

I. ESTUDIOS

GARANTÍAS DIPLOMÁTICAS, NO DEVOLUCIÓN Y PROHIBICIÓN DE LA TORTURA*

Ángel SÁNCHEZ LEGIDO

Profesor titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO

I. LAS GARANTÍAS DE TRATO HUMANO EN CASO DE EXPULSIÓN O EXTRADICIÓN EN EL ESCENARIO POST 11-S.-II. EL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN EN CASO DE RIESGO DE TORTURA: 1. *La proclamación del principio.* 2. *El supuesto de hecho de la obligación de no devolución.* 3. *Fecha crítica y medidas provisionales.* 4. *Criterios y estándares de evaluación del riesgo.* 5. *La proyección del carácter absoluto de la prohibición de la tortura en el principio de no devolución.*-III. LA REAFIRMACIÓN DEL CARÁCTER ABSOLUTO DEL DERECHO A NO SER EXPUESTO AL RIESGO DE TORTURA EN EL EXTERIOR: 1. *La impugnación por Reino Unido de la doctrina establecida por el TEDH en el asunto Chahal.* 2. *La respuesta del TEDH en el asunto Saadi c. Italia.*-IV. ENTONCES ¿SON ADMISIBLES LAS GARANTÍAS DIPLOMÁTICAS?: 1. *La práctica nacional relativa a las garantías diplomáticas.* 2. *El debate en torno a la admisibilidad de las garantías diplomáticas en caso de riesgo de tortura.* 3. *La virtualidad de las garantías diplomáticas en la doctrina de los órganos internacionales de supervisión y salvaguardia.* 4. *Factores determinantes de la relevancia de las garantías.*-V. CONSIDERACIONES FINALES.

I. LAS GARANTÍAS DE TRATO HUMANO EN CASO DE EXPULSIÓN O EXTRADICIÓN EN EL ESCENARIO POST 11-S

En los últimos años, un creciente número de países viene recurriendo a las denominadas garantías diplomáticas con el fin de hacer posible la expulsión y/o extradición de individuos, en la mayor parte de los casos presuntos terroristas, a Estados en

El presente trabajo se enmarca dentro de los Proyectos de Investigación «Cooperación y confrontación en el diseño de un nuevo sistema de seguridad colectiva: detección y análisis de las nuevas pautas de regulación y de institucionalización» (Proyecto SEJ 2006-03867) e «Inmigración, cooperación judicial internacional y derechos humanos: hacia un modelo social europeo de referencia mundial» (SEJ 2006-04769).

los que no deja de constatarse un apreciable riesgo de violación de los derechos humanos más esenciales. En virtud de ese expediente, la promesa más o menos solemne de trato humano por parte de las autoridades del Estado receptor, acompañada o no de algún tipo de mecanismo, generalmente no muy sofisticado, de supervisión del compromiso así asumido, tornaría en devolución lícita lo que, de otro modo, vulneraría los derechos humanos. Al menos cuatro circunstancias recientes contribuyen a reforzar el interés que ha adquirido últimamente esta cuestión.

En primer lugar, los muy sonados asuntos *Agiza y Alzheri*, en los que el Comité contra la Tortura (Com.CAT) y el Comité de Derechos Humanos (Com.CCPR), respectivamente, consideraron que la entrega por parte de las autoridades suecas de dos presuntos integristas islámicos a agentes estadounidenses y egipcios en el aeropuerto de Bromma, para su deportación a Egipto, donde diversos indicios apuntan a que fueron sometidos a malos tratos a pesar de las garantías ofrecidas por las autoridades egipcias, suponía una violación del principio de no devolución en caso de riesgo de tortura ¹ por parte de Suecia ².

En segundo lugar, el hecho de que, ante las dudas suscitadas por la mencionada práctica, en el seno del Consejo de Europa y en el contexto de las reflexiones en torno a la problemática que suscita el respeto de los derechos humanos en el marco de la lucha contra el terrorismo, se instituyera un grupo de expertos intergubernamentales con el cometido de analizar los problemas planteados por el uso de las garantías diplomáticas con ocasión de procedimientos de expulsión y de explorar, en su caso, las posibilidades de adoptar un instrumento jurídico sobre los estándares y requisitos mínimos de las garantías. Debido, fundamentalmente, a la presión conjunta de las instancias internacionales de protección y promoción de los derechos humanos y de las ONG's que participaron como observadoras en sus trabajos, la conclusión a la que llegó el denominado «Grupo de Expertos sobre Derechos Humanos y la Lucha contra el Terrorismo» (DH-S-TER) fue que, por el momento, debía rechazarse la elaboración del citado instrumento ³.

En tercer lugar, y muy especialmente, la expulsión de sospechosos a sus países de origen bajo garantías diplomáticas ha acabado convirtiéndose, como consecuencia de diversos avatares judiciales, en una pretendida pieza clave de la política antiterrorista de Reino Unido. Y ello hasta el punto de haber motivado la puesta en marcha por parte del gobierno de Londres de una muy elaborada y meditada estrategia orientada a conseguir un cambio de doctrina jurisprudencial por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), con el fin de reducir un significativo obstáculo que, en el plano de los principios, venía dificultando la, por así decirlo, virtud redentora de las garantías respecto de deportaciones dudosas. Una estrategia que ha sido expresamente rechazada por la instancia de Estrasburgo, en un pronunciamiento unánime de su Gran Sala, en el reciente asunto *Saadi c. Italia* ⁴.

¹ Salvo indicación en contrario, las referencias a la tortura en el presente trabajo deben entenderse hechas igualmente a los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes.

² Com.CAT, Dictamen de 24-IV-2005, *Ahmed Hussein Mustafa Kamil Agiza c. Suecia*. CAT/C/34/d/233/2003, § 13.4; Com.CCPR, Dictamen de 10-XI-2006, *Mohamed Alzery c. Suecia*, CCPR/C/88/D/1416//2005, § 11.5.

³ Group of Specialists on Human Rights and the Fight against Terrorism, Final Activity Report of the DH-S-TER on Diplomatic Assurances. Doc. CM(2006)64, 13-IV-2006, Apéndice 2, § 20.

⁴ STEDH (Gran Sala) de 28 de febrero de 2008, *Saadi c. Italia*.

Por último, y en cuarto lugar, no hay que olvidar que, aunque no en una situación de vanguardia, España también comienza a aparecer entre los Estados que se dejan seducir por el expediente de las garantías diplomáticas en caso de riesgo de tortura. En nuestro país, eso sí y al igual que en otros Estados de nuestro entorno, las garantías se han buscado hasta ahora no tanto para deshacerse de presuntos terroristas por vía de expulsión, cuanto para posibilitar su extradición a Estados que, por mucho que puedan representar un riesgo para la integridad física y psíquica del afectado, tal vez no dejen de presentar cierto interés, directa o indirectamente, desde el punto de vista de la integridad de la cooperación de terceros con *nuestra* lucha antiterrorista.

II. EL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN EN CASO DE RIESGO DE TORTURA

1. La proclamación del principio

El régimen internacional en materia de prohibición de la tortura no sólo proscribire el maltrato directamente causado por las propias autoridades y agentes sino que, con carácter complementario, contempla otras prescripciones orientadas a prevenir violaciones de la interdicción general de la tortura por parte de terceros. Sin perjuicio de la obligación de prevenir, investigar y reprimir todo tipo de violaciones, incluyendo las cometidas por particulares, es el caso también del denominado principio de no devolución en caso de riesgo de tortura. Aunque con conexiones más que evidentes con el principio de *non refoulement* en materia de asilo y refugio⁵ y con cláusulas humanitarias tradicionalmente insertadas en convenios de extradición y cooperación en materia penal⁶, el principio de no devolución frente a la tortura fue reconocido expresamente por primera vez en el artículo 3 del Convenio de Naciones Unidas contra la Tortura (CAT) y ha sido reproducido en otros instrumentos internacionales adoptados con posterioridad, ampliando en algunos casos su alcance con el fin de prevenir violaciones de otros derechos fundamentales⁷.

⁵ Sobre las relaciones entre el *non refoulement* contemplado en el artículo 33 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados y el principio de no devolución en caso de riesgo de tortura a tenor de la más reciente jurisprudencia del TEDH, véase *infra*, apdo. III.2.

⁶ Se trata, en concreto, de la denominada cláusula francesa, humanitaria o de no discriminación recogida, entre otros, en el Convenio Europeo de Extradición de 1957 (art. 3.2), en la Convención Europea para la Supresión del Terrorismo (art. 1977), en la Convención Interamericana sobre Extradición de 1981 (art. 4.5), en la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes de 1979 (art. 9), en numerosos tratados bilaterales de extradición inspirados en el Tratado Modelo sobre la materia aprobado por la Asamblea General en 1990 (art. 3), o en el párrafo duodécimo de la Decisión Marco relativa a la Orden Europea de Detención y Entrega de 2002.

⁷ Entre ellos, el artículo 13.4 de la Convención Interamericana contra la tortura, el artículo 19.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, o las directrices 12.2, 13.1 y 13.2 de las *Guidelines on Human Rights and the Fight against Terrorism*, adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en 2002. Aunque circunscrito a las conductas que aspiran a erradicar, unas disposiciones claramente inspiradas en el artículo 3 CAT son las recogidas en la cláusula núm. 5 de los *Principios Relativos a una eficaz Prevención e Investigación de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o Sumarias* adoptados por el Comité Económico y Social de Naciones Unidas en 1989 (Res. 1989/65), o en el artículo 16 de

Pero, además de los textos internacionales que la consignan de manera expresa, la prohibición de devolución en caso de riesgo de tortura es considerada una obligación inherente y consustancial a la proscripción general de la tortura, de manera que resulta operativa también en aquellos textos internacionales que contemplan expresamente ésta pero no aquélla, con las consecuencias que de ello se derivan desde el punto de vista de la expansión de la competencia *ratione materiae* de los correspondientes órganos de salvaguardia y control. La doctrina de los órganos de protección del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) constituye un referente ineludible en este contexto, hasta el punto de que cabe vislumbrar en la doctrina de la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos ⁸ el antecedente inmediato del principio de no devolución formulado en el artículo 3 CAT ⁹.

Acogida en el célebre asunto *Soering* por el viejo TEDH ¹⁰, la jurisprudencia del órgano de Estrasburgo ha sido asumida por otros órganos de garantía ¹¹. Y, entre ellos, por el CCPR, quien no sólo ha proclamado el principio de no devolución contra la tortura en el marco de sus comentarios generales en virtud del artículo 40.4 del Pacto ¹², sino que también ha procedido al examen de supuestos concretos de posible violación en respuesta a comunicaciones individuales presentadas de conformidad con lo previsto en el Protocolo Facultativo ¹³.

la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 2006 (A/RES/61/177).

⁸ Pueden verse, entre otras, CommEDH, Dec. 3-V-1983, demanda núm. 10308/83, *Altun c. Alemania*, DR 36 (1984), p. 209; CommEDH, Dec. 13-XII-1984, Demanda núm. 10078/82, *M. c. Francia*, DR 41, p. 103; o CommEDH, Dec. 11-III-1984, demanda núm. 10479/83, *Kirkwood c. Reino Unido*, DR 37, pp. 158-191. La misma doctrina resultaba aplicable, *mutatis mutandis*, en casos de expulsión y deportación: CommEDH, Demanda núm. 7216/75, DR 5, p. 137; o CommEDH, Dec. 6-III-1980, Demanda núm. 8581/79, c/Royaume.

⁹ GOODWIN-GILL, G. S., y HUSAIN, R., «Overview of History and Current Scope of Non-Refoulement, and Current Attacks on the Principle», en *Non-Refoulement under Threat. Proceedings of a Seminar Held Jointly by the Redress Trust and The Immigration Law Practitioners' Association*, Londres, 2006, p. 15.

¹⁰ Como es sabido, siguiendo el criterio de la Comisión, el Tribunal estimó que la extradición por el Reino Unido de un joven alemán de no muy equilibrada salud mental a Estados Unidos, para afrontar en el Estado de Virginia cargos de asesinato relacionados con la muerte de los padres de su novia, representaría una violación del artículo 3 dado que, ante la presumible condena a muerte —y pese a que el CEDH no prohíbe la pena capital en su art. 2—, el demandante quedaría expuesto a un trato inhumano como consecuencia de su sometimiento al denominado «corredor de la muerte». STEDH de 7 de julio de 1989, *Soering c. Reino Unido*, en especial, § 111.

¹¹ La virtualidad del principio de no devolución ha sido reconocida por el Comité de los Derechos del Niño (Com.CRC), Comentario General núm. 6, I-IX-2005, *Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/GC/2005/6, §§ 26-28; la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Com.IADH), *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, 22-X-2002, Doc. OEA/Ser.L/V/II.116 – Doc.5 rev.1–, § 392; o la Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, *Modisse v. Botswana*, Communication 97/93 (AHG/229XXXVII), § 91.

¹² CCPR, *General Comment núm. 20 concerning prohibition of torture and cruel treatment and punishment*, 10-III-1992, § 9; y Com.CCPR, *General Comment núm. 31: Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, 26-V-2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, par. 12.

¹³ Y ello tanto en supuestos de extradición (Com.CCPR, Dictamen de 7-I-1994, Comunicación núm. 469/1991, *Charles Chitat Ng c. Canadá*, CCPR/C/49/D/469/1991; o Com.CCPR, Dictamen de 9-XII-1994, Comunicación núm. 539/1994, *Keith Cox c. Canadá*, CCPR/C/52/D/539/1993) como en casos de deportación (Com.CCPR, Dictamen de 4-XII-1997, Comunicación núm. 706/1996, *G.T. c. Australia*, CCPR/C/61/D/706/1996).

2. El supuesto de hecho de la obligación de no devolución

Aun cuando es el riesgo de violación de la prohibición de la tortura el supuesto típico y más habitual de surgimiento de la obligación de no devolución¹⁴, los órganos de garantía han dejado claro que la regla también es susceptible de operar, como mínimo, frente a ciertas formas especialmente graves de violación del derecho a un proceso con todas las garantías (flagrante denegación de justicia)¹⁵, así como frente a vulneraciones del derecho a la vida¹⁶. Hasta la fecha, sin embargo, el TEDH no ha constatado nunca una violación de los artículos 2 ó 6 CEDH en casos de expulsión o extradición, casi siempre porque una vez afirmada la existencia de violación del artículo 3, considera innecesario pronunciarse sobre la violación de los otros preceptos¹⁷.

Igualmente, sin descartar como hipótesis más frecuente aquella en la que el origen del riesgo se sitúa en el comportamiento de funcionarios u agentes públicos, el TEDH ha estimado aplicable la obligación de no devolución en aquellos casos en que el peligro procede de actores no estatales, siempre y cuando las autoridades públicas sean incapaces de excluir el riesgo ofreciendo una protección adecuada¹⁸, e incluso excepcionalmente, cuando es el resultado de la grave enfermedad del interesado unida a las deficientes condiciones sanitarias en el Estado de destino¹⁹.

Asimismo, los órganos de garantía afirman la responsabilidad de los Estados parte en caso de devolución indirecta, esto es, cuando la transferencia lo es a un Estado en el que no existe riesgo de maltrato, pero sí de reenvío del afectado a un tercer Estado en el que sí concurre tal peligro²⁰. Y, a la inversa, en virtud de la denominada *internal*

¹⁴ A diferencia de lo que ocurre en el marco del CEDH y del CCPR, el artículo 3 CAT únicamente se refiere expresamente a la prohibición de la tortura, sin que alcance, según la doctrina del Com.CAT, a los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes contemplados en el artículo 16. Véase, por ejemplo, ComCAT, Dictamen de 14-XI-2001, *B.S. c. Canadá*, CAT/C/27/D/166/2000, § 7.4; o ComCAT, Dictamen de 2-XII-2003, *T.M. c. Suecia*, CAT/C/31/D/228/2003, § 6.2.

¹⁵ La posibilidad, simplemente no excluida en el asunto Soering (§ 113), ha sido confirmada expresamente en pronunciamientos posteriores: STEDH de 26-VI-1992, *Drozdz y Janousek c. Francia y España*, § 110; TEDH, Dec. de 16-X-2001, *Einhorn c. Francia*, § 32; TEDH, Dec. de 14-X-2003, *Tomic c. Reino Unido*, § 3.

¹⁶ STEDH (Gran Sala) de 4 de febrero de 2005, *Mamatkulov y Askarov c. Turquía*, para. 90; STEDH (Sección Quinta) de 10-VIII-2006, *Olaechea Cahuas c. España*, par. 61; TEDH (Sección V), Dec. de 20-II-2007, *Al-Moayad c. Alemania*, par. 100; o CCPR, Observación General núm. 31, *La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, 29-III-2004, § 12. No se olvide, sin embargo, que por ahora son sólo las circunstancias que rodean la ejecución de la pena de muerte, y no la pena capital en sí, lo que puede representar una violación, no del artículo 2, sino del artículo 3 del CEDH. Y aunque la STEDH (Gran Sala) de 12-V-2005, *Ocalan c. Turquía*, §§ 164-165, permitía especular con una evolución jurisprudencial que condujera a una proscripción general de la pena de muerte, lo cierto es que recientes pronunciamientos no parecen avanzar en esa línea. STEDH de 12-IV-2005, *Chamaiev y otros c. Georgia y Rusia*, § 333.

¹⁷ Puede verse, a título de ejemplo, STEDH (Gran Sala) de 28 de febrero de 2008, *Saadi c. Italia*, § 160; o STEDH de 24 de abril de 2008, *Ismoilov y Otros c. Rusia*, § 156.

¹⁸ STEDH (Gran Sala) de 29-IV-1997, *H.R.L. c. Francia*, § 40; TEDH, Dec. de 7-III-2000, *T.I. c. Reino Unido*, § 1; o STEDH de 11-I-2007, *Salah Sheekh c. Holanda*, § 147.

¹⁹ STEDH de 2-V-1997, *D. c. Reino Unido*, § 49.

²⁰ TEDH, Dec. de 7-III-2000, *T.I. c. Reino Unido*, § 1; *Com.CAT, General Comment núm. 1, Implementation of Article 3 of the Convention on the Context of Article 22*, 21-XI-1997, § 2; Com.CAT, dictamen de 27-IV-1994, *Mutombo c. Suiza*, CAT/C/12/D/13/1993, § 10; CAT, dictamen de 16-XI-1998, *Avedes Hamayak Korban c. Suecia* (1997), CAT/C/21/D88/1997, § 7; Com.CCPR, General Comment

flight solution, excluyen que haya violación cuando la posibilidad de maltrato se circunscribe a áreas precisas del Estado de destino y el interesado es enviado a una zona segura a la que no alcanza ese riesgo ²¹.

Por lo demás, mediando riesgo de vulneración de la prohibición de la tortura, la prohibición de devolución opera respecto de todo tipo de transferencia, independientemente de su motivación, forma y procedimiento, ya se trate de supuestos regulares de expulsión o extradición, o ya estemos en presencia de las tristemente célebres «entregas extraordinarias», transferencias caracterizadas por el absoluto desconocimiento de las garantías legales ²².

3. Fecha crítica y medidas provisionales

Singular relevancia tiene, a los efectos de la evaluación del riesgo, la determinación del momento que ha de ser tomado como referencia para verificar esa valoración. De manera coincidente, los órganos de garantía tienen señalado que, de lo que se trata, es de verificar la responsabilidad del Estado bajo cuya jurisdicción se encuentra el individuo cuya transferencia se pretende, y no la del Estado de destino ²³. Por ello, la fecha relevante es distinta según que la transferencia se haya materializado ya o no. En caso afirmativo, el momento decisivo será el de la expulsión, devolución o entrega, si bien no es extraño que el órgano de garantía tome en consideración la información relativa a lo realmente acontecido tras la entrega, aunque en principio sólo con la finalidad bien de confirmar o refutar la apreciación realizada por las autoridades nacionales sobre el fundamento de los temores del afectado, bien de comprobar lo que, realmente o por deducciones, aquéllas sabían en el momento de la transferencia ²⁴.

Por el contrario, cuando la expulsión o entrega aún no se ha materializado, la información relevante es la disponible en el momento del examen del asunto por el correspondiente órgano de garantía, si bien también aquí se tolera cierta flexibilidad

núm. 31, *Nature of the General Legal Obligation imposed on States Parties to the Covenant*, 26-V-2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, § 12.

²¹ STEDH (Gran Sala) de 15-XI-1996, *Chahal c. Reino Unido*, § 98; STEDH de 6-III-2001, *Hilal c. Reino Unido*, §§ 67-68; o STEDH de 11-I-2007, *Salah Sheekh c. Holanda*, § 142.

²² En ese sentido, GOODWIN-GILL, G. S., y HUSAIN, R., «Overview...», *op. cit.*, p. 5. En este tipo de supuestos, la eventual violación del artículo 3 CEDH resultará acompañada de una vulneración del derecho a un recurso efectivo en combinación con la prohibición de la tortura (art. 13 + 3 CEDH). *Infra*, apdo. 2.4. Para un análisis más amplio de las prácticas de entregas extraordinarias, SANTOS VARA, J., «El desafío de las “entregas extraordinarias” a la protección internacional de los derechos humanos: la responsabilidad de los Estados europeos», *REDI*, vol. 59 (2007), pp. 175 y ss.; o RUILOBA ALBARIÑO, J., «La responsabilidad de los Estados europeos en los vuelos secretos de la CIA – Especial referencia a España», *RDCE*, vol. 24 (2006), pp. 541 y ss.

²³ STEDH de 7-VII-1989, *Soering c. Reino Unido*, § 91; STEDH de 20-III-1991, *Cruz Varas c. Suecia*, § 69; STEDH (Gran Sala) de 4 de febrero de 2005, *Mamatkulov y Askarov c. Turquía*, § 67; o STEDH de 26-VII-2005, *N c. Finlandia*, § 160.

²⁴ STEDH de 20-III-1991, *Cruz Varas c. Suecia*, § 75; STEDH de 30-X-1991, *Vilvarajah y Otros c. Reino Unido*, § 107; STEDH (Gran Sala) de 4 de febrero de 2005, *Mamatkulov y Askarov c. Turquía*, § 69; STEDH de 12-IV-2005, *Shamayev y otros contra Georgia y Rusia*, § 345; Com.CAT, Dictamen de 4-IX-2000, *T.P.S. c. Canadá*, CAT/C/24/D/99/1997, §§ 15.4 y 15.5; Com.CAT, Dictamen de 24-V-2005, *Agiza c. Suecia*, § 13.2; Com.CAT, Dictamen de 24-V-2005, *Mafhoud Brada c. Francia*, CAT/C/34/D/195/2002, § 13.1; o Com.CAT, Dictamen de 11-V-2007, *Adel Tebourski c. Francia*, CAT/C/38/D/300/2006, § 8.1

al admitirse la apreciación de circunstancias anteriores en la medida, eso sí, en que puedan arrojar luz sobre la situación actual y su posible evolución²⁵. Este tipo de supuestos acaecerán, so pena de vulneración del derecho de recurso o comunicación individual, en aquellos casos en los que el correspondiente órgano de garantía haya estimado oportuno notificar al Estado bajo cuya jurisdicción se encuentra el interesado una orden de medidas provisionales instándole a suspender la transferencia. En la línea tradicionalmente mantenida por otros órganos de garantía²⁶, el actual TEDH ha acabado por superar la anterior doctrina que negaba obligatoriedad a las medidas provisionales²⁷, afirmando su vinculatoriedad y rechazando expresamente las maniobras de obstrucción que en algún caso han realizado las autoridades nacionales para evitar la oportuna notificación antes de verificarse la transferencia²⁸.

4. Criterios y estándares de evaluación del riesgo

Uno de los aspectos que más dificultades plantea a la hora de aplicar el principio que estamos comentando deriva del hecho de que su operatividad está condicionada a una apreciación de carácter especulativo, exigiendo de los operadores correspondientes, nacionales o supranacionales, valorar las consecuencias previsibles de la transferencia desde el punto de vista de la probabilidad de que el individuo afectado sea sometido a tratos prohibidos. Aun con alguna pequeña diferencia terminológica (riesgo real en el caso del TEDH y del Com.CCPR, riesgo previsible, real y personal en el caso del Com.CAT), los tres órganos vienen aplicando similares exigencias a la hora de apreciar el cumplimiento por los Estados parte del principio de no devolución. Tal y como establece expresamente el artículo 3.2 CAT, la existencia de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos²⁹, es una de las consideraciones pertinentes a tener en cuenta en el momento de la evaluación. Sin embargo, la situación general de los derechos humanos en el país de destino no es el elemento decisivo, sino si el individuo estaría personalmente en peligro de

²⁵ STEDH (Gran Sala) de 15-XI-1996, *Chahal c. Reino Unido*, §§ 86 y 97; STEDH (Gran Sala) de 29-IV-1997, *H.R.L. c. Francia*, § 37; STEDH de 17-II-2004, *Venkadajalasarma c. Holanda*, § 63; STEDH de 26-IV-2005, *Muslim c. Turquía*, §§ 53-54; o STEDH de 5-VII-2005, *Said c. Holanda*, § 48.

²⁶ Com.CCPR, Dictamen de 26-VII-1994, *Glen Ashby c. Trinidad y Tobago*, CCPR/C/53/D/575/1994, § 6.5; Com.CCPR, Dictamen de 19-X-2000, *Dante Piandiong, Jesus Morallos y Archie Bulan c. Filipinas*, CCPR/C/70/D/869/1999, §§ 5.1 a 5.4; ComCAT, Dictamen de 10-XI-1998, *Cecilia Rosana Núñez Chipana c. Venezuela*, CAT/C/21/D/110/1998, § 8; ComCAT, *T.P.S. c. Canadá*, Dictamen de 16-V-2000, § 16.1; ComCAT, Dictamen de 24-V-2005, *Brada c. Francia*, §§ 6.1 y 6.2; o Com.CAT, Dictamen de 11-V-2005, *Tebourski c. Francia*, § 8.6.

²⁷ STEDH de 20-III-1991, *Cruz Varas c. Suecia*, § 102.

²⁸ STEDH (Gran Sala) de 4-II-2005, *Mamatkulov y Askarov c. Turquía*, §§ 125-128; STEDH de 12-IV-2005, *Shamayev y otros contra Georgia y Rusia*, §§ 475-479; STEDH de 10-VIII-2006, *Olaechea Cahuas c. España*, §§ 72 y ss.; STEDH de 17-I-2006, *Aoulmi c. Francia*, § 100; o TEDH, Dec. de 20-II-2007, *Al-Moayad c. Alemania*, § 121.

²⁹ Aunque ninguno de los textos normativos señala cuándo existe tal situación, una aproximación nos la ofrece el anterior Relator Especial contra la tortura, VAN BOVEN, T. al sostener que existen prácticas sistemáticas de tortura «cuando los actos de tortura no ocurren fortuitamente en un caso particular o en un momento particular, sino que se cometen habitual, amplia y deliberadamente en, al menos, una parte considerable del territorio del país en cuestión». *Informe provisional del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, sometido de acuerdo con la Resolución de la Asamblea General 58/164*, § 36.

ser sometido a tratos prohibidos³⁰ o, en términos similares, la existencia de circunstancias personales o caracteres específicos distintivos que revelen que la situación del demandante es peor que la de otros individuos colocados en una situación similar³¹.

En aplicación de esa doctrina, la existencia de una situación de violencia generalizada con negativas consecuencias para miembros de determinados grupos de población (Sri-Lanka/tamiles, Uzbekistán/islamistas, Cáucaso ruso/chechenos, Norte de Irak/turcomanos)³² no ha sido considerada por sí sola como un factor suficiente para estimar aplicable el principio de no devolución, exigiendo otros elementos que permitan individualizar el riesgo a partir de circunstancias personales del demandante, tales como su marcado perfil de liderazgo político, experiencias previas de maltrato o persecución de índole personal, familiar o de individuos en situación afín, la publicidad derivada de su solicitud de asilo, etc. No obstante, recientes pronunciamientos del TEDH parecen apuntar a la idea según la cual, cuando la situación general en el país de destino revela un cuadro persistente de violaciones de la prohibición de la tortura que se proyecta específicamente sobre un grupo concreto, específico y delimitado, la simple pertenencia del afectado a ese grupo es por sí sola elemento suficiente para constatar la concurrencia del riesgo real determinante de la obligación de no devolución³³.

A la concurrencia de ese riesgo real, que va más allá de una mera posibilidad de maltrato³⁴, o de la mera teoría o sospecha³⁵ se reduce el umbral exigido por los órganos de garantía. Eso sí, de acuerdo con la doctrina del TEDH, corresponde en principio al demandante aportar un inicio de prueba sobre el riesgo de sufrir maltrato en caso de transferencia, incumbiendo entonces al gobierno demandado disipar las dudas así suscitadas³⁶. Y ello sin perjuicio de que, bajo la premisa según la cual la especial relevancia que reviste la prohibición de la tortura exige un examen riguroso de este tipo de asuntos, el órgano de Estrasburgo se reconoce la facultad de valorar

³⁰ Com.CAT, Dictamen de 8-V-1996, *Pauline Muzonzo Paku Kisoki c. Suecia*, CAT/C/16/D/41/1996, § 9.2; Com.CAT, Dictamen de 29-V-1997, *Seid Mortesa Aemei c. Suecia*, CAT/C/18/D/34/1995, §§ 9.3 y 9.4; Com.CAT, Dictamen de 4-IX-20002000, *T.P.S. c. Canadá*, § 15.1; Com.CAT, Dictamen de 24-V-2005, *Majhoud Brada c. Francia*, §. 13.1; o Com.CAT, Dictamen de 22-I-2007, *Gamal el Rgeig c. Suiza*, CAT/C/37/D/280/2005, § 7.2.

³¹ STEDH de 30-X-1991, *Vilvarajah y Otros c. Reino Unido*, §§ 111 y ss.; TEDH, Dec. de 31-V-2001, *Kataniy otros c. Alemania*, § 1; TEDH, Decisión de 22-X-2002, *Ammari c. Suecia*, § B; STEDH de 17-II-2004, *Thampibillai c. Holanda*, §§ 65-67; STEDH (Gran Sala) de 4 de febrero de 2005, *Mamatkulov y Askarov c. Turquía*, § 73 y ss.; STEDH de 26-IV-2005, *Müslim c. Turquía*, § 68; STEDH de 12-IV-2005, *Shamayev y otros contra Georgia y Rusia*, §§ 351-353; o STEDH de 26-VII-2005, *N c. Finlandia*, § 32.

³² Respectivamente, TEDH de 30-X-1991, *Vilvarajah y Otros c. Reino Unido*, §§ 109 y ss.; STEDH (Gran Sala) de 4 de febrero de 2005, *Mamatkulov y Askarov c. Turquía*, §§ 73-75; STEDH de 26-IV-2005, *Müslim c. Turquía*, §§ 67-68; y STEDH de 12-IV-2005, *Shamayev y otros contra Georgia y Rusia*, §§ 351 y ss.

³³ STEDH de 11-I-2007, *Salah Sheekh c. Holanda*, §§ 148-149; y STEDH (Gran Sala) de 28 de febrero de 2008, *Saadi c. Italia*, § 39.

³⁴ STEDH de 30-X-1991, *Vilvarajah y Otros c. Reino Unido*, § 111; TEDH, Dec. de 31-V-2001, *Katani c. Alemania*, § 1; STEDH (Gran Sala) de 4 de febrero de 2005, *Mamatkulov y Askarov c. Turquía*, § 73; o STEDH de 26-IV-2005, *Müslim c. Turquía*, § 68. En un solo caso, el Tribunal esgrimió como umbral de prueba la constatación de la existencia del riesgo «más allá de toda duda razonable». STEDH de 12-IV-2005, *Shamayev y otros contra Georgia y Rusia*, § § 338 y 341.

³⁵ Com.CAT, Dictamen de 19-V-1998, *A.L.N. c. Suiza*, CAT/C/20/D/90/1997, §§ 8.1 y ss.; o Com. Cat, Dictamen de 20-V-1998, *K.N. c. Suiza*, CAT/C/20/D/94/1997, §§ 10.2 y ss.

³⁶ TEDH, Dec. 31-V-2001, *Katani c. Alemania*, § 1; STEDH de 5-VII-2005, *Said c. Holanda*, § 49; STEDH de 26-VII-2005, *N c. Finlandia*, § 167; o STEDH (Gran Sala) de 28 de febrero de 2008, *Saadi c. Italia*, § 49.

no sólo los materiales aportados por las partes, sino también material obtenido *motu proprio*³⁷, excluyendo expresamente que los únicos elementos de referencia puedan ser los precedentes de las autoridades del Estado demandado. Como consecuencia de ello, los materiales que toma en consideración el TEDH para apreciar el riesgo son de lo más variado, incluyendo casi siempre informes de reputadas ONG's, en especial Amnistía Internacional, de organismos internacionales de promoción y protección de los derechos humanos o de fuentes gubernamentales.

Por último, en el sistema del CEDH, el hecho de que las garantías procesales en caso de expulsión de extranjeros sólo se contemplen en un protocolo adicional –no ratificado por España, por cierto– o de que a los procesos de extradición no le resulten aplicables en su plenitud las garantías del derecho a un proceso con todas las garantías, no es óbice para que toda decisión de deportación, extradición o entrega quede sometida, cuando se haya planteado una alegación razonable de riesgo de maltrato en el país de destino, a la exigencia de un recurso efectivo prevista en el artículo 13³⁸. Y, aunque en virtud del margen de apreciación que se deja a los Estados, ello no implica necesariamente la exigencia de un recurso de naturaleza judicial, sí que supone, cuando la alegación de violación es plausible, el derecho a una revisión efectiva de la eventual violación por una instancia independiente capaz de ofrecer una reparación adecuada³⁹. Se trate o no de una instancia judicial y preservada la independencia, lo relevante a los efectos de determinar si el recurso es efectivo son los poderes del órgano en cuestión y las garantías que ofrece⁴⁰.

Respecto a lo primero, aun cuando son admisibles restricciones en sus facultades de apreciación de otras cuestiones de hecho o de derecho, es fundamental que el órgano de revisión tenga capacidad para valorar con plenitud la existencia de un riesgo real de maltrato en caso de devolución⁴¹. E, igualmente, dado el carácter potencialmente irreversible del daño que derivaría de su inmediata ejecución de confirmarse el riesgo de maltrato, la efectividad del recurso exige que el planteamiento del recurso tenga efectos suspensivos de la orden de expulsión o entrega mientras se examina su compatibilidad con la Convención⁴². Y, en cuanto a las garantías procedimentales, éstas

³⁷ STEDH de 30-X-1991, *Vilvarajah y Otros c. Reino Unido*, § 107; STEDH (Gran Sala) de 29-IV-1997, *H.R.L. c. Francia*, § 37; STEDH de 6-III-2001, *Hilal c. Reino Unido*, § 60; STEDH de 5-VII-2005, *Said c. Holanda*, § 49; STEDH de 26-VII-2005, *N. c. Finlandia*, § 160; STEDH de 11-I-2007, *Salah Sheekh c. Holanda*, § 136; o STEDH (Gran Sala) de 28 de febrero de 2008, *Saadi c. Italia*, § 128.

³⁸ Si bien no existe en el CAT una disposición específica que contemple el derecho de recurso efectivo contra violaciones del artículo 3, el Com.CAT ha interpretado que el citado precepto debe ser interpretado de forma que incluya un derecho a una reparación efectiva que integre «la posibilidad de una revisión efectiva, independiente e imparcial de la decisión de expulsión o extradición, después de adoptada, cuando haya una denuncia plausible de que existen cuestiones relacionadas con el artículo 3». ComCAT, Dictamen de 9-XI-1999, *Arkausz Arana c. Francia*, §§ 11.5 y 12; ComCAT, Dictamen de 24-V-2005, *Agiza c. Suecia*, § 13.7; o Com.CAT, *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19: Bosnia-Herzegovina*, 15-XII-2005, CAT/C/BIH/CO/1, § 12.

³⁹ STEDH de 30-X-1991, *Vilvarajah y Otros c. Reino Unido*, § 122.

⁴⁰ STEDH (Gran Sala) de 15-XI-1996, *Chahal c. Reino Unido*, §§ 145 y ss.

⁴¹ STEDH de 7-VII-1989, *Soering c. Reino Unido*, §§ 121 y ss.; STEDH de 30-X-1991, *Vilvarajah y Otros c. Reino Unido*, §§ 123 y 126; o STEDH de 6-III-2001, *Hilal c. Reino Unido*, §§ 77 y ss.

⁴² STEDH de 11 de julio de 2000, *Jabari c. Turquía*, § 50; STEDH de 5-II-2002, *Conka c. Bélgica*, § 79; o STEDH de 11-I-2007, *Salah Sheekh c. Holanda*, § 56. Y, en el mismo sentido, ComCAT, *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención: Austria*, 15-XII-2005, CAT/C/AUT/CO/3, § 7.

parecen exigir como mínimo el derecho a ser informado de la medida de expulsión o entrega ⁴³, a la asistencial legal, a conocer con cierto detalle los motivos de la entrega ⁴⁴ y a que la decisión del recurso sea notificada al interesado ⁴⁵.

5. La proyección del carácter absoluto de la prohibición de la tortura en el principio de no devolución

La singular trascendencia de los valores sobre los que se asienta la prohibición de la tortura se refleja, además de en su reiteración en numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos, en su configuración en muchos de ellos como un derecho inderogable, no susceptible de limitación y de carácter absoluto. Detrás de todo ello se encuentra una idea de fondo aparentemente sencilla: *nada ni nadie puede justificar nunca la tortura*. Entre otras consecuencias, ese carácter absoluto implica que ni las inmensas dificultades con que se enfrentan los Estados para combatir determinadas formas de delincuencia, ni la especial gravedad de los delitos efectiva o supuestamente cometidos por la víctima permiten exceptuar, matizar, relajar o condicionar las exigencias de trato digno consustanciales a la prohibición ⁴⁶. O para ser exactos, el carácter absoluto añade a la inderogabilidad la imposibilidad de introducir limitaciones sobre la base de ponderar el interés protegido con la prohibición de la tortura con otros intereses dignos también de tutela como la seguridad o el orden público ⁴⁷.

No siempre ha estado tan claro, sin embargo, que el principio de no devolución en caso de riesgo de tortura se beneficie también de ese carácter absoluto. La excepción que al *non refoulement* se establece en el artículo 33.2 del Convenio de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, de una parte, y un más que ambiguo *obiter dictum* del TEDH en el asunto *Soering* ⁴⁸, de otro, permitían albergar ciertas dudas al respecto. La invocación de motivos excepcionales de seguridad nacional por Reino Unido para justificar la proyectada expulsión a la India, bajo garantías diplomáticas, de un conocido líder de las corrientes más radicales y violentas del independentismo sikh residente en ese país, permitió al órgano de Estrasburgo afirmar sin ambages que el carácter absoluto de la prohibición de la tortura se proyecta y opera igualmente sobre la exigencia de no devolución.

⁴³ STEDH de 18-XII-1986, *Bozano c. Francia*, § 59; o STEDH de 12-IV-2005, *Shamayev y otros contra Georgia y Rusia*, § 454.

⁴⁴ Precisamente, ése es el motivo de fondo por el que el sistema canadiense de expulsiones basadas en certificados de seguridad expedidos en virtud de pruebas secretas ha sido considerado contrario a las exigencias del proceso debido por la ComIDH, (*Report on the situation of Human Rights of Asylum Seekers within the Canadian Refugee Determination System -2000-*, § 40.1), así como al derecho a revisión del artículo 13 PIDCP por parte del Com.CCPR (Dictamen de 15-VI-2004, *Mansour Ahani c. Canadá*, CCPR/C/80/D/1051/2002, § 10.8).

⁴⁵ STEDH (Gran Sala) de 15-XI-1996, *Chahal c. Reino Unido*, § 154.

⁴⁶ STEDH de 27-VIII-1992, *Tomasi c. Francia*, § 115; STEDH de 4-XII-1995, *Ribitsch c. Austria*, § 38; STEDH 28-VII-1999, *Selmouni c. Francia*, § 95; TEDH, 6-IV-2000, *Labita c. Italia*, § 119; STEDH de 18-X-2001, *Indelicato c. Italia*, § 30; o STEDH (Gran Sala) de 4-VII-2006, *Ramírez Sánchez c. Francia*, §§ 115-116. Y, en idéntico sentido, ComCAT, *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención: Estados Unidos*, 25-VII-2006, CAT/C/USA/CO/2, § 19.

⁴⁷ NOWAK, M., y MCARTHUR, E., *The United Nations Convention Against Torture*, Oxford, 2008, p. 119.

⁴⁸ STEDH de 7-VII-1989, *Soering c. Reino Unido*, § 89.

«La prohibición de maltrato enunciada en el artículo 3 (art. 3) es igualmente absoluta en materia de expulsión. De este modo, siempre que hay motivos serios y contrastados para creer que una persona corre un riesgo real de ser sometida a tratos contrarios al artículo 3 (art. 3) si es expulsado a otro Estado, la responsabilidad del Estado contratante de protegerla contra tales tratos resulta comprometida en caso de expulsión [...]. En estas condiciones, la conducta de la persona considerada, por muy indeseable o peligrosa que sea, no puede entrar en línea de cuenta. La protección asegurada por el artículo 3 (art. 3) es pues más amplia que la prevista en los artículos 32 y 33 de la Convención de Naciones Unidas de 1951 relativa al estatuto de los refugiados».⁴⁹

Carácter absoluto que, según el TEDH, alcanza también al derecho a un recurso efectivo frente a eventuales violaciones de este principio (art. 13 + 3), lo que supone que el examen independiente del riesgo que exige el citado derecho debe centrarse única y exclusivamente en la existencia de un riesgo real de maltrato, sin que pueda resultar interferido, matizado, condicionado o afectado por consideraciones relativas a la seguridad nacional⁵⁰.

Pese a la existencia de una concurrida minoría disidente⁵¹, lo cierto es que pronunciamientos posteriores del órgano de Estrasburgo⁵², y el desarrollo de una doctrina paralela en idéntica dirección del Comité contra la Tortura⁵³, sobre todo, pero también del Comité de Derechos Humanos⁵⁴, acabarían por dar en los años sucesivos una más que notable solidez jurisprudencial a la idea del carácter absoluto del principio de no devolución.

III. LA REAFIRMACIÓN DEL CARÁCTER ABSOLUTO DEL DERECHO A NO SER EXPUESTO AL RIESGO DE TORTURA EN EL EXTERIOR

1. La impugnación por Reino Unido de la doctrina establecida por el TEDH en el asunto *Chahal*

Como ya se anticipó, a partir del 11-S la legislación y la práctica antiterrorista de Reino Unido pone de manifiesto una clara obsesión por ofrecer una respuesta satisfac-

⁴⁹ STEDH (Gran Sala) de 15-XI-1996, *Chahal c. Reino Unido*, § 80 (traducción del autor).

⁵⁰ Ídem, § 153. La prohibición de tomar en consideración elementos vinculados con la peligrosidad social del individuo en cuestión no opera, en cambio, respecto de otros límites a la expulsión de extranjeros derivados de derechos a los que no alcanza la inderogabilidad, como el derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 CEDH. STEDH de 21-X-1997, *Boujlifa c. Francia*, §§ 42 y ss.

⁵¹ Véase la Opinión parcialmente disidente de los jueces Gölcüklü, Matscher, Sir John Freeland, Baka, Mifsud Bonnici, Gotchev y Levits en el ya citado asunto *Chahal c. Reino Unido*.

⁵² STEDH de 27-XI-1996, *Ahmed c. Austria*, § 41; STEDH de 21-IV-1997, *D. c. Reino Unido*, § 47; STEDH de 26-IV-2005 *Müslim c. Turquía*, § 62; o STEDH de 26-VII-2005, *N c. Finlandia*, § 63.

⁵³ Com.CAT, Dictamen de 28-IV-1997, *Gorki Ernesto Tapia Páez c. Suecia*, CAT/C/18/D/39/1996, § 14.5; Com.CAT, Dictamen de 9-V-1997, *Aemei c. Suiza*, § 9.8; CAT, dictamen de 21-VI-1999, *M.B.B. c. Suecia*, CAT/C/22/D/104/1998, § 6.4; Com.CAT, Dictamen de 4-IX-2000, *T.P.S. c. Canadá*, § 15.3; o Com.CAT, dictamen de 11-V-2007, *Tebourski c. Francia*, §§ 8.2-8.3.

⁵⁴ Com.CCPR, *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Canadá*, 7-IV-1999, CCPR/C/79/Add.105, § 13. Véase también, Com.CCPR, Dictamen de 15-VI-2004, *Ahani c. Canadá*, § 10.10.

toria a un concreto problema: qué hacer con los individuos presentes o residentes en su territorio presuntamente implicados en actividades terroristas, preferentemente de raíz integrista, cuando los indicios que justifican esa presunción, procedentes de servicios de inteligencia propios o ajenos, no son susceptibles de ser empleados para sostener con éxito una acusación penal⁵⁵ y cuando, además, su expulsión resulta dificultada por tratarse habitualmente de nacionales de países sobre los que recaen sospechas de albergar cuadros más o menos sistemáticos y generalizados de violación de los derechos humanos. La decisión de la Cámara de los Lores de diciembre de 2004, por la que se estimaba contraria al CEDH y a la *Human Rights Act* la posibilidad de detención indefinida sin cargos limitada a extranjeros prevista en la legislación antiterrorista post-11-S (*Anti-Terrorism Crime and Security Act 2001*)⁵⁶, hacía más acuciante buscar una salida a los llamados –por el nombre de la prisión en que se alojaban– «detenidos de *Belmarsh*». Al margen, en efecto, de promover una nueva ley antiterrorista que, mediante las llamadas «órdenes de control», posibilitara hacer un seguimiento especialmente intenso de las comunicaciones y movimientos de quienes, forzosamente, debían ser liberados en virtud de la mencionada decisión (*Prevention of Terrorism Act 2005*), los departamentos de interior y exteriores redoblaron sus esfuerzos en orden a hacer posible su expulsión a través de una doble vía: de una parte, intensificando las gestiones con las autoridades de los países de destino con el fin de alcanzar acuerdos en los que se asegurara el trato debido a los deportados; y de otra y con el objetivo de asegurar la cobertura jurídica de tal iniciativa, promoviendo una modificación en la doctrina del TEDH relativa al alcance de la prohibición de la tortura en caso de devolución cuando existe riesgo de maltrato.

En cuanto a lo primero, desde 2005 las autoridades de Reino Unido han alcanzado tres acuerdos generales –denominados *Memorandum of Understanding*– con otros tantos países del Magreb (Jordania, Libia y Líbano) en los que se formalizan los procedimientos para concertar garantías diplomáticas respecto de los individuos a deportar. Con Egipto las gestiones no han llegado a culminar debido, al parecer, a las reticencias manifestadas por sus respectivas autoridades en cuanto a unas medidas de supervisión de los correspondientes acuerdos consideradas lesivas de su soberanía⁵⁷. Y lo propio cabe decir de Argelia⁵⁸. Se tiene constancia, por último, del desarrollo

⁵⁵ Entre otras posibles razones, porque desde la decisión la House of Lords de 8-XII-2005, frente al criterio sugerido por el gobierno de Londres, queda claro que los testimonios obtenidos mediante tortura son contrarios al *Common Law* y a la *Human Rights Act*, independientemente de que los malos tratos hayan sido causados o no por agentes propios. House of Lords, *A (FC) and Others (FC) v. Secretary of State for the Home Department*, 8 Dec. 2005, (2005) UKHL 71, disponible en <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd051208/aand.pdf> (visitada por última vez el 23-V-2008).

⁵⁶ House of Lords, *A (FC) and Others (FC) v. Secretary of State for the Home Department y X (FC) and another (FC) v. Secretary of State for the Home Department*, 16 Dec. 2004, (2004) UKHL 56, disponible en <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd041216/a&oth-1.htm> (visitada por última vez el 23-V-2008).

⁵⁷ Rechazo que, según la decisión de la High Court de 30 de julio de 2004 en el asunto *Youssef*, había motivado que el propio *premier* británico abogara expresamente por rebajar las exigencias planteadas a las autoridades egipcias. HRW, *Still at Risk: Diplomatic Assurances No Safeguard Against Torture*, Abril 2005, pp. 69-70.

⁵⁸ DYER, D., «Appeal Court Judges Hold up Deportation of three Algerian Terror Suspects», *The Guardian*, 31-VII-2007.

⁵⁹ Sobre el conjunto de actuaciones orientadas a la obtención de los mencionados *Memorandums of Understanding*, al margen de los datos que figuran en los documentos del DH-S-TER (*Compilation of the re-*

de contactos a tal fin con otros dos países (Marruecos y Túnez)⁵⁹. Sea como fuere, lo cierto es que desde 2004 las autoridades de Reino Unido han puesto en marcha en relación con cerca de una treintena de individuos el procedimiento de expulsión a sus países de origen por razones de seguridad vinculadas con presuntas actividades terroristas⁶⁰. Se tiene constancia de la efectiva expulsión de ocho individuos que optaron por no recurrir las órdenes de deportación –dos libios en 2004⁶¹ y seis argelinos en 2006 y 2007⁶²–, mientras que en los restantes casos, tras diversos avatares judiciales, las últimas noticias ponen de manifiesto que la Justicia británica comienza a plantear serias objeciones en cuanto a que las garantías diplomáticas sean capaces sin más de eliminar el riesgo de tortura o de flagrante denegación de justicia en caso de devolución⁶³.

Respecto a lo segundo, a raíz de los atentados en Londres el 11-J, el Reino Unido asumió expresa y públicamente el objetivo de conseguir una significativa matización en la configuración que de la prohibición de la tortura, en general, y del principio de no devolución contra la tortura, en particular, se ha venido haciendo por el TEDH como mínimo desde mediados de los noventa.

Confirmando las intenciones desveladas por el anterior titular del Home Office en una cuestionada intervención ante el Parlamento Europeo⁶⁴ y no sin antes recabar el apoyo de otros tres socios europeos⁶⁵, Reino Unido, conjuntamente con Portugal, Eslovaquia y Lituania, formalizó su intención de ejercitar su derecho de intervención en el asunto *Ramzi c. Holanda*, el primero en el nuevo contexto post-11-J en el que,

plies to the questionnaire on the practice of States in the use of diplomatic assurances, DH-S-TER-2006-002 Bil, pp. 45-46) apenas si existen documentos oficiales que las reflejen y desvelen su contenido. Todo lo más, ha sido posible obtener notas de prensa del *Home Office* («UK signs Memorandum of Understanding with Libya» o «UK signs Memorandum of Understanding with Jordan», disponibles en www.fco.gov.uk/resources/en/press-release/), informes de ONG's (en especial, HRW, *Still at Risk...*, cit. pp. 67-68) e informaciones periodísticas relacionadas con los problemas que han seguido produciéndose ante los tribunales británicos a cuenta de procesos de expulsión desarrollados en el marco de toda esta política.

⁶⁰ BBC News, «Cleric Loses Deportation Appeal», 26-II-2007, disponible en <http://news.bbc.co.uk/go/pr/fr/-/1/hi/uk/6396447.stm> (visitada por última vez el 1-IV-2008).

⁶¹ DH-S-TER, *Compilation...*, p. 44.

⁶² El rechazo de las autoridades de Argelia para alcanzar un acuerdo general no ha sido un obstáculo para que, sobre la base de presuntas garantías individuales de carácter verbal, la administración británica haya considerado posible poner en marcha el plan de deportaciones previsto para alrededor de una quincena de ciudadanos argelinos. AI, *Reino Unido. Expulsiones a Argelia a toda costa*, febrero de 2007, Índice AI: EUR 45/001/2007, pp. 1-2.

⁶³ *AS y DD v. Secretary of State for the Home Department*, (2008) EWCA Civ 289, y *Othman v. Secretary of State for the Home Department* 2008, EWCA Civ 290, ambas disponibles en http://www.judiciary.gov.uk/docs/judgments_guidance. Al respecto, AI, «UK Deportation Policy Questioned by Court», 9-IV-2008; AIUK, «Abu Qatada court of appeal ruling: time for UK to abandon deportation with assurances», 9-IV-2008; o HRW, «United Kingdom: Appeals Court Blocks National Security Deportations», 9-IV-2008.

⁶⁴ «Speech by Charles Clarke, UK Home Secretary, to the European Parliament», 7-9-2005, disponible en <http://www.eu2005.gov.uk/servlet/Front?pagename=OpenMarket/Xcelerate/ShowPage&c=Page&cid=1115146994906&a=KArticle&aid=1125559979691&date=2005-09-07> (visitada por última vez el 25 de abril de 2008).

⁶⁵ DYER, C., «UK Wins Allies in Challenge Torture Ruling», *The Guardian*, 18-X-2005.

⁶⁶ Al parecer, interrogado expresamente por el TEDH sobre el particular, el gobierno holandés contestó que, si bien no excluía en línea de principio el recurso a las garantías diplomáticas en casos de expulsión, ni había solicitado ni pensaba reclamar a Argelia garantías relativas a M. Ramzi. HRW, *Commentary on State Replies CDDH Questionnaire on Diplomatic Assurances*, March 2006, p. 8.

aun cuando sin garantías diplomáticas de por medio ⁶⁶, estaba en juego la deportación de un presunto radical yihadista a un país en el que, precisamente por esa condición, existen razones fundadas para temer por su integridad física y psíquica ⁶⁷.

Los aspectos más relevantes del cuestionamiento de la doctrina *Chahal* serían, en síntesis, los siguientes:

– En primer lugar, se trata de una impugnación que surge en el contexto particular de la amenaza *yihadista* (§ 7), que trata de dar respuesta al problema concreto antes apuntado de qué hacer con los extranjeros sospechosos que no pueden ser acusados penalmente (§ 14), y que pretende solventarse con una excepción puntual al carácter absoluto del principio de no devolución, operativa sólo en casos de terrorismo (§ 8).

– En segundo lugar, cinco son los argumentos empleados para sustentar la pretensión. Primero, la doctrina *Soering* representaría ya una extensión demasiado evidente y notoria de los compromisos asumidos expresamente por los Estados en virtud del Convenio como para no admitir modulaciones a su operatividad por razones de seguridad nacional (§ 9). Segundo, tratándose de un supuesto de responsabilidad de los Estados parte por violaciones imputables preferentemente a terceros, resultaría aplicable la doctrina establecida por el propio Tribunal en el asunto *Ilascu* ⁶⁸ sobre el carácter relativo de las obligaciones positivas (§ 10). Tercero, la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, en especial en sus artículos 1.F.b, 32.1 y 33, pondría de manifiesto que las exigencias de protección inspiradas en consideraciones humanitarias pueden y deben ceder cuando el individuo en cuestión constituye una amenaza para la seguridad nacional del Estado de acogida. Cuarto, la idea de fondo habría sido aceptada por el Tribunal Supremo de Canadá en el asunto *Suresh* ⁶⁹ (§ 27.3). Y, quinto, la doctrina del TEDH representaría una solución de tutela de los derechos individuales del presunto terrorista que ignora totalmente el derecho a la vida de los ciudadanos amenazados por el fenómeno terrorista (§ 24.1).

– En tercer lugar, la propuesta defiende la legitimidad de un ejercicio de ponderación (§ 3.2) del que derivarían dos tipos de consecuencias. De una parte, la posición británica sugiere sutilmente que el principio de no devolución en estos casos quede limitado a las formas más graves del amplio espectro al que afecta la prohibición de la

⁶⁷ ECHR, Application No. 25424/05, *Ramzy v. The Netherlands*, Observations of the Governments of Lithuania, Portugal, Slovakia and the United Kingdom, 21-XI-2005.

⁶⁸ STEDH de 8 de julio de 2004, *Ilascu y otros c. Rusia y Moldavia*, § 332.

⁶⁹ En el asunto *Suresh v. Canada*, el Tribunal Supremo canadiense, esgrimiendo la necesidad de ponderar adecuadamente las necesidades de seguridad y los derechos del individuo, sostuvo que no podía excluir la posibilidad de que en circunstancias excepcionales pudiera estar justificada la deportación de un individuo aun cuando éste hubiera de enfrentarse a prácticas de tortura en el lugar de destino, añadiendo eso sí que «we may predict that it will rarely be struck in favour of expulsion where there is a serious risk of torture». *Suresh v. Canada* (Minister of Citizenship and Immigration), 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, § 38. Sobre el citado asunto, en un tono bastante crítico, BRUIN, R., y WOUTERS, K., «Terrorism and the Non-derogability of Non-refoulement», *International Journal of Refugee Law*, vol. 15 (2003), pp. 11 y ss. La citada doctrina motivó que el Com.CAT expresara su preocupación por la falta de reconocimiento del «carácter absoluto de la protección establecida en el artículo 3 de la Convención, que no admite ninguna excepción». *Conclusiones y recomendaciones sobre los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención: Canadá*, 7-VII-2005, CAT/C/CR/34/CAN, § 4.a.

tortura, con exclusión de los casos más livianos (§§ 18 a 21). Y, de otra y sobre todo, plantea para estos casos una elevación del umbral de riesgo de maltrato requerido para la operatividad de la prohibición de transferencia, introduciendo un estándar de probabilidad preponderante en virtud del cual sólo se impida la deportación cuando exista más probabilidad de que el individuo sea maltratado que de lo contrario (*more probably than not*), reconociendo al Estado parte el beneficio de la duda (§§ 30-36). Y todo ello, no se olvide, en un contexto en el que las garantías diplomáticas prestadas por Estados con dudosos historiales en materia de tortura contribuiría a reducir el riesgo de maltrato.

2. La respuesta del TEDH en el asunto *Saadi c. Italia*

La respuesta del órgano de Estrasburgo se ha producido, no en el asunto *Ramzy*, todavía pendiente de resolución en el momento de redactar estas líneas, sino en otro que, con un trasfondo más o menos similar y con idéntica intervención del gobierno de Reino Unido, ha recibido una más temprana respuesta desde la curia alsaciana. La posición del Tribunal, en un pronunciamiento de la Gran Sala adoptado por unanimidad y que desgrana con meticuloso detalle los principios generales aplicables en virtud del artículo 3 en caso de expulsión, supone una rotunda reafirmación del carácter absoluto de la prohibición de devolución en caso de riesgo de tortura ⁷⁰.

Después de reconocer y recordar, en efecto, la enorme dimensión que la amenaza terrorista ha alcanzado en nuestros días, el Tribunal afirma enérgicamente que ello no puede afectar al carácter absoluto de la prohibición de la tortura (§ 137). Rechaza por ello la pretensión británica de distinguir entre la obligación de no torturar y la de no exponer a tortura, de modo que, por mucho que esta última no figure expresamente en el artículo 3 CEDH y tenga un origen jurisprudencial, no deja de ser una obligación inherente y consustancial a la prohibición de la tortura. Desde esta perspectiva, dando la llamada por respuesta al supuesto carácter relativo de las obligaciones positivas deducido por Reino Unido del asunto *Ilascu*, la Gran Sala seguramente está asumiendo que más que ante una obligación positiva de prevención, accesoria a la prohibición de la tortura, estamos en presencia de una obligación, implícita sí, pero dotada de sustantividad propia.

El carácter absoluto significa que, en la valoración del riesgo de maltrato, no pueden introducirse consideraciones relativas a las preocupaciones de orden público o seguridad nacional que motivan la pretendida expulsión o extradición del individuo. Esa idea está implícita en las *Directrices sobre derechos humanos y lucha contra el terrorismo*, aprobadas en julio de 2002 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa que, entre otras cosas, asumen el carácter absoluto de la prohibición de la tortura (§ IV) y recuerdan la obligación de no exponer a un solicitante de asilo a pena de muerte, tortura o trato o pena inhumano o degradante (§ XII.2). Y su proclamación en el marco del CEDH supone aceptar que la protección que deriva del principio de no devolución en caso de riesgo de tortura es más amplia que la que resulta del *non*

⁷⁰ STEDH (Gran Sala) de 28 de febrero de 2008, *Saadi c. Italia*.

refoulement en caso de persecución por motivo de raza, religión, nacionalidad, origen étnico u opiniones políticas ⁷¹. Peligrosidad y riesgo de tortura son, así, nociones distintas «que solo pueden valorarse independientemente una de otra», toda vez que «la posibilidad de que (una persona) plantee una seria amenaza para la comunidad en caso de no ser devuelta no reduce en modo alguno el nivel de riesgo de maltrato a que la persona pueda estar sometida en caso de devolución» ⁷².

La consecuencia de todo ello es que la reducción del umbral de prueba pretendido por Reino Unido es, para la Gran Sala, no solo incorrecta por basarse en una errónea interpretación de las relaciones entre las nociones de «peligrosidad» y «riesgo» ⁷³, sino también «no compatible con la naturaleza absoluta de la protección ofrecida por el artículo 3». De manera que, independientemente de la conducta previa del afectado y de sus posibles vínculos con grupos terroristas, la prohibición de devolución queda sujeta a una misma condición necesaria y suficiente: que se acrediten motivos suficientes para creer que hay un riesgo real de que la persona afectada sea sometida en el país de destino a un trato prohibido por el artículo ⁷⁴. Y, aunque el Tribunal no lo diga expresamente, sería muy raro que, sentado que el carácter absoluto de la prohibición de la tortura y trato inhumano y/o degradante se extiende también a la obligación de no devolución, se admitiera que en este último caso el nivel de severidad del maltrato hubiera de ser más elevado. Por lo demás, tal y como ya se señaló, el asunto *Saadi* supone profundizar en la idea según la cual, para dejar probado el riesgo cuando el individuo afectado es «miembro de un grupo sistemáticamente expuesto a una práctica de maltrato», es suficiente con que el demandante acredite «que hay motivos fundados para creer en la existencia de la práctica en cuestión y su pertenencia al grupo afectado» ⁷⁵, a cuyo efecto, «(t)omando en consideración la autoridad y reputación de los autores [...], la seriedad de las investigaciones por medio de las cuales son elaborados» y sin perjuicio de la necesidad de corroborarlos con otras fuentes, resultan de especial relevancia los informes de ONG's como Amnistía Internacional y *Human Rights Watch*.

IV. ENTONCES ¿SON ADMISIBLES LAS GARANTÍAS DIPLOMÁTICAS?

1. La práctica nacional relativa a las garantías diplomáticas

Como ya se señaló al inicio del presente trabajo, de unos años para acá es un dato

⁷¹ Ídem, § 138. El TEDH da así la razón a quienes han venido considerando que el principio de no devolución construido en el ámbito del DI de los DH es complementario y más amplio que el *non refoulement* propio del DI de los refugiados. En este sentido, LAUTERPACHT, E., y BETHLEHEM, D., «The Scope and Content of the Principle of non-refoulement: Opinion», en FELLER, E., TÜRK, V. Y NICHOLSON, F., *Refugee Protection in International Law: UNHCR'S global consultations on international protection*, Cambridge-New York-Geneve, 2003, §§ 154 y 250, pp. 133 y 162.

⁷² Ídem, § 139.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ Ídem, § 140.

⁷⁵ Ídem, § 132.

fácilmente constatable el creciente recurso por parte de los Estados, preferentemente occidentales ⁷⁶, y España incluida ⁷⁷ a la práctica de las garantías diplomáticas. Por tales hay que entender, con el DH-S-TER, los «compromisos escritos –nota verbal, memorándum de entendimiento, etc.– y las promesas hechos a través de canales diplomáticos y relativos a la transferencia forzosa de una persona de un país a otro cuando las mismas están diseñadas para asegurar los derechos fundamentales de la persona transferida» ⁷⁸. A lo que habría que añadir que, pese a los esfuerzos del DH-S-TER y de algún que otro Estado como por diferenciar a estos efectos los casos de expulsión y los supuestos de extradición, da la impresión de que se trata de una matización más orientada a salvaguardar determinadas políticas nacionales en relación con las garantías diplomáticas que una distinción basada en la jurisprudencia internacional o en unas diferencias reales cuyos defensores, por lo demás, ni siquiera revelan ⁷⁹. Así delimitadas las garantías diplomáticas, lo más resumido que se puede decir sobre una práctica nacional de la que existen pocos registros en los diarios oficiales es que nos encontramos ante un rico y variado mundo.

Las garantías, en efecto, operan en unos casos a los efectos de extradición y en otros a los fines de expulsión o deportación, llegando incluso en algunos supuestos a aproximarse, por las irregularidades procedimentales que han acompañado a la transferencia, a las entregas extraordinarias ⁸⁰. Desde el punto de vista de la forma que adoptan, aunque en ocasiones se trata de meras promesas de carácter verbal, lo normal es que se formalicen por escrito en documentos propios de la práctica diplomática a

⁷⁶ Entre los Estados que han recurrido o han intentado recurrir a las garantías diplomáticas con la intención de preservar frente al maltrato al afectado por una medida prevista de expulsión o extradición, independientemente de que dicha medida se haya llevado o no a la práctica se encuentran Alemania, Azerbayán, Austria, Canadá, Estados Unidos, Georgia, Holanda, Italia, Noruega, Reino Unido, Rusia, Suecia, Suiza, Kirguistán o Turquía. Otros Estados, sin que conste que hayan solicitado u obtenido garantías diplomáticas, las contemplan en su legislación –Hungria–, desarrollan contactos diplomáticos con el fin de asegurarse de que el interesado no será objeto de ninguna medida restrictiva contraria al artículo 3 CEDH, sin reconocer que se trata de garantías –Francia– o han apoyado a Reino Unido en su estrategia orientada a facilitar la aceptación de las garantías diplomáticas por el TEDH –Lituania, Portugal y Eslovaquia–. Además de los correspondientes asuntos, en su caso, ante el TEDH, el CAT o el CCPR –véase epígrafe siguiente–, la información con la que se ha elaborado la anterior relación, en absoluto exhaustiva, incluye muy especialmente, DH-S-TER, *Compilation of the replies...*, cit.; HRW, *Empty Promises: «Diplomatic Assurances» No Safeguard against Torture*, abril 2004; HRW, *Still at Risk...*, cit.; HRW, *Commentary on State Replies...*, cit.; o HRW, *Cases Involving Diplomatic Assurances against Torture. Developments since May 2005*, I-2007.

⁷⁷ A título de ejemplo, puede verse STEDH (Sección Quinta) de 10-VIII-2006, *Olaehea Cahuas* c. España, § 14. O, muy especialmente, AI, «España: no deben aceptarse las “garantías diplomáticas” de Rusia en el caso Gasayev», febrero de 2008; y HRW, Carta dirigida al Ministro de Justicia, Mariano Fernández Bermejo, 9 de mayo de 2008.

⁷⁸ DH-S-TER, *Meeting Report, 1st meeting*, Strasbourg, 7-9 December 2005, § 4, p. 2; y *Final Activity Report of the DH-S-TER on Diplomatic Assurances*, Doc. CM(2006)64, 13-IV-2006, Apéndice 2, § 3, p. 9.

⁷⁹ Sobre los mencionados intentos, puede verse, DH-S-TER, *1st meeting*, cit., § 6; DH-S-TER, *Final Activity...*, cit., § 2; o HRW, *Application No. 2947/06: Ismoilov and Others v. Russia. Intervention Submitted by Human Rights Watch and AIRE Centre*, julio de 2007, §§ 20 y ss.

⁸⁰ Si asumimos que es ése el dato decisivo del inquietante fenómeno de las entregas extraordinarias (*extraordinary renditions*), las circunstancias que rodearon la entrega a agentes estadounidenses y egipcios de Agiza y Al-zeri en el aeropuerto sueco de Bromma, el presumible secuestro de alguno de los demandantes en el asunto *Shamayev*, o la deportación de ciudadanos yemeníes recluidos en Guantánamo que constituía el trasfondo del asunto *Mohamed Abdah et al.* bien podrían ser calificadas, aunque en grado diverso, como tales.

los que se asignan denominaciones diversas, desde *aide-memoires*, a memorándums de entendimiento, pasando por notas verbales, o notas diplomáticas. En algún caso, incluso, revisten carácter secreto por entenderse que todo lo que tiene que ver con las garantías debe mantenerse en la más absoluta confidencialidad para preservar «importantes fuentes de información y la capacidad de interactuar efectivamente con gobiernos extranjeros» (asunto *Mohamed Abdah et alt.*).

Sobre a qué nivel de la jerarquía de los poderes públicos nacionales se solicitan y se prestan las garantías diplomáticas, rara vez son los propios Ministros de Exteriores quienes suscriben los correspondientes documentos, y aunque las autoridades intervinientes incluyen desde los Ministros de Justicia, miembros no identificados del gobierno o el Fiscal General, lo más común parece ser que las garantías se formalicen a nivel de jefes de misión u otro personal de las correspondientes embajadas. Y, si bien generalmente las garantías han venido concertándose *ad hoc*, con la finalidad de concretar transferencias individuales y puntuales, los *memorándums* de entendimiento de la práctica británica se presentan como una suerte de *umbrella agreements* llamados a ser facultativamente completados con garantías individuales adicionales.

En relación con su objeto, si bien por las razones que después se dirán no parece que todas ellas puedan ser equiparadas entre sí, y dejando a un lado compromisos que tienen más que ver con la práctica extradicional que con los derechos humanos (no reextradición, principio de especialidad, etc.), lo más frecuente es que las garantías se soliciten y/o se presten con la finalidad, exclusiva o cumulativa, de buscar una cobertura frente a posibles violaciones, además de la prohibición de la tortura, del derecho a un juicio justo o para prevenir una eventual ejecución de la pena capital. No obstante, no faltan ejemplos en los que el compromiso se refiere, más genéricamente, al respeto de las obligaciones contraídas en virtud del PIDCP o de los principios de trato propios del Estado de Derecho o, más concretamente, a no someter al afectado a juicio ante comisiones militares ni enviarlo a Guantánamo, a garantizar el reexamen de las condenas dictadas *in absentia*, o a perpetuidad o a prevenir frente a una eventual confiscación general de los bienes de los afectados.

Por su parte, es absolutamente excepcional que las garantías diplomáticas incorporen expresamente mecanismos de vigilancia o supervisión. Y, cuando éstos se contemplan o se ponen en pie con posterioridad pese a no estar previstos inicialmente suelen consistir en visitas del personal diplomático o consular del Estado remitente, sea al juicio cuando se trata de garantías sobre el proceso debido, sea a la prisión o lugar de detención en que se recluye al afectado. Recientemente, en los *memorándums* suscritos entre Reino Unido y tres países del Mahgreb, las labores de supervisión se confían a alguna organización humanitaria local, en algún caso supuestamente dirigida por un hijo del correspondiente jefe de Estado y posiblemente financiada por el Estado remitente. Mención aparte merecerían las garantías supuestamente obtenidas o reclamadas en el caso *Murat Gasayev*, respecto de las cuales las escasas noticias que ha sido posible recabar parecen apuntar a que la supervisión se instrumentaría a través de visitas de miembros del Comité contra la Tortura de conformidad con la Parte II de

⁸¹ HRW, *Carta...*, cit., pp. 2 y 3. Como con razón se afirma en este documento, el único mecanismo de visitas contemplado en el CAT, previsto en el artículo 20, se enmarca en el contexto de investigaciones generales sobre prácticas sistemáticas de tortura en un Estado parte y no en el ámbito de casos individua-

la correspondiente Convención⁸¹.

Y quizá sea ingenuo pensar, para terminar, que el hecho de que sólo en un puñado de casos (asuntos *Agiza*, *Alzery*, *Maher Arar*, *Reda Dendani o H.*, *Shamayev*) se haya constatado el incumplimiento de las garantías una vez verificada la transferencia no es simplemente el resultado de esa escasez de supuestos en los que las garantías incluyen la previsión de mecanismos de vigilancia o su supuesta ineficacia. Por lo demás, no parece que, en ningún caso, las garantías incluyan protocolos de actuación y reparación en caso de posible vulneración ni, mucho menos, que en ellos se contemplen vías de recurso a disposición del interesado afectado. Y cuando en algún caso se han intentado, como la pretensión sueca de poner en marcha una investigación internacional independiente en el asunto *Agiza* –rechazada por cierto por el ACNUDH por entender que la violación del principio de no devolución ya había sido constatada por el CAT–, la citada pretensión ha sido rechazada por el Estado de destino.

2. El debate en torno a la admisibilidad de las garantías diplomáticas en caso de riesgo de tortura

La práctica que sumariamente acaba de describirse ha despertado profunda preocupación entre un buen número de personalidades e instituciones internacionales con funciones en materia de promoción, prevención o salvaguardia de los

les. Hay que recordar, además, que el Com.CAT ha manifestado en reiteradas ocasiones su preocupación por la práctica de las garantías diplomáticas (*infra*, nota siguiente); que otros organismos con funciones de supervisión, como el CICR, han rechazado ofertas similares cuando éstas se limitaban a casos puntuales y no posibilitaban un acceso general a todos los centros de detención (vide, al respecto, las referencias al caso *Youssef y otros* en HRW, *Still at Risk...*, cit., p. 71); que las autoridades rusas, en relación con un caso muy similar que implicaba a un grupo de supuestos terroristas chechenos extraditados por –o secuestrados en– Georgia, entorpeció sistemáticamente las labores de enjuiciamiento del TEDH, incumpliendo el compromiso de permitirle una visita *in loco*, y quedando además registrada en el pronunciamiento del órgano de Estrasburgo como práctica extendida la persecución e incluso el asesinato en Rusia a quienes recurren a las instancias internacionales de garantía en defensa de sus derechos (STEDH de 12-IV-2005, *Shamayev y otros contra Georgia y Rusia*, §§ 492 y ss. y 366, respectivamente); o que, en el asunto *Zakaev*, un Tribunal de Reino Unido rechazó la entrega bajo garantías de un presunto terrorista checheno por entender, a tenor de los informes del Com.CAT y del Com.CPT sobre la situación de los derechos humanos en Rusia en relación con el conflicto Checheno, que existían serias dudas sobre el posible trato que recibiría el afectado en caso de ser extraditado.

⁸² Entre ellas, los relatores especiales de la Comisión/Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre la cuestión de la tortura, el anterior (*Informe provisional del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, Sr. T. VAN BOVEN, sometido de acuerdo con la Resolución de la Asamblea General 58/164, §§ 37-42) y el actual (*Informe provisional del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, Sr. M. NOWAK, sometido de acuerdo con la Resolución de la Asamblea General 59/182, §§ 52; UN, Press Conference by UN Representative on Torture Convention, 23-X-2006; o NOWAK, M. y McARTHUR, E., *The United Nations...*, cit., pp. 129), el relator especial sobre la cuestión de los derechos humanos en el marco de la lucha contra el terrorismo (*Informe del Experto independiente sobre la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*, Sr. R.K. GOLDMAN, E/CN.4/2005/103, § 56), la Subcomisión para la promoción de los derechos humanos de Naciones Unidas (*Resolución de la Subcomisión para la promoción de los derechos humanos sobre la transferencia de personas*, 9-VII-2005 –E/CN.4/SUB.2/2005/L.12–, § 4), la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, L. HARBOUR (*Report of the High Commissioner for Human Rights on Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while*

derechos humanos ⁸², y entre reputadas ONG's internacionales que operan en ese mismo ámbito ⁸³, llegando incluso a motivar sendos llamamientos a los Estados por parte de la Asamblea General de Naciones Unidas ⁸⁴ y del Parlamento Europeo ⁸⁵ para que se abstengan de recurrir a este tipo de prácticas. Bajo el temor de que el recurso a las garantías diplomáticas se esté convirtiendo en una vía fácil para sortear, resquebrajándola, la prohibición de devolución en caso de riesgo de tortura ⁸⁶, tres tipos de argumentos vienen empleándose en esa cruzada contra las garantías diplomáticas.

En primer lugar, en un argumento que bien podría haberse inspirado en la fábula de Esopo sobre el pastor y el lobo, se afirma que las garantías diplomáticas no son, por definición, dignas de confianza, toda vez que, si se piden o se ofrecen, es porque se reconoce que hay un problema serio de violación de la prohibición de la tortura en el Estado receptor ⁸⁷ que impide confiar en la capacidad o en la voluntad de sus autoridades para cumplirlas. Pues, si no es ése el caso, no se entiende para qué se iban a pedir u ofrecer. Tratándose, además, en muchos casos, de Estados con un marcado historial de vulneración de los tratados internacionales sobre derechos humanos, no se ve por qué motivo sus autoridades van a cumplir los compromisos asumidos en las correspondientes garantías, es decir, en unos instrumentos mucho menos solemnes y de, como mínimo, menor alcance obligatorio.

En segundo lugar, son casi siempre ineficaces en orden a preservar realmente al individuo deportado frente al riesgo de maltrato. De una parte, porque a diferen-

countering Terrorism, 16-II-2006, E/CN.4/2006/94, § 3), el anterior (*Report by Mr. Álvaro GIL-ROBLES, Commissioner for Human Rights, on his visit on Sweden, 21-23 april 2004*, Doc. CommDH(2004)13, 8 de julio de 2004, § 9) y el actual Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa (HAMMARBERG, TH., «Viewpoints: Torture Can Never, Ever Be Accepted»); el Secretario General del Consejo de Europa (DAVIS, T., «There are no excuses for torture», Strasbourg, 11-10-2005), el Com.CAT (*Conclusiones y recomendaciones sobre los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención: Reino Unido*, CAT/C/CR/33/3, 2004, § ii.d; *Austria*, CAT/C/AUT/CO/3, 2005 § 8; *Estados Unidos*, CAT/C/USA/CO/2, 2006 § 21; y *Georgia*, CAT/C/GEO/CO/3, 2006, § 11) o el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura (Com.CPT, *15th General Report on the CPT's activities*, 22-IX-2005, CPT/Inf-2005-17), §§ 41-42.

⁸³ Pueden verse, por todos, los informes de HRW, *Empty Promises...*, cit.; HRW, *Still at Risk...*, cit.; y *Commentary...*, cit.; y de AI, *Reject rather than regulate. Call on Council of Europe member states not to establish minimum standards for the use of diplomatic assurances in transfers to risk of torture and other ill-treatment*, mayo de 2005, IOR610252005. Y la misma posición de rechazo a un eventual instrumento sobre garantías diplomáticas fue mantenida por NOWAK, M. y GIL-ROBLES, A., DH-S-TER, 1st meeting, cit., § 3; así como por el Grupo Europeo de Instituciones Nacionales para la protección y promoción de los derechos humanos. Position paper on the use of diplomatic assurances in the context of expulsion procedures and the appropriateness of drafting a legal instrument relating to such use, DH-S-TER(2005)016, pp. 7 y ss.

⁸⁴ Resolución de la Asamblea General 60/148, sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 21-II-2006, A/RES/60/148, § 8.

⁸⁵ Resolución del Parlamento Europeo, de 3-VII-2006, sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos, mediados los trabajos de la comisión temporal. P6_TA(2006)0316, §§ 10-11 y 32-33.

⁸⁶ La Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha llegado a situar en un plano equivalente las entregas extraordinarias y las garantías diplomáticas como dos tipos de prácticas con efectos corrosivos sobre la prohibición global de la tortura. ARBOUR, L., «In Our Name and On Our Behalf», Chatham House, february 15, 2006, <http://www.chathamhouse.org.uk/pdf/research/il/ILParbour.pdf>, pp. 17 y ss.; e *ICLQ*, vol. 55 (2006), pp. 511 y ss.

⁸⁷ Es un argumento que, en alguna ocasión, han utilizado el TEDH (*Shamayev*, § 92) y el Com.CAT (Dictamen de 5-VI-2007, *Pelit c. Azerbaijan*, CAT/C/38/D/281/2005, § 11).

cia de otras violaciones de los derechos humanos que en ocasiones también se trata de prevenir mediante garantías diplomáticas (pena capital, denegación de justicia...) la tortura acostumbra a practicarse en secreto, a través de técnicas cuidadosamente diseñadas para no dejar rastro y en contextos en que es fácil intimidar a la víctima para evitar que pueda denunciarla, sin que los procedimientos de vigilancia que en ocasiones se han puesto en práctica sean suficientes para revelarla. Y, de otra, porque ninguno de los Estados implicados cuenta con incentivos suficientes para desvelar los incumplimientos de las garantías y sí los tiene en cambio para ocultarlos. La actitud de las autoridades suecas, destinatarias de la reprimenda del Com.CAT en el asunto *Agiza* por ocultar las denuncias de la víctima, resultan extraordinariamente reveladoras sobre lo que se acaba de decir. Por lo demás, las garantías son, sencillamente, inútiles, cuando el riesgo de tortura es el resultado, como a menudo sucede, de la incapacidad de las autoridades para controlar efectivamente a una parte significativa de los propios cuerpos penitenciarios o de seguridad.

Y, en tercer lugar, el recurso a las garantías diplomáticas tiene un efecto perverso sobre el sistema global de prohibición de la tortura, ya no sólo porque supone aceptar, en Estados receptores en los que se dan prácticas sistemáticas de tortura, la existencia de un doble sistema para los individuos detenidos que implícitamente viene a condonar esas prácticas, sino porque implica ignorar que, para hacer frente a la lacra que representan ese tipo de prácticas sistemáticas, es necesaria la adopción de medidas generales de carácter legislativo, administrativo e institucional y no meras promesas de alcance individual.

Frente a ello, los defensores de las garantías diplomáticas⁸⁸ esgrimen, en síntesis, cuatro ideas. Primero, las garantías no son inherentemente indignas de confianza. Algunos casos particulares y, en especial, el asunto *Agiza*, no pueden desacreditar globalmente un instrumento útil en la lucha contra la criminalidad y el terrorismo, máxime cuando se articulan mecanismos internos que garantizan una cabal valoración del impacto que las mismas tienen de cara a minimizar el riesgo de tortura. Segundo, la eficacia de las garantías queda salvaguardada cuando se articulan mecanismos de supervisión y vigilancia basados en visitas frecuentes a los centros de detención por parte de instancias independientes, sin olvidar que las expectativas de respeto de las garantías se ven incrementadas como consecuencia de la atención preferente que la entrega bajo garantías genera entre las instancias internacionales de supervisión y vigilancia. Tercero, en lugar de socavar el sistema global de lucha contra la tortura, las gestiones encaminadas a obtenerlas, sobre todo cuando se inscriben en memorándums de carácter general, constituyen una vía efectiva para mejorar la situación de los derechos humanos en el Estado receptor y para fomentar su cooperación con el sistema internacional de lucha contra la tortura. Y ese mismo resultado deriva de las consecuencias que para el prestigio y reputación del Estado receptor tendría la revelación de eventuales incumplimientos.

⁸⁸ Aun cuando se trata de un argumentario específicamente diseñado desde la asesoría jurídica del Foreign Office en defensa de la política del Reino Unido de deportaciones bajo garantías, constituye una magnífica referencia sobre este tipo de propuestas la contribución de JONES, K., «Deportations with Assurances: Addressing Key Criticisms», *ICLQ*, vol. 57 (2008), pp. 183 y ss.

3. La virtualidad de las garantías diplomáticas en la doctrina de los órganos internacionales de supervisión y salvaguardia

De todos los argumentos invocados en apoyo de las garantías diplomáticas, debe reconocerse que probablemente sea el cuarto y último el más solvente de todos ellos: los órganos de control del respeto de los derechos humanos han considerado que las garantías constituyen un elemento más a tener en cuenta a la hora de evaluar el riesgo de tortura, excluyendo que las mismas sean, por definición, no merecedoras de confianza e ineficaces.

Hasta hace bien poco, la doctrina del Com.CAT y del TEDH era bastante clara en este sentido. En cuanto al primero, en el asunto *Attia c. Suecia*, en el que la esposa del –sin duda muy a su pesar– célebre Ahmed Agiza, cuestionaba la compatibilidad con el artículo 3 del Convenio de Nueva York de la orden del gobierno sueco que imponía su expulsión a Egipto, el órgano ginebrino excluyó que existiera riesgo real y personal de tortura, entre otras cosas, porque «el Comité considera positiva la concesión de garantías contra los malos tratos, garantías que se hacen extensivas a la autora de la queja...»⁸⁹.

Por lo que se refiere al TEDH, en *Chahal c. Reino Unido*, la constatación de violación en caso de deportación obedeció a que, en un contexto en el que el problema, «duradero y recalcitrante», derivaba de la actuación de ciertos elementos *descontrolados* de las fuerzas de seguridad que, además, operaban no solo en el Punjab sino en todo el territorio de la India, el órgano de salvaguardia del CEDH «no está convencido de que las mencionadas seguridades proporcionen al Sr. Chahal una garantía suficiente en cuanto a su seguridad»⁹⁰. Por el contrario, en *Mamatkulov y Askarov c. Turquía*, y en *Shamayev y otros c. Georgia y Rusia*, pronunciamientos ambos muy condicionados por un cúmulo de factores que no dejan de ser llamativos (la rígida aplicación de la exigencia de circunstancias específicas de los demandantes para acreditar el riesgo de maltrato en unos supuestos en los que, paradójicamente, abundaban las evidencias sobre la existencia de prácticas generalizadas de malos tratos en los países de destino, el incumplimiento de las medidas provisionales indicadas con el consiguiente carácter consumado de la entrega, una estricta aplicación de las reglas sobre la fecha crítica⁹¹, y en el segundo de ellos, un notorio error en cuanto a la selección del estándar de prueba aplicable⁹²), el TEDH aludió a las garantías ofrecidas por las autoridades uzbekas y

⁸⁹ Com.CAT, Dictamen de 24-XI-2003, *Hanan Ahmed Fouad Abd El Hkalek Attia c. Suecia*, CAT/C/31/D/199/2002, § 12.3.

⁹⁰ STEDH (Gran Sala) de 15-XI-1996, *Chahal c. Reino Unido*, § 105 (traducción del autor).

⁹¹ La estricta y cumulativa aplicación de las reglas que imponen la fecha de la transferencia como el momento al que se debe referir la valoración del riesgo, de una parte, y la imposición de una carga de prueba indiciaria para la víctima, de otro, en casos de incumplimiento de las medidas provisionales, genera el serio peligro de convertirse en un incentivo para la violación de estas últimas por parte de unos Estados que pueden considerar preferible ser *condenados* por violación de la obligación de no obstaculizar el derecho de recurso individual del artículo 34 CEDH, en lugar de por *torturadores* en virtud del artículo 3 CEDH.

⁹² El asunto *Shamayev* es, en efecto, el único asunto en toda la jurisprudencia de Estrasburgo sobre el principio de no devolución en el que se aplica para la constatación del riesgo de tortura en el exterior el estándar de prueba («más allá de toda duda razonable») que opera en el ámbito interno, es decir, para apreciar si ha quedado acreditado un caso de tortura directamente imputable a un Estado parte.

rusas, respectivamente, como uno más de los factores que le llevaron a considerar que, en el momento en que tuvo lugar la entrega de los demandantes afectados, no había motivos fundados para creer que existía un riesgo real de tortura⁹³.

Lo propio ocurrió en el asunto *Olaechea Cahuas c. España*, en el que las garantías ofrecidas por las autoridades peruanas sobre, entre otras cosas, el respeto de la integridad física, psicológica y moral de un supuesto miembro de Sendero Luminoso, y los límites respecto a los elementos de prueba que podía emplear el TEDH como consecuencia del incumplimiento por parte de nuestro país de la orden de medidas provisionales, aparecen también como factores relevantes para que el mencionado órgano llegara a la conclusión de que «no existen en el caso de autos elementos suficientes que acrediten la existencia de un trato contrario al artículo 3 de la Convención»⁹⁴. En cambio, a diferencia de lo que ocurría en el mencionado asunto, en el que en toda la sentencia no hay indicación alguna de que pudiéramos estar en presencia de un cuadro más o menos sistemático o generalizado de prácticas de maltrato en el país de destino, en *Al-Moayad c. Alemania*, el Tribunal no dudó en manifestar su preocupación por los informes en los que se daba cuenta de los métodos de interrogatorio empleados por las autoridades estadounidenses respecto de las personas sospechosas de implicación en actividades terroristas, pese a lo cual estimó que:

«en orden a determinar si puede considerarse que las autoridades alemanas han obtenido suficientes garantías como para excluir el peligro de que el demandante sea sometido a métodos de interrogatorio prohibidos por el artículo 3, el Tribunal debe valorar hasta qué punto puede considerarse que las mencionadas garantías eliminan efectivamente ese peligro».⁹⁵

Sin embargo, aunque tal vez no sea más que una prematura y apresurada conclusión, da la impresión de que el fiasco del asunto *Agiza*, de una parte, y la confirmación como hechos probados de los intolerables abusos hacia los que ha derivado la guerra contra el terrorismo, incluyendo las ramificaciones europeas de la, en expresión del senador Dick Marty, *tela de araña global* contra el yihadismo, parecen haber hecho una profunda mella en el tono relativamente permisivo que había caracterizado la jurisprudencia internacional en materia de garantías diplomáticas. Los asuntos *Agiza c. Suecia*, *Alzery c. Suecia*, *Saadi c. Italia* e *Ismoilov y otros c. Turquía* parecen marcar claramente un endurecimiento de la perspectiva con que los correspondientes órganos de supervisión se aproximan al fenómeno de las garantías diplomáticas. Pero ¿hasta qué punto?

⁹³ STEDH (Gran Sala) de 4 de febrero de 2005, *Mamatkulov y Askarov c. Turquía*, §§ 76-77; y STEDH de 12-IV-2005, *Shamayev y otros contra Georgia y Rusia*, §§ 352-353, respectivamente.

⁹⁴ STEDH de 10-VIII-2006, *Olaechea Cahuas c. España*, § 44.

⁹⁵ TEDH, Dec. de 20-II-2007, *Al-Moayad c. Alemania*, § 67 (traducción del autor). En este asunto el órgano de Estrasburgo llegó a admitir que, circunscritas las prácticas de maltrato constatadas a los combatientes enemigos retenidos fuera del territorio estadounidense, las garantías ofrecidas por las autoridades norteamericanas de someter al demandante a la jurisdicción federal ordinaria y de no enviarlo a Guantánamo eran capaces de conjurar el doble riesgo de maltrato y de flagrante denegación de justicia que, según da a entender, hay implícito en la estrategia de Washington cuando la llamada guerra contra el terrorismo se proyecta sobre individuos detenidos en el exterior de los Estados Unidos y, en particular, en la tristemente célebre base ubicada en territorio cubano.

4. Factores determinantes de la relevancia de las garantías

A la luz de la doctrina de los órganos de salvaguardia, varios son los elementos a considerar a los efectos de determinar si unas concretas garantías diplomáticas son capaces de minimizar el riesgo de tortura. En primer lugar, cuál es la autoridad que las presta. El criterio que subyace al asunto *Soering c. Reino Unido* en un supuesto de garantías contra la pena de muerte parece extrapolable plenamente a las garantías de trato humano: las garantías carecen de virtualidad si la autoridad que las ofrece no tiene capacidad alguna para conseguir que efectivamente se cumplan⁹⁶. De hecho, la circunstancia de que sea el Fiscal General de Rusia quien, dentro del sistema judicial de ese país, supervise las actividades de todos los fiscales de la Federación así como que la fiscalía desempeñe una labor de supervisión del respeto de los derechos de los detenidos en Rusia fue un elemento decisivo para la, por otras razones discutible, consideración positiva de las garantías ofrecidas por aquél en el asunto *Shamayev*⁹⁷.

Por el contrario, la naturaleza jurídica de las garantías y, más exactamente, su condición de tratados internacionales, por mucho interés que pueda tener a fines académicos⁹⁸, no parece revestir excesiva trascendencia a efectos prácticos⁹⁹. No ya sólo porque los propios Estados que las conciertan parecen ser los primeros interesados en excluir los compromisos del ámbito de regulación que representa el Derecho internacional¹⁰⁰. Lo que tal vez explique el que en la mayor parte de los casos las autoridades que las prestan o las reciben carezcan de la capacidad para comprometer internacionalmente a su Estado de conformidad con las reglas del artículo 7 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969. Lo más relevante es que, en principio, la promesa de no torturar no añade nada a lo que ya es una obligación internacional revestida nada menos que de las notas de imperatividad, inderogabilidad, naturaleza *erga omnes* y carácter absoluto. De modo que el carácter jurídicamente vinculante sólo sería significativo si se proyectara más que al compromiso de no torturar, al de respetar los procedimientos de vigilancia que pudieran establecerse, Y, en tal caso, más interesante aún sería que el citado compromiso, además de obligatorio, fuera también invocable por el interesado (*self executing*), de tal modo que pudiera denunciar sus eventuales violaciones.

Lo anterior no significa, sin embargo, que el objeto del compromiso consignado en las garantías no tenga ninguna relevancia. Evidentemente, para que pueda hablarse de garantías contra el maltrato es necesario que, de acuerdo con su tenor, pueda apre-

⁹⁶ En el mencionado asunto, quien las prestaba era la autoridad federal cuando las facultades jurídicas para solicitar, imponer y ejecutar la pena de muerte residía en las autoridades del Estado de Virginia. STEDH de 7-VII-1989, *Soering c. Reino Unido*, § 97.

⁹⁷ STEDH de 12-IV-2005, *Shamayev y otros contra Georgia y Rusia*, § 95.

⁹⁸ Pueden verse, las disquisiciones en este sentido de NOLL, G., «Diplomatic Assurances and the Silence of Human Rights», *Melbourne Journal of International Law*, vol. 7 (2006), §§ II a IV; o LARSAEUS, N., *The Use of Diplomatic Assurances in the Prevention of Prohibited Treatment*, Refugee Studies Centre, Working Paper Series, núm. 32, 2006, pp. 9 y ss.

⁹⁹ De todos los asuntos analizados, tan solo en *Al-Moayad c. Alemania* se hace referencia a la aceptación por los tribunales germanos del carácter obligatorio en Derecho Internacional Público de las garantías, como elemento a favor de su consideración positiva por parte del TEDH (§ 69).

¹⁰⁰ Entre otras cosas porque es probable que, como ocurriría en España (94.I.c CE), su configuración como convenios internacionales podría suponer complicar y dificultar los trámites.

ciarse algún grado de compromiso de respetar las normas internacionales en materia de prohibición de la tortura. De modo que no parece haber garantías dignas de consideración cuando, más que compromiso, hay una afirmación de que la legislación interna garantiza ya el trato debido o un recordatorio de que el Estado en cuestión es parte en los tratados internacionales relevantes en la materia. De ahí que, en *Saadi c. Italia*, el TEDH recordara que su obligación de examinar si las garantías ofrecidas, en su aplicación práctica, suministran una protección suficiente al demandante contra el riesgo de trato prohibido por la Convención es una labor que habría resultado procedente si las autoridades tunecinas hubieran concedido las garantías diplomáticas solicitadas por Italia, lo que «no hicieron en el presente caso»¹⁰¹.

Lo que sí parece ser un factor fundamental en la consideración jurisprudencial de las garantías es la previsión de un mecanismo de vigilancia que asegure su cumplimiento e, incluso, que el mismo esté operativo desde el mismo momento en que se verifica la transferencia. En este sentido, en *Alzery c. Suecia*, el Com.CCPR valoró negativamente no sólo el «que las seguridades obtenidas no comprendían ningún mecanismo que permitiera supervisar su cumplimiento», sino también el que «las visitas del Embajador y de los funcionarios del Estado Parte se iniciaron cinco semanas después del regreso, con lo que se descuidó un período de máxima exposición al riesgo de daños»¹⁰². Ahora bien, ya no es sólo que, por mero sentido común, el mecanismo de supervisión debe estar operativo cuando, según nos dice la experiencia, más riesgo existe de maltrato. Es, también, que el derecho a un recurso efectivo exige, en casos de transferencia y antes de que ésta se materialice, que el interesado pueda cuestionar ante un órgano independiente la existencia del riesgo real de tortura¹⁰³ de modo que, si son las garantías las que permiten minimizarlo o reducirlo, eso implica que pueda conocer sus detalles a fin de poder cuestionar su fiabilidad y su eficacia. Lo que, definitivamente, parece condenar a la absoluta irrelevancia las presuntas garantías secretas o confidenciales en las que pretende ampararse algún Estado.

Pero, además de lo anterior, en los tres últimos años la doctrina legal de los órganos de garantía parece ir perfilando con cierto detalle algunas exigencias adicionales que han de cumplir los mecanismos de vigilancia para resultar aceptables de cara a excluir el riesgo de maltrato. En este sentido, el Com.CAT, que ya en sus conclusiones y recomendaciones sobre algún informe nacional había venido insistiendo sobre la necesaria previsión de mecanismos efectivos de vigilancia¹⁰⁴, utilizó en el asunto *Pelit c. Azerbayán* como uno de los elementos para constatar que la entrega de la demandante a Turquía suponía una violación del artículo 3 del Convenio, el hecho de que el Estado demandado «tampoco ha explicado con suficientes detalles en qué consistió la vigilancia ni las medidas que se adoptaron a fin de garantizar que ésta fuera, realmente y desde el punto de vista de la autora, *objetiva, imparcial y suficientemente fiable*»¹⁰⁵. En el asunto *Saadi c. Italia*, el TEDH restó relevancia de cara a excluir el riesgo de

¹⁰¹ STEDH (Gran Sala) de 28 de febrero de 2008, *Saadi c. Italia*, § 148.

¹⁰² Com.CCPR, Dictamen de 10-XI-2006, *Mohamed Alzery c. Suecia*, § 11.5.

¹⁰³ Vide *supra*, apdo. II.5 *in fine*.

¹⁰⁴ ComCAT, *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención: Estados Unidos, 25-VII-2006*, CAT/C/USA/CO/2, § 21.

¹⁰⁵ CAT, Dictamen de 5-VI-2007, *Pelit v. Azerbaijan*, § 11 (cursivas añadidas).

maltrato del demandante al hecho de que el gobierno tunecino hubiera alcanzado un acuerdo con el CICR en virtud del cual se permitía el acceso del organismo humanitario a las prisiones tunecinas, por considerar que dicha organización debe asegurar la confidencialidad de su ámbito de actuación ¹⁰⁶. Y en un paso adicional, en el asunto *Alzery* el CCPR utilizó como argumento de peso para descartar que las seguridades obtenidas por las autoridades suecas fueran suficientes, el que «la mecánica de las visitas que tuvieron lugar incumplió aspectos fundamentales de las buenas prácticas internacionales, ya que no se insistió en tener *acceso privado al detenido* ni en que se realizaran *exámenes médicos y forenses adecuados*, incluso después de surgir importantes acusaciones de maltrato» ¹⁰⁷. El citado órgano parece sumarse así a la línea avanzada por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura (Com.CPT), consistente en subordinar la efectividad de las seguridades diplomáticas:

«... a la incorporación de garantías clave, como el derecho de visita en cualquier momento y sin aviso previo por personas independientes y cualificadas, la posibilidad de entrevista en privado en un lugar de su elección, con previsión de mecanismos para corregir inmediatamente eventuales violaciones y admitiendo el derecho del interesado a cuestionarlas antes de la entrega, ante una autoridad independiente». ¹⁰⁸

Otro factor al que parece asignarse considerable relevancia en estos últimos pronunciamientos supone una clara superación de la regla sobre la fecha crítica en caso de entrega ya materializada, pues implica tomar en consideración los datos posteriores a la misma que confirmen el cumplimiento ¹⁰⁹ o la vulneración de las concretas garantías prestadas ¹¹⁰. Y, en algún caso puntual, también parece haber resultado relevante el que el Estado en cuestión cuente con un, por así decirlo, historial presentable en materia de respeto de las garantías ofrecidas en casos de extradición, aunque éstas no se refieran específicamente en casos anteriores a la prohibición de la tortura ¹¹¹.

Sin profundizar en otros factores que con carácter algo más puntual parecen haber sido tomados en consideración, se ha dejado para el final la que podríamos calificar como cuestión existencial de las garantías diplomáticas. Se trata, en concreto, de si la existencia de una situación general de violaciones persistentes de la prohibición de la tortura a las que está realmente expuesto el afectado priva, por sí sola, de toda virtualidad a las garantías. Aunque deba reconocerse que se basa en una lectura un tanto libre del pronunciamiento de la Gran Sala en *Saadi c. Italia*, la decisión del TEDH en *Ismoilov y otros c. Rusia* apuntaría a la idea según la cual, en ese tipo de casos, las garantías diplomáticas no son, por definición, dignas de confianza:

¹⁰⁶ STEDH (Gran Sala) de 28 de febrero de 2008, *Saadi c. Italia*, § 146.

¹⁰⁷ Com.CCPR, Dictamen de 10-XI-2006, *Mohamed Alzery c. Suecia*, § 11.5 (cursivas añadidas).

¹⁰⁸ Com.CPT, *15th General Report on the CPT's activities*, 22-IX-2005 (CPT/Inf -2005- 17), § 40 (traducción del autor).

¹⁰⁹ TEDH, Dec. de 20-II-2007, *Al-Moayad c. Alemania*, § 67.

¹¹⁰ Com.CAT, Dictamen de 24-IV-2005, *Agiza c. Suecia*. CAT/C/34/d/233/2003, § 13.5; y CAT, Dictamen de 5-VI-2007, *Pelit v. Azerbaijan*, § 11.

¹¹¹ TEDH, Dec. de 20-II-2007, *Al-Moayad c. Alemania*, § 68.

«En el reciente asunto *Saadi c. Italia* el Tribunal también consideró que las garantías diplomáticas no son en sí mismas suficientes para asegurar una adecuada protección contra el riesgo de maltrato cuando fuentes fiables dan cuenta de que las autoridades toleran o recurren a prácticas que son manifiestamente contrarias a los principios de la Convención [...]. Dado que la práctica de torturas en Uzbekistán es descrita por reputados expertos internacionales como sistemática [...], el Tribunal no está persuadido de que las garantías de las autoridades uzbekas ofrezcan una garantía fiable contra el riesgo de tortura»¹¹².

V. CONSIDERACIONES FINALES

Como demuestra la enérgica reacción de diferentes instancias internacionales comprometidas en el respeto de los derechos humanos, el creciente recurso a las garantías diplomáticas por parte de un significativo grupo de Estados occidentales representa una seria amenaza para el derecho a no ser expuesto al riesgo de tortura en el exterior. Tras una etapa inicial en la que los órganos de garantía, en el desempeño de sus funciones de supervisión, parecieron dar cierto crédito a la citada práctica, admitiendo sin excesivas disquisiciones su virtualidad para permitir las correspondientes entregas, los últimos pronunciamientos, si bien no condenan su empleo con carácter absoluto, sí parecen reflejar un endurecimiento de los criterios con los que se procede a evaluarlas.

No es posible saber hasta qué punto el categórico y unánime rechazo del TEDH a revisar su doctrina sobre el carácter absoluto del principio de no devolución en caso de riesgo de tortura y ese apreciable endurecimiento en la consideración de las garantías diplomáticas es consecuencia de las noticias que revelan los abusos que, en nombre de la lucha contra el terrorismo, se han venido cometiendo en estos últimos años. En cualquier caso, para quienes pensamos que el terrorismo no sólo amenaza el derecho a la vida y a la seguridad de las víctimas directas, sino también el conjunto de los derechos y garantías propias del Estado de Derecho como consecuencia del riesgo de respuestas desproporcionadas, los citados pronunciamientos no dejan de ser una buena noticia.

ABSTRACT

DIPLOMATIC ASSURANCES, NON REFOULEMENT AND PROHIBITION OF TORTURE

The increasing ressource by Western Countries, Spain included, to the practice of diplomatic assurances as a mean to make possible forced transfer of persons to States in which there is a risk of torture constitutes one more of the challenges that fight against terrorism causes to human rights. Perhaps influenced by disclosures that reveals unacceptable abuses in this ambit, recent rulings from international human rights supervisory bodies, reaffirming the absolute character of *non-refoulement* against torture and rejecting diplomatic assurances in several cases, seem to announce a tougher attitude in respect of this practice.

¹¹² STEDH de 24 de abril de 2008, *Ismoilov y Otros c. Rusia*, § 127 (traducción del autor).

RESUMÉ**GARANTIES DIPLOMATIQUES, NON REFOULEMENT ET PROHIBITION DE LA TORTURE**

Le croissante ressource par les États occidentaux, l'Espagne y incluse, à la pratique des garanties diplomatiques comme moyen pour permettre le réfolement ou la remise forcées des persons à territoires où il y a un risque de torture, constitue-il un plus des défis que la lutte contre le terrorisme pose aux droits de l'homme. Sous l'influence, peut-être, des nouvelles que mettent en evidence des inacceptables abuses dans ce contexte, quelques décisions récentes pris par des organes internationaux de supervision, en réaffirmant le caractère absolue du principe de non-refoulement contre la torture, et en refusant les garanties diplomatiques en jeu dans ces affaires, semblent annoncer une attitude plus dure en relation avec cette pratique.