

Jordi Bonet PÃ©rez

## Indiferencia

### Sobre el empleo desproporcionado de la excepcionalidad

Indiferencia: Estado de Ã¡nimo en que no se siente inclinaciÃ³n ni repugnancia hacia una persona, objeto o negocio determinado ([www.rae.es](http://www.rae.es))

ï»¿

Cuando en el anterior nÃºmero de esta revista realicÃ© una aportaciÃ³n sobre disruptiÃ³n tecnolÃ³gica y trabajo, poco imaginaba que me verÃ­a impelido a repetir â€”eso sÃ­, por un asunto diametralmente opuestoâ€” como colaborador de la revista. Sin embargo, pensÃ¡ndolo bien, esta nueva aportaciÃ³n desgraciadamente se alinea de modo directo con otra algo anterior, publicada en 2013, con el tÃ­tulo â€œExcepcionalidad, dignidad humana y ordenamiento jurÃ©dico internacionalâ€•. Lo que resulta lamentable es que, cinco aÃ±os despuÃ©s, las consecuencias negativas para el respeto a la dignidad humana del empleo desproporcionado de la excepcionalidad y, consecuentemente, de la vulneraciÃ³n del ordenamiento jurÃ©dico internacional en materia de derechos humanos, sigan aflorando, como hilillos negros que embadurnan el suelo Ã©tico (y estÃ©tico) de los paÃ­ses europeos y sus aliados. Pero, como se comentarÃ¡ despuÃ©s, mÃ¡s lo es todavÃ­a la desidia (y quizÃ¡ la autocomplacencia) con que las sociedades europeas contemplan la pÃ©rdida que ello ha supuesto para la credibilidad de los adalides de la libertad y los derechos humanos (por cierto, muy cuestionable por otros asuntos a los que no me referirÃ©, como el del tratamiento de las miles de personas de otras nacionalidades que llegan a nuestras costas).

Ã¿QuÃ© me ha movido a escribir otra vez y no dejar en paz a los lectores?

El dÃ­a 31 de mayo de 2018 la secciÃ³n 1.ª del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se pronunciÃ³, nuevamente en un sentido favorable a los demandantes [1], sobre el tema de la existencia en el territorio de Estados Miembros del Consejo de Europa y de la UniÃ³n Europea de centros de detenciÃ³n secretos (*black sites*) vinculados a la ejecuciÃ³n del Programa HVD (High-Value Detainee Program) de la CIA estadounidense. En esencia, la CIA se dedicaba en estos centros a extraer informaciÃ³n, con mÃ©todos poco respetuosos con los derechos humanos, a las personas privadas de libertad bajo la sospecha de encontrarse vinculadas a *Al-Qaeda* o a grupos talibanes, en el marco de las operaciones de lucha contra el terrorismo desencadenadas tras los atentados del 11 de septiembre de 2001.

La razÃ³n de que los dos demandantes hayan obtenido una segunda sentencia favorable del TEDH responde a que cada uno de ellos ha acumulado dos perÃ­odos diferenciados de privaciÃ³n de libertad, en las condiciones definidas por el Programa HVD, en dos Estados europeos distintos:

- El 24 de julio de 2014 la SecciÃ³n 4.ª del TEDH sentenciÃ³ sobre la detenciÃ³n secreta de ambos demandantes en un centro en Polonia (*asunto Abu Zubaydah c. Polonia y asunto Al Nashiri c. Polonia*). El perÃ­odo de detenciÃ³n secreta, antes de ser trasladados por primera vez a GuantÃ¡namo, fue, respectivamente, del 4.º al 5.º de diciembre de 2002 al 22 de

septiembre de 2003, y del 4 al 5 de diciembre de 2002 al 6 de junio de 2003.

- El 31 de mayo de 2018, en relación con los mismos demandantes, se ha juzgado su sometimiento a detención secreta, respectivamente, en Lituania (*Abu Zubaydah c. Lituania*) y en Rumanía (*asunto Al Nashiri c. Rumania*). El período de detención secreta tuvo lugar, respectivamente, del 17 o 18 de febrero de 2005 al 25 de marzo de 2006, en Lituania, y del 12 de abril de 2004 al 6 de octubre de 2005 (o, probablemente, hasta el 5 de noviembre de 2005) en Rumania, antes de ser trasladados por segunda vez a Guantánamo, donde se encontraban privados de libertad desde el 5 de septiembre de 2006.

Tal y como pasara en las dos sentencias anteriores que condenaron a Polonia, el nudo gordiano de las nuevas sentencias del TEDH ha sido la determinación de los hechos. Téngase presente que el estándar de prueba del TEDH parte de que los hechos deben quedar establecidos más allá de cualquier duda razonable, mediante inferencias probatorias sólidas, claras y coherentes o de presunciones irrefutables, sin perjuicio de que jurisprudencialmente exista una especificidad probatoria respecto a asuntos relativos al derecho a la vida y/o la prohibición de la tortura (artículos 2 y 3 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales “desde ahora, el CEDH”) cuando se trata de personas bajo custodia (o en gran parte bajo custodia) de las autoridades públicas de los Estados Partes, emplazándose entonces a las autoridades públicas a ofrecer una explicación satisfactoria y convincente en torno a los daños sufridos por las personas custodiadas [2].

Bajo estos parámetros, se debe partir de que Lituania y Rumania cuestionaron la existencia de pruebas suficientes sobre la presencia de los demandantes en su respectivo territorio y la actuación de la CIA con la connivencia de las autoridades estatales. Esto no hace más que subrayar las obvias dificultades objetivas para disponer de pruebas testimoniales y documentales directas, considerando tanto la naturaleza y propósito del Programa HVD como la situación personal de los demandantes durante el proceso ante el TEDH, así como el tipo de interrelación subyacente entre los Estados demandados y el Estado que ejecuta el Programa HVD. El TEDH, constatadas esas dificultades objetivas (entre otras cosas, debido a las restricciones existentes para el contacto de los demandantes con el mundo exterior), reconstruye los hechos a partir, sobre todo, de información recopilada de numerosas fuentes públicas: pruebas obtenidas a partir de investigaciones internacionales, documentos desclasificados de la CIA, otras fuentes públicas, y el testimonio de expertos que comparecieron ante el TEDH. En definitiva, el TEDH establece los hechos, en gran medida, a partir de pruebas circunstanciales.

El resumen de los hechos probados, más allá de lo ya expuesto, puede ser el siguiente:

- El demandante Abu Zubaydah estuvo detenido hasta el 27 de marzo de 2004 en Guantánamo, siendo transferido vía aérea a Marruecos, donde permaneció entre esa fecha y el 17 o 18 de febrero de 2005, en que previsiblemente fue enviado a Lituania. En este país, existía en aquel momento (y al menos hasta 25 de marzo de 2006, fecha en que el demandante fue trasladado en dirección a Guantánamo) un centro de detención secreto (*Detention Site Violet*). Más allá de toda duda razonable, el TEDH determina que las autoridades lituanas: conocían la naturaleza y propósitos de la actividad de la CIA en su territorio; al aprobar el establecimiento del centro de detención secreto de la CIA donde estuvo el demandante, habilitaron a la CIA para usar su espacio aéreo y sus aeropuertos

y ocultaron los movimientos aÃ©reos de entrega de los detenidos; proveyeron de logÃstica y servicios, incluido el aseguramiento de locales y del transporte por tierra de los agentes de la CIA y los detenidos; y cooperaron en la preparaciÃ³n y ejecuciÃ³n de las operaciones de entrega, detenciÃ³n secreta e interrogatorios en su territorio.

- El demandante Al Nashiri, por su parte, estuvo detenido entre el 12 de abril de 2004 y el 6 de octubre de 2005 (o incluso puede que hasta el 5 de noviembre de 2005) en un centro secreto semejante al lituano, en Rumania. El resto de extremos no difieren de la valoraciÃ³n de los hechos que se dan por probados en el caso del otro demandante.

En consecuencia, las autoridades lituanas y rumanas sabÃan, cuando habilitaron a la CIA a mantener a sospechosos de terrorismo detenidos en su territorio en las condiciones constatadas y al cooperar y asistir al Gobierno estadounidense, que se exponÃan a un grave riesgo de ser responsables de tratos contrarios al CEDH. No resulta muy gratificante la observaciÃ³n del TEDH de que esta cooperaciÃ³n y apoyo tuvo su compensaciÃ³n econÃ³mica: una prÃctica general con los paÃses que autorizaron la existencia de tales centros de detenciÃ³n en su territorio.

Constatado como punto de referencia previo que los hechos enjuiciados se habÃan producido bajo la jurisdicciÃ³n de ambos Estados (mÃis allÃ de que Ãstos alegasen no ejercer control efectivo sobre las conductas objeto del proceso) [3], la Sala del TEDH condenÃ³ por unanimidad a ambos:

- Por violaciÃ³n del artÃculo 3 CEDH: tanto en la vertiente procesal (falta de investigaciÃ³n) como en la vertiente sustantiva (determinaciÃ³n de conductas constitutivas de vulneraciÃ³n de la prohibiciÃ³n de tratos inhumanos o degradantes). En lo concerniente a la vertiente sustantiva, tanto en lo relativo a la complicidad con los tratos inhumanos sobre los detenidos desde su llegada y hasta su salida de los centros secretos, como por Â permitir la transferencia de los detenidos fuera de su territorio, con el consiguiente riesgo real de seguir recibiendo un trato contrario al artÃculo 3 CEDH.
- Por violaciÃ³n del artÃculo 5 CEDH (derecho a la libertad y a la seguridad), por el mantenimiento de la situaciÃ³n de detenciÃ³n secreta en su territorio y por la autorizaciÃ³n para su traslado fuera del paÃs, con el consiguiente riesgo real de seguir estando en esa situaciÃ³n.
- Por violaciÃ³n del artÃculo 8 CEDH (derecho a la vida privada y familiar), en relaciÃ³n con el mantenimiento de una situaciÃ³n de detenciÃ³n ilegal y secreta.
- Por violaciÃ³n del artÃculo 13 CEDH (derecho a un recurso efectivo), por la inexistencia en Lituania y Rumania de elementos invocables por los detenidos.
- En el caso del demandante Al Nashiri, ademÃs, por violaciÃ³n del artÃculo 6,1 CEDH (derecho a un proceso equitativo), debido a que la transferencia fuera del propio territorio implicaba un riesgo real de flagrante denegaciÃ³n de justicia, y por violaciÃ³n de los artÃculos 2 y 3 CEDH, asÃ como del artÃculo 1 del Protocolo 6 (aboliciÃ³n de la pena de muerte), debido a que la transferencia fuera del propio territorio implicaba un riesgo real de que se aplicase la pena de muerte.

A ambos demandantes, asimismo, se les concede una satisfacciÃ³n equitativa de 100.000â,- (y otros 30.000â,- al demandante Abu Zubaydah en concepto de gastos y costas). Igualmente, conforme a la obligatoriedad de las sentencias a partir del artÃculo 46 CEDH, y en relaciÃ³n con la falta de investigaciÃ³n pertinente constatada, se ordena que los Estados reactiven de inmediato

la investigación penal.

Este análisis sucinto de las sentencias invita a una valoración crítica.

Las sentencias son reveladoras de la indignidad que ha venido componiendo la esencia principal de identidad de la denominada *guerra contra el terrorismo* "concepto de difícil encaje como conflicto armado internacional o interno dentro del ordenamiento jurídico internacional". El tipo de excepcionalidad a la que da origen se aparta de cualquier parámetro de legalidad internacional, ya que no respeta ni por asomo las condiciones habilitantes que los tratados internacionales y el derecho consuetudinario establecen para que el Estado pueda acomodar sus políticas en supuestos excepcionales que amenazan la vida de la nación, de modo que haya un mínimo respeto a los derechos humanos. La pura política de fuerza y de privación de toda dignidad contra el enemigo eleva la lógica del *derecho penal del enemigo* hasta un nivel aparentemente impensable en sociedades democráticas. Asimismo, es obvio que las violaciones de derechos humanos son muy graves, tanto por su intensidad como porque afectan a derechos humanos considerados en buena medida como parte del *ius cogens* internacional, algo por tanto indisponible en cualquier circunstancia por los Estados.

La crítica al Estado que propicia y expande las prácticas reveladas por ambas sentencias debe extenderse, por supuesto, a los Estados europeos cómplices de tales políticas de excepcionalidad. La existencia de un círculo vicioso de excepcionalidad e indignidad entre Estados que siempre han venido autoproclamándose adalides de la democracia y de los derechos humanos, pese a su evidencia, no deja de entristecer. De manera inmoderada, supedita los derechos humanos, en definitiva, a cualquier consideración de seguridad nacional o de interés excepcional.

Aquí se quiere hacer una especial referencia a la complicidad europea, sea indirecta (silencio o leve susurro crítico) o directa, a través de la colaboración con el Programa HVD. Uno quisiera seguir hablando de valores tales como la dignidad humana o la justicia, pero debe inclinarse por sugerir que la dimensión axiológica es otra, y que la misma destila supeditación, miedo y cierta comodidad, ante la previsión de que sea un tercer Estado quien tome la iniciativa en orden a minimizar el problema de ese nuevo terrorismo global. Parece mejor no buscar otra senda, y tampoco pensar en ella, ante el riesgo de enojar al gran aliado que ha buscado en la excepcionalidad una forma de alentar un cierto nivel de venganza contra el enemigo.

No obstante, el título quiere evocar otra cosa.

Como se desprende de las fuentes de información que utiliza el TEDH para probar los hechos, ya antes de 2014 existían informes elaborados en el seno de distintas Organizaciones internacionales que revelaban total o parcialmente los indicios señalados por el TEDH; entre ellos, informes elaborados en el seno del Consejo de Europa y de la Unión Europea. Pues bien, estos informes no habían conseguido hasta el momento despertar del todo ni a la opinión pública europea ni a las instituciones europeas, defensoras a ultranza de los derechos humanos. Las reacciones habían resultado más bien tibias, medidas, como si no se quisiera señalar demasiado con el dedo al aliado o a los propios Estados cómplices, pese a que todos supieran bastante de lo que sucedía "en este sentido, las víctimas de la excepcionalidad no importaban".

¿Y hoy? Las sentencias de 31 de mayo de 2018 tampoco parecen haber encendido demasiado las conciencias de los dirigentes políticos europeos; por no hacerlo, tampoco parecen hacer mella en las sociedades europeas ni en las opiniones públicas. Unas pocas noticias de prensa se han hecho eco de ellas y poco más. ¿Reacción generalizada a escala europea de las opiniones públicas? ¿Reacción institucionalizada? Quizá se piense que los hechos quedan muy lejos en el tiempo, o que este tipo de centros de detención secreta ya no existen (¿seguro?), más allá de la obiedad de su *lugar madre*: Guantánamo.

Eso es indiferencia: por lo sucedido, por su significación política y jurídica, por el terror y los padecimientos de las personas sometidas a ese trato en nombre de la democracia y de la libertad. Indiferencia que corroe sociedades, sus mejores valores y costumbres, sus políticas basadas en el ser humano. Aceptación sin demasiadas preguntas de una excepcionalidad continuada, consolidada en el miedo y la claudicación frente a las voces de la dignidad y la justicia. Indiferencia de muchos, para todos.

Esta indiferencia me trae a colación la frase que lanzara el Dr. Juan Antonio Carrillo Salcedo en la primera sesión de un curso en Santander de la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo (*Globalización y ordenamiento jurídico internacional*, 1999), dicha con sentimiento y pausa: «duerme, duerme, duerme».

Indiferencia, así, es aletargamiento ante lo que sucede y cambia las vidas de las personas. Es sueño profundo ante la construcción indebida de la excepcionalidad que prescinde de la legalidad. Un sueño del que quizá despertemos cuando realmente afecte a toda persona que no comulgue con los parámetros ideológicos dominantes. Tal vez entonces sea tarde para arrepentirse de un sueño tan profundo...

Por cierto, ambas sentencias no dejan de hacer referencia a los aeropuertos españoles en donde los vuelos identificados podían hacer escala.

Â

#### Notas:

[1] Previamente: ECHR, *Husayn (Abu Zubaydah) v. Poland*, no. 7511/13, 24 July 2014 y *Al Nashiri v. Poland*, no. 28761/11, 24 July 2014.

[2] *Abu Zubaydah v. Lithuania*, no. 46454/11, §§ 480-484, 31 May 2018 y *Al Nashiri v. Romania*, no. 33234/12, §§ 480-484, 31 May 2018

[3] «Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título I del presente Convenio» (art. 1 CEDH). ¿