



association pour la prévention de la torture
asociación para la prevención de la tortura
association for the prevention of torture

- **PELIGROSO USO DEL FRUTO DEL ÁRBOL ENVENENADO**

Compartir información con Estados que emplean la tortura





association pour la prévention de la torture
asociación para la prevención de la tortura
association for the prevention of torture

Peligroso uso del fruto del árbol envenenado

**Compartir información con
Estados que emplean la tortura**

Título original en inglés:

***Beware the gift of poison fruit
Sharing information with States that torture***

La Asociación para la Prevención de la Tortura (APT) es una organización no gubernamental con sede en Ginebra, que trabaja a nivel mundial para prevenir la tortura y otros malos tratos.

La APT fue fundada en 1977 por el banquero y abogado suizo, Jean-Jacques Gautier. Desde entonces, la APT se ha convertido en una organización líder en su campo. Su experiencia y recomendaciones son solicitadas por organizaciones internacionales, gobiernos, instituciones de derechos humanos y otros actores. La APT ha jugado un papel clave en el establecimiento de normas internacionales y regionales y en la creación de mecanismos para prevenir la tortura, entre ellos el Protocolo Facultativo de la Convención de la ONU contra la Tortura.

La APT visiona un mundo sin tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Copyright © 2013, Asociación para la Prevención de la Tortura (APT).
Todos los derechos reservados. Los materiales contenidos en la presente publicación pueden ser libremente citados o reimprimos, siempre que se reconozca la fuente. Las solicitudes de permiso para reproducir o traducir la publicación deben ser dirigidas a la APT.

ISBN 978-2-940337-66-8

Diseñado por minimum graphics (version española: Anja Härtwig, APT)

Ilustración: Yara Kassem

Traducción al español y relectura: Raquel Mora-Dawson, Joana Ricart Sala

Impresión: Imprimerie Villi®, Francia, 2014

Índice

Agradecimientos	v
Introducción	1
Índice	
Resumen	2
Contexto: Defender los derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo	5
Prácticas nacionales	9
¿Cuál es el problema?	19
¿Cómo deberíamos responder al dilema moral?	21
¿Constituye una violación del derecho internacional?	23
Normas nacionales existentes desde la perspectiva del derecho internacional	33
Principios internacionales para las agencias ejecutivas	39
Conclusión	49
Anexo - Recopilación del antiguo Relator Especial, Martin Scheinin, de buenas prácticas sobre los marcos y las medidas de carácter jurídico e institucional que permitan garantizar el respeto de los derechos humanos por los servicios de inteligencia	51



Federal Foreign Office



Human Rights

La APT agradece al Ministerio de Asuntos Exteriores de Alemania por su apoyo.

Agradecimientos

Este texto fue preparado por la Asociación para la Prevención de la Tortura (APT) basándose en las consultas con los individuos y las organizaciones siguientes que participaron en una reunión en Ginebra en noviembre de 2013. La APT querría reconocer la labor de Matthew Sands, Asesor Jurídico, que elaboró este informe, y dar las gracias a Linda Beatrice Louis por su asistencia en el proyecto.

- Juan Méndez, Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes
- Andrew Clapham, Profesor de Derecho Público Internacional en el *Graduate Institute*, Ginebra y Director de la *Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights*
- Sarah Fulton, Responsable Jurídica Internacional, REDRESS
- Gwilym Hughes, Director, Oxford Intelligence Group
- Ziad Kaed Bey, Jefe del Departamento de Derechos Humanos, Fuerzas de Seguridad Interna (Ministerio del Interior), Líbano
- Michael Kellett, antiguo agente de policía del Reino Unido y asesor del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT)
- Alex Neve, Secretario General, *Amnesty International* Canada
- Monalisa Noowe Kakono, Jefa del Departamento de Derechos Humanos, Jefatura de Inteligencia Militar de Uganda
- Mona Rishmawi, Jefa de la Subdivisión de Estado de Derecho, Igualdad y No Discriminación, Alto Comisionado para los Derechos Humanos
- James Ross, Director Jurídico y de Políticas, Human Rights Watch
- Matthew Sands, Asesor Jurídico, Asociación para la Prevención de la Tortura
- Gerald Staberock, Secretario General, Organización Mundial Contra la Tortura
- Mark Thomson, Secretario General, Asociación para la Prevención de la Tortura

PELIGROSO USO DEL FRUTO DEL ÁRBOL ENVENENADO

La reunión se celebró bajo las normas de *Chatham House*, las cuales establecen que las personas que participan pueden utilizar la información recibida, pero no se puede revelar ni la identidad ni la afiliación de ponentes ni de ningún otro participante.

Ninguna declaración incluida en este informe puede atribuirse a participante alguno, ni conjunta ni individualmente.

Introducción

En noviembre de 2013, la Asociación para la Prevención de la Tortura (APT) recibió a un grupo de especialistas para examinar las implicaciones prácticas y jurídicas del intercambio y uso por parte de las agencias ejecutivas de información obtenida bajo tortura. El grupo examinó si y cómo se pueden adoptar normas para guiar el comportamiento de los Estados con el fin de que cumplan con todas las normas internacionales aplicables en el intercambio y uso de información obtenida bajo tortura. La reunión se celebró bajo las normas de *Chatham House* y este informe se basa en los argumentos presentados en su transcurso.

Resumen

La tortura es una práctica aberrante y está totalmente prohibida. Está prohibida en los tratados internacionales, el derecho internacional consuetudinario y las garantías constitucionales de casi todos los Estados. Sin embargo, a pesar de su evidente ilegalidad, la tortura se continúa practicando en Estados de todo el mundo.

Tras los ataques terroristas de 2001, la cooperación en materia de inteligencia entre Estados ha aumentado de manera significativa. Las agencias de policía, seguridad e inteligencia (en lo sucesivo “agencias ejecutivas”) de varios Estados han demostrado estar dispuestas a utilizar información obtenida bajo tortura y compartir información que más tarde se ha utilizado para maltratar a personas detenidas en el extranjero. Esta cooperación, en particular entre Estados que emplean la tortura sistemáticamente, deja a las agencias ejecutivas y a sus agentes expuestos a acusaciones de complicidad.

En algunos casos las agencias ejecutivas parecen haber participado activamente en la tortura, pasando de ser cómplices a autoras directas del maltrato.

La aparente disposición de los Estados a violar la prohibición absoluta de la tortura es sumamente lamentable. Ahora, más de una década después de que se iniciara la guerra contra el terrorismo, las agencias ejecutivas tienen la oportunidad de sopesar cuáles deberían ser los límites permisibles de la cooperación para restituir la dignidad de la prohibición absoluta de la tortura, que constituye una norma imperativa (*ius cogens*) del derecho internacional.

Existen varias razones importantes por las que los Estados deberían reconsiderar cómo cooperan con Estados que emplean la tortura. La información recibida de estos Estados es automáticamente sospechosa y probablemente sea poco fiable, malgastando así tiempo y recursos de las agencias ejecutivas. Además, al compartir información con estos Estados o depender de información que podría haber sido obtenida a través de la tortura, los Estados alientan la tortura y crean un mercado para sus productos.

Sin embargo, no podemos ignorar fácilmente los serios desafíos prácticos y jurídicos a los que se enfrentan las agencias ejecutivas cuando examinan información potencialmente relevante. La información casi nunca se clasifica como 'información obtenida bajo tortura' y los y las agentes ejecutivos a menudo no conocen las condiciones en las que se obtuvo la información de la que dependen. Tampoco está claro que incluso en circunstancias en las que se sabe que la información se ha extraído bajo tortura, ésta no debería utilizarse para proteger a personas de amenazas graves o responder y eliminar una amenaza apremiante contra la vida.

Aunque queda claro que los Estados no suspenderán totalmente lo que pueden ser relaciones mutuamente beneficiosas con Estados que emplean la tortura, las agencias ejecutivas deberían considerar si un enfoque preventivo más estratégico de la cooperación sería más eficaz para poner fin a las sistemáticas políticas de tortura y evitar acusaciones de complicidad.

Podríamos invocar diferentes obligaciones del derecho internacional para demostrar que la relación de intercambio activo de información con Estados que hacen uso de la tortura puede llevar a una violación de la prohibición de la tortura. Aunque existen desafíos para limitar la responsabilidad por la tortura infligida en el extranjero en situaciones más allá del control inmediato de un Estado, los principios de responsabilidad estatal y responsabilidad individual indican que aún así se podría tratar de una violación de la prohibición absoluta de la tortura.

Entre las obligaciones principales de la prohibición de la tortura, los deberes dimanantes de no exponer a una persona al riesgo de tortura en el extranjero y excluir información obtenida a través de la tortura se podrían tener en cuenta a la hora de explorar los límites permisibles de la actuación ejecutiva.

Tanto Canadá como el Reino Unido han publicado directrices para sus actores ejecutivos para evitar acusaciones de complicidad en delitos de tortura cometidos en el extranjero cuando cooperan con agencias extranjeras. Independientemente de si la interpretación restrictiva de las normas aplicables es aceptable o no, la presentación a examen público de directrices de este tipo es una buena práctica que debería ser recibida con satisfacción y seguir siendo desarrollada.

A partir de este análisis se pueden identificar diferentes principios y

áreas para un estudio más profundo. Ante la ausencia de principios claramente convenidos y la existencia de prácticas nacionales inconsistentes, se necesita con urgencia desarrollar normas reconocidas internacionalmente que cubran el vacío normativo que ha llevado al silencio ante algunas infracciones indignantes de la prohibición absoluta de la tortura.

Contexto: Defender los derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo

“La guerra contra el terrorismo se sigue utilizando como justificación para el intercambio indiscriminado de grandes cantidades de información sumamente delicada. Los que suministran la información no cuentan con una visión de conjunto de quién recibe la información y qué uso o uso indebido se da a la misma. [...] Se requiere un filtro jurídico con más urgencia que nunca”.¹

Desde los ataques terroristas contra Estados Unidos en 2001, la cooperación en materia de inteligencia entre Estados ha aumentado significativamente.² El aumento de solicitudes para hacer seguimiento y ocuparse de múltiples amenazas terroristas mundiales ha provocado que casi todos los servicios de inteligencia, seguridad y policía entablen relaciones, cada vez más frecuentes y de manera más extendida, con Estados con un historial deplorable en materia de derechos humanos.

El reciente examen de los fracasos en el área de la inteligencia ha situado las políticas de intercambio de información a la luz pública y ha dado lugar a amplios debates acerca de si el intercambio y el uso de información obtenida bajo tortura y otras prácticas abusivas pueden considerarse justificables, apropiados o legítimos. La información de dominio público disponible actualmente ha demostrado de forma creciente que la información obtenida a través de la tortura continúa usándose de manera generalizada en variedad de actuaciones ejecutivas.

¹ European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR), *Torture and the Use of Information in Countering Terrorism*, Berlín, 31 de octubre de 2011, pág. 30. [Traducción propia]

² Véase la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad, que pedía a todos los Estados que intensificaran y agilizaran el intercambio de información operacional y cooperaran para prevenir y reprimir los ataques terroristas. Véase también la Resolución 1624 (2005), que hacía hincapié en que los Estados deben asegurarse de que cualquier medida adoptada para luchar contra el terrorismo se ajuste a las obligaciones que les incumben en virtud del derecho internacional.

La ‘información’ o ‘inteligencia’ es utilizada por varios agentes ejecutivos con diferentes propósitos. Puede emplearse para establecer la base de una investigación penal, justificar una detención administrativa, influir en sanciones o decisiones de inmigración, impulsar políticas gubernamentales o dirigir operaciones de inteligencia en el extranjero. La variedad de usos de la información o inteligencia plantea serias preguntas acerca de la fiabilidad de la información subyacente y la manera en la que se obtiene, comparte y utiliza.

En última instancia, este informe, y la reunión en la que se ha basado, tiene por objeto encontrar algunas respuestas al siguiente dilema, el cual se ha retomado en los últimos años al salir a la luz más acusaciones de abusos por parte de las agencias ejecutivas: ¿Cómo deberían tratar las autoridades la información que supuestamente se ha extraído bajo tortura u otras formas de malos tratos o que probablemente se vaya a utilizar para cometer actos de tortura u otras formas de malos tratos si se comparte, pero que puede ser relevante para el trabajo de las agencias ejecutivas y los tribunales?

Tradicionalmente, los actores estatales han buscado la inspiración y orientación para su labor en las normas adoptadas en el ámbito nacional e internacional. Sin embargo, las leyes nacionales contra la tortura casi nunca se centran en el trabajo de los y las agentes de seguridad e inteligencia y se puede recurrir a pocas normas internacionales para abordar con precisión suficiente las cuestiones de forma práctica. Por lo tanto, los actores estatales admiten tener dificultades a la hora de entender los límites aceptables de sus actuaciones ejecutivas. Ante esta aparente laguna de normas jurídicas, ha llegado el momento de examinar la ética y la legislación que se aplica al uso de información obtenida bajo tortura o al intercambio de información que probablemente llevaría a actos de tortura en el extranjero.³

Los Estados han preferido no someter el trabajo de sus agencias de inteligencia y seguridad a ningún control ni supervisión internacional y, a diferencia de los y las agentes encargados de hacer cumplir la ley, no existen normas que ofrezcan consejos o directrices para

³ En diciembre de 2013 se publicó un informe que resumía el trabajo preparatorio de la Investigación sobre personas detenidas y destacaba los temas merecedores de una investigación más profunda, haciendo hincapié en las cuestiones centrales de este análisis. Véase “*Report of the Detainee Inquiry*”, en <https://www.gov.uk/government/publications/report-of-the-detainee-inquiry>.

realizar su labor.⁴ La falta de directrices puede llevar a la conclusión errónea de que este tipo de cooperación en materia de inteligencia y el intercambio de información no están sujetos al derecho internacional.

La impresión de que el derecho internacional guarda silencio con respecto a este asunto es equivocada. Aparte de diversos instrumentos internacionales que prohíben la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en todas sus formas, incluido mediante consentimiento, conformidad o complicidad, los conceptos dimanantes de la responsabilidad del Estado también podrían indicar en qué medida los Estados tienen la obligación de no fomentar o reconocer como lícitos los actos de tortura cometidos en el extranjero.

Por supuesto, cualquier análisis se ve desfavorecido por el hecho de que una gran parte de la información sobre cómo las agencias de inteligencia y seguridad reciben, comparten y dependen de la información es, por su naturaleza, confidencial, lo que hace difícil determinar la magnitud del problema. No es extraño que los mismos agentes ejecutivos afirmen no conocer las fuentes de la información recibida y, como consecuencia, puedan emplear información obtenida bajo tortura de forma no deliberada. Al fin y al cabo, la información obtenida bajo tortura casi nunca se clasifica como tal y, por consiguiente, las normas concebidas para su uso podrían resultar difíciles de aplicar.

Aunque esto pueda ser cierto, no debemos exagerar las dificultades. Hoy en día, la 'inteligencia' es analizada profesionalmente por diversidad de agencias ejecutivas. Se sabe que el origen de la información, incluida la fuente de información y la evaluación de su fiabilidad, se toma en cuenta para determinar su valor, como debe ser, por la agencia ejecutiva que la recibe. Por lo tanto, a determinado nivel, la fuente de información se tomará en consideración, a pesar de que los datos sobre el origen no se difundan más ampliamente por razones de seguridad.

⁴ Consideremos, en cambio, una serie de instrumentos de derecho indicativo para agentes encargados del cumplimiento de la ley, funcionarios penitenciarios, fiscales o jueces. Véase, por ejemplo, el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley de la ONU, adoptado por la Asamblea General en su resolución 34/169, del 17 de diciembre de 1979 o las Directrices sobre la función de los fiscales de la ONU, adoptadas por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente en La Habana, Cuba, del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

Durante la última década de agresiva lucha contra el terrorismo, las agencias de inteligencia y seguridad han sufrido una presión extrema para obtener respuestas e información. Como resultado, si recibían la información que necesitaban de agencias extranjeras, la tendencia ha sido de no plantear sus inquietudes ni de ahondar en la fuente o su fiabilidad. Inevitablemente, estas prácticas han llevado a algunos de los trágicos abusos sobre los que los medios han informado ampliamente. Es el momento de reflexionar sobre cómo no repetir jamás estos errores en el futuro.

Asimismo, se debería reconocer que los miembros de las agencias profesionales de policía, seguridad e inteligencia son contratados por su fuerte moral y trabajan por causas encomiables e importantes, incluyendo la importante tarea de proteger nuestra seguridad. Como agentes morales, los miembros de las agencias ejecutivos no se desvían fácilmente de la conducta que se espera de ellos. La incertidumbre actual sobre qué conducta es lícita merece así un examen más profundo y les sería beneficioso contar con una mayor orientación en esta área de su trabajo.

Aunque es posible que no todos tengamos acceso a información confidencial, todos tenemos el deber de intentar comprender el alcance del problema para considerar si la información obtenida bajo tortura puede utilizarse de forma coherente con los principios fundamentales de derechos humanos.

En el momento en el que se están haciendo preguntas a las agencias ejecutivas sobre su rol en la vigilancia, también deberíamos preguntar sobre el importante papel de estas mismas agencias en la prohibición y prevención efectivas de la tortura en todo el mundo.

Prácticas nacionales

Supongamos que recibimos información de otro Estado que emplea la tortura de forma rutinaria en el interrogatorio de sospechosos. La información afirma que personas identificadas que se encuentran en nuestra jurisdicción constituyen una amenaza específica, grave e inmediata para la seguridad nacional. ¿Cómo deberían tratar la información y actuar las agencias encargadas del cumplimiento de la ley y otras agencias?

Tal vez los detenidos retenidos por otro Estado son interrogados usando información suministrada por nuestros propios servicios de inteligencia. El Estado que retiene a las personas más adelante transmite de nuevo la información a nuestra agencia de inteligencia. Nuestra agencia de inteligencia desconoce si se ha torturado a las personas para extraer la información y no pregunta cómo se llevó a cabo el interrogatorio. ¿Es nuestra agencia de inteligencia responsable en algún modo del trato recibido por las personas retenidas en el extranjero?

¿Y qué pasa si uno de nuestros agentes infiltrados en una organización terrorista en el extranjero descubre un complot grave y peligroso que amenaza la seguridad nacional? Si pedimos a una agencia asociada que trabaja en el Estado en el que se encuentra la organización terrorista que detenga a las personas responsables de la amenaza, serán sin duda torturadas, pero si no transmitimos la información, la organización terrorista probablemente desarrollará y llevará a la práctica la amenaza.

Estas hipótesis exponen algunas de las cuestiones rutinarias a las que se enfrentan las agencias ejecutivas al tratar la información o inteligencia. Sin embargo, más allá de escenarios hipotéticos, varios ejemplos particularmente indignantes de la vida real demuestran fácilmente algunos de los riesgos que entrañan las prácticas de intercambio de información. El uso por las agencias ejecutivas de información obtenida bajo tortura al menos en los últimos años, como parte de la lucha contra el terrorismo, es un hecho conocido. En primer lugar, las declaraciones hechas por ministros de Asuntos

Exteriores de varios países europeos, como Alemania, el Reino Unido y Dinamarca, han justificado el uso ejecutivo de información obtenida bajo tortura desde 2001. En segundo lugar, los informes de los medios de comunicación dejan claro que en muchos casos las agencias ejecutivas de estos Estados hicieron mucho más que simplemente emplear información obtenida bajo tortura. Al cooperar con Estados que hacen uso de la tortura, en algunos casos los gobiernos son percibidos como cómplices de los actos de tortura mismos.

Por ejemplo, cuando Bisher Amin Al-Rawi y Jamil el-Banna viajaban a Gambia desde el Reino Unido en 2002, el servicio de seguridad británico, el MI5, envió una alerta a las agencias extranjeras clasificando los hombres de islamistas extremistas. A su llegada, los hombres fueron detenidos, interrogados en condiciones que podrían considerarse tortura y enviados a Guantánamo, donde languidecieron durante años.⁵ Ambos hombres fueron puestos en libertad sin cargos en 2007.

En julio de 2010 se inició en el Reino Unido una investigación que prometía evaluar si Gran Bretaña estaba involucrada en el mal trato recibido por detenidos retenidos por otros Estados. Sin embargo, varias organizaciones de derechos humanos manifestaron dudas en cuanto a la independencia e imparcialidad de la investigación. Tras anunciar que se realizarían investigaciones penales paralelas en 2012, la investigación concluyó. En diciembre de 2013, un informe que resumía la investigación preliminar de *The Detainee Inquiry* planteó varias cuestiones importantes acerca de cómo las agencias ejecutivas británicas cooperan con Estados que usan la tortura regularmente.⁶ El informe pone de relieve temas y cuestiones específicos que merecerían una investigación más profunda. No está claro cuándo o si alguna vez se llevará a cabo una investigación.⁷

En el caso *A y otros contra el Secretario del Interior*, la Cámara de los Lores del Reino Unido determinó que usar información obtenida

⁵ C. Whitlock, 'Courted as Spies, Held as Combatants', Washington Post Foreign Service, 2 de abril de 2006, en línea <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2006/04/01/AR2006040101465.html>.

⁶ UK Government Cabinet Office, *The Report of the Detainee Inquiry*, diciembre de 2013. En línea: <https://www.gov.uk/government/publications/report-of-the-detainee-inquiry>.

⁷ Véase 'United Kingdom: UN experts on torture and counter-terrorism express concern over proposed official inquiry', en comunicado de prensa, 23 de diciembre de 2013.

bajo tortura para propósitos ejecutivos no era ilegal.⁸ Tras el fallo, Charles Clarke, el entonces secretario del Interior, declaró que “[el tribunal] había estimado que era perfectamente lícito basarse en este tipo de información en operaciones y que el secretario del Interior hiciera uso de ella para tomar decisiones ejecutivas... Esta decisión bienvenida no cambiará las prácticas actuales del gobierno, pero proporcionará una mayor autoridad jurídica.”⁹

Ahmed y Anor c. R [2011] EWCA Crim 184

Rangzieb Ahmed, un ciudadano británico, fue encarcelado en 2008 por pertenecer a Al Qaeda y planear un asesinato en masa.

Durante el juicio, Ahmed dijo haber sido torturado mientras se encontraba bajo custodia en Pakistán. Dijo que tras ser detenido por la agencia de inteligencia paquistaní en agosto de 2006, fue golpeado con palos, azotado con cables eléctricos, humillado sexualmente y privado de sueño y que le arrancaron las uñas con alicates. También afirmó que agentes británicos le habían visitado e interrogado el primer día de su detención y que podrían incluso haber ‘sugerido’ desde el principio a las autoridades paquistaníes que lo detuvieran. Una de las preguntas importantes dirigidas al tribunal fue si constituía un abuso del procedimiento permitir el juicio de una persona detenida y torturada con la connivencia aparente de Gran Bretaña. El tribunal consideró que el fiscal no se había basado en ninguna información obtenida bajo tortura mientras estaba detenido en Pakistán y que, por consiguiente, no debía suspender el procedimiento porque estuviera relacionado vagamente con actos de tortura.

A continuación, el tribunal analizó la complicidad de agentes británicos en la tortura llevada a cabo por los servicios paquistaníes.

Ahmed alegó que los y las agentes británicos eran cómplices porque su relación con las agencias era tal que habían fomentado o, en cualquier caso, consentido el trato recibido por el detenido. Sin embargo, el tribunal rechazó los argumentos y aceptó el punto de vista de la Sala de Primera Instancia: “Como principio general, para proteger las vidas de sus ciudadanos, el Reino Unido puede intercambiar información con países cuyas prácticas en materia de derechos humanos podemos, correcta o incorrectamente, considerar inferiores a las nuestras”.

⁸ Cámara de los Lores del Reino Unido, *A y otros c. Secretario del Interior* [2005] UKHL 71.

⁹ C. Clarke, ‘I welcome the ban on evidence gained through torture’, *The Guardian*, 13 de diciembre de 2005.

Críticos, como Sarah Fulton, han condenado la sentencia por su incoherencia aparente con las obligaciones explícitas de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura, la cual el Reino Unido se ha comprometido a defender, así como informes del Relator Especial sobre la tortura y el Comité Conjunto de Derechos Humanos del Reino Unido.¹⁰

El gobierno alemán también se comprometió a que las agencias ejecutivas continuaran utilizando información obtenida bajo tortura. En 2005, el ministro del Interior, Wolfgang Schauble, dijo: “Sería completamente irresponsable decir que no utilizaremos la información cuando no estemos seguros de que se haya obtenido en condiciones que estén plenamente en consonancia con el estado de derecho. Tenemos que utilizar esta información”.¹¹

El Centro Europeo por los Derechos Constitucionales y Humanos (ECCHR, por sus siglas en inglés) ha documentado varios casos de tortura en Europa como parte de su serie de publicaciones ‘10 años después del 11/9’.¹² Se indica que Murat Kurnaz, Mohammed Zammer y Khaled El Masri fueron torturados por agentes estadounidenses o a instancias de los mismos y que las agencias alemanas obtuvieron información durante interrogatorios realizados a los tres hombres por el Servicio Federal de Inteligencia alemán, el BND. En cada caso, la información fue recogida, recibida y compartida por los y las agentes estadounidenses y del BND. Una comisión de investigación parlamentaria, establecida para investigar la cooperación secreta de Alemania con Estados Unidos y otros Estados en la lucha contra el terrorismo internacional en 2006, no fue capaz de determinar en qué medida la información transmitida por el BND alemán había contribuido al trato recibido por los hombres, pero estimó que la fiabilidad de la información compartida no fue comprobada antes de transmitirla y que la información compartida con EE.UU. tuvo como consecuencia directa la detención de al menos uno de los hombres, Khaled El Masri.

¹⁰ Véase S. Fulton, ‘Cooperating with the enemy of mankind: Can States simply turn a blind eye to torture?’, *IJHR*, 16:5, 773-795.

¹¹ D. Crossland, ‘Germany Talks Torture, and Finds Hypocrisy’, *Spiegel Online*, 20 de diciembre de 2005.

¹² European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR), *Torture and the Use of Information in Countering Terrorism*, Berlín, 31 de octubre de 2011.

La entrega extraordinaria de Khaled El Masri

Khaled El Masri, un ciudadano alemán, fue secuestrado en la frontera serbia-macedonia en 2003. El Masri fue detenido primero en régimen de incomunicación y torturado por agentes macedonios durante casi un mes, antes de ser entregado a la Agencia Central de Inteligencia de EE.UU. En un proceso bien documentado de entrega, El Masri fue trasladado a unas instalaciones en Afganistán donde fue interrogado, sometido a abusos físicos y humillado con frecuencia.

“La CIA desnudó, puso una capucha, encadenó y sodomizó a El Masri con un supositorio – en lenguaje de la CIA, lo sometió al ‘shock de la captura’ – mientras agentes macedonios lo contemplaban. La CIA lo drogó y lo envió en avión a Kabul para que lo encerraran en una prisión secreta conocida como ‘Salt Pit’ [foso de sal], donde le golpearon contra las paredes, le dieron patadas, le dieron palizas y fue sometido a otras formas de malos tratos. El Masri, que estuvo retenido en Salt Pit durante cuatro meses, nunca fue acusado, nunca compareció ante un juez ni tuvo acceso a su familia ni a representantes del gobierno alemán”.

*“La CIA al final se dio cuenta de que había confundido a El Masri con un sospechoso de Al Qaeda con un nombre similar. Sin embargo, lo retuvo cuatro semanas más. Hasta el 24 de mayo de 2004, no fue enviado en avión, con los ojos vendados, con tapones en los oídos y encadenado a su asiento, a Albania, donde lo abandonaron al lado de la carretera sin ninguna explicación”.*¹³

El caso de El Masri es una de las entregas extraordinarias de la CIA mejor documentadas hasta la fecha. En 2012, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinó que El Masri había sido torturado y que Macedonia era responsable tanto de maltratarlo bajo su custodia como de los abusos a los que los y las agentes estadounidenses lo sometieron en Afganistán.¹⁴

En Dinamarca, el ministro de Asuntos exteriores danés, Villy Sovndal, tuvo que retractarse de las declaraciones que había hecho en 2012 en las que prometía que las agencias danesas no harían uso de información obtenida bajo tortura de sospechosos en otros

¹³ ‘European court of human rights (sic.) finds against CIA abuse of Khaled el-Masri’, The Guardian (Reino Unido), 13 de diciembre de 2012.

¹⁴ BBC, *Europe Court award for rendition victim Khaled al-Masri*, 13 de diciembre de 2012, en <http://www.bbc.co.uk/news/world-europe-20712615>.

países. Más tarde emitió una declaración en la que decía que las autoridades danesas continuarían usando información de países que “usen métodos de interrogación que pueden ir en contra de los principios de justicia daneses”.¹⁵

Durante el examen de su informe ante el Comité de las Naciones Unidas contra la Tortura en 2012, Canadá afirmó que sus agencias de inteligencia compartirían información obtenida bajo tortura en circunstancias excepcionales, incluso en contextos en los que hubiera muchas probabilidades de que la información fuera incorrecta o engañosa. La delegación canadiense afirmó que para ser eficaz, su Servicio de Seguridad e Inteligencia (CSIS, por sus siglas en inglés) tenía que trabajar con agencias extranjeras de todo el mundo, pero que utilizaban este tipo de información con precaución.

El caso de Maher Arar

Maher Arar, un ingeniero de software canadiense, fue detenido en el aeropuerto JFK en 2002 cuando volvía a su casa en Canadá tras unas vacaciones familiares en Túnez. Tras ser detenido en régimen de incomunicación, privado de acceso a un abogado e interrogado por el FBI, fue entregado ilegalmente a Siria. Sufrió repetidos abusos físicos y mentales a manos de sus captores sirios durante largos períodos de agresivos interrogatorios. Arar confesó falsamente más tarde que asistió a campamentos de entrenamiento terrorista en Afganistán, simplemente para detener la tortura.

Casi un año después de la detención de Arar, Siria lo puso en libertad y dijo públicamente que lo consideraba completamente inocente.

En 2004, una Comisión de Investigación dirigida por el juez Dennis O'Connor identificó una larga lista de errores graves cometidos por múltiples autoridades canadienses que llevaron a que Arar fuera entregado a Siria e hizo importantes recomendaciones a las autoridades canadienses para evitar que la situación se repitiera en el futuro.¹⁶

La investigación dejó claro que las autoridades canadienses habían encontrado a Arar en el transcurso de investigaciones legítimas sobre un conocido de Arar y, como había pruebas que indicaban que existían vínculos estrechos entre los dos hombres, Arar fue

¹⁵ IRCT, 'Denmark may use information obtained through torture', <http://worldwithouttorture.org/2012/03/12/denmark-may-use-information-obtained-through-torture/>.

¹⁶ *Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar: Analysis and Recommendations*, 2006.

incluido en la investigación. Sin embargo, tanto Arar como su mujer fueron clasificados incorrectamente como ‘terroristas’ en las listas de vigilancia de los controles fronterizos, lo que resultó ser un error peligroso.

En el informe de la Comisión de Investigación, se señala que la Real Policía Montada del Canadá (RCMP, por sus siglas en inglés) proporcionó información a las autoridades estadounidenses sin el examen necesario de la información personal, la relevancia o la fiabilidad. Se dio una descripción errónea de Arar y su importancia en la investigación (como testigo) fue exagerada. La información fue facilitada sin explicaciones sobre cómo debía utilizarse. Fue identificado por la RCMP como un “islamista extremista [...] vinculado al movimiento terrorista de Al Qaeda”, a pesar de que la RCMP carecía de fundamento para ofrecer tal descripción, la cual tenía potenciales obvias consecuencias en cómo las autoridades estadounidenses podían tratar a Arar. La investigación concluyó que es muy probable que los estadounidenses se basaran en esta información para detener y deportar a Arar a Siria.

Además, al recibir información de las autoridades sirias sobre una declaración hecha por Arar, las agencias ejecutivas canadienses la distribuyeron y usaron sin evaluar si era resultado de actos de tortura. La RCMP también envió preguntas adicionales a las autoridades sirias para el interrogatorio de un individuo relacionado con el caso, lo que sirvió para reforzar la imagen de Arar como sospechoso a los ojos de las autoridades sirias.

En el caso de *Maher Arar*, es evidente que la información compartida por los canadienses con EE.UU., en la que Arar y su mujer eran clasificados de islamistas extremistas con vínculos con Al Qaeda, tuvo como resultado directo la detención ilegal y tortura de Arar en Siria. La información errónea obtenida en los interrogatorios de Arar llegó a Canadá, lo que reforzó su convicción de que se trataba del terrorista que buscaban. Las preguntas enviadas por Canadá llevaron a la inteligencia militar de Siria a creer que existía un vínculo entre Arar y otro sospechoso, Abdullah Almalki, y el proceso vicioso del interrogatorio, intensificado nuevamente, comenzó de nuevo.

En la revisión del informe del Estado del Comité contra la Tortura, los canadienses afirmaron que se habían aplicado 22 de las 23 recomendaciones hechas en el informe de la Comisión sobre el caso Arar, incluida la introducción de una serie de salvaguardias adicionales. Sin embargo, una de las más urgentes, el establecimiento de un organismo de control para supervisar el trabajo de las agencias

de seguridad todavía no se ha aplicado, por lo que es imposible afirmar si las salvaguardias se están aplicando en la práctica.

A partir de estos ejemplos, podemos identificar dos amplios grupos de casos. Algunos casos muestran ejemplos de tortura y otras formas de malos tratos como resultado de la información compartida con agencias ejecutivas extranjeras (información **proporcionada**). Las víctimas de este tipo de trato son detenidas y/o interrogadas basándose en información compartida con las agencias ejecutivas extranjeras y debemos considerar si y hasta qué punto información compartida con la agencia extranjera causó alguno de los abusos posteriores. Otros ejemplos revelan casos de actos de tortura cometidos para obtener información (con o sin la complicidad de las agencias nacionales), que después es compartida con agencias nacionales (información **recibida**). En estos casos debemos preguntar si confiar en información obtenida bajo tortura sirve para fomentar más abusos.

Es importante recordar que las cuestiones destacadas anteriormente no se limitan al intercambio de información transfronteriza. Se pueden encontrar problemas similares cuando las agencias comparten información dentro del mismo Estado. Con frecuencia, la información recibida de una agencia extranjera se recopila en un informe de los servicios de inteligencia y se comparte con diversas agencias nacionales. No es extraño que un organismo nacional encargado de hacer cumplir la ley no conozca la fuente de la información ni reciba un examen de su fiabilidad. En tales casos también debemos preguntar quién tiene el deber de incorporar explicaciones a la información o retirarla del uso.

Redes de intercambio de información

Las redes de intercambio de información han sido utilizadas ampliamente entre coaliciones de Estados tanto antes como después de 2001. Estas redes se abordan necesariamente mejor a través de leyes internacionales que de leyes nacionales, sin embargo al menos un analista ha afirmado que estas redes nunca se han visto demasiado limitadas en la práctica:

“Las redes de intercambio de información están limitadas casi exclusivamente por una ética profesional compartida, en lugar de la ley. Una ética de este tipo puede exigir un cierto nivel de rendición de cuentas respecto las normas profesionales, pero ha sido afectada por la inclusión en la red de servicios de inteligencia menos profesionales y a menudo despiadados”.¹⁷

Estas redes revelan que el intercambio de información no es un intercambio ‘entre dos partes’, sino que forma parte de una compleja trama de información donde ésta es facilitada, compartida y utilizada simultáneamente por múltiples actores en los países miembros de la red. Ni siquiera en las redes sólidamente establecidas existe el requisito de que no se distribuya la información obtenida violando los derechos humanos de una persona, ni que solamente formen parte del acuerdo de intercambio los Estados que cumplan las obligaciones relativas a los derechos humanos. Actualmente, las redes de intercambio de información se muestran poco dispuestas a establecer requisitos de cooperación, revelando la tendencia de las agencias de inteligencia a dar más prioridad al valor percibido de la información compartida que a las preocupaciones por los derechos humanos. Esta práctica actual no solamente demuestra una falta de respeto con los principios de los derechos humanos en el intercambio de información, sino también evidencia una laguna en la supervisión que debe ser abordado.

¹⁷ E. Sepper, ‘Democracy, Human Rights and Intelligence Sharing’, Texas International Law Journal, Vol. 46:151, 2010, 151-207, en 153.

¿Cuál es el problema?

¿Cuál es el problema de recibir y usar información obtenida bajo tortura y compartir información con Estados que emplean la tortura?

Usar los frutos de la tortura promueve y da a la tortura una credibilidad que no merece. Aceptar, usar y dar valor a este tipo de información 'legítima' la tortura utilizada para obtenerla. Es hipócrita que los Estados condenen la tortura empleada por otros y al mismo tiempo acepten sus frutos.

Al aceptar información obtenida bajo tortura, los Estados pueden convertirse en clientes de la tortura e implícitamente legitimar y promover su uso. Al fomentar la tortura, las agencias crean un mercado en el que los Estados que torturan son recompensados por su comercio.

La información obtenida bajo tortura es por naturaleza poco fiable. El dolor y el sufrimiento infligidos a una víctima destruyen su voluntad y hacen que confiese cualquier cosa para poner fin al dolor. Este dolor y sufrimiento perdura y se mantiene probablemente hasta mucho después de que la propia tortura termine. Usar información obtenida bajo tortura que tiene muchas probabilidades de ser poco fiable va en contra de los intereses de los servicios de policía, seguridad e inteligencia, los cuales necesitan información precisa para poder operar eficazmente.

Confiar en información obtenida bajo tortura malgasta recursos. La tortura genera inevitablemente falsos positivos, ya que los interrogadores solamente aceptan la información que quieren oír. Al basarse en información poco fiable obtenida bajo tortura, se desvían las investigaciones y se solicita más información, repitiendo de nuevo el ciclo de la tortura. Estas tácticas desperdician tiempo y desvían la atención de las debidas investigaciones y las amenazas reales.

Es inmoral. En todas las fases del ciclo de inteligencia debe existir un equilibrio entre las cuestiones éticas y los requisitos nacionales de los servicios de inteligencia, seguridad y policía.¹⁸

El análisis y la producción de información, a menudo redactada en forma de informe de inteligencia, pueden tener un impacto significativo. Las agencias pueden limitar de manera razonable el nivel de fiabilidad de la información compartida incorporando a las conclusiones de sus análisis las explicaciones necesarias, como las previsiones de error.¹⁹

La tortura es un delito internacional punible en cualquier Estado.

Cuando las acciones realizadas por un agente ejecutivo constituyen tortura, ya sea por comisión directa o algún tipo de complicidad, cada Estado tiene el deber de sancionar el delito. A menudo, agentes ejecutivos han eludido su responsabilidad penal por sus acciones en la tortura de detenidos cometidas en el extranjero. Sin embargo, hay varias investigaciones penales en curso y puede que se pida a los y las agentes y sus agencias que rindan cuentas por violaciones del derecho internacional.

¹⁸ Para un examen de los aspectos éticos durante cada fase del ciclo de inteligencia, véase H. Born y A. Wills, '*Beyond the Oxymoron: Exploring ethics through the intelligence cycle*', in J. Goldman (ed.), *Ethics of Spying (Volume 2)* (Scarecrow Press, Lanham: 2010), págs.34-56.

¹⁹ La Investigación Butler en el Reino Unido criticó al Comité Conjunto de Inteligencia Británico, que mostró claras limitaciones en su evaluación realizada para el gobierno sobre si Irak poseía armas de destrucción masiva.

¿Cómo deberíamos responder al dilema moral?

Se nos puede presentar un dilema moral difícil de resolver: ¿Qué haría usted si usando los frutos de la tortura pudiera salvar innumerables vidas amenazadas por un peligro real e inmediato?²⁰

Este dilema moral, que casi siempre es una colaboración ficticia bajo circunstancias imposibles, es en gran medida una distracción de la prohibición absoluta de la tortura, que no permite a los actores sopesar la moralidad de sus acciones. Como se ha observado anteriormente, es probable que este tipo de información sea falsa y actuar basándose en ella malgastaría recursos y legitimaría el abuso. Esencialmente, tales 'dilemas morales' también ignoran el enfoque preventivo, el cual fomenta el uso de prácticas y procedimientos que protegen del malgasto de recursos que genera confiar en información obtenida bajo tortura y promueve el intercambio y uso de información fiable, obtenida mediante técnicas eficaces y no coercitivas de investigación inteligente. Con prácticas de prevención eficaces estos dilemas morales pierden gran parte de su peso argumentativo.

No podemos impedir a las agencias ejecutivas que actúen basándose en información que podría salvar vidas (ni debemos, puesto que todo Estado tiene también el deber fundamental de proteger la vida y la seguridad). Por este importante motivo, sería imposible aplicar prohibición absoluta del uso de información obtenida bajo tortura, en particular cuando haya tanto en juego. En cambio, las agencias ejecutivas podrían reconsiderar cómo se trata esa información y reflejar en las relaciones activas de intercambio de información con los Estados cuales tienen largos antecedentes vergonzosos de tortura sistemática.

²⁰ Este escenario a menudo se describe como una bomba de relojería, lo que ahora ha sido rechazado plenamente por personas expertas que examinan las cuestiones desde perspectivas jurídicas, políticas y morales. Véase, por ejemplo, APT, *Defusing the Ticking Bomb Scenario: Why we must say No to torture, always* (2007), disponible en http://www.apr.ch/content/files_res/tickingbombscenario.pdf.

Incluso cuando no nos encontramos en un escenario de amenaza inmediata, sería poco realista esperar que las agencias de seguridad e inteligencia dejen de cooperar totalmente con Estados que se sabe que torturan, en particular cuando existen fuertes vínculos históricos y otras asociaciones demográficas. De hecho, sería imposible enfrentarse a las amenazas de delitos y terrorismo internacionales sin esta cooperación. Las personas que abogan por el mantenimiento de las relaciones con los Estados que torturan también señalan el simple hecho de que, a través de la cooperación con estos regímenes, se pueden conseguir cambios significativos con respecto a sus prácticas abusivas. Al equilibrar las relaciones a menudo delicadas con Estados aliados en el extranjero, los Estados se deberían preguntar qué medidas preventivas se pueden adoptar para garantizar que las relaciones entre las agencias ejecutivas no promuevan o lleven a abusos.

Sin duda, se trata de cuestiones difíciles con las que lidiar y no deberíamos asumir que una prohibición legal clara es la manera más eficaz de responder a los difíciles dilemas jurídicos y prácticos a los que se enfrentan los Estados. Se debería plantear un debate más profundo entre los especialistas, para sopesar estos principios antagónicos, antes de adoptar directrices para las agencias ejecutivas.

¿Constituye una violación del derecho internacional?

¿Constituyen el uso de información obtenida bajo tortura o el intercambio de información que lleva a la tortura una violación del derecho internacional?

Como agentes del Estado, el personal de los servicios de inteligencia, seguridad y policía debería respetar el derecho internacional aplicable mediante la aplicación tanto de los tratados pertinentes como del derecho internacional consuetudinario. Esto necesariamente impone límites claros a las acciones de todos los miembros de las agencias ejecutivas y exige medidas activas si se pudieran producir o produjeran violaciones de los derechos humanos.

A menudo se han aducido cuestiones jurisdiccionales como obstáculo para las obligaciones extraterritoriales en materia de derechos humanos, en particular en circunstancias en las que los y las agentes estatales no están claramente en situaciones de control. Sin embargo, aunque persistan los interrogantes acerca de las obligaciones extraterritoriales en materia de derechos humanos, esto no debería ensombrecer la relevancia de que todos los y las agentes estatales cumplan las obligaciones en materia de derechos humanos, dondequiera que se encuentren. Como observó el Comité de Derechos Humanos, “sería inadmisibles una interpretación [de las obligaciones contenidas en la Convención] que permita a un Estado Parte perpetrar violaciones de la Convención en el territorio de otro Estado que no podría perpetrar en su propio territorio”.²¹ De manera similar, la Corte Internacional de Justicia consideró que los derechos contenidos en el Pacto son aplicables a “los actos de un Estado en el ejercicio de su jurisdicción fuera de su propio territorio”.²²

Se pueden extraer varias obligaciones relevantes de la prohibición

²¹ Comité de los Derechos Humanos, *Sergio Euben López Burgos c. Uruguay*, Comunicación N° R.12/52, U.N. Doc. Supp. N° 40 (A/36/40) en 176 (1981).

²² Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, 9 de julio de 2004, Informes de la Corte Internacional de Justicia 2004, párrafos 111 y 113.

absoluta de la tortura. Sin embargo, cabe señalar que los límites de los ámbitos emergentes del derecho siguen siendo poco claros y que las conclusiones que se extraigan en tales ámbitos no se deberían considerar como principios del derecho internacional universalmente reconocidos o establecidos.

Prohibición absoluta de la tortura

La **prohibición absoluta de la tortura** “consiste en una serie de obligaciones: no torturar, no admitir la tortura y no validar los resultados de la tortura ni otros tratos o penas crueles, inhumanos ni degradantes”.²³

Al complementar la prohibición absoluta formulada en la Declaración Universal de Derechos Humanos, diversos tratados y el derecho internacional consuetudinario, los artículos 1 y 4 de la Convención contra la Tortura de las Naciones Unidas (UNCAT, por sus siglas en inglés) muestran que es posible violar la obligación tanto a través de la participación directa como de la complicidad.

Aunque la responsabilidad por complicidad se define de diferentes maneras en el derecho interno de cada Estado, esta no se define en la Convención, pero se entiende que incluye amplias formas de perpetración, como la incitación, la instigación, el consentimiento o la admisión. Tales formas de responsabilidad por complicidad llevan a confusión en lo que concierne a si o hasta qué punto miembros de las agencias ejecutivas pueden ser penalmente responsables como individuos de las violaciones de la Convención, o implica responsabilidad del Estado.

Sin una definición clara de la complicidad, deberíamos tener particularmente en cuenta la distinción entre las formas de responsabilidad por complicidad que se aplican a la responsabilidad del Estado y a la responsabilidad penal individual. Cada forma se describe abajo más en detalle.

Aunque la mayoría de los actos de complicidad requieren una acción, la responsabilidad por complicidad por consentimiento quizás es la que causa mayor confusión ya que se trata esencialmente de una acción pasiva que apoya o consiente tácitamente la tortura cometida por otro. En circunstancias en las que los principios de

²³ Corte Internacional de Justicia, *Assessing Damage, Urging Action*; Informe del Panel de Juristas Eminentes sobre Terrorismo, Lucha Antiterrorista y Derechos Humanos (Ginebra, 2009), pág. 85. [Traducción propia]

responsabilidad del Estado y de responsabilidad individual por actos de complicidad por parte de los y las agentes estatales no basten para determinar una violación, deberíamos considerar si los Estados y sus agentes deberían asumir parte de la culpa en el marco de este tipo de responsabilidad.

Entre las obligaciones principales de la prohibición de la tortura se incluye el **deber de no expulsar a una persona que corra un ‘riesgo real’ de tortura en el extranjero**. En el caso de *Soering contra el Reino Unido*,²⁴ un fallo histórico del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Reino Unido intentó devolver a Soering a Estados Unidos, donde probablemente sería sometido a un castigo cruel y degradante. El Tribunal Europeo sostuvo que Soering no debía ser extraditado, ya que la prohibición de la tortura se vería comprometida por la extradición y el Estado responsable de la extradición sería responsable de la violación, incluso cuando posteriormente se encontrara fuera de su control.

La decisión de enviar a una persona a un Estado en el que se le someterá a tortura o a un castigo cruel, inhumano o degradante ya constituye una clara violación del artículo 3 de la misma Convención contra la Tortura, pero el principio articulado por el Tribunal Europeo y otros organismos forma parte potencialmente de una **obligación general de no exponer a una persona a la tortura mucho más amplia**. Si una persona no puede ser devuelta a un lugar donde corra el riesgo de ser torturada, lógicamente tampoco debería enviarse información que vaya a ser utilizada para torturar a una persona que ya se encuentra retenida en el extranjero. Sin embargo, hasta que un fallo o una norma claros adopten este razonamiento, esta interpretación debería emplearse con prudencia.

Cuando una persona esté expuesta a un riesgo de tortura o malos tratos debe considerarse el nivel de riesgo. La obligación de no expulsar a una persona que pueda ser víctima de actos de tortura requiere un ‘riesgo real’ de tortura cuando regrese y parece lógico tenerlo en cuenta para el análisis de manifestaciones relacionadas.²⁵

²⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Soering contra el Reino Unido* (Solicitud nº 14038/88), Sentencia, 7 de julio de 1989.

²⁵ Aunque el ‘riesgo real’ no se formula explícitamente como el umbral para las obligaciones de no devolución, se reconoce como tal en la jurisprudencia y la práctica de varios organismos. Véase Lauterpacht y Bethlehem, ‘*The scope and content of the principle of non-refoulement: opinion*’, en Erika Feller, Volker Turk y Frances Nicholson (eds.), *Protección de los refugiados en el derecho internacional: Consultas Globales de ACNUR sobre Protección Internacional* (2003), en párrafos 245-249.

La **norma de exclusión**, como se describe en el artículo 15 de la Convención contra la Tortura, podría ofrecer una respuesta inmediata a la cuestión del uso de información obtenida bajo tortura por parte de los Estados. Sin embargo, se ve limitada por su lenguaje más bien vago, que ha llevado a algunos a cuestionar su aplicabilidad para cubrir las acciones de los y las agentes ejecutivos.

Artículo 15: Todo Estado Parte se asegurará de que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración.

A pesar de no describir explícitamente los procesos penales, se ha interpretado que la formulación utilizada en el artículo 15 excluye las pruebas obtenidas bajo tortura solamente en procesos penales y únicamente cuando se haya *establecido* que tales pruebas se han obtenido por medio de la tortura. Esta elección peculiar de palabras ha dificultado verdaderamente la aplicación de la norma, ya que normalmente le corresponde a la persona acusada probar que ha existido tortura, lo que hace la norma, en muchos casos, ilusoria.

A raíz de estos puntos débiles, observadores con autoridad en la materia, incluidos los Relatores Especiales sobre tortura y promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, han recomendado una interpretación de la norma de exclusión que incluya una aplicación más amplia para cubrir las actividades de los y las agentes ejecutivos.²⁶

El planteamiento del Panel de Juristas Eminentes sobre Terrorismo, Lucha Antiterrorista y Derechos Humanos también reconoció que, en la práctica, la transición de una operación puramente ejecutiva a una cuasi-judicial o judicial a menudo es muy simple. Con frecuencia, los procedimientos judiciales posteriores se basan en la

²⁶ Informe del Relator especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, UN Doc. A/HRC/16/52, 3 de febrero de 2011, párrafos 53-57, e Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Ben Emmerson, UN Doc. A/67/396, 26 de septiembre de 2012, párrafos 48-49.

inteligencia operacional.²⁷ Es probable que el caso de Hassan Diab,²⁸ actualmente examinado por los tribunales canadienses, influya en sí y en qué medida la inteligencia operacional tenga que ser excluida antes de su utilización en un contexto judicial.

Puesto que el propósito de la adopción de la norma de exclusión es desincentivar la tortura, los Estados deberían prohibir activamente no solo la información que se haya demostrado que se ha extraído bajo tortura, sino que también deberían considerar muy sospechosa y prohibir el uso de cualquier información obtenida por medio de la violación de las garantías procesales que buscan preservar la seguridad física y la dignidad de una persona acusada.

En vista de la amplia interpretación del artículo 15 de la Convención contra la Tortura y la falta de directrices, sería conveniente promover un mayor diálogo entre especialistas y Estados Parte para revisar la norma de exclusión con el fin de adoptar un enfoque orientado hacia los objetivos, en lugar de centrarse de manera excesiva en un enfoque estrictamente legalista. Por ejemplo, una observación general adicional del Comité contra la Tortura sobre este tema sería bienvenido, en particular si sirve para articular normas aplicables relativas a la carga de la prueba y definir el ámbito de aplicación de la norma de exclusión con respecto a los y las agentes ejecutivos.

Entre las obligaciones principales de la prohibición absoluta de la tortura establecidas en la Convención contra la Tortura, el desarrollo de los deberes derivados de no exponer a una persona a un riesgo real de tortura en el extranjero (gestionar información compartida) y el rechazo de información que se haya establecido haber sido obtenida bajo tortura (gestionar información recibida) podría servir para proporcionar más directrices a los Estados, las agencias ejecutivas y sus agentes.

²⁷ Corte internacional de Justicia, *Assessing Damage, Urging Action*; Informe del Panel de Juristas Eminentes sobre Terrorismo, Lucha Antiterrorista y Derechos Humanos (Ginebra, 2009), pág. 85.

²⁸ Ver '*Justice for Hassan Diab*', un sitio web que apoya la liberación del Sr. Diab y que sigue el desarrollo del caso en las cortes canadienses, en <http://www.justiceforhassandiab.org/news>.

Principios de responsabilidad del Estado

Las agencias estatales que violan la Convención contra la Tortura o, en caso de no ratificación del tratado, violan las normas consuetudinarias equivalentes, cometen un hecho internacionalmente ilícito que supone la responsabilidad del Estado.²⁹

Además de la comisión directa de hechos internacionalmente ilícitos, el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) establece formas de comisión por complicidad. El proyecto de artículos, cuyo objetivo era codificar las normas consuetudinarias existentes, exige además que ningún Estado preste ayuda o asistencia en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito (artículos 16-18) ni reconozca como lícita una situación resultado de una violación grave y, además, exige al Estado que coopere para poner fin a la violación (artículos 40-41).

Está claro que las formas de complicidad consideradas por el proyecto de artículos de la CDI no incluyen la comisión por consentimiento. Por lo tanto, se debería considerar como un apartado separado de responsabilidad dentro del régimen *lex specialis* aplicable a la tortura. Sin embargo, también deberíamos tener en cuenta que cualquier hecho internacionalmente ilícito debe poder atribuirse adecuadamente al Estado, lo que podría delimitar el ámbito del consentimiento como forma de responsabilidad.

En cuanto a la ayuda o asistencia en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito, deberíamos preguntar si compartir información, hacer preguntas o proporcionar otro apoyo que no se clasifique como participación directa constituye 'ayuda o asistencia'. La observación de la CDI sugiere que un acto debe tener por objeto contribuir de manera significativa al hecho ilícito y que, aunque muchas acciones de agencias ejecutivas sin duda formarían parte de esta categoría, todavía no queda claro si las formas de apoyo pasivo (como la recepción y uso irregulares) también podrían incluirse dentro de esta categoría.

El artículo 16 del proyecto de artículos de la CDI también exige que el Estado debe conocer las circunstancias de la ilegalidad. En muchos

²⁹ Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en su 53º período de sesiones en 2001 y presentado a la Asamblea General como parte del informe de la Comisión que cubre el trabajo de esa sesión (A/56/10).

casos de cooperación entre Estados, la tortura está tan extendida, documentada y generalizada que ni siquiera la ceguera intencional de la agencia ejecutiva podría eludir el conocimiento de la ilegalidad, que implica la responsabilidad del Estado. Sin embargo, esta situación es probable que represente más dificultades a la hora de emitir un fallo de responsabilidad en virtud de este artículo de la CDI.

Cuando se cometan infracciones graves o violaciones flagrantes o sistemáticas de normas imperativas del derecho internacional, como la prohibición de la tortura, entrará en vigor el régimen especial de normas descrito en el proyecto de artículo 41. La violación de tales normas tiene consecuencias adicionales inmediatas, no solamente para el Estado responsable, sino para el resto de Estados. Todos los Estados deben cooperar para poner fin a la violación, reconocerla como ilícita y no prestar ayuda o asistencia para mantenerla.

El proyecto de artículos exige que, si se sabe que un Estado tortura *sistemáticamente* a detenidos, ningún Estado considere que la información recibida de las agencias fue obtenida de manera lícita. Si esta conclusión fuera ampliamente aceptada tendría consecuencias potencialmente significativas para las investigaciones policiales conjuntas y para la INTERPOL, que de forma rutinaria se basan en información de Estados que puede haber sido obtenida en condiciones equivalentes a la tortura. Sin embargo, no existe un acuerdo generalizado en cuanto al ámbito exacto de aplicación del proyecto de artículo 41. Como consecuencia, hasta que un mayor desarrollo de la norma ofrezca orientación a los Estados, sigue siendo una norma incipiente e inestable del derecho internacional.

Aunque sigue sin estar claro cómo se debería entender exactamente el proyecto de artículo 41 en el contexto del uso ejecutivo de información, podríamos reconocer provisionalmente que, al mantener una relación activa y permanente de intercambio de información con Estados que torturan sistemáticamente, los Estados contribuyen a mantener la situación de ilegalidad, contraviniendo los requisitos descritos en el proyecto de artículo 41.³⁰ Esta conclusión

³⁰ Como apoyo, véase la crítica del caso inglés Rangzieb Ahmed y Anor c. R [2011] EWCA (Corte de Apelación de Inglaterra y Gales) Crim 184 (2011) de Sarah Fulton. Fulton afirma que el tribunal se equivocó al exigir menos del Reino Unido que lo que estipulaba el derecho internacional y que “la recepción pasiva de información que se sabe o se sospecha que ha sido obtenida bajo tortura puede constituir un hecho internacionalmente ilícito”. En S. Fulton, ‘Cooperating with the enemy of mankind: Can States simply turn a blind eye to torture?’, *The International Journal of Human Rights*, 16:5, 773-795, en 774.

parece coincidir con el punto de vista del jurista Matt Pollard, que afirma que “de hecho se podría afirmar que la aceptación y el uso de información constituyen un reconocimiento implícito de la situación de tortura como lícita ya que trata esta información del mismo modo que la información obtenida legalmente”.³¹

Responsabilidad penal individual

Según el artículo 4 de la Convención contra la Tortura, la comisión de actos de tortura por complicidad también puede conllevar una responsabilidad penal individual. Sin embargo, como indicado más arriba, la complicidad es una forma compleja de responsabilidad en la que entran en juego diversas normas. Las normas relativas a la complicidad en el derecho penal nacional e internacional (por ejemplo, el artículo 25 del Estatuto de Roma) aplican reglas distintas a las que se aplican a la responsabilidad del Estado. A diferencia de las formas de responsabilidad del Estado, en las que los tribunales pueden establecer la responsabilidad *imputando* el conocimiento de que la información compartida llevaría a una situación de tortura, cuando se acusa a individuos de responsabilidad por complicidad, la atribución de responsabilidad es mucho más estricta debido a la naturaleza penal de la sanción judicial.

Toda norma relativa a la responsabilidad penal en el ámbito nacional debe entenderse dentro del contexto del derecho interno aplicable en vigor. Las normas del derecho penal internacional relativas a la responsabilidad individual por complicidad parecen haber sido revisadas a la luz del éxito del recurso de Perišić en el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia en febrero de 2013, tras su anterior condena por facilitar armas y asistencia logística al ejército serbobosnio,³² y del fallo contrario en el recurso de Charles Taylor en el Tribunal Especial para Sierra Leona.³³ Según la sentencia de la Sala de Apelaciones de Perišić, la ayuda y la instigación deben estar ‘específicamente orientadas’ hacia la comisión de delitos.³⁴

³¹ M. Pollard, ‘*Rotten Fruit: State Solicitation, acceptance, and use of information obtained through torture by another state*’, NQHR, Vol. 23/3, 349-378 (2005), en 377. [Traducción propia]

³² Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, *Fiscal c. Momčilo Perišić*, Sentencia de la Sala de Apelaciones, 28 de febrero de 2013, IT-04-81-A.

³³ Véase Tribunal Especial para Sierra Leona, *Fiscal c. Charles Taylor*, Sentencia de la Sala de Apelaciones, SCSL-03-01-A, 26 de septiembre de 2013, párrafos 479-480.

³⁴ Cita del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, *Fiscal c. Dusko Tadic*, Sentencia de la Sala de Apelaciones, 15 de Julio de 1999, IT-94-1-A, párrafo. 229.

A pesar de algunas críticas al fallo de la Sala (y de ahí la incertidumbre con respecto a cómo se aplicaría la norma en el futuro), su razonamiento era requerir una conexión culpable entre el ayudante e instigador y el autor principal del delito. Independientemente de lo acertado que sea su análisis, el resultado es que es cuestionable que los y las agentes ejecutivos sean responsables penalmente de forma individual por complicidad a actos de tortura (como compartir preguntas que más adelante se utilicen en la tortura de una persona detenida), a no ser que también se demuestre un grado suficiente de culpabilidad, como una intención específica.

En resumen, la prohibición absoluta de la tortura condena ambas participación activa y complicidad en la tortura. Sin embargo, la responsabilidad por complicidad es compleja y distintos principios de derecho aún inestables limitan el ámbito de la responsabilidad del Estado y de la responsabilidad individual. En vista de las claras inconsistencias en la jurisprudencia y en la práctica, sería conveniente realizar un examen más a fondo del derecho aplicable.

Normas nacionales existentes desde la perspectiva del derecho internacional

Tras recibir una presión pública considerable, Canadá y el Reino Unido publicaron directrices para sus agencias ejecutivas relativas al uso de información. Es importante analizar cada una de ellas para comprender cómo los Estados entienden sus obligaciones en el contexto del derecho internacional. Se pueden extraer lecciones para otros Estados que estén contemplando o ya cuenten con directrices similares (no publicadas).

Reino Unido

En 2010, el Reino Unido publicó su *Consolidated Guidance to Intelligence Officers and Service Personnel on the Detention and Interviewing of Detainees Overseas, and on the Passing and Receipt of Intelligence Relating to Detainees* (Guía consolidada para oficiales de los servicios de inteligencia y personal de servicio sobre la detención y el interrogatorio de personas detenidas en el extranjero y sobre la transmisión y la recepción de inteligencia relativa a personas detenidas).³⁵

*La política del gobierno del Reino Unido con respecto a esta conducta es clara: no solicitamos, fomentamos, aprobamos ni participamos en el uso de tortura o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes para ningún propósito.*³⁶

A pesar de manifestar un compromiso público claro con la prohibición de la tortura, detalles posteriores de la guía han suscitado dudas acerca de la eficacia de la prohibición en la práctica. En primer lugar, la guía establece que los y las agentes del Estado no deberían trabajar con una agencia extranjera cuando exista un riesgo ‘grave’ de tortura. Un listón tan alto parecería exceder lo que se exige en el

³⁵ La guía del Reino Unido fue revisada más tarde para clarificar que el hecho de que los Estados extranjeros encapuchen a personas detenidas constituye en cualquier circunstancia tortura o malos tratos.

³⁶ Véase la guía del Reino Unido, párrafo 6. [Traducción propia]

derecho internacional, donde se estipula que solamente un riesgo ‘real’ debería impedir la colaboración.³⁷ Incluso en circunstancias en las que exista un riesgo grave de tortura, la guía no prohíbe la cooperación con una agencia extranjera. En lugar de ello, indica que las preocupaciones deberían dirigirse al personal de rango superior y a los ministros o ministras, que pueden estimar el riesgo en sus propios términos.

Asimismo, cuando la Comisión de Derechos Humanos del Reino Unido cuestionó la guía alegando que las normas no cumplían las obligaciones del Reino Unido, tanto del derecho del Reino Unido como del derecho internacional, y por lo tanto exponía a los y las agentes a responsabilidad penal,³⁸ el tribunal discrepó. Éste estimó que la guía “deja claro que, en todos los casos pertinentes excepto cuando no exista un riesgo grave de tratos crueles, inhumanos o degradantes (Sección 2 de la tabla), el agente no debe proseguir en absoluto (Sección 1) o el asunto debe ser remitido al personal de rango superior o a los ministros o ministras”.³⁹ El tribunal tampoco estaba convencido de que hubiera diferencia importante alguna entre un ‘riesgo grave’ o un ‘riesgo real’ en este contexto.

Reconociendo que la guía podría dar lugar a confusión, y por lo tanto a incongruencias, en las prácticas de las agencias ejecutivas, el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas recomendó en 2013 que se reformulara la guía para evitar ambigüedades y que las simples garantías de los servicios extranjeros bastaran para permitir la cooperación cuando fueran identificadas amenazas graves.⁴⁰

Inevitablemente, cualquier guía que deje incertidumbre con respecto a si un agente puede utilizar información obtenida bajo tortura tiene deficiencias significativas. Sin la precisión jurídica suficiente, los y las agentes nacionales pueden interpretar el texto en un sentido no deseado. La formulación ambigua identificada por el Comité contra la Tortura podría no dar a los y las agentes de servicios de inteligencia

³⁷ Un ‘riesgo real’ de tortura requiere el respeto de la obligación de no devolución del artículo 3 de la Convención contra la Tortura que impide una orden ejecutiva de deportación y se considera la norma más apropiada para prevenir eficazmente el riesgo de tortura de una persona detenida retenida en el extranjero.

³⁸ Tribunal Superior del Reino Unido, *La Comisión de Igualdad y Derechos Humanos c. El Primer Ministro*, Sentencia, 3 de octubre de 2011, [2011] EWHC 2401 (Admin).

³⁹ *Ibidem*, en párrafo 61.

⁴⁰ Comité contra la Tortura, Observaciones finales sobre el quinto informe periódico del Reino Unido, adoptadas por el Comité en su 50^º período de sesiones (6-31 de mayo de 2013), CAT/C/GBR/CO/5, párrafo 11.

y seguridad las directrices detalladas necesarias para garantizar que actúan de forma compatible con el derecho internacional y nacional.

Aunque la guía no pretende ser un principio de derecho, las incoherencias en el texto y la falta de especificidad en sus descripciones jurídicas podrían socavar el propósito de prevenir la complicidad del Reino Unido en situaciones de tortura.

La breve lista ilustrativa de prácticas prohibidas que se facilita en su anexo es un ejemplo de las deficiencias de directrices tan amplias. Esta lista se convertirá inevitablemente en la herramienta principal utilizada por las agencias para determinar si una práctica está prohibida o no. Es importante señalar que esta lista no examina el uso de prácticas combinadas u otras prácticas que tienen un efecto comparable en la víctima. El anexo simplifica excesivamente una serie de términos jurídicos críticos y es demasiado breve como para ofrecer las directrices detalladas necesarias para evitar acusaciones de complicidad y, además, proporciona una descripción poco exacta de la prohibición en el derecho internacional.

Sin embargo, la guía del Reino Unido contiene algunas disposiciones positivas que indican, por ejemplo, que las agencias deberían reconsiderar sus prácticas para evitar dar la impresión de que su recepción de información “es una promoción de los métodos utilizados para obtenerla”.⁴¹ Además, la guía expone una serie de medidas para mitigar el riesgo de tortura cuando se identifique un riesgo de maltrato o tortura, como la imposición de condiciones a las solicitudes y la información compartida.

Canadá

La investigación del juez O'Connor del caso *Maher Arar* en Canadá llevó a la publicación en 2011 de la ‘*Ministerial Direction to Canadian Security Intelligence Service (CSIS): Information sharing with foreign entities*’ (Directiva ministerial para el Servicio de inteligencia y seguridad canadiense: Intercambio de información con entidades extranjeras).⁴² Aunque las nuevas directivas ministeriales cubren tanto la transmisión como la recepción de información que pudiera

⁴¹ Véase guía del Reino Unido, párrafo 28.

⁴² Desde la Directiva de 2011, se han elaborado directivas ministeriales adicionales para la Real Policía Montada del Canadá y la Agencia de Servicios de Fronteras del Canadá. El objetivo de combinarlas es establecer una política coherente y congruente para los procesos de toma de decisiones con respecto al intercambio de información cuando pueda existir un riesgo de maltrato.

en cualquiera de los casos llevar a actos de tortura, siguen estando redactadas de forma poco precisa y pueden dar lugar a una interpretación vaga.

Al igual que la guía del Reino Unido, la guía canadiense ofrece consejos bastante incongruentes a sus agentes ejecutivos. La directiva declara en los términos más enérgicos que Canadá se opone al maltrato de cualquier individuo por cualquier entidad extranjera para cualquier propósito, pero al mismo tiempo se exime a sí misma del cumplimiento pleno al expresar su deber hacia sus propios ciudadanos de prevenir el daño que podrían causar individuos que participan en actividades que representan una amenaza.

También de manera similar a la guía del Reino Unido, la directiva canadiense declara que cuando exista un ‘riesgo significativo’ de maltrato como resultado del intercambio de información, el asunto deberá remitirse al director del Servicio, quien hará balance de las obligaciones. Al igual que en la guía del Reino Unido, implica un umbral muy amplio de acción y rebaja el listón de la norma internacional de detectar un riesgo ‘real’ al determinar la seguridad del acto.

Con respecto a la información recibida, se ordena al CSIS que no se base *deliberadamente* en información extraída mediante malos tratos.

Uno de los problemas principales de la directiva ministerial de 2011 es que ofrece una defensa en caso de ‘circunstancias excepcionales’:

“[E]n circunstancias excepcionales, el CSIS puede necesitar compartir información lo más completa posible para mitigar una amenaza grave de pérdida de vidas, lesión o daño significativo o destrucción de propiedad antes de que se materialice”.

Una defensa de este tipo podría permitir acciones ejecutivas que den lugar a situaciones de tortura o deportación, una posibilidad introducida por primera vez en el derecho canadiense con el caso de *Suresh*.⁴³ El texto de la directiva indica claramente que el gobierno tiene la intención de dejar abierta la posibilidad de que se pueda continuar usando información obtenida bajo tortura o información que pueda llevar a actos de tortura sin una sanción legal.

⁴³ *Suresh c. Canadá* (Ministro de Ciudadanía e Inmigración), 2002 SCC 1.

Por motivos básicos, la defensa general de ‘circunstancias excepcionales’ es muy problemática. La idea de que ciertas ‘circunstancias excepcionales’ no definidas podrían justificar compartir información con Estados que torturan podría abrir las puertas al abuso y potencialmente animar a los y las agentes del Estado a cooperar basándose en conceptos subjetivos y mal definidos de necesidad.

Tanto las directrices de Canadá como las del Reino Unido confían en las garantías recibidas de agencias extranjeras y Estados. La práctica de basarse en garantías que no son de obligado cumplimiento ofrecidas por Estados que emplean de manera rutinaria la tortura suscita una serie de preocupaciones graves en cuanto a los derechos humanos. Diversos especialistas, como la Alta Comisionada para los Derechos Humanos y el Comité contra la Tortura, han mostrado que estos acuerdos no funcionan en la práctica a la hora de proteger a personas de riesgos claros de tortura y malos tratos. El Comité contra la Tortura ha hecho declaraciones en las que critica el uso de garantías diplomáticas y ha recordado que no bastan para proteger a personas detenidas en el contexto del intercambio transfronterizo de inteligencia.

Más recientemente, en su informe de seguimiento para el Comité contra la Tortura, el gobierno canadiense recalcó que Canadá ni promueve ni consiente el uso de tortura u otros métodos de investigación ilícitos, pero rechazó la recomendación del Comité de modificar las directivas ministeriales para garantizar la coherencia con la Convención contra la Tortura.⁴⁴ La declaración recordó que la directiva ministerial exigía que se establecieran garantías procesales para el uso e intercambio de información por parte de sus agencias:

⁴⁴ Comité contra la Tortura, *Interim Report in follow-up to the review of Canada's Sixth Report on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, agosto de 2013, CAT/C/CAN/CO/6/Add.1.

En primer lugar, las agencias deben adoptar todas las medidas razonables para reducir el riesgo de que cualquiera de sus acciones pueda promover o consentir el uso de malos tratos. En segundo lugar, deben contar con medidas razonables y apropiadas para identificar información de entidades extranjeras que probablemente se haya extraído mediante malos tratos y deben clasificar adecuadamente esta información para cualquier diseminación posterior de la misma.⁴⁵

Estos consejos no excluyen la posibilidad de que las agencias canadienses puedan utilizar información obtenida bajo tortura ni la directiva excluye la posibilidad de que se comparta información con otro Estado que tortura a una persona bajo su custodia.

Aunque ambas directrices compartan bastantes deficiencias, el mero hecho de que se hayan convenido y publicado directrices es prueba de que Canadá y el Reino Unido reconocen el deber de ocuparse de las personas retenidas en el extranjero y los retos a los que se enfrentan sus agentes ejecutivos al emplear y compartir información con agencias asociadas en el extranjero. Este reconocimiento y el compromiso de proporcionar consejos prácticos y transparentes constituyen buenas prácticas que otros Estados podrían compartir.

⁴⁵ *Ibíd.*, en párrafo 30.

Principios internacionales para las agencias ejecutivas

“El intercambio de información es vital, pero debe producirse de manera fiable y responsable. La necesidad de intercambiar información no significa que la información deba compartirse sin controles, particularmente sin explicaciones. [...] El propósito de los controles es facilitar y promover el flujo organizado de información, no obstaculizarlo o detenerlo”.⁴⁶

A partir de conversaciones con especialistas y de los ejemplos descritos en este informe es posible extraer una serie de principios y cuestiones sobre los que las agencias pueden reflexionar, los cuales se podrían desarrollar más a fondo.

Prohibición clara de recabar activamente información obtenida bajo tortura

Se entiende claramente que la participación activa o la complicidad en la tortura de personas en el extranjero son ilícitas. Se aplica este principio para prevenir que los y las agentes ejecutivos hagan preguntas o promuevan de algún modo el maltrato de una persona retenida en el extranjero.

Práctica 35: Los servicios de inteligencia tienen prohibido explícitamente recurrir a la asistencia de servicios de inteligencia extranjeros de cualquier manera que resulte en el incumplimiento de las leyes nacionales y de los controles institucionales de sus propias actividades. Cuando pidan a servicios de inteligencia extranjeros que lleven a cabo actividades en su nombre, los Estados exigirán a estos servicios que observen la misma normativa jurídica que regiría si las actividades las llevaran a cabo sus propios servicios de inteligencia.⁴⁷

⁴⁶ Según el juez O'Connor, en las recomendaciones *Arar*, supra., pág. 331.

⁴⁷ Informe de Martin Scheinin, Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, A/HRC/14/46, 17 de mayo de 2010.

Las diversas buenas prácticas en la recopilación de pruebas por parte de las agencias responsables del cumplimiento de la ley podrían aplicarse al uso de información obtenida bajo tortura. La norma estricta de exclusión de cualquier prueba obtenida violando la prohibición de la tortura y los malos tratos debería ser el punto de partida para cualquier proceso activo para recibir información de otro Estado.

Como se observa en una publicación reciente de la Organización para la seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) que proporciona orientación para investigaciones realizadas por agentes del orden, “[!]a información o inteligencia obtenida por medios ilegales de este tipo, incluso cuando no se vaya a utilizar en procedimientos judiciales, siempre debería tratarse del mismo modo que un tribunal trataría las pruebas obtenidas por medios ilegales y, por lo tanto, ser descartada”.⁴⁸ Según la publicación, el motivo es que la fiabilidad de esta información siempre será dudosa.

Si ahora se acepta ampliamente que las confesiones son sospechosas cuando proporcionan la única prueba de culpabilidad, que las pruebas obtenidas bajo tortura son por naturaleza poco fiables y que el uso de estas pruebas socava la integridad del proceso judicial, también debe reconocerse que el uso de información obtenida bajo tortura en un proceso ejecutivo es igualmente problemático.

¿Es alguna vez realmente ‘pasiva’ la recepción de información obtenida mediante tortura?

Existe una confusión considerable entre los y las agentes ejecutivos con respecto a cuándo las actividades de las agencias pasan de considerarse una mera recepción pasiva a un consentimiento y conformidad tácitos, momento en el cual la agencia receptora participa en la comisión.

Los Estados han intentado no asumir su responsabilidad por su papel en el maltrato de personas describiendo su función como meramente pasiva, cuando en realidad existe una relación mucho más activa. A menudo los Estados intercambian información de forma continua y sistemática, a veces incluso a través de un acuerdo formal. Como casi nunca se ofrece información sin un acuerdo de

⁴⁸ Organización para la seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), *Human Rights In Counter-Terrorism Investigations: A Practical Manual For Law Enforcement Officers* (2013), pág. 28.

intercambio de inteligencia o un entendimiento recíproco similar, que la información pueda ser recibida alguna vez de forma pasiva es cuestionable. Como resultado, aunque parezca que la información es compartida pasivamente, los deberes y obligaciones internacionales todavía son aplicables.

Evaluación del cumplimiento del Estado de los principios de derechos humanos (debida diligencia)

La Comisión para el caso *Arar* evaluó la respuesta apropiada para la cooperación y el intercambio de información con Estados en los que se sabe que se emplea la tortura. Se recomienda que el personal funcionario pertinente del Ministerio de Asuntos Exteriores realice una evaluación del Estado para que se utilice como base en la interacción y la cooperación.

Buenas prácticas para el envío de información a agencias ejecutivas en el extranjero

Con respecto a la información transmitida, los Estados deberían introducir la norma clara de que no se debería compartir ninguna información con un Estado extranjero cuando exista un riesgo plausible de que cause o contribuya al uso de tortura. Las evaluaciones no se deberían basar exclusivamente en el conocimiento efectivo, ya que esto lleva inevitablemente a la conclusión de que el personal funcionario puede evitar deliberadamente este conocimiento. Siempre que existan fundamentos razonables para cuestionar el comportamiento en materia de derechos humanos de un país, como informes de ONG fiables, el personal funcionario debería inclinarse por la precaución.

Por último, la información nunca debería ser compartida cuando exista un riesgo 'real' de que compartir información con otro Estado causará o contribuirá al uso de la tortura.

Sir John Sawers (MI6) explicó claramente el papel que las agencias deberían desempeñar cuando haya probabilidades de que se cometan actos de tortura:

“La tortura es ilegal y aberrante en cualquier circunstancia y no tenemos en absoluto nada que ver con ella. Si sabemos o creemos que la acción que llevamos a cabo provocará la comisión de actos de tortura, debemos, de acuerdo con

el derecho británico e internacional, evitar esa acción. Y lo hacemos, aunque ello permita que la actividad terrorista siga su curso".⁴⁹

La información debería compartirse solamente de tal manera que no identifique a personas de interés como sospechosas. Esta precisión en los informes es esencial para evitar dañar a terceros durante una investigación. Asimismo, se debería ser cauteloso a la hora de utilizar expresiones incendiarias o provocadoras como 'islamista extremista' o 'yihadista'.

Incluso una visita que no revele información que podría tener un impacto negativo en el trato de una persona sospechosa podría tener consecuencias imprevistas. Las decisiones de interactuar con Estados que emplean la tortura deben tomarse bajo un control escrupuloso para evitar la complicidad en los abusos de los derechos humanos o la percepción de que se aceptan.

Solicitudes de información

Las preguntas formuladas pueden llevar potencialmente a la violación de la legislación relativa a los derechos humanos. Las agencias deberían evaluar detenidamente los riesgos que entraña solicitar información a agencias cuestionables y, además, intentar garantizar que se trata a la persona de acuerdo con la legislación internacional en materia de derechos humanos.

Buenas prácticas para la recepción de información probablemente obtenida mediante tortura

En el caso de información recibida, una evaluación adecuada de la información debe determinar si es probable que se haya extraído mediante tortura. Además, la información debería ser examinada para determinar su precisión y ser analizada teniendo en cuenta el contexto del que proviene. Como se ha indicado anteriormente, la aceptación de información puede equivaler al consentimiento de la tortura y puede conllevar la responsabilidad del Estado en hechos ilícitos. Todas las agencias deberían adoptar políticas para la recepción de información de estos Estados, centrándose especialmente en la fiabilidad y la precisión de la información.

⁴⁹ Según Sir John Sawers, Jefe del Servicio Secreto de Inteligencia del Reino Unido, en un discurso pronunciado el 28 de octubre de 2010.

Cuando un Estado tenga una trayectoria cuestionable en materia de derechos humanos, incluso la recepción ‘pasiva’ de información debería considerarse sospechosa y ser rechazada cuando proceda.

La procedencia de la inteligencia siempre debe ir acompañada de un modo u otro de una explicación

Las autoridades tienen el interés y la responsabilidad de garantizar que la información que comparten sea precisa y apropiada para el propósito. Asimismo, es importante que las autoridades controlen, en la medida en la que puedan, el uso de esta información compartida. Esto se conoce como el principio de control y es la “regla número uno del intercambio de inteligencia”.⁵⁰

La información compartida sin explicaciones podría llevar a que una agencia asociada otorgue a la información una fiabilidad que no merece. En la Comisión del caso *Arar*, el juez O’Connor consideró que como nunca se sabe la importancia que la información puede tener en el contexto general de la inteligencia, ya que se recaba información de diferentes fuentes, incluso detalles aparentemente insignificantes pueden crear cuando se combinan una imagen de alguien que participa activamente en actividades ilegales.

El personal funcionario del Estado debería llevar a cabo una evaluación de la fiabilidad de la información y esta evaluación debería acompañar a la información cuando, o si, se distribuye a agencias adicionales.

Las agencias encargadas del cumplimiento de la ley y los servicios de inteligencia y seguridad ya utilizan de manera generalizada las explicaciones para gestionar información cuando hay dudas acerca de su origen, fiabilidad y cómo se debería utilizar. Un ejemplo del uso de explicaciones en la práctica es el formulario 5x5x5, que es el proceso nacional de presentación de informes de los servicios de información e inteligencia que permite al Servicio de Policía del Reino Unido y a otras agencias registrar, evaluar y diseminar información. El formulario asigna un valor a la fuente, a la información y cómo debería ser gestionada, lo que permite a la policía administrar y usar la información cuando hay dudas acerca de su veracidad.⁵¹

⁵⁰ *Ibíd*em

⁵¹ Véase, *Practice Advice: Introduction to Intelligence Led Policing*, Association of Chief Police Officers (2007), en <http://www.acpo.police.uk/documents/crime/2007/200708-cba-intelligence-led-policing.pdf>.

Las explicaciones no garantizan que la información no se use incorrectamente, pero establecen una obligación moral de usar la información únicamente de la manera prevista: “Es el mejor medio disponible para reducir el riesgo de un uso incorrecto”.⁵² El uso incorrecto de la información compartida también puede llevar a una revisión de la cooperación en el futuro.

El caso *Arar* demuestra la importancia de usar explicaciones para garantizar la precisión y minimizar el riesgo de que se dependa demasiado de la información cuando existan dudas en cuanto a su fuente o fiabilidad.

Las redes de intercambio de inteligencia deberían exigir garantías mínimas

Las redes de intercambio de inteligencia han crecido mucho desde 2001. En la ONU, el Comité contra el Terrorismo ha declarado que una de sus metas es seguir desarrollando medidas de intercambio de inteligencia y cooperación entre agencias y ha indicado que es probable que estas redes continúen creciendo.⁵³

Como se reconoce que las redes de inteligencia deberían compartir información, sus operaciones deberían estar regidas por normas profesionales robustas, basadas en el derecho internacional. Estas redes deberían trabajar para mejorar las normas de agencias menos profesionales pertenecientes a la red en un proceso denominado ‘aculturación’ por los comentaristas Ryan Goodman y Derek Jinks.⁵⁴ Elizabeth Sepper apoya este enfoque con un ejemplo: “Si los servicios de inteligencia jordanos entienden que cumplir las normas como el uso de explicaciones o no compartir información obtenida bajo tortura es una condición previa para la inclusión y una buena reputación en la red, obedecerá las normas porque desea integrar el grupo o convertirse en un miembro respetado del mismo”.⁵⁵

Exigir el cumplimiento de estas normas por parte de los socios hará inevitablemente que algunas agencias vacilen antes de compartir

⁵² Recomendaciones del caso *Arar*, supra., pág. 342.

⁵³ Sir Jeremy Greenstock, rueda de prensa, 19 de octubre de 2001, como se cita en M. Herman, ‘*Ethics and Intelligence after September 2001*’, en J. Goldman (ed.), *Ethics of Spying* (Volumen 2) (Scarecrow Press, Lanham: 2010), págs. 103-120, en 111.

⁵⁴ E. Sepper, ‘*Democracy, Human Rights and Intelligence Sharing*’, *Texas International Law Journal*, Vol. 46:151, 2010, 151-207, en 163.

⁵⁵ E. Sepper, ‘*Democracy, Human Rights and Intelligence Sharing*’, *Texas International Law Journal*, Vol. 46:151, 2010, 151-207, en 164.

información. Sin embargo, el uso incorrecto de información y los abusos en materia de derechos humanos como la tortura que se requieren a través de solicitudes de información tendrán el mismo efecto y reducirán la capacidad efectiva de la agencia de inteligencia.

Supervisión de la inteligencia

La supervisión de acuerdos de cooperación es un elemento crucial de control ciudadano en un Estado democrático. La supervisión ha sido criticada por no ser capaz de contemplar el ‘control del emisor’ o la ‘norma de la información suministrada por terceros’ de la cooperación en materia de inteligencia. Estas normas exigen que el emisor limite el uso y el intercambio de inteligencia, incluso con terceras partes como los organismos de supervisión. Sin embargo, aunque se observen cuidadosamente estas normas, no hay razones para impedir que un órgano de supervisión de la inteligencia revise acuerdos en los que se basa el intercambio de inteligencia, así como el envío de inteligencia a entidades extranjeras.

Los retos prácticos reales para demostrar la complicidad en actos de tortura cometidos en el extranjero ponen de manifiesto la necesidad de contar con organismos democráticos de supervisión. Estos organismos podrían solicitar la información que demostraría el ‘conocimiento’ a efectos de un fallo de complicidad en actos de tortura cometidos en el extranjero.

En un estudio conjunto de 2010 sobre las prácticas mundiales en relación con la detención secreta en el contexto de la lucha contra el terrorismo, los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos recomendaron que “todos los actos de los servicios de inteligencia deben estar regidos por la ley que, a su vez, debe ser acorde con las normas internacionales. A los efectos de la rendición de cuentas sobre la cooperación en cuestiones de esta índole, habría que establecer y perfeccionar mecanismos verdaderamente independientes de examen y supervisión de esos servicios”.⁵⁶

Basándose en el caso *Arar*, una de las conclusiones principales del informe del juez O’Connor sobre recomendaciones para supervisar a los servicios de inteligencia, con el fin de prevenir métodos ilegales en el uso de inteligencia y mejorar su supervisión, fue que era esencial adoptar un enfoque integrado para garantizar que no existan vacíos entre los mecanismos nacionales de supervisión.

⁵⁶ A/HRC/13/42, 19 de febrero de 2010.

Se debería ofrecer formación práctica para que todo agente operativo cuente con una instrucción completa sobre estas normas

Actualmente es habitual exigir que los y las agentes de policía y del orden reciban formación continua para evitar el uso de la tortura y otras formas de malos tratos. Este tipo de formación y programas a menudo es desarrollado por ONG y activistas interesados, pero otros agentes pertinentes (como asociaciones jurídicas profesionales) también desempeñan un papel importante.

La prohibición y la prevención efectivas de la tortura también deben ser un elemento clave de la formación continua impartida a los y las agentes de los servicios de seguridad e inteligencia, que debería diseminarse en la formación habitual, en particular en las áreas principales de riesgo como el interrogatorio de personas y la reducción del riesgo de tortura durante el trabajo con otras agencias.

Hemos observado que los períodos de tensión y conflicto pueden llevar a que todas las agencias ejecutivas reciban una presión enorme para obtener resultados. Durante las agresivas operaciones de lucha contra el terrorismo, esta presión hizo que el personal de las agencias corriera riesgos cada vez mayores para obtener los resultados que se les exigían, tanto por sus propias agencias como por las agencias extranjeras. El material publicado ha confirmado que ante tal presión, el personal de las agencias ejecutivas de diferentes países cada vez se ha mostrado más propenso a incumplir las normas y actuar de manera ilícita. Deben existir salvaguardias claras y definidas para prevenir tales acciones. La formación debe asegurar a las agencias que no se pedirá a nadie que viole la ley para desempeñar sus funciones, ni siquiera en períodos de tensión extrema, y que este tipo de solicitudes debe ser rechazado y denunciado.

Publicar directrices para las agencias ejecutivas

Aunque las directrices del Reino Unido y Canadá son deficientes, reconocen la existencia de ciertos deberes y son útiles porque reconocen que se deben respetar algunas obligaciones hacia las personas detenidas. Los Estados, por el mero hecho de formular estas directrices, reconocen que no tienen carta blanca para tratar a las personas detenidas como les plazca.

Estas directrices detalladas son alentadoras y pueden servir de ejemplo para otros Estados. Como se ha indicado más arriba, las directrices deberían estar sujetas al examen y supervisión regulares del Parlamento.

Conclusión

Aunque se puede considerar que el reto moral limita lo que se puede conseguir en la práctica para regular la praxis de las agencias ejecutivas, un enfoque preventivo activo puede servir para reducir la amenaza y mejorar las normas profesionales de los y las agentes ejecutivos, de acuerdo con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

En relación a los pasos positivos que pueden tomarse para mejorar la protección, aunque las inquietudes con respecto a los derechos humanos no pueden prohibir todos los intercambios de inteligencia, una opción realista puede ser el 'proceso de aculturación', mediante el cual los países que tengan normas más estrictas puedan colaborar de forma más positiva y constante con las agencias de inteligencia que se sabe que emplean la tortura y así ejercer su influencia para que se abstengan de usar la tortura.

Del mismo modo, los Estados deberían reflexionar acerca de si las relaciones importantes que mantienen con los Estados que emplean de manera rutinaria la tortura deberían incluir el intercambio continuo de información, que lleva inevitablemente a la tortura. Además, los Estados deberían pensar en cómo realizar una aculturación más eficaz de las agencias ejecutivas en estos Estados. Este proceso debe empezar a demostrar la ineficacia de la tortura como método interrogatorio.

La falta de normas prácticas claras para los y las agentes ejecutivos y la incertidumbre en cuanto a la aplicación de los principios jurídicos indican que la adopción de normas internacionalmente convenidas tendría un impacto en las agencias ejecutivas de todo el mundo. Como los y las agentes se ven a sí mismos como agentes sumamente morales, se presume que las normas se cumplirían. Las buenas prácticas de Martin Scheinin, antiguo Relator Especial, deberían utilizarse como punto de partida. Sería conveniente elaborar directrices más exhaustivas para seguir aplicando la prohibición absoluta de la tortura y otros malos tratos.

No se debería aceptar que las agencias ejecutivas, o en particular las agencias que llevan a cabo análisis de la información, desconozcan las circunstancias en las que se ha recabado. En la práctica, es poco probable que las agencias de inteligencia no hagan preguntas sobre la procedencia de la información, ya que necesitan conocer la fuente para evaluar el valor de la información.

Asimismo, se podría adoptar una 'lista de control del cumplimiento' del derecho internacional para ayudar a los mecanismos de supervisión parlamentaria a establecer prácticas para las agencias ejecutivas que reduzcan el riesgo del uso de la tortura para extraer información o que determinada cooperación dé lugar a actos de tortura.

El desarrollo de directrices normativas sería un paso positivo, pero las salvaguardias adicionales para garantizar el cumplimiento, como la supervisión independiente, también son componentes adicionales esenciales para garantizar el éxito. La aplicación de las normas solamente se puede evaluar a través de la supervisión eficaz.

La incertidumbre con respecto a la aplicación específica de los principios jurídicos generales al uso ejecutivo de la información obtenida bajo tortura y los retos prácticos reales a los que se enfrentan los y las agentes ejecutivos justifican un análisis más a fondo por parte de especialistas. Se recomienda desarrollar a partir de este análisis de especialistas una serie de principios y directrices claros sobre el uso ejecutivo de información que podría servir como guía para la política nacional, cerrando el mercado internacional de productos de la tortura y permitiendo a los Estados evitar la responsabilidad por complicidad en actos de tortura cometidos en el extranjero.

Anexo

Recopilación del antiguo Relator Especial, Martin Scheinin, de buenas prácticas sobre los marcos y las medidas de carácter jurídico e institucional que permitan garantizar el respeto de los derechos humanos por los servicios de inteligencia

Tras la recomendación de Martin Scheinin en 2009 para la adopción de directrices específicas para el respeto de los derechos humanos y mejores prácticas por las agencias de inteligencia,⁵⁷ el Relator Especial presentó una **recopilación de buenas prácticas sobre los marcos y las medidas de carácter jurídico e institucional que permitan garantizar el respeto de los derechos humanos por los servicios de inteligencia** en la lucha contra el terrorismo.⁵⁸ La recopilación fue el resultado de consultas con los gobiernos, especialistas y profesionales. El informe explica que las buenas prácticas enumeradas “no se limita[n] a las prescripciones del derecho internacional, incluida la normativa de los derechos humanos, sino que va[n] más allá de estas normas de obligado cumplimiento”.⁵⁹

Las buenas prácticas en materia de intercambio de información se enumeran en las prácticas 31 a 35:

Práctica 31: El intercambio de información entre organismos de inteligencia de un mismo Estado, o con las autoridades de un Estado extranjero, se basa en la legislación nacional que prevé normas bien definidas para esta operación, incluidas las condiciones que deben reunirse, las entidades con las

⁵⁷ Informe de Martin Scheinin, Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, A/HRC/10/3, 4 de febrero de 2009, en párrafo78.

⁵⁸ Informe de Martin Scheinin, Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, A/HRC/14/46, 17 de mayo de 2010.

⁵⁹ *Ibíd*em, en párrafos del resumen.

que puede intercambiarse información y las salvaguardias aplicables a esos intercambios.

Práctica 32: La legislación nacional define el proceso por el que se autorizan los acuerdos en que se basa el intercambio de información y los intercambios ad hoc. Cualquier acuerdo de intercambio de información con entidades extranjeras ha de ser aprobado por el poder ejecutivo, y lo propio cabe decir de los intercambios de información que tengan consecuencias significativas para los derechos humanos.

Práctica 33: Antes de concertar un acuerdo de intercambio de información, o de proceder a un intercambio ad hoc, los servicios de inteligencia hacen una evaluación de los antecedentes de la otra parte en materia de derechos humanos y protección de los datos, así como de las salvaguardias jurídicas y los controles institucionales que rigen en esa parte. Antes de transmitir la información, los servicios de inteligencia se aseguran de que toda la información enviada es pertinente para el mandato del receptor, se utilizará de conformidad con las condiciones prescritas y no se destinará a fines contrarios a los derechos humanos.

Práctica 34: Las instituciones independientes de supervisión pueden examinar los acuerdos de intercambio de información y cualquier información enviada por los servicios de inteligencia a entidades extranjeras.

Práctica 35: Los servicios de inteligencia tienen prohibido explícitamente recurrir a la asistencia de servicios de inteligencia extranjeros de cualquier manera que cause el incumplimiento de la norma jurídica nacional y el control institucional de sus propias actividades. Cuando pidan a servicios de inteligencia extranjeros que lleven a cabo actividades en su nombre, los Estados exigirán a estos servicios que observen la misma normativa jurídica que regiría si las actividades las llevaran a cabo sus propios servicios de inteligencia.

La tortura es una práctica aberrante que está absolutamente prohibida en los tratados internacionales, las costumbres y las constituciones de casi todos los Estados. Ahora, más de una década después de que se lanzara la guerra contra el terrorismo, los servicios de policía, seguridad e inteligencia deberían sopesar cuáles deberían ser los límites de la cooperación en materia de inteligencia entre Estados para restaurar la dignidad de la prohibición absoluta de la tortura.

En noviembre de 2013, la APT recibió a un grupo de expertos y expertas para examinar las implicaciones prácticas y jurídicas del intercambio y uso de información obtenida mediante tortura por parte de agencias ejecutivas. Se pidió a los expertos y expertas que examinaran si y cómo se pueden adoptar normas para el uso de información obtenida mediante tortura que guíen el comportamiento de los Estados con el fin de que cumplan las normas internacionales.

Estas son algunas de las preguntas planteadas:

- ¿Cuál es el problema con que los servicios de policía, seguridad e inteligencia reciban y utilicen información obtenida mediante tortura o compartan información con Estados que emplean la tortura?
- ¿Cómo deberíamos responder al 'dilema moral' de que rechazar información podría socavar los esfuerzos para prevenir el terrorismo?
- ¿Viola el derecho internacional el uso ejecutivo de información obtenida mediante tortura o el intercambio de información que lleva a la tortura?