



**Consejo Económico
y Social**

Distr.
GENERAL

E/CN.4/2005/103
7 de febrero de 2005

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS
61º período de sesiones
Tema 17 del programa provisional

PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

**Protección de los derechos humanos y las libertades
fundamentales en la lucha contra el terrorismo**

Nota de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos

La Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos tiene el honor de presentar a los miembros de la Comisión de Derechos Humanos el informe del Experto independiente sobre la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Sr. Robert K. Goldman, nombrado de conformidad con la resolución 2004/87 de la Comisión.

**INFORME DEL EXPERTO INDEPENDIENTE SOBRE LA PROTECCIÓN DE
LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES EN
LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO, SR. ROBERT K. GOLDMAN**

Resumen

En su resolución 2004/87, la Comisión de Derechos Humanos decidió nombrar, por un período de un año y con cargo a los recursos existentes, un experto independiente que prestara asistencia a la Alta Comisionada en el cumplimiento del mandato que se describe en la resolución y que, "teniendo plenamente en cuenta el estudio solicitado por la Asamblea General en su resolución 58/187, así como las deliberaciones de la Asamblea y las opiniones de los Estados al respecto, presentara, por intermedio de la Alta Comisionada, un informe a la Comisión en su 61º período de sesiones sobre los medios para fortalecer la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo".

El informe, que se presenta de conformidad con la resolución 2004/87, está basado en el estudio que la Alta Comisionada (A/59/428) presentó a la Asamblea General en su quincuagésimo noveno período de sesiones en cumplimiento de lo dispuesto en la resolución 59/187 de la Asamblea. En el informe se determinan algunas cuestiones fundamentales que afectan al disfrute de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo que no han sido abordadas o tratadas con detalle por otros titulares de mandatos. En el informe también se analiza la forma de fortalecer los mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas para proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo. Se reconoce que el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas ya ha adoptado varias medidas importantes para abordar la protección y la promoción de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo. No obstante, el Experto independiente llega a la conclusión de que, dadas las lagunas existentes en los sistemas de vigilancia de los procedimientos especiales y órganos creados en virtud de tratados y la necesidad apremiante de fortalecer las salvaguardias de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo, la Comisión debería considerar la posibilidad de establecer un procedimiento especial con un mandato pluridimensional para vigilar las medidas de lucha contra el terrorismo de los Estados y su compatibilidad con las normas internacionales de derechos humanos.

ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
INTRODUCCIÓN.....	1	5
I. METODOLOGÍA	2	5
II. OPINIONES DE LOS ESTADOS.....	3	5
III. CUESTIONES QUE AFECTAN AL DISFRUTE DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO	4 - 76	6
A. Respeto del imperio de la ley en la lucha contra el terrorismo: protección de los derechos humanos en situaciones de emergencia	7 - 12	7
B. El papel de la justicia civil en la supervisión de las medidas nacionales de lucha contra el terrorismo	13 - 15	10
C. La aplicabilidad y pertinencia del derecho internacional humanitario cuando la lucha contra el terrorismo entraña un conflicto armado	16 - 22	11
D. La relación entre las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario durante los conflictos armados	23 - 31	16
E. El principio <i>nullum crimen sine lege</i> y las definiciones de terrorismo y de delitos relacionados con el terrorismo.....	32 - 35	20
F. Derecho a la libertad y a la seguridad personales.....	36 - 42	21
G. Derechos de los menores detenidos.....	43	26
H. El derecho al debido procedimiento legal y a un juicio con las debidas garantías	44 - 45	27
I. Tribunales militares	46 - 48	28
J. Derecho a un trato humanitario	49 - 51	30
K. El principio de la no devolución y no expulsión de los refugiados y el traslado interestatal de personas.....	52 - 53	31
L. El traslado de personas sospechosas de terrorismo, incluida la "entrega".....	54 - 55	32

ÍNDICE (continuación)

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
III. (continuación)		
M. Garantías diplomáticas.....	56 - 61	33
N. Derecho a la propiedad: compilación de listas y congelación de bienes pertenecientes a terroristas.....	62 - 65	35
O. Derecho a la intimidad: reunión e intercambio de información.....	66 - 70	36
P. El principio de la no discriminación y las técnicas de detección de presuntos terroristas.....	71 - 76	38
IV. LA FUNCIÓN DE LA MAQUINARIA DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO.....	77 - 89	40
A. Órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos.....	78 - 84	40
B. Procedimientos especiales de la Comisión de Derechos Humanos.....	85 - 87	44
C. Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos.....	88	44
D. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos....	89	45
V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	90 - 92	46

INTRODUCCIÓN¹

1. Este informe, que se presenta de conformidad con la resolución 2004/87 de la Comisión de Derechos Humanos, está basado en el estudio que la Alta Comisionada presentó a la Asamblea General el 8 de octubre de 2004 (A/59/428) en cumplimiento de lo dispuesto en la resolución 58/187 de la Asamblea. En el informe se determinan algunas cuestiones fundamentales que afectan al disfrute de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo que no han sido abordadas o tratadas con detalle por otros titulares de mandatos. Debido al límite de palabras, no fue posible realizar un examen a fondo de muchas de esas cuestiones y mucho menos examinar la compatibilidad de las medidas nacionales de lucha contra el terrorismo con muchos otros derechos humanos internacionalmente protegidos, incluidos los derechos económicos, sociales y culturales. En el informe se analiza luego la forma de fortalecer los mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas para proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo.

I. METODOLOGÍA

2. El Experto independiente consideró que una metodología basada en los derechos proporcionaría la estructura más eficaz para su análisis. Con arreglo a este método, las medidas de lucha contra el terrorismo adoptadas por los Estados se examinan en el marco de las normas internacionales de derechos humanos. En consecuencia, se ha hecho especial hincapié en las decisiones, observaciones generales y observaciones finales del Comité de Derechos Humanos y en los resultados de la labor de otros órganos creados en virtud de tratados y procedimientos especiales de las Naciones Unidas. También se ha hecho referencia a la jurisprudencia y los informes de diversos órganos regionales de derechos humanos. Además, se analiza la manera en que las normas convencionales y consuetudinarias del derecho internacional humanitario, es decir, el derecho de los conflictos armados, pueden afectar a las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos, o interactuar con ellas, cuando la lucha contra el terrorismo entraña un conflicto armado. También se han tomado en cuenta los principios fundamentales del derecho relativo a los refugiados.

II. OPINIONES DE LOS ESTADOS

3. El Experto independiente ha tenido presente que su mandato le exige tener en cuenta las opiniones de los Estados. En consecuencia, ha examinado detenidamente las opiniones que figuran en el estudio presentado por la Alta Comisionada a la Asamblea General, así como otras opiniones que se recogen en el informe presentado por el Secretario General a la Comisión de Derechos Humanos en su 60º período de sesiones (E/CN.4/2004/91). Además, los días 30 y 31 de agosto de 2004, el Experto independiente estuvo en Ginebra y se reunió con los

¹ The writer acknowledges with thanks the assistance of Brian D. Tittmore, Esq. and James L. Anderson, Elizabeth M. Matthew and Claire N. Rejan, his Deans Fellows and JD candidates at the Washington College of Law, American University, Washington, DC, in the preparation of this report.

coordinadores de todos los grupos regionales representados en la Comisión de Derechos Humanos para examinar su mandato. También mantuvo reuniones con los representantes de varios Estados en Nueva York, adonde viajó para intervenir ante la Tercera Comisión de la Asamblea General el 27 de octubre de 2004. Por último, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos informó al Experto independiente sobre las opiniones expresadas durante los debates pertinentes de la Tercera Comisión después de su intervención.

III. CUESTIONES QUE AFECTAN AL DISFRUTE DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO

4. Ante todo, el Experto independiente desea expresar su condena de todos los actos de terrorismo y su convicción de que el terrorismo representa una grave amenaza para el ejercicio de los derechos humanos, el funcionamiento de las instituciones democráticas y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. También expresa su solidaridad con las víctimas del terrorismo y sus familias.

5. El propósito de las redes mundiales de terroristas de infligir pérdidas de vidas sin precedentes, como lo demostraron los atroces atentados perpetrados el 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos de América y otros atentados en otras partes del mundo, exige sin duda una mayor cooperación a nivel internacional y regional para prevenir, reprimir y sancionar la violencia terrorista. No obstante, para que la lucha contra el terrorismo tenga éxito es imprescindible que la comunidad internacional no sólo responda a las consecuencias de la violencia terrorista sino que también respete el imperio de la ley al combatirla.

6. A raíz de los atentados del 11 de septiembre de 2001, el Consejo de Seguridad aprobó la resolución 1373 (2001), de 28 de septiembre de 2001, que obligaba a los Estados, entre otras cosas, a aplicar medidas internas más eficaces de lucha contra el terrorismo, y por la que se creó el Comité contra el Terrorismo para que vigilara esas medidas. Lamentablemente, en la resolución no se hace amplia referencia² al deber de los Estados de respetar los derechos humanos en la elaboración y la aplicación de tales medidas contra el terrorismo. Esta omisión puede haber hecho pensar que el éxito de la lucha mundial contra el terrorismo podía obtenerse al precio del sacrificio de los derechos y libertades fundamentales. Sin embargo, el Consejo de Seguridad rechazó toda noción de este tipo en una declaración que figura en el anexo de la resolución 1456 (2003), aprobada el 20 de enero de 2003, en que se declara que "los Estados deben cerciorarse de que las medidas que adopten para luchar contra el terrorismo cumplan todas las obligaciones que les incumben con arreglo al derecho internacional,... en particular las normas relativas a los derechos humanos y a los refugiados y el derecho humanitario". En la sesión especial del Comité contra el Terrorismo del Consejo de Seguridad celebrada el 6 de marzo de 2003, el Secretario General, haciéndose eco de esta opinión, señaló que "Nuestras respuestas al terrorismo, además de nuestros esfuerzos para frustrarlo e impedirlo, deben

² Resolution 1373 (2001) contained only a brief reference to human rights, in paragraph 3 (f) on refugee determinations.

respaldar los derechos humanos que los terroristas se proponen destruir. El respeto a los derechos humanos, las libertades fundamentales y el imperio de la ley son instrumentos esenciales en la lucha contra el terrorismo, no privilegios que deban sacrificarse en momentos de tensión".

A. Respeto del imperio de la ley en la lucha contra el terrorismo: protección de los derechos humanos en situaciones de emergencia

7. Debidamente enfocadas, la lucha contra el terrorismo y la protección de los derechos humanos no se oponen sino que son responsabilidades complementarias de los Estados. Como se establece en la Declaración de Berlín, aprobada el 28 de agosto de 2004 en la Conferencia Bienal de la Comisión Internacional de Juristas, "la salvaguardia de las personas contra actos terroristas y el respeto de los derechos humanos forman parte de una red de protección que le corresponde al Estado asegurar"³. Varias organizaciones regionales y órganos intergubernamentales, como la Organización de los Estados Americanos⁴ y el Consejo de Europa⁵, han aprobado tratados o directrices que afirman la importancia de proteger los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo. No obstante, desde la aprobación de la resolución 1373 (2001), otros órganos regionales y numerosos Estados han aprobado medidas contra el terrorismo que no son compatibles con las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas. Esto dio lugar a que los relatores especiales y expertos independientes de las Naciones Unidas aprobaran en su reunión anual celebrada en Ginebra en junio de 2003 una declaración conjunta (E/CN.4/2004/4, anexo I), en la que expresaron su

³ The Berlin Declaration on Upholding Human Rights and the Rule of Law in Combating Terrorism, adopted 28 August 2004 at the Biennial Conference of the International Commission of Jurists, "Human Rights and Counter-Terrorism: Challenges and Responses", Berlin, 27-29 August 2004, available at <http://www.icj.org>.

⁴ See article 15 (1) of the Inter-American Convention Against Terrorism, AG/Res. 1840 (XXXII-0/02), adopted on 3 June 2002, stating "The measures carried out by the States parties under this Convention shall take place with full respect for the rule of law, human rights, and fundamental freedoms".

⁵ See Guidelines on human rights and the fight against terrorism, adopted on 11 July 2002 by the Committee of Ministers of the Council of Europe, guideline II, "Prohibition of arbitrariness", stating "[a]ll measures taken by States to fight terrorism must respect human rights and the principle of the rule of law, while excluding any form of arbitrariness, as well as any discriminatory or racist treatment, and must be subject to appropriate supervision", available at [http://www.coe.int/T/E/Human-rights/h-inf\(2002\)8eng.pdf](http://www.coe.int/T/E/Human-rights/h-inf(2002)8eng.pdf). See also Council Framework Decision of 13 June 2002, on combating terrorism of the Council of the European Union, adopted stating that "[t]his Framework Decision respects fundamental rights as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and as they emerge from the constitutional traditions common to the Member States as principles of Community law ..." preamble, paragraph 10, in *Official Journal* No. L 164, 22/06/2002, p. 0003-0007.

profunda preocupación por la multiplicación de políticas, leyes y prácticas que estaban aprobando cada vez más los Estados en nombre de la lucha contra el terrorismo, que afectaban negativamente al goce de prácticamente todos los derechos humanos.

8. Cabe recordar que, al elaborar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y diversos instrumentos regionales de derechos humanos, los Estados eran plenamente conscientes de la necesidad de lograr un equilibrio realista entre las necesidades de seguridad nacional y la protección de los derechos humanos. En consecuencia, los Estados incluyeron en esos instrumentos disposiciones que les permitieran, ante una situación de excepción o crisis que pudiera entrañar violencia o amenazas terroristas reales o inminentes, limitar, restringir o, en las circunstancias excepcionales previstas en el artículo 4 del Pacto, suspender algunos derechos consagrados en esos instrumentos. Las restricciones y limitaciones de los derechos, permitidas incluso en tiempos de paz, deben estar previstas en los tratados que protegen esos derechos⁶.

9. La facultad de los Estados para suspender los derechos consagrados en esos instrumentos está regida por diversas condiciones que a su vez se rigen por los principios generalmente reconocidos de la proporcionalidad, la necesidad y la no discriminación⁷. En el artículo 4 del

⁶ The African Charter on Human and Peoples' Rights, concluded at Banjul, 26 June 1981, entered into force 21 October 1986 (hereinafter the African Charter); the American Convention on Human Rights, concluded at San José, 22 November 1969, entered into force, 18 July 1978 (hereinafter the American Convention); the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, concluded at Rome, 4 November 1950, entered into force 3 September 1953 (hereinafter the European Convention); and the International Covenant on Civil and Political Rights, concluded at New York, 16 December 1966, entered into force 23 March 1976 (hereinafter the Covenant or ICCPR) all provide for restrictions or limitations on certain rights. In accordance with decisions of the Human Rights Committee and some of the regional human rights bodies established under these conventions, such restrictions or limitations must, inter alia, be prescribed by law; be necessary in a democratic society; not impair the essence of the right; conform to the principle proportionality; be appropriate to achieve their protective function; respect the principle of non-discrimination; and not be arbitrarily applied. See Human Rights Committee, general comment No. 29, States of emergency (art. 4), European Court of Human Rights (hereinafter ECHR), *Handyside v. United Kingdom*, application No. 5493/72, judgement of 7 December 1976, Ser. A No. 24; ECHR, *The Sunday Times v. United Kingdom*, application No. 6538/74, judgement of 26 April 1979, Ser. A No. 30; Inter-American Commission on Human Rights (hereinafter IACHR.), Case 10.506, *X and Y* (Argentina), report No. 38/96, 15 October 1996, in *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights* (hereafter *IACHR Annual Report*) 1996, OEA/Ser.L/V/II.95, doc. 7 rev.

⁷ Derogation clauses are set forth in article 27 of the American Convention, article 15 of the European Convention and article 4 of ICCPR. In contrast, the African Charter does not contain a derogation clause. For jurisprudence on derogation, see, e.g., CCPR/CO/76/EGY (2002); Human Rights Committee, *Landinelli Silva v. Uruguay*, communication No. 34/1978, Views adopted on 8 April 1981; general comment No. 29; ECHR, *Handyside v. United Kingdom*, op. cit., *Ireland v. United Kingdom*, application No. 5310/71, judgement of 18 January 1978, Ser.B No. 25; Inter-American Court of Human Rights (hereinafter IACHR), Advisory Opinion

Pacto se establecen las siguientes salvaguardias sustantivas y de procedimiento respecto de la declaración y aplicación de un estado de excepción: la situación de excepción deberá poner en peligro la vida de la nación; la existencia de la situación de excepción deberá haber sido proclamada oficialmente; las medidas adoptadas deberán estar estrictamente limitadas a las exigencias de la situación; las disposiciones de suspensión no podrán ser incompatibles con las demás obligaciones contraídas por el Estado en virtud del derecho internacional; las medidas de suspensión no deberán ser discriminatorias; el Estado que hace uso del derecho de suspensión deberá informar a los demás Estados partes, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión, así como la fecha en que haya cesado de aplicarse tal suspensión.

10. Al conceder a los Estados amplia discreción para adoptar medidas contra el terrorismo, el Pacto y la mayoría de los demás instrumentos de derechos humanos también especifican los derechos que no pueden ser suspendidos incluso durante un estado de excepción. La lista de derechos no susceptibles de suspensión figuran en el párrafo 2 del artículo 4 del Pacto. Estos son, a saber, el derecho a la vida (art. 6); la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 7); la prohibición de la esclavitud, la trata de esclavos y la servidumbre (párrafos 1 y 2 del artículo 8); la prohibición de ser encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual (art. 11); la prohibición de la aplicación retroactiva de la legislación penal (art. 15); el reconocimiento de la personalidad jurídica de todo ser humano (art. 16); y la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 18).

11. El 24 de julio de 2001, el Comité de Derechos Humanos aprobó la Observación general N° 29 sobre el artículo 4 (estados de excepción), en la que se aclaran más los casos en que los derechos pueden suspenderse en situaciones excepcionales. El Comité también determinó las disposiciones del Pacto que no podían ser suspendidas legalmente durante un estado de excepción: toda persona privada de libertad será tratada humanamente; la prohibición de la toma de rehenes, los secuestros o las detenciones no reconocidas; la protección de las personas pertenecientes a minorías; la prohibición de la deportación o traslado ilegal de población; y la declaración de un estado de excepción como justificación para hacer propaganda en favor de la guerra o hacer apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia.

12. La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos y de los órganos regionales de supervisión indica que las medidas de suspensión son siempre medidas con carácter excepcional o provisional. Por lo tanto, tales medidas deberán ser levantadas tan pronto como el estado de excepción que haya justificado su imposición deje de existir o pueda ser controlado con medios menos invasivos con arreglo al instrumento pertinente⁸. Esta jurisprudencia sugiere también

OC-8/87, *Habeas Corpus in Emergency Situations*, 30 January 1987; IACHR, case 10.506, op. cit.; IACHR, case 11.182, *Carlos Moleró Coca et al.* (Peru), report No. 49/00, 13 April 2000, in *IACHR Annual Report 1999*, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 6 rev.

⁸ General comment No. 29; ECHR, *Ireland v. United Kingdom*, *ibid.*, *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, application No. 13427/87, judgement of 9 December 1994, Ser. A No. 301-B; IACHR, case 10.506, *ibid.*, case 11.182, *ibid.*

que, habida cuenta de que el propósito fundamental de tales medidas es que los Estados puedan proteger las instituciones democráticas, el imperio de la ley y el disfrute de las libertades fundamentales, tales medidas no pueden ser adoptadas legalmente con el fin de debilitarlos o destruirlos⁹. En consecuencia, las cuestiones relativas a la compatibilidad de las restricciones y medidas de suspensión de los derechos consagrados en el Pacto y en tratados regionales no podrán ser determinadas por las autoridades nacionales sino que deberán someterse al examen y a la supervisión del órgano competente de supervisión de tratados. También se debe recordar que a fin de brindar a las personas la norma más favorable de protección de los derechos humanos, en el párrafo 2 del artículo 5 del Pacto se dispone que las restricciones y medidas de suspensión previstas en el Pacto no podrán ser utilizadas para justificar la restricción o la suspensión de los derechos humanos que no son aceptables en virtud de otros instrumentos o leyes internacionales aplicables.

B. El papel de la justicia civil en la supervisión de las medidas nacionales de lucha contra el terrorismo

13. El uso de medidas de excepción por los Estados para hacer frente a la violencia terrorista y al conflicto interno difícilmente puede considerarse un nuevo motivo de preocupación para la comunidad internacional. Desde mediados del decenio de 1970, la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías¹⁰, la Asociación de Derecho Internacional¹¹ y

⁹ General comment No. 29, *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, *ibid.*; IACHR, case 11.182, *ibid.*

¹⁰ In 1976, the Sub-Commission decided to study the situation of persons detained during emergency situations (resolution 3A (XXXIX) of 31 August 1976). In 1977 the Sub-Commission, convinced of the link between states of emergency and the protection of human rights, entrusted Nicole Questiaux with a study of the subject (resolution 10 (XXX) of 31 August 1977. Mrs. Questiaux submitted her final report on the implications for human rights of recent developments concerning states of siege or states of emergency (E/CN.4/Sub.2/1982) in 1982. In resolution 1985/37, the Economic and Social Council authorized the Sub-Commission to appoint a special rapporteur with a mandate, *inter alia*, to compile and annually update a list of countries which proclaim or terminate a state of emergency; to study the impact of emergency measures on human rights; and to recommend measures for guaranteeing respect for human rights during states of siege or emergency. The Special Rapporteur has submitted 10 reports, the last one in 1997 (E/CN.4/Sub.2/1997/19 and Add.1). In 1997, the Sub-Commission asked Ms. Kalliopi Koufa to prepare a working paper on the question of human rights and terrorism. Ms. Koufa, who was appointed Special Rapporteur by the Commission in 1998, submitted a final report in 2004 (E/CN.4/Sub.2/2004/40).

¹¹ See Final Report on Monitoring States of Emergency: Guidelines for Bodies Monitoring Respect for Human Rights During States of Emergency to the Sixty-Fourth Conference of the International Law Association in Queensland, 1990; see also the Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in A State of Emergency, reprinted in *American Journal of International Law*, vol. 79 (1985), p. 1072.

algunos expertos jurídicos¹² y organizaciones no gubernamentales¹³ realizaron o patrocinaron estudios en los que, entre otras cosas, se determinaron los efectos de las situaciones de excepción en la atribución de facultades al interior de numerosos Estados y las violaciones emblemáticas de los derechos humanos que con más frecuencia se asocian a las medidas contra el terrorismo y otras medidas de excepción adoptadas en esos Estados. En muchos de esos estudios se llegó a la conclusión de que los derechos humanos solían correr mayor peligro de ser violados, inclusive en las democracias, cuando las facultades de excepción estaban concentradas en el poder ejecutivo. También se hacía hincapié en que, a fin de impedir las violaciones, era necesario que los Estados garantizaran la independencia y las facultades de vigilancia de la justicia civil durante todas las situaciones de excepción.

14. Esta advertencia es tan válida en la actual lucha contra el terrorismo como hace unos 20 años. En un discurso pronunciado el 27 de agosto de 2004 ante la Conferencia Bienal de la Comisión Internacional de Juristas, la Sra. Arbour, Alta Comisionada para los Derechos Humanos, subrayó la importancia del recurso contencioso administrativo y declaró lo siguiente: "Dicho con toda franqueza, el poder judicial no debería renunciar a su análisis sobrio, de largo plazo y de principio porque el ejecutivo solicite adoptar medidas extraordinarias sobre la base de información que no se puede compartir, para lograr resultados que no se pueden medir". Añadió que "las sociedades que respetan el imperio de la ley no dan al ejecutivo carta blanca ni siquiera para hacer frente a situaciones de excepción. Ellas aceptan las funciones vitales de los poderes judicial y legislativo para garantizar que los gobiernos adopten un enfoque equilibrado y ajustado al derecho respecto de problemas complejos de interés nacional. Un sistema bien articulado de controles y salvaguardias garantiza la expresión ordenada de opiniones divergentes en un país y aumenta la confianza en que el gobierno responde al interés del público y no al antojo del ejecutivo".

15. En el informe se señala reiteradamente que los tribunales civiles deben tener jurisdicción para examinar las disposiciones y supervisar la aplicación de todas las medidas de lucha contra el terrorismo sin ninguna presión o injerencia, en particular de parte de las demás ramas del Gobierno.

C. La aplicabilidad y pertinencia del derecho internacional humanitario cuando la lucha contra el terrorismo entraña un conflicto armado

16. Un cuestión fundamental que afecta a la protección de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo está relacionada con las opiniones divergentes de los Estados acerca del carácter de esa lucha y, en particular, de las diversas medidas que han utilizado para hacer frente al terrorismo. A partir del 11 de septiembre de 2001, algunos Estados, sin perder de vista la

¹² See S.R. Chowdhury, *Rule of Law in a State of Emergency: The Paris Minimum Standards in a State of Emergency* (London: Pinter Publishers, 1989); J. Fitzpatrick, *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights During States of Emergency* (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1994).

¹³ See *States of Emergency: Their Impact on Human Rights* (Geneva: International Commission of Jurists, 1992).

necesidad de la cooperación internacional, ven esa lucha como un nuevo tipo de guerra contra una red mundial de terroristas que exige fundamentalmente una respuesta militar. Otros Estados, sin descartar la utilización de la fuerza militar en algunas circunstancias, consideran que esta lucha no es un fenómeno completamente nuevo y que exige una cooperación internacional más estrecha en materia de aplicación de la ley, reunión e intercambio de informaciones de inteligencia, extradición, etc.

17. Cualquiera que sea la forma en que los Estados conciban la lucha contra el terrorismo, es importante tanto jurídica como conceptualmente que los actos de terrorismo no sean considerados invariablemente equivalentes a actos de guerra. Por ejemplo, la comunidad internacional acepta que los ataques contra civiles, la toma de rehenes y el secuestro y derribamiento de aviones civiles son formas de terrorismo. No obstante, esos actos pueden tener lugar en tiempos de paz, en situaciones de excepción o en situaciones de conflicto armado. Si son cometidos durante un conflicto armado, tales actos pueden constituir crímenes de guerra. Sin embargo, cuando tales actos se cometen en tiempos de paz o durante una emergencia que no entraña hostilidades, como suele ser el caso, éstos simplemente no constituyen crímenes de guerra y sus perpetradores no deben ser tildados de combatientes, ni procesados o tratados como tales. Esos casos deben regirse no por el derecho internacional humanitario sino por las normas internacionales de derechos humanos, la legislación nacional y, tal vez, el derecho penal internacional.

18. Sin embargo, ello no significa que el carácter y la intensidad de la violencia generada por los responsables de actos terroristas o utilizada contra éstos no pueda desencadenar o ser equivalente a una situación de conflicto armado. Por ejemplo, las acciones terroristas o contra el terrorismo pueden dar lugar a que el recurso a la fuerza armada entre Estados desencadene un conflicto armado internacional, como ocurrió en el Afganistán en 2002, o a un conflicto armado no internacional que entrañe enfrentamientos entre las fuerzas armadas del Estado y un grupo armado disidente relativamente organizado, o entre tales grupos dentro del territorio de un Estado¹⁴. En esos casos, las normas pertinentes del derecho internacional humanitario son

¹⁴ Article 2 common to the four Geneva Conventions of 12 August 1949 (hereinafter Geneva Conventions) applies to all cases of declared war or any other armed conflict arising between two or more Contracting Parties, as well as to all cases of occupation, whether partial or total, of the territory of a Contracting Party, even if that occupation meets with no armed resistance. The Commentary on the Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War of the International Committee of the Red Cross (Geneva: ICRC, 1960), broadly defines armed conflict as any difference arising between two States leading to the intervention of armed forces. Common article 3 refers to, but does not define, "an armed conflict of a non-international character". However, article 1 (2) of the Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II) excludes situations of internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence and other acts of a similar nature as not being armed conflicts. The Appeals Chamber of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law in the Territory of the Former Yugoslavia (hereinafter ICTY) since 1991 found that "... an armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State".

aplicables y rigen el desarrollo de los enfrentamientos. Un principio fundamental del derecho humanitario es que éste obliga por igual a todas las partes en el conflicto y su aplicación no depende ni de las causas ni del origen de las hostilidades¹⁵. En consecuencia, la aversión al adversario o a sus políticas declaradas no puede justificar el incumplimiento de las leyes de la guerra. Si bien el derecho humanitario prohíbe el terrorismo¹⁶, el hecho de que tales actos se cometan durante un conflicto armado no altera ni el estatuto jurídico de las hostilidades ni de las partes en el conflicto ni el deber de las partes de observar el derecho humanitario.

19. Durante un conflicto armado internacional es fundamental que los Estados determinen debidamente, con arreglo a los tratados de derecho humanitario aplicables, el estatuto de todas las personas que han participado directamente en los enfrentamientos y, en particular, si al ser capturados tienen derecho a recibir el estatuto de prisioneros de guerra. Puesto que la denegación del estatuto de prisionero de guerra a los combatientes puede entrañar consecuencias de vida o muerte para las personas afectadas, la determinación de ese estatuto debe efectuarse en estricta conformidad con las leyes y procedimientos aplicables. A este respecto, el artículo 5¹⁷ del Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Tercer Convenio de Ginebra) crea el supuesto de que una persona que comete un acto hostil es un prisionero de guerra a menos que el tribunal competente determine lo contrario aplicando un criterio individual.

See *Prosecutor v. Dusko Tadic*, case No. IT-94-1, ICTY Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, para. 70.

¹⁵ This customary law principle appears in various military manuals. See the United States Air Force pamphlet stating that it is "unacceptable" to make the legal protection of victims of armed conflict "contingent on the causes of the conflict", United States Department of the Air Force, *International Law - The Conduct of Armed Conflict and Air Operations*, AFP 110-31 (1976), pp. 1-5. It also is set forth in the Preamble to Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I).

¹⁶ International humanitarian law, for example, prohibits in all armed conflicts and regards as acts of terrorism attacks intentionally directed against the civilian population and individual civilians who do not or no longer directly or actively participate in the hostilities. See article 33 of the Fourth Geneva Convention, and article 51, paragraph 2, of Protocol I and article 4, paragraph 2 (d), of Protocol II. The prohibition of terror in warfare is discussed in H.P. Gasser, "Acts of Terror, 'terrorism' and international humanitarian law", *International Review of the Red Cross*, 2002, No. 847, p. 547.

¹⁷ Article 5 states in pertinent part: "Should any doubt arise as to whether persons, having committed a belligerent act and having fallen into the hands of the enemy, belong to any of the categories enumerated in article 4 [persons entitled to POW status], such persons shall enjoy the protection of the present Convention until such time as their status has been determined by a competent tribunal."

20. El hecho de que una de las partes en las hostilidades que tuvieron lugar en 2002 en el Afganistán no haya efectuado tales trámites de determinación con carácter individual del estatuto en el caso de las personas que presuntamente habían perpetrado actos de violencia terrorista, o participado en ellos de otro modo, antes o durante ese conflicto, ha suscitado mucha controversia. Esa parte mantenía la posición de que tales personas, fueran o no miembros de las fuerzas armadas regulares o de grupos irregulares del adversario, eran de hecho, en virtud de sus presuntos actos o vínculos terroristas, combatientes no privilegiados¹⁸ y no tenían derecho al estatuto de prisioneros de guerra previsto en el Tercer Convenio de Ginebra ni a beneficiarse como civiles de la protección del Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Cuarto Convenio de Ginebra)¹⁹. Otros Estados y el Comité Internacional de la Cruz Roja, haciendo referencia a anteriores prácticas de los Estados, manuales militares y opiniones de numerosos observadores jurídicos, cuestionaron esa

¹⁸ Although neither the Geneva Conventions nor their Additional Protocols use the terms "privileged" and "unprivileged" combatant, the concept and legal implications of such combatancy are deeply rooted in the customary law of armed conflict and were recognized and applied by various war crimes tribunals convened after the Second World War. See *United States v. List* (The Hostage Case), reported in *Trials of War Criminals Before The Nuremberg Military Tribunal* (1950), pp. 1228 and 1238. A privileged combatant is, in principle, a person authorized by a party to an international armed conflict to directly engage in hostilities and, as such, must be accorded POW status upon capture and immunity from prosecution for his hostile acts that do not violate the laws and customs of war. In contrast, an unprivileged combatant, sometimes called an "illegal" or "unlawful" combatant, refers to a person who without official sanction nevertheless directly participates in hostilities. Such combatants include, inter alia, civilians, as well as non-combatant members of armed forces, who, in violation of their protected status, directly engage in hostilities. The term has also been used to describe irregular combatants, such as guerrillas, partisans and members of resistance movements, who either fail to distinguish themselves from the civilian population at all times while on active duty, or otherwise do not fulfil the requirements for privileged combatant status. Unlike privileged combatants, unprivileged combatants upon capture can be tried and punished under the criminal law of the detaining power for their unprivileged belligerency, even if their hostile acts complied with the laws of war. (The Government of the United States since 11 September 2001 has frequently used the term "enemy combatant" when referring to an unprivileged combatant.) See generally R. Baxter, "So-Called 'Unprivileged Belligerency': Spies, Guerrillas and Saboteurs", *British Year Book of International Law* (1951), p. 328; K. Dormann, "The legal situation of 'unlawful/unprivileged combatants'", *International Review of the Red Cross*, 2003, No. 849 (March 2003); R. Goldman and B. Tittlemore, *Unprivileged Combatants and the Hostilities in Afghanistan: Their Status and Rights Under International Humanitarian and Human Rights Law*, available at <http://asil.org/taskforce/goldman.pdf>.

¹⁹ See Fact Sheet, White House Press Office, 7 February 2002, available at <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2002/02/20020227>; Press Conference, United States Department of Defense, Secretary Rumsfeld and General Meyers, 8 February 2002, available at http://www.defenselink.mil/news/Feb.2002/t02082002_t02085dhtml.

posición²⁰. Ellos sostenían que, además de imponer que tribunales que cumplieran las condiciones establecidas en el artículo 5 efectuaran tales trámites de determinación del estatuto de esas personas, el amplio sistema de protección contenido en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 exigía que los combatientes no privilegiados que no cumplieran las condiciones necesarias para recibir el estatuto de prisionero de guerra de conformidad con el Tercer Convenio de Ginebra se beneficiaran de la protección del Cuarto Convenio de Ginebra, siempre que satisficieran los criterios de nacionalidad establecidos en el artículo 4 de dicho Convenio²¹. Quienes mantienen esta posición observan correctamente que los responsables de tales actos terroristas, incluso si están protegidos como prisioneros de guerra o como civiles por los Convenios de Ginebra o, cuando sea aplicable, por el Protocolo adicional I, no se benefician de ninguna inmunidad del enjuiciamiento por los delitos que hayan cometido antes de su captura, en particular actos terroristas, se hayan cometido antes o durante los enfrentamientos. Como señaló el Presidente del Comité Internacional de la Cruz Roja, "los Convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales no son un obstáculo para la justicia. Estos simplemente exigen que se observen las debidas garantías procesales a los presuntos delincuentes"²².

21. Pese a estas opiniones divergentes, existe un amplio consenso respecto de que las personas clasificadas como combatientes no privilegiados en las hostilidades internacionales y a las que, por la razón que fuere, se les ha denegado la protección *de jure* ya sea en virtud del Tercero o del Cuarto Convenio de Ginebra tienen derecho a las garantías del derecho consuetudinario establecidas en el artículo 75 del Protocolo adicional I²³ y el artículo 3 común²⁴ a los cuatro

²⁰ See, e.g., International Committee of the Red Cross, Communication to the Press No. 02/11 (8 February 2002) stating, in part, "... International Humanitarian Law foresees that the members of armed forces as well as militias associated with them which are captured by the adversary in an international armed conflict are protected by the Third Geneva Convention. There are divergent views between the United States and the ICRC on the procedures which apply on how to determine that the persons detained are not entitled to prisoner of war status".

²¹ See article 4 of the Fourth Geneva Convention, which exempts from protection the following persons: own nationals of parties to the conflict; nationals of a State not bound by the Conventions; nationals of a neutral State; and nationals of a co-belligerent State with normal diplomatic relations with the Occupying Power.

²² Statement of ICRC President Jacob Kellenberg to the Commission on Human Rights, March 2002, available at <http://www.icrc.org>.

²³ On the customary law status of provisions of article 75 of Protocol I, see C. Greenwood, "Customary Law Status of the 1977 Additional Protocols" in *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead*, Delissen and Tanja (eds.), 1991, p. 103; Remarks of M. Matheson at The Sixth Annual American Red Cross-Washington College of Law Conference on International Humanitarian Law: A Workshop on Customary International Law and the 1977 Protocols Additional to 1949 Geneva Conventions, *American University Journal of International Law and Policy*, vol. 2 (1987), p. 415.

²⁴ The International Court of Justice has stated: "There is no doubt that, in the event of international armed conflicts ... [the rules articulated in common article 3] ... constitute a

Convenios de Ginebra. Cabe observar que, debido a que el derecho humanitario no confiere el estatuto de combatiente con privilegios a los miembros de grupos armados disidentes en conflictos armados no internacionales, tales personas al ser capturadas no tienen derecho al estatuto de prisionero de guerra. En consecuencia, los Estados son libres de procesarlos por todos los actos hostiles, incluidos los actos terroristas, que haya cometido²⁵. Por lo tanto, no hay ninguna circunstancia en que una persona, comoquiera que se le haya clasificado, pueda ser legalmente marginada de la protección del derecho internacional humanitario en *ningún* conflicto armado.

22. Sin descartar la posibilidad de que la práctica de los Estados puedan evolucionar en sus respuestas a nuevas formas de violencia terrorista, el derecho humanitario vigente no parece contener ninguna laguna jurídica manifiesta y, si se observa y se aplica en la debida forma, abarca adecuadamente las cuestiones del terrorismo durante los conflictos armados²⁶.

D. La relación entre las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario durante los conflictos armados

23. Las normas de derechos humanos no cesan de aplicarse cuando la lucha contra el terrorismo entraña un conflicto armado. Por el contrario, éstas se aplican de manera acumulativa con el derecho internacional humanitario. Como se ha observado anteriormente, cuando un conflicto armado constituye una auténtica situación de excepción, un Estado puede limitar o incluso suspender algunos derechos humanos. Sin embargo, jamás puede suspender los derechos que en virtud de la normativa de derechos humanos no son susceptibles de suspensión inclusive cuando la situación de excepción se debe a un conflicto armado. A pesar de sus distintos orígenes, las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario tienen el propósito común de proteger la vida y la dignidad humana. Como ha declarado el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia: "El principio general de respeto a la dignidad humana es... la razón misma de ser del derecho internacional humanitario y la

minimum yardstick ... and they are rules which, in the Court's opinion, reflect what the court in 1949 called 'elemental considerations of humanity'." *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States), Judgement on the Merits, I.C.J. Reports, 1986*, p. 14, at para. 114.

²⁵ Such unprivileged combatants must be afforded the customary law guarantees enshrined in common article 3, as supplemented by the provisions of article 6 of Additional Protocol II.

²⁶ The International Bar Association's Task Force on International Terrorism has stated in this regard: "International humanitarian law remains as applicable and relevant today as it was prior to September 11. Suggestions that international humanitarian law is no longer relevant to situations involving terrorists, together with failure to abide by its principles, only serves to undermine the binding force of international humanitarian law." *International Terrorism: Legal Challenges and Responses*. A Report by the International Bar Association's Task Force on International Terrorism (Washington, D.C., 2003), p. 93 (hereinafter IBA, Report on International Terrorism).

normativa de los derechos humanos; ciertamente, en los tiempos modernos ha adquirido tal importancia que impregna todo el cuerpo del derecho internacional"²⁷.

24. No resulta sorprendente que las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario se conciban cada vez más como un régimen de salvaguardias que se complementan y se refuerzan mutuamente y que deben ser interpretadas y aplicadas en conjunto a fin de garantizar a las personas las normas de protección más favorables durante los conflictos armados.

25. El Comité de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo y la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos, y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han observado que sus propios instrumentos se aplican con carácter extraterritorial incluso en situaciones abarcadas por el derecho internacional humanitario. Por ejemplo, en 1981 el Comité de Derechos Humanos dictaminó que un Estado Parte en el Pacto era responsable de las violaciones de los derechos reconocidos en el Pacto cometidas por sus agentes en el territorio de otro Estado²⁸. En su reciente Observación general N° 31 (80) sobre el artículo 2 del Pacto, el Comité señaló que la obligación de respetar y garantizar los derechos de las personas "se aplica también a los que estén bajo la autoridad o el control efectivo de las fuerzas del Estado Parte que actúen fuera de su territorio, así como independientemente de las circunstancias en que se haya adquirido esa autoridad o control efectivo, como en el caso de fuerzas que constituyan un contingente nacional de un Estado Parte que tenga asignada una operación internacional de mantenimiento o imposición de la paz" (párr. 10). En varias observaciones finales recientes, el Comité ha afirmado concretamente que el Pacto se aplica con carácter extraterritorial a las operaciones militares y de mantenimiento de la paz fuera del territorio de los Estados en cuestión²⁹. Los órganos interamericanos y europeos de derechos humanos también han considerado en determinadas circunstancias que las personas que se encuentran bajo la autoridad y el control de un Estado fuera del territorio nacional están en efecto dentro de la jurisdicción del Estado y gozan de derechos jurídicamente exigibles en virtud de sus respectivos tratados³⁰.

²⁷ *Prosecutor v. Arito Furundizija*, case No. IT/95-17/I-T, Trial Chamber, judgement of 10 December 1998, para. 183.

²⁸ *Lopez Burgos v. Uruguay*, communication No. 52/79, para. 12.3; and *Lilian Celiberti de Casariego v. Uruguay*, communication No. 56/79, both Views adopted on 29 July 1981.

²⁹ See concluding observations on the second periodic report of Israel (CCPR/CO/78/ISR), 21 August 2003, para. 11; concluding observations on the fifth periodic report of Germany (CCPR/CO/80/GER), 30 April 2003, para. 11.

³⁰ See, e.g., case No. 9903, *Rafael Ferrer-Mazorra et al.* (United States), report No. 51/01, 4 April 2001, para. 178, in *IACHR Annual Report 2000*, OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 20 rev.; *Saldano* case (Argentina), report No. 38/99, 11 March 1999, paras. 15-20, in *IACHR Annual Report 1998*, OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 6 rev.; case No. 10.951, *Coard et al.* (United States), report No. 109/99, 29 September 1999, paras. 37-41, in *IACHR Annual Report 1999*, op. cit. at note 7. See similarly ECHR, *Cyprus v. Turkey*, application No. 25781/94, judgement of 26 April 1979, Series A No. 30; *Loizidou v. Turkey* (preliminary

26. Varios Estados han cuestionado la competencia de los órganos de derechos humanos para aplicar las normas de derechos humanos con carácter extraterritorial o durante conflictos armados u ocupaciones. La Corte Internacional de Justicia aclaró algunas de esas reclamaciones en dos opiniones consultivas en que se abordaban cuestiones relativas a la relación entre las normas de derechos humanos y el derecho internacional humanitario y la aplicación extraterritorial del Pacto y de otros tratados de derechos humanos. En su Opinión Consultiva de fecha 8 de julio de 1996 sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares³¹, la Corte precisó que el Pacto se aplicaba en caso de conflicto armado. En relación con el derecho a la vida garantizado en ese instrumento, señaló lo siguiente: "En principio, el derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente se aplica también en tiempo de hostilidades. Ahora bien, el criterio para determinar si la privación de la vida es arbitraria hay que referirse a la lex specialis aplicable, a saber, el derecho aplicable en caso de conflicto armado, que tiene por objeto regir las situaciones de hostilidades"³².

27. En su Opinión Consultiva de 9 de julio de 2004 sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado³³, la Corte confirmó su opinión señalando que: "la protección que ofrecen los convenios y convenciones de derechos humanos no cesa en caso de conflicto armado, salvo en caso de que se apliquen disposiciones de suspensión como las que figuran en el artículo 4 del Pacto..."³⁴. En lo que respecta a la relación entre las normas de derechos humanos y el derecho humanitario, añadió que "pueden presentarse tres situaciones: algunos derechos pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho internacional humanitario, otros pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho de los derechos humanos, y otros pueden estar contemplados en ambas ramas del derecho internacional"³⁵. Las opiniones de la Corte indican claramente que en situaciones de conflicto armado el principio de la *lex specialis* del derecho internacional humanitario como tal no

objections), judgement of 23 March 1995, Series A No. 310, paras. 59-64; *Issa and others v. Turkey* (admissibility decision), application No. 31821/96, 30 May 2000; but see ECHR, *Bankovic and others v. Belgium and others* (admissibility decision), application No. 52207/99, 12 December 2001, *ECHR 2001-XII*.

³¹ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at p. 240.

³² *Ibid.*, at para. 25.

³³ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territories, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004* (hereinafter ICJ, 9 July 2004 Advisory Opinion).

³⁴ *Ibid.*, para. 106.

³⁵ *Ibid.*

suspende la vigencia de las normas de derechos humanos. Más bien, se debe consultar el derecho humanitario para determinar si un derecho reconocido en el Pacto ha sido violado³⁶.

28. La Corte, también en su Opinión Consultiva de 9 de julio de 2004, después de examinar los *travaux préparatoires* del Pacto y las decisiones y observaciones del Comité de Derechos Humanos, rechazó el argumento de que el Pacto no era aplicable fuera de las fronteras territoriales de un Estado y, de manera más particular, en un territorio ocupado. Al reconocer que la jurisdicción de los Estados era principalmente territorial, la Corte llegó a la conclusión de que el Pacto era aplicable con respecto a "los actos de un Estado en el ejercicio de su jurisdicción fuera de su propio territorio"³⁷.

29. Los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos no tienen un enfoque común en cuanto a la relación entre las normas de derechos humanos y el derecho internacional humanitario durante los conflictos armados. Hasta el momento, ni el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ni la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha expresado una opinión al respecto. El Comité de Derechos Humanos todavía no ha elaborado una teoría global sobre esta relación. Sin embargo, en la Observación general N° 31 (80) el Comité señaló: "Como se desprende implícitamente de la Observación general N° 29, el Pacto es también de aplicación en las situaciones de conflicto armado a las que sean aplicables las normas del derecho humanitario internacional. Si bien, en lo que atañe a ciertos derechos reconocidos en el Pacto, es posible que normas más específicas del derecho humanitario internacional sean pertinentes a los efectos de la interpretación de los derechos reconocidos en el Pacto, ambas esferas del ámbito jurídico son complementarias, no mutuamente excluyentes" (párr. 11).

30. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que los cánones para evaluar la observancia de un derecho particular en una situación de conflicto armado pueden ser distintos de los que se aplican en tiempo de paz. Por consiguiente, la Comisión ha considerado las normas del derecho internacional humanitario como fuentes autorizadas de orientación o como la *lex specialis* en la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre

³⁶ One authority notes in this regard: "In these cases, the Covenant cannot provide protection that goes beyond that guaranteed by IHL. In other words, IHL does not supersede human rights law but makes sure that content wise the two bodies of law guarantee the same. This approach enables treaty bodies to look at violations of IHL from a human rights perspective while ensuring, at the same time, that IHL guarantees are not, as a result, broadened by the application of human rights law." From a paper presented by Walter Kälin entitled "The Covenant on Civil and Political Rights and its Relationship with International Humanitarian Law", to be published in Proceedings of the Expert Meeting on the Supervision of the Lawfulness of Detention During Armed Conflict, organized by the University Centre for International Humanitarian Law, the Graduate Institute of International Studies, Geneva, 24-25 July 2004.

³⁷ ICJ, 9 July 2004 Advisory Opinion, op. cit. at note 33, para. 111.

Derechos Humanos o la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre para resolver denuncias de violaciones de esos instrumentos en situaciones de combate³⁸.

31. En consecuencia, los enfoques adoptados por la Comisión Interamericana y el Comité de Derechos Humanos son compatibles con la opinión de la Corte Internacional de Justicia sobre la relación entre el derecho internacional humanitario y las normas de derechos humanos en situaciones de conflicto armado.

E. El principio *nullum crimen sine lege* y las definiciones de terrorismo y de delitos relacionados con el terrorismo

32. Una clara amenaza para el disfrute de los derechos humanos deriva de las definiciones imprecisas y contradictorias del terrorismo y de los delitos relacionados con el terrorismo que figuran en numerosas legislaciones nacionales e instrumentos regionales y subregionales. A pesar de que no existe una definición universal de terrorismo, unos 120 Estados han ratificado el Convenio Internacional de Represión de la Financiación del Terrorismo de 1999, que determina los elementos del delito de terrorismo con razonable precisión. Para los fines de ese tratado, el terrorismo abarca cualquier "acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo". Sin embargo, numerosos Estados han promulgado leyes que suponen definiciones mucho más amplias, utilizando con frecuencia términos y conceptos muy generales, vagos o ambiguos. Otros Estados han adaptado con prudencia su derecho penal, por ejemplo, endureciendo las penas impuestas por delitos existentes y bien definidos, como el asesinato, cuando son cometidos con fines de terrorismo.

33. Cualquiera que sea el enfoque que adopten, los Estados deben guiarse por el principio de la legalidad o *nullum crimen sine lege* al elaborar leyes y tratados contra el terrorismo. Este principio del derecho internacional general está consagrado en el artículo 15 del Pacto y en las disposiciones de los tratados regionales de derechos humanos³⁹, en los que también se establece

³⁸ Although the Inter-American Court found in the *Las Palmeras* case that neither it nor the Commission is competent to find violations of the Geneva Conventions, the Court indicated that provisions of the Geneva Conventions may be taken into consideration as elements for interpreting the American Convention. *Las Palmeras v. Colombia*, preliminary objections, judgement of 4 February 2000, Series C No. 67, paras. 32-34. The Court confirmed this view in the case of *Bamaca-Velasquez v. Guatemala*, judgement of 25 November 2000, Series C No. 70, paras. 208 and 209. For a discussion of the Inter-American Commission's views on the relationship between human rights and humanitarian law, see case No. 11.137, *Abella* (Argentina), report No. 5/97, paras. 37-42, in *IACHR Annual Report 1997*, OEA/Ser.L/V/II.98, Doc. 6 rev.; IACHR, *Report on Terrorism and Human Rights*, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., 22 October 2002 (hereinafter IACHR, *Report on Terrorism and Human Rights*); IACHR, *Third Report on The Situation of Human Rights in Colombia*, OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 rev. 1, 26 February 1999.

³⁹ See the African Charter, art. 7; the American Convention, art. 9; European Convention, art. 7.

expresamente que dicho principio no es susceptible de suspensión. No sólo prohíbe la aplicación de leyes *ex post facto* sino que también exige que el acto tipificado como delito se describa en términos precisos y exactos definiendo el delito punible en sentido estricto y distinguiéndolo de otros actos no punibles o punibles con otras penas. La definición imprecisa de los delitos también puede dar lugar a una ampliación de la conducta prohibida por interpretación judicial. Por lo tanto, el principio de la legalidad también abarca el principio de la certeza, es decir, que el derecho debe ser razonablemente previsible en su aplicación y sus consecuencias. El Comité de Derechos Humanos, en el párrafo 7 de su Observación general N° 29, subrayó la importancia del principio de la legalidad en la prohibición de la retroactividad del derecho penal contenida en el Pacto.

34. El Comité ha examinado detenidamente las medidas de lucha contra el terrorismo adoptadas por los Estados Partes en el marco de su procedimiento de presentación de informes y tiene a su disposición para fines de consulta los informes presentados por los Estados al Comité contra el Terrorismo de conformidad con la resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad. Es preocupante que de los 33 informes que ha examinado desde el 11 de septiembre de 2001, el Comité haya expresado preocupación respecto de las medidas contra el terrorismo en sus conclusiones sobre por lo menos 16 informes. Esta preocupación está relacionada con las definiciones de terrorismo y de los delitos relacionados con el terrorismo⁴⁰. Más aún, otros órganos de las Naciones Unidas creados en virtud de tratados, titulares de mandatos, expertos jurídicos y organizaciones no gubernamentales han expresado preocupaciones similares respecto de las medidas de lucha contra el terrorismo adoptadas por diversos Estados, así como respecto de instrumentos regionales y subregionales contra el terrorismo, que han entrado en vigor antes y después de septiembre de 2001.

35. Las leyes que no definen con precisión el terrorismo o los delitos de terrorismo no sólo corren el peligro de penalizar el ejercicio legítimo de la libertad de expresión, reunión, asociación y otros derechos humanos básicos, sino que además son susceptibles de aplicación abusiva. Asimismo, la proliferación de leyes nacionales y tratados, en particular regionales, con definiciones jurídicas ampliamente divergentes de terrorismo y de delitos de terrorismo, no contribuye a promover la cooperación internacional en la lucha contra el terrorismo y puede ser un obstáculo para la extradición de los verdaderos sospechosos de terrorismo debido al requisito de la tipificación en ambas jurisdicciones, que está estrechamente vinculado al principio *nullum crimen sine lege*.

F. Derecho a la libertad y a la seguridad personales

36. Otra cuestión pertinente tiene que ver con la medida en que puede suspenderse el derecho a la libertad y la seguridad⁴¹ de los sospechosos de terrorismo durante situaciones de excepción

⁴⁰ See concluding observations of the Committee: Estonia (CCPR/CO/77/EST), para. 8; Egypt (CCPR/CO/76/EGY), para. 16; the Philippines (CCPR/CO/79/PHL), para. 9; Yemen (CCPR/CO/75/YEM), para. 18; Belgium (CCPR/CO/81/BEL); Uganda (CCPR/CO/80/UGA); New Zealand (CCPR/CO/75/NZL).

⁴¹ See ICCPR, art. 9; American Convention, art. 7; European Convention, art. 5; African Charter, art. 6. These provisions, which protect all persons from unlawful or arbitrary interference with

distintas de los conflictos armados. Entre las situaciones especialmente problemáticas desde el 11 de septiembre 2001 pueden citarse la detención indefinida, prolongada o en condiciones de aislamiento de los sospechosos de terrorismo sin acceso a los tribunales, la detención no reconocida o secreta de sospechosos de terrorismo, y la detención de menores en relación con la adopción de medidas de lucha contra el terrorismo.

37. Es un hecho bien conocido, por ejemplo, que desde los ataques del 11 de septiembre, se ha detenido a sospechosos de terrorismo por períodos prolongados sin contacto con abogados u otras personas y sin acceso a los tribunales u otras instancias apropiadas para supervisar la legalidad y las condiciones de sus detenciones. También se ha informado de que en estas condiciones no vigiladas algunos detenidos han sido sometidos a torturas y otros malos tratos. Estas prácticas están prohibidas por la normativa internacional de derechos humanos, incluso durante los estados de excepción. Las salvaguardias de los derechos humanos aplicables exigen, entre otras cosas, que toda privación de libertad se efectúe con arreglo a procedimientos establecidos en la ley, que se informe a los detenidos de las razones de la detención, que se les notifique cuanto antes de los cargos que se les imputan⁴², y que se les facilite el acceso a un abogado⁴³. Además, debe garantizarse la vigilancia pronta y eficaz de la detención por un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer poder judicial para verificar la legalidad de la detención y proteger otros derechos fundamentales del detenido⁴⁴. El Comité de Derechos

their liberty by the State, apply in the context of criminal proceedings as well as other areas in which the State may affect the liberty of persons, such as preventative detention for reasons of public security or detention in relation to immigration status or physical or mental health. See Human Rights Committee, general comment No.8 (16), article 9 (1982), paras.1, 4; *A. v. Australia*, communication No. 560/1993 (CCPR/C/59/D/560/1993), 30 April 1997, para. 9.4. See similarly IACHR, *Report on the Situation of Human Rights of Asylum Seekers within the Canadian Refugee Determination System*, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 40 rev., 28 February 2000, paras. 134-142; ECHR, *Winterwerp v The Netherlands*, application No. 6301/73, judgement of 24 October 1979, Series A No. 33; *Amuur v. France*, application No. 19776/92, judgement of 25 June 1996, para. 53, *Reports 1996-III*.

⁴² General comment No. 8. See similarly IACtHR, *Suárez Rosero* case, judgement of 12 November 1997, Series C No. 35, para. 43.

⁴³ See Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, principle 17.

⁴⁴ General comment No. 8, para. 2. See similarly case 11.205, *Jorge Luis Bronstein and others* (Argentina), report No. 2/97, 11 March 1997, para. 11, in *IACHR Annual Report 1997*, op. cit. at note 38; ECHR, *Brogan v. United Kingdom*, application No. 11209/84, judgement of 29 November 1988, Series A No. 145-B, p. 33, para. 62. See also Opinion of the Lords of Appeal For Judgment in the Cause *A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)* in which nine law lords on 16 December 2004 voted 8 to 1 against parts of the United Kingdom's 2001 Anti-Terrorism, Crime and Security Act under which appellants, all foreign terrorist suspects, had been detained indefinitely without charge or trial since they could not be safely removed to another country; available at <http://www.publications.parliament.uk/pa/1d200405/1djudgmt/jd041216/a&others.pdf>.

Humanos ha establecido que con el fin de proteger los derechos que no pueden ser objeto de suspensión, el derecho de acceso a los tribunales, para que éstos decidan sin demora sobre la legalidad de cualquier clase de detención, no debe ser afectado por la decisión del Estado Parte de suspender ciertas garantías del Pacto⁴⁵. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha concluido análogamente que el derecho al hábeas corpus no puede suspenderse durante los estados de excepción, habida cuenta de su función esencial para la protección de los derechos del detenido que no pueden ser suspendidos⁴⁶. Por razones semejantes, no podrá justificarse la suspensión durante un estado de excepción de otras salvaguardias fundamentales para proteger los derechos no susceptibles de suspensión de los detenidos, incluido el acceso a asistencia letrada y unos límites prescritos y razonables a la duración de la detención preventiva⁴⁷. Por lo tanto, los Estados deberán abstenerse en todo momento de detener a sospechosos de terrorismo durante períodos indefinidos o prolongados y deberán proporcionarles acceso a asistencia letrada, así como un acceso pronto y efectivo a los tribunales u otras instancias apropiadas para la protección de sus derechos no susceptibles de suspensión.

38. Cuando ocurren detenciones durante conflictos armados, los principios señalados anteriormente relativos a la relación entre el derecho humanitario internacional y los derechos humanos sugieren que el derecho humanitario podrá servir de *lex specialis* aplicable para determinar si las detenciones vinculadas con un conflicto armado o una ocupación son arbitrarias en relación con la normativa de los derechos humanos. Por ejemplo, en el caso de conflictos armados internacionales, tanto el Tercer Convenio de Ginebra como el Cuarto Convenio de Ginebra de 1949 contienen disposiciones relativas a las circunstancias en que podrá internarse o detenerse a prisioneros de guerra y a civiles, respectivamente, y la forma en que deberá vigilarse su internamiento o detención, incluido el acceso al CICR⁴⁸. En los artículos 21, 118 y 119 del Tercer Convenio de Ginebra se permite el internamiento de prisioneros de guerra hasta su repatriación "tras haber finalizado las hostilidades activas" o la conclusión de cualesquiera procedimientos penales o sanciones por un delito grave pendiente contra un prisionero de guerra⁴⁹.

⁴⁵ General comment No. 29, para. 16.

⁴⁶ See IACtHR, Advisory Opinion OC-9/87, Judicial Guarantees in States of Emergency (articles 27 (2), 25 and 8 of the American Convention on Human Rights), 6 October 1987, Series A No. 9, para. 31.

⁴⁷ See, e.g., IACHR, *Report on Terrorism and Human Rights*, op. cit. at note 42, para. 127; ECHR, *Aksoy v. Turkey*, application No. 21987/93, judgement of 18 December 1996, para. 78, *Reports 1996-VI*. See also Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency (International Law Association, 1984); the Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, *Human Rights Quarterly*, vol. 7, No.1 (1985), para. 70, cited in general comment No. 29, para. 10, note 6.

⁴⁸ See, e.g., Third Geneva Convention, arts. 8, 9, 21.

⁴⁹ Third Geneva Convention, arts. 21, 118 and 119. Article 119, fifth paragraph, of the Third Geneva Convention provides in this regard that "[p]risoners of war against whom criminal

39. En cambio, los artículos 42, 43 y 78 del Cuarto Convenio de Ginebra, aplicables a los extranjeros enemigos en el territorio de una parte en un conflicto armado internacional o a las personas protegidas en territorios ocupados, permiten el internamiento o la residencia forzosa de esas personas protegidas sólo si resulta absolutamente necesario en el interés de la seguridad de la Potencia detenedora u ocupante. Estas disposiciones también exigen que esas personas tengan derecho a que se reconsideren esas medidas o a apelar contra ellas con la menor dilación posible y, si se mantienen, a que sean revisadas periódicamente por un órgano, tribunal judicial o administrativo apropiado o competente, designado con ese propósito. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha concluido que todo internamiento inicialmente legal degenera claramente en ilegal si la Potencia detenedora no respeta los derechos procesales básicos de las personas detenidas y no establece un tribunal o junta administrativa apropiados como se prescribe en el artículo 43 del Cuarto Convenio de Ginebra⁵⁰. El razonamiento del Tribunal se aplicaría también discutiblemente a los civiles detenidos o internados en territorio ocupado con arreglo al artículo 78 del Cuarto Convenio. En ciertas circunstancias limitadas, las personas protegidas detenidas en territorio ocupado pueden perder sus derechos de comunicación de conformidad con el párrafo 2 del artículo 5 del Cuarto Convenio de Ginebra⁵¹. Sin embargo, esta pérdida ha sido reducida considerablemente por el párrafo 3 del artículo 45 del Protocolo adicional I⁵² y puede mitigarse asimismo por las salvaguardias de la normativa de los derechos humanos que prohíben la detención prolongada en régimen de incomunicación en toda circunstancia.

proceedings for an indictable offence are pending may be detained until the end of such proceedings, and, if necessary, until the completion of the punishment. The same shall apply to prisoners of war already convicted of an indictable offence."

⁵⁰ ICTY, Appeals Chamber, Judgement, *Prosecutor v. Zejnil Delalic and Others*, case No. IT-96-21-A, para. 322. The Appeals Chamber also stated that under article 43 the court or board must have the "necessary power to decide finally on the release of prisoners whose detention could not be considered as justified for any serious reason" (para. 328). The Court also indicated that it "is upon the detaining power to establish that the particular civilian does pose such a risk to its security that he must be detained, and the obligation lies on it to release the civilian if there is inadequate foundation for such a view" (para. 329).

⁵¹ Providing that "[w]here in occupied territory an individual protected person is detained as a spy or saboteur, or as a person under definite suspicion of activity hostile to the security of the Occupying Power, such person shall, in those cases where absolute military security so requires, be regarded as having forfeited rights of communication under the present Convention".

⁵² Article 45 (3) provides: "Any person who has taken part in hostilities, who is not entitled to prisoner-of-war status and who does not benefit from more favourable treatment in accordance with the Fourth Convention shall have the right at all times to the protection of article 75 of this Protocol. In occupied territory, any such person, unless he is held as a spy, shall also be entitled, notwithstanding article 5 of the Fourth Convention, to his rights of communication under that Convention".

40. Además, las personas detenidas por una parte en un conflicto armado internacional y que no gozan de un trato más favorable con arreglo a los Convenios o con arreglo al Protocolo adicional I, incluidos los combatientes no privilegiados, son beneficiarias de ciertas normas que rigen su detención con arreglo a los párrafos 3, 5 y 6 del artículo 75 del Protocolo adicional I, que refleja esencialmente el derecho internacional consuetudinario⁵³.

41. Así, durante los conflictos armados y ocupaciones internacionales, ciertas categorías de personas, como los prisioneros de guerra, pueden ser detenidas sin las salvaguardias de procedimiento de que en cambio disponen los particulares detenidos en tiempo de paz. Sin embargo, habida cuenta de la aplicación concurrente de la normativa internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario durante los conflictos armados, los órganos de derechos humanos y los tribunales nacionales tendrán tal vez que proteger los derechos fundamentales de los detenidos en tiempo de guerra cuando los mecanismos previstos en el derecho humanitario para determinar su condición jurídica o supervisar su tratamiento no se observen o resultan ineficaces⁵⁴.

42. Según se informa, algunos sospechosos de terrorismo han sido sometidos a detención no reconocida o secreta desde el 11 de septiembre de 2001. Además, al parecer, algunas personas detenidas que reúnen las condiciones para recibir protección con arreglo al Cuarto Convenio de Ginebra han sido ocultadas del CICR, o trasladadas o mantenidas fuera del territorio ocupado para su interrogatorio. Esos actos están prohibidos por la normativa internacional de derechos

⁵³ Article 75 (3), (5), (6) states: "3. Any person arrested, detained or interned for actions related to the armed conflict shall be informed promptly, in a language he understands, of the reasons why these measures have been taken. Except in cases of arrest or detention for penal offences, such persons shall be released with the minimum delay possible and in any event as soon as the circumstances justifying the arrest, detention or internment have ceased to exist.... 5. Women whose liberty has been restricted for reasons related to the armed conflict shall be held in quarters separated from men's quarters. They shall be under the immediate supervision of women. Nevertheless, in cases where families are detained or interned, they shall, whenever possible, be held in the same place and accommodated as family units. 6. Persons who are arrested, detained or interned for reasons related to the armed conflict shall enjoy the protection provided by this article until their final release, repatriation or re-establishment, even after the end of the armed conflict".

⁵⁴ In this connection, the Inter-American Commission on Human Rights has suggested that in circumstances in which the supervisory regulations and procedures under international humanitarian law prove inadequate to properly safeguard the fundamental rights of detainees in international armed conflicts, for example where the continued existence of active hostilities becomes uncertain, or where a belligerent occupation continues over a prolonged period of time, the full supervisory mechanisms under international human rights law and domestic law may necessarily supersede international humanitarian law. See *IACHR, Report on Terrorism and Human Rights*, op.cit. at note 42, para. 146. In a similar vein, the United States Supreme Court recently held that the United States courts have jurisdiction to consider challenges through habeas corpus proceedings to the legality of the detention of foreign nationals captured abroad in connections with hostilities. U.S.S.C., *Rasul v. Bush*, No. 03-334, Opinion dated 28 June 2004.

humanos y el derecho humanitario. El Comité de Derechos Humanos ha reconocido específicamente como no susceptibles de suspensión alguna en cualesquiera circunstancias las prohibiciones de la toma de rehenes, los secuestros y la detención no reconocida, habida cuenta de su condición de normas de derecho internacional general⁵⁵. Las detenciones no reconocidas o secretas también propician un entorno en el que pueden producirse desapariciones, torturas y otras violaciones graves de los derechos humanos. Además, durante los conflictos armados o la ocupación internacionales, el ocultamiento de detenidos del CICR contraviene la letra y el espíritu del derecho humanitario aplicable, en particular habida cuenta del papel crítico desempeñado por el CICR en la protección y la asistencia a las víctimas de los conflictos armados⁵⁶. Asimismo, el Cuarto Convenio de Ginebra prohíbe específicamente⁵⁷ los traslados o deportaciones de personas protegidas de los territorios ocupados, que constituyen infracciones graves⁵⁸ de dicho Convenio. En consecuencia, los Estados deben abstenerse de toda práctica de detenciones no reconocidas o secretas en todo momento y en toda circunstancia.

G. Derechos de los menores detenidos

43. También es motivo de preocupación desde los ataques del 11 de septiembre la detención de menores sospechosos de actividades terroristas. En algunos casos, según se informa, se ha detenido a menores de 18 años de edad en las mismas instalaciones que adultos, y han sido víctimas de malos tratos, en particular de intimidación con perros policías y de abuso sexual. También se ha informado de que se ha negado a los menores detenidos el contacto con abogados, familiares y funcionarios consulares, así como el derecho a impugnar la legalidad de su detención ante un tribunal. La normativa internacional de derechos humanos prohíbe las medidas de esta índole en toda circunstancia, incluso durante los estados de excepción. A este respecto, es importante reiterar la estipulación de que un Estado no podrá suspender disposiciones de tratados de derechos humanos que sean incompatibles con sus demás obligaciones con arreglo al derecho internacional⁵⁹. Estas obligaciones incluyen, por ejemplo, las salvaguardias con arreglo a la Convención sobre los Derechos del Niño y otros instrumentos relativos a la justicia de menores⁶⁰ así como disposiciones similares de los tratados de derechos humanos concretamente relativas a la situación de los niños⁶¹. Por ejemplo, el artículo 37 de la

⁵⁵ General comment No. 29, para. 13 (b).

⁵⁶ See, e.g., Fourth Geneva Convention, art. 11; Additional Protocol I, art. 81.

⁵⁷ See Fourth Geneva Convention, art. 49.

⁵⁸ Ibid., art. 147.

⁵⁹ General comment No. 29, para. 10. See similarly, IACHR, *Report on Terrorism and Human Rights*, op. cit at note 42, para. 45.

⁶⁰ See, e.g., United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice; United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty.

⁶¹ See, e.g., Additional Protocol I, art. 77; Additional Protocol II, art. 4 (3).

Convención sobre los Derechos del Niño dispone que la detención de un menor se llevará a cabo sólo como medida de último recurso y durante el plazo más breve que proceda. Mientras permanezca detenido, todo menor privado de libertad será tratado humanamente y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. Tendrá también derecho a mantener contacto con su familia, salvo en circunstancias excepcionales, y derecho a un pronto acceso a la asistencia letrada y otra asistencia adecuada. Como lo ha señalado el Comité de Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño no contiene ninguna cláusula de suspensión y su texto es aplicable en situaciones de excepción⁶². Por lo tanto, y en toda circunstancia, la detención de menores debe ser excepcional y se hará mediante la aplicación de medidas que reconozcan y protejan las vulnerabilidades propias de los niños.

H. El derecho al debido procedimiento legal y a un juicio con las debidas garantías

44. La garantía del derecho de los sospechosos de terrorismo a un juicio equitativo es esencial para asegurar que las medidas de lucha contra el terrorismo sean respetuosas del estado de derecho. Las salvaguardias de los derechos humanos de todas las personas acusadas de delitos penales, incluidos los delitos relacionados con el terrorismo, se establecen en los artículos 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en las disposiciones correspondientes de los instrumentos regionales de derechos humanos⁶³. Estas salvaguardias incluyen el derecho a la presunta inocencia, el derecho a ser oído con las debidas garantías y en un plazo razonable por un tribunal competente, independiente e imparcial, y el derecho a que el fallo condenatorio y la pena impuesta sean sometidos a un tribunal superior que cumpla las mismas normas⁶⁴. En el derecho humanitario internacional se prevén en general salvaguardias idénticas para el enjuiciamiento de personas en el contexto de conflictos armados⁶⁵. De hecho, muchas de las garantías de un juicio imparcial en los tratados de derecho humanitario se inspiran en buena medida en la normativa de los derechos humanos⁶⁶.

⁶² General comment No.29, para.10, note 5. See also Convention on the Rights of the Child, art. 38.

⁶³ American Convention, arts. 8, 9; European Convention, arts. 6, 7; article 40 of the Convention on the Rights of the Child prescribes similar protections relating specifically to proceedings involving children.

⁶⁴ Human Rights Committee, general comment No. 13 (21), article 14 (1984).

⁶⁵ See, e.g., Third Geneva Convention, articles 82-108, governing disciplinary and penal sanctions against prisoners of war, and article 130, prescribing the wilful deprivation of the rights of a fair and regular trial to be a grave breach of the Convention; Fourth Geneva Convention, articles 64-75, governing penal prosecution of civilians in occupied territory, articles 117-126, regulating disciplinary and penal sanctions against interned civilians, article 147, prescribing the wilful deprivation of the rights to a fair and regular trial to be a grave breach of the Convention; Additional Protocol I, article 75 (4); Additional Protocol II, article 6.

⁶⁶ See, e.g., International Committee of the Red Cross, Commentary on the Additional Protocols of 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949 (Geneva: ICRC, 1987) (hereinafter

45. El Comité de Derechos Humanos ha expuesto sus opiniones en la Observación general N° 29 sobre el carácter y la importancia de las garantías judiciales y el derecho a un juicio imparcial en relación con los derechos del Pacto que no pueden ser objeto de suspensión. Ha señalado que las salvaguardias relativas a la suspensión en el artículo 4 "se basan en los principios de legalidad y del estado de derecho inherentes al Pacto en su conjunto" (párr. 16). El Comité también ha opinado que el artículo 4 nunca podrá usarse de forma que se "socave la protección de los derechos que no son susceptibles de suspensión"⁶⁷ (párr. 15), de modo que, por ejemplo, cualquier imposición de la pena de muerte durante un estado de excepción no debe contradecir las disposiciones del Pacto, incluidas las garantías de un juicio imparcial de conformidad con los artículos 14 y 15. El Comité también ha señalado que como ciertos elementos del derecho a un juicio imparcial están explícitamente garantizados por el derecho humanitario internacional en tiempo de conflicto armado, no hay justificación alguna para suspender dichas garantías durante cualquier otra situación de excepción. Asimismo, ha señalado que sólo un tribunal de derecho puede enjuiciar y condenar a una persona por un delito, y que se debe respetar la presunción de inocencia (párr. 16).

I. Tribunales militares

46. Antes del 11 de septiembre de 2001, y desde esa fecha, varias preocupaciones clave han caracterizado la aplicación de las garantías de un juicio imparcial en el enjuiciamiento de particulares por delitos relacionados con el terrorismo. Entre las cuestiones más urgentes se incluye la práctica de establecer cortes o tribunales especiales, en particular tribunales militares, para juzgar a civiles sospechosos de delitos de terrorismo cuando esos tribunales no cumplen con las normas mínimas de un juicio imparcial conforme al derecho internacional. Aunque los tribunales militares pueden en principio constituir un tribunal independiente e imparcial para los fines de juzgar a miembros del ejército por determinados delitos auténticamente vinculados con el servicio y la disciplina militares, el uso de esos militares para juzgar a civiles por delitos relacionados con el terrorismo plantea problemas. En la Observación general N° 13, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que el procesamiento de civiles por tales tribunales debe ser muy excepcional y ocurrir en circunstancias que permitan verdaderamente la plena aplicación de las garantías previstas en el artículo 14 (párr. 4). Los órganos de tratados interamericanos, con más de 40 años de experiencia⁶⁸, han sido más categóricos, determinando que el procesamiento

ICRC, Commentary on the Additional Protocols), p. 879, indicating that most of the guarantees listed in subparagraphs 75 (4) (a)-(j) are contained in ICCPR, the European Convention and the American Convention on Human Rights.

⁶⁷ Ibid. See similarly IACHR, *Report on Terrorism and Human Rights*, paras. 245-247.

⁶⁸ See, e.g., *Moriana Hernandez Valentini de Bazzano v. Uruguay*, communication No. 5/1977, Views of the Human Rights Committee adopted 15 August 1979, Selected Decisions Under the Optional Protocol (CCPR/C/OP/1), pp. 40-43. See similarly: IACHR, *Report on the Situation of Human Rights in the Republic of Guatemala*, OEA/Ser.L/V/II.61, doc 47, p. 96 (1983); IACHR, *Second Report on the Situation of Human Rights in Peru*, OEA/Ser.L/V/II.106, doc. 59 (2000); IACtHR, *Castillo Petruzzi et al. case*, *Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights 1999*, OEA/Ser.L/V/III.47, pp. 211-300; IACHR, *Second Report on the Situation of Human Rights in Chile*, OEA/Ser.L/V/II.37, doc. 19 (1976); IACHR, *Report on the Situation of*

de civiles, incluidos los miembros de grupos armados disidentes, por tribunales militares, contraviene el derecho fundamental a un juicio con las debidas garantías.

47. La experiencia acumulada hasta ahora sugiere abundantemente que los tribunales militares rara vez cumplen con los requisitos mínimos de independencia e imparcialidad aplicables al juicio de civiles como lo exige la normativa de derechos humanos porque el sistema de justicia militar en general no es parte del poder judicial civil independiente, sino más bien parte del poder ejecutivo⁶⁹. El uso de cortes de justicia o de tribunales especiales también es problemático porque éstos no suelen aplicar los procedimientos debidamente establecidos del proceso judicial. Entre algunas prácticas emblemáticas de estos tribunales se incluyen las violaciones del principio de la no retroactividad del derecho penal, restricciones al acceso a testigos y pruebas, y el empleo de consideraciones de seguridad nacional que no son parte de los juicios ordinarios ante los tribunales civiles, así como la reunión de pruebas para su uso ante esos tribunales por medios que violan las normas de derechos humanos. En relación con esta última práctica, el derecho internacional prohíbe claramente el uso de declaraciones involuntarias u obtenidas mediante la coacción⁷⁰, así como el uso a guisa de prueba de cualquier declaración obtenida mediante la tortura⁷¹. Donde las normas internacionales estén menos definidas, por ejemplo, la restricciones al uso de pruebas reunidas mediante un allanamiento ilícito, la consideración primordial seguirá siendo el efecto del uso de esas pruebas sobre el carácter equitativo del proceso en general⁷². Cuando haya que depender de información secreta, se establecerán salvaguardias para garantizar el principio de la igualdad de armas, incluido el acceso efectivo a la información por el juez y el abogado del acusado.

48. Desde el 11 de septiembre de 2001, algunas personas clasificadas como "enemigas" o combatientes no privilegiados han sido obligadas a comparecer para su enjuiciamiento ante comisiones militares criticadas por no satisfacer las normas mínimas para un juicio imparcial con arreglo al derecho internacional. Es importante recalcar que las salvaguardias fundamentales del debido proceso con arreglo al derecho humanitario internacional se aplican no sólo a los

Human Rights in Uruguay, OEA/Ser.L/V/II.43, doc. 19 (1978); IACHR, *Third Report on the Situation of Human Rights in Colombia*, OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1 (1999).

⁶⁹ Military courts are frequently presided over by active duty military officers who remain subordinate to their superiors in keeping with the military hierarchy, and where the manner in which they fulfil their assigned task might well play a role in their future promotions, assignments and professional rewards. These and other considerations have led international human rights supervisory bodies to declare that military courts fail to satisfy the conditions of independence and impartiality necessary to try civilians for terrorism-related or other crimes.

⁷⁰ See, e.g., ICCPR, art. 14 (3) (g); American Convention, art. 8 (2) (g), (3).

⁷¹ See, e.g., Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, art. 15.

⁷² See, e.g., ECHR, *Khan v. United Kingdom*, application No. 35394/97, judgment of 12 May 2000, *ECHR 2000-V*, para. 34.

prisioneros de guerra y a los civiles, sino también a los combatientes no privilegiados a quienes, por la razón que fuere, se les niega protección con arreglo a los Convenios de Ginebra Tercero y Cuarto. En juicios relacionados con hostilidades internacionales, estas salvaguardias responden a los principios del derecho consuetudinario incorporados en el artículo 3 común y el párrafo 4 del artículo 75 del Protocolo adicional I. Los juicios relacionados con conflictos no internacionales también deben ajustarse a las normas del artículo 3 común, complementadas por los principios del derecho internacional consuetudinario consagrados en el artículo 6 del Protocolo adicional II. Las garantías de estas disposiciones no son susceptibles de suspensión y por lo tanto constituyen normas mínimas que jamás podrán suspenderse⁷³. Por otra parte, el carácter no susceptible de suspensión de estas salvaguardias con arreglo al derecho humanitario impide cualquier suspensión que pudiese autorizarse de otra forma con arreglo a instrumentos aplicables de derechos humanos en cuanto tengan que ver con acusaciones atribuibles a las hostilidades⁷⁴. En consecuencia, durante los conflictos armados, los Estados no podrán invocar suspensiones con arreglo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos u otros instrumentos de derechos humanos para justificar no ofrecer a cualquier persona, indistintamente de su categoría, las salvaguardias mínimas de un proceso con las debidas garantías y de un juicio imparcial. Este precepto es especialmente importante en los casos vinculados con la pena capital. Concretamente, el Comité de Derechos Humanos ha estipulado que el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no podrán ser nunca "objeto de medidas que de alguna forma socaven la protección de los derechos que no son susceptibles de suspensión"⁷⁵, y por lo tanto todo juicio que entrañe la pena de muerte durante un estado de excepción deberá satisfacer todas las disposiciones del Pacto, incluidas las garantías de un juicio imparcial, previstas en los artículos 14 y 15.

J. Derecho a un trato humanitario

49. Desde el 11 de septiembre de 2001, el Relator Especial sobre la tortura y los titulares de otros mandatos han expresado preocupación por los métodos empleados por algunos Estados en la lucha contera el terrorismo, que, según se informa, procuran eludir y, por consiguiente, socavan la prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes enunciada en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Convención contra la Tortura) y otros instrumentos de derechos humanos. Estas preocupaciones incluyen las técnicas de interrogatorio usadas para obtener información de sospechosos de terrorismo, el uso en procesos judiciales de pruebas obtenidas mediante la tortura, la existencia de lugares secretos de detención, y proyectos de leyes que alentarían a las autoridades de inmigración a devolver a ciertas personas en peligro de ser víctimas de tortura precisamente a un país donde es probable que sean torturadas. Cada una de estas medidas es incompatible con la prohibición absoluta de la tortura y otras formas de malos tratos prevista en la normativa de los derechos humanos.

⁷³ ICRC, *Commentary on the Additional Protocols*, pp. 879-880, para. 3092.

⁷⁴ See ICCPR, art. 5 (2); general comment No. 29, para. 16. See similarly American Convention, art. 29 (b); IACHR, *Report on Terrorism and Human Rights*, para. 259.

⁷⁵ General comment No. 29, paras. 11, 15, 16. See similarly IACHR, *ibid.*, paras. 245-247.

50. Debe recordarse que las proscripciones de la tortura y los malos tratos están codificadas también en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos adicionales de 1977. En los Convenios de Ginebra se estipula que las personas protegidas deberán recibir en todo momento un trato humano, y se tipifican como crímenes de guerra graves la muerte, la tortura o el trato inhumano intencionales de estas personas. Además, los combatientes no privilegiados en hostilidades internacionales a los que, por la razón que fuere, se les niegue protección con arreglo a los Convenios de Ginebra, también tendrán derecho, en virtud del derecho consuetudinario, a la protección contra tortura y otros malos tratos con arreglo al artículo 3 común y al artículo 75 del Protocolo adicional I. La prohibición de los malos tratos del artículo 3 común se aplica también en todos los conflictos armados no internacionales a todas las personas que no participan o que ya no participan activamente en las hostilidades por encontrarse en manos de una parte en el conflicto.

51. Como se ha señalado anteriormente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se aplica a los actos extraterritoriales de los Estados Partes en territorio ocupado. Más aun, el derecho humanitario internacional se aplica en todo el territorio del Estado ocupado y es vinculante para los nacionales, tanto militares como civiles, de la Potencia ocupante o de las Potencias ocupantes. Así, es alarmante que, conforme a informes y fotografías publicados, varios detenidos protegidos con arreglo a los Convenios de Ginebra Tercero y Cuarto hayan sido sometidos por nacionales de Potencias ocupantes a tratos equivalentes a tortura en virtud de la jurisprudencia de los órganos de derechos humanos. Aunque algunas personas directamente implicadas en el trato ilícito de esos detenidos han sido enjuiciadas conforme se estipula en los Convenios de Ginebra, sus actividades han minado años de esfuerzos por establecer salvaguardias internacionales eficaces para el tratamiento de los detenidos en tiempo de guerra.

K. El principio de la no devolución y no expulsión de los refugiados y el traslado interestatal de personas

52. Desde el 11 de septiembre de 2001, según se informa, algunos Estados han extraditado, expulsado, deportado o de otra forma trasladado a extranjeros, algunos de ellos solicitantes de asilo, sospechosos de terrorismo, a su país de origen o a otros países donde presuntamente estarían expuestos a un peligro de tortura o malos tratos, sin atender al principio de no devolución. Este principio, incorporado en el párrafo 1 del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados⁷⁶, es absoluto y no susceptible de suspensión con arreglo a la normativa de derechos humanos, en particular el artículo 3 de la Convención sobre la Tortura.

53. En su Observación general N° 31 el Comité de Derechos Humanos hizo hincapié en que la obligación de que los Estados "respeten y garanticen los derechos reconocidos en el Pacto a

⁷⁶ Stating: "No Contracting State shall expel or return ('refouler') a refugee in any manner whatsoever to the frontiers where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion." However, subsection 2 of that same article provides that this benefit cannot be "claimed by a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is, or who, having been convicted by final judgement of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country."

todas las personas que estén en su territorio y a todas las que estén bajo su control implica que los Estados Partes están obligados a no extraditar, deportar, expulsar o hacer salir de algún modo de su territorio a una persona cuando haya razones de peso para creer que existe un riesgo real de daño irreparable, tal como el daño previsto en los artículos 6 y 7 del Pacto, en el país hacia el que se va a efectuar esa salida forzada o en cualquier país al que la persona sea expulsada posteriormente" (párr. 12). El Comité contra la Tortura ha afirmado lo siguiente en relación con el artículo 3 de la Convención contra la Tortura: "Siempre que existan motivos fundados para creer que una persona estaría en peligro de ser sometida a tortura tras ser expulsada a otro Estado, el Estado Parte tiene la obligación de no devolver a esa persona a ese Estado. El carácter de las actividades en que la persona interesada hubiera participado no puede ser una consideración sustancial al adoptarse una decisión en virtud del artículo 3 de la Convención"⁷⁷. Varios órganos regionales de derechos humanos⁷⁸ han expresado opiniones similares en relación con la prohibición de la tortura en el contexto de las expulsiones, tanto en su jurisprudencia como en sus informes.

L. El traslado de personas sospechosas de terrorismo, incluida la "entrega"

54. Los Estados tienen incuestionablemente la obligación de adoptar medidas efectivas para hacer frente a las amenazas terroristas y procurar una cooperación más estrecha con otros Estados con ese fin. Sin embargo, como se recalca en la resolución 1456 (2003) del Consejo de Seguridad, deberán hacerlo de conformidad con sus obligaciones jurídicas internacionales, en particular la normativa de los derechos humanos. En consecuencia, se han expresado graves preocupaciones en relación con el traslado, incluida la denominada "entrega" de extranjeros por ciertos Estados a otros países sin recurrir a los procedimientos de extradición, expulsión o deportación legalmente reconocidos.

55. Según se informa, en la mayoría de los traslados realizados después del 11 de septiembre, las personas trasladadas eran personas sospechosas de terrorismo, a menudo recluidas extraterritorialmente, que sin haber sido acusadas penalmente eran trasladadas a terceros Estados, según parece para su interrogatorio. Se afirma que muchos de estos Estados receptores practican sistemática o habitualmente la tortura, con frecuencia como parte de los interrogatorios. En ciertas situaciones, se informa de que algunas personas han sido trasladadas a lugares desconocidos donde han permanecido en régimen de aislamiento durante períodos prolongados o indefinidos. Al parecer, estas prácticas tienen lugar sin vigilancia judicial o salvaguardia jurídica alguna. A este respecto, el Comité de Derechos Humanos, en sus

⁷⁷ *Tapia Paez v. Sweden*, communication No. 39/1996, Views adopted on 28 April 1997, para. 6; see *Arkauz v. France*, communication No. 63/1997, para. 11.5, Views adopted on 9 November 1999.

⁷⁸ See ECHR, *Chahal v. The United Kingdom*, application No. 22414/93, judgement of 15 November 1996, *Reports 1996-V*, para. 80; ECHR, *Soering v. The United Kingdom*, application No. 24038/88, judgement of 7 July 1989, Series A No. 161, paras. 88, 113; IACHR, *Report on Terrorism and Human Rights* op. cit. at note 42, paras. 384-397; *Second Progress Report of the Special Rapporteurship on Migrant Workers and their Families in the Hemisphere*, OEA/Ser./L/V/II.111, Doc. 20 rev, 16 April 2001.

observaciones finales sobre el informe de determinado Estado, expresó "... su preocupación por los casos de expulsión de extranjeros sospechosos de terrorismo, sin que haya posibilidad de impugnar dichas medidas por la vía legal" (CCPR/CO/75/YEM, párr. 18). Los traslados en los que se ignora o se hace caso omiso del peligro para la integridad física de la persona en el Estado receptor o que no ofrecen al interesado recurso jurídico alguno son incompatibles con las obligaciones de los Estados en virtud de la normativa de los derechos humanos y, en consecuencia, no deben realizarse.

M. Garantías diplomáticas

56. También es motivo de preocupación la dependencia cada vez mayor de las garantías diplomáticas solicitadas por el Estado remitente al Estado receptor de que las personas trasladadas sospechosas de terrorismo no serán sometidas a tortura u otros malos tratos una vez en el país. Esos traslados van acompañados sólo a veces de un mecanismo de vigilancia rudimentario, la mayoría de las veces en la forma de visitas esporádicas a la persona por representantes diplomáticos del Estado remitente. Algunos Estados han afirmado que al solicitar dichas garantías cumplen con el principio de la no devolución, pero los críticos disienten de esa afirmación. En contraste con las garantías relativas al uso de la pena de muerte o el enjuiciamiento por un tribunal militar, que son fácilmente verificables, las garantías contra la tortura y otros abusos exigen una vigilancia constante por parte de personal competente e independiente. Además, el mero hecho de que se soliciten esas garantías puede interpretarse como un reconocimiento tácito por parte del Estado remitente de que de hecho la persona trasladada corre el riesgo de ser torturada o maltratada.

57. El Relator Especial sobre la cuestión de la tortura mencionó en su informe a la Asamblea General "varios casos en los que al parecer no se respetaron las garantías diplomáticas" y dijo que cabía preguntarse si la práctica de obtener garantías no se estaba convirtiendo en un sustituto de inspiración política del principio de no devolución (A/59/324, párr. 31). Su preocupación es reforzada por el hecho de que las garantías diplomáticas no son jurídicamente vinculantes, por lo que su violación no entraña sanciones. Incluso cuando las garantías van acompañadas de una vigilancia posterior a la devolución, los Estados que presuntamente practican la tortura han limitado en general el acceso a los extranjeros, en particular a médicos y abogados independientes, que suelen ser los más aptos para determinar si han ocurrido abusos. Además, esa vigilancia se ve frustrada también por el hecho de que las personas sometidas a tortura se suelen mostrar reacias a hablar sobre los abusos, temerosas de ser sometidas a nuevas torturas en represalia por sus quejas.

58. El Comité de Derechos Humanos ha expresado preocupación por las expulsiones de solicitantes de asilo sospechosos de terrorismo a sus países de origen sobre la base de esas garantías. En observaciones finales recientes, se afirma que: "cuando un Estado Parte expulsa a una persona a otro Estado basándose en la garantía dada por el Estado receptor respecto del trato que recibirá esa persona, tiene que establecer mecanismos creíbles para velar por que el Estado

receptor asegure el cumplimiento de esas garantías desde el momento de la expulsión" (CCPR/CO/74/SWE, párr. 12)⁷⁹.

59. En su informe (A/59/324), el Relator Especial sobre la cuestión de la tortura sugirió algunos factores que habría que considerar al determinar si existe un peligro de tortura o de malos tratos. Los factores pueden describirse en general como las condiciones políticas prevalecientes en el Estado receptor⁸⁰ y las circunstancias personales del individuo que lo hacen particularmente vulnerable a este peligro en el Estado receptor⁸¹. Estos factores solos, o combinados, determinarían si el principio de no devolución excluye la dependencia de las garantías. Sin embargo, el Relator Especial ha indicado que, como referencia, en circunstancias en que una persona sería devuelta a un lugar donde se practica sistemáticamente la tortura, "debe observarse estrictamente el principio de no devolución y que no debe recurrirse a las garantías diplomáticas" (ibíd., párr. 37).

60. El Relator Especial sobre la cuestión de la tortura también ha elaborado salvaguardias mínimas que podrían incluirse en cualquier garantía. Éstas incluyen disposiciones relativas al acceso rápido a un abogado; la grabación de todos los interrogatorios y la identificación de todos los presentes en la grabación; la realización de un reconocimiento médico independiente sin dilación; la prohibición de la detención en régimen de incomunicación y en lugares de detención no revelados; y la vigilancia a cargo de personas o grupos independientes que incluya entrevistas privadas. Quienes realicen esas visitas deberían ser personas calificadas en la determinación de posibles indicios de tortura o malos tratos (ibíd., párrs. 41 y 42).

⁷⁹ The Committee also stated that two visits by the sending State's embassy in three months, the first only some five weeks after the return of the person and under the supervision of the detaining authorities, indicated an "absence of sufficiently serious efforts to monitor the implementation" of the guarantees received.

⁸⁰ Paras. 35-37. The most apparent example of a prevailing political condition precluding assurances is where a receiving State is known for its systematic practice of torture or ill-treatment. It is, however, important to note that torture need not be State policy to be considered systematic. Torture "may be the consequence of factors which the Government has difficulty in controlling, and its existence may indicate a discrepancy between the policy as determined by the central Government and its implementation by the local administration" (para. 36). In either scenario, where a systematic practice of torture is found, assurances should not be utilized.

⁸¹ The Special Rapporteur on the question of torture indicated that various personal circumstances can effect the appropriateness of reliance on an assurance. These include: whether a person has been tortured or maltreated at the insistence or with the acquiescence of a public official in the receiving nation in the past; whether the person has engaged in political or other activity that would make him particularly vulnerable to the risk of torture following return; or whether the person belongs to an identifiable group based on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender, or sexual orientation and because of it is at risk of discrimination that would amount to torture or other ill-treatment. Ibid., paras. 38 and 39.

61. Habida cuenta de la obligación absoluta de los Estados de no exponer a ninguna persona al peligro de tortura por motivo de extradición, expulsión, deportación u otro traslado, no deberían usarse las garantías diplomáticas para burlar esa obligación de no devolución.

N. Derecho a la propiedad: compilación de listas y congelación de bienes pertenecientes a terroristas

62. A raíz de los ataques del 11 de septiembre, el Consejo de Seguridad⁸², las organizaciones regionales y los Estados han adoptado medidas para determinar y congelar bienes que pudieran usarse para facilitar la perpetración de actos terroristas. Esto se ha logrado en parte mediante la elaboración de listas en las que se señalan nombres de personas, grupos u organizaciones con presuntos vínculos con el terrorismo. El 8 de diciembre de 2004 el Consejo de Seguridad aprobó la resolución 1566 (2004) por la que decidió establecer un grupo de trabajo encargado de estudiar medidas prácticas, incluida la congelación de los activos financieros de "las personas, los grupos y las entidades involucrados en actividades terroristas o asociados con ellas, además de las ya enunciadas por el Comité de Sanciones contra Al-Qaida y los Talibanes" (párr. 9).

63. La determinación y congelación de los bienes pertenecientes a personas y grupos involucrados en actividades de terrorismo son medidas apropiadas y necesarias para luchar contra ese mal. A la luz de las graves consecuencias que pueden resultar de la inclusión en esas listas, debe ejercerse sumo cuidado para asegurar que no se incluya en esas listas a ninguna persona o grupo por error. Con todo, ninguna resolución pertinente del Consejo de Seguridad establece normas jurídicas precisas que rijan la inclusión de personas o grupos en listas o la congelación de bienes, ni mucho menos establece salvaguardias o recursos jurídicos en favor de las personas incluidas en esas listas por error o equivocación.

64. Esto es problemático puesto que los Estados, cuyas medidas contienen definiciones muy divergentes de terrorismo y delitos de terrorismo, no sólo redactan esas listas y dictan las órdenes de congelación de bienes, sino que suelen descuidar la revisión judicial o el derecho de apelación de las decisiones de inclusión inicial. Por lo menos en una organización regional, la inclusión en una lista como resultado de una investigación realizada por un solo Estado exige a todos los demás Estados miembros que congelen los bienes de toda persona incluida en la lista. Según se informa, en un país de otra región cerca de 400 individuos y grupos han sido declarados "terrorista mundial especialmente designado" por un organismo ejecutivo, quedando expuestos así a la confiscación o congelación de sus bienes. Los abogados de algunas de estas personas

⁸² Paragraph 1 (b) of Security Council resolution 1373 (2001) required all States to "criminalize the wilful provision or collection, by any means, directly or indirectly, of funds by their nationals or in their territories with the intention that the funds should be used, or in the knowledge that they are to be used, in order to carry out terrorist acts". Paragraph 1 (c) further required States to "freeze without delay funds and other financial assets or economic resources of persons who commit, or attempt to commit, terrorist acts or participate in or facilitate the commission of terrorist acts; of entities owned or controlled directly or indirectly by such persons; and of persons and entities acting on behalf of, or at the direction of such persons or entities, including funds derived or generated from property owned or controlled directly or indirectly by such persons and associated persons and entities".

afectadas han afirmado que esas designaciones se basan en criterios vagos y generales y que, una vez hechas, son de duración indefinida. Además, se han planteado cuestiones sobre la confiabilidad y la exactitud de la información en que se basan los Estados para compilar estas listas, que suele tratarse como material clasificado. La Asociación Internacional de Abogados señala a este respecto: "... los Estados que adoptan estas medidas suelen proteger el carácter secreto de la información que poseen. Por lo tanto, la posibilidad de impugnar la acción del Estado es limitada, puesto que las personas afectadas por las órdenes de congelación de bienes y disposiciones análogas sencillamente carecen de información sobre los motivos en que se funda la orden, y están así en desventaja respecto de cualquier impugnación que intenten contra las órdenes que las afectan"⁸³.

65. Estas inquietudes en relación con la garantía de un proceso imparcial subrayan la necesidad de someter esas determinaciones a un examen judicial bien fundado para proteger los derechos de propiedad de quienes hayan sido incluidos por error en dichas listas⁸⁴.

O. Derecho a la intimidad: reunión e intercambio de información

66. Una cuestión conexas tiene que ver con las medidas regionales y nacionales adoptadas a partir del 11 de septiembre 2001 que entrañan la reunión y el intercambio de datos personales estimados pertinentes para la prevención de actos terroristas⁸⁵. Por ejemplo, muchos Estados han incrementado considerablemente su vigilancia y la reunión de información sobre personas o grupos sospechosos de terrorismo mediante la escucha telefónica, la interceptación de correspondencia y los allanamientos de propiedades. Algunos Estados también han comenzado a reunir información y datos personales "biométricos" no sólo sobre personas sospechosas de terrorismo sino también sobre todos los visitantes extranjeros. Según parece, parte de esta información se intercambiará con otros Estados. Habida cuenta de los métodos de comunicación cada vez más perfeccionados empleados por los grupos terroristas, esas medidas de hecho pueden resultar inestimables y necesarias para identificar, infiltrar y reprimir a los miembros de esos grupos. Al mismo tiempo, muchas de estas medidas pueden violar indebidamente el derecho a la intimidad.

⁸³ IBA, Report on International Terrorism, op. cit. at note 26, p. 126.

⁸⁴ The Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe, op. cit. at note 5, states in this regard: "The use of the property of persons or organizations suspected of terrorist activities may be suspended or limited, notably by such measures as freezing orders or seizures, by the relevant authorities. The owners of the property have the possibility to challenge the lawfulness of such a decision before a court" (guideline XIV, Right to property). See also *A More Secure World: Our Shared Responsibility*, report of the High-Level Panel on Threats, Challenges and Change (New York: United Nations, 2004), para. 152: "The Al-Qaida and Taliban Sanctions Committee should institute a process for reviewing the cases of individuals and institutions claiming to have been wrongly placed or retained on its watch lists."

⁸⁵ Paragraph 3 (a) of Council resolution 1373 (2001), called upon all States to "find ways of intensifying and accelerating the exchange of operational information, especially regarding actions or movements of terrorist persons or networks."

67. El derecho a la intimidad y a la protección judicial contra la injerencia arbitraria o ilícita en ese derecho se garantizan en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en los artículos 11 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Europea, respectivamente. En estos instrumentos se estipula la suspensión de ese derecho durante auténticas situaciones de excepción. A este respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoció en el caso *Klass*⁸⁶ que las sociedades democráticas amenazadas por el terrorismo deben poder contrarrestar eficazmente esa amenaza y aceptó "... que la existencia de legislación que otorga facultades de vigilancia secreta de la correspondencia, del correo y de las comunicaciones es necesaria en condiciones excepcionales en una sociedad democrática en el interés de la seguridad nacional y de la prevención del desorden o el delito"⁸⁷. También observó que: "no obstante, el Tribunal recalca que esto no significa que los Estados contratantes gocen de discreción ilimitada para someter a las personas que se encuentren dentro de su jurisdicción a vigilancia secreta. El Tribunal, consciente del peligro que supone una ley de esa índole, que puede debilitar o incluso destruir la democracia por querer defenderla, afirma que los Estados contratantes no pueden adaptar indistintamente cualesquiera medidas que estimen apropiadas en nombre de la lucha contra el espionaje y el terrorismo"⁸⁸.

68. Se ha expresado la preocupación de que el intercambio de datos entre Estados introducirá el riesgo de que datos reunidos con un propósito se usen con otro propósito distinto, y de que también se faciliten datos sumamente sensibles a gobiernos incapaces de protegerlos adecuadamente. Además, algunos críticos afirman que podría abusarse de esas medidas de lucha contra el terrorismo con la intención de influir indebidamente en los programas políticos, comprometer la capacidad de los tribunales de garantizar que no haya abuso de poderes y debilitar la responsabilidad gubernamental permitiendo que exista un mayor secreto. Algunas de estas medidas también pueden redundar en un acceso innecesario a los registros financieros, de viajes y médicos de particulares y en una mayor posibilidad de que se someta a vigilancia innecesaria a ciertos particulares.

69. Reconociendo que esas medidas pueden injerir innecesariamente en la vida privada, el Consejo de Europa señaló en sus Directrices sobre los derechos humanos y de lucha contra el terrorismo que esas medidas, en particular los registros personales y domiciliarios, las escuchas ilícitas, las interceptaciones telefónicas, la vigilancia de la correspondencia y el uso de agentes infiltrados, deben estar previstas por ley y que la legalidad de dichas medidas debe poder impugnarse ante los tribunales (directriz VI). Más concretamente, en la directriz V se afirma que la recopilación y procesamiento de datos personales por parte de cualquier autoridad competente en materia de seguridad del Estado pueden menoscabar el respeto de la vida privada, en particular: "i) si se rigen por las disposiciones pertinentes del derecho interno; ii) son proporcionales al fin para el cual fueron previstos; y iii) pueden ser supervisados por una autoridad externa independiente".

⁸⁶ ECHR, *Klass and others v. Germany*, application N° 5029/71, judgement of 6 September 1978, Series A No. 28.

⁸⁷ Ibid., para. 48.

⁸⁸ Ibid. para. 49.

70. Además de garantizar la revisión por los tribunales nacionales de medidas antiterroristas que injieran en los derechos relacionados con la intimidad, esas medidas también exigen una vigilancia estrecha y permanente por parte de las organizaciones intergubernamentales y los órganos de supervisión competentes creados en virtud de tratados.

P. El principio de la no discriminación y las técnicas de detección de presuntos terroristas

71. Desde el 11 de septiembre de 2001, las fuerzas del orden de numerosos Estados han empleado diversas técnicas de investigación para detectar a presuntos terroristas o impedirles la entrada en su territorio nacional. Al parecer, esas técnicas comprenden el "uso de perfiles" a partir de características como la raza, el origen nacional y la religión. Las personas sometidas a esas investigaciones suelen ser extranjeros, refugiados, solicitantes de asilo y migrantes de religión musulmana y/u origen árabe. El efecto resultante, intencionado o no, puede ser la asociación de esas personas o grupos con el terrorismo y, por ende, su estigmatización.

72. Uno de los preceptos fundamentales de las normas de derechos humanos, consagrado en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en las disposiciones de otros instrumentos de derechos humanos, es la obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos de todos los individuos que estén sujetos a su jurisdicción, sin discriminación de ningún tipo. En los Convenios de Ginebra de 1949 y en sus Protocolos adicionales figuran prohibiciones comparables. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha declarado que la prohibición de la discriminación racial es una norma imperativa de derecho internacional que no admite acuerdo en contrario⁸⁹. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que el derecho a no sufrir discriminación "es inderogable, de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario"⁹⁰. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha exigido también que "los Estados y las organizaciones internacionales velen por que las medidas adoptadas en la lucha contra el terrorismo no sean discriminatorias en su finalidad o efectos por motivos de raza, color, ascendencia u origen nacional o étnico" y ha insistido en que "debe observarse el principio de la no discriminación en todos los ámbitos, en particular en los que atañen a la libertad, la seguridad y la dignidad de la persona, la igualdad ante los tribunales y las debidas garantías procesales, así como a la cooperación internacional en los asuntos judiciales y de policía en esas esferas"⁹¹. Además, el Comité de Derechos Humanos afirmó en su Observación general N° 29 que la proclamación de un estado de excepción no podría invocarse en caso alguno como justificación por un Estado Parte para incurrir en propaganda en favor de la guerra o apología del odio nacional, racial o religioso que constituyera incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia (párr. 13 e)).

⁸⁹ *Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Official Records of the General Assembly, Fifty-seventh Session, Supplement No. 18 (A/57/18)*, chap. XI, sect. C, Statement on racial discrimination and measures to combat terrorism.

⁹⁰ IACHR, *Report on Terrorism and Human Rights*, op. cit. at note 42, para. 351.

⁹¹ See *Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination*, op. cit. at note 89.

73. El principio de la no discriminación se aplica a casi todos los aspectos del trato otorgado por un Estado a las personas en relación con sus medidas contra el terrorismo. Las normas de derechos humanos no prohíben toda distinción de trato en el disfrute de los derechos. Sin embargo, sí exigen que toda distinción permisible tenga un objetivo y una justificación razonable, que persiga un objetivo legítimo y que los medios utilizados sean razonables y proporcionales al fin perseguido.

74. Diversos órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos han prestado especial atención a los efectos discriminatorios reales o potenciales de las prácticas de los Estados en la lucha contra el terrorismo. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y el Comité de Derechos Humanos lo han hecho principalmente al examinar los informes de los Estados Partes. En sus observaciones finales, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha advertido a varios Estados de que sus medidas no deberían basarse en los perfiles raciales⁹². La Comisión Interamericana ha destacado que "todo uso de perfiles o recursos similares por el Estado debe cumplir estrictamente con los principios internacionales que rigen la necesidad, proporcionalidad y no discriminación y deben estar sujetos a un estricto escrutinio judicial"⁹³. El Grupo de Tareas sobre el Terrorismo de la Asociación Internacional de Abogados ha expresado su preocupación también porque el uso de la raza, la religión o la nacionalidad como criterios para detectar a presuntos terroristas puede ser a la vez discriminatorio e ineficaz, ya que los terroristas que no se ajustan a esos criterios pueden pasar desapercibidos, mientras que los inocentes que sí cumplen esos estereotipos pueden sentirse alienados y atacados cuando su ayuda podría resultar fundamental para combatir el terrorismo⁹⁴.

75. Aunque la raza y la religión podrían ser factores importantes, no deberían ser los únicos criterios en los que los Estados se deberían basar para detectar a presuntos terroristas. La Asociación Internacional de Abogados ha observado acertadamente que esos factores sólo se deberían utilizar al aplicar criterios más específicos, que a su vez deben ser razonables. Para evaluar cuán razonables son los criterios se debe tener en cuenta la severidad de las medidas empleadas⁹⁵.

76. Teniendo en cuenta sus posibles consecuencias discriminatorias, todas esas medidas deberían ser objeto de exámenes y análisis periódicos por los órganos nacionales e internacionales competentes.

⁹² See, e.g., *ibid.*, chap. III, paras. 223 and 338.

⁹³ IACHR, *Report on Terrorism and Human Rights*, *op. cit.* at note 42, para. 353.

⁹⁴ IBA, *Report on International Terrorism*, *op. cit.* at note 26, pp. 64-65.

⁹⁵ That report indicates by example that "it might be reasonable for reasons of national security to instigate immigration screening to all male citizens from country X arriving in country Y. By contrast, it may not be reasonable to question, arrest and detain all men from country X residing in, or visiting, country Y". *Ibid.*, p. 65.

IV. LA FUNCIÓN DE LA MAQUINARIA DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO

77. En su resolución 2004/87, la Comisión de Derechos Humanos pidió al Experto independiente que examinara los medios para fortalecer la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo. Ese examen exige una evaluación sincera de la medida en que los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos y los procedimientos especiales de las Naciones Unidas han podido ocuparse de la compatibilidad de las medidas de los Estados en la lucha contra el terrorismo con sus obligaciones internacionales sobre los derechos humanos. Es particularmente importante para esa evaluación determinar si la vigilancia llevada a cabo por los órganos creados en virtud de tratados y los procedimientos especiales es verdaderamente universal, en vista de que la resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad obligó a todos los Estados Miembros a adoptar medidas de lucha contra el terrorismo. En ese análisis se estudiará también la competencia de los órganos creados en virtud de tratados y procedimientos especiales para ocuparse de todos los derechos humanos que pueden verse afectados por las medidas de los Estados en la lucha contra el terrorismo, así como la oportunidad de sus actividades de vigilancia.

A. Órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos

78. Los órganos creados en virtud de tratados vigilan el cumplimiento por los Estados de sus obligaciones de derechos humanos principalmente de dos maneras, a saber, a) examinando los informes periódicos de los Estados Partes (control administrativo), y b) examinando las comunicaciones individuales presentadas contra un Estado (control cuasi judicial). En particular, únicamente el Comité contra la Tortura y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer están facultados también para llevar a cabo investigaciones en los casos de violaciones sistemáticas de los derechos humanos⁹⁶. Como se ha señalado, desde el 11 de septiembre de 2001, los órganos creados en virtud de tratados, muy particularmente el Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Tortura y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, han examinado diversas medidas de los Estados en la lucha contra el terrorismo y han puesto en entredicho en sus observaciones finales⁹⁷ y en sus dictámenes sobre

⁹⁶ Article 20 of the Torture Convention and article 8 of the Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. In addition, CERD decided at its forty-fifth session, as part of its efforts to prevent racial discrimination, that it may decide to take early warning measures aimed at preventing existing problems from escalating into conflicts, or it may decide to initiate urgent action procedures aimed at responding to problems requiring immediate attention to prevent or limit the scale or number of serious violations of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination. See *Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Official Records of the General Assembly, Forty-ninth Session, Supplement No. 18 (A/49/18)*, para. 19.

⁹⁷ See, e.g. Human Rights Committee (CCPR/CO/81/BEL, Belgium; CCPR/CO/80/UGA, Uganda; CCPR/CO/80/DEU, Germany; CCPR/CO/80/LTU, Lithuania; CCPR/CO/80/COL, Colombia; CCPR/CO/76/EGY, Egypt; CCPR/CO/75/NZL, New Zealand; CCPR/CO/75/MDA,

comunicaciones individuales⁹⁸ la compatibilidad de esas medidas con las obligaciones contraídas por los Estados correspondientes en virtud de tratados. Asimismo, esos órganos de supervisión han formulado importantes declaraciones sobre el tema de los derechos humanos y el terrorismo⁹⁹.

79. Sin embargo, como se observó en el informe presentado por la Alta Comisionada a la Asamblea General (A/59/428), la capacidad de los órganos establecidos en virtud de tratados para abordar exhaustivamente las medidas nacionales de lucha contra el terrorismo se ve limitada por varias causas significativas. En primer lugar, sólo pueden ocuparse de las prácticas de aquellos Estados que han ratificado los tratados pertinentes. Y en segundo lugar, la vigilancia cuasi judicial está limitada únicamente a los Estados Partes que también han aceptado el procedimiento de denuncia correspondiente. Al 1º de octubre de 2004, un total de 153 Estados habían ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 150, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 138, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; 169, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; 178, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; 192, la Convención sobre los Derechos del Niño y 26, la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares¹⁰⁰.

80. De los 191 Estados Miembros de las Naciones Unidas y los 3 Estados no miembros, 41 no están sujetos a la supervisión del Comité de Derechos Humanos y 50 a la del Comité contra la Tortura, ya que esos Estados no han ratificado los tratados respectivos. Por lo tanto, la capacidad

Republic of Moldova; CCPR/CO/73/UK, CCPR/CO/73/UKOT, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland; CCPR/CO/74/SWE, Sweden; CCPR/CO/78/ISR, Israel; CCPR/CO/78/PRT, Portugal; CCPR/CO/79/LKA, Sri Lanka; CCPR/CO/79/PHL, Philippines; CCPR/CO/79/RUS, Russian Federation, and CCPR/CO/75/YEM, Yemen); Committee against Torture (CAT/C/CR/28/6, Sweden; CAT/C/CR/28/4, Russian Federation; CAT/C/CR/32/4, New Zealand; CAT/C/CR/31/1, Colombia; CAT/C/CR/31/2, Morocco; and CAT/C/CR/31/4, Yemen); Committee on the Elimination of Racial Discrimination (A/57/18, paras. 412-434, New Zealand; *ibid.*, paras. 315-343, Canada; CERD/C/65/CO/3, Kazakhstan; and CERD/C/64/CO/8, Sweden); and the Committee on the Rights of the Child (CRC/C/15/Add.228, India).

⁹⁸ See, e.g. Human Rights Committee, communication No. 981/2001, *Gómez Casafranca v. Peru*, Views adopted on 22 July 2003 (CCPR/C/78/D/981/2001) and communication No. 1033/2001, *Singarasa v. Sri Lanka*, Views adopted on 21 July 2004 (CCPR/C/81/D/1033/2001).

⁹⁹ *Report of the Committee against Torture, Official Records of the General Assembly, Fifty-seventh Session, Supplement No. 44 (A/57/44)*, chap. I, sect. K, Statement of the Committee in connection with the events of 11 September 2001; and *Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination*, *op. cit.* at note 89.

¹⁰⁰ Status of ratification of the principal international human rights treaties as of 1 October 2004, available at <http://www.ohchr.org/english/bodies/treaty/index.htm>.

de los órganos creados en virtud de tratados para vigilar la aplicación y el respeto por los Estados de los derechos consagrados en las convenciones mediante el examen de sus informes periódicos no es universal. Además, el control cuasi judicial ejercido por esos órganos es aún menos exhaustivo. Dos tratados no tienen procedimientos de denuncia¹⁰¹ y un número mucho más reducido de Estados Partes se han adherido a los procedimientos de denuncia que a los propios tratados¹⁰².

81. Además, el control administrativo o cuasi judicial ejercido por los órganos creados en virtud de tratados se limita a los derechos comprendidos en el tratado correspondiente. Así pues, los órganos creados en virtud de tratados sólo pueden vigilar las prácticas de los Estados en relación con determinados derechos¹⁰³ o determinadas categorías de personas¹⁰⁴. Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aunque comprende una nutrida variedad de derechos civiles y políticos, no abarca todos los derechos humanos (por ejemplo, los derechos económicos, sociales y culturales) afectados por las medidas nacionales de lucha contra el terrorismo. Por lo tanto, la vigilancia del Comité de Derechos Humanos no se puede considerar exhaustiva a ese respecto.

82. El control administrativo ejercido por esos órganos de supervisión está limitado también por varios factores, como el carácter periódico del sistema de presentación de informes, el volumen de trabajo pendiente, los retrasos en la presentación de los informes de los Estados y los calendarios de trabajo de los órganos creados en virtud de tratados. La periodicidad de la presentación de informes de los Estados¹⁰⁵ y el fenómeno extendido de la presentación tardía

¹⁰¹ The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and the Convention on the Rights of the Child.

¹⁰² As at 1 October 2004: 104 States are parties to the Optional Protocol to the International Covenant to the Civil and Political Rights; 56 States have made a declaration under article 22 of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment; 39 States have made a declaration under article 14 to the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination; 67 States are parties to the Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women; and 1 State has made a declaration under article 77 to the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families.

See <http://www.ohchr.org>.

¹⁰³ Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment and International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination.

¹⁰⁴ Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women; International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families; Convention on the Rights of the Child.

¹⁰⁵ Every four years for the reports to CAT (article 19 of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment) and CEDAW (article 18 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women); every two years for CERD (article 19 of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial

socavan gravemente la posibilidad de realizar una vigilancia oportuna y eficaz. El número medio de informes de los Estados examinados cada año por los órganos creados en virtud de tratados es relativamente bajo. El Comité de Derechos Humanos examina un promedio de 15 informes por año, el Comité contra la Tortura, 13, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, 20, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 15, y el Comité de los Derechos del Niño, 25. En concreto, entre octubre de 2001 y julio de 2004, el Comité de Derechos Humanos examinó los informes de 33 Estados Partes en el Pacto¹⁰⁶, y en sus observaciones finales sobre 16 de esos informes mostró su preocupación por las medidas de lucha contra el terrorismo¹⁰⁷. La Alta Comisionada informó recientemente a la Asamblea General de que al 27 de agosto de 2004 el Comité de Derechos Humanos acumulaba un total de 93 informes atrasados (55 con un retraso de al menos cinco años y 23 con un retraso de diez años o más) (A/59/428, párr. 40). El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial acumulaba 49 informes atrasados y el Comité contra la Tortura, más de 100. Varios Estados han acumulado cuatro o cinco informes atrasados para el mismo comité con el fin de dejar pasar diez años sin ser objeto de examen por ese órgano. Recientemente, algunos comités empezaron a examinar las prácticas de los Estados en ausencia de un informe¹⁰⁸.

83. El control cuasi judicial ejercido por esos órganos creados en virtud de tratados es fundamentalmente aleatorio, ya que depende de la recepción de comunicaciones individuales. La resolución de esas comunicaciones suele demorarse como mínimo tres años, si no más. Además, parece que sólo unas pocas quejas presentadas desde el 11 de septiembre de 2001 se refieren exclusivamente a las consecuencias de las medidas de lucha contra el terrorismo. Así pues, tanto el control administrativo como el examen cuasi judicial ejercidos por los órganos creados en virtud de tratados son por naturaleza más reactivos que preventivos.

84. Por esas razones, el sistema de órganos creados en virtud de tratados no permite la vigilancia universal, exhaustiva y oportuna de las medidas nacionales de lucha contra el terrorismo y de su conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

Discrimination); and every five years for reports to CRC (article 44 of the Convention on the Rights of the Child). While article 40 of the International Covenant on Civil and Political Rights does not establish periods for reporting, the Committee in practice has adopted a periodicity of four years.

¹⁰⁶ See Seventy-third to eighty-first sessions of the Human Rights Committee, available at <http://www.ohchr.org/english/bodies/hrc/sessions.htm>.

¹⁰⁷ See Human Rights Committee, *op. cit.* at note 97 above.

¹⁰⁸ For example, the Human Rights Committee has considered the situation of the Central African Republic and the Gambia in the absence of State reports, during its eighty-first and seventy-fourth sessions, respectively.

B. Procedimientos especiales de la Comisión de Derechos Humanos

85. Actualmente, la Comisión de Derechos Humanos tiene 27 mandatos temáticos y 14 mandatos por países. Al igual que los órganos creados en virtud de tratados, esos procedimientos especiales han examinando cuestiones relativas a la protección de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo (véase A/59/404, párr. 16) y en los últimos tres años han formulado importantes declaraciones conjuntas sobre la cuestión¹⁰⁹. Además, también están sujetos a diversas limitaciones que les impiden vigilar eficazmente todos los derechos humanos afectados real o potencialmente por las medidas nacionales de lucha contra el terrorismo.

86. La vigilancia ejercida por esos procedimientos especiales, salvo los mandatos específicos por países, se basa en un enfoque temático que se limita al carácter particular de cada mandato, y como cada mandato está relacionado con derechos o prácticas específicos o con un grupo concreto, el titular del mandato sólo puede evaluar los aspectos de las medidas nacionales de lucha contra el terrorismo que sean pertinentes para su mandato. El hecho de que muchos derechos humanos fundamentales afectados por las medidas de lucha contra el terrorismo no sean objeto de ningún procedimiento especial constituye otra limitación. Eso ocurre, por ejemplo, con la libertad de asociación, el derecho de huelga, el derecho de asilo y el derecho a la vida privada. Aunque los titulares de mandatos temáticos tal vez pueden ejercer un control más amplio cuando llevan a cabo sus misiones en los países, esas misiones suelen limitarse a dos o tres por año. Los titulares de mandatos específicos por países pueden tener más margen de acción al analizar los efectos de las medidas de lucha contra el terrorismo sobre el ejercicio de los derechos básicos; sin embargo, muy pocos Estados son objeto de ese procedimiento.

87. Así pues, los procedimientos especiales proporcionan un sistema difuso e incompleto de vigilancia de las medidas nacionales de lucha contra el terrorismo en la medida en que esas medidas afectan a todas las personas y los derechos humanos de los que los titulares de mandatos no se ocupan.

C. Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos

88. La Subcomisión no tiene ningún procedimiento para vigilar la compatibilidad de las medidas nacionales de lucha contra el terrorismo con las normas internacionales de derechos humanos. Además, no tiene facultad para adoptar resoluciones sobre la situación imperante en determinados países o para hacer referencias a Estados específicos en sus resoluciones¹¹⁰. Por lo

¹⁰⁹ See, inter alia: Joint statement issued on 4 November 2004 by the Chairperson-Rapporteur of the Working Group on Arbitrary Detention and the Chairperson-Rapporteur of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances; Joint statements issued by the tenth and the eleventh meetings of special rapporteurs/representatives, experts and chairpersons of working groups of the special procedures of the Commission on Human Rights, on 27 June 2003 and 25 June 2004 respectively (E/CN.4/2004/4, annex I and E/CN.4/2005/5, annex); and Joint statement issued on 10 December 2001 by special rapporteurs/representatives, experts and chairpersons of working groups of the special procedures of the Commission on Human Rights.

¹¹⁰ See Commission resolutions 1997/22 (para. 3 (b)) and 2001/60 (para. 4) and decision 2000/109.

tanto, es obvio que la Subcomisión no puede considerarse un mecanismo adecuado para supervisar las medidas nacionales de lucha contra el terrorismo.

D. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos

89. En la resolución 2004/87 de la Comisión, la resolución 58/187 de la Asamblea General y resoluciones anteriores se pidió al Alto Comisionado para los Derechos Humanos que, utilizando los mecanismos existentes, participara en el examen de la cuestión de la protección de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo, en particular examinando la cuestión, formulando recomendaciones generales y proporcionando ayuda y asesoramiento sobre la cuestión a los Estados que lo solicitaran. El ACNUDH ha hecho varias aportaciones importantes al respecto desde el 11 de septiembre de 2001, como el análisis que figuró en el informe de la Alta Comisionada a la Comisión de Derechos Humanos en su 58º período de sesiones, titulado "Los derechos humanos como marco de unión" (E/CN.4/2002/18), dos notas orientativas presentadas al Comité contra el Terrorismo del Consejo de Seguridad¹¹¹, la publicación del Resumen de jurisprudencia de las Naciones Unidas y las organizaciones regionales sobre la protección de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo¹¹² y varias declaraciones importantes formuladas por la Alta Comisionada (véase el párrafo 14). El ACNUDH ha participado también en varias conferencias sobre el tema¹¹³. Además, la Oficina ha comenzado a proporcionar asistencia técnica a los Estados, que comprende la participación en seminarios subregionales en África oriental¹¹⁴ y Centroamérica¹¹⁵ y una misión encabezada por el Comité contra el Terrorismo en el Paraguay en noviembre de 2004. El ACNUDH mantiene un diálogo permanente con el Comité para mejorar la cooperación. Es importante que las actividades de la Oficina en esta esfera continúen y, desde luego, se fortalezcan.

¹¹¹ Available at http://www.un.org/Docs/sc/committees/1373/sel_docs.html.

¹¹² HR/PUB/03/1 (2003).

¹¹³ E.g. Seventh International Conference of National Human Rights Institutions, Seoul, September 2004, with the theme "Upholding human rights during conflict and while countering terrorism".

¹¹⁴ Intergovernmental Authority on Development, Khartoum, January 2004.

¹¹⁵ Expert workshop organized by the Counter-Terrorism Committee, the Organization of American States, the United Nations Latin American Institute for the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders and the International Monetary Fund at San José, October 2004.

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

90. Como se ha señalado, la comunidad internacional debe hacer frente a la grave amenaza que representa el terrorismo de manera exhaustiva y firme. Al mismo tiempo, el Experto independiente cree que, al hacerlo, los Estados pueden y deben poner en práctica medidas eficaces de lucha contra el terrorismo que respeten el estado de derecho y sus obligaciones jurídicas internacionales. Sin embargo, como se ha indicado en el presente informe, una gran variedad de derechos humanos sufren una presión cada vez mayor o son violados por los Estados en el contexto de las iniciativas nacionales e internacionales de lucha contra el terrorismo. Por lo tanto, el Experto independiente está convencido de que este tema no es sólo propiamente una preocupación de la comunidad internacional, sino que se deberían estudiar medidas adicionales para fortalecer la protección de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo.

91. Es importante reconocer que el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas ha adoptado medidas significativas para ocuparse de la protección y promoción de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo. No obstante, el Experto independiente considera que, teniendo presentes las insuficiencias del alcance de los sistemas de vigilancia de los procedimientos especiales y los órganos creados en virtud de tratados y la necesidad acuciante de fortalecer las salvaguardias de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo, la Comisión de Derechos Humanos debería estudiar la creación de un procedimiento especial con un mandato pluridimensional para vigilar las medidas de los Estados en la lucha contra el terrorismo y su compatibilidad con las normas internacionales de derechos humanos. Para ser un mecanismo de vigilancia eficaz, ese procedimiento especial debería tener los atributos siguientes: su mandato debería englobar todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente y hacerse extensivo a todos los Estados; debería estar facultado para prestar asistencia técnica a los gobiernos en el diseño de las medidas de lucha contra el terrorismo; debería estar facultado para recibir información creíble de fuentes gubernamentales, intergubernamentales y no gubernamentales y para dialogar con los gobiernos; debería informar directamente a la Comisión de Derechos Humanos; debería estar capacitado y facultado para llevar a cabo varias visitas *in situ* por año; debería estar facultado para consultar e intercambiar información con el Comité contra el Terrorismo del Consejo de Seguridad, y esa colaboración se debería fomentar; debería intercambiar información y participar en actividades de cooperación con la Oficina del Alto Comisionado y con otros titulares de mandatos y órganos creados en virtud de tratados pertinentes; y debería consultar con órganos intergubernamentales y de derechos humanos regionales y subregionales. Además, el titular del mandato debería tener conocimientos técnicos demostrables sobre las normas de derechos humanos, así como un conocimiento amplio del derecho internacional humanitario, el derecho penal y el derecho de los refugiados.

92. Debería entenderse que ese procedimiento especial complementaría, y no sustituiría, la labor de los demás procedimientos especiales y órganos creados en virtud de tratados, que seguirían ocupándose de las cuestiones relativas a la protección de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo en el marco de sus mandatos respectivos. Concebido de esa manera, el nuevo mecanismo podría contribuir activamente a velar por que las medidas adoptadas por un Estado en la lucha contra el terrorismo se ajustaran a sus obligaciones jurídicas internacionales, en particular las normas internacionales de derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho de los refugiados, como han pedido la Asamblea General¹¹⁶, el Consejo de Seguridad¹¹⁷ y la Comisión de Derechos Humanos¹¹⁸.

¹¹⁶ Resolution 57/219 of 18 December 2002 and resolution 58/187 of 22 December 2003.

¹¹⁷ Resolution 1456 (2003) of 20 January 2003.

¹¹⁸ Resolutions 2003/68 of 25 April 2003 and 2004/87 of 24 April 2004.