgo de glorificación del terrorismo. En este sentido, no se descartan actos de imitación o emulación.<sup>9</sup> Si bien aún podemos hablar de regiones específicas amenazadas por el terrorismo, ahora éste se ha globalizado y mediatizado al grado de convertirse en un flagelo a escala

5 Robert I., Rotberg, “Failed States in a World of Terror”, *Foreign Affairs*, vol. 81, julio-agosto de 2002, p. 128. Por su parte, Brotóns, señala: “Después de ayudar al nacimiento de un largo centenar de Estados mediante la descolonización, nos topamos con decenas de Estados *fallidos*, una combinación perversa de descomposición institucional, colapso económico, violación de derechos humanos, desintegración social y corrupción masiva, que pugna por trascender de la ciencia política para convertirse en un concepto jurídicamente relevante”. Remiro Brotóns, Antonio, *Civilizados, bárbaros y salvajes en el nuevo orden internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, p. 87.

6 Gause III, Gregory F., “Can Democracy Stop Terrorism?”, *Foreign Affairs*, vol. 84, septiembre-octubre de 2005, p. 63.

7 Ashby, *op. cit.*, nota 4, p. 6.

8 Si bien no fueron las primeras acciones terroristas de *Al Qaeda*, los ataques a las Torres Gemelas y al Pentágono inauguraron lo que podríamos llamar el megaterrorismo contra el que Estados Unidos ha impulsado una “guerra” fuera de los parámetros del derecho internacional con desastrosas consecuencias en el *ius ad bellum* y el *ius belli*.

9 A partir de la lucha emprendida contra *Al Qaeda*, esta organización ha tenido cambios estructurales y estratégicos. Ha acentuado sus procesos de descentralización y regionalización en el que las células locales actúan de mutuo propio o con una mínima vinculación orgánica. Así sucedió con los atentados de Bali y Casablanca, Madrid y Londres. En el último caso se trató de inmigrantes maghrebíes residentes en España, mientras que en el segundo fueron ciudadanos británicos de religión musulmana y con origen en regiones tan diversas como Asia, África y el Caribe. Esta forma de operar de *Al Qaeda* lo convierte en un amplio movimiento a través de la vinculación con otros grupos en distintas regiones y poblaciones musulmanas.

planetaria, del cual nadie escapa.<sup>10</sup> De alguna manera el terrorismo actual es reflejo de las contradicciones del mundo de la posguerra fría en el que lejos de tener una sociedad internacional en que imperen la paz y la justicia, campean la violencia y la desigualdad.<sup>11</sup>

En su escalada actual, el terrorismo islámico es resultado de la frustración y humillación de las poblaciones musulmanas que muestran un gran rechazo a Occidente en general, y a Estados Unidos en particular. El apoyo de Estados Unidos a Israel, el maltrato a los detenidos, la burla a sus símbolos religiosos, entre otros, son factores que han contribuido a alimentar el fanatismo y fomentar el terrorismo internacional. A ello hay que agregar que dichos individuos provienen de países dictatoriales y antidemocráticos cuyos gobiernos han sido apoyados por Estados Unidos y otros países occidentales sin preocuparse por la violación de los derechos humanos que se efectúa en ellos.<sup>12</sup>

## II. LA CODIFICACIÓN ANTITERRORISTA

No obstante los avances del derecho internacional contemporáneo, sobre todo en materias como justicia penal y derechos humanos, el marco ju-

<sup>10</sup> Una región en la que el terrorismo es endémico y se ha desarrollado a lo largo de cuarenta años es la palestino-israelí en la que la ilegal ocupación judía ha dado lugar a las dos vertientes clásicas: una, la del pueblo palestino que bajo el manto de la autodeterminación ha recurrido a formas extremas de violencia, y la otra, la del Estado israelí cuyas acciones son contrarias a los derechos humanos y al derecho humanitario. Otro escenario endémico es el de Irak en el que se han producido un gran número de víctimas del terrorismo y del contra-terrorismo tras la intervención militar de Estados Unidos y sus aliados. Ahí, el grupo Jama'at al-Tawhid wal-Jihad dirigido por el jordano Abu Musab al-Zarqawi se vinculó con Al Qaeda, a partir del 2003, y llevó a cabo los ataques a las oficinas de la ONU en Bagdad, al santuario chiita de Najaf, así como el asesinato del principal líder chiita Ayatollah Mohamed Faquir al-Hakim. Posteriormente secuestró y decapitó a diversos extranjeros e iraquíes, transmitiendo dichas ejecuciones por Internet. Véase Greenberg, Karen J. (ed.), *Al Qaeda Now*, Cambridge University Press, 2005, pp. 13 y 125.

<sup>11</sup> Hacia la última década del siglo pasado se derribó el Muro de Berlín y se desintegró el bloque soviético. En paralelo, concluyeron procesos descolonizadores, secesionistas e integradores en diversas partes del mundo. Si bien llegó a su fin la lucha este-oeste y se extinguió el sistema bipolar representado por Estados Unidos y la Unión Soviética, surgieron, o quizá mejor dicho, resurgieron odios nacionalistas con base en criterios étnicos y religiosos. En Europa del Este, las antiguas élites estalinianas se volvieron nacionalistas y las guerras que se desataron ahí produjeron innumerables violaciones a los derechos humanos y al derecho humanitario.

<sup>12</sup> Para conocer el grado de rechazo de las poblaciones árabes, a veces cercano al 100%, de la política de Estados Unidos, véase, Greenberg, Karen, *op. cit.* nota 10.

rídico en torno al terrorismo es errático. La lucha contra el terrorismo, para ser eficaz, requiere forzosamente inscribirse dentro de la normatividad internacional. Frecuentemente, el terrorismo goza de apoyo financiero o logístico de los Estados, sino es que éstos están detrás del mismo. Este entramado de causas y efectos conduce a una mayor complejidad del terrorismo cuyas manifestaciones no siguen, comúnmente, un patrón preestablecido. Por otra parte, no obstante que el terrorismo ha cambiado de rostro, no se ha avanzado en torno a su definición a lo largo de los años y es por ello que esta imposibilidad, deliberada o no, de acotar jurídicamente el terrorismo ha conducido a preguntar si alguna vez podrá lograrse tal propósito.<sup>13</sup> Así en todas las discusiones sobre esta materia, el único común denominador es la condena general pero sin que los Estados contribuyan positivamente en proponer formas efectivas de combatir este fenómeno.

Desde la década de los sesenta del siglo pasado se han adoptado una docena de convenciones multilaterales de carácter universal en las que se reprimen determinados actos terroristas pero prácticamente sin mencionar la palabra terrorismo.<sup>14</sup> Estos instrumentos han sido el resultado de esfuerzos llevados a cabo por las Naciones Unidas y tratan de ilícitos tan diversos como secuestro de aeronaves, ataques a agentes diplomáticos y otras personas protegidas internacionalmente, toma de rehenes, sustracción de material nuclear, actos en contra de embarcaciones, fabricación de bombas y financiamiento de las actividades terroristas.<sup>15</sup> No hace falta llevar a cabo una profunda revisión de dichos instrumentos para darnos cuenta que muchos de los actos ahí prohibidos pueden darse dentro o fuera del contexto del terrorismo.

Conviene precisar que estos instrumentos no tienen como objetivo definir al terrorismo sino que se refieren más bien a actividades terroristas y es-

13 Es interesante observar como Cassese sostiene que es erróneo afirmar que se carece de una definición de terrorismo sino que más bien hay un desacuerdo respecto a una excepción al mismo, siendo ésta la que los países en desarrollo, y los socialistas en su momento, plantean respecto a los movimientos de liberación nacional. Cassese, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, pp. 120 y 121.

14 A nivel regional se han adoptado, en orden cronológico, los siguientes instrumentos: La Convención Europea sobre la Supresión del Terrorismo, 1977; la Convención Regional de Cooperación de la Asociación del Sur de Asia sobre la Supresión del Terrorismo, 1987; la Convención Árabe sobre la Supresión del Terrorismo, 1998; la Convención sobre el Combate al Terrorismo de la Organización de la Conferencia Islámica, 1999 y la Convención contra el Terrorismo de la Organización de Estados Americanos, 2002.

15 Véase, United Nations Office on Drugs and Crimes, [www.unodc.org/unodc/terrorism\\_conventions.htm/](http://www.unodc.org/unodc/terrorism_conventions.htm/), visitado el 9 de marzo de 2006.

tablecen un conjunto de obligaciones a los Estados partes, destacándose las de prevenir tales ilícitos y a cooperar para reprimirlos. En este sentido los Estados se obligan a extraditar o, en su defecto, procesar a los presuntos responsables (*aut dedere aut judicare*).

Es importante destacar que sólo dos de las convenciones aluden al término terrorismo, a saber: la Convención sobre la Supresión de las Bombas Terroristas y la Convención sobre la Supresión del Financiamiento al Terrorismo. En la primera no se incluye ninguna definición, pero en la segunda indirectamente se define al terrorismo como “cualquier acto dirigido a causar la muerte o serios daños corporales a un civil, o a cualquier otra persona que no tome parte activa en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando el propósito de tal acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a la población, u obligar a un gobierno o a una organización internacional a hacer o abstenerse de hacer cualquier acto”. Esta definición deja sin resolver una de las cuestiones más importantes que consiste en saber si el terrorismo puede ser cometido por Estados o sólo por actores no estatales. Esta cuestión, más que ninguna otra, ha impedido que las Naciones Unidas alcancen un acuerdo sobre el texto de una convención global sobre terrorismo, incluyendo una definición aceptable para todos.

Respecto a los actos de terrorismo cometidos en el curso de un conflicto armado, la mayoría de las convenciones antes citadas no aplican debido a que dichos actos se encuentran cubiertos por el derecho internacional humanitario.<sup>16</sup> Por ello, el terror hacia la población civil en un conflicto armado se presenta como una situación especial y constituye una excepción a la falta de definición en un tratado. Así lo reconoció el Tribunal Penal para la ex Yugoslavia en el caso Galic por cuanto a que infligir terror en la población civil equivale a un crimen en derecho convencional.<sup>17</sup>

Por su parte, la sexta comisión de la Asamblea General ha estado trabajando sobre un proyecto de convención general sobre la eliminación del terrorismo en la que se pretende incluir una definición del mismo.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> Duffy, Hellen, *The War on Terror and the Framework of International Law*, Cambridge University Press, 2005, p. 25.

<sup>17</sup> *Idem*.

<sup>18</sup> Es oportuno destacar las expectativas que hacia la década de los setenta había sobre lograr una convención global sobre terrorismo. “By the 1990’s shifting global politics—the end of the cold war and of apartheid, the achievement of independence from colonialism for several African countries and the apparent breakthrough in the Middle

En su más reciente sesión, algunas delegaciones expresaron que la convención debe tener una definición universalmente aceptada de terrorismo, la cual debe diferenciarse del legítimo derecho de los pueblos a su autodeterminación. Asimismo, expresaron la necesidad de incluir el concepto de terrorismo de Estado. Otras propuestas interesantes fueron el establecimiento de un centro internacional de contra-terrorismo y la formulación de un código de conducta sobre contra-terrorismo. En virtud de sus múltiples puntos de desacuerdo y de la falta de voluntad política de las delegaciones participantes, es poco probable que el proyecto progrese y que en un futuro cercano pueda concretarse en una convención vinculante.<sup>19</sup>

### III. EL CONSEJO DE SEGURIDAD FRENTE AL TERRORISMO

Tras los sucesos del 11 de septiembre, el Consejo de Seguridad adoptó las Resoluciones 1368 y 1373, del 12 y el 28 de septiembre, respectivamente.<sup>20</sup> La primera condena “en los términos más enérgicos los horribles ataques”, reconoce “el inmanente derecho de legítima defensa individual o colectiva de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas” exhorta a todos los Estados “a someter a la acción de la justicia a los autores, organizadores y patrocinadores de estos ataques”. Asimismo, indica que “los responsables de prestar asistencia, apoyo o abrigo a los autores, organizadores y patrocinadores de estos actos tendrán que rendir cuenta de sus actos”. Es más que obvio que esto constituyó la autorización por parte de la ONU para la guerra de Afganistán, aunque no lo hizo extensivo a otros Estados refugio de terroristas que es como la interpretan Estados Unidos y sus principales aliados.

East— gave those in favour of a global convention fresh hope that consensus on a generic definition of terrorism might finally be achievable. Duffy, *op. cit.*, nota 16, p. 19.

<sup>19</sup> Véase [www.un.org/law/cod/sixth/60/sixth60.htm](http://www.un.org/law/cod/sixth/60/sixth60.htm), visitado el 9 de marzo de 2006.

<sup>20</sup> Resoluciones: S/RES/1369 (2001) y S/RES/1373 (2001). En realidad, el Consejo de Seguridad comenzó a ocuparse de los talibanes desde 1998 tras los atentados a las embajadas de Estados Unidos en Nairobi y Dar es Salaam; y a partir de 1999 Al Qaeda y Bin Laden fueron agregados, creándose mediante la Resolución S/RES/1267/ del 15 de octubre de 1999 un Comité Especial para dar seguimiento a esta cuestión. A la fecha se han adoptado 10 resoluciones dentro de ese esquema, más las tres anteriores. Asimismo, la Resolución S/RES/1566 del 8 de octubre de 2004 estableció un Grupo de Trabajo para emprender medidas adicionales a las del Comité sobre Talibanes/AlQaeda. [www.un.org/spanish/terrorism/index.html](http://www.un.org/spanish/terrorism/index.html), visitado el 9 de marzo de 2006.

La Resolución 1373 va en otro sentido. Indica detalladamente una serie de medidas no militares diseñadas para combatir el terrorismo mediante el cese del flujo de fondos y armas a los terroristas, incrementando la cooperación internacional en materia de inteligencia y aplicación de la ley, así como controlando el movimiento de presuntos terroristas a través de sus fronteras nacionales. La puesta en marcha de estas medidas constituye una respuesta adecuada y en principio puede considerarse como una guía para el contra-terrorismo; sin embargo, no puede verse como un cheque en blanco para cometer abusos y realizar acciones contrarias al derecho internacional.

Un aspecto novedoso de esta resolución, aprobada unánimemente por los quince miembros del consejo de seguridad, es que su redacción tiene un inusual tono imperativo dirigido a todos los Estados dentro del marco del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, es decir, se inscriben como acciones en materia de paz y seguridad internacionales. En realidad, muchos países han acatado los términos de dicha resolución sin mayores problemas y precisamente para efectos del seguimiento de los lineamientos ahí señalados, se creó en la propia resolución un comité especial. Se trata del Comité contra el Terrorismo, conformado por los quince miembros del Consejo de Seguridad y mediante la Resolución 1535, el Comité hizo suyo el informe sobre su revitalización (S/2004/124), y estableció la Dirección Ejecutiva del Comité contra el Terrorismo con el fin de “aumentar la capacidad del Comité para supervisar la aplicación de la resolución 1373, facilitando asistencia técnica a los Estados miembros y promoviendo una cooperación y coordinación más estrechas con las organizaciones internacionales, regionales y subregionales”.

#### IV. LA “GUERRA” CONTRA EL TERRORISMO

##### 1. *Evolución del concepto guerra*

La guerra ha sido objeto de estudio de diversas disciplinas y ha generado una abundante literatura.<sup>21</sup> Como concepto de semántica jurídica, la guerra ha sido rebasada en el derecho internacional contemporáneo.<sup>22</sup> Si

21 Para el estudio de la obra clásica sobre la guerra, véase Clausewitz, Karl Von, *On War*, traducción de Matthijs Jolles, O. J., Washington, Infantry Journal Press, 1950.

22 Aún así sobrevive el término guerra en los instrumentos jurídicos todavía vigentes, del siglo XIX y principios del XX, referidos como el derecho de La Haya, en los que se



bien este término fue la expresión por antonomasia de los enfrentamientos militares entre los Estados por mucho tiempo, a partir de la Carta de las Naciones Unidas<sup>23</sup> y de los cuatro convenios de Ginebra, deja de utilizarse como referente jurídico a la confrontación bélica.<sup>24</sup> En la búsqueda de un término más específico y preciso, se decidió emplear en los Convenios de Ginebra el término conflicto armado en dos categorías, a saber: conflicto armado internacional y conflicto armado no internacional.<sup>25</sup> Existen dos ramas del derecho internacional concernientes a la fuerza, el *ius ad bellum* y el *ius belli*.<sup>26</sup> El primero, relativo al derecho al uso de la fuerza y el segun-

regulan ciertas formas de conducir las hostilidades por las partes beligerantes. Reconocidos autores evitan el concepto genérico de guerra, pero lo retienen para aludir a las categorías específicas. Así lo hace Ricardo Méndez Silva al definir las figuras de guerra internacional y guerra civil dentro de una terminología clásica en el *Diccionario de derecho internacional*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 179, y en otro trabajo el mismo autor nos dice derecho de los conflictos armados. Véase, Méndez Silva, Ricardo y López Ortiz, Liliana, *Derecho de los conflictos armados. Compilación de instrumentos internacionales, regionales y otros textos relacionados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003. Por otra parte, Greenwood, aunque refiere al derecho de guerra, admite que la acepción moderna es derecho de los conflictos armados o derecho internacional humanitario. Greenwood, Christopher, "The Law of War (International Humanitarian Law)", en Evans, Malcom C., *International Law*, Oxford University Press, 2003, p. 790.

23 La Carta de las Unidas sólo menciona la palabra guerra una vez, en el preámbulo, al referirse "al flagelo de la guerra" y a lo largo del articulado, se emplean otros términos tales como fuerza armada, uso de la fuerza, actos de agresión, ataque armado y legítima defensa.

24 Respecto a la connotación que se le daba a la expresión guerra, Greenwood indica: "war was a formal legal concept which only came into being when there was a declaration of war or some other indication by one of the parties to a conflict that it regarded itself as being at war with its adversary; there could be war without actual fighting and fighting without war". Greenwood, *op. cit.*, nota 22, p. 791. Por su parte, Vagts señala: "this unitary concept of "war". has been blurred by recent national and international behaviour and semantics". Vagts, Detlev F., "Which Courts Should Try Persons Accused of Terrorism?", *European Journal of International Law*, vol. 14, núm. 2, p. 318.

25 Sin embargo, la expresión conflicto armado no se encuentra definida en los tratados de derecho internacional humanitario, aunque ha sido definido, en el caso Tadic, por el Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia en los siguientes términos: "An armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized groups or between such groups within a State". *Prosecutor vs. Dusko Tadic*, Case No. IT-94-1-AR75, 2 octubre de 1995.

26 Para un análisis del impacto del terrorismo en ambas ramas, véase Ratner, Steven, R, "Jus ad Bellum and Jus in Bello after September 11", *American Journal of Internatio-*

do a la regulación jurídica de las hostilidades, es decir, lo que conocemos como derecho internacional humanitario.

## 2. *La lucha contra el terrorismo: ¿una guerra?*

Aún manteniendo el concepto clásico de guerra, no es posible referirse a la lucha contra el terrorismo como una guerra en virtud de que no se trata de un conflicto armado internacional ni de un conflicto armado de carácter interno. Para el primer caso, se requiere la existencia de una confrontación bélica entre dos o más Estados y para el segundo, de un enfrentamiento entre fuerzas de un mismo país dentro de sus fronteras.

En la presente situación no se da ninguno de los supuestos antes mencionados y nos encontramos frente a un violento ataque efectuado por una organización terrorista de carácter no estatal contra un Estado. Coincidimos con Duffy cuando afirma: “Under current law it is unlikely that an international entity of uncertain nature, scope or membership may be a party to a non-international armed conflict. September 11 does not therefore appear to represent the initiation of a non international armed conflict either”.<sup>27</sup> Una línea de cuestionamiento interesante sobre el uso de la expresión “guerra contra el terrorismo”, es la que ubica a ésta como una forma de “estatizar” la amenaza terrorista y la traslada al discurso tradicional de guerra combinando los conceptos de terrorismo, “rogue states” y armas de destrucción masiva.<sup>28</sup>

El referente de guerra en el combate al terrorismo no sólo constituye una imprecisión técnica, desde la perspectiva del derecho internacional, sino que implica una intención dirigida a producir un efecto mediático y a justificar las acciones que se emprendan para combatirlo. En este sentido se expresa Cassese cuando afirma:

...the use of the term “war” has a huge psychological impact on public opinion. It is intended to emphasize both that the attack is so serious that

*nal Law*, no. 96, 2002, y para un análisis sólo del *ius ad bellum*, véase, Cassese Antonio, “Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law”, *European Journal of International Law*, núm. 12, 2001.

<sup>27</sup> Duffy, *op. cit.*, nota 16, p. 254.

<sup>28</sup> Freeman, Michael, “Order, Rights and Treaths: Terrorism and Global Justice”, Ashby, *op. cit.*, nota 4, p. 49.

it can be equated in its evil effects with a state aggression, and also that the necessary response exacts reliance on all resources and energies, as in a state of war.<sup>29</sup>

El terrorismo, al igual que otros actos criminales de sesgo transnacional debe ubicarse, en principio, dentro de la esfera del derecho internacional penal y no en el ámbito del derecho internacional humanitario.<sup>30</sup> Así como en la lucha contra el crimen organizado al interior de los Estados, éstos recurren al despliegue de sus fuerzas armadas, también es posible que se empleen efectivos militares en operativos que trascienden sus fronteras. Sin embargo, esta participación no significa, de suyo, que se trate de una guerra como tal. No se presenta en estas situaciones una disputa por territorio; es inconcebible hablar de pláticas de paz y el enemigo no puede distinguirse por nacionalidad o residencia.<sup>31</sup> El empleo del término guerra en estos casos es totalmente inadecuado y no podemos hablar de “guerra contra el terrorismo”, así como no podemos hablar de “guerra contra el narcotráfico”.<sup>32</sup> Asimismo, de aceptarse la tendencia de un cambio de paradigma de contención criminal a otro de conflicto armado, habría por una parte, efectos negativos por cuanto al régimen del uso de la fuerza en las relaciones internacionales, y por la otra, el derecho internacional de derechos humanos se vería desplazado por el derecho internacional humanitario en el marco de las acciones de contra-terrorismo.<sup>33</sup>

### *¿Una guerra permanente?*

Otro problema es el consistente en la “guerra permanente” o sin fin. La intervención militar estadounidense (y de sus aliados) abarcó del 7 de octubre de 2001 al 19 de junio de 2002, una vez que fue depuesto el régimen talibán y que se estableció un nuevo gobierno afgano. A partir de entonces, dejó de haber un conflicto armado internacional y se volvió a un conflicto armado de carácter interno como el que había previo a la invasión de Esta-

<sup>29</sup> Cassese, *op. cit.* nota 26, p. 993.

<sup>30</sup> Este ha sido el enfoque dado por las convenciones internacionales de represión al terrorismo. Véase, *supra* p. 3.

<sup>31</sup> Fitzpatrick, Joan, Speaking Law to Power: “The War Against Terrorism and Human Rights”, *European Journal of International Law*, vol. 14, núm. 2, 2003, p. 251.

<sup>32</sup> Esto es tanto como extender el concepto de guerra al conjunto de acciones que se emprenden para combatir fenómenos sociales y así referirnos a “guerra contra la pobreza” o “guerra contra el hambre”.

<sup>33</sup> Fitzpatrick, *op. cit.*, nota 31, p. 246.

dos Unidos, sólo que ahora se invirtieron los papeles entre los antiguos rebeldes y el actual gobierno.<sup>34</sup>

Ante la situación antes descrita, cabe preguntarse si la llamada “guerra de Afganistán” continúa para Estados Unidos en tanto que todavía mantiene operaciones militares en territorio afgano, aún y cuando no se trate ya de un conflicto internacional.<sup>35</sup> Este planteamiento no es un mero ejercicio teórico sino que es importante respecto al derecho aplicable ya que si partimos de que el conflicto ha terminado igual tendría que terminar la aplicación del derecho internacional humanitario y dar lugar a los mecanismos propios del derecho de los derechos humanos.

Además de las consideraciones expuestas, existen *otros* efectos perversos de manejar el concepto de una “guerra permanente” viendo a ésta no sólo en un sentido atemporal sino haciéndola extensiva a cualquier parte del mundo.<sup>36</sup> Bajo este concepto, una de las razones esgrimidas para atacar Irak, en el 2003, fueron los supuestos vínculos terroristas del régimen de Saddam Hussein con Bin Laden y Al Qaeda.<sup>37</sup> Asimismo, el estar bajo “una guerra” permanente significa un estado de emergencia que ha permitido al ejecutivo de Estados Unidos ejercer funciones extraordinarias para combatir el terrorismo y que el propio Congreso haya autorizado leyes como la Patriot Act que limita seriamente los derechos civiles.<sup>38</sup>

34 Antes de la invasión de Estados Unidos y la coalición que lo acompañó, el régimen talibán estaba enfrascado en una lucha contra grupos rivales, principalmente la Alianza del Norte. Tras la instalación, el 19 de junio de 2001, del nuevo gobierno afgano encabezado por Karzai, los remanentes de las fuerzas talibanes y de diversos grupos tribales a lo largo de la frontera con Pakistán se han convertido en los rebeldes que luchan contra el gobierno afgano.

35 Véase, Freeman, “Order, Rights and Treaties: Terrorism and Global Justice”, en Ashby, *op. cit.*, nota 4, pp. 256-258.

36 Ello también ha contribuido a que regímenes antidemocráticos y de escasa o nula vocación por los derechos humanos hayan aprovechado esta “guerra permanente” y global contra el terrorismo para reprimir a movimientos insurgentes. Este ha sido el caso de Rusia, China e Indonesia, entre otros.

37 De la guerra en Irak y la presencia de tropas extranjeras en su territorio, han quedado grabadas en los anales del horror las escenas de la prisión de Abu Ghraib bajo el control de Estados Unidos y otras de maltrato a la población civil por parte de tropas norteamericanas y británicas. Para un análisis de la situación de los detenidos en Irak, véase Sadat, Leila Nadia, “International Legal Issues Surrounding the Mistreatment of Iraqi Detainees by American Forces”. *ASIL Insights*, 2004.

38 El nombre completo de la ley es demasiado largo: “Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act

## V. LAS ZONAS GRISES EN EL COMBATE AL TERRORISMO

### 1. *Derecho humanitario*

La lucha emprendida contra el terrorismo tras los ataques de 9 de septiembre de 2001, ha implicado la operación de distintos mecanismos cuya especificidad depende de los actores involucrados y del ámbito normativo de las acciones de contra-terrorismo.

En el caso de Afganistán, la respuesta militar de la coalición comandada por Estados Unidos adquirió la forma de un conflicto armado internacional entre un Estado blanco del terrorismo y un Estado sede de una organización terrorista, Al Qaeda. Ello debido a que ésta venía operando en suelo afgano con el consentimiento del gobierno talibán del tal forma que se presentaba un alineamiento entre ambos. Los convenios de Ginebra de 1949 y las normas consuetudinarias de derecho humanitario se constituyeron en el régimen jurídico aplicable a las partes beligerantes, a saber: la coalición comandada por Estados Unidos, por una parte, y Afganistán, por la otra.<sup>39</sup>

En el escenario afgano, el derecho internacional humanitario concurre en dos tiempos sucesivos y en dos circunstancias complementarias.<sup>40</sup> Primero, se trata de un conflicto armado internacional mientras se derroca al gobierno talibán y posteriormente se trata de un conflicto armado interno en que el

of 2001". Esta ley autoriza la búsqueda secreta de registros de hogares y negocios; expande las atribuciones de grabaciones y vigilancia; y crea un nuevo mecanismo para interceptación de correos electrónicos, llamadas telefónicas y mensajes de internet. Bajo esta ley, a las personas requeridas para entregar sus registros no se les permite contactar un abogado o pedir la protección de los tribunales. Más aún, sus disposiciones son de tal modo laxas que otorgan una gran discrecionalidad a los funcionarios federales y les permite actuar a reserva de que su legalidad sea determinada judicialmente. Por su parte, el Reino Unido ha emitido en 2001, la Anti-Terrorism, Crime and Security Act para cuya aplicación ha abrogado la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y el 13 de abril entró en vigor una nueva legislación en la que penaliza la "glorificación" del terrorismo.

<sup>39</sup> Conviene precisar que ese régimen jurídico sólo era válido para el desarrollo de las actividades bélicas en territorio afgano contra el gobierno talibán, excluyendo a otros actos terroristas que paralela o sucesivamente estuviesen llevándose a cabo en otras partes del mundo.

<sup>40</sup> Véase nota 34.

nuevo gobierno afgano combate a los rebeldes con ayuda de las tropas estadounidenses, las cuales aún permanecen en territorio de ese país.<sup>41</sup>

Los prisioneros tomados por Estados Unidos y sus aliados durante las hostilidades en Afganistán se ubican en dos diferentes categorías, una que corresponde a los soldados del ejército talibán y la otra a los voluntarios de Al Qaeda. Sin hacer, en principio, ninguna distinción, se les denominó “combatientes ilegales” quedando fuera de la protección de los convenios de Ginebra.<sup>42</sup> El secretario de Defensa, Rumsefeld, expresó: “Unlawfull combatants do not have any righths under the Geneva Convention. We have indicated that we do plan to, for the most part, treat, them in a manner reasonably consistent with the Geneva Conventions, to the extent they are appropriate”.<sup>43</sup>

Preocupado por la inconsistencia de esa posición y por los efectos negativos que como precedente podría tener sobre los soldados estadounidenses, el secretario de Estado, Colin Powell, logró que el presidente Bush anunciara que los prisioneros talibanes, pero no los prisioneros de Al Qaeda, tendrían derecho a la protección de los Convenios de Ginebra. Ello, agregó Bush, debido a la condición de Afganistán como parte de los mismos aunque sin considerarlos como prisioneros de guerra al no haber nunca reconocido Estados Unidos al régimen talibán.<sup>44</sup>

La posición de Estados Unidos es contraria a diversas disposiciones de los Convenios de Ginebra. El Tercero preceptúa que, “en caso de guerra de-

41 A pesar de que ambos tipos de conflictos armados están cubiertos por el derecho internacional humanitario, en el caso de los conflictos no internacionales hay menor protección. No existe el status de combatiente ni los regímenes de prisioneros de guerra y de civiles protegidos, previstos en los Convenios Tercero y Cuarto. Los miembros de los grupos armados pueden ser procesados bajo el derecho penal interno si han tomado parte en las hostilidades. Sin embargo se encuentran bajo la protección del artículo 3o. común a las cuatro convenciones, del Protocolo II y del derecho consuetudinario.

42 El término “combatientes ilegales” (también referidos como beligerantes no privilegiados) es ajeno a los Convenios de Ginebra. Proviene de un caso durante la Segunda Guerra Mundial en que ocho saboteadores nazis fueron aprehendidos en territorio de Estados Unidos y enjuiciados por una Comisión Militar nombrada por el Presidente Roosevelt. La Suprema Corte, al afirmar la jurisdicción de la Comisión Militar en el caso *Quirin*, señaló: “as persons who had entered the country for the commission of hostile acts involving destruction of life or property and had discarded their military uniforms upon entry, they have the status of unlawful combatants punishable as such by military commission”.

43 White House Fact Sheet: Status of Detainees at Guantanamo, [www.whitehouse.gov/news/releases/2002/02](http://www.whitehouse.gov/news/releases/2002/02).

44 Véase Seelye, Catherine, “Powell, In Shift, Bush Says Geneva Rules Fit Taliban Captives”, *New York Times*, 8 de febrero de 2002, p. A15.

clarada o cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias de las Altas Partes Contratantes” (artículo 2.1), las personas capturadas en el curso de una acción beligerante, “se benefician de la protección del presente Convenio, en espera de que un tribunal competente haya determinado su estatuto” (artículo 5.2). El Cuarto Convenio autoriza a una parte en un conflicto a detener civiles cuando éstos constituyan una amenaza a su seguridad o intenten causarle daño (artículos 68, 78 y 79). Una vez que el conflicto armado haya terminado, los prisioneros y los detenidos civiles deben ser liberados, aunque pueden ser retenidos hasta que concluyan los procesos penales en su contra.<sup>45</sup>

Desde principios de 2002, en la base naval de Guantánamo se ha instalado el centro de detención de las personas capturadas en Afganistán y en otros países.<sup>46</sup> Ahí los prisioneros son sometidos a severos interrogatorios en violación a diversas disposiciones de los Convenios de Ginebra, particularmente las relativas a la práctica de la tortura y la coacción.<sup>47</sup>

Como ya hemos señalado, Estados Unidos continúa emprendiendo operaciones bélicas en Afganistán y en otros países bajo un esquema de “emergencia permanente” y de ello se desprenden importantes consecuencias por cuanto a que ya no se trata de un conflicto armado en curso entre dos partes beligerantes de conformidad con el tercer y cuarto Convenios de Ginebra.<sup>48</sup>

## 2. *Derechos humanos*

Como afirmamos en otro trabajo, hay una tendencia integradora del derecho humanitario y del derecho de los derechos humanos.<sup>49</sup> Si bien cada

<sup>45</sup> Artículos 118 y 119.5 del Tercer Convenio y 133 del Cuarto Convenio.

<sup>46</sup> El 20 de abril de 2006, el Pentágono dio a conocer un lista con nombres y nacionalidades de 558 personas que están o han estado presos en Guantánamo (actualmente 490). Son oriundos de cuarenta y un países y provienen mayoritariamente de Arabia Saudita (132), Afganistán (125) y Yemen (107). La publicación de la lista había sido solicitada por abogados y diversas organizaciones no gubernamentales, pero sólo se consiguió como respuesta a una demanda de la Associated Press sustentada en el derecho a la libertad de información.

<sup>47</sup> Artículos 17.3 y 31, de los Tercer y Cuarto Convenios, respectivamente.

<sup>48</sup> Esto es especialmente importante en virtud de que Estados Unidos ya no puede realizar detenciones sin observar las garantías del artículo 9o. del PIDCP. Esto nos mueve del derecho humanitario hacia el derecho de los derechos humanos en el que hay menos margen de discrecionalidad.

<sup>49</sup> Portilla Gómez, Juan Manuel, “El derecho internacional humanitario y el régimen jurídico aplicable a la ocupación de Iraq”, en Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *Aspec-*

uno tiene su propio ámbito de validez, hay situaciones en que ambas ramas convergen como es el caso de la lucha contra el terrorismo.<sup>50</sup>

Uno de los principales objetivos del terrorismo consiste en provocar por parte de las autoridades estatales una respuesta represiva, la cual implique violación a los derechos humanos y produzca un clima de temor e inconformidad en la población. Esto se convierte en un círculo vicioso en el que se crea una espiral de violencia entre las acciones de terrorismo, por una parte y las de contra-terrorismo, por otra parte.

Existe una peligrosa tendencia a legitimar la violación a los derechos humanos bajo el pretexto del combate al terrorismo. Los Estados cuya respuesta lleve a la adopción de prácticas que excedan los límites previstos por el derecho internacional, estarán violando no sólo los derechos humanos de los terroristas sino de la sociedad en general al ver ésta disminuidas, cualitativa y cuantitativamente, sus libertades.

La esfera de derechos humanos afectados es muy amplia e incluye desde libertades civiles hasta garantías procesales. Así tenemos: derechos de privacidad, libertad de expresión, presunción de inocencia, derecho a un juicio justo, prohibición de la tortura. Además, se afectan otro género de derechos como asilo político y no discriminación. También pueden verse vulnerados derechos vinculados con la pertenencia a grupos étnicos o religiosos.

El artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PDCP) es la disposición más importante de derechos humanos relativa al debido proceso legal. De conformidad con dicho precepto, “todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia” y entre las garantías mínimas se incluyen el derecho a una audiencia pública ante “un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley”; la

*tos jurídicos-políticos de la guerra de Iraq*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 175 y 200.

<sup>50</sup> Es conveniente observar como la Corte Internacional de Justicia ha señalado el paralelismo entre ambas disciplinas: “The protection offered by human rights conventions does not cease in case of armed conflict, save through the effect of provisions for derogation of the kind to be found in Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights. As regards the relationship between international humanitarian law and human rights law, there are thus three possible situations: some rights may be exclusively matters of international humanitarian law; others may be exclusively matters of human rights law; yet others may be matters of both these branches of international law”. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 9 de julio, par. 106.



presunción de inocencia; y el derecho a que “el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a la previsto por la ley”.

Está previsto en el propio PDCP que puedan suspenderse ciertos derechos cuando esté en peligro la vida de la nación de acuerdo con las siguientes limitaciones: el Estado debe haber proclamado oficialmente la situación de emergencia; las medidas deben limitarse a las exigencias estrictamente requeridas; no deben ser inconsistentes con otras obligaciones internacionales del Estado, y no deben ser discriminatorias.

No todos los derechos pueden suspenderse, a pesar de que se presente una emergencia pública o un conflicto armado que amenace la vida de una nación. El artículo 4.1 del PDCP establece cuales derechos no pueden suspenderse bajo ninguna circunstancia. Estos son: el derecho a la vida; la prohibición de la tortura o trato cruel, inhumano o degradante; el reconocimiento a su personalidad jurídica de todo ser humano; y la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

Derivada del artículo 2.2 del PDCP, la Convención contra la Tortura define a esta grave violación de los derechos humanos y detalla las medidas para prevenir y sancionar las conductas relacionadas con la práctica de la tortura.<sup>51</sup> La prohibición de la tortura se encuentra también en otros ámbitos del derecho internacional: forma parte del *ius cogens*, se establece en el artículo 3o. común de los convenios de Ginebra de 1949 y está contenida en el derecho penal internacional, pudiéndose constituir incluso en crímenes de guerra y contra la humanidad.<sup>52</sup>

Un aspecto clave para hacer efectiva la prohibición de la tortura es el relativo al principio conocido como *non refoulement*, es decir que: “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”. Otras cuestiones importantes son investigar con prontitud las quejas presentadas y procesar a los responsables, así como prohibir el uso de la evidencia obtenida bajo tortura.

<sup>51</sup> Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Nueva York, 10 de diciembre de 1984, Remiro Brotóns *et al*, *Derecho internacional, tratados y otros documentos*, Madrid, McGraw-Hill, 2001, p. 1113.

<sup>52</sup> Artículos 6 (b) y (c) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg; 2 (b) y 5 (f) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia; 7.1 (f) y 8.2 (a) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

### 3. *La detención de los sospechosos*

Hay dos tipos de detenidos por Estados Unidos, a saber: los capturados en el curso de un conflicto armado y aquéllos capturados fuera de un conflicto armado. En el primer caso, se trata de prisioneros de guerra o de detenidos civiles y la detención indefinida de unos y otros es violatoria de los Convenios Tercero y Cuarto de Ginebra, artículos 119 y 133, respectivamente.

En el segundo caso, se trata de muchos de los detenidos en Guantánamo y cuya captura se llevó a cabo en sitios donde no había ningún conflicto armado en que estuviese implicado Estados Unidos. En esta situación es de suyo obvio que si no hay hostilidades no hay beligerantes y por lo tanto no hay razones que justifiquen la detención de personas sin formularles cargos, puesto que no se están aplicando las normas del derecho humanitario.

Si como parte de la lucha contra el terrorismo es imprescindible la detención de sospechosos, éstos deben gozar de las normas del derecho de los derechos humanos. En este sentido son aplicables las disposiciones relativas al debido proceso legal contenidas en los artículos 9o. al 14 del PDCP. Entre las principales garantías se encuentran el derecho a conocer las razones de su arresto, ser informado sobre las evidencias en su contra, contar con defensa legal y ser juzgado en un tiempo razonable o, en su defecto, ser liberado.

Un importante aspecto del ámbito de protección del derecho de los derechos humanos es el concerniente a la aplicación extraterritorial de sus normas cuando los Estados están obligados a garantizar los derechos y libertades de todas las personas bajo su autoridad, ya sea que ésta se ejerza dentro o fuera de su territorio.<sup>53</sup> Los detenidos en Guantánamo están bajo la jurisdicción de Estados Unidos, aunque la base no se encuentra dentro de su territorio. Está arrendada por Estados Unidos a Cuba y de conformidad con el acuerdo de 1903 y el tratado de 1934, el primero tiene completa jurisdicción y control sobre la base por tiempo indefinido.<sup>54</sup> Por ello si bien Cuba retiene

<sup>53</sup> Véase el caso *Cyprus vs. Turkey, Decision on Admissibility*, No. 6950/75, EHR. Igualmente, en un contexto de ocupación militar deben aplicarse extraterritorialmente las normas de derechos humanos, *Legal Consequences...*, *op. cit.*, nota 49.

<sup>54</sup> Las decisiones judiciales de Estados Unidos han discrepado sobre la condición jurídica sobre Guantánamo. La Corte del Noveno Circuito de Apelaciones sostuvo que, para efectos de *habeas corpus*, Estados Unidos tiene jurisdicción y soberanía (*Gherebi v. Bush*, 352 F.3d 1278, 1278, 1288-90, 9th Cir. 2003). En similar sentido se pronunció la Suprema Corte en el caso *Rasul v. Bush*, al señalar que la base de Guantánamo no está fuera de la jurisdicción de las leyes de Estados Unidos y que el estatuto de *habeas corpus*

su soberanía sobre dicho territorio, es responsabilidad de Estados Unidos el cumplimiento de las normas del derecho de los derechos humanos.

#### 4. *Transferencia de sospechosos y prisiones secretas*

En contravención del principio de *non refoulement*, Estados Unidos ha transferido un número indeterminado de sospechosos a sus países de origen en los cuales se practica la tortura sin ningún escrúpulo.<sup>55</sup> Por otra parte, la prensa norteamericana ha reportado la existencia de centros de confinamiento secretos ubicados en Europa del Este.<sup>56</sup> Se trata de un sistema en el cual Estados Unidos “subcontrata” la aplicación de torturas bajo la probable complicidad de los gobiernos europeos. Según un informe presentado al Consejo de Europa, en años recientes un centenar de sospechosos de terrorismo habrían sido trasladados para sufrir torturas o malos tratos.<sup>57</sup> Por su parte, el Comisario de Derechos del Hombre del Consejo de Europa, Alvaro Gil Robles, declaró haber visto, algún día de septiembre de 2002, una réplica de Guantánamo en la base militar norteamericana de Camp Bondsteel, en Kosovo.<sup>58</sup> En una entrevista a *Le Monde*, Gil Robles describe la prisión de la siguiente forma: “Des petits baraquements en bois

es aplicable a los ahí detenidos; mientras que la Corte de Circuito del Distrito de Columbia determinó que la base no se encuentra dentro del territorio en donde Estados Unidos ejerce su soberanía (*Al Odah v. United States*, 321 F.3d 1134, 1142 (D.C. Circ. 2003).

<sup>55</sup> Entre los casos referidos se encuentran el de un clérigo egipcio secuestrado por agentes de la CIA y trasladado a El Cairo para ser torturado, así como el de un alemán capturado en Macedonia y llevado a Afganistán, aparentemente por un error de identidad. Asimismo, seis bosnios fueron secuestrados en su propio país por agentes estadounidenses y trasladados a Guantánamo a pesar de un fallo judicial en Sarajevo que exigía su liberación.

<sup>56</sup> Se mencionan expresamente a Polonia y Rumania como países receptores de sospechosos detenidos por Estados Unidos. Para un análisis de las implicaciones legales de estos centros clandestinos, véase Kirguiz L. Frederic, “Alleged Secret Detentions of Terrorism Suspects”, *ASIL Insights*, vol. 10, núm. 3, 2006.

<sup>57</sup> Se trata de una investigación encargada por el Consejo de Europa al senador suizo Dick Marty. Véase <http://www.elpais.es>, Un informe del Consejo de Europa sugiere que la CIA transportó detenidos de forma ilegal, 13-12-2005.

<sup>58</sup> Camp Bondsteel es una gran base que se extiende sobre trecientas hectáreas en las proximidades de la localidad de Ferizaj, al sur de Pristina, la “capital” de la provincia administrada por la ONU. La condición jurídica de Kosovo se encuentra en un proceso de definición y ello contribuye a que el trato a los detenidos que ahí se encuentran sea aún más oscuro.

étaient entourés de hauts bravées. J'ai vu entre quinze et vingt prisonniers, enfermés dans ces maisonnettes, revetus de combinaisons oranges comme celles de détunus de Guantánamo. On voyait parmi eux des barbues. Certain lisaient le Coran".<sup>59</sup>

Indignado por lo que vio, Gil Robles exigió de inmediato que dichas instalaciones se desmantelaran y que cesaran esos métodos del centro de confinamiento, de todo lo cual declaró haber recibido la seguridad de que así sucedería al año siguiente.

En la utilización de bases de la OTAN a disposición del gobierno de Estados Unidos, deben observarse las disposiciones previstas en el estatuto de la misma de acuerdo con las actividades militares propias de dicho organismo de las cuales son ajenas las actividades de detención clandestina.

Otra modalidad que se presenta es que aun y cuando no se cometan tortura o malos tratos en su contra, la transferencia de prisioneros en tránsito por territorio europeo es violatoria *per se* del derecho internacional. Se trata de "prisioneros itinerantes" que son llevados en aeronaves estadounidenses a través del espacio aéreo de países europeos y que incluso aterrizan en su territorio en escala hacia sus destinos. En estos casos hay una violación de la soberanía territorial de los Estados en tanto que no puede permitirse la detención y traslado clandestino de detenidos en su territorio.

### 5. Las Comisiones Militares<sup>60</sup>

A tono con el concepto de "guerra" contra el terrorismo, Estados Unidos estableció, en 2001, comisiones militares para juzgar a los extranjeros que hayan cometido, ayudado o instigado actos de terrorismo, incluyendo pero no limitándose a los miembros de Al Qaeda.<sup>61</sup> Basado en un sistema utili-

<sup>59</sup> <http://www.lemonde.fr>, Une "prison secrete" américaine a existé dans un camp de l'OTAN au Kosovo, 25 de noviembre de 2005.

<sup>60</sup> Para un exhaustivo análisis de las comisiones militares, véase el estudio, preparado en el 2004, por el Center for International Human Rights de la Northwestern University of Law, denominado: "Violations of International Human Rights Law and Humanitarian Law arising from Proposed Trials before the United States Military Commissions".

<sup>61</sup> El 13 de noviembre de 2001, el Presidente Bush emitió una orden militar denominada "Detention, Treatment and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism, 66 Fed. Reg. 57, 883, y como instrumentación de la misma se dictó, el 21 de marzo de 2002, la Orden Núm. 1, "Procedures for Trials by Military Commissions of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism.

zado durante la Segunda Guerra Mundial, esta estructura jurídica excepcional se rige por reglas dictadas por el Pentágono y limita considerablemente los derechos de los acusados.<sup>62</sup>

Los procedimientos seguidos por las comisiones militares omiten las garantías contenidas en los compromisos contractuales de Estados Unidos contenidos en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y en los Convenios de Ginebra, y son violatorios del derecho internacional consuetudinario.<sup>63</sup> Las comisiones militares distan mucho de ser auténticos tribunales y no son un órgano de justicia imparcial e independiente.<sup>64</sup> Son tan sólo un panel de oficiales, con un solo abogado, que dependen del secretario de Defensa y del presidente.<sup>65</sup> Todo ello rompe el principio de separación de poderes que es uno de los pilares del sistema político y legal de Estados Unidos.

Más allá de los inconvenientes de las comisiones militares, una lectura de éstas es que se parte de la idea de que hay una incompatibilidad entre el debido proceso legal y la eficacia para combatir el terrorismo. Esta es una tendencia muy peligrosa ya que se va construyendo una dicotomía en la que se contraponen las garantías constitucionales a los objetivos de una campaña militar. Dicho en otros términos, es considerar a la justicia como un obstáculo para la seguridad.<sup>66</sup>

## VI. CONSIDERACIONES FINALES

Como acertadamente afirma Ricardo Méndez Silva, “la verdadera lucha contra el terrorismo debe comprender el ataque a las causas profundas que

62 Véase nota 41.

63 “These commissions do not satisfy the fair trial standards in the Geneva Conventions and in other human rights instruments, and they will not be perceived by the rest of the world as satisfying those standards”, Robertson, Geoffrey, “Fair Trials for Terrorists”, en Ashby, Wilson, *op. cit.*, nota. 4, p. 176.

64 Además se discrimina por nacionalidad al incluir únicamente a los extranjeros. Esto es violatorio de diversos artículos del PDCP y de los Convenios III y IV de Ginebra, así como del Protocolo I.

65 En este sentido se expresa Robertson: “These commissioners may lack the *appearance* of impartiality, but more importantly they lack independence. The appointing authority is a department of the Defense Department, which is responsible for selecting the prosecution charges and is supervised by the Defense Secretary, *ibidem*, p. 175.

66 Respecto a esta cuestión planteada como libertad vs. Seguridad, véase: Luban, David, “Eight Fallacies About Liberty and Security”, en Ashby Wilson, *op. cit.*, nota 4, pp. 242-257.

lo propagan. El llamado a las armas, “la guerra contra el terrorismo” se concentra en los efectos”.<sup>67</sup> Si bien admitimos que no puede prescindirse de la represión al terrorismo, la opción militar sólo agudiza la escalada de violencia al ignorar las condiciones de desigualdad e injusticia que prevalecen en el entorno dentro del cual se desarrollan las actividades terroristas.

La amenaza terrorista de Al Qaeda y su red de filiales extendida por un considerable número de países requiere de una respuesta inteligente que busque desactivar los focos de tensión en aquellas regiones en donde se han creado fuertes sentimientos anti-estadounidenses, especialmente en el mundo islámico. Esta es una estrategia a largo plazo en la que tiene que haber un acercamiento político, económico y cultural no sólo a nivel de gobiernos sino que debe llegarse al corazón mismo de los individuos en esos países. De no hacerlo así, se está dando sustento a los radicalismos excluyentes y se inscribe esta problemática dentro de los esquemas de un “choque de civilizaciones” en el cual no hay solución posible.<sup>68</sup>

Tal como se ha llevado a cabo, el combate al terrorismo ha tenido terribles repercusiones en el derecho humanitario y en los derechos humanos. Se trata de la política del contra-terrorismo que ha seguido el gobierno estadounidense tras los devastadores ataques del 11 de septiembre de 2001. Si bien se justifican la invasión a Afganistán y el derrocamiento del régimen talibán, en tanto haber servido de santuario a Al Qaeda, el trato dado a las personas detenidas en ese país y otras partes del mundo es violatorio del orden jurídico internacional.

La “guerra” contra el terrorismo carece de fundamento legal y es una noción que ha venido a distorsionar, en una doble perspectiva, los principios sobre el uso de la fuerza; el primero por lo que se refiere a la licitud de la misma (*ius ad bellum*), y el segundo respecto a las formas en que ésta se lleva a cabo (*ius belli*). Asimismo, el concepto de “guerra permanente” aplicado a la lucha contra el terrorismo no sólo carece de fundamento legal sino que constituye un justificante inaceptable utilizado para hacer extensivo el escenario bélico a cualquier parte del mundo. De la “guerra permanente” se deriva una situación de emergencia indefinida que da lugar a una

67 Méndez Silva, Ricardo, “Derivaciones del 11 de septiembre”, *Derecho y seguridad internacional, Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 111.

68 Seguramente Samuel Huntington debe estar muy satisfecho de tener entre sus seguidores más entusiastas a Bin Laden, quien se ha referido a esta teoría en diversas declaraciones.

serie de medidas extraordinarias que atentan contra los derechos y las libertades fundamentales no sólo de los extranjeros sospechosos de terrorismo sino de los propios nacionales de los países que han adoptado rigurosas legislaciones al respecto.

Las comisiones militares deben descartarse por su ilegalidad. Para juzgar a los acusados de terrorismo Estados Unidos cuenta con tribunales establecidos, cuya pertinencia en esta materia ha quedado demostrada en los casos recientes de procesamiento a terroristas.<sup>69</sup>

En el plano internacional, la falta de una convención global sobre terrorismo no debe ser un impedimento para juzgar adecuadamente a los responsables de tan grave ilícito. Para los actos de terrorismo tradicional contamos con una docena de convenciones en las que se reprimen diversas conductas terroristas. Para el mega-terrorismo existen mecanismos jurídicos en los que hay plena observancia del derecho internacional y puede obtenerse justicia.

El terrorismo, cometido en tiempos de guerra o de paz, es contrario al derecho internacional ya que los ataques deliberados contra la población civil están absolutamente prohibidos y dichas conductas deben sancionarse severamente.

Si los actos de terrorismo se cometen en el marco de un conflicto armado, constituyen una grave infracción al derecho humanitario. Sus autores tienen derecho a un conjunto de garantías fundamentales mínimas. Pueden ser juzgados por cualquiera de los Estados partes de los convenios de Ginebra en virtud del principio *aut dedere, aut judicare* o en su defecto, por la Corte Penal Internacional.<sup>70</sup>

Si los actos de terrorismo se cometen en tiempos de paz, éstos pueden configurarse como crímenes contra la humanidad si se reúnen los criterios exigidos para ser calificados como tales de acuerdo con el Estatuto de la Corte Penal Internacional.<sup>71</sup> Una ventaja adicional de recurrir a la Corte Penal Internacional es que si los actos terroristas se consideran como una amenaza a la paz y la seguridad internacionales, de acuerdo con el capítulo VII de la Carta, el Consejo de Seguridad puede remitir el caso a la Corte Penal Internacional.<sup>72</sup>

<sup>69</sup> Se trata de los casos Moussavi, Lingh y Reid.

<sup>70</sup> Como crímenes de guerra, de conformidad con los artículos 5o. c) y 8o. del Estatuto de Roma.

<sup>71</sup> Artículos 5o. c) y 7o. del Estatuto de Roma.

<sup>72</sup> Artículo 13 b) del Estatuto de Roma.