

Eyder Bolívar Mojica

LA TORTURA

EN DERECHO INTERNACIONAL

Análisis jurídico en el
Derecho Internacional Humanitario
y en el Derecho Penal Internacional



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

Excellence and Quality



LA TORTURA
EN DERECHO INTERNACIONAL

EYDER BOLÍVAR MOJICA

Doctorando en Derecho UBA
Magíster en Derechos Humanos UNLP
Magíster en Relaciones Internacionales UNLP
Especialista en Derecho Penal UBA
Docente Investigador USTA

LA TORTURA EN DERECHO INTERNACIONAL

ANÁLISIS JURÍDICO EN EL DERECHO INTERNACIONAL
HUMANITARIO Y EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Prólogo de

Ph.D. NATALIA BARBERO



Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas
Universidad Santo Tomás - Seccional Tunja

CATEGORÍA
CÓLCIENCIAS **A**



UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

Experiencia y Calidad



Grupo Editorial
IBAÑEZ



Facultad de
Derecho

Acreditación de
Alta Calidad

Resolución MEN. N° 3337 del 25 de abril de 2011

Bolívar Mojica, Eyder

La tortura en derecho internacional : análisis jurídico en el derecho internacional humanitario y en el derecho penal internacional / Eyder Bolívar Mojica.-- Bogotá : Grupo Editorial Ibáñez, 2013.

144 p. ; cm.

Incluye bibliografía.

ISBN 978-958-749-218-7

1. Derecho internacional humanitario 2. Derechos humanos (Derecho internacional) 3. Derecho penal internacional 4. Tortura - Estudio de casos I. Tít. 303.6 cd 21 ed.

A1392526

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango

- © EYDER BOLÍVAR MOJICA
bolivarabogados@yahoo.com.ar
- © GRUPO EDITORIAL IBÁÑEZ
Carrera 69 Bis N° 36-20 Sur
Teléfonos: 2300731 - 2386035
Librería: Calle 12B N° 7-12 L.1
Tels.: 2835194 - 2847524
Bogotá, D.C. - Colombia
www.grupoeditorialibanez.com

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro por cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Ley 23 de 1982

ISBN 978-958-749-218-7

Diagramación electrónica: *Clara Gómez C.*

® 2013

DIRECTIVAS INSTITUCIÓN

Fray Aldemar Valencia Hernández, O.P.
Rector Seccional Tunja

Fray José Antonio González Corredor, O.P.
Vicerrector Académico

Fray José Bernardo Vallejo Molina, O.P.
Vicerrector Administrativo y Financiero

Fray Luis Antonio Alfonso Vargas, O.P.
Decano de División Facultad de Derecho

Ph.D. Ciro Nolberto Güechá Medina
Decano de la Facultad de Derecho

Ph.D. © Diego Mauricio Higuera Jiménez
Director Centro de Investigaciones
Socio-Jurídicas

Mg. © Yenny Carolina Ochoa Suárez
Secretaria de División Facultad de Derecho

COMITÉ EDITORIAL

Fray. José Antonio González Corredor, O.P.
Vicerrector Académico

Mg. Andrea Sotelo Carreño
Directora Departamento de Comunicaciones

Esp. Henry Sánchez Olarte
Departamento de Humanidades

COMITÉ EDITORIAL FACULTAD DE DERECHO

Ph.D. Ana Yasmín Torres Torres

Universidad Carlos III, España

Ph.D. Yolanda M. Guerra García

Madison University, Estados Unidos

Ph.D. ©. Gloria Yaneth Vélez Pérez

Universidad de Antioquia, Colombia

Ph.D. © Juan Ángel Serrano Escalera

Universidad Carlos III, España

Adquisiciones y Canje

Cll. 19 N° 11 - 64 Tunja - Boyacá

PBX: 744 04 04

Línea gratuita: 018000 932340 desde cualquier lugar del país

Departamento de Comunicaciones USTA Tunja

Los conceptos expresados en el texto son de exclusiva responsabilidad de su autor y no comprometen a la institución, ni a la publicación.

Tunja, Sello Editorial Universidad Santo Tomás, 2013

142 p.

ISBN: 978-958-749-218-7

Hecho el depósito que establece la ley

Derechos Reservados

Universidad Santo Tomás

ÍNDICE SUMARIO

PRÓLOGO DRA. NATALIA BARBERO	13
PRESENTACIÓN	17

CAPÍTULO I

LA TORTURA A TRAVÉS DEL TIEMPO

I. RELEVAMIENTO HISTÓRICO	23
1. En la antigüedad - La legislación griega frente a la tortura	24
2. Manifestaciones de tortura en la legislación romana	26
3. La invasión de los bárbaros al antiguo territorio del imperio romano de occidente	29
3.1. La tortura en las sociedades germánicas	29
II. LA TORTURA DURANTE LOS SIGLOS XII A XVIII EN EUROPA	33
III. EN BÚSQUEDA DE LA ABOLICIÓN DE LA TORTURA	37
IV. MÉTODOS Y TÉCNICAS DE TORTURA PRACTICADAS A TRAVÉS DEL TIEMPO	40

CAPÍTULO II

SISTEMAS, INSTRUMENTOS Y MECANISMOS DE PROTECCIÓN

I. LA TORTURA EN EL DERECHO INTERNACIONAL	45
1. La internalización de la noción de tortura en el seno de las Naciones Unidas	47
2. Instrumentos, y mecanismos internacionales de derechos humanos de carácter general, relacionados con la protección y prevención de la tortura	51
2.1. Órganos de vigilancia de los tratados	53
3. Instrumentos generales regionales que incluyen previsiones sobre la protección de la tortura	56
3.1. Convención Americana sobre los Derechos Humanos	57
4. Instrumentos específicos sobre la prohibición y prevención de la tortura	58
4.1. Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes	58

4.2. Convención de la ONU contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes	60
4.2.1 Comité contra la Tortura	64
4.3. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura	66
4.4. Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos Inhumanos o Degradantes y Comité Europeo para la Prevención de la Tortura	68
5. Otros tratados especializados de derechos humanos	69
6. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y Corte Interamericana de Derechos Humanos	71
7. Obligaciones legales para prevenir la tortura	72

CAPÍTULO III

EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y LA PROHIBICIÓN DE LA TORTURA COMO ILÍCITO INTERNACIONAL

I. GÉNESIS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO	75
1. Una aproximación a la evolución del derecho internacional humanitario	78
II. EL DERECHO DE GINEBRA Y EL DERECHO DE LA HAYA	80
1. Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949	87
2. Protocolo I y II Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949, aprobados en 1977	93
III. EL COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA “GUARDIÁN” DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO	95
IV. TRATADOS QUE FORMAN PARTE DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO	99

CAPÍTULO IV

LA TORTURA COMO CRIMEN DE LESA HUMANIDAD EN EL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

I. A MANERA DE ANTECEDENTE	103
II. COMPROMISO INTERNACIONAL CON LA HUMANIDAD	106
III. CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD	110
1. Elemento de contexto en los crímenes de lesa humanidad	112

1.1. Ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque	113
a. Ataque	113
b. Generalizado o sistemático	114
c. Dirigido contra la población civil	115
d. El nexo entre los actos individuales y el elemento de contexto	116
e. El acto debe ser cometido “con conocimiento de dicho ataque”	116
IV. LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES, EN RELACIÓN A LA TORTURA COMO CRIMEN DE LESA HUMANIDAD ..	117
V. CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD EN EL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL	120
1. La tortura como crimen de lesa humanidad en el Estatuto de Roma	121
VI. ANÁLISIS DEL DELITO DE TORTURA, EN EL MARCO DEL ESTATUTO DE ROMA Y LA CONVENCIÓN CONTRA LA TORTURA	122
1. El bien jurídico protegido	122
2. Tipo objetivo	123
2.1. Sujeto activo	123
2.2. Sujeto pasivo	123
3. Acción y resultado	123
4. Tipo subjetivo	124
5. La antijuridicidad	124
6. La culpabilidad	125
VII. ¿ES JUSTIFICABLE LA TORTURA EN SITUACIONES DE NECESIDAD EXTREMA?	125
CONSIDERACIONES FINALES.....	128
BIBLIOGRAFÍA	133
1. BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA	133
1.1. Bibliografía metodológica	136
2. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES	137
2.1. Instrumentos regionales	139
3. DECISIONES DE LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES	139
3.1. Tribunal penal internacional para Ruanda	139
3.2. Tribunal penal internacional para la ex –Yugoslavia	140
4. PÁGINAS WEB	140

PRÓLOGO

Prologar este libro es para mí un honor. Su autor es un verdadero estudioso del Derecho, cuya carrera de grado en Colombia y su posterior estancia y estudios de posgrado en Argentina, sumado a un esfuerzo e interés constante que lo caracterizan, lo han forjado en el estudio de la ciencia jurídica y, en particular, en el campo de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario, y del derecho penal internacional. Esta obra es, por tanto, el bienvenido fruto de todo ello, y el tema que trata es de una importancia y una actualidad supremas.

Lamentablemente la tortura nos ha atravesado a lo largo de la historia. Pasó de estar permitida, de ser una prerrogativa e incluso un método legal y regulado, a estar prohibida de manera absoluta tras un largo esfuerzo ideológico. Pero aquel absolutismo abolicionista y la correspondiente respuesta mundial fueron pronto desdibujados. Poco a poco la tortura volvió a entrometerse en las bases más profundas de ciertos sistemas jurídicos. Y así hoy se encuentra permitida, en situaciones de excepción y por medio de normativa especial, pero se encuentra permitida al fin.

La evolución de la humanidad en un sentido parece regresar en otro contrario. Y la tortura es claro ejemplo de ello.

Este libro explora el mundo de la tortura desde sus comienzos hasta la actualidad, con extremo rigor científico. Desde sus primeras regulaciones, su paso por diferentes ramas del derecho internacional, hasta llegar a quedar zanjada en el Estatuto de Roma y constituir, por tanto, un crimen de competencia de la Corte Penal Internacional.

Es esta una obra que colabora al saber jurídico, que aporta investigación consumada y profundo trabajo de análisis y metodología aplicada, lo cual, estimo, resultará de suma utilidad tanto para los estudiosos como para los operadores del Derecho.

Y contribuirá también, añoro, a sellar la firme convicción en la humanidad sobre la inadmisibilidad de la tortura en toda situación, sobre su característica de aberrante tanto desde lo humano como

desde lo jurídico, sobre la imperiosa necesidad no sólo de prohibir sino también de penar su práctica, como constitutiva de uno de los crímenes internacionales más graves que ha existido.

Prof. Dra. NATALIA BARBERO
Buenos Aires, primavera 2012

*Quien ha sido torturado lo sigue estando.
Quien ha sufrido el tormento no podrá ya
encontrar un lugar en el mundo,
la maldición de la impotencia no se extingue jamás.
La fe en la humanidad, tambaleante ya
con la primera bofetada
demolida por la tortura luego,
no se recupera jamás.
Jean Améry, filósofo austriaco
torturado y deportado a Auschwitz*

Los hundidos y los salvados, Primo Levi, 1989.

PRESENTACIÓN

Es importante tener en cuenta que de una u otra manera la acción de infligir castigos severos en pro de buscar confesión o alguna prueba para poder incriminar, ha estado presente desde tiempos remotos, lo cual presenta dificultad a la hora de establecer su origen¹, quizá sea tan antigua como lo es en el hombre el sentimiento de poder y dominio², es por esto que buscamos como referente algunas de las primeras civilizaciones³, para que junto a sus legislaciones podamos establecer algún punto de referencia en este análisis investigativo.

Por lo tanto, podemos inferir que la tortura era un medio de prueba en el antiguo enjuiciamiento criminal⁴, asimismo obtuvo su organización en la doctrina de los antiguos juriconsultos y en las disposiciones de las antiguas leyes⁵.

Ahora bien, fue en la Edad Moderna cuando la tortura alcanzó mayor crueldad y frecuencia, lo que provocó el alzamiento, cada vez más insistente de voces que clamaron contra ella creando una conciencia universal que presionó hasta sacarla de los textos legales cerca del Siglo

¹ REINALDI, Víctor Félix, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, Ed Lerner S.R.L, Córdoba – Argentina, 2007, p. 22; DE LA CUESTA, Arzamendi José L, *El Delito de Tortura*, Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1990, Prólogo p. XI; MELLOR, Alec, *La Tortura*, Ed. Sophos, Buenos Aires, 1960, p. 22; THOT, Ladislao, *Historia de las Antiguas Instituciones de Derecho Penal - Arqueología Criminal-*, Ed. Taller de Impresiones Oficiales de la Provincia de Buenos Aires - Universidad Nacional de la Plata, La Plata-Argentina, 1940, p. 284; BLANC, Antonio Altemir, *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*, Ed. Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1990, p. 284.

² REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 23.

³ Estos sistemas judiciales los ubicamos según su representación en la historia. Para este análisis nos basamos en los griegos, romanos y bárbaros –germanos–. Más sobre lo anterior en: MAHIQUES, Carlos A, *La Noción de la Tortura y de Penas, y Tratamientos Crueles, Inhumanos o Degradantes en el Derecho Penal Internacional, un Nuevo Ius Commune*, Ed. Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2003, p. 155; REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 25.

⁴ BARBERO, Natalia, *Análisis dogmático -jurídico de la tortura. La tortura en Derecho Internacional. La tortura como delito y como crimen contra la humanidad en Derecho argentino y español*, Ed. Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2011, p. 15.

⁵ THOT, ob. cit., p. 283.

XVIII, de esta manera se dio el paso a la abolición⁶ en las constituciones del Siglo XIX⁷.

En cuanto al desarrollo histórico de la prohibición de la tortura, vemos que en el plano internacional el primer instrumento en el que se hace referencia, aunque no de manera explícita, fue en el II Convenio de La Haya relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (1899) y en la IV Convención de La Haya relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (1907), conocida luego como Cláusula Martens⁸. Además de esto, sus regulaciones anexas prohibieron el uso de la tortura sobre prisioneros de guerra y poblaciones civiles en territorios ocupados.

Después de estos hechos que han acompañado al hombre durante tanto tiempo, este flagelo ha sido objeto de análisis y reiterados pronunciamientos de organismos universales y regionales, por esta razón la Organización de las Naciones Unidas, como la Organización de Estados Americanos y hasta la misma Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa han repudiado en repetidas ocasiones este accionar⁹.

El derecho a estar libre de tortura está firmemente establecido en el marco del derecho internacional. Ante este postulado encontramos que la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes prohíben expresamente la tortura. Del mismo modo, varios instrumentos regionales en su articulado fijan el derecho a no ser sometido a tortura, así encontramos que en la Convención Americana de Derechos Humanos, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales contienen prohibiciones expresas frente a la tortura¹⁰.

⁶ Conf. MELLOR, ob. cit., p. 117; REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 65.

⁷ Del mismo modo THOT, ob. cit., p. 320; REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 46.

⁸ CAPELLÀ I ROIG, Margalida, *La Tipificación Internacional de los Crímenes contra la Humanidad*, Ed. Tirant monografías 359, Universitat de les Illes Balears, Valencia, 2005, p. 41; PARENTI, Pablo F., FLIPPINI, Leonardo G., FOLGUEIRO, Hernán L., *Los Crímenes contra la Humanidad y el Genocidio en el Derecho Internacional*, "Crímenes contra la Humanidad. Origen y Evolución de la figura, y análisis de sus elementos centrales en el Estatuto de Roma", Ed. Ad-Hoc, 1 Edición, Argentina, 2007, p. 12; BLANC, ob. cit., p. 21.

⁹ Ver DE LA CUESTA, ob. cit., p. 1; REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 77; BLANC, ob. cit., p. 284; BARBERO, ob. cit., p. 16.

¹⁰ Uno de los grandes logros de la Organización de las Naciones Unidas, ha sido la creación de un conjunto amplio de instrumentos de derechos humanos. Por primera

El derecho internacional humanitario¹¹, como un derecho de excepción, constituye el marco normativo del derecho internacional con tendencia a atenuar el daño ocasionado por un conflicto armado, estableciendo categorías de personas y bienes protegidos, así como límites a los medios y métodos de guerra.

Es por esta razón que en los cuatro Convenios de Ginebra¹², al igual que en los dos Protocolos Adicionales¹³ está prohibida la acción de infligir castigos en busca de confesión o prueba para poder inculpar. Aunado a lo anterior el ilícito internacional de tortura tiene asiento en los crímenes de guerra, y es catalogado como infracción grave en los cuatro Convenios de Ginebra¹⁴.

Es por esto que en el derecho internacional humanitario están prohibidos en cualquier tiempo y lugar: el homicidio, la tortura, los castigos corporales, las mutilaciones, los atentados contra la dignidad personal, la toma de rehenes, los castigos colectivos, las ejecuciones efectuadas sin juicio previo. Estas son disposiciones señaladas en el

vez en la historia, la humanidad cuenta con un código universal de derechos humanos protegidos internacionalmente, el cual pueden suscribir todas las naciones y todos los pueblos. La Organización de las Naciones Unidas, no sólo ha definido cuidadosamente una amplia gama de derechos reconocidos internacionalmente, como derechos económicos, sociales, culturales, políticos y civiles, sino que también ha establecido mecanismos para promoverlos, protegerlos y así ayudar a los gobiernos a asumir sus obligaciones. Para más información acerca del tema ver, ONU, “*ABC de las Naciones Unidas*” ISBN 92-1-300200-9, ONU, Washington, 2006.

¹¹ El derecho internacional humanitario está formado por normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, especialmente destinadas a solucionar los problemas de índole humanitaria que se derivan directamente de los conflictos armados de carácter internacional o de carácter no internacional. Por esta razón el derecho internacional humanitario forma parte importante del derecho internacional público.

¹² Las personas protegidas en los conflictos armados son; los heridos y los enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña –Primer Convenio de Ginebra–; los heridos, los enfermos y los náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar -Segundo Convenio de Ginebra-; los prisioneros de guerra –Tercer Convenio de Ginebra–; y las personas civiles en tiempo de guerra –Cuarto Convenio de Ginebra–.

¹³ Protocolo Adicional I, relativo a los conflictos armados internacionales y Protocolo Adicional II, relativo a los conflictos armados de carácter no internacional.

¹⁴ Las infracciones graves son las siguientes: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción y la apropiación de bienes, no justificada por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente. Ver Primer Convenio de Ginebra, artículo 50; Segundo Convenio, artículo 51; Tercer Convenio de Ginebra, artículo 130; Cuarto Convenio de Ginebra, artículos 147; Protocolo I, artículo 85 y 11.

artículo 3 de los Convenios I al IV, de igual manera en el artículo 12 de los Convenios I y II; como en el artículo 13 del Convenio III; y por ultimo en los artículos 32 y 34 del Convenio IV; asimismo en el Protocolo I artículo 75; y en el Protocolo II, artículos 4 y 6.

Teniendo en cuenta estos antecedentes, observamos que los Estados demuestran cada vez más el compromiso adquirido por la comunidad internacional. Esta responsabilidad de velar porque no se vuelvan a repetir las atrocidades y sufrimientos causados a las víctimas que han dejado las guerras, se une a la decisión de poner fin a la impunidad de los autores de crímenes que atentan contra la humanidad. Asimismo este accionar contribuye a la prevención de nuevos crímenes.

En tanto a la prevención y punición de los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra¹⁵, se orienta el derecho penal internacional y el derecho internacional humanitario en la actualidad.

Es importante destacar a los Tribunales Ad-Hoc encargados de investigar hechos constitutivos de esos crímenes con la competencia para juzgar a los presuntos responsables, bien imponiendo a los Estados la obligación de proceder por vía legislativa a la tipificación de esas conductas como delitos en el derecho penal interno y la de juzgar a las personas acusadas de su comisión a través de sus propios tribunales o, alternativamente, entregarlas para su enjuiciamiento por parte de autoridades de otro Estado¹⁶. En definitiva se busca evitar que se produzcan vacíos en la actuación de la ley y la aparición de espacios de impunidad.

Es por esto que el artículo 5 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional¹⁷ –en pro de la protección universal de los derechos humanos– se limita a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, de esta manera la Corte tendrá competencia respecto de los Crímenes de lesa humanidad¹⁸.

¹⁵ Conf. Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949, las infracciones graves de estos Convenios y del propio Protocolo se consideran crímenes de guerra (Art. 85, apartado 5) y Protocolo Adicional II de 1977, (Art. 4, apartado 2, inciso a).

¹⁶ Ver. Protocolo adicional I de 1979, a los IV Convenios de Ginebra de 1949. Art. 88 y s.s.

¹⁷ Aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. UN-Doc. A/C. 183/9.

¹⁸ Observemos la parte II que habla de la competencia, la admisibilidad y el derecho aplicable, así es como el artículo 5, aclara sobre los crímenes de la competencia de la corte a saber: “1. La competencia de la corte se limitará a los crímenes más graves

En el Estatuto de Roma se especifican varias infracciones como crímenes de lesa humanidad, pero en su artículo 7, inciso 1, parágrafo f), tipifica el delito de tortura, y aclara que a los efectos del párrafo 1, 2 e), se entiende por “tortura”, “causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas”.

Por todo esto, no olvidemos que la abolición de la tortura es un proceso que no debe claudicar, es esa lucha de la cual el hombre no puede desistir, la cual debe estar encaminada a la elaboración y perfeccionamiento de normas, tanto en el plano nacional como internacional, normas que la repriman y la desalienten. De esta manera se busca crear conciencia de la necesidad de obtener una mayor humanización del hombre¹⁹.

de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La corte tendrá competencia, de conformidad con el presente estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) el crimen de genocidio; b) los crímenes de lesa humanidad; c) los crímenes de guerra; d) el crimen de agresión. 2. La corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la carta de las naciones unidas”.

¹⁹ THOT, ob. cit., p. 313.

CAPÍTULO I

LA TORTURA A TRAVÉS DEL TIEMPO

SUMARIO: I. Relevamiento histórico. 1. En la antigüedad - La legislación griega frente a la tortura. 2. Manifestaciones de tortura en la legislación romana. 3. La invasión de los bárbaros al antiguo territorio del imperio romano de occidente. 3.1. La tortura en las sociedades germánicas. II. La tortura durante los Siglos XII a XVIII en Europa. III. En búsqueda de la abolición de la tortura. IV. Métodos y técnicas de tortura practicadas a través del tiempo.

I. RELEVAMIENTO HISTÓRICO

Todos los pueblos de la antigüedad han conocido la tortura¹ con la sola excepción de los judíos², sus leyes prohibían terminantemente el empleo de toda clase de tormentos³.

La historia de la tortura en Europa puede ser rastreada desde los griegos, a través de los romanos y toda la Edad Media, hasta las reformas jurídicas del Siglo XVIII y la abolición de la tortura en el procedimiento penal prácticamente en toda Europa occidental en el primer cuarto del Siglo XVII⁴.

Una vez eliminada del derecho penal ordinario, la tortura fue restablecida en muchas partes de Europa y en sus imperios coloniales⁵ desde fines del Siglo XIX, y su avance se vio muy acelerado en el Siglo XX⁶.

¹ BARBERO, ob. cit., p. 17.

² MELLOR, ob. cit., p. 19.

³ THOT, ob. cit., p. 260.

⁴ REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 21-22; DE LA CUESTA, ob. cit., p. Prólogo XI; MELLOR, ob. cit., p. 22; THOT, ob. cit., p. 260; BARBERO, ob. cit., p. 16.

⁵ Observemos los casos de América y África con las colonias españolas, francesas e inglesas, en estos continentes la tortura estuvo presente como demostración del Poder Soberano.

⁶ REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 19; MELLOR, ob. cit., p. 119.

Es importante señalar que el estudio de los acontecimientos históricos, en ocasiones, puede resultar sumamente útil para comprender manifestaciones del presente y, a nuestro juicio, es relevante y fundamental hacer este primer análisis en vista que de ahí lograremos realizar una evaluación de los diversos elementos, instituciones, prácticas y operadores, esto a manera de entender ciertos comportamientos y hechos importantes presentados alrededor de la tortura y del sistema de administración de justicia⁷.

Resulta significativo el señalamiento de REINALDI al aclarar que la tortura: “(...) respondió, desde siempre, a un afán de dominación de un semejante. De ejercer poder sobre él con absoluto desprecio hacia el mismo”⁸.

1. EN LA ANTIGÜEDAD - LA LEGISLACIÓN GRIEGA FRENTE A LA TORTURA

Entre los antiguos griegos, encontramos, por primera vez en la historia occidental, la transición de un sistema legal arcaico y comunal⁹, a otro mucho más complejo, en donde el problema de la prueba y la distinción entre hombre libre y esclavo son particularmente relevantes¹⁰.

La tortura judicial tiene un lugar importante en el procedimiento criminal ático¹¹, y también en el procedimiento civil. Es así como el primer pueblo de la antigüedad que utilizó métodos y medios para torturar, fue el griego¹². En efecto, los griegos sistematizaron la institución de la tortura en el enjuiciamiento criminal.

⁷ Por lo anterior MELLOR, ob. cit., p. 22; THOT, ob. cit., p. 283.

⁸ REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 23.

⁹ En esta etapa se destacaron la evolución de la polis, o ciudad-estado, como institución central de la vida griega, y la colonización griega de los mares Mediterráneo y Negro.

¹⁰ REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 25; BARBERO, ob. cit., p. 22.

¹¹ Ática (en griego: Αττική, Attikí) es una región y una prefectura de Grecia formada por cuatro nomos (prefectura): Atenas (que contiene Atenas, la capital del país), Pireo, Ática Oriental y Ática Occidental. Localizada al sur de Grecia. Además de la capital, están adscritas a ella las ciudades de Pireo, Eleusis, Megara, Laurión, y Maratón, así como las islas de Salamina, Egina, Poros, Hidra, Spetses, Citera y Anticitera. Alrededor de 3.700.000 personas viven en el nomos, de las cuales el 95% están en el área metropolitana ateniense.

¹² THOT, ob. cit., p. 260.

Que los esclavos podían ser torturados también surge claramente de las pruebas proporcionadas por un papiro del Egipto griego, en el que se declara que si los jueces no pueden formarse una opinión después de disponer de todos los elementos de juicio, pueden aplicar la tortura corporal a esclavos después de que su testimonio ha sido dado en presencia de las dos partes del caso¹³.

La tortura se aplicaba solo a los esclavos, porque se consideraba que el dolor sustituía en éstos el juramento que prestaban sus señores para dar credibilidad a sus declaraciones. Consecuentemente, no estaba permitido torturar a los hombres libres, salvo que fuesen extranjeros o metecos¹⁴.

Los oradores repetían hasta la saciedad que, torturados los esclavos decían siempre la verdad y de hecho el testimonio de un esclavo bajo juramento en las condiciones ordinarias de procedimiento hubiera carecido de sentido¹⁵.

En los primitivos conflictos legales se hacía poco uso de las pruebas y el delito no era visto como nada diferente del agravio personal, el resultado final de estos conflictos dependía de la posición social de los litigantes y de la opinión de los miembros más importantes de la comunidad¹⁶.

Los litigantes tenían derecho a torturar con sus propias manos, pero podían recurrir también a los oficios de los *once*, quienes proveían a la ciudad del personal necesario para la ejecución de las condenas criminales, y los cuales por una extraña inconsecuencia inspiraban el desagrado público a tal punto que era preciso asegurar su reclutamiento mediante la mano de obra servil¹⁷.

El debate que precedía a la sentencia era oral y público al igual que la tortura que también se realizaba en lugares de acceso no restringido. Si bien no se justifican estos hechos, es claro que los griegos no alcanzaron

¹³ PETERS, Edward, *La tortura*, Ed. Alianza, Madrid, 1987, p. 31.

¹⁴ El término meteco significaba simplemente un extranjero, un no-griego, viviendo en una de las ciudades-estado griegas. La palabra no tenía el significado peyorativo que tiene hoy día.

¹⁵ MELLOR, ob. cit., p. 26.

¹⁶ REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 26.

¹⁷ MELLOR, ob. cit., p. 23; REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 26; GLOTZ, “*la Cité Grecque*”. Encuéntrese en esta repulsión, el horror descrito en las sociedades del pasado por el verdugo, tenido por “intocable”. Es posible hallar la explicación en la *doctrina de la mancuerna*, aplicada a la sangre derramada de cualquier manera.

la crueldad que tuvieron otros pueblos al hacer uso de este mecanismo de condena.

El honor del ciudadano daba gran importancia a su palabra jurada. Puede decirse que la misma doctrina de la prueba fue definida por la importancia del testimonio de un ciudadano. Por lo tanto, quien no poseía tal estatus de ciudadano no podía proporcionar las pruebas necesarias para su absolución¹⁸.

2. MANIFESTACIONES DE TORTURA EN LA LEGISLACIÓN ROMANA

La legislación romana ya presentaba cierta influencia griega, por lo tanto adoptó comportamientos muy similares, así solo los esclavos podían ser torturados si eran acusados de cometer algún delito¹⁹. Como en Grecia, los propietarios romanos de esclavos tenían el derecho absoluto de castigar y torturar a sus esclavos –en ocasiones a extranjeros– cuando presumían que eran culpables de delitos contra la propiedad.

Al observar que la prueba testimonial extrae su propia fuerza de lo que el testigo haya visto u oído acerca de los hechos y de lo que su memoria le permita relatar, poco importa, sobre este punto, la condición de libre o esclavo del mismo. THOT al respecto señala que se “recurrió al método de arrancarle al culpable la confesión en circunstancias que no podían constituir sino una base sumamente problemática y elástica para establecer la verdadera culpabilidad del reo”²⁰.

Por lo anterior, es preciso que el testigo sea veraz para ser creído; segunda condición ésta que implica en el sujeto un cierto nivel moral y religioso, y el consiguiente respeto por la santidad del juramento; condiciones todas inconcebibles en un alma servil. En vista de todo esto, ante la imposibilidad de sacar de él la verdad apelando a su sentido moral y cívico, se creía perfectamente normal obtenerla a la fuerza. Con más razón, el empleo de esta última será legítimo si el esclavo no es un testigo, sino un acusado²¹.

Los romanos usaban una serie de términos para lo que hoy entendemos como tortura. El proceso de investigación en el procedimiento penal era llamado *quaestio*, que a su vez aludía al tribunal mismo. Originalmente

¹⁸ REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 26.

¹⁹ BARBERO, ob. cit., p. 19; REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 26; THOT, ob. cit., p. 261.

²⁰ THOT, ob. cit., p. 284.

²¹ Ver MELLOR, ob. cit., p. 32.

el *Tormentum* se refería a una forma de castigo, que incluía la tortura y/o pena de muerte infamante a la cual, en la época de la República solo los esclavos estaban sujetos, aunque posteriormente los hombres libres también estuvieron expuestos a ella por ciertos crímenes²².

Cuando el *tormentum* se aplicaba en un interrogatorio, el término técnico era *quaestio per tormenta o quaestio tormentorum*, esto es en una investigación por medios que en su origen habían sido estrictamente una forma de castigo, y para esclavos solamente²³.

Esta práctica romana sobre la tortura por supuesto que se dejó ver en civilizaciones posteriores; las circunstancias en que la tortura es permitida y ordenada, era incluso para los hombres libres de la clase inferior la cual tenía lugar en el caso de un delito de orden capital. Es importante aquí señalar que solo los hombres libres pueden acusar a hombres libres, y ningún hombre libre puede acusar a alguien de un rango superior al suyo²⁴.

Uno de los juicios mejor conocidos en la historia de la jurisprudencia romana, aunque no por razones jurídicas, es el del Apóstol San Pablo ante los tribunales romanos de Jerusalén y Cesarea, relatado en Hechos 22-29²⁵.

Pablo, acusado de varios delitos, fue llevado ante un centurión que propuso interrogarlo mediante la tortura a fin de obtener la verdad sobre las acusaciones contra él. Cuando fue atado como preparación para ser azotado, Pablo preguntó al centurión: ¿Puedes legalmente azotar a un hombre que es ciudadano romano y, además no ha sido hallado culpable? Después de verificar la afirmación del Apóstol con su superior, el centurión no solo lo liberó, sino que se lamentó, porque Pablo era ciudadano romano y él lo había encadenado.

Aunque el resto del juicio ejemplifica otros puntos del procedimiento romano, la afirmación de Pablo de que la ciudadanía lo eximía de los procedimientos de investigación penal rutinarios es un sorprendente ejemplo del carácter sacrosanto de la ciudadanía romana en un centro administrativo provincial muy notorio²⁶.

²² THOT, ob. cit., p. 262.

²³ PETERS, ob. cit., p. 47.

²⁴ Ver REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 27.

²⁵ Nuevo Testamento Hechos de los Apóstoles. Pablo ante el comandante. Biblia Católica.

²⁶ También en PETERS, ob. cit., p. 47.

Ahora bien, las distinciones entre hombres libres y esclavos, y, en el seno de los hombres libres, entre patricios y plebeyos, se acabaron con las guerras sociales y la caída de la República.

Es por esto que las nuevas distinciones que aparecieron en la ley del Siglo III d.C. hablan de dos tipos de ciudadanos: *honestiores y humiliores*. Los primeros eran privilegiados y constituían la clase gobernante efectiva del Imperio, los segundos eran el resto del pueblo, los que se dedicaban a ocupaciones humildes, los pobres y desarraigados. Pues bien, la división de la sociedad romana en dos clases hizo a la segunda de ellas vulnerable a los métodos de interrogación y castigo reservados solo para los esclavos. Incluso los honestiores pudieron ser torturados en casos de traición y otros crímenes específicos, frecuentemente existentes tan solo en la mente del emperador²⁷.

Los pensadores de esos tiempos no objetaron la crueldad sino la eficacia de la tortura y, alguno, la desvirtuación de su finalidad. Es que jurídicamente el esclavo no era una persona que pudiera merecer respeto de tal. La gravedad que posteriormente el poder absoluto asignó al Crimen Majestatis²⁸, explica que desapareciera todo reparo en aplicarla a los ciudadanos, que bien poca cosa era ante la divinidad atribuida a los gobernantes²⁹.

Las constituciones de los emperadores establecieron que la forma de aplicar la tortura quedaba librada al prudente arbitrio de los jueces –Ulpiano, Digesto 1, 48, 18, 7–³⁰.

²⁷ Ver PETERS, ob. cit., p. 45 y 52; REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 29.

²⁸ El lenguaje jurídico romano designa bajo la expresión de *Crimen majestatis imminutae*, y más simplemente *crimen majestatis*, al crimen de Estado o crimen político. Conf. MELLOR, ob. cit., p. 41; REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 27; THOT, ob. cit., p. 297.

²⁹ REINALDI, Víctor Félix, *El delito de Tortura*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 7; REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 27; MELLOR, ob. cit., p. 33.

³⁰ El digesto, también conocida como Pandectas, es una obra jurídica publicada en el año 533 d. C. por el Emperador Bizantino Justiniano. Después de haber publicado el Codex o Código, que luego formaría parte de la compilación de constituciones y jurisprudencia del derecho romano desde el emperador Adriano hasta su época, conocida como Corpus Iuris Civilis; Justiniano decidió reunir en una sola obra las sentencias de los jurisconsultos clásicos, es decir que el Digesto es una recopilación de la jurisprudencia romana clásica. De las obras de Ulpiano proviene un tercio del Digesto mientras que de Paulo una sexta parte, seguido de otro número de jurisconsultos clásicos romanos. Conf. MELLOR, ob. cit., p. 35.

En consecuencia los menores de catorce años no podían ser sometidos a la tortura con el fin de obtener pruebas contra otra persona. Y añade el rescripto del emperador Antonio Pío que a las declaraciones de esos menores no hay que concederles crédito, porque “la edad que parece protegerlos contra la dureza de la tortura, los hace más sospechosos de mentir con facilidad”, Calistrato, Digesto.1, 48, 15, 1³¹.

3. LA INVASIÓN DE LOS BÁRBAROS AL ANTIGUO TERRITORIO DEL IMPERIO ROMANO DE OCCIDENTE

3.1 LA TORTURA EN LAS SOCIEDADES GERMÁNICAS

Los pueblos germánicos no poseían un código legislativo, por lo que se regían bajo el derecho consuetudinario. Era un derecho mucho más primitivo que el derecho romano, típico de poblaciones seminómadas, con una idea de la propiedad mucho más restringida, motivo por el cual fue cediendo terreno a este último a medida que los germanos invasores se fueron estableciendo en los territorios europeos y adoptando el sistema de vida romano.

Con los juicios de Dios u ordalías³² se pretendía determinar la culpabilidad o no de una persona. Incluso podía tratarse de un tercero ajeno al proceso el que se sometiese a la prueba de ordalía y representación³³. Constantemente se aplicaban esta clase de juicios en lo que sería un derecho penal germánico.

Las sociedades germánicas de la primera Europa medieval³⁴, no desarrollaron ni adaptaron rápidamente sus prácticas y normatividades

³¹ REINALDI, *El delito de Tortura*, ob. cit., p. 10; REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 28; Conf. THOT, ob. cit., p. 263.

³² La Ordalía o Juicio de Dios era una institución jurídica que se practicó hasta finales de la Edad Media en Europa. Su origen se remonta a costumbres paganas comunes entre los bárbaros, y mediante ella se dictaminaba, atendiendo a supuestos mandatos divinos, la inocencia o culpabilidad de una persona acusada de pecar o de quebrantar las normas. Consistía en pruebas que mayoritariamente estaban relacionadas con el fuego, tales como sujetar hierros candentes o introducir las manos en una hoguera. En ocasiones también se obligaba a los acusados a permanecer largo tiempo bajo el agua. Si alguien sobrevivía o no resultaba demasiado dañado, se entendía que Dios lo consideraba inocente y no debía recibir castigo alguno. Ver REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 32.

³³ Un completo análisis de los Juicios de Dios realiza THOT, en el capítulo V, de la obra citada. p. 145.

³⁴ Los reinos germánicos o monarquías germánicas fueron los Estados que se establecieron a partir del Siglo V en el antiguo territorio del Imperio Romano de

similares a las del derecho romano³⁵. Pero si se denota cierta influencia del imperio, respecto a los que no eran hombres libres o a los que eran solo libres deshonrados, la ley germánica permitía la tortura y los castigos de un género que rebajaba el honor personal³⁶.

Es por esto que los esclavos acusados de crímenes, las mujeres de hombres de rango asesinados por ellas y los hombres libres públicamente declarados traidores, desertores o cobardes, podían ser tratados de esta forma³⁷.

Los pueblos germanos al parecer se consideraban equivalentes de los *honestiores* romanos o clase gobernante efectiva y exceptuando acciones puntuales no sancionadas por sus reyes, parece que mantuvieron los hombres libres exentos de la tortura durante la mayor parte de su historia jurídica primitiva³⁸.

Con la invasión de los bárbaros³⁹, se generalizó su costumbre, propia de muchas sociedades primitivas de determinar la culpabilidad o inocencia del acusado mediante el juramento o los llamados Juicios de Dios u ordalías⁴⁰.

En cuanto a la normatividad germana encontramos el *Liber Ludiciorum* o *Lex Visigothorum*, el cual fue un cuerpo de leyes visigodo, de carácter territorial, dispuesto por el rey Recesvinto publicado probablemente en el año 654. También es conocido como Código de Recesvinto, Libro de los Juicios, *Liber Ludicum*, *Liber Gothorum*, *Fori Ludicum*, *Forum Ludicum* y *Forum Ludiciorum*. Sus normas se extendieron a la población goda y romana, cuyas leyes anteriores quedaban derogadas

Occidente, son los pueblos germánicos procedentes de la Europa del Norte y del Este. Sus instituciones políticas peculiares, en concreto la asamblea de guerreros libres y la figura del Rey, recibieron la influencia de las tradiciones institucionales del Imperio y la civilización grecorromana, y se fueron adaptando a las circunstancias de su asentamiento en los nuevos territorios, sobre todo a la alternativa entre imponerse como minoría dirigente sobre una mayoría de población local o fusionarse con ella.

³⁵ REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 31.

³⁶ PETERS, ob. cit., p. 59; MELLOR, ob. cit., p. 65; BARBERO, ob. cit., p. 23.

³⁷ REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 32.

³⁸ MELLOR, ob. cit., p. 64.

³⁹ Conf. Historia de Grecia. Entre el año 406 y el 411 los pueblos germánicos “bárbaros” –extranjeros en latín– que más inclusión tuvieron fueron los Suevos, los Vándalos y los Alanos, los cuales se introdujeron en la Hispania romana ante la presión de los Hunos.

⁴⁰ REINALDI, *El delito de Tortura*, ob. cit., p. 10; MELLOR, ob. cit., p. 65; REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 32.

–el Breviario de Alarico para los romanos y el Código de Leovigildo para los visigodos–.

Este Código se dividía en un título preliminar y doce libros, subdivididos en cincuenta y cuatro títulos y quinientas setenta y ocho leyes. Contenía trescientas veinticuatro leyes del anterior código godo –que en el texto se califican de *antiquae*– noventa y nueve leyes elaboradas por Chindasvinto y ochenta y siete leyes propias de Recesvinto⁴¹.

En lo que respecta a la normatividad penal germana⁴² encontramos los siguientes libros:

- Libro 6: Derecho penal: crímenes y torturas.
- Libro 7: Derecho penal: robo y fraude.
- Libro 8: Derecho penal: actos de violencia y lesiones.

De aquí extraemos que si un juez era sospechoso, debía juzgar acompañado del obispo, y el litigante podría apelar ante el rey en caso de estimar injusta la sentencia. Se regulaban las denuncias y acusaciones de delitos graves susceptibles de pena de muerte o confiscación de bienes, para las que el cargo de la prueba era para el denunciante; si la acusación resultaba no probada o se demostraba falsa el acusador era sometido a la Ley del Talión, o era convertido en esclavo del que había sido acusado sin pruebas o falsamente.

En los casos criminales surgen los llamados juicios de Dios, pero limitados al tormento y al juramento⁴³. Las penas más frecuentes eran las pecuniarias y las de azotes. Las penas por hurto, falsedad y otras son establecidas detalladamente.

El adulterio⁴⁴, era castigado con la esclavitud del adúltero respecto al cónyuge inocente, pero en caso de ser adúltera la mujer, el marido podía darle muerte, pudiendo matar también al amante si los sorprendía “*in fraganti*”⁴⁵. Los delitos de lesiones o daños personales eran castigados con el Talión, pero sólo en casos de lesiones premeditadas⁴⁶.

⁴¹ THOT, ob. cit., p. 265.

⁴² Para el análisis de la normatividad germana Lex Visigothorum, el cual fue un cuerpo de leyes visigodo, de carácter territorial, dispuesto por el rey Recesvinto. Ver la obra citada anteriormente THOT, *Historia de las Antiguas Instituciones de Derecho Penal –Arqueología Criminal–*.

⁴³ REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 32.

⁴⁴ THOT, ob. cit., p. 297.

⁴⁵ Conf. REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 32.

⁴⁶ PETERS, ob. cit., p. 61; THOT, ob. cit., p. 267.

Cuando un demandante presentara una acusación contra un miembro de la nobleza palatina que no pudiera ser probada debía entregar al rey o al juez una declaración escrita ratificada por la firma de tres testigos –*inscriptio*– y entonces se sometía al acusado a tortura, si no confesaba el acusador era entregado al acusado como esclavo, pero el nuevo amo no podía matarlo. En todo caso las confesiones del acusado debían ser coincidentes con las que figuraban en la *inscriptio* –que el acusado no conocía– pues si no eran coincidentes equivalía a la no existencia de confesión y regía la misma pena⁴⁷.

Para los robos menores se establecía que debía devolverse nueve veces el valor de lo robado a la víctima, salvo si el ladrón era esclavo, en cuyo caso el dueño pagaría seis veces el valor de lo robado. Esclavo o libre, el ladrón era castigado además con cien latigazos. Si el dueño del esclavo no quería pagar el esclavo pasaba a ser propiedad del perjudicado y si el hombre libre no quería pagar, se convertía en esclavo de la víctima del robo –que debía ser el caso más habitual–. Si no había pruebas del robo, bastaba con que el acusado jurara que era inocente. La tortura se desarrollaba durante tres días como máximo, en presencia del juez y de otros hombres invitados de éste.

El juez que a sabiendas o por soborno provocara la muerte de un torturado sería entregado a los parientes del muerto para ser torturado por éstos, pero podía librarse si prestaba juramento de que era inocente y los invitados testificaban su actuación correcta; en todo caso estaría obligado a pagar a los herederos del torturado fallecido una compensación de trescientos sueldos. Si la causa de la muerte fuera el soborno del demandante, éste sería ejecutado⁴⁸.

El hombre que mataba a un esclavo propio o de otro, en represalia por alguna injuria u ofensa y podía probar la causa del crimen mediante testigos o mediante juramento, quedaba libre. Un esclavo que –bajo tortura– confesara haber matado a un hombre por orden de su amo, recibiría cien latigazos y la decalvación, y su dueño quedaría sujeto a las penas de homicidio⁴⁹.

Pero aun cuando se observan las características peculiares visigóticas es claro que la ley del *Código Visigótico* tomó como modelo la ley imperial romana tardía, si bien mitiga las sanciones más severas de

⁴⁷ REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 34.

⁴⁸ THOT, ob. cit., p. 268; REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 33.

⁴⁹ REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 33.

esta solamente los visigodos introdujeron este grado de tortura en sus leyes, la cual permaneció durante la historia medieval temprana de la Península Ibérica, y fue revivida en el período de la reconquista después del Siglo XI⁵⁰.

Aunque otros pocos códigos germánicos conservan ecos de la ley romana sobre la tortura, el hecho del proceso acusatorio y las reglas no desarrolladas sobre los testimonios operaron contra la supervivencia práctica de la tortura hasta que el proceso de introducir el derecho romano en la cultura jurídica de la Europa del norte comenzó durante el Siglo XII⁵¹.

II. LA TORTURA DURANTE LOS SIGLOS XII A XVIII EN EUROPA

En el Siglo XII se produjo una revolución en el derecho y la cultura jurídica y modeló la jurisprudencia penal –y muchas otras– en Europa hasta fines del Siglo XVIII. El hecho constituyó en los Siglos XI y XII un acontecimiento de incalculable valor: el renacimiento de los estudios de derecho romano docto en la Italia del Norte con la Escuela de Bolonia. Derivó de una transformación del derecho que había existido entre el Siglo VI y el XII y de una creciente conciencia de la necesidad de crear leyes universalmente obligatorias y aplicables a toda la Europa cristiana, y de la posibilidad de hacerlo⁵².

Desde la segunda mitad del Siglo XIII hasta fines del Siglo XVIII, la tortura formó parte del procedimiento penal ordinario de la iglesia latina y de la mayor parte de los Estados de Europa⁵³. Asimismo desde su irregular aparición en el Siglo XII y su evidente papel inicial como procedimiento policial, entró en los procedimientos legales regulares del derecho continental, adquirió su propia jurisprudencia y se convirtió en una especialidad erudita entre los juristas⁵⁴.

En todos los sistemas legales hay siempre un grado mayor o menor de divergencia entre esos dos ámbitos; en el caso de la práctica y la teoría

⁵⁰ Ver MELLOR, ob. cit., p. 65.

⁵¹ PETERS, ob. cit., p. 62; ver REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 33.

⁵² REINALDI, *El delito de Tortura*, ob. cit., p.18; MELLOR, ob. cit., p. 67; THOT, ob. cit., p. 288; PETERS, ob. cit., p. 63;

⁵³ THOT, ob. cit., p. 289; MELLOR, ob. cit., p. 68; REINALDI, *El derecho absoluto a no ser torturado*, ob. cit., p. 36; BARBERO, ob. cit., p. 23.

⁵⁴ REINALDI, *El derecho absoluto a no ser torturado*, ob. cit., p. 35.

de la tortura, la divergencia es más que un poco desconcertante. Por un lado, algunos eruditos que estudian principalmente la teoría la ven tan diferente de la práctica registrada que la considera como poco más que una hipocresía judicial; otros sitúan la teoría en un plano elevado al que nunca llegan los tribunales reales⁵⁵. En el caso de la práctica, los historiadores sociales ven poco más que una brutalidad y un sadismo sin freno, mientras que los historiadores del derecho usan un patrón de medida y de juicio que a menudo tiene poca o ninguna relación con las más amplias cuestiones sociales involucradas⁵⁶.

Ahora es conveniente advertir que pasaba con el procedimiento criminal, el cual conocía dos tipos de procedimiento: el acusatorio y el inquisitorio.

El procedimiento inquisitorio saca su nombre de *inquirere*—encuesta, investigación—. Contrariamente al procedimiento acusatorio es escrito y secreto y el juez desempeña el papel principal, en atención a que es él quien realiza la prueba judicial. El antiguo derecho romano había conocido un sistema acusatorio que se sustituiría bajo el imperio por un sistema inquisitorio⁵⁷.

El derecho medieval reproduciría la misma evolución y tomará su modelo del sistema inquisitorio romano⁵⁸. Una de las consecuencias más sustanciales de esta revolución fue que el procedimiento inquisitorial reemplazó al procedimiento acusatorio⁵⁹.

Uno de los procedimientos judiciales básicos en la temprana Edad Media⁶⁰ fue el acusatorio. Acusado y acusador se encuentran cara a cara

⁵⁵ MELLOR, ob. cit., p. 67.

⁵⁶ PETERS, ob. cit., p. 83; MELLOR, ob. cit., p. 68.

⁵⁷ THOT, ob. cit., p. 285.

⁵⁸ REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 40; MELLOR, ob. cit., p. 64; PETERS, ob. cit., p. 64;

⁵⁹ Ver PETERS, ob. cit., p. 68; Conf. THOT ob. cit., p. 288; REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 40.

⁶⁰ La Edad Media es el período histórico comprendido entre el Siglo V y el XV en Europa. Su comienzo se sitúa tradicionalmente en el año 476 con la caída del Imperio Romano de Occidente tras ser destronado el último emperador, Rómulo Augústulo, por el jefe de los hérulos, Odoacro, y su fin en 1492 con el descubrimiento de América o en 1453 con la caída del Imperio Romano de Oriente. Actualmente los historiadores del período prefieren matizar esta ruptura entre Antigüedad y Edad Media de forma que entre los Siglos III y VIII hablaríamos de Antigüedad Tardía, que de hecho sería un período de transición. La Edad Media, o Medioevo, puede separarse en períodos: Temprana Edad Media (Siglo V a Siglo IX, sin una clara diferenciación de la Antigüedad Tardía), Alta Edad Media (Siglo IX a Siglo XI) y Baja Edad Media (Siglo XI a Siglo XV). Ha sido erróneamente considerada como

en un debate oral y público delante de un tercer personaje arbitral: el juez. La existencia de un acusador es primordial y si éste no aparece, no tiene lugar el juicio con independencia de la gravedad del delito cometido. Podríamos decir consecuentemente que este sistema no se basa en la tortura sino en la prueba; sin embargo, el hecho que el acusador pueda solicitar al juez que el acusado sea torturado en caso de falta de pruebas tiene como consecuencia, en muchos casos, la práctica del tormento⁶¹.

La diferencia entre los dos procedimientos reside esencialmente en el régimen de las pruebas. En el sistema acusatorio, la prueba deberá aportarla la parte perjudicada. En el sistema inquisitorio, será el resuelto de la investigación realizada por el juez⁶². Observamos entonces que el sistema inquisitorio, es, por el contrario, un sistema docto. Sus pruebas son el escrito, el testimonio, y sobre todo la confesión, y es el alto valor reconocido a este último sistema lo que explicará el desarrollo de la tortura⁶³.

Sin embargo, el primitivo derecho europeo operaba de acuerdo con ciertas premisas culturales y no podía ser reformado mientras esas premisas no dejasen de ser aceptadas. En el universo legal de la Europa temprana, el derecho no era una parte independientemente reformable de una cultura fragmentada; las ideas sobre la naturaleza, la razón, Dios y la sociedad tenían que cambiar también, y en verdad antes de que pudieran cambiar el derecho⁶⁴.

En algunos casos, particularmente aquellos contra hombres de mala reputación, ciertas acusaciones, principalmente las de crímenes capitales, podían implicar el sometimiento del acusado a una ordalía, proceso en el cual se invocaba el juicio de Dios, sobre la base que Dios sólo permitiría la victoria de la parte que tenía la razón, decir la verdad equivalía, pues, a resistir el tormento⁶⁵.

Ahora bien, la necesidad de pruebas y la imposibilidad muchas veces de encontrarlas, hizo que la confesión se convirtiese poco a poco en “la reina de las pruebas”, principalmente en el juicio de delitos capitales. Fue

una época oscura atrasada cultural y socialmente. Sin embargo fue en este período cuando se sentaron las bases del desarrollo de la posterior expansión europea, el nacimiento del capitalismo y la modernidad.

⁶¹ Ver MELLOR, ob. cit., p. 63; PETERS, ob. cit., p. 64.

⁶² REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 41.

⁶³ MELLOR, ob. cit., p. 64; REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 40.

⁶⁴ PETERS, ob. cit., p. 64; MELLOR, ob. cit., p. 67 y 68.

⁶⁵ Conf. PETERS, ob. cit., p. 66.

la importancia otorgada a la confesión la que explica la enorme extensión de la tortura como método para obtenerla, tanto en los tribunales civiles primero, como en los eclesiásticos después –la Santa Inquisición–.⁶⁶ La tortura llegó a ser “el método” mediante el cual los herejes confesaban su desviación. La Iglesia consideraba la herejía⁶⁷ el delito más grave⁶⁸.

Para controlar la criminalidad eclesiástica, el papado adopta el sistema inquisitorio con el cual se acrecentó su desarrollo. Es por esto que el 21 de septiembre de 1198 –un rasgo cierto de *inquisitio* de tipo romano– aparece en una epístola dirigida al arzobispo de Milán, en donde expresa que el sistema inquisitorio restablecido por la iglesia no es otro que la *cognitio extraordinaria* del derecho romano. Posterior a esto ya en el Siglo XIII, la evolución habría terminado; los canonistas crearon toda una teoría de pruebas, profundamente pensada, bien con la ayuda de principios canónicos o con materiales romanos⁶⁹.

A medida que cada uno de los viejos procedimientos era abandonado, por supuesto, subsistía mucha incertidumbre con respecto a los nuevos. Cuando los nuevos procedimientos remplazaban a los viejos, y aquellos mismos caían ahora bajo sospecha, el único tipo de certidumbre que permanecía intacto era el valor de la confesión⁷⁰.

Puede decirse que el valor atribuido a la confesión ofrecía un tipo de protección a los nuevos procedimientos que evolucionaban. La confesión ascendió a la cúspide de la jerarquía de las pruebas y permaneció allí mucho después de que el procedimiento inquisitorial romano-canónico y el procedimiento de juicio por jurados se consolidaron⁷¹.

Con la llegada de los grandes códigos penales del Siglo XVI, la *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532, –explícitamente para el Imperio, pero de enorme influencia en toda Europa– la *Ordonnance*

⁶⁶ REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 41; Ver MELLOR, ob. cit., p. 70.

⁶⁷ La herejía, es para la iglesia, un crimen de lesa majestad divina que consiste en la negación constante de un dogma, o en la adhesión a una secta con doctrinas condenadas como contrarias a la fe. Hay que subrayar la importancia que en estas épocas tiene “la unidad en la fe” como sinónimo de unidad en el orden social. La idea de una coexistencia pacífica entre creyentes y “herejes” –no creyentes, agnósticos, ateos–, tal como lo entendemos en el seno de la sociedad laica actual, era entonces impensable. Conf. PETERS, ob. cit., p. 64.

⁶⁸ REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 36.

⁶⁹ Conf. REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 40; MELLOR, ob. cit., p. 68.

⁷⁰ Del mismo modo REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 40.

⁷¹ Ver PETERS ob. cit., p. 69.

Royale francesa de 1539 y los códigos revisados y reeditados de los Siglos XVI, XVII y XVIII, trataron de perfeccionar el proceso que resultaba del trascendental encuentro de las necesidades y pensamientos jurídicos medievales con el cuerpo del derecho romano⁷².

Por todo lo anterior, es considerable tener en cuenta la extensa literatura sobre el procedimiento penal y la tortura, que la imprenta contribuyó a aumentar enormemente, este humanismo literario consistía en extensos manuales que regulaban minuciosamente la tortura, establecían y restablecían principios del derecho, manuales conocidos entre otros tenemos los de: MARSILI (1526-9), FARINACIUS (1588) y CARPZOV (1636)⁷³.

III. EN BÚSQUEDA DE LA ABOLICIÓN DE LA TORTURA

A partir de la segunda mitad del Siglo XVIII y principios del Siglo XIX, los estados civilizados, uno tras otro, abolieron la tortura. Este proceso de abolición fue en primer lugar parte de una revisión general de los sistemas jurídicos penales, y en segundo lugar, un proceso que tuvo lugar en largos períodos de tiempo, normalmente décadas⁷⁴.

En la primera supresión hecha en el año de 1740 en Alemania, las estipulaciones sobre la tortura en los códigos penales de Europa fueron progresivamente anuladas, hasta que en el año 1800 eran apenas visibles.

Junto con la revisión legislativa, surgió y circuló ampliamente una gran literatura que condenaba la tortura sobre fundamentos legales y morales⁷⁵. Al mismo tiempo, teólogos, juristas y filósofos comenzaron a dirigirle sus ataques, los que hallaron enérgicas réplicas, siendo alguno de aquéllos, obligado a retractarse y sufrir condena⁷⁶.

En el Siglo XVII, el jesuita Friedrich Von Spee señaló entre los inconvenientes de la tortura, el hecho de que "(...) los verdugos revelaban, en muchos casos, grandes negligencias y arbitrariedades, y una parte

⁷² MELLOR, ob. cit., p. 76-78.

⁷³ Ver PETERS, ob. cit., p. 105; BARBERO, ob. cit., p. 24.

⁷⁴ MELLOR, ob. cit., p. 117; THOT, ob. cit., p. 320; REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 65; del mismo modo BARBERO, ob. cit., p. 24.

⁷⁵ PETERS, ob. cit., p. 109; MELLOR, ob. cit., p. 35; THOT, ob. cit., p. 320.

⁷⁶ MELLOR, ob. cit., p. 117.

de los jueces revelaban una conciencia muy estrecha y una iniquidad intolerable (...)”⁷⁷.

En términos generales, el mérito de la abolición de la tortura se atribuye a los principios de la llamada “Ilustración”, al triunfo de las “Luces” sobre la oscuridad y el oscurantismo, a la exaltación de la naturaleza y del hombre como un ser bueno –negando el pecado original– y, por tanto, a la creencia en la necesidad de respetar y no lastimar aquello que es noble y valioso por naturaleza, además se observa un creciente sentido moral de dignidad, valor humano y fraternidad⁷⁸.

El discurso tomó un giro radical, al hablarse que la tortura ya no se verá como el método indicado y proporcionado a una naturaleza humana degradada desde su nacimiento, sino como la trasgresión nefasta de la natural bondad humana. Los seres humanos, libres, pueden rebelarse contra su bondad y cometer todo tipo de delitos, pero el deber de los Estados no es el de transgredir también ellos el orden natural, sino el de preservarlo o en todo caso, el de reconducir a los infractores hacia el origen⁷⁹.

Cesare Bonesana MARCHESI DI BECCARIA, “Tratado de los delitos y las penas”⁸⁰, señala que, ningún derecho, sino el de la fuerza, “concede poder a un juez para aplicar una pena –considera tal a la tortura –mientras se duda si es culpable o inocente”; que “el delito es cierto o incierto. Si es cierto, no le corresponde otra pena que la establecida por las leyes, y los tormentos son inútiles en tal caso, como inútil es la confesión del reo; si es cierto, no se debe atormentar a un inocente, porque tal es según las leyes un hombre cuyos delitos no están probados”; que como “es mayor el número de hombres que, o por temor o por virtud, respetan las leyes que el de los que las infringen, el riesgo de atormentar a un inocente debe estimarse tanto mayor, cuanto mayor es la probabilidad de que un hombre en igualdad de circunstancias las haya respetado en vez de infringido”. Rechaza que el dolor pueda convertirse en “crisol

⁷⁷ MELLOR, ob. cit., p. 34; BARBERO, ob. cit., p. 24.

⁷⁸ MELLOR, ob. cit., p. 117; REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 65; THOT, ob. cit., p. 320.

⁷⁹ THOT, ob. cit., p. 320; MELLOR, ob. cit., p. 117; REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 65.

⁸⁰ BECCARIA, *De los delitos y las penas*, Ed. Temis, 4 edición, Bogotá, 1998, p. 60 y 64; Conf. REINALDI, *El delito de tortura*, ob. cit., p. 36; MELLOR, ob. cit., p. 118; PETERS, ob. cit., p. 109; RODRIGUEZ, Molas, Ricardo, *Historia de la Tortura y el Orden Represivo en la Argentina*, Ed. Universitaria de Buenos Aires – Eudeba, Buenos Aires, 1984, p. 51; REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 62; BARBERO, ob. cit., p. 24.

de verdad, como si el criterio de ella residiera en los músculos y en los nervios de un desgraciado”. Se muestra convencido de que la persona sensible, aunque inocente, “se declarará culpable si se cree hacer cesar con ello el tormento”, de suerte que toda diferencia entre un inocente y un culpable “desaparece por el mismo medio que se pretende emplear para encontrarla”.

En Francia, tan memorable progreso humano fue obra de dos edictos de Luis XVI, quien, por la declaración del 24 de agosto de 1780, abolió primero la tortura preparatoria, y luego, el 1 de mayo de 1788, abolió la tortura previa⁸¹.

Estos vientos de cambio se dieron en España cuando las Cortes Generales y Extraordinarias declararon abolida la tortura por Decreto del 22 de abril de 1811, sin que ningún juez pudiese mandar a imponerla bajo pena de ser destituido del cargo. De igual manera la Constitución de 1812, en su artículo 303, dispuso la supresión total⁸².

En Italia, exactamente en la Toscana el efecto progresista del duque Pedro Leopoldo de Lorena II, abolió la tortura en el código penal promulgado en el año de 1787. Con relación a los demás Estados italianos, la tortura desapareció solo a finales del Siglo XVIII⁸³.

Aunque estas variaciones judiciales no ocurrieron al instante en toda Europa, su esencia era bastante clara para preocupar a una cantidad de personas a fines del Siglo XVIII. El rápido ritmo de estos cambios en las mentes y las instituciones, ese movimiento de ideas filosóficas del siglo XVIII, al igual que las logias masónicas, las academias y todos los medios por los cuales se expandió esa luz de conocimiento, cambio, evolución y expansión, es lo que formó a esta gran corriente abolicionista⁸⁴.

Después del Siglo XVIII, la tortura adquirió un tinte universalmente peyorativo y llegó a ser considerada como la antítesis de los derechos humanos, el supremo enemigo de la jurisprudencia humanitaria y el liberalismo, y la mayor amenaza al derecho y la razón que el Siglo XIX podía imaginar⁸⁵.

⁸¹ MELLOR, ob. cit., p. 117; Conf. THOT, ob. cit., p. 321; REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 181; BARBERO, ob. cit., p. 25.

⁸² REINALDI, *El delito de tortura*, ob. cit., p. 38; THOT, ob. cit., p. 321; BARBERO, ob. cit., p. 25.

⁸³ THOT, ob. cit., p. 321.

⁸⁴ MELLOR, ob. cit., p. 119; THOT, ob. cit., p. 320; BARBERO, ob. cit., p. 25.

⁸⁵ PETERS, ob. cit., p. 109.

Tengamos en cuenta lo manifestado por FIORELLI en su libro *La Tortura Giudiziari nel Diritto Comune* (1953-4), el autor, propone que el proceso de abolición sea considerado en términos de cuatro aspectos de la historia de la tortura: el lógico, el moral, el social y el político.

Entiende por éstos los argumentos retóricos escépticos contra la tortura planteados desde los días del derecho griego; los argumentos generales judeo-cristianos —y posteriormente humanitarios— contra la inmortalidad de la tortura; el lugar de la justificación de la tortura en un universo que hacía derivar los principios mismos de su existencia social de una tradición y de autoridades que serían repudiadas en todos los frentes si se repudiase la tortura y la renuencia o disposición a abordar la cuestión de la posibilidad de una reforma política en gran escala⁸⁶.

Posteriormente a estas manifestaciones abolicionistas tanto jurídicas como de importantes pensadores, veremos como un Siglo después la tortura regresa como si fuese una enfermedad aun incurable.

IV. MÉTODOS Y TÉCNICAS DE TORTURA PRACTICADAS A TRAVÉS DEL TIEMPO

La forma de aplicación de la tortura en los diferentes pueblos a través del tiempo, presenta un carácter diverso como también los medios, métodos, e instrumentos utilizados para este fin⁸⁷.

Para los griegos era común propiciarle al individuo varios latigazos o quemarlo con hierros calientes, asimismo, golpearlo con puntas de hierro, en algunas ocasiones aplicarle vinagre en la nariz, ó cargarle con ladrillos⁸⁸.

Los romanos fueron un poco mas lejos que los griegos, así los medios generalmente más utilizados fueron las sogas para levantar a los acusados hasta las maquinas de tortura, a estas les llamaron *fidiculae*, el *cipos* servía para sujetar al individuo acusado, y si lo que se quería era punzarle la carne se utilizaba los *unci*, *las unguiae* o *los cardí*, los cuales eran unas asadas o peines de hierro con dientes uniformes y afilados, otro

⁸⁶ PETERS, ob. cit., p. 117.

⁸⁷ REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 41; THOT, ob. cit., p. 303; MELLOR, ob. cit., p. 22; BARBERO, ob. cit., P. 17.

⁸⁸ Ver THOT, ob. cit., p. 262; BARBERO, ob. cit., p. 19.

método era hacer sentir asfixia mecánica por lo cual se ponía en el cuello al acusado un *cyphri*, este instrumento era un yugo o collar⁸⁹.

No siempre se utilizaba la misma técnica, ni los mismos instrumentos o métodos, la tortura podía comenzar con puestas de hierros o punzones calientes en el pecho o la espalda para continuar rociándole aceite, alquitrán o azufre hirviendo en las quemaduras propinadas por el hierro. Con frecuencia se aplicó este tipo de técnica en la época de los emperadores que perseguían a los cristianos⁹⁰.

La institución de la tortura se introdujo en Francia durante las primeras dinastías, la cual fue aplicada únicamente a los esclavos. El castigo consistía en forrarle las piernas con una especie de pergamino, polainas que se mojaban así tenían adherencia a la piel, luego se hacían aproximar las piernas al fuego, lo que determinaba el encogimiento violento del pergamino, el cual apretaba fuertemente las piernas provocando un dolor insoportable⁹¹.

En Italia, el sistema de tortura estaba basado en no permitir que la persona pudiese conciliar el sueño por mucho tiempo, así esa vigilia de 7 y 8 días terminaba enloqueciendo al reo. Otro medio era sentar al reo en una bóveda más o menos alta, donde caía gota a gota agua sobre la cabeza del torturado; las primeras gotas eran soportables, más su continuidad producían fuertes dolores⁹².

Tengamos en cuenta que antes de aplicar la tortura se realizaba un estudio medico para constatar que la persona si podría soportarla. Esta modalidad solo se presentó en Italia.

De manera paralela con el proceso inquisitorial en Alemania, se instituyó la tortura copiada de Italia. Este hecho se presentó en el Siglo XIII, cuando el emperador Rodolfo Habsburgo en el año de 1286, ordena que fuera sometido a tortura el pretendiente del trono, el pseudo Federico⁹³.

⁸⁹ Asimismo REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 28; ver MELLOR, ob. cit., p. 47; THOT, ob. cit., p. 264.

⁹⁰ Conf. ESCOBAR, Raúl, Tomás, *El Interrogatorio en la Investigación Criminal*, Ed. Universidad, 4 edición, Buenos Aires, 2005, p. 32; THOT, ob. cit., p. 264.

⁹¹ REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 49; MELLOR, ob. cit., p. 73; THOT, ob. cit., p. 269.

⁹² THOT, ob. cit., p. 271; REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 48; ESCOBAR, ob. cit., p. 33.

⁹³ REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 51; THOT, ob. cit., p. 274.

Uno de los métodos utilizados para torturar en el medioevo en Alemania, era por medio de la gorra o corona de Pomerania, la cual consistía en que se colocaba la cabeza del reo en un instrumento de hierro formado a guisa de gorra o de corona, que después por medio de un tornillo, era ajustado fuertemente de modo tal que provocaba violentos dolores de cabeza, llegando hasta producir conmociones cerebrales⁹⁴.

Otra técnica aplicada con frecuencia era la de forzar al reo a tomar grandes cantidades de aceite o agua cargada de sal, para luego ser llevado a una habitación calentada a alta temperatura, esto proporcionaba en la persona una fuerte deshidratación.

En Suecia también se usaron diversas formas de tortura, es de encontrar que en los casos de tortura ordinaria se utilizaba la cuerda, mientras en los casos de tortura extraordinaria se procedía de la siguiente manera; se hacía descender a una cueva subterránea, bajo la cual pasaba la vertiente de un río. Dicho subterráneo tenía, en lugar de piso, un puente de rejas de hierro, que le separaba del agua, entonces el reo estaba obligado, con las manos y con los pies descalzos, a marchar sobre ese puente hasta que confesara el delito⁹⁵.

En 1861, el código del cantón suizo de Tessin en su artículo 143 señalaba lo siguiente: “Si el acusado persiste con terquedad en sus contradicciones o en un silencio malicioso, el juez de instrucción podrá ordenar que sea encerrado en un calabozo más estrecho, cargado de pesadas cadenas y alimentado a pan y agua”.

Y en el artículo 144, señalaba que el juez tenía derecho de hacerle 25 latigazos sobre la espalda con la facultad de elevar ese número al doble en caso de reincidencia. Esto en el caso que el acusado persistiera de su terquedad⁹⁶.

En Inglaterra, antes de aplicar la tortura se debían dirigir al reo advertencias, posterior a esto se daba lectura a la sentencia que le correspondía. Esto se presentaba porque algunos antiguos jurisconsultos hicieron grados, especialidades y divisiones de la tortura. De esta manera existía un grado de tortura suave llamado *-territio-*, que no era más

⁹⁴ THOT, ob. cit., p. 275; ESCOBAR, ob. cit., p. 33; REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 51.

⁹⁵ REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 53; THOT, ob. cit., p. 282.

⁹⁶ MELLOR, ob. cit., p. 184.

sino una advertencia verbal o real⁹⁷. Otra advertencia hasta el año 1772, era el uso de la llamada “pena fuerte y dura”⁹⁸.

Desde el Siglo XII y hasta finales del Siglo XVIII, en los paisajes urbanos europeos era frecuente encontrar jaulas de hierro y madera, adosadas al exterior de los edificios municipales, palacios ducales o de justicia. Los reos, desnudos o semidesnudos, eran encerrados en las mismas, casi siempre morían de hambre o sed, algunas veces por el mal tiempo, exceso de frío en invierno, o por el fuerte calor y las quemaduras solares en verano.

A veces, las víctimas habían sido torturadas o mutiladas como escarmiento. No solo significaban una incomodidad tal que hacían imposible al preso dormir o relajarse, ya que estaban atados a los barrotes de las mismas. En ocasiones se introducían en ellas gatos salvajes, a los que los verdugos azuzaban con varillas al rojo vivo, o se encendían fogatas debajo para abrasar al condenado⁹⁹.

⁹⁷ THOT, ob. cit., p. 291.

⁹⁸ REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 52.

⁹⁹ Para el relevamiento de los métodos y técnicas de tortura a través del tiempo, es importante consultar la completa obra de THOT citada con anterioridad, donde hace un estudio pormenorizado de la institución de la tortura en la edad media. Del mismo modo Conf. ESCOBAR, ob. cit., capítulo I., p. 27 a la 50; BARBERO, ob. cit., p. 18.

CAPÍTULO II

SISTEMAS, INSTRUMENTOS Y MECANISMOS DE PROTECCIÓN

SUMARIO: I. La tortura en el derecho internacional. 1. La internalización de la noción de tortura en el seno de las Naciones Unidas. 2. Instrumentos, y mecanismos internacionales de derechos humanos de carácter general, relacionados con la protección y prevención de la tortura. 2.1. Órganos de vigilancia de los tratados. 3. Instrumentos generales regionales que incluyen previsiones sobre la protección de la tortura. 3.1. Convención Americana sobre los Derechos Humanos. 4. Instrumentos específicos sobre la prohibición y prevención de la tortura. 4.1. Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. 4.2. Convención de la ONU contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. 4.2.1 Comité contra la Tortura. 4.3. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. 4.4. Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos Inhumanos o Degradantes y Comité Europeo para la Prevención de la Tortura. 5. Otros tratados especializados de derechos humanos. 6. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y Corte Interamericana de Derechos Humanos. 7. Obligaciones legales para prevenir la tortura.

I. LA TORTURA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Como ya señalamos en el capítulo precedente, la tortura había estado instalada en el corazón de los sistemas judiciales bajo el Antiguo Régimen, pero con la reaparición de los Estados occidentales y sus Colonias asumía un rostro diferente; ya no es más un instrumento particular del poder de la ley, y si bien no estaba en la normatividad no implicaba que hubiese desaparecido de las costumbres, en tanto es posible encontrar que la práctica de la tortura subsiste en varios países actualmente.

Es por esto que no podemos olvidarnos de los regímenes que vivió gran parte de Europa hasta hace unas décadas, así vemos a Franco en España, en Italia a Mussolini, en la Unión Soviética a Stalin y de los más bárbaros el Nacional Socialismo con Hitler. La tortura en sus regímenes fue aplicada a los detenidos especialmente opositores o presos políticos, y en la I y II Guerra Mundial a los presos políticos¹.

¹ DE LA CUESTA, ob. cit., p. 3; REINALDI, *El derecho absoluto a no ser torturado*, ob. cit., p. 67; BARBERO, ob. cit., p. 17.

Latinoamérica, tampoco ha estado libre de tortura, en tanto que encontramos como los regímenes dictatoriales, o simplemente gobiernos encubiertos de carácter político, a través de las décadas precedentes aplicaban a todo tipo de sujetos, casi de la misma manera que en Europa, es así como los presos políticos y los opositores a los regímenes sufrían de este flagelo².

Todos los hechos marcados durante varios años de violación a los derechos humanos dejaron tanto dolor como víctimas. Si observamos esa secuela la está sufriendo tanto Europa como Latinoamérica actualmente.

Abordaremos en este capítulo el estudio de los sistemas, instrumentos y mecanismos de protección en especial del Sistema Universal y del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

El nacimiento y surgimiento de estos mecanismos de protección se logró como respuesta al segundo gran conflicto bélico y el conocimiento de las monstruosidades cometidas en estos años, así la posguerra se caracterizó por la adopción de un gran número de resoluciones y convenciones que ligaron a los Estados por una red de normas de protección de los derechos humanos y a un primer reconocimiento internacional de la prohibición y veto de la tortura³.

Uno de los primeros pronunciamientos de la Organización de las Naciones Unidas⁴, nos muestra como la promoción y protección de los derechos humanos, que antes correspondía a los Estados, se ha convertido en una responsabilidad internacional. Esta responsabilidad no se limitó simplemente a un compromiso internacional establecido en términos generales, se convirtió en parte de un programa internacional, auspiciado

² REINALDI, *El derecho absoluto a no ser torturado*, ob. cit., p. 68; DE LA CUESTA, ob. cit., p. 3.

³ BLANC, ob. cit., p. 283; MAHIQUES, ob. cit., p. 157; REINALDI, *El derecho absoluto a no ser torturado*, ob. cit., p. 77; DE LA CUESTA, ob. cit., p. 9; BARBERO, ob. cit., p. 26.

⁴ La Organización de las Naciones Unidas (ONU) es la mayor organización internacional existente. Se define como una asociación de gobiernos global que facilita la cooperación en asuntos como el derecho internacional, la paz y seguridad internacional, el desarrollo económico y social, los asuntos humanitarios y los derechos humanos. La ONU fue fundada el 24 de octubre de 1945 en San Francisco (California), por 51 países, al finalizar la Segunda Guerra Mundial, con la firma de la Carta de las Naciones Unidas. La ONU está estructurada en diversos organismos administrativos: Asamblea General, Consejo de Seguridad, Consejo Económico y Social, Secretaría General, Consejo de Administración Fiduciaria y la Corte Internacional de Justicia.

por los principales organismos y agencias del sistema de Naciones Unidas, articulado en los programas de trabajo de las comisiones, comités y subcomités correspondientes⁵.

Con estos presupuestos el jurista holandés Peter KOOLJIMANS, construye para las Naciones Unidas en 1986, en virtud de un mandato de la Comisión de Derechos Humanos un informe pormenorizado de la situación de la tortura, en este estudio argumenta que las torturas continúan propagándose por el mundo y podrían convertirse en “(...) la plaga de la segunda mitad del Siglo XX”⁶.

1. LA INTERNALIZACIÓN DE LA NOCIÓN DE TORTURA EN EL SENO DE LA NACIONES UNIDAS

La extendida práctica de la tortura en el mundo, ha impulsado desde mediados de Siglo a la inserción de fórmulas prohibitivas de la misma, en los textos internacionales relativos a los derechos humanos, esto se caracterizó por la aparición de instrumentos específicos de denuncia y prohibición de la tortura como la consecución de una definición jurídica⁷.

Desde la Segunda Guerra Mundial, se trató de asegurar que los horrores presenciados nunca volverían a repetirse, en ese momento el pensamiento humanista y la convicción de los Estados de las Naciones Unidas llegan a la firma de la Carta de la Naciones Unidas suscrita en San Francisco el 26 de junio de 1945, la cual menciona, aunque no define ni enumera, los derechos humanos⁸.

En primer lugar, observamos en su preámbulo: “(...) de reafirmar la fe en los derechos humanos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres (...)”.

⁵ ONU, *These Rights and freedoms*, Departamento de Información Pública, ONU, 1950, p. 3.

⁶ MAHIQUES, ob. cit., p. 164.

⁷ DE LA CUESTA, ob. cit., p. 9; REINALDI, *El delito de Tortura*, ob. cit., p. 42; REINALDI, *El derecho absoluto a no ser torturado*, ob. cit., p. 77; BLANC, ob. cit., p. 285; MAHIQUES, ob. cit., p. 157; BARBERO, ob. cit., p. 26.

⁸ La cual entró en vigor el 24 de octubre de 1945, de conformidad con el artículo 110; Ver MAHIQUES, ob. cit., p. 157 y 304; AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Contra la tortura, manual de acción*, Ed. y traducción al español: Editorial Amnistía Internacional –EDAI–, Madrid, 2002, p. 21; DE LA CUESTA, ob. cit., p. 9; REINALDI, *El derecho absoluto a no ser torturado*, ob. cit., p. 77; BLANC, ob. cit., p. 304.

Luego, en el artículo 1, dedicado a los propósitos de la organización señala: “(...) realizar la cooperación internacional en la solución de los problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales de todos (...)”.

En este ámbito de protección y promoción de los derechos humanos, el artículo 55⁹ de la Carta de la ONU de 1945, contiene la primera afirmación de la posguerra de “respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales para todos sin distinción de raza, sexo, idioma o religión como la efectividad de tales derechos y libertades”.

Por todo lo anterior, el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁰ afirma: “Nadie será sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

La adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos por parte de la Asamblea General de la ONU en 1948, expresó el acuerdo al que habían llegado los Estados de que toda persona tiene derecho a no ser sometida a torturas ni malos tratos¹¹.

⁹ Artículo 55. Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá: a). niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social; b). La solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos; y la cooperación internacional en el orden cultural y educativo; y c). el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.

¹⁰ Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948.

¹¹ De este modo en su Preámbulo señala importantes avances en la promoción y lucha de los derechos humanos. Observemos que aclara: “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana; *Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad*, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias; *Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión*; Considerando también esencial promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones; Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos

Observamos que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –PIDCP– adoptado en 1966, señala en su artículo 7, que: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”¹².

Otros artículos del PIDCP, relevantes para la eliminación de la tortura son el artículo 2, sobre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos; el artículo 4, afirma que este derecho no debe nunca restringirse, ni siquiera en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación; el artículo 6, sobre el derecho a la vida; el artículo 9, sobre el derecho a la libertad y la seguridad de las personas; el artículo 10, sobre el derecho de la personas privadas de la libertad a ser tratadas humanamente y con respeto debido a la dignidad humana; y el artículo 14, sobre el derecho a un juicio justo¹³.

Cabe mencionar también, sobre las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra el 30 de agosto de 1955 y aprobadas por el Consejo Económico y Social –ECOSOC– en sus resoluciones 663C (XXIV) del 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) del 13 de mayo de 1977, esta normatividad contiene disposiciones encaminadas a la prohibición de la tortura y los malos tratos a las personas privadas de la libertad¹⁴.

De este modo encontramos en su artículo 31, el cual establece la prohibición absoluta de utilizar como sanciones disciplinarias “las

fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad; Considerando que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, y Considerando que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso”. *La cursiva me pertenece*. Conf. REINALDI, *El derecho absoluto a no ser torturado*, ob. cit., p. 78; BLANC, ob. cit., p. 304; REINALDI, *El delito de Tortura*, ob. cit., p. 41; DE LA CUESTA, ob. cit., p. 10; BARBERO, ob. cit., p. 28.

¹² Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49. ver REINALDI, *El delito de Tortura*, ob. cit., p. 42; BLANC, ob. cit., p. 305; REINALDI, *El derecho absoluto a no ser torturado*, ob. cit., p. 81; DE LA CUESTA, ob. cit., p. 10; BARBERO, ob. cit., p. 29.

¹³ También REINALDI, *El delito de Tortura*, ob. cit., p. 42.

¹⁴ BARBERO, ob. cit., p. 35.

penas corporales, encierro en celda oscura, así como toda sanción cruel, inhumana o degradante”¹⁵.

La prohibición de la tortura y de otros tratos o penas, inhumanos o degradantes se ha incluido en algunos instrumentos adoptados en relación con ciertas profesiones.

Por lo tanto el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley¹⁶ establece en su artículo 2, el principio de respeto y la protección por parte de dichos funcionarios, de la dignidad humana y de los derechos humanos de todas las personas, así como la restricción del uso de la fuerza, asimismo en el artículo 5, señala sobre la prohibición de infligir, instigar o tolerar ningún acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Por último encontramos como medida de protección a los Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas; contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, los cuales fueron adoptados por la Asamblea General en su resolución 37/194, de 18 de diciembre de 1982¹⁷.

¹⁵ BLANC, ob. cit., p. 306; DE LA CUESTA, ob. cit., p. 11; BARBERO, ob. cit., p. 35.

¹⁶ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 34/169, del 17 de diciembre de 1979. Ver BLANC, ob. cit., p. 285; BARBERO, ob. cit., p. 35.

¹⁷ Observemos como en los principios explícitamente se prohíbe la tortura. Principio 1 “El personal de salud, especialmente los médicos, encargado de la atención médica de personas presas o detenidas tiene el deber de brindar protección a la salud física y mental de dichas personas y de tratar sus enfermedades al mismo nivel de calidad que brindan a las personas que no están presas o detenidas”. Principio 2 “Constituye una violación patente de la ética médica, así como un delito con arreglo a los instrumentos internacionales aplicables, la participación activa o pasiva del personal de salud, en particular de los médicos, en actos que constituyan participación o complicidad en torturas u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, incitación a ello o intento de cometerlos”. Principio 3 “Constituye una violación de la ética médica el hecho de que el personal de salud, en particular los médicos, tengan con los presos o detenidos cualquier relación profesional cuya sola finalidad no sea evaluar, proteger o mejorar la salud física y mental de éstos”.

Principio 4 “Es contrario a la ética médica el hecho de que el personal de salud, en particular los médicos: a) Contribuyan con sus conocimientos y pericia a interrogatorios de personas presas y detenidas, en una forma que pueda afectar la condición o salud física o mental de dichos presos o detenidos y que no se conforme a los instrumentos internacionales pertinentes; b) Certifiquen, o participen en la certificación, de que la persona presa o detenida se encuentra en condiciones de recibir cualquier forma de tratamiento o castigo que pueda influir desfavorablemente en su salud física y mental y que no concuerde con los instrumentos internacionales pertinentes, o participen de cualquier manera en la administración de todo tratamiento o castigo que no se ajuste a lo dispuesto en los instrumentos internacionales

2. INSTRUMENTOS, ÓRGANOS Y MECANISMOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS DE CARÁCTER GENERAL, RELACIONADOS CON LA PROTECCIÓN Y PREVENCIÓN DE LA TORTURA

A través de los años, la Organización de las Naciones Unidas y otras organizaciones intergubernamentales, han creado –en el sistema universal de protección de los derechos humanos– organismos que se ocupan de los derechos humanos¹⁸.

En este sentido la Comisión de Derechos Humanos de la ONU –creada por el Consejo Económico y Social de la Asamblea General– en virtud del artículo 68¹⁹ de la Carta de las Naciones Unidas, desde el año de 1989, venía aprobando una resolución anual sobre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes²⁰.

En atención y en virtud de los tratados regionales y universales de derechos humanos se han creado órganos de vigilancia de los tratados²¹.

pertinentes”. Principio 5 “La participación del personal de salud, en particular los médicos, en la aplicación de cualquier procedimiento coercitivo a personas presas o detenidas es contraria a la ética médica, a menos que se determine, según criterios puramente médicos, que dicho procedimiento es necesario para la protección de la salud física o mental o la seguridad del propio preso o detenido, de los demás presos o detenidos, o de sus guardianes, y no presenta peligro para la salud del preso o detenido”. Principio 6 “No podrá admitirse suspensión alguna de los principios precedentes por ningún concepto, ni siquiera en caso de emergencia pública”. Sobre el tema REINALDI, *El derecho absoluto a no ser torturado*, ob. cit., p. 84; BLANC, ob. cit., p. 285; DE LA CUESTA, ob. cit., p. 11.

¹⁸ REINALDI, *El delito de Tortura*, ob. cit., p. 42; DE LA CUESTA, ob. cit., p. 9; MAHIQUES, ob. cit., p. 157; REINALDI, *El derecho absoluto a no ser torturado*, ob. cit., p. 77; BLANC, ob. cit., p. 284.

¹⁹ Con relación al procedimiento observemos el artículo 68, el cual señala: “El Consejo Económico y Social establecerá comisiones de orden económico y social y para la promoción de los derechos humanos, así como las demás comisiones necesarias para el desempeño de sus funciones”.

²⁰ A manera de ejemplo una de las resoluciones de la extinta Comisión de Derechos Humanos de la ONU. Resolución 56/143 del 19 de diciembre de 2001, párrafo 11, en la cual pedía a los Gobiernos “que tomaran medidas apropiadas y eficaces, legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole, para impedir y prohibir la producción, el comercio, la exportación y el uso destinado especialmente para infligir torturas u otros tratos crueles, inhumanos y degradantes”.

²¹ Un órgano de vigilancia de los tratados es un órgano creado en virtud de un tratado de derechos humanos para vigilar la aplicación de sus disposiciones. Algunos órganos de vigilancia de los tratados están autorizados a oír quejas de personas que denuncian violaciones de sus derechos en virtud de los tratados respectivos. Al contrario de lo que ocurre con los fallos de los tribunales regionales de derechos humanos, las decisiones tomadas por los órganos de vigilancia de los tratados sobre

En consecuencia, la Comisión de Derechos Humanos estableció mecanismos llamados Procedimientos Especiales²² sobre determinados temas o países²³.

En junio de 2006, el Consejo de Derechos Humanos reemplazó a la Comisión de Derechos Humanos, convirtiéndose en el organismo de la ONU responsable de vigilar y proteger los derechos y las libertades fundamentales de todas las personas²⁴. Por su parte, la Comisión de Derechos Humanos dejó de funcionar formalmente el día 16 de Junio del 2006.

El Consejo de Derechos Humanos, fue creado el 15 de Marzo del 2006 mediante la Resolución A/Res/60/251 emitida por la Asamblea General, en tanto la primera sesión del Consejo de Derechos Humanos se llevó a cabo entre el 19 y el 30 de Junio en el Palacio de las Naciones en Ginebra, Suiza²⁵.

casos individuales no son vinculantes para los Estados, pero se da por sentado que los Estados las respetarán, dado que han aceptado la jurisdicción del órgano de vigilancia para oír quejas. A manera de ejemplo: Comité contra la Tortura -CAT- y el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes - Subcomité para la Prevención de la Tortura.

²² Los Procedimientos Especiales, creados por la Comisión de Derechos Humanos en la actualidad a cargo del Consejo de Derechos Humanos, consisten en una persona o un grupo de personas designadas para analizar un tema o la situación de un país concreto desde la perspectiva de los derechos humanos, como ocurre con el relator Especial sobre la cuestión de la tortura. Actualmente, hay 29 mandatos temáticos y 9 mandatos por país.

²³ Los mandatos de los Procedimientos Especiales por lo general encomiendan a los titulares de los mandatos a examinar, supervisar, asesorar e informar públicamente acerca de situaciones de derechos humanos en países o territorios específicos, conocidos como mandatos por país, o sobre los principales casos de violaciones de derechos humanos en todo el mundo, denominados mandatos temáticos. Todos informan al Consejo de Derechos Humanos sobre sus conclusiones y recomendaciones. En algunas ocasiones son el único mecanismo que sirve para alertar a la comunidad internacional sobre determinadas cuestiones de derechos humanos.

²⁴ Los órganos basados en la Carta de la ONU, incluido el Consejo de Derechos Humanos, y los órganos creados en virtud de tratados internacionales de derechos humanos, y compuestos por expertos independientes con el mandato de supervisar que los Estados parte en los tratados cumplan sus obligaciones, reciben apoyo de la secretaría de la Subdivisión de Tratados y del Consejo de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos.

²⁵ El Consejo de DDHH trae consigo una serie de expectativas. En tanto se creó con la esperanza que éste ayudaría a superar algunos problemas crecientes asociados con la Comisión. Se espera ante todo que el Consejo de DDHH sea más objetivo y eficiente al denunciar violaciones contra los derechos humanos que ocurren alrededor del mundo.

Al contrario de lo que ocurre con los organismos intergubernamentales, que están formados por representantes de los Estados, los órganos de vigilancia de los tratados y los mandatos de los Procedimientos Especiales creados por la Comisión de Derechos Humanos y ahora a cargo del Consejo de Derechos Humanos están integrados por personas –a las que se denominan expertos independientes– que actúan a título personal. Mientras que los órganos de vigilancia de los tratados se ocupan únicamente de los Estados que son Parte en sus respectivos tratados, los organismos intergubernamentales y los mecanismos de derechos humanos se ocupan de todos los Estados que pertenecen a la organización intergubernamental en cuestión.

2.1. *Órganos de vigilancia de los tratados*

Existen órganos de vigilancia de los tratados que tienen una especial importancia en la lucha contra la tortura, de este modo observamos al Relator Especial sobre la cuestión de la tortura, quien es un experto que presenta informes anuales al Consejo de Derechos Humanos²⁶.

Al contrario de lo que ocurre con el Comité contra la Tortura, que se ocupa exclusivamente de los Estados Parte en la Convención contra la Tortura, el Relator Especial puede dirigirse a cualquier Estado que sea miembro de la ONU o tenga condición de observador de la organización²⁷.

El Relator Especial envía llamamientos urgentes a los gobiernos en relación con personas sobre las que exista el temor de que estén sufriendo torturas o corran el peligro de sufrirlas; también envía otros mensajes a los gobiernos en los que les hace llegar denuncias de torturas o medidas necesarias para su prevención. Otra de las funciones es la de realizar visitas a países con el consentimiento del gobierno interesado, y presenta recomendaciones pormenorizadas basadas en las conclusiones de sus visitas.

²⁶ El puesto de Relator Especial sobre la cuestión de la tortura se creó en 1985 de conformidad con la resolución 1985/33 del 13 de marzo de 1985, de la Comisión de Derechos Humanos, en la que la Comisión decidió “nombrar por un año un Relator Especial para examinar las cuestiones relativas a la tortura”. El puesto se ha renovado periódicamente desde entonces; actualmente mediante resolución 2004/17, y por un período de tres años el Relator Especial es el señor Manfred Nowak de origen austríaco.

²⁷ BLANC, ob. cit., p. 313; REINALDI, *El derecho absoluto a no ser torturado*, ob. cit., p. 87; DE LA CUESTA, ob. cit., p. 19; BARBERO, ob. cit., p. 29.

Otro de los organismos de observación y vigilancia es el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las penas o Tratos Inhumanos y Degradantes –Comité Europeo para la Prevención de la Tortura, CPT–. Comité creado en virtud del artículo 1 del Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura²⁸.

Una de sus funciones es la de visitar lugares donde hay personas privadas de la libertad, con el fin de reforzar, en caso necesario, la protección de estas personas frente a la tortura y los malos tratos. Después de la visita, el CPT comunica sus conclusiones al Estado, al que se pide que responda en un plazo de tiempo limitado. Los informes son confidenciales, pero, en la práctica, la mayor parte de los Estados han accedido finalmente a su publicación. Las reuniones del CPT son privadas, pero sus informes generales anuales son públicos. Su formación se define por la presencia de un experto de cada uno de los Estados Partes en el convenio.

También es de gran importancia el Comité de Derechos Humanos, el Comité de expertos creado en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –PIDCP–²⁹.

²⁸ Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes –número 126 del Consejo de Europa–, hecho en Estrasburgo el 26 de noviembre de 1987. “Boe núm. 159/1989, de 5 de julio de 1989”. Señala en su: Capítulo Primero. Artículo 1. “Se crea un Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, denominado a continuación: “el comité”. Por medio de visitas, este comité examinará el trato dado a las personas privadas de libertad para reforzar, llegado el caso, su protección contra la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes. Conf. REINALDI, *El derecho absoluto a no ser torturado*, ob. cit., p. 103; BLANC, ob. cit., p. 317; MAHIQUES, ob. cit., p. 168; BARBERO, ob. cit., p. 29.

²⁹ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo que reconoce la competencia del Comité de Derechos Humanos para recibir y examinar quejas individuales fueron adoptados por la Asamblea General el 16 de diciembre de 1966 y entraron en vigor el 23 de marzo de 1976. El Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte, fue adoptado el 15 de diciembre de 1989 y entró en vigor el 11 de julio de 1991. El Comité de Derechos Humanos fue establecido para supervisar la aplicación del Pacto y sus Protocolos por parte de los Estados Partes (Estados que han ratificado el Pacto o que se han adherido a él). Está compuesto de 18 expertos independientes que, como se dice en el Pacto, son “personas de gran integridad moral, con reconocida competencia en materia de derechos humanos”. El Comité celebra tres períodos ordinarios de sesiones al año, de una duración de tres semanas cada uno. Estos períodos de sesiones tienen normalmente lugar en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, en marzo, y en la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra en julio y noviembre. Dos grupos de trabajo, establecidos de acuerdo con los artículos 62 y 89 de su reglamento, se reúnen antes de cada período de sesiones

Su principal función consiste en vigilar la aplicación del PIDCP mediante informes periódicos que se envían a los Estados Parte. Un Estado Parte en el PIDCP que se convierte en Estado Parte en su Primer Protocolo Facultativo reconoce la competencia del Comité para examinar las quejas de personas que alegan ser víctimas de una violación, por parte del Estado, de cualquiera de los derechos establecidos en el PIDCP, como la prohibición de la tortura y los malos tratos que establece el artículo 7³⁰.

El Comité de Derechos Humanos ha realizado importantes declaraciones sobre las obligaciones de los Estados con respecto a la tortura y los malos tratos en sus exámenes de los informes de los Estados Parte, mediante “Observaciones Generales” – especialmente en la Observación General 20 sobre el artículo 7 del PIDCP³¹ y en sus decisiones –que generalmente se denominan “opiniones”– sobre casos que se le han remitido en virtud del primer Protocolo Facultativo.

Ahora bien, el Comité contra la Tortura, es el órgano más importante de vigilancia de los tratados específicamente en el caso de la tortura, creado en virtud del artículo 17 de la Convención contra la Tortura³².

del Comité. El grupo de trabajo establecido en virtud del artículo 89 tiene como función hacer recomendaciones al Comité sobre el cumplimiento de las condiciones de admisibilidad en relación con las comunicaciones/quejas individuales recibidas de conformidad con el Protocolo Facultativo. El grupo de trabajo establecido de acuerdo con el artículo 62 tiene como función determinar las cuestiones que han de abordarse con los representantes de los Estados cuyos informes van a ser examinados durante esa sesión y preparar una lista de preguntas que los Estados reciben con antelación a la audiencia. En virtud del artículo 40 del Pacto, los Estados Partes se comprometen a presentar un informe cada cinco años sobre las disposiciones que hayan adoptado y que den efecto a los derechos reconocidos en el Pacto y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos. Los informes son entonces examinados por el Comité en diálogo con los representantes de los Estados en sesiones públicas. El último día de sesiones, el Comité adopta sus observaciones finales en las que resume sus preocupaciones y formula sus recomendaciones. Aunque solamente el Comité y los representantes de los respectivos Estados Partes toman parte en el diálogo, las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos pueden presentar información por escrito al Comité. El Comité presenta a la Asamblea General un informe anual sobre sus actividades.

³⁰ REINALDI, *El derecho absoluto a no ser torturado*, ob. cit., p. 81; BLANC, ob. cit., p. 307.

³¹ Adoptada esta resolución por el Comité de Derechos Humanos en su 44 período de sesiones del año de 1992, la cual remplace a la observación general 7 (del 16 período de sesiones, 1982).

³² BLANC, Antonio Altemir, ob. cit., p. 313; REINALDI, *El derecho absoluto a no ser torturado*, ob. cit., p. 87; BARBERO, ob. cit., p. 48.

Este tema será tratado más adelante cuando veamos la respectiva Convención.

Una vez determinados los órganos de vigilancia es importante definir qué instrumentos tienen la función de prevención y protección.

3. INSTRUMENTOS GENERALES REGIONALES QUE INCLUYEN PREVISIONES SOBRE LA PROTECCIÓN DE LA TORTURA

La tortura y los malos tratos también se prohíben en los cuatro instrumentos regionales generales de derechos humanos, tales son: la Carta Africana de Derechos Humanos en su artículo 5³³, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 5³⁴, al igual que la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales –Pacto de Roma, artículo 3–³⁵, y la Carta Árabe de Derechos Humanos –que aún no entra en vigor en su artículo 13–³⁶.

³³ La Carta Africana de Derechos humanos o Carta de Banjul, Aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya. El artículo 5 señala que: “Todo individuo tendrá derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano y al reconocimiento de su status legal. Todas las formas de explotación y degradación del hombre, especialmente la esclavitud, el comercio de esclavos, la tortura, el castigo y el trato cruel, inhumano o degradante, serán prohibidos”.

³⁴ La Convención Americana sobre Derechos Humanos. Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. En su artículo 5, sobre el derecho a la integridad personal, dispone que: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. 3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente. 4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas. 5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento. 6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.

³⁵ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Roma, 4.XI.1950 –Fecha de entrada en vigor 1 de noviembre 1998–. Artículo 3. Prohibición de la tortura. “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

³⁶ Declaraciones de los Derechos Humanos de la Organización de la Conferencia Islámica de 1979, 1981 y de 1990 –esta última conocida con el nombre de “Declaración del Cairo sobre los Derechos del Hombre en el Islam”, Resolución No. 49/19-P. La Carta árabe de los Derechos Humanos, adoptada a partir del 15-09- 1994, en el Consejo de la Liga de los Estados Árabes, Resolución No. 5437.

Ahora bien, las denuncias por tortura pueden ser estudiadas por organismos creados en virtud de tratados regionales de derechos humanos, así es como: la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Estos son organismos que pueden estudiar las acusaciones de violaciones de derechos humanos recogidos en sus tratados.

3.1. *Convención Americana sobre los Derechos Humanos*

La Convención Americana sobre los Derechos Humanos o Pacto de San José, que se suscribió en la capital de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, al cabo de la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, que entró en vigencia el 18 de julio de 1978, establece que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida” –capítulo. II, artículo 4, 1– y su “integridad física, psíquica y moral”, artículo 5, 1. Declara que “nadie puede ser sometido a torturas ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”, y que “toda persona privada de su libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”, artículo 5, 2.

La Asamblea General de la OEA, en su VIII período ordinario de sesiones, mediante la resolución 368, dispuso en su numeral 50 “solicitar

Esta carta de los derechos, en su preámbulo, afirma tener sus raíces en el Corán y en la Sunna, es decir, en las dos raíces o fuentes principales del derecho islámico. Al mismo tiempo, la Carta establece el fundamento teológico de los derechos, a través del principio que los derechos humanos surgen por una fuente divina, es decir, por “Dios” en su rol de supremo legislador. Por otro lado, los derechos humanos se integran en el marco complejo del ordenamiento jurídico islámico, proclamando las libertades tradicionales liberales. Igualmente la Carta islámica reconoce los derechos sociales y económicos, además de algunos derechos colectivos como el derecho de las minorías religiosas, individuando expresamente el pluralismo religioso. Hay 25 artículos en la Declaración del Cairo sobre derechos humanos en el Islam relativos a asuntos como la libertad de movimiento, el trabajo, la educación, el entierro, la usura, la propiedad, el ambiente, la igualdad ante de la ley, y la libertad de expresión. El artículo 13 señala que: “Los Estados parte protegerán a toda persona en su territorio contra la tortura o el trato cruel, inhumano o degradante que afecten a su salud física o mental. Tomarán medidas eficaces para impedir tales actos y considerarán delito punible su utilización y participación en ellos. (b) Ninguna persona será objeto de experimentos científicos o médicos sin su libre consentimiento”. El artículo 24 declara que: “Todos los derechos y libertades estipuladas en esta Declaración están sujeto al derecho Shari’a Islámico”, y el artículo 25 establece que: “El derecho islámico -Shari’a Islámico- es la única fuente de referencia para la explicación o la clarificación de cualquiera de los artículos de esta Declaración”.

al Comité Jurídico Interamericano que prepare, en coordinación con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, un proyecto de Convención que defina la tortura como crimen internacional”, a fin de hacer efectivas las normas pertinentes contenidas en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos³⁷.

4. INSTRUMENTOS ESPECÍFICOS SOBRE LA PROHIBICIÓN Y PREVENCIÓN DE LA TORTURA

Abordaremos el estudio de los mecanismos específicos de lucha contra la tortura que se analizan en términos de instrumentos de denuncia o de prevención. Por lo anterior vemos que las Naciones Unidas, es el ámbito donde se viene desarrollando una intensa actividad centrada en las denuncias sobre acciones aisladas o sistemáticas de tortura.

4.1. *Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes*

Es así como, la Declaración de la ONU sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes –Declaración contra la Tortura– aprobada por resolución 3452 (XXX), del 9 de diciembre de 1975. Es un Instrumento no convencional que contiene 12 artículos en cuyo texto se definió por vez primera en el ámbito internacional, la antijurídica conducta de los torturadores. Observamos también que es un conjunto de normas, no vinculante pero sí autoritativo aplicable a todos los Estados³⁸.

En el artículo 1 de esa Declaración se define a la tortura, “a sus efectos”, como “todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o de intimidar a esa persona o a otras. No se considerarán tortura las penas o sufrimientos que sean consecuencia

³⁷ OEA, *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, “Diez años de actividades”, Secretario General de la OEA, Washington, 1982, p. 92 y 96.

³⁸ Conf. DE LA CUESTA, ob. cit., p. 13; BLANC, ob. cit., p. 285 y 310; REINALDI, *El derecho absoluto a no ser torturado*, ob. cit., p. 81; BARBERO, ob. cit., p. 35.

únicamente de la privación legítima de la libertad, o sean inherentes o incidentales a ésta, en la medida en que estén en consonancia con las reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. La tortura constituye una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumano o degradante³⁹.

Este fue el primer ensayo de una definición, se observa que muchas de sus disposiciones son similares a las de la posterior Convención contra la Tortura. La aplicación de sus disposiciones a los malos tratos que no constituyen tortura es, en general más amplia. La Declaración, en síntesis, repudia la tortura por ser ofensiva a la dignidad humana y violatoria de los propósitos de la Carta de la Naciones Unidas⁴⁰.

La escasa eficacia de las múltiples declaraciones internacionales prohibitivas de la tortura, así como la indefinición en que dejan este concepto, convencieron a las Naciones Unidas de la necesidad de un texto internacional especial⁴¹.

En consecuencia de lo anterior, la resolución 39/46 del 10 de diciembre de 1984 –día en que se conmemoraba el 36° aniversario de la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos–, la Asamblea general aprobó la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes –Convención contra la Tortura– con el deseo de hacer más eficaz, en todo el mundo, la lucha contra ella y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, que importan un desconocimiento de los derechos iguales e inalienables que emanan de la dignidad inherente a la persona humana. Luego el 4 de febrero de 1985, en una ceremonia oficial celebrada en la sede de la ONU, se abrió a la firma y en esa misma fecha fue suscrita por veintidós países. La Convención entraría en vigor al recibir veinte ratificaciones⁴².

Este texto debía servir para confirmar los efectos vinculantes para el derecho internacional de las declaraciones generales de las Naciones Unidas sobre el tema, definir esas prácticas como crímenes y establecer obligaciones específicas de los Estados en orden a la sanción y persecución de los hechos⁴³.

³⁹ <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/783/65/PDF/NR078365>.

⁴⁰ BARBERO, ob. cit., p. 35.

⁴¹ Señalan DE LA CUESTA, ob. cit., p. 13; MAHIQUES, ob. cit., p. 164; BLANC, ob. cit., p. 310; BARBERO, ob. cit., p. 37.

⁴² REINALDI, *El delito de Tortura*, ob. cit., p. 47; BARBERO, ob. cit., p. 37.

⁴³ BLANC, ob. cit., p. 310; REINALDI, *El derecho absoluto a no ser torturado*, ob. cit., p. 83; BARBERO, ob. cit., p. 36.

4.2. *Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*

La Convención de la ONU contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes –Convención contra la Tortura– es vinculante para los Estados Parte⁴⁴.

Establece una serie de medidas con respecto a la prevención, la investigación, el procesamiento de responsables, tanto en el propio país como en el extranjero, y el ofrecimiento de reparación a las víctimas. De igual manera, la Convención responde a lo que establece la Declaración Universal en su artículo 5, y la disposición del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 7⁴⁵.

En la actualidad la Convención constituye el documento internacional más importante contra la tortura, cuya firma y ratificación, con “carácter de prioridad”, decidió exhortar a los Estados Parte, de igual manera la Asamblea General, tras definir la tortura como categoría diferente de las penas o tratamientos crueles, inhumanos o degradantes –regulados por el artículo 16–, se ocupa de establecer las obligaciones de estos en el plano interno e internacional⁴⁶.

Determinadas disposiciones de la Convención se ocupan de la tortura y de los malos tratos, mientras que otras, como las que hacen referencia a la tipificación como delito, el procesamiento y el ejercicio de la jurisdicción universal, solo se refieren a la tortura.

Consta de treinta y tres artículos, en los cuales se definen los actos de tortura que pueden cometer los funcionarios públicos u otras personas

⁴⁴ Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Entrada en vigor: 26 de junio de 1987, de conformidad con el artículo 27 (1). San Marino se convirtió en el Estado No. 143º parte de la Convención, el día 27 de noviembre de 2006.

⁴⁵ Conf. La Declaración Universal y el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos.

⁴⁶ Artículo 16. 1. Todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona. Se aplicarán, en particular, las obligaciones enunciadas en los artículos 10, 11, 12 y 13, sustituyendo las referencias a la tortura por referencias a otras formas de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. 2. La presente Convención se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en otros instrumentos internacionales o leyes nacionales que prohíban los tratos y las penas crueles, inhumanos o degradantes o que se refieran a la extradición o expulsión. DE LA CUESTA, ob. cit., p. 17.

—en ejercicio de funciones públicas— a instigación de ellos o con su consentimiento o aquiescencia⁴⁷; se impone a los Estados la obligación de tomar medidas para prevenir y sancionar la tortura en la legislación penal; el Estado será responsable y veedor de la educación y la información sobre la prohibición de la tortura, de igual manera el Estado velará por la reparación y la indemnización en caso de haber sido víctima de tortura, por lo tanto se rechaza la invocación de circunstancias de emergencia pública como justificación de esos actos y de igual manera la invocación de una orden de un funcionario superior; se obliga a los Estados Parte a instituir su jurisdicción cuando los delitos se cometan en su territorio, o el presunto autor sea nacional de ese Estado o lo sea la víctima; a no expulsar, devolver o extraditar a una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para temer que pueda ser sometida a tortura; a mantener “sistemáticamente un examen” de las normas e instrucciones, métodos y prácticas de interrogatorios, a fin de evitar la tortura⁴⁸.

Al estar la tortura prohibida en forma absoluta, todos los Estados Parte de la Convención no solamente deben abstenerse de ponerla en práctica sino también contraen la obligación de impedir toda medida que la favorezca.

Partiendo entonces de este análisis, la Convención contra la Tortura, en su artículo 1 afirma: “1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”⁴⁹.

La definición de este artículo, contiene cinco elementos claves; La Tortura implica infligir “dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos

⁴⁷ BARBERO, ob. cit., p. 39.

⁴⁸ http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h_cat39_sp.htm.

⁴⁹ Numeral 2. “El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance”.

o mentales”. La inclusión del concepto de sufrimiento “mental” es muy importante: la tortura no se restringe a infligir sufrimiento físico. El dolor o sufrimiento es “grave”⁵⁰.

En caso contrario, el acto no se considera tortura según la Convención, aunque sí es posible que constituya maltrato. Se inflige intencionadamente. El dolor o el sufrimiento que se inflige de forma accidental no constituyen tortura. Se inflige con un fin determinado “obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o sospeche que se haya cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación”.

El responsable es “un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”. La segunda frase del este artículo afirma que la definición no incluye “los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas”.

La definición del artículo 1 ha cobrado más importancia que nunca debido al número cada vez mayor de Estados Parte en la Convención, al creciente número de Estados que incluyen los elementos de la definición en sus leyes nacionales de prohibición de la tortura⁵¹, como a la tendencia cada vez más acusada por los tribunales regionales de derechos humanos, así como de los Tribunales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, de recurrir a ella al tomar sus decisiones con respecto a la tortura, y a las referencias autoritativas a elementos clave de la definición como asuntos del derecho internacional consuetudinario⁵².

En el plano interno obliga a los Estados vinculados a perseguir criminalmente a los torturadores con penas graves, es por esto que en el artículo 4 exige a los Estados Parte la obligación de velar para que “todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal”, a través de medidas legislativas, administrativas, judiciales, —y otras— efectivas, y a la adopción de los mecanismos necesarios para

⁵⁰ BARBERO, ob. cit., p. 39.

⁵¹ BARBERO, ob. cit., p. 46.

⁵² REINALDI, *El delito de Tortura*, ob. cit., p. 43; VILLAPALDO, Waldo, *De los Derechos Humanos al Derecho Internacional Penal*, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Ed. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 126; MAHIQUES, ob. cit., p. 164; DE LA CUESTA, ob. cit., p. 13; SALVIOLI, Fabián, “Curso básico sobre el Sistema Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas”, *Publicación Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. Costa Rica, 2003. p. 45.

prevenir estos actos, artículo 2.1, que no pueden encontrar justificación, artículo 2.2 y 3 por razones de emergencia, inestabilidad social o política o guerra, ni en las órdenes dictadas por un superior⁵³.

El artículo 8 exige a los Estados Parte que consideren el delito de tortura como un delito que permita la extradición entre ellos, mientras que los artículos 5 y 7, incluso una parte del artículo 6 señalan la aplicación del sistema de justicia penal y del ejercicio de la jurisdicción universal con respecto a la tortura. En complemento de los artículos precedentes los Estados acordaron en este sentido la ayuda mutua judicial más amplia. Esto se relaciona con el artículo 9. En relación con estos artículos, el artículo 1 sirve para definir los elementos del delito de tortura con el propósito de procesar a los torturadores conforme a las disposiciones de la Convención⁵⁴.

Asimismo, se detallan otras medidas a tomar por los Estados para evitar todo acto de tortura y pena o trato cruel, inhumano o degradante mediante: entre otras, la formación en el campo de los derechos humanos de los órganos encargados de la aplicación de las leyes⁵⁵, es por esto que la Convención deja a cargo del Estado Parte un deber general de información y de enseñanza artículo 10, y el de integrar a la interdicción de la tortura como parte integrante de la formación civil o militar de los encargados de la aplicación de las leyes, del personal militar, de los agentes de la función pública y de toda persona que pueda intervenir en el interrogatorio o la vigilancia de un detenido. Se trata de medidas, empero la mayoría de las veces ignoradas por los Estados participantes⁵⁶.

Además de una supervisión sistemática de los métodos y prácticas de los interrogatorios, las disposiciones relativas a la vigilancia y tratamientos de detenidos, se impone la obligación de proceder a una investigación imparcial cada vez que haya razones para creer que han sido cometidos actos de tortura, artículo 12. A su vez, la declaración obtenida mediante suplicios no puede ser invocada como elemento de prueba⁵⁷. Toda persona que alegue haber sido víctima de esos actos debe denunciarlos ante las autoridades competentes y ser protegida en iguales condiciones que los testigos, artículo 13. Finalmente, toda

⁵³ DE LA CUESTA, ob. cit., p. 17; BARBERO, ob. cit., p. 46.

⁵⁴ VILLAPALDO, ob. cit., p. 128; DE LA CUESTA, ob. cit., p. 17; REINALDI *El delito de Tortura*, ob. cit., p. 48; BARBERO, ob. cit., p. 46.

⁵⁵ DE LA CUESTA, ob. cit., p. 18.

⁵⁶ MAHIQUES, ob. cit., p. 165; BARBERO, ob. cit., p. 45.

⁵⁷ BARBERO, ob. cit., p. 45.

víctima tiene el derecho de obtener reparación y una indemnización equitativa, artículo 14⁵⁸.

En la tercera y última parte se contempla las adhesiones y ratificaciones; se establece el momento de su entrada en vigencia; se admite la posibilidad de formular una reserva sobre la competencia del comité; de hacer propuestas de enmiendas a la Convención; de solucionar mediante arbitraje las controversias que puedan surgir entre dos o más Estados Parte con respecto a su interpretación y aplicación y que no puedan resolverse mediante negociaciones; de denunciar la Convención y, de establecer los efectos que surtirá esa denuncia.

4.2.1. Comité contra la Tortura

El Comité contra la Tortura⁵⁹, se constituye a partir de la segunda parte de la Convención. La estructura del Comité es similar a la de los órganos encargados de vigilar la aplicación de otros tratados, de igual manera que el Comité de Derechos Humanos tiene la misión de velar por la observancia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Protocolo Adicional, el Comité contra la Tortura cuida de la Convención, y por lo tanto comprende los mismos términos y alcances⁶⁰.

En la Convención contra la Tortura en virtud del artículo 17 se reglamenta el Comité; el cual está formado por diez expertos que son elegidos en reuniones de los Estados Parte que celebran cada dos años.

Ante este Comité, cuya primera sesión tuvo lugar en Ginebra del 18 al 22 de abril de 1998, eligiéndose como Presidente al suizo J. Voyame, los Estados han de presentar un informe sobre “las medidas que hayan adoptado para dar efectividad a los compromisos que han contraído en virtud de la presente Convención”⁶¹.

⁵⁸ DE LA CUESTA, ob. cit., p. 18; MAHIQUES, ob. cit., p. 165; BARBERO, ob. cit., p. 45.

⁵⁹ El Comité como órgano de las Naciones Unidas, está encargado especialmente de la vigilancia de un instrumento multilateral de protección contra la tortura y otras sevicias. La Convención enuncia numerosas obligaciones que tienen por objeto reforzar la salvaguardia de los derechos humanos y las libertades fundamentales y a la vez otorga al Comité contra la Tortura amplias facultades de examen e investigación que han de garantizar su eficacia práctica.

⁶⁰ REINALDI, *El derecho absoluto a no ser torturado*, ob. cit., p. 87; DE LA CUESTA, ob. cit., p. 19; BLANC, ob. cit., p. 313; BARBERO, ob. cit., p. 46.

⁶¹ Después del examen de cada informe, el Comité puede de conformidad con el párrafo 3 del artículo 19 de la Convención, formular los comentarios generales acerca del informe. Puede en particular señalar si le parece que el Estado de que se trata no ha

Asimismo debe enviarse un informe inicial en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Convención en lo que respecta al Estado Parte interesado, e informes periódicos adicionales cada cuatro años. El Comité prepara conclusiones y recomendaciones en las que expone su valoración de la situación de la tortura y los malos tratos en el país, además formula recomendaciones para su mejora⁶².

El artículo 20 de la Convención también prevé la creación de un procedimiento de investigación que permite al Comité actuar a iniciativa propia a manera de estudiar las acusaciones en un Estado Parte cuando “se practica sistemáticamente” esto incluye la posibilidad de visitar el país⁶³.

El Comité contra la Tortura puede oír las quejas presentadas por un Estado Parte contra otro o por una persona sometida a su jurisdicción, siempre que, en virtud de los artículos 21⁶⁴ y 22⁶⁵ respectivamente, el Estado o los Estados en cuestión hayan declarado aceptar la competencia del Comité para hacerlo.

Las críticas más importantes lanzadas contra este mecanismo de aplicación se refieren fundamentalmente a su evidente pasividad frente a

cumplido determinadas obligaciones contraídas en virtud de la Convención. Los comentarios del Comité son comunicados al Estado Parte interesado, que puede a su vez presentar sus propias observaciones. http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu6/2/fs17_sp; MAHIQUES, ob. cit., p. 166; DE LA CUESTA, ob. cit., p. 19 y 20; BARBERO, ob. cit., p. 47.

⁶² BARBERO, ob. cit., p. 47.

⁶³ MAHIQUES, ob. cit., p. 166; DE LA CUESTA, ob. cit., p. 20; BARBERO, ob. cit., p. 47.

⁶⁴ Artículo 21.1 dispone: “Con arreglo al presente artículo, todo Estado Parte en la presente Convención podrá declarar en cualquier momento que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple las obligaciones que le impone la Convención. Dichas comunicaciones sólo se podrán admitir y examinar conforme al procedimiento establecido en este artículo si son presentadas por un Estado Parte que haya hecho una declaración por la cual reconozca con respecto a sí mismo la competencia del Comité. El Comité no tramitará de conformidad con este artículo ninguna comunicación relativa a un Estado Parte que no haya hecho tal declaración (...)”. Hasta el momento no se ha recibido ninguna queja entre Estados en virtud del artículo 2.1.

⁶⁵ El artículo 22.1 dispone: “Todo Estado Parte en la presente Convención podrá declarar en cualquier momento, de conformidad con el presente artículo, que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones enviadas por personas sometidas a su jurisdicción, o en su nombre, que aleguen ser víctimas de una violación por un Estado Parte de las disposiciones de la Convención. El Comité no admitirá ninguna comunicación relativa a un Estado Parte que no haya hecho esa declaración”.

los Estados, esto demuestra poca eficacia. En vista que la intervención es siempre posterior al momento de presentarse los hechos, esto se configura más como reacción o sanción que como medio preventivo.

En la Convención no se le reconoce al Comité sino la competencia para elaborar informes dirigidos a los Estados y la única sanción prevista es la publicación por el informe anual del Comité de los resultados de las investigaciones que se practiquen, de igual manera resulta insuficiente como medida de protección.

La mayor parte de estos mecanismos de observancia de las normas internacionales relativas a la interdicción de la tortura se han revelado ineficaces. El Comité contra la Tortura permanece actualmente acotado por las reglas limitativas. En razón de la férrea resistencia de ciertos Estados refractarios al incremento del control internacional, se ha insistido en el aumento de una cooperación acordada entre los Estados Parte y en que “la clave del problema reside en la prevención”⁶⁶.

4.3. *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*

La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, fue aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el 7 de diciembre de 1985, durante el decimoquinto período de sesiones celebrado en Cartagena de Indias, Colombia⁶⁷.

En su preámbulo afirma que “todo acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes constituyen una ofensa a la dignidad humana y una negación de los principios consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, así como en la Carta de las Naciones Unidas y son violatorios de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos”.

La Convención consta de veinticuatro artículos, en donde hace un llamado a los Estados para prevenir y sancionar, además de establecer la obligación que tienen frente a la tortura.

De esta manera encontramos en la Convención lo que se entiende por Tortura, también lo relacionado a su aplicación, además de esto señala

⁶⁶ MAHIQUES, ob. cit., p. 168.

⁶⁷ Entró en vigor el 28 de febrero de 1987 de conformidad con el artículo 22.

qué actos no están comprendidos: es el caso de las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas; posteriormente la Convención enumera quienes serán responsables del delito de tortura; al mismo tiempo impone a los Estados Parte, la obligación de tomar medidas para prevenir y sancionar la tortura en la legislación; se rechaza la invocación de circunstancias de emergencia pública como justificación de esos actos, se insta a los Estados a tomar medidas para el adiestramiento de la policía y de otros funcionarios responsables de la custodia de las personas privadas de la libertad; se pide a los Estados garantías de seguridad para las personas que denuncien los actos, además se pide se prevea las respectivas garantías constitucionales; como el compromiso de incorporar en la legislación nacional los compromisos internacionales; a no expulsar, devolver o extraditar a una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para temer que pueda ser sometida a tortura; se establece que “nada de lo dispuesto en la Convención podrá ser interpretado como limitación del derecho de asilo”; por último, los Estados deben mantener comunicación mediante informes de sus gestiones a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁶⁸.

Después de este análisis global de la Convención, observemos el artículo 2 que señala: “Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendentes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”.

En el inciso 2 aclara que: “No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo”.

Al contrario de lo que ocurre en el artículo 1 de la Convención de la ONU contra la Tortura, en esta definición no se menciona al responsable de los abusos. Sin embargo, el artículo 3 afirma: “Serán responsables

⁶⁸ Para el análisis de cada artículo ver la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

del delito de tortura: a). Los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan. b). Las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso a, ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices”.

Al igual que en la Convención contra la Tortura, la definición de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura sirve fundamentalmente para determinar los elementos del delito de tortura con el fin de abordar los actos delictivos, en caso necesario mediante la extradición o el ejercicio de la jurisdicción universal⁶⁹.

Se diferencia de la definición que aparece en la Convención contra la Tortura en los fines concretos citados, en la inclusión de la frase “con cualquier otro fin” y en la referencia a las torturas “tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental”.

4.4. *Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y otros Tratos Inhumanos o Degradantes y Comité Europeo para la Prevención de la Tortura*

Otro Instrumento específico sobre la prohibición y prevención de la tortura es el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y otros Tratos Inhumanos o Degradantes –Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura– el cual dispone la creación de un Comité –Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, CPT– este se estableció en el marco del Convenio del Consejo de Europa de 1987⁷⁰.

En virtud del Protocolo I del Convenio, existe la posibilidad de que Estados que no son miembros del Consejo de Europa sean invitados a convertirse en Estados Parte.

La labor del CPT se concibe como parte integrante del sistema del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos, al establecer un mecanismo no judicial previsor, paralelamente al mecanismo judicial de control a *posteriori* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

⁶⁹ BARBERO, ob. cit., p. 54.

⁷⁰ <http://www.cpt.coe.int/spanish.htm>.

El CPT ejerce sus funciones, fundamentalmente preventivas, a través de dos tipos de visitas –periódicas y *ad hoc*–. Las visitas periódicas se realizan regularmente en todos los Estados Parte del Convenio. Las visitas *ad hoc* se organizan en estos mismos Estados cuando el Comité considera que “las circunstancias lo exigen”⁷¹.

Es por esto que cuando realiza una visita, posee amplios poderes de conformidad con el Convenio, tales como el acceso al territorio del Estado en cuestión y derecho a desplazarse por el mismo sin restricciones; además tiene acceso ilimitado a cualquier lugar en que se encuentren personas privadas de libertad, incluido el derecho a moverse sin trabas en el interior de dichos lugares; de igual manera acceso a toda la información sobre lugares donde haya personas privadas de libertad y a cualquier otra información de que disponga la Parte y que el Comité necesite para el cumplimiento de su labor⁷².

5. OTROS TRATADOS ESPECIALIZADOS DE DERECHOS HUMANOS

La tortura y los malos tratos están expresamente prohibidos en virtud de una serie de tratados especializados de derechos humanos que son de aplicación con respecto a determinados grupos de personas o en circunstancias concretas.

De esta manera observamos en el artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁷³, el cual establece que los Estados Parte velarán porque: “Ningún niño será sometido a tortura ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes no se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad” (...).

Por otra parte, la Carta Africana sobre los Derechos y Bienestar del Niño también contienen prohibiciones explícitas de torturas y malos tratos⁷⁴.

⁷¹ MAHIQUES, ob. cit., p. 169; BARBERO, ob. cit., p. 56.

⁷² BARBERO, ob. cit., p. 56; MAHIQUES, ob. cit., p. 170.

⁷³ Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.

⁷⁴ AHG/ST.4.Rev.1. Resolución adoptada por la Asamblea de jefes de Estado y de gobierno de la OUA en su décimo sexto período ordinario de sesiones celebrado en Monrovia, Liberia, del 17 al 20 de julio de 1979.

Además, la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, señala en el artículo 5, “Todo individuo tiene derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano y al reconocimiento de su personalidad jurídica. Todas las formas de explotación y degradación humanas, en particular la esclavitud, la trata de esclavos, la tortura física o moral, y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, están prohibidas”.

Instrumentos regionales e internacionales destinados a combatir la discriminación contienen prohibiciones explícitas de tortura y malos tratos o prohibiciones de causar lesiones a la integridad física o mental, en virtud de las cuales estarían claramente prohibidos los actos de tortura y malos tratos.

Por lo anterior, encontramos como en el artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial⁷⁵ obliga a los Estados Parte: a) “a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los siguientes derechos (...), b) El derecho a la seguridad personal y a la protección del Estado contra todo acto de violencia o atentado contra la integridad personal cometido por funcionarios públicos o por cualquier individuo, grupo o institución”.

En la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, su artículo 4 afirma que: “Toda mujer tiene derecho al reconocimiento goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos”⁷⁶.

Además, en su Recomendación General No. 19 sobre violencia contra la mujer, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, creado en virtud de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, ha incluido el derecho a no ser sometida a tortura ni malos tratos como uno de los derechos perjudicados o conculcados por la violencia basada en el sexo, lo que

⁷⁵ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Entrada en vigor: 4 de enero de 1969, de conformidad con el artículo 19.

⁷⁶ Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en su vigésimo cuarto período ordinario de sesiones, del 9 de junio de 1994, en Belem do Para, Brasil. Entrada en vigor: el 5 de marzo de 1995 de conformidad con el Artículo 21.

constituye discriminación según el significado de este término en la Convención.

Otros tratados internacionales también contienen prohibiciones similares. Así es como en el artículo 2 de la Convención para la Prevención y el Castigo del Delito de Genocidio⁷⁷ –Convención sobre el Genocidio– prohíbe: “causar lesión grave a la integridad física o mental” de los miembros de un grupo nacional, étnico, racial o religioso con el fin de conseguir la destrucción total o parcial de ese grupo.

La tortura y los malos tratos también se incluyen como un componente del crimen del *Apartheid* en el artículo 2 de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen del *Apartheid*⁷⁸.

La actuación contra la tortura también se ha convertido en una parte importante de la promoción y vigilancia de los derechos humanos en operaciones internacionales de mantenimiento de la paz y en otras actividades de la ONU y organizaciones intergubernamentales regionales sobre el terreno⁷⁹.

6. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Con el fin de salvaguardar los derechos esenciales del hombre en el continente americano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos instrumentó dos órganos competentes para conocer de las violaciones a los derechos humanos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁸⁰ y la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁸¹.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos –CIDH– es un órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados

⁷⁷ Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948, entrada en vigor 12 de enero de 1951, de conformidad con el artículo XIII.

⁷⁸ Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 3068 (XXVIII), de 30 de noviembre de 1973. Entrada en vigor: 18 de julio de 1976, de conformidad con el artículo XV.

⁷⁹ BARBERO, ob. cit., p. 33.

⁸⁰ <http://www.cidh.org/Default.htm>

⁸¹ <http://www.corteidh.or.cr>

Americanos⁸², cuyo mandato surge de la Carta de la OEA y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y que actúa en representación de todos los países miembros de la OEA.

Está integrada por siete miembros independientes que se desempeñan en forma personal, que no representan a ningún país en particular y que son elegidos por la Asamblea General.

Los Estados Parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos eligieron durante el Séptimo Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, a los juristas que serían los primeros jueces que compondrían la Corte Interamericana. La primera reunión de la Corte se celebró el 29 y 30 de junio de 1979 en la sede de la OEA en Washington.

Poco tiempo después y durante el Noveno Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA fue aprobado el Estatuto de la Corte y, en agosto de 1980, la Corte aprobó su Reglamento, el cual incluye las normas de procedimiento. El 25 de noviembre de 2003 durante el LXI período ordinario de sesiones, entró en vigor un nuevo reglamento, el cual se aplica a todos los casos que se tramitan actualmente ante la Corte.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución judicial autónoma de la Organización de los Estados Americanos cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros tratados concernientes al mismo asunto.

Es importante aclarar que tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su normatividad y reglamentación buscan la prevención y sanción de todas las acciones tendientes a violar los derechos humanos.

7. OBLIGACIONES LEGALES PARA PREVENIR LA TORTURA

Del mismo modo y en especial los instrumentos internacionales antes citados establecen ciertas obligaciones que los Estados Parte deben respetar para asegurar la prevención y protección frente a la tortura.

Entre esas obligaciones observemos las siguientes:

⁸² <http://www.oas.org/main/spanish>

- Tomar medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura. En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como el estado de guerra como justificación de la tortura –artículo 2 de la Convención contra la Tortura⁸³.
- Limitar el uso de la detención en incomunicación; asegurar que los detenidos estén en lugares oficialmente reconocidos de detención; asegurar que los nombres de las personas responsables de su detención figuren en registros fácilmente disponibles y accesibles a los interesados; registrar la hora y lugar de todos los interrogatorios, junto con los nombres de las personas presentes; y garantizar que médicos, abogados y familiares tengan acceso a los detenidos –artículo 11 de la Convención contra la Tortura; Principios 11 a 13, 15 a 19 y 23 del Conjunto de Principios sobre la Detención; párrafos 7, 22 y 37 de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos–.
- No se procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura –artículo 3 de la Convención contra la Tortura–.
- Penalización de todos los actos de tortura, incluida la complicidad o la participación en ellos –artículo 4 de la Convención contra la Tortura, Principio 7 del Conjunto de Principios sobre la Detención, artículo 7 de la Declaración de Protección contra la Tortura y párrafos 31 a 33 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos–⁸⁴.
- Procurar que la tortura sea un delito que dé lugar a extradición y ayudar a otros Estados Parte en lo que respecta a los procedimientos penales desarrollados en casos de tortura⁸⁵.
- Asegurar una educación y una información sobre la prohibición de la tortura en la formación profesional del personal encargado de la aplicación de la ley civil y militar, del personal médico, de

⁸³ Conf. Artículo 3 de la Declaración sobre la Protección contra la Tortura.

⁸⁴ Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, el 30 de agosto de 1955 y adoptadas por el Consejo Económico y Social, el 31 de julio de 1957, contiene disposiciones tendentes a la prohibición de la tortura y de los malos tratos a las personas privadas de libertad.

⁸⁵ Conf. Artículos 8 y 9 de la Convención contra la Tortura.

los funcionarios públicos y otras personas indicadas –artículo 10 de la Convención contra la Tortura, párrafo 54 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos–⁸⁶.

- Asegurar que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado de declaración –artículo 15 de la Convención contra la Tortura–⁸⁷.
- Asegurar que las autoridades competentes procedan a una investigación pronta e imparcial siempre que haya motivos razonables para creer que se ha cometido un acto de tortura –artículo 12 de la Convención contra la Tortura–. Principios 33 y 34 del Conjunto de Principios sobre la Detención⁸⁸.
- Asegurar que toda víctima de tortura obtenga reparación e indemnización adecuadas –artículos 13 y 14 de la Convención contra la Tortura, párrafos 35 y 36 de las Normas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos–.

⁸⁶ Ver artículo 5 de la Declaración sobre la protección contra la Tortura.

⁸⁷ Conf. Artículo 12 de la Declaración sobre la Protección contra la Tortura.

⁸⁸ Ver Artículo 9 de la Declaración sobre la Protección contra la Tortura

CAPITULO III

EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO
Y LA PROHIBICIÓN DE LA TORTURA
COMO ILÍCITO INTERNACIONAL

SUMARIO: I. Génesis del derecho internacional humanitario. 1. Una aproximación a la evolución del derecho internacional humanitario. II. El derecho de Ginebra y el derecho de La Haya. 1. Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949. 2. Protocolo I y II Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949, aprobados en 1977. III. El Comité Internacional de la Cruz Roja “guardián” del derecho internacional humanitario. IV. Tratados que forman parte del derecho internacional humanitario.

I. GÉNESIS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Todas las civilizaciones han establecido normas para limitar la violencia, incluso en situación de guerra, pues poner límites a la violencia es la esencia misma de la civilización. En este sentido, se puede decir que todas las civilizaciones se han dotado de índole humanitaria¹.

La gran influencia religiosa en algunos pueblos de la antigüedad, trae consigo cierta normatividad en la guerra con un fuerte carácter obligatorio.

Es considerable tener en cuenta que estas normas se las respetaba porque se tenía la convicción de que su cumplimiento obedecía a un precepto divino o inspirado por la divinidad. Sin embargo, el origen religioso de estas normas también limitaba su ámbito de aplicación: se acataban en un espacio geográfico determinado, entre pueblos que formaban parte de la misma cultura y que honraban al mismo dios o a los mismos dioses. La base jurídica y el ámbito de aplicación es lo que diferencia a estas normas del derecho internacional humanitario contemporáneo².

¹ MÜNKLER, Herfried, “Las Guerras del Siglo XXI”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 849 marzo, Ed. Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 2003, p. 11.

² BUGNION, François, “Debate Humanitario: Derecho, Políticas y Acción”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 160 diciembre, Ed. Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 2001, p. 262.

Por otra parte estas normas no escritas, basadas en la costumbre, fueron las que regularon los conflictos armados en la gran mayoría de pueblos, y de manera progresiva, hicieron su aparición con tratados bilaterales que los beligerantes ratificaban a veces después de la batalla; también se dieron reglamentos que los Estados promulgaban para las respectivas tropas antes y después de las batallas³.

La diferencia entre el derecho internacional humanitario contemporáneo y las normas de origen divino, es que el primero basa su obligatoriedad en el derecho positivo, es decir en la voluntad de los Estados, que se expresa, principalmente, mediante la costumbre y mediante tratados⁴. Como su obligatoriedad ya no depende del sustrato religioso, puede tender hacia la universalidad.

Es una realidad de la guerra, en vista que ni la vigencia del principio de la prohibición del recurso a la fuerza en el derecho internacional de nuestros días, ni los esfuerzos colectivos de erradicar la violencia, han conseguido librar a la humanidad del flagelo de la guerra⁵.

La idea de asistencia humanitaria, o de sociedad humanitaria y en algunos casos de intervención humanitaria, no son postulados o términos nuevos. Aunque la obligación de los Estados de asistir a las poblaciones en situación de sufrimiento extremo se ha desarrollado especialmente en las últimas décadas, se trata de una obligación percibida desde antiguo⁶.

Es precisamente en la doctrina revolucionaria del teólogo dominico de origen español y catedrático Francisco de Vitoria a mediados del Siglo XVI, influida por un claro referente religioso derivado del cristianismo, donde podemos encontrar el origen del derecho a la asistencia humanitaria.

³ CICR, OEA, *Curso Introductorio Sobre Derecho Internacional Humanitario*, Ed. Oficina de Derecho Internacional, Departamento de Asuntos Jurídicos Internacionales, Secretaría General, OEA, Washington, D.C. 2007, p. 28.

⁴ CICR, "Derecho Consuetudinario", *International Review of the Red Cross*, volumen 87, Numero 857, Ginebra, 2005, p. 11.

⁵ PÉREZ, González, Manuel, "Derecho Internacional Humanitario", *Centro de estudios de derecho internacional humanitario*, Tirant monografías 225, Cruz Roja Española, España, 2002, p. 41; PÉREZ, González, Manuel, "Adaptación de la legislación interna para la sanción de las infracciones contra el derecho internacional humanitario", *La obligación jurídico-internacional de adaptar la legislación penal interna de los Estados para la represión de las infracciones del derecho internacional humanitario*, Ed. CICR, Ginebra, 2000, p. 30.

⁶ KOLB, Robert, "Observaciones sobre las intervenciones humanitarias", *Revista internacional de la Cruz Roja No. 849*, Ed. CICR, Ginebra, 2003, p. 60; BUGNION, ob. cit., p. 26.

En Lyon, en 1557, se publicó la primera edición de las *Relectiones Theologicae*. Estas *Relectiones*, versan sobre cuestiones tales como la caridad, y los deberes del hombre desde que tiene uso de razón, el matrimonio, la potestad eclesiástica, la potestad del Papa y del Concilio, la potestad civil y finalmente dos versan sobre los asuntos de los Indios y del derecho de la guerra –*De jure belli hispanorum in bárbaros 1539*–. Aquí Vitoria expone los principios generales relativos a la ilicitud de la guerra y establece una serie de normas que recogen lo que es lícito en la guerra y lo que no lo es⁷.

Antes del advenimiento del derecho humanitario contemporáneo⁸, el derecho vigente en los conflictos armados, no estaba muy definido, en tanto que fueron normas no escritas, basadas en la costumbre, las que regularon los conflictos armados⁹.

Luego, progresivamente hicieron su aparición tratados bilaterales más o menos elaborados –carteles– que los beligerantes ratificaban a veces después de la batalla; había, asimismo, reglamentos que los Estados promulgaban para las respectivas tropas –Código de Lieber–¹⁰.

En consecuencia, el entonces derecho aplicable en los conflictos armados estaba limitado en el tiempo y en el espacio, dado que sólo era válido para una batalla o un conflicto determinado. Dichas normas variaban, asimismo, según la época, el lugar, la moral y las civilizaciones¹¹.

⁷ El antecedente de Francisco De Vitoria: La Idea del Ius Humanitas Societatis en ABRISKETA, Uriarte, Joana, *Derechos Humanos y Acción Humanitaria*, Universidad de Deusto, Ed. Itxaropena S.A., Bilbao, 2004, p. 39.

⁸ BARBERO, ob. cit., p. 30.

⁹ CICR, “Derecho Consuetudinario”, ob. cit., p. 12; BARBERO, ob. cit., p. 30.

¹⁰ El Código de Lieber fue preparado por Francis Lieber y proclamado por el presidente Lincoln mediante la Orden General núm. 100 del Departamento de Guerra. Washington, D. C., 24 de abril de 1863. El Código de Lieber o Instrucciones de Lieber, es importante en la medida en que era el primer intento de codificación de las leyes y costumbres de la guerra que existían en aquella época. Pero contrariamente al Primer Convenio de Ginebra, aprobado un año mas tarde, ese código no tenía valor de tratado, ya que estaba destinado a las fuerzas nordistas de los Estados Unidos de América que luchaban en la Guerra de Secesión. Conf. ABRISKETA, ob. cit., p. 47; COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, “Derecho Internacional Humanitario, Respuesta a sus preguntas”, CICR, Ginebra, 2003, p. 6; También CICR, OEA, *Curso Introductorio Sobre Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., p. 30; BARBERO, ob. cit., p. 30.

¹¹ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, “Derecho Internacional Humanitario, Respuesta a sus preguntas” ob. cit., p. 8.

De esta manera abordaremos el estudio del derecho internacional humanitario, y de la prohibición total de la tortura como ilícito internacional, la cual se encuentra prohibida por el conjunto de leyes internacionales que regulan la actuación de las partes en los conflictos armados.

Para esto es necesaria una reseña histórica, de la cual surge la vinculación del Comité Internacional de la Cruz Roja con el nacimiento y desarrollo del derecho internacional humanitario contemporáneo o moderno.

1. UNA APROXIMACIÓN A LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

En los orígenes de la humanidad se pueden encontrar normas que traten de regular la conducta de la guerra, costumbres humanitarias y prácticas –derivadas de imperativos morales, religiosos, políticos, sociales, militares y hasta económicos– que exigen que se respete a quien no combate y se le dé un trato humano¹².

Estas normas nacen de la guerra misma –tratados entre jefes militares o prácticas seguidas por los hombres de armas a lo largo de la historia– y se convierten en reglas consuetudinarias que reglamentan la guerra. Son las “leyes, usos y costumbres de la guerra”¹³.

Por esto al analizar en los métodos de guerra practicados por los pueblos primitivos se puede encontrar la ilustración de los diversos géneros de leyes internacionales de la guerra actualmente conocidas; leyes que distinguen diferentes categorías de enemigos; reglas que determinan las circunstancias, las formalidades y el derecho a comenzar y a terminar una guerra; reglas que prescriben límites en cuanto a las personas, a las estaciones del año, a los lugares, y a la conducción de la guerra; e incluso reglas que ponen la guerra fuera de la ley¹⁴.

¹² Con el tiempo esto sería la base de los Convenios de Ginebra. Nuevas y diferentes formas de la guerra. Ver MÜNKLER, ob. cit., p. 11.

¹³ En la realidad de la guerra y por todo lo anterior. PÉREZ, “Derecho Internacional Humanitario” ob. cit., p. 41; RODRÍGUEZ, José Luis, “Derecho Internacional Humanitario”, *Centro de estudios de derecho internacional humanitario*, Ed. Tirant Monografías 225, Cruz Roja Española, España, 2002, p. 65.

¹⁴ Philip Quincy Wright (28 December 1890 – 17 October 1970), was an American political scientist known for his pioneering work and expertise in international law and international relations.

Las primeras leyes de la guerra ya fueron proclamadas algunos milenios antes de nuestra era por las grandes civilizaciones, así encontramos como Hammurabi, Rey de Babilonia, promulgó estas leyes para evitar que el fuerte oprima al débil. Esto se realizó en busca de una pacificación para la época. Muchos textos antiguos, entre ellos el Mahabarata¹⁵, la Biblia y el Corán, contienen normas en las que se recomienda el respeto del adversario.

Esto nos muestra una evolución de las costumbres humanitarias, así vemos como los usos reglamentaron algunas cuestiones de las hostilidades, tales como el comportamiento de las fuerzas armadas en campaña, el respeto a las poblaciones civiles, los poderes del ocupante en territorio enemigo, además adoptaron progresivamente los principios de necesidad—solo está justificado hacer uso de la cantidad y clase de fuerza necesaria para la derrota del enemigo—, la detención del objeto de la guerra es compatible con el respeto a los heridos, enfermos, náufragos, prisioneros y población civil, así como también lealtad y cierto respeto mutuo¹⁶.

El origen del derecho internacional humanitario se remonta a las normas dictadas por las antiguas civilizaciones y religiones. La guerra siempre ha estado sujeta a ciertas leyes y costumbres. La codificación del derecho internacional humanitario a nivel universal comenzó en el siglo XIX¹⁷.

Desde entonces, los Estados han aceptado un conjunto de normas basado en la amarga experiencia de la guerra moderna, que mantiene un cuidadoso equilibrio entre las preocupaciones de carácter humanitario y las exigencias militares de los Estados¹⁸.

¹⁵ Más que un poema épico el *Mahabarata* constituye toda una tradición literaria y mitológica, dado que en él se conjugan múltiples versiones tanto de origen histórico como legendario y religioso. Por otro lado, esta obra monumental combina la prosa y el verso, si bien este último predomina como forma genérica de expresión. Con un total aproximado de 215.000 versos, distribuidos en diez cantos, el *Mahabarata* es ocho veces más extenso que la *Iliada* y la *Odisea* juntas. El argumento central del *Mahabarata* se refiere a la guerra entre dos familias Pandavas y Koravas —por la sucesión al trono. También llamados Pandos y Cauravyas, los integrantes de dichas familias están ligados por un antepasado común: el rey Bharata; de ahí que el título de la obra sea “la guerra de los bharatas”. Según parece, los acontecimientos que relata el gran poema se sitúan hacia el año 3103 a.C., fecha que concuerda con el inicio del “Kali Yuga” o edad sombría. En cuanto a la versión definitiva se ha estudiado que procede del siglo IV a.C.

¹⁶ RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 65.

¹⁷ BARBERO, ob. cit., p. 30.

¹⁸ CHETAIL, Vicent, “La contribución de la Corte Internacional de Justicia, al derecho internacional humanitario” *Revista Internacional de la Cruz Roja* No. 849, Ed. CICR, Ginebra, 2003, p. 82.

En la misma medida en que ha crecido la comunidad internacional, aumenta el número de Estados que contribuyen al desarrollo del derecho internacional humanitario¹⁹.

II. EL DERECHO DE GINEBRA Y EL DERECHO DE LA HAYA

El derecho internacional humanitario²⁰ es el conjunto de normas cuya finalidad, en tiempo de conflicto armado es, por una parte, proteger a las personas que no participan, o han dejado de participar, en las hostilidades y, por otra, limitar los métodos y medios de hacer la guerra²¹. Por todo lo anterior, el derecho internacional humanitario forma parte importante del derecho internacional público²².

Asimismo, el derecho internacional humanitario está formado por normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, especialmente destinadas a solucionar los problemas de índole humanitaria que se derivan directamente de los conflictos armados de carácter internacional o de carácter no internacional²³.

Por lo anterior, estas normas limitan por razones humanitarias, el derecho de las partes en conflicto a utilizar los métodos y medios de hacer la guerra de su elección; también el derecho internacional humanitario

¹⁹ PÉREZ, “Derecho Internacional Humanitario” ob. cit., p. 41; VALLADARES, Gabriel Pablo, *Anuario Brasileiro de Direito Internacional*, Ed. Cedin, Brasil, 2006, p. 123; ABRISKETA, ob. cit., p. 43; RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 65; Comité Internacional de la Cruz Roja. <http://www.icrc.org>.

²⁰ Las expresiones “derecho internacional humanitario”, “derecho de los conflictos armados” y “derecho de la guerra” pueden considerarse como equivalentes, y la elección de una u otra dependerá esencialmente de las costumbres y del público. Así, las organizaciones internacionales, o los Estados emplearán la expresión “derecho internacional humanitario” –o “derecho humanitario”–, mientras que, en las fuerzas armadas, las otras dos son las más frecuentemente utilizadas. Ver <http://www.icrc.org>.

²¹ BARBERO, ob. cit., p. 30; BUGNION, ob. cit., p. 263; PELLANDINI, Cristina, “Adaptación de la legislación interna para la sanción de las infracciones contra el derecho internacional humanitario”, Servicio de asesoramiento en derecho internacional humanitario, *Reunión de expertos de países iberoamericanos*, Ed. CICR, Ginebra, 2000, p. 11.

²² Derecho de gentes es la expresión utilizada en la doctrina clásica y es sinónima, de “derecho internacional público” o “derecho internacional”. Éste se define como el conjunto de normas jurídicas por las que se rigen las relaciones entre los Estados, así como con los demás miembros de la sociedad internacional. CICR, OEA, *Curso Introductorio Sobre Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., p. 25.

²³ CICR, OEA, *Curso Introductorio Sobre Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., p. 25.

protege a las personas y los bienes afectados o que pueden verse afectados a consecuencia del conflicto²⁴.

El objetivo esencial del derecho internacional humanitario, no es más que regular el respeto de la dignidad humana en los conflictos de carácter internacional o de carácter no internacional. Se basa en el principio de que: “las partes en conflicto no causarán a su adversario males desproporcionados con respecto al objetivo de la guerra que es destruir o debilitar el potencial militar del enemigo”²⁵.

Su aplicación es temporal o excepcional, en cuanto solo se aplica cuando existe un conflicto armado²⁶. Por lo anterior no examina ni toma nota de las causas o motivos que llevaron al conflicto, asimismo no legitima a la parte que causó el conflicto; el derecho internacional humanitario, solo busca minimizar los efectos y regular el enfrentamiento bélico. Por último, sus principios, preceptos y normatividad, tienen un fuerte contenido de derecho consuetudinario²⁷.

En consecuencia haremos una distinción para tener en cuenta y clarificar ciertos conceptos, así encontramos que, el derecho internacional humanitario o derecho de los conflictos armados, o derecho de la guerra comprende el derecho de Ginebra y el derecho de La Haya²⁸.

Pero al realizar el análisis y la distinción entre uno y otro derecho, se comprueba que no existe línea divisoria claramente definida entre estas dos normativas, sino que se trata de un compilado de normas, agrupadas

²⁴ CICR, “Derecho Consuetudinario”, ob. cit., p. 11; ABRISKETA, ob. cit., p. 46; BUGNION, ob. cit., p. 265; RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 64.

²⁵ Conf. BUGNION, ob. cit., p. 264. Ver BARBERO, ob. cit., p. 31.

²⁶ VALLADARES, *Anuario Brasileiro de Directo Internacional*, ob. cit., p.142; BARBERO, ob. cit., p. 30.

²⁷ A diferencia del derecho convencional, el derecho internacional consuetudinario no está expresado por escrito. Para probar que determinada norma es consuetudinaria, se debe demostrar que refleja la práctica de los Estados y que existe la convicción, en la comunidad internacional, de que esa práctica es requerida por el derecho. En ese contexto, la “práctica” se refiere a la práctica oficial de los Estados, es decir sus declaraciones formales. Es posible que algunos Estados realicen una práctica contraria, pues si ésta es condenada por otros Estados o rechazada por el propio Gobierno, la norma original queda efectivamente confirmada. Normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario. Informe preparado por el Comité Internacional de la Cruz Roja, XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, 2-6 de diciembre de 2003.

²⁸ CICR, OEA, *Curso Introductorio Sobre Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., p. 27; ver BARBERO, ob. cit., p. 30.

bajo dos nombres distintos presentando una evolución progresiva desde sus inicios²⁹.

Observamos entonces que el derecho de Ginebra o derecho humanitario propiamente dicho tiene por objetivo proteger a los militares puestos fuera de combate y a las personas que no participan directamente en las hostilidades, en particular la población civil, serán respetadas, protegidas y tratadas con humanidad³⁰.

Respecto al derecho de La Haya o derecho de la guerra, encontramos que determina los derechos y las obligaciones de los beligerantes en la conducción de las operaciones militares y se limita la elección de los métodos y medios para perjudicar al enemigo³¹.

Se busca a partir del derecho de La Haya, que los instrumentos utilizados por los actores en la guerra, no sean ilimitados sino que por el contrario tengan componentes de carácter humanitario. Por lo anterior se prohíbe emplear armas o métodos de guerra que puedan causar pérdidas inútiles o sufrimientos excesivos³².

Sin embargo, estas dos ramas del derecho internacional humanitario no son totalmente independientes, dado que la finalidad de algunas normas del derecho de La Haya es proteger a las víctimas de los conflictos, y la de otras normas del derecho de Ginebra es limitar la acción de los contendientes en las hostilidades. Por todo lo anterior encontramos que, con la aprobación de los Protocolos adicionales de 1977, en los que se han reunido ambas ramas del derecho internacional humanitario, hoy esta distinción sólo tiene un valor histórico y didáctico³³.

Es importante tener en cuenta los principios fundamentales del derecho internacional humanitario, los cuales no tienen la autoridad de un instrumento jurídico y no pretenden, remplazar los tratados vigentes. Solo son las condiciones mínimas de regulación de la guerra, son los

²⁹ BUGNION, ob. cit., p. 265.

³⁰ ABRISKETA, ob. cit., p. 46; BUGNION, ob. cit., p. 265; RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 64; CICR, OEA, *Curso Introductorio sobre Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., p. 25; BARBERO, ob. cit., p. 30.

³¹ BUGNION, ob. cit., p. 265; RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 64; ABRISKETA, ob. cit., p. 46; CICR, OEA, *Curso Introductorio Sobre Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., p. 25.

³² Normas fundamentales del derecho internacional humanitario aplicables en los conflictos armados. En CICR, *Normas Fundamentales de los Convenios de ginebra y sus Protocolos Adicionales Conocimiento del Derecho Humanitario*, Ed. CICR, Ginebra, 1983, p. 7.

³³ De igual manera señala, BUGNION, ob. cit., p. 261; BARBERO, ob. cit., p. 30.

parámetros inspirados por los propios pueblos de la humanidad de los cuales han nacido las normas reguladoras frente a las hostilidades³⁴.

Para esto es necesario traer la referencia de PICTET con relación a los principios básicos del derecho internacional humanitario, donde resalta, que los “Convenios internacionales son una multitud de reglas que enuncian, en términos precisos, las obligaciones de los Estados. Pero por encima de estas disposiciones particulares, hay cierto número de principios en los que se inspira el conjunto de la materia”. Resaltando que en muchos casos se encuentran de manera expresa en dichos instrumentos convencionales o de manera indirecta³⁵.

Ahora bien, la tortura como ilícito internacional se encuentra estipulada tanto en el derecho de Ginebra, el derecho de La Haya, como en el derecho consuetudinario, por todo esto la prohibición de la tortura y la protección de las personas frente a este flagelo es un componente claro de regulación en la normatividad humanitaria³⁶.

Un principio común al derecho de Ginebra como al derecho internacional de los derechos humanos es el principio de inviolabilidad, donde el individuo tiene derecho al respeto de su vida, de su integridad física y moral y de los atributos inseparables de la personalidad. Estas personas serán, en toda circunstancia, protegidas y tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable³⁷.

Por todo lo anterior nadie será sometido a tortura física o mental, ni a castigos corporales o a tratos crueles o degradantes, están prohibidos los atentados contra la vida y la integridad corporal³⁸.

³⁴ CICR, *Normas Fundamentales de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales*, ob. cit., p. 7.

³⁵ PICTET, Jean, *Desarrollo y Principios del Derecho Internacional Humanitario*, Bogotá, Ed Tercer Mundo, 1988, p. 77; CICR, *Normas Fundamentales de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales*, ob. cit., p. 7; Conf. CICR, OEA, *Curso Introductorio Sobre Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., p. 26.

³⁶ La tortura como infracción grave al derecho internacional humanitario. Ver Primer Convenio de Ginebra artículo 50; Segundo Convenio de Ginebra artículo 51; Tercer Convenio de Ginebra artículo 130; Cuarto Convenio de Ginebra artículo 147. Protocolo I artículo 85; Protocolo II artículo 4.

³⁷ De esta manera las personas fuera de combate y las que no participan directamente en las hostilidades tienen derecho a que se respete su vida y su integridad física y moral. Estas personas serán, en toda circunstancia, protegidas y tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable. Conf. CICR, *Normas Fundamentales de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales*, ob. cit., p. 7.

³⁸ Conf. Primer Convenio de Ginebra artículo 50; Segundo Convenio de Ginebra artículo 51; Tercer Convenio de Ginebra artículo 130; Cuarto Convenio de Ginebra

Esta protección también se extiende a los conflictos de carácter no internacional. Artículo 3 – Común a los Cuatro Convenios de Ginebra. Conflictos de carácter no internacional.

En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones: 1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. 2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Por todo lo anterior, un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.

En consecuencia apliquemos esto al principio de no discriminación, en vista que este principio nos aclara que: “Las personas serán tratadas sin distinción alguna fundada en la raza, el sexo, la nacionalidad, el idioma, la clase social, la fortuna, las opiniones políticas, filosóficas o religiosas, o en otro criterio análogo”, entonces la protección a las personas se hace más completa si nos fundamos en el principio de seguridad, en el cual el individuo tiene derecho a la seguridad de su persona, si esto es así, entonces estarán prohibidas las represalias³⁹, los castigos colectivos, la toma de rehenes y las deportaciones, por ende nadie será considerado

artículo 147. Protocolo I artículo 85; Protocolo II artículo 4. Todo esto en lo relativo a las infracciones graves.

³⁹ Conf. Primer Convenio de Ginebra artículo 46; Segundo Convenio de Ginebra artículo 47; Tercer Convenio de Ginebra artículo 13; Cuarto Convenio de Ginebra artículo 33. Protocolo I artículo 20, 51-56.

responsable de un acto que no haya cometido y se beneficiará de todas las garantías judiciales⁴⁰.

Esto nos conduce a poner la vista en las víctimas de los conflictos –derecho de Ginebra– es importante ahora observar los principios de regulación⁴¹.

- Las partes en conflicto harán distinción, en todo momento, entre población civil y combatientes, con miras a preservar a la población civil y los bienes de carácter civil.
- Ni la población civil como tal ni las personas civiles serán objeto de ataques. Estos solo estarán dirigidos contra los objetivos militares.
- Las personas que no participan –o que ya no pueden participar– en las hostilidades tienen derecho a que se respete su vida y su integridad física y moral. Dichas personas serán, en todas las circunstancias, protegidos y tratados con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable. Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos por la parte en conflicto en cuyo poder estén.
- Se prohíbe matar o herir a un adversario que haya depuesto las armas o que esté fuera de combate.
- El Estado debe asumir la protección, nacional e internacional, de las personas que tengan en su poder⁴².
- Los combatientes capturados y las personas civiles que se hallen bajo la autoridad de la parte adversaria tienen derecho a que se respete su vida, su dignidad, sus derechos individuales y sus convicciones –políticas, religiosas u otras-. Serán protegidos contra cualquier acto de violencia o de represalias. Se beneficiarán de las garantías judiciales fundamentales⁴³.

⁴⁰ En la obra *Desarrollo y Principios del Derecho Internacional Humanitario* Pictet hace un análisis exhaustivo de la protección a los militares que han depuesto las armas como a la población que no hace parte de las hostilidades, asimismo la relación entre el derecho de Ginebra y el derecho de La Haya, frente a los principios rectores del derecho internacional humanitario, son piezas fundamentales en este trabajo.

⁴¹ También sobre los principios en las decisiones de la Corte Internacional de Justicia CHETAIL, ob. cit., p. 97.

⁴² Por todos los Principios mencionados anteriormente ver CICR, OEA, *Curso Introductorio Sobre Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., p. 97.

⁴³ PICTET, ob. cit., p. 78.

De la misma manera en el Derecho de La Haya, también su ámbito de aplicación está dado por principios rectores⁴⁴, a saber:

- Las partes en conflicto y los miembros de sus fuerzas armadas no gozan de un derecho limitado por lo que atañe a la elección de los métodos y los medios de hacer la guerra⁴⁵. Queda prohibido emplear armas y/o métodos de guerra que puedan causar pérdidas inútiles o sufrimientos excesivos.
- La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares. Aquí es importante observar el artículo 22 del Código de Lieber⁴⁶. Esto también por que los ataques deben limitarse estrictamente a los objetivos militares. Todo esto por el principio de limitación.
- Con relación a los prisioneros de guerra el artículo 56 del Código de Lieber nos señala que: “No pueden ser castigados, ni pueden ser víctimas de venganza, sufrimiento, prisión cruel, privación de alimento, mutilación, muerte o cualquier otra forma de barbarie”⁴⁷.

Por todo lo anterior, en esta síntesis de principios encontramos que la tortura y los malos tratos se prohíben en cualquier circunstancia en virtud del derecho internacional humanitario y en el conjunto de leyes internacionales que regulan la actuación de las partes en conflictos armados, conocido también como derecho de los conflictos.

Por otra parte la prohibición de la tortura para extraer confesiones en Estados Unidos en la conducción de los ejércitos en campaña, está plasmada desde 1863 en las instrucciones proclamadas por el Presidente Lincoln, y se reguló en el artículo 16 en el cual encontramos que:

⁴⁴ Ver los principios de La Haya en las decisiones de la Corte Internacional de Justicia CHETAIL, ob. cit., p. 97.

⁴⁵ En el Código de Lieber, su artículo 14, señala que: “La necesidad militar, tal como lo conciben las naciones modernas y civilizadas, consiste en la necesidad de aquellas medidas que son indispensables para asegurar los fines de la guerra y que resultan lícitas según las modernas leyes y costumbre de la guerra”.

⁴⁶ En su artículo 22, el Código de Lieber señala que: “Sin embargo, con el avance de la civilización durante los últimos siglos ha avanzado también, especialmente en la guerra terrestre, la distinción entre el individuo privado perteneciente aun país hostil y el país hostil mismo con sus hombres en armas. Se ha reconocido más y más el principio según el cual el ciudadano inerme debe ser respetado en su persona, en su propiedad y en su honor como lo permitan las exigencias de la guerra”.

⁴⁷ Código de Lieber. Preparado por Francis Lieber y proclamado por el presidente Lincoln mediante la Orden General núm. 100 del Departamento de Guerra. Washington, D. C., 24 de abril de 1863.

“La necesidad militar no admite la crueldad, esto es, la producción de sufrimientos por el gusto de infringirlos o por venganza, ni la práctica de mutilaciones o heridas fuera de combate, ni la tortura para extraer confesiones. No autoriza el uso de veneno, ni la devastación indiscriminada (...)”⁴⁸.

Si bien no se menciona explícitamente la “tortura”, en el artículo 4 II y 58 del Reglamento Relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, expedido en La Haya en 1899, anexo al Convenio relativo a las leyes y usos de la guerra⁴⁹. El cual dispone, que los prisioneros de guerra en todo momento deben ser tratados con humanidad, lo que claramente excluye la tortura de los tratos aceptables.

Tampoco se menciona claramente en el artículo 12 de la Convención relativa a los derechos y a los deberes de las potencias y de las personas neutrales en caso de guerra terrestre, acordada en La Haya el 18 de octubre de 1907, la cual señala con relación a los beligerantes internados y los heridos atendidos en territorio neutral, que: “A falta de convenio especial, la potencia neutral suministrará a los internados los víveres, el vestuario y los auxilios prescritos por la humanidad y cuando se haga la paz se abonarán los gastos ocasionados por la internación”⁵⁰.

Es por esto que la presencia de la prohibición de la tortura en el derecho internacional de los derechos humanos no ha de menoscabar las contribuciones del derecho internacional humanitario registradas a lo largo del siglo pasado para confinar la tortura⁵¹.

Por todo lo anterior, y a manera de complemento, analizaremos los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus II Protocolos adicionales de 1977, por ser estos los principales instrumentos del derecho internacional humanitario.

1. CONVENIOS DE GINEBRA DEL 12 DE AGOSTO DE 1949

Los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949⁵² constituyen un importante progreso evolutivo en el desarrollo del derecho humanitario,

⁴⁸ CICR, OEA, *Curso Introductorio Sobre Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., p. 95.

⁴⁹ KÄLIN, ob. cit., p. 469; DE LA CUESTA, ob. cit., Prólogo p. XII; Conf. Reglamento Relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre.

⁵⁰ DE LA CUESTA, ob. cit., Prólogo p. XII.

⁵¹ KÄLIN, Walter, “La lucha contra la tortura”, *International Review of the Red Cross* No. 147, Ginebra, 1998, p. 469-481.

⁵² Las personas protegidas en los conflictos armados son; los heridos y los enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña –Primer Convenio de Ginebra–; los heridos, los

los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales de 1977 son los principales instrumentos del derecho internacional humanitario⁵³, los cuales han sido ratificados por 194 Estados y gozan de una amplia aceptación universal.

Son un conjunto de normas –con un componente de respeto y de dignidad al ser humano– que regulan las formas en que se pueden librar las guerras y garantizan la protección de las personas. En particular, protegen a las personas que no participan en las hostilidades –civiles, personal sanitario y religioso, miembros de organizaciones humanitarias– y a los que ya no pueden luchar o han depuesto las armas –heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra–⁵⁴.

Los Convenios y sus Protocolos estipulan que se ha de tomar medidas para prevenir o poner fin a lo que se conoce como “infracciones graves”. Los autores de infracciones graves deben ser sancionados⁵⁵. La tortura esta catalogada como una infracción grave en los cuatro convenios y en los protocolos adicionales⁵⁶.

De esta manera los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 prohíben “la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos” y “causar intencionalmente grandes sufrimientos o (...) atentar gravemente contra la integridad física o la salud” de las personas protegidas en virtud de estos Convenios; además identifican tales actos como “infracciones

enfermos y los náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar –Segundo Convenio de Ginebra–; los prisioneros de guerra –Tercer Convenio de Ginebra–; y las personas civiles en tiempo de guerra –Cuarto Convenio de Ginebra–.

⁵³ El Protocolo Adicional I, –Relativo a los Conflictos Armados Internacionales–, y el Protocolo Adicional II, –Relativo a los Conflictos Armados sin carácter Internacional–. Conf. <http://www.icrc.org>; Por todo lo anterior ver COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, “Derecho Internacional Humanitario, Respuesta a sus preguntas”, ob. cit., p. 11; CICR, OEA, *Curso Introductorio Sobre Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., p. 112.

⁵⁴ VALLADARES, *Anuario Brasileiro de Direito Internacional*, ob. cit. p. 142; ABRISKETA, ob. cit., p. 50; BUGNION ob. cit., p. 266; CICR, OEA, *Curso Introductorio Sobre Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., p. 112; REINALDI, *El derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 78; BARBERO, ob. cit., p. 30.

⁵⁵ Ver Primer Convenio de Ginebra, artículo 50; Segundo Convenio, artículo 51; Tercer Convenio de Ginebra, artículo 130; Cuarto Convenio de Ginebra, artículos 147; Protocolo I, artículo 85 y 11.

⁵⁶ Las infracciones graves a las que se refiere son las siguientes: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción y la apropiación de bienes, no justificada por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente.

graves” de los Convenios si se cometen contra “personas protegidas” y establecen la jurisdicción universal para infracciones graves⁵⁷.

Por lo anterior la prohibición expresa de la tortura esta plasmada en el Primer Convenio de Ginebra, artículo 12, el cual señala: “(...) Serán tratados y asistidos con humanidad por la Parte en conflicto que los tenga en su poder, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en el sexo, la raza, la nacionalidad, la religión, las opiniones políticas o en cualquier otro criterio análogo. Está estrictamente prohibido todo atentado contra su vida y su persona, en particular matarlos o exterminarlos, someterlos a tortura, efectuar en ellos experimentos biológicos, dejarlos deliberadamente sin atención médica o sin asistencia, o exponerlos a riesgos de contagio o de infección causados con esa finalidad. (...)”⁵⁸.

En el artículo 50 del mismo Convenio tenemos que: “Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción y la apropiación de bienes, no justificada por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente”.

En el Segundo Convenio de Ginebra, en su artículo 12, señala que: “(...). Serán tratados y asistidos con humanidad por la Parte en conflicto que los tenga en su poder, sin distinción desfavorable basada en el sexo, la raza, la nacionalidad, la religión, las opiniones políticas o en cualquier otro criterio análogo. Está estrictamente prohibido todo atentado

⁵⁷ Las personas protegidas por los Convenios de Ginebra en los conflictos armados internacionales son, principalmente, los heridos y los enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña –Primer Convenio de Ginebra–; los heridos, los enfermos y los náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar –Segundo Convenio de Ginebra–; los prisioneros de guerra –Tercer Convenio de Ginebra–; y las personas civiles en tiempo de guerra –Cuarto Convenio de Ginebra–. El artículo 3 Común a los Cuatro Convenios, aplicable en conflictos de carácter no internacionales, protege a “las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o cualquier otra causa”. Ver KÄLIN, ob. cit., p. 470.

⁵⁸ I Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña. Aprobado por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de guerra. Entrada en vigor el 21 de octubre de 1950.

contra su vida y su persona, en particular matarlos o exterminarlos, someterlos a tortura, efectuar en ellos experimentos biológicos, dejarlos deliberadamente sin atención médica o sin asistencia, o exponerlos a riesgos de contagio o de infección causados con esa finalidad. (...)”⁵⁹.

La tortura como infracción grave está en el artículo 51 del mismo Convenio el cual señala: “Las infracciones graves (...), la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, (...) no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala ilícita y arbitrariamente”.

El artículo 13 del Tercer Convenio de Ginebra, señala que: “Los prisioneros de guerra deberán ser tratados humanamente en todas las circunstancias. Está prohibido y será considerado como infracción grave contra el presente Convenio, todo acto ilícito o toda omisión ilícita por parte de la Potencia detenedora, que comporte la muerte o ponga en grave peligro la salud de un prisionero de guerra en su poder. En particular, ningún prisionero de guerra podrá ser sometido a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos sea cual fuere su índole, que no se justifiquen por el tratamiento médico del prisionero concernido, y que no sean por su bien. (...) deberán ser protegidos en todo tiempo, especialmente contra todo acto de violencia o de intimidación, contra los insultos y la curiosidad pública. (...)”⁶⁰.

También en el tercer Convenio, ahora en el artículo 130 dentro de las infracciones graves encontramos los ilícitos que se prohíben, “(...), la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, el hecho de forzar a un prisionero de guerra a servir a las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, o el hecho de privarlo de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio”.

⁵⁹ II Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar. Aprobado por la Conferencia Diplomática para elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de guerra. Entrada en vigor el 21 de octubre de 1950.

⁶⁰ III Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra. Aprobado por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de guerra. Entrada en vigor el 21 de octubre de 1950.

En el Cuarto Convenio de Ginebra en el artículo 16, con relación a la protección general de heridos y enfermos frente a los malos tratos encontramos que: “los heridos y los enfermos, así como los inválidos y las mujeres encinta, serán objeto de protección y de respeto particulares. Si las exigencias militares lo permiten, cada una de las Partes en conflicto favorecerá las medidas tomadas para la búsqueda de los muertos y de los heridos, para acudir en ayuda de los náufragos y de otras personas expuestas a un peligro grave y para protegerlas contra el pillaje y los malos tratos”⁶¹.

En el artículo 27 del mismo Convenio al referirse al trato de las personas protegidas encontramos que: “(...) tienen derecho, en todas las circunstancias, a que su persona, su honor, sus derechos familiares, sus convicciones y prácticas religiosas, sus hábitos y sus costumbres sean respetados. Siempre serán tratadas con humanidad y protegidas especialmente contra cualquier acto de violencia o de intimidación, contra los insultos y la curiosidad pública (...). No obstante, las Partes en conflicto podrán tomar, con respecto a las personas protegidas las medidas de control o de seguridad que sean necesarias a causa de la guerra”.

El artículo 31 prohíbe la coacción de índole física o moral contra las personas protegidas, en especial para obtener de ellas, o de terceros, informaciones.

La prohibición de castigos corporales en el Cuarto Convenio de Ginebra se sitúa en el artículo 32, el cual señala que: “Las Altas Partes Contratantes prohíben expresamente emplear toda medida que pueda causar sufrimientos físicos o la exterminación de las personas protegidas que estén en su poder. Esta prohibición se aplica no solamente al homicidio, a la tortura, a los castigos corporales, a las mutilaciones y a los experimentos médicos o científicos no requeridos por el tratamiento médico de una persona protegida, sino también a cualesquiera otros malos tratos por parte de agentes civiles o militares”.

Para finalizar en el artículo 147, al igual que los otros tres Convenios retoma el tema de las infracciones graves en el cual cita a la tortura.

Los Convenios y los Protocolos son aplicables en toda circunstancia, tan pronto como hay un conflicto armado. Así lo señala el artículo 2, de

⁶¹ IV Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. Aprobado por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de guerra. Entrada en vigor el 21 de octubre de 1950.

los Convenios I al IV, y el Protocolo I artículo 1, pero con restricciones en caso de conflicto armado no internacional de gran intensidad, en el cual sólo se aplican ciertas normas del Protocolo II⁶².

Por todo lo anterior observamos ciertas disposiciones comunes a los cuatro Convenios, es por esto que en todos los casos se deben salvaguardar los principios de humanidad sin distinción alguna de índole desfavorable⁶³.

El ámbito de protección continua, ahora con relación a las represalias tomadas contra las personas, método prohibido en los cuatro Convenios y en el Protocolo I. Se refieren a los heridos, los enfermos y los náufragos, el personal sanitario y los servicios sanitarios, el personal y los servicios de protección civil, los prisioneros de guerra, las personas civiles, de igual manera esta protección se da a los bienes civiles y culturales, el medio ambiente natural y las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas. Estas disposiciones están plasmadas en el Convenio I, artículo 46; Convenio II, artículo 47; Convenio III, artículo 13; Convenio IV, artículo 33; y en el Protocolo I, artículos 20, 51 al 56.

El derecho de Ginebra señala que nadie podrá ser obligado a renunciar ni renunciará voluntariamente a los derechos que se le otorgan según lo estipulado en los Convenios I, II y III en su artículo 7; y en el Convenio IV artículo 8; como el Protocolo I, artículo 1.

Las personas protegidas deberán siempre poder beneficiarse de la actividad de una Potencia protectora la cual puede ser un Estado neutral encargado de salvaguardar sus intereses, o el Comité Internacional de la Cruz Roja, como también cualquier otra organización humanitaria imparcial. Todo lo anterior teniendo en cuenta los Convenios I al III, artículos 8, 9,10 respectivamente; como el Convenio IV, en sus artículos 9, 10, 11; y el Protocolo I, artículo 5.

El artículo 3, común a los cuatro Convenios, amplía al “conflicto armado sin carácter internacional”⁶⁴ una lista de normas fundamentales para la protección de personas que no “participen directamente en las

⁶² Conf. Convenios los cuatro de Ginebra y sus dos Protocolos Adicionales.

⁶³ Esta disposición esta presente en el artículo 3 común –mini tratado– de los cuatro Convenios de Ginebra.

⁶⁴ El concepto de conflicto armado de índole no internacional, se aplica habitualmente a los enfrentamientos armados entre fuerzas armadas gubernamentales y grupos armados de oposición organizados que se producen en el territorio de un Estado concreto. En estos conflictos también se incluyen aquellos en los que dos o más facciones armadas de un país se enfrentan sin la participación de fuerzas gubernamentales, como ocurre cuando el gobierno oficial se ha disuelto. En cambio

hostilidades” o hayan dejado de hacerlo, que cada parte en conflicto “tendrá la obligación de aplicar, como mínimo”⁶⁵.

Del mismo modo y en virtud del artículo 3 común, “los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, las torturas y los suplicios”, así como “los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes”, “se prohíben, en cualquier tiempo y lugar” con respecto a estas personas.

2. PROTOCOLOS ADICIONALES A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DE 1949, APROBADOS EN 1977

El Protocolo Adicional I, relativo a los conflictos armados internacionales, amplía la lista de infracciones graves en sus artículos 11 y 85. A su vez reafirma la prohibición de “los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas”, en particular “la tortura de cualquier clase, tanto física como mental”, las penas corporales y las mutilaciones, y “la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor”, contra “personas que estén en poder de una Parte en conflicto”⁶⁶.

En lo relativo a los conflictos armados sin carácter internacional el Protocolo Adicional II, prohíbe en todo momento “los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular el homicidio y los tratos crueles tales como la tortura y las mutilaciones o toda forma de pena corporal” contra “las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de libertad” estas disposiciones están plasmadas en el artículo 4 de dicho Protocolo⁶⁷.

Las obligaciones establecidas en los Convenios de Ginebra y en los Protocolos Adicionales son vinculantes para los Estados Parte en estos instrumentos. Además, no sólo los Estados, sino también otras partes en un conflicto armado están obligados a aplicar las disposiciones del artículo 3 común y cuando corresponda el Protocolo Adicional II⁶⁸.

no se considera conflicto armado de carácter no internacional a las tensiones internas.

⁶⁵ REINALDI, *El derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 78.

⁶⁶ Conf. Artículo 75, Protocolo Adicional I.

⁶⁷ Ver Protocolo adicional II.

⁶⁸ Conf. Artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra.

Al convertirse en Parte de los Convenios de Ginebra, los Estados se comprometen a tomar todas las medidas legislativas necesarias para sancionar a las personas culpables de infracciones graves contra esos Convenios.

El derecho internacional humanitario va más allá, puesto que se exige que los Estados busquen y sancionen a toda persona que haya cometido infracciones graves, independientemente de su nacionalidad o del lugar en que se haya cometido la infracción. Ese principio, denominado de jurisdicción universal, es esencial para garantizar una represión eficaz de las infracciones graves⁶⁹. Los enjuiciamientos incumben a los tribunales nacionales de los distintos Estados o a una instancia internacional.

Por todo lo anterior entendemos que la obligación jurídica de dar a conocer los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales incumbe a los Estados.

Es por esto que “Las Altas Partes Contratantes se comprometen a difundir lo más ampliamente posible, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra, el texto del presente Convenio en el país respectivo, y especialmente a incorporar su estudio en los programas de instrucción militar y, si es posible, civil, de modo que sus principios sean conocidos por el conjunto de la población, especialmente por las fuerzas armadas combatientes, por el personal sanitario y por los capellanes”⁷⁰.

Del mismo modo “Las Altas Partes Contratantes se comprometen a difundir lo más ampliamente posible, tanto en tiempo de paz como en tiempo de conflicto armado, los Convenios y el presente Protocolo en sus países respectivos y, especialmente, a incorporar su estudio en los programas de instrucción militar y a fomentar su estudio por parte de la población civil, de forma que esos instrumentos puedan ser conocidos por las fuerzas armadas y la población civil.

Las autoridades militares o civiles que, en tiempo de conflicto armado, asuman responsabilidades en cuanto a la aplicación de los Convenios y del presente Protocolo deberán estar plenamente al corriente de su texto”. Protocolo I, artículo 83⁷¹.

⁶⁹ Con relación a las infracciones graves ver, Primer Convenio de Ginebra, artículo 50; Segundo Convenio, artículo 51; Tercer Convenio de Ginebra, artículo 130; Cuarto Convenio de Ginebra, artículos 147; Protocolo I, artículo 85 y 11.

⁷⁰ Convenios de Ginebra I, II, III y IV, artículos 47/48/127/144 respectivamente.

⁷¹ Asimismo en el artículo 19, del Protocolo II, señala que: “El presente Protocolo deberá difundirse lo más ampliamente posible”.

Como guardián del derecho internacional humanitario es importante citar algunos puntos importantes de la gestión que realiza el Comité Internacional de la Cruz Roja.

III. COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA “GUARDIÁN” DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

En efecto, ante la evolución de la guerra entre Estados, Jean-Jacques ROUSSEAU en el siglo XVIII, realiza una importante contribución al formular el siguiente principio: “La guerra no es, pues, una relación de hombre a hombre, sino de un Estado con otro Estado, en la que los particulares sólo son enemigos accidentalmente, no como hombres, ni como ciudadanos, sino como soldados (...). Siendo el objeto de la guerra la destrucción del Estado enemigo, hay derecho para matar a sus defensores en tanto que tienen las armas en las manos; pero luego que las dejan y se rinden, no son enemigos ni instrumentos del enemigo, y como vuelven a entrar en la simple clase de hombres, ya no se tiene derecho sobre su vida”⁷².

Ante la cancelación del Congreso de Beneficencia que se iba a celebrar en Berlín el 26 de octubre de 1863, en Ginebra se reunieron representantes de dieciséis países y cuatro instituciones filantrópicas⁷³, celebrando una Conferencia en la que crearon el Movimiento Internacional de la Cruz Roja.

Durante dicha reunión se escogió el emblema de la Cruz Roja sobre fondo blanco⁷⁴. Asimismo se instituirían en cada país comités de socorro encargados de apoyar en tiempo de guerra a los servicios de salud de los ejércitos y en tiempos de paz, formarían a enfermeras y prepararían socorros materiales⁷⁵.

En la Guerra de Oriente de 1876, el Imperio Otomano, envió una carta al Comité Internacional de la Cruz Roja, anunciando que para la

⁷² CICR, OEA, *Curso Introductorio Sobre Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., p. 27.

⁷³ Estas instituciones estaban conformadas por un grupo que se conoce como el “Comité de los Cinco”, y estaba integrado por el General Guillaume Henry Dufour, el Abogado Gustave Moynier, el Médico Dr. Louis Appia, el Médico Dr. Theodore Maunoir y por Jean Henri Dunant. VALLADARES, *Anuario Brasileiro de Directo Internacional*, ob. cit., p. 124.

⁷⁴ PÉREZ, González, Manuel, “Derecho Internacional Humanitario” ob. cit., p. 53.

⁷⁵ BUGNION, ob. cit., p. 262.

identificación de sus cuerpos de socorro adoptaba el emblema de la media luna roja sobre fondo blanco, explicando que lo hacía porque el emblema de la cruz roja sobre fondo blanco chocaba con la susceptibilidad de los soldados musulmanes⁷⁶.

El Comité Internacional de la Cruz Roja, nació del gesto solidario y de las ideas humanitarias de un hombre preocupado, por el sufrimiento de las víctimas de las guerras de su época⁷⁷. Es por esto que, sobre las bases filantrópicas expresadas por Jean Henri DUNANT⁷⁸ en su obra “Recuerdos de Solferino”, se crea la Cruz Roja, de manera tal que el derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados no ha cesado de desarrollarse⁷⁹.

Posterior a la Conferencia de 1863 se firma el Convenio de 1864, el cual busca aliviar la suerte de los militares heridos de los ejércitos en campaña, codifica, y mejora, a modo de un tratado multilateral, las leyes y costumbres de la guerra, antiguas, fragmentarias y dispersas, por las que se protege a los heridos y al personal enfermero⁸⁰. Este tratado es conocido en doctrina como el “Convenio Padre” o el “Convenio Madre” el cual fue revisado, modificado y ampliado en varias ocasiones, especialmente en 1907, 1929, 1949, 1977⁸¹.

Es importante tener en cuenta que Frédéric de Martens en 1899⁸², enuncia, para los casos no previstos en el derecho humanitario, el siguiente principio: “(...) las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública”. Esta “Cláusula de Martens”, que

⁷⁶ VALLADARES, *Anuario Brasileiro de Directo Internacional*, ob. cit., p. 125.

⁷⁷ VALLADARES, *Anuario Brasileiro de Directo Internacional*, ob. cit., p. 122.

⁷⁸ Jean Henry DUNANT, nació el 8 de mayo de 1828, en Ginebra Suiza. En su juventud conforme “La Sociedad Filantrópico para socorrer ancianos y enfermos detenidos” e hizo parte de “La Unión de Jóvenes Cristianos de Ginebra” mostrando un alto espíritu altruista y humanitario. Fue cofundador del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja. Recibió el Premio Nobel de la Paz en 10 de diciembre de 1901. Murió a los 82 años, el 30 de octubre de 1910 en Heiden.

⁷⁹ PÉREZ, GONZÁLEZ, Manuel, “Derecho Internacional Humanitario” ob. cit., p. 53; BUGNION, ob. cit., p. 262; VALLADARES, *Anuário Brasileiro de Directo Internacional*, ob. cit., p. 124; ABRISKETA, ob. cit., p. 43; CICR, OEA, *Curso Introductorio Sobre Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., p. 28.

⁸⁰ VALLADARES, *Anuario Brasileiro de Directo Internacional*, ob. cit., p. 125.

⁸¹ ABRISKETA, ob. cit., p. 45; BUGNION, ob. cit., p. 263.

⁸² CHETAIL, ob. cit., p. 102.

ya tenía valor de norma consuetudinaria, fue retomada en el Artículo 1, párrafo 2, del Protocolo Adicional I de 1977⁸³.

Con la firma del Tratado de Versalles en 1919, se pone fin a la Primera Guerra Mundial y se crea la Liga de Sociedad de Naciones en el ámbito internacional; mientras tanto en el mundo de la Cruz Roja, nacía la Liga de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, actualmente conocida con el nombre de Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y la Media Luna Roja⁸⁴.

La misión del Movimiento es prevenir y aliviar en todas las circunstancias, los sufrimientos humanos, es decir, proteger la vida, la salud y hacer respetar a la persona humana, en particular en tiempo de conflicto armado y en situaciones de emergencia⁸⁵. El Comité Internacional de la Cruz Roja, es una organización imparcial, neutral e independiente, el cual procura prevenir el sufrimiento mediante la promoción y el fortalecimiento del derecho internacional humanitario y de sus principios universales.

Por lo anterior el Presidente del Comité Internacional de la Cruz Roja Jakob Kellenberger, en la sede de la Organización de Estados Americanos, señalaba: “Los conflictos armados nunca han sido situaciones desprovistas de complicaciones y los esfuerzos humanitarios siempre han hecho frente a importantes desafíos”⁸⁶.

Todo esto supone ser comprendido y aceptado por todas las partes que intervienen en los conflictos armados y otras situaciones de violencia algo que no ocurre espontáneamente cuando la legitimidad de la acción humanitaria neutral e independiente es objeto de cuestionamiento, o se convierte en un instrumento de quienes detentan el poder⁸⁷.

El Comité Internacional de la Cruz Roja, elaboró estas normas de carácter fundamental, las cuales resumen lo esencial del derecho internacional humanitario.

Esta normatividad no tiene la autoridad de un instrumento jurídico y no pretenden, en absoluto, remplazar los tratados vigentes. En vista

⁸³ CICR, OEA, *Curso Introductorio Sobre Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., p. 27.

⁸⁴ VALLADARES, *Anuario Brasileiro de Directo Internacional*, ob. cit., p. 126.

⁸⁵ VALLADARES, *Anuario Brasileiro de Directo Internacional*, ob. cit., p. 127.

⁸⁶ CICR, OEA, *Curso Introductorio Sobre Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., p.9.

⁸⁷ Por lo anterior también CICR, OEA, *Curso Introductorio Sobre Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., p. 9.

que fueron redactadas con el fin de facilitar la difusión del derecho internacional humanitario.

- Las partes en conflicto harán distinción, en todo momento, entre población civil y combatientes, con miras a preservar a la población civil y los bienes de carácter civil. Ni la población civil como tal ni las personas civiles serán objeto de ataques.
- Los ataques sólo estarán dirigidos contra los objetivos militares. Las personas que no participan –o que ya no pueden participar– en las hostilidades tienen derecho a que se respete su vida y su integridad física y moral. Dichas personas serán, en todas las circunstancias, protegidas y tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable.
- Se prohíbe matar o herir a un adversario que haya depuesto las armas o que esté fuera de combate.
- Las partes en conflicto y los miembros de sus fuerzas armadas no gozan de un derecho ilimitado por lo que atañe a la elección de los métodos y medios de hacer la guerra. Queda prohibido emplear armas o métodos de guerra que puedan causar pérdidas inútiles o sufrimientos excesivos.
- Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos por la parte en conflicto en cuyo poder estén. El personal sanitario, las instalaciones, los medios de transporte y el material sanitarios serán protegidos.
- Los combatientes capturados y las personas civiles que se hallen bajo la autoridad de la parte adversaria tienen derecho a que se respete su vida, su dignidad, sus derechos personales y sus convicciones –políticas, religiosas u otras–. Serán protegidos contra cualquier acto de violencia o de represalias. Tendrán derecho a intercambiar correspondencia con sus familiares y a recibir socorros. Se beneficiarán de las garantías judiciales fundamentales⁸⁸.

El Comité Internacional de la Cruz Roja, desde el año de 1990 cuenta con el estatuto de Observador ante la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, lo que permite a la Institución expresar su opinión en este foro y ante sus comisiones de trabajo en todos aquellos temas concernientes al ámbito humanitario.

⁸⁸ Estas normas fundamentales hacen parte de los aportes que realiza el Comité Internacional de la Cruz Roja al derecho internacional humanitario.

En el plano de las organizaciones regionales, el Comité ha adquirido un estatuto similar en la mayor parte de ellas; por lo tanto es observador ante la Organización de la Unión Africana y su Comisión de Derechos Humanos y de los Pueblos y posee un estatuto especial en el seno en el Consejo de Europa, y de sus respectivas comisiones parlamentarias. Las relaciones de trabajo con la Organización de Estados Americanos están bastante afianzadas es por esto que desde hace varios años se promueve la adopción de resoluciones sobre el tema de la promoción y respeto del derecho internacional humanitario.

IV. TRATADOS QUE FORMAN PARTE DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

A partir de la firma del Convenio de Ginebra de 1864, el derecho internacional humanitario contemporáneo se ha venido desarrollando y cada vez más se articula a las guerras, al responder a las crecientes necesidades humanitarias, ocasionadas por la evolución del armamento y los tipos de conflictos.

Por esta razón ROUSSEAU y de MARTENS enunciaron los denominados principios de humanidad, los mismos autores de la Declaración de San Petersburgo formularon, explícita e implícitamente, los principios de distinción, de necesidad militar y de prohibición de los males superfluos.

Esto se entiende como el inicio de los principales tratados del derecho internacional humanitario⁸⁹.

Ahora observémoslos en orden cronológico según su aprobación:

1864: Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte que corren los militares heridos en los ejércitos en campaña.

1868: Declaración de San Petersburgo –prohibición del uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra–.

1899: Convenios de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre y sobre la adaptación a la guerra marítima de los principios del Convenio de Ginebra de 1864.

1906: Revisión y desarrollo del Convenio de Ginebra de 1864.

⁸⁹ CICR, OEA, *Curso Introductorio Sobre Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., p. 27.

1907: Revisión de los Convenios de La Haya de 1899 y aprobación de nuevos Convenios.

1925: Protocolo de Ginebra sobre la prohibición del empleo, en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos.

1929: Dos Convenios de Ginebra:

- Revisión y desarrollo del Convenio de Ginebra de 1906.
- Convenio de Ginebra relativo al trato de los prisioneros de guerra.

1949: Cuatro Convenios de Ginebra:

- I Para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos en las fuerzas armadas en campaña.
- II Para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar.
- III Relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.
- IV Relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

1954: Convención de La Haya para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado.

1972: Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas –biológica– y tóxicas y sobre su destrucción.

1977: Dos Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949 que mejoran la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales.

- Protocolo I. Conflictos armados internacionales.
- Protocolo II. Conflictos armados sin carácter internacional.

1980: Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados.

A esta Convención se añaden:

- Protocolo I. Sobre fragmentos no localizables.
- Protocolo II. Sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos.

- Protocolo III. Sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias.

1993: Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción.

1995: Protocolo sobre armas láser cegadoras.

- Protocolo IV. Convención de 1980.

1996: Protocolo enmendado sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos.

- Protocolo II. Enmendado de la Convención de 1980.

1997: Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción.

1998: Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

1999: Protocolo a la Convención de 1954 para la protección de los bienes culturales.

2000: Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados.

2001: Enmienda al artículo I de la Convención sobre ciertas armas convencionales.

2005: Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional.

- Protocolo III. Relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional.

CAPÍTULO IV

LA TORTURA COMO CRIMEN DE LESA HUMANIDAD
EN EL ESTATUTO DE ROMA DE LA
CORTE PENAL INTERNACIONAL

SUMARIO: I. A manera de antecedente. II. Compromiso internacional con la humanidad. III. Crímenes de lesa humanidad. 1. Elemento de contexto en los crímenes de lesa humanidad. 1.1. Ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque. a. Ataque. b. Generalizado o sistemático. c. Dirigido contra la población civil. d. El nexo entre los actos individuales y el elemento de contexto. e. El acto debe ser cometido “con conocimiento de dicho ataque”. IV. La jurisprudencia de los tribunales penales internacionales, en relación a la tortura como crimen de lesa humanidad. V. Crímenes de lesa humanidad en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. 1. La tortura como crimen de lesa humanidad en el Estatuto de Roma. VI. Análisis del delito de tortura, en el marco del Estatuto de Roma y la Convención contra la Tortura. 1. El bien jurídico protegido. 2. Tipo objetivo. 2.1. Sujeto activo. 2.2. Sujeto pasivo. 3. Acción y resultado. 4. Tipo subjetivo. 5. La antijuridicidad. 6. La culpabilidad. VII. ¿Es justificable la tortura en situaciones de necesidad extrema?

I. A MANERA DE ANTECEDENTE

En cuanto al desarrollo histórico del concepto de crímenes de lesa humanidad, el primer instrumento en el que se hizo referencia a ellos, aunque no explícita, fue en el II Convenio de La Haya relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (1899) y en la IV Convención de La Haya relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (1907), conocida luego como Cláusula Martens¹.

Esta cláusula dispone que: “En espera de que un código más completo de las leyes de la guerra pueda ser dictado, las altas partes hacen constar que, en los casos no comprendidos en las Convenciones, los pueblos y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del derecho de gentes tales como resultan de los usos establecidos entre

¹ CAPELLÀ I ROIG, ob. cit., p. 41; PARENTI, ob. cit., p. 12; BLANC, ob. cit., p. 21; BARBERO, ob. cit., p. 107.

naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”².

En especial los principios de trato humanitario y distinción entre combatientes y personas ajenas a las hostilidades, era el pilar de esta cláusula.

No siempre ha existido consenso en cuáles son tales delitos. Desde el Estatuto para el Tribunal Militar Internacional de Núremberg, se les ha mencionado, pero conectados a los crímenes contra la paz o los crímenes de guerra. Es decir, no podían calificarse en forma autónoma, siempre eran investigados y motivo de pronunciamiento jurisdiccional si estaban ligados a aquellos delitos. Diferente al Estatuto de Roma que tiene la tipificación de estos crímenes³, como también la aclaración de los elementos que poseen los crímenes, esto a manera de apoyo a la Corte al momento de interpretar y aplicar los artículos 6, 7, y 8 del Estatuto.

Por lo anterior observemos el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg el cual consignaba: (...) “crímenes contra la humanidad: El asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación u otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos para cometer cualquier crimen que sea de la competencia del tribunal o en relación con ese crimen, implique o el acto una violación del derecho interno del país donde se haya cometido”⁴. Hasta el momento no vemos ninguna relación con el delito de tortura, pero se hace mención a otros actos inhumanos, esto demuestra el alcance amplio que tenía el Estatuto.

No obstante advertimos que la Ley del Consejo de Control No. 10 de 1945, en el artículo II, párrafo (c), señala; “1. Se reconoce como crimen cada uno de los siguientes actos: (c). Crímenes contra la humanidad. Atrocidades y ofensas, incluyendo, pero no limitadas a

² AMBOS, Kai, *Los Crímenes más graves en el Derecho Penal Internacional*, Ed. Instituto Nacional de Ciencias Penales –INECIP–, México, 2005, p. 106; CAPELLÁ I ROIG, ob. cit., p. 37; PARENTI, ob. cit., p. 12.

³ Ver artículo 7 del Estatuto de Roma.

⁴ ROBERGE, Marie-Claude, “Jurisdicción de los Tribunales Ad Hoc para ex Yugoslavia y Ruanda por lo que respecta a los crímenes de lesa humanidad y de genocidio”, *Revista Internacional de la Cruz Roja N° 144*, Ed. CICR, Ginebra, 1997, p. 696; PARENTI, ob. cit., p. 18; AMBOS, Kai, *La Corte Penal Internacional*, “Colección de autores de derecho penal – dirigida por DONNA Edgardo Alberto”, Ed. Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2007, p. 220; AMBOS, Kai, *Los Crímenes más graves en el Derecho Penal Internacional*, ob. cit., p. 106; CAPELLÁ I ROIG, ob. cit., p. 37; BARBERO, ob. cit., p. 110.

asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, encarcelamiento, tortura, violación, u otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados⁵. En esta normatividad si se hace una manifestación expresa de la tortura como crimen contra la humanidad.

Es importante en este punto hacer referencia a la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad⁶, de 1968, en vista que se recogió la noción de crímenes de guerra y de crímenes contra la humanidad, tal como fueron descritos en el Estatuto del Tribunal Militar de Núremberg.

Tengamos en cuenta que la Convención hace varias referencias a instrumentos jurídicos internacionales –Convenios de Ginebra, Convención sobre el Genocidio, ECOSOC y Resoluciones de la Asamblea General–⁷ su importancia también radica en la revisión y actualización de los mismos instrumentos.

Así la disposición del artículo I, de la Convención señala; “Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido:

- a) Los crímenes de guerra (...);
- b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11

⁵ Castigo de personas culpables de crímenes de guerra, crímenes contra la paz y contra la humanidad. Berlín, 20 de diciembre de 1945. Conf. Ley del Consejo de Control No. 10 de 1945.

⁶ Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968. Entrada en vigor: 11 de noviembre de 1970, de conformidad con el artículo VIII.

⁷ Recordando las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 170 (II) de 31 de octubre de 1947, sobre la extradición y el castigo de los criminales de guerra; la resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, que confirma los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg y por el fallo de este Tribunal, y las resoluciones 2184 (XXI) de 12 de diciembre de 1966 y 2202 (XXI) de 16 de diciembre de 1966, que han condenado expresamente como crímenes contra la humanidad la violación de los derechos económicos y políticos de la población autóctona, por una parte, y la política de apartheid. También CAPELLÁ I ROIG, ob. cit., p. 64.

de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos”.

II. COMPROMISO INTERNACIONAL CON LA HUMANIDAD

Los Estados Parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, señalan en el preámbulo “(...) que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia”⁸.

Por todo lo anterior, concluimos que los Estados están demostrando el compromiso adquirido por la comunidad internacional de velar porque no se repitan las atrocidades que conmueven a la humanidad. De igual manera están decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes, pero esta preocupación internacional requiere del establecimiento de un alto tribunal judicial⁹.

La primera propuesta de creación de un tribunal de este tipo la realizó hace más de un siglo, en 1872, Gustave Moynier uno de los fundadores y, durante mucho tiempo, presidente del Comité Internacional de la Cruz Roja¹⁰.

Las noticias sobre las atrocidades cometidas en la guerra franco prusiana hicieron a Moynier abandonar la posición de que la presión de la opinión pública era suficiente sanción para los que incumplían el

⁸ Ver Preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

⁹ Es importante tener en cuenta este aparte del Preámbulo de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad. “(...)”. “Convencidos de que la represión efectiva de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad es un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y libertades fundamentales, y puede fomentar la confianza, estimular la cooperación entre los pueblos y contribuir a la paz y la seguridad internacionales”. Conf. Preámbulo de la Convención.

¹⁰ BARBERO, ob. cit., p. 109.

comportamiento mínimo exigible en las guerras y llegar a proponer un proyecto de tribunal penal internacional¹¹.

En este proyecto se habló de principios tan adelantados a su época como la jurisdicción exclusiva del tribunal internacional para el juzgamiento de infracciones al derecho humanitario o el tema de la indemnización de las víctimas que aún hoy constituyen puntos medulares de los tribunales internacionales en funcionamiento.

Posterior a este acontecimiento histórico, vemos que en el Tratado de Versalles de 1919 se prevé en su artículo 227, el enjuiciamiento del emperador de Alemania, Guillermo II de Hohenzollern, por un tribunal internacional para responder a la acusación de “ofensa suprema contra la moral internacional y santidad de los tratados”. Pero, tras haber rehusado los Países Bajos entregar al acusado, el juicio nunca tuvo lugar y Guillermo II de Hohenzollern, muere en el exilio neerlandés en el año de 1941. En los artículos 228 y 229 se estipula la organización del enjuiciamiento de los criminales de guerra, pero su aplicación fue decepcionante en el proceso de Leipzig¹².

Unos años después de terminada la segunda Guerra Mundial, la comunidad internacional y la Organización de Naciones Unidas han examinado en varias ocasiones la idea de establecer un tribunal penal internacional de carácter permanente y universal¹³.

Este pedido se hace teniendo presente los millones de niñas, niños, mujeres y hombres que han sido víctimas de atrocidades y amenazas a su seguridad, su paz y el bienestar de la humanidad.

Es por esto que en los juicios de Núremberg y de Tokio, tras la Segunda Guerra Mundial, se registró indudablemente un progreso hacia una verdadera jurisdicción penal internacional. No obstante, estos procesos, que transparentaban demasiado su origen, simbolizaron más la aplicación de la ley y de la justicia de los vencedores que la de una comunidad universal de Estados¹⁴.

¹¹ VALLADARES, Gabriel Pablo, *Agenda Internacional*, “Contribución del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) al proceso de creación de la Corte Penal Internacional”, publicación Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica de Perú, año IX No. 18, Perú, 2003, p. 2; CAPELLÁ I ROIG, ob. cit., p. 38.

¹² CAPELLÁ I ROIG, ob. cit., p. 40; PARENTI, ob. cit., p. 15; BARBERO, ob. cit., p. 109.

¹³ PARENTI, ob. cit., p. 11; BLANC, ob. cit., p. 18; VALLADARES, *Agenda Internacional*, ob. cit., p. 2; AMBOS, *Los Crímenes más graves en el Derecho Penal Internacional*, ob. cit., p. 109.

¹⁴ BARBERO, ob. cit., p. 110.

La comunidad internacional representada por la Organización de las Naciones Unidas, se ha esforzado por sacar enseñanzas del Tribunal de Núremberg para establecer una jurisdicción penal internacional permanente, elaborando un código penal internacional¹⁵.

Pero estos esfuerzos fueron vanos y los debates de la Comisión de Derecho Internacional, encargada de redactar un código de los crímenes contra la paz y la seguridad internacionales de la humanidad¹⁶, así como el estatuto de un tribunal penal internacional, llegaron a un punto muerto, del cual costó muchísimo salir, para gran desesperación de los juristas y de algunos idealistas¹⁷.

A lo anterior señala CAPELLÁ, “Con respecto al contenido del código, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) ya había desistido de la elaboración de un código penal internacional en su informe de 1951, y los proyectos de 1951 y 1954 no contenían todas las infracciones internacionales, sino solo aquellas que entonces se consideraba que podían poner en peligro “la paz y la seguridad de la humanidad”: esta expresión se correspondía con el término “paz y seguridad internacionales” consagrado a la Carta de las Naciones Unidas, que indica un interés esencial de la comunidad internacional en conjunto en su preservación y mantenimiento y, además, señala la gravedad de una situación contraria a este interés”¹⁸.

Posterior a esto y muchos años después el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas¹⁹, instituyó dos tribunales especiales para castigar

¹⁵ CAPELLÁ I ROIG, ob. cit., p. 57.

¹⁶ Comisión de Derecho Internacional. Resolución 260 (III) de 9 de diciembre de 1948.

¹⁷ Conf. CAPELLÁ I ROIG, ob. cit., p. 69; ver PARENTI, ob. cit., p. 25.

¹⁸ CAPELLÁ I ROIG, ob. cit., p. 80.

¹⁹ El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, es el órgano cuya responsabilidad primordial es el mantenimiento de la paz y la seguridad es el Consejo de Seguridad. Conforme a la Carta, los Estados Parte están obligados a aceptar y cumplir las decisiones del Consejo. Aunque las recomendaciones de otros órganos de las Naciones Unidas no tienen el carácter obligatorio de las decisiones del Consejo, pueden influir en determinadas situaciones, ya que reflejan la opinión de la comunidad internacional. De acuerdo al Capítulo VII de la Carta, el Consejo tiene el poder de tomar medidas para hacer cumplir sus decisiones. Puede imponer embargos o sanciones económicas, o autorizar el uso de la fuerza para hacer cumplir los mandatos. El Consejo tiene 15 miembros: cinco permanentes y 10 electos por la Asamblea General por períodos de dos años. Los miembros permanentes son China, los Estados Unidos, Rusia, Francia y el Reino Unido. Los Estados parte de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad. Éste es el único órgano de las Naciones Unidas cuyas decisiones los Estados Miembros, conforme a la Carta, están obligados a cumplir. Los demás

las graves violaciones del derecho internacional humanitario perpetradas en la ex-Yugoslavia²⁰ a partir de 1991 y en Ruanda²¹ o por ciudadanos ruandeses en países vecinos en 1994²².

De igual manera comenzó una serie de negociaciones para establecer una corte penal internacional permanente que tuviera competencia sobre los crímenes más graves para la comunidad internacional, independientemente del lugar en que se cometieran²³.

En julio de 1998 este llamado internacional terminó con la aprobación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional²⁴.

Esto demuestra la fuerte decisión de velar porque los autores de graves crímenes de lesa humanidad no queden sin castigo; de igual manera la progresividad en el ámbito de protección de los derechos humanos adquiere cada día más fuerza y se une a la obligación que tienen los Estados de respetar y hacer respetar las normas de origen convencional, consuetudinario, y los principios generales del derecho internacional humanitario²⁵.

Para continuar con nuestro análisis es importante tener en cuenta el proceso de tipificación de los crímenes del derecho internacional, como también definir que se entiende por crimen de lesa humanidad o crimen contra la humanidad, y así ubicar el elemento de contexto que requiere este tipo de crímenes, en especial el crimen de tortura.

órganos de las Naciones Unidas hacen recomendaciones. Conf. http://www.un.org/spanish/docs/sc/unsc_infobasica.html.

²⁰ Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia –establecido en virtud de la resolución 808 (1993).

²¹ Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de genocidio y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y de los ciudadanos ruandeses presuntamente responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994 – establecido en virtud de la resolución 955 (1994).

²² Para un análisis de los tribunales Ad-Hoc ver CAPELLÁ I ROIG, ob. cit., p. 135; PARENTI, ob. cit., p. 27; BARBERO, ob. cit., p. 109-120.

²³ BARBERO, ob. cit., p. 120; VALLADARES, *Agenda Internacional*, ob. cit., p. 2.

²⁴ Aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. UN-Doc. A/C. 183/9.

²⁵ BARBERO, ob. cit., p. 125 - 126; RODRÍGUEZ, Villasante y Prieto José Luis, “Derecho Penal Internacional - Los principios generales de derecho penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, *Adaptación de la legislación interna para la sanción de las infracciones contra el derecho internacional humanitario*, Ed. CICR, España, 1999, p. 58; CAPELLÁ I ROIG, ob. cit., p. 25.

III. CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

Los crímenes de lesa humanidad conforman una de las categorías de delitos definidas directamente por el derecho internacional que pueden generar responsabilidad penal sobre la base de las propias reglas del ordenamiento jurídico internacional²⁶.

Entre los delitos más graves del derecho internacional figuran los crímenes de lesa humanidad, es por esto que la represión efectiva es un elemento importante para prevenir este tipo de crímenes y proteger los derechos humanos y libertades fundamentales, y puede fomentar la confianza, estimular la cooperación entre los pueblos y contribuir a la paz y la seguridad internacional²⁷; Todo esto sin dejar a un lado la responsabilidad penal internacional de los individuos por violación del derecho internacional, esto serviría de respuesta a las gravísimas violaciones del derecho internacional humanitario.

Por lo tanto cabe destacar que los estatutos de los tribunales tanto de la ex-Yugoslavia como de Ruanda contienen definiciones de crímenes de derecho internacional, incluidos los crímenes contra la humanidad.

Así, el Estatuto del Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991, creado por el Consejo de Seguridad, en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

²⁶ PARENTI, ob. cit., p. 11; BARBERO, ob. cit., p. 103; asimismo, CAPELLÀ I ROIG, ob. cit., p. 33 y s.s. Observemos la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad en los siguientes artículos. Artículo II. Si se cometiere alguno de los crímenes mencionados en el artículo I, las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a los representantes de la autoridad del Estado y a los particulares que participen como autores o cómplices o que inciten directamente a la perpetración de alguno de esos crímenes, o que conspiren para cometerlos, cualquiera que sea su grado de desarrollo, así como a los representantes de la autoridad del Estado que toleren su perpetración. Artículo III. Los Estados Partes en la presente Convención se obligan a adoptar todas las medidas internas que sean necesarias, legislativas o de cualquier otro orden, con el fin de hacer posible la extradición, de conformidad con el derecho internacional, de las personas a que se refiere el artículo II de la presente Convención. Artículo IV. Los Estados Partes en la presente Convención se comprometen a adoptar, con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes mencionados en los artículos I y II de la presente Convención y, en caso de que exista, sea abolida.

²⁷ Conf. Preámbulo de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad.

En su artículo 5 prevé los crímenes contra la humanidad, y por lo tanto señala que: “El Tribunal Internacional está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando éstos han sido cometidos en el curso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Reducción a la servidumbre; d) Expulsión; e) Encarcelamiento; f) Tortura; g) Violaciones; h) Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos; i) Otros actos inhumanos”²⁸.

Por su parte, el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda fue establecido por el Consejo de Seguridad en virtud de lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas²⁹.

Establece en su artículo 3 los crímenes de lesa humanidad, y dispone que: “(...), tendrá competencia para enjuiciar a los presuntos responsables de los crímenes que se señala a continuación, cuando hayan sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas: a) Homicidio intencional; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación; e) Encarcelamiento; f) Tortura; g) Violación; h) Persecución por motivos políticos, raciales o religiosos; i) Otros actos inhumanos”.

Por lo anterior notemos que en el artículo 5 del Estatuto para el Tribunal para la ex-Yugoslavia no contiene expresamente la exigencia que el acto de que se trate sea cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil.

El carácter de generalizado o sistemático del ataque contra la población civil proporciona un parámetro que permite distinguir a los crímenes de lesa humanidad de los delitos locales. Es necesario tener en cuenta que este es el elemento característico de los crímenes de lesa humanidad, junto con la intervención y tolerancia del poder político³⁰.

Ahora bien, con estos antecedentes es importante determinar ¿cuál es el bien jurídico protegido en estos crímenes?, de igual manera, ¿cuál es el valor tan fundamental para la comunidad internacional que su vulneración merece una sanción penal?.

²⁸ Adoptado por el Consejo de Seguridad, según Resolución 827, del 25 de mayo de 1993.

²⁹ Resolución 955 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, S/RES/955 (1994).

³⁰ PARENTI, ob. cit., p. 32.

Es por esto que de la noción general de los crímenes contra la humanidad se deduce que cada uno de los ataques contra la población civil incluye atentados contra bienes jurídicos individuales, tales como la vida, la integridad y la libertad entre otros, esto trasciende la competencia exclusiva del ámbito estatal y pasa a la esfera del derecho internacional cuando atacan contra dos bienes jurídicos de carácter colectivos que disfrutaban de una protección concreta y propia en este ordenamiento; estos son los derechos humanos y la paz y la seguridad internacional³¹.

AMBOS señala que por crímenes contra la humanidad se entiende los hechos que, como parte de un ataque generalizado o sistemático, se dirigen contra una población civil, de los que el autor del ataque debe tener conocimiento (artículos 5, párrafo, 1 [b] y 7)³².

Sustentando el anterior postulado AMBOS, en una definición de los crímenes contra la humanidad, nos aclara que es necesario que el acto criminal individual, por ejemplo un homicidio, sea cometido dentro de un marco más amplio de circunstancias especificadas. Dicho marco se conoce como elemento de contexto³³.

Con respecto a la protección de la población civil como fundamento material de los crímenes de lesa humanidad, CAPELLÁ aclara: “(...) son crímenes de lesa humanidad los ataques muy graves contra la población civil porque con ellos se atenta contra la dignidad humana como valor esencial e intransgredible de la comunidad internacional y porque su gravedad (que puede consistir en la generalidad, la pasividad, la crueldad o la sistematicidad de los ataques) pone en peligro la paz y la seguridad internacionales”³⁴.

1. ELEMENTO DE CONTEXTO EN LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

El fundamento del elemento de contexto puede resumirse como la protección de los derechos humanos de las violaciones más graves y más peligrosas.³⁵ Este importante señalamiento lo observamos en el

³¹ Un análisis profundo de la protección de la población civil como fundamento material de los crímenes de lesa humanidad en CAPELLÁ I ROIG, ob. cit., p. 33; ver BARBERO, ob. cit., p. 157.

³² AMBOS, *La Corte Penal Internacional*, ob. cit., p. 36; BARBERO, ob. cit., p. 150.

³³ AMBOS, *Los Crímenes más graves en el Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., p. 109.

³⁴ CAPELLÁ I ROIG, ob. cit., p. 33.

³⁵ AMBOS, *Los Crímenes más graves en el Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., p. 121.

caso Kupreskic: “[Los crímenes en contra de la humanidad] tienen el propósito de salvaguardar valores humanos fundamentales y proscriben las atrocidades dirigidas en contra de la dignidad humana”.³⁶ Señala AMBOS, que este fundamento sirve, para distinguir los crímenes contra la humanidad de los delitos jurídicos nacionales menos serios³⁷.

Este elemento de contexto en el Estatuto de Roma se presenta: “cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”³⁸.

1.1. *Ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque*

a. *Ataque*

La jurisprudencia define ataque como la comisión múltiple de actos que cumplen con los requisitos de los actos inhumanos enumerados en el artículo 5 del Estatuto del TPIY y el artículo 3 del Estatuto del TPIR³⁹.

AMBOS señala que “ésta es una definición sólida y convincente que deja de lado actos aislados y fortuitos además de que concuerda con el artículo 7 (2) (a) del Estatuto de Roma”. De esta manera, el ataque no se limita a un ataque militar, sino que en tal concepto se incluyen también medios más bien pacíficos o no violentos, como la imposición de un sistema de *apartheid*⁴⁰. Y a la inversa, una operación militar no es necesariamente un ataque, a menos que se dirija contra la población civil⁴¹.

La primera definición explícita de ataque fue presentada en el juicio “Akayesu” de la Cámara Procesal I del ICTR:

El concepto de ataque puede definirse como un acto ilegal del tipo enumerado en el artículo 3, incisos (a) al (i) del Estatuto,

³⁶ “Prosecutor vs. Kupreskic” –caso número TPIY - IT-95-16-T–, juicio de 24-01-00, supra nota 15, párrafo, 547.

³⁷ AMBOS, *Los Crímenes más graves en el Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., p. 121.

³⁸ Conf. Artículo 7. BARBERO, ob. cit., p. 150.

³⁹ Conf. “Prosecutor vs. Akayesu”, párrafo 581, “Prosecutor vs. Rutaganda” –caso número ICTR-96-3-T–, juicio del 6-12-99, párrafo, 70, “Prosecutor vs. Musema” –caso número ICTR-96-13-T–, juicio y sentencia de 27-1-2000, párrafo, 205.

⁴⁰ También AMBOS, *Los Crímenes más graves en el Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., p. 40.

⁴¹ BARBERO, ob. cit., p. 151.

como el asesinato, la exterminación, la esclavitud, etcétera. Un ataque puede no ser violento en atención a su naturaleza, como la imposición del sistema del *apartheid*, que se declara como crimen contra la humanidad en el artículo I de la Convención del *apartheid* de 1973, o la presión ejercida sobre la población para que actúe de una manera en particular puede denominarse ataque, si está orquestada en una escala masiva o de una manera sistemática⁴².

Esta definición se repite en los casos “*Rutaganda*”⁴³ y “*Musema*”⁴⁴.

b. Generalizado o sistemático

Un ataque generalizado o sistemático⁴⁵, requiere una gran cantidad de víctimas que pueden ser el resultado de múltiples actos o bien de un acto único “de extraordinaria magnitud”⁴⁶.

El común denominador de un ataque sistemático es que “se lleva a cabo conforme a una política o a un plan preconcebido”⁴⁷, destacando la naturaleza organizada del ataque⁴⁸.

Al presentarse un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, y con conocimiento de dicho ataque, se atenta contra la dignidad humana como valor esencial e intransgredible de la comunidad internacional, en vista de su gravedad al poner en peligro la paz y la seguridad internacional⁴⁹.

El ataque generalizado o sistemático quiere decir que los actos se dirijan contra una multiplicidad de víctimas. A pesar de que el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, de 1945 –el primer instrumento internacional que habla expresamente de crimen contra la humanidad–, no incluía el requisito de la generalidad, su Tribunal,

⁴² “Prosecutor vs. Akayesu”, párrafo 581.

⁴³ “Prosecutor vs. Rutaganda” –caso número ICTR-96-3-T, juicio del 6-12-99, párrafo 70.

⁴⁴ “Prosecutor vs. Musema” –caso número ICTR-96-13-T, juicio y sentencia de 27-1-2000, párrafo, 205.

⁴⁵ La jurisprudencia y la doctrina, al igual que algunas codificaciones aceptan el enfoque alternativo. Conf. AMBOS, *Los Crímenes más graves en el Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., p. 41; BARBERO, ob. cit., p. 155.

⁴⁶ “Prosecutor vs. Blaskic, ICTY - IT-95-14-t, párrafo 206; “Prosecutor vs. Vasiljevic, Judgement of 29 November 2002, IT-98-32-T, párrafo 35.

⁴⁷ Conf. “Prosecutor vs. Vasiljevic”, Judgement of 3 March 2000 –IT-98-32-T-, párrafo 35; “Prosecutor vs. Bagilishema”, párrafo 77.

⁴⁸ “Prosecutor v. Laurent Semanza”, ICTR-97-20-T, párrafo 329.

⁴⁹ CAPELLÀ I ROIG, ob. cit., p. 33; BARBERO, ob. cit., p. 156.

al examinar los actos inhumanos como posibles crímenes de lesa humanidad, subrayó que la política de terror “se realizó sin duda a enorme escala”⁵⁰.

El que los actos inhumanos se cometan de forma sistemática quiere decir que lo son aquellos cometidos como parte de un plan o política preconcebidos, excluyéndose los actos cometidos al azar. Dicho plan o política pueden estar dirigidos por gobiernos o por cualquier organización o grupo⁵¹.

La jurisprudencia señala que ataque sistemático es el que “se lleva a cabo conforme a una política o a un plan preconcebido”⁵², destacando la naturaleza organizada del ataque⁵³.

c. Dirigido contra la población civil

El fundamento del requisito de que el objeto del ataque deba ser una población es el mismo que el usado para un ataque generalizado o sistemático, es decir, excluir los actos de violencia aislados o fortuitos⁵⁴.

Al referirse a la población civil, se entiende que se refiere a los “no combatientes”, independientemente de que sean de la misma nacionalidad del responsable, apátridas o que tengan una nacionalidad diferente. Ahora bien, hay que tener en cuenta que en la actualidad predominan los conflictos de carácter civil, en los que muchos grupos armados tienen un carácter irregular que hace difícil diferenciar entre los combatientes y los no combatientes. Esto indica que existe una importante zona gris, no contemplada en el concepto legal. Por otra parte, la presencia de un número reducido de no civiles en un grupo compuesto en su mayoría por población civil se considerará un crimen contra la humanidad en la medida en que se den las demás condiciones del crimen⁵⁵.

⁵⁰ También CAPELLÁ I ROIG, ob. cit., p. 43.

⁵¹ BARBERO, ob. cit., p. 155 - 157.

⁵² “Prosecutor vs. Bagilishema”, CPIR-95-1A-T, juicio de 7 de junio de 2001, párrafo 77.

⁵³ “Prosecutor vs. Blaskic” A.Ch. IT-95-14-A, párrafo 100. “The existence of a plan or policy may be evidentially relevant, but is not a legal element of a crime”.

⁵⁴ “Prosecutor Vs. Kunarac”, causa IT-96-23, Judgement, 22/2/2001, párrafo 422.

⁵⁵ Conf. “Prosecutor vs. Blaskic” A.Ch. IT-95-14-A, párrafo 214.

d. El nexo entre los actos individuales y el elemento de contexto

Los actos individuales fundamentales deben formar parte del ataque en general. Deben ser “parte de un patrón de crímenes generalizados y sistemáticos dirigidos contra una población civil”⁵⁶.

La jurisprudencia exige dos “elementos” en relación con el nexo. Por una parte, “los crímenes deben cometerse en el contexto de crímenes generalizados o sistemáticos contra una población civil” (elemento material); por la otra, “el acusado debió haber sabido que sus actos se ajustaban a dicho patrón” (elemento mental)⁵⁷.

Señala AMBOS, “Una definición más exacta del vínculo necesario puede provenir del fundamento de los crímenes contra la humanidad, que consiste en la protección de los peligros particulares de los múltiples crímenes respaldados por las autoridades, o sin que estas se opongan a las mismas. Así, una prueba adecuada para determinar si cierto acto fue parte del ataque es preguntar si aquel habría sido menos peligroso para la víctima si no hubiesen existido tanto el ataque como la política”⁵⁸.

e. El acto debe ser cometido “con conocimiento de dicho ataque”

Para que la conducta alcance la categoría de los crímenes de lesa humanidad, encontramos que a partir del texto del Estatuto de Roma por “conocimiento del ataque”, queda claro que cada autor debe saber que existe un ataque contra la población civil. Debe saber, además, que su acto individual forma parte de aquel. Ambos elementos se tratan por lo general de forma conjunta y concurrente⁵⁹.

Por un lado, es evidente que el requisito del conocimiento de crímenes contra la humanidad es específico en cuanto a que solo se refiere al “ataque” y que, como tal, no debe confundirse con el requisito general

⁵⁶ “Prosecutor vs. Tadic”, Judgement of 15 July 1999 TPIY IT-94-1-A, párrafo 248, 255.

⁵⁷ “Prosecutor vs. Vasiljevic”, judgement of 25 February 2004 (IT-98-32-A), Párr. 30: “Prosecutor vs. Tadic”, Judgement of 15 July 1999 TPIY IT-94-1-A, párrafo 248, 255; Prosecutor vs. Vasiljevic, judgement of 25 February 2004 (IT-98-32-A), Párr. 30.

⁵⁸ Conf. AMBOS, *Los Crímenes más graves en el Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., p. 49.

⁵⁹ Ver PARENTI, ob. cit., p. 61; BARBERO, ob. cit., p. 159.

de la intención, que se aplica a los actos fundamentales de los crímenes contra la humanidad⁶⁰.

IV. LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES, EN RELACIÓN A LA TORTURA COMO CRIMEN DE LESA HUMANIDAD

Importante es la apreciación de CAPELLA al aclarar que “aunque en Derecho Internacional la jurisprudencia no es una fuente formal en sentido estricto, sino un medio auxiliar de determinación de las reglas de derecho (artículo 38 Estatuto TIJ), es imprescindible tener en cuenta las decisiones judiciales de los Tribunales penales internacionales porque pueden ser una ayuda importante para determinar el derecho en vigor en materia de crímenes contra la humanidad, por tres motivos básicos:

- a. Por el hecho de ser dictadas por jurisdicciones internacionales que aplican principalmente Derecho internacional para decidir cuestiones relativas a su competencia material, es decir, a los crímenes de Derecho internacional sobre los que han de ejercer su jurisdicción, entre ellos los crímenes contra la humanidad.
- b. Porque los tribunales han sido creados por instrumentos jurídicos internacionales (resoluciones obligatorias del Consejo de Seguridad, tratado internacional) que reflejan el consenso internacional en torno al derecho aplicable a los crímenes de Derecho internacional y a su competencia para conocer estos crímenes.
- d. Porque las decisiones judiciales pueden poner en evidencia o probar la existencia de una norma internacional, declarando, determinando o descubriendo su existencia y, asimismo, pueden ayudar a precisar su contenido⁶¹.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia la tortura está prohibida bajo el derecho convencional y el consuetudinario, tanto en tiempos de guerra como en tiempos de

⁶⁰ BARBERO, ob. cit., p. 160. Ver. AMBOS, *Los Crímenes más graves en el Derecho Internacional Humanitario*, ob. cit., p. 50.

⁶¹ Por todo lo anterior CAPELLÁ I ROIG, ob. cit., p. 206.

paz⁶². Esta prohibición es vista comúnmente como una norma de *ius cogens*⁶³.

En el caso “*Furundzija*”, la sentencia de la Sala II es importante en la descripción de la tortura y de sus elementos constitutivos, aunque como violación de las leyes y usos de la guerra –artículo 3 ETPIY–. Para llegar a sus conclusiones, la Sala examina en primer lugar la prohibición de la tortura en el derecho internacional humanitario y en el derecho internacional de los derechos humanos y, basándose en las normas convencionales que han entrado en el derecho consuetudinario, asume la descripción de la tortura de acuerdo a la Convención de 1984 y describe los elementos de la tortura en un conflicto armado y según el Estatuto del TPIY⁶⁴.

“*Furundzija*” era comandante de los Jockers, unidad especial del Consejo de Defensa Croata –HVO–.

La acusación no explica por qué se opta por la imputación de la tortura bajo los artículos 2 y 3 ETPIY, y no como crimen contra la humanidad, pero seguramente el hecho que se tratara de una sola víctima fue la causa de que fuera condenado por tortura y ultrajes a la dignidad personal, incluida la violación –contra otra víctima–, como violaciones de las leyes y usos de la guerra, y no como crímenes contra la humanidad, que requeriría una cierta pasividad o sistematicidad; inicialmente los cargos de la acusación le imputaban los mismos hechos como violaciones de los Convenios de Ginebra, pero el carácter interno del conflicto durante el que se habían cometido los crímenes -en la comunidad croata de Bosnia-Herzegovina- hizo retirar este cargo a la acusación. La sentencia ha sido recurrida ante la Sala de apelación, que no ha admitido el objeto de la apelación. ICTY-IT-95-17/1, *Furundzija*, Judgement, 10 diciembre de 1998⁶⁵.

En la jurisprudencia del TPIY se pueden identificar tres elementos del crimen de tortura: el acto o la omisión debe consistir en la imposición de

⁶² “Prosecutor vs. Delalic”, cause IT-96-21, Judgement, 16/11/1998, 452-54. “Prosecutor vs. Furundzija”, cause IT 95-17, Judgement, 10/12/1998, 139, 143. “Prosecutor Vs. Kunarac”, cause IT-96-23, Judgement, 22/2/2001, 466.

⁶³ “Prosecutor vs. Delalic”, cause IT-96-21, Judgement, 16/11/1998, 454. “Prosecutor Vs. Kunarac”, causa IT-96-23, Judgement, 22/2/2001.

⁶⁴ “Prosecutor vs. Furundzija”, cause IT 95-17, Judgement, 10/12/1998, párrafo 162.

⁶⁵ “Prosecutor vs. Furundzija”, cause IT 95-17, Judgement, 10/12/1998. Ver CAPELLÀ I ROIG, ob. cit., p. 234.

dolor o sufrimiento severo, tanto físico como mental⁶⁶. El acto debe haber sido deliberado⁶⁷, y el acto debe perseguir la obtención de información o la confesión, o el castigo, o la intimidación, o la coerción de la víctima o de una tercera persona⁶⁸.

La Sala ha hecho notar que los convenios de derechos humanos y los convenios contra la tortura adoptados en el seno de Naciones Unidas, el Consejo de Europa y la OEA, consideran la tortura por sí misma, mientras el estatuto del TPIY la criminaliza como una modalidad de crimen de guerra, de crimen contra la humanidad o de infracción grave: lo que caracteriza la tortura en este contexto y también en el derecho humanitario es más la naturaleza del acto cometido que el estatus de la persona que lo comete⁶⁹.

Encontramos que en los casos *Kunarac, Vukovic y Kovac* (2001) la imputación de torturas contra los acusados ha sido a título de crimen contra la humanidad⁷⁰ y usos de guerra.

Con respecto al Tribunal Penal Internacional de Ruanda, en los casos *Akayesu y Serushago* el Tribunal se ha pronunciado sobre la acusación por crimen contra la humanidad de tortura. En la sentencia sobre el primer caso, la descripción de tortura coincide plenamente con la descripción aportada por el Convenio contra la tortura de 1984, y la Sala aprovecha para describir los elementos esenciales de la tortura y

⁶⁶ “Prosecutor Vs. Kunarac”, cause IT-96-23, Judgement, 22/2/2001, 497. “Prosecutor vs. Delalic”, cause IT-96-21, Judgement, 16/11/1998, 461-69. “Prosecutor vs. Furundzija”, cause IT 95-17, Judgement, 10/12/1998, 162.

⁶⁷ “Prosecutor vs. Akayesu”, cause ICTR-96-4, Judgement, 2/09/1998, 594. “Prosecutor Vs. Kunarac”, causa IT-96-23, Judgement, 22/2/2001, 497. “Prosecutor vs. Furundzija”, cause IT 95-17, Judgement, 10/12/1998, 162.

⁶⁸ “Prosecutor vs. Delalic”, cause IT-96-21, Judgement, 16/11/1998, 470-512. “Prosecutor vs. Akayesu”, cause ICTR-96-4, Judgement, 2/09/1998, 594. “Prosecutor Vs. Kunarac”, cause IT-96-23, Judgement, 22/2/2001, 485. “Prosecutor vs. Furundzija”, cause IT 95-17, Judgement, 10/12/1998, 162. “Prosecutor vs. Kvočka”, cause IT-98-30/1, Judgement 2/11/2001, 152-58.

⁶⁹ CAPELLÀ I ROIG, ob. cit., p. 235. Kunarac y Kovac han sido condenados por crímenes contra la humanidad por torturas. Judgement párrafo 496.

⁷⁰ Los tres fueron acusados de crímenes contra la humanidad y de violaciones de leyes y usos de la guerra por actos de tortura, violación atentados contra la dignidad humana, reducción en esclavitud y pillaje de bienes privados, en el marco de los acontecimientos que se produjeron en relación con la detención de mujeres y niños en un complejo deportivo y en una escuela de primaria en las comunas de Foca y kalinovick, en Bosnia-Herzegovina. También CAPELLÀ I ROIG, ob. cit., p. 234. Ver otra sentencia posterior también por crímenes contra la humanidad: ICTY-IT-95-9/2, Milán Simic, Judgement relatif á la peine, 17 octubre 2002.

establecer las condiciones necesarias para considerar que un acto de tortura constituye un crimen contra la humanidad⁷¹.

Con relación a los elementos de la tortura, y a los efectos de la jurisdicción del TPIY en el marco de crímenes contra la humanidad, CAPELLÁ sostiene que:

- (a) la tortura tiene que haber sido practicada en el marco de un ataque generalizado o sistemático;
- (b) el ataque tiene que haber sido dirigido contra la población civil;
- (c) el ataque tiene que haber sido motivado por cualquier forma de discriminación basada en la pertenencia nacional, étnica, racial, religiosa y política de las víctimas⁷².

Es importante aclarar que en la jurisprudencia del Tribunal de Ruanda, las sentencias relacionadas con tortura, en su mayoría se han procurado bajo los crímenes de guerra.

V. CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD EN EL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

El contenido de los crímenes de lesa humanidad no se mantuvo estable desde su nacimiento, a partir de su origen en el derecho internacional humanitario y de su inicio como categoría asociada a la guerra, los crímenes de lesa humanidad evolucionaron para convertirse en figura autónoma. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional⁷³ ha establecido los criterios generales para la aplicación del derecho penal internacional.

La definición de los crímenes de lesa humanidad incluso es más amplia que aquella contenida en los Estatutos de los tribunales *Ad-Hoc* contemporáneos⁷⁴.

En atención a lo expuesto, el artículo 5 del Estatuto –en pro de la protección universal de los derechos humanos– se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su

⁷¹ “Prosecutor vs. Akayesu”, cause ICTR-96-4, Judgement, 2/09/1998.

⁷² Conf. CAPELLÁ I ROIG, ob. cit., p. 235.

⁷³ Aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. UN-Doc. A/C. 183/9.

⁷⁴ PARENTI, ob. cit., p. 73. Ver BARBERO, ob. cit., págs. 162-165.

conjunto, de esta manera la Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de lesa humanidad⁷⁵.

Por crimen de lesa humanidad o crimen contra la humanidad, se entienden, a los efectos del Estatuto de Roma, diferentes tipos de actos inhumanos graves cuando reúnan dos requisitos: “la comisión como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, y con conocimiento de dicho ataque”⁷⁶. En este sentido, aclara que por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización⁷⁷.

1. LA TORTURA COMO CRIMEN DE LESA HUMANIDAD EN EL ESTATUTO DE ROMA

En el Estatuto de Roma en su artículo 7, se especifican varias infracciones como crímenes de lesa humanidad, pero en el párrafo 1, inciso f), encontramos el crimen la tortura, y en el párrafo 2, inciso e), aclara que a los efectos del párrafo 1 se entenderá por tortura, “causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se

⁷⁵ Observemos la parte II que habla de la competencia, la admisibilidad y el derecho aplicable, así es como el artículo 5, aclara sobre los crímenes de la competencia de la corte a saber: “1. La competencia de la corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La corte tendrá competencia, de conformidad con el presente estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) el crimen de genocidio; b) los crímenes de lesa humanidad; c) los crímenes de guerra; d) el crimen de agresión. 2. La corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la carta de las naciones unidas”.

⁷⁶ En el artículo 7 sobre los crímenes de lesa humanidad señala; “1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque” (...).

⁷⁷ Artículo 7, numeral 2. A los efectos del párrafo 1: a) Por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política.

deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas”⁷⁸.

Si bien el Estatuto de Roma está basado en el texto de la Convención contra la Tortura, no exige que los dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en ejercicio de funciones públicas, ni tampoco reclama como elemento subjetivo específico el fin de obtener una confesión o información o de castigar a la víctima.

VI. ESTUDIO JURÍDICO PENAL DEL DELITO DE TORTURA, EN EL MARCO DEL ESTATUTO DE ROMA Y LA CONVENCIÓN CONTRA LA TORTURA

En observación a las definiciones de tortura que nos ofrece tanto el Estatuto de Roma como la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, reparamos en enumerar las características generales o presupuestos que debe tener una acción o conducta para ser considerada delito de tortura.

Es por esto que a partir de la descripción de la conducta prohibida que señala el Estatuto en el artículo 7, párrafo 1, inciso f), y en el párrafo 2, inciso e), haremos el siguiente análisis de tipicidad.

1. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Desde la perspectiva del bien jurídico protegido, la tortura afecta a una pluralidad de bienes dignos de tutela penal. En este sentido, podemos observar cómo esta afectación se manifiesta en el bien jurídico vida, en el bien jurídico libertad, en el bien jurídico integridad física o psicofísica de las personas y en el bien jurídico de la autonomía y dignidad de las personas, al ser estos bienes esenciales del hombre por ser presupuesto para gozar de los demás derechos. Por todo lo anterior es claro que la tortura al lesionar los bienes jurídicos mencionados, la ubicamos como un delito pluriofensivo⁷⁹.

Ahora bien, el concepto internacional de tortura señala REINALDI, que caracteriza a este delito como un ataque sí a bienes jurídicos individuales

⁷⁸ En el análisis de esta figura es importante considerarse las previsiones del artículo 8 del Estatuto de Roma, en especial, 8.3.a.ii; 8.2.b.xxi; 8.2.ci; 8.2.c.ii y 8.2.d. La Tortura como crimen de guerra.

⁷⁹ REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 148; DE LA CUESTA, ob. cit., p. 25; BARBERO, ob. cit., p. 176 – 178.

pero que, por el carácter de funcionarios de los sujetos y la situación de poder de hecho a la que se encuentran sometidos los que son objeto del comportamiento del torturador, se presenta como un inadmisibles *abuso de poder*, atentando contra bienes jurídicos elementales de carácter supraindividual (en particular la función pública)⁸⁰.

2. TIPO OBJETIVO

2.1. *Sujeto activo*

Según algunos documentos internacionales, el sujeto activo del delito solo es el funcionario público u otra persona que en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia inflija intencionalmente a otra persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales⁸¹.

El Estatuto no señala expresamente que debe ser un funcionario, pero lo deja entrever cuando define que es tortura. “(...) que el acusador tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas”.

Por todo lo anterior es claro que la tortura es un delito especial en razón de la calidad funcional requerida en el sujeto activo o los sujetos activos, en vista que no puede ser cometido por cualquiera, sino en principio solo por un círculo delimitado de posibles autores⁸².

2.2. *Sujeto pasivo*

En ningún documento internacional se exige alguna condición especial al titular del bien jurídicamente protegido –víctima–, por ende puede ser cualquier persona que esté bajo custodia o control⁸³.

3. ACCIÓN Y RESULTADO

El delito consiste, desde el punto de vista objetivo, en “imponer” cualquier clase de tortura. El verbo o núcleo del tipo, proveniente del latín

⁸⁰ DE LA CUESTA, ob. cit., p. 32.

⁸¹ Conf. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención contra la Tortura.

⁸² REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 150; DE LA CUESTA, ob. cit., p. 33; BARBERO, ob. cit., p. 25.

⁸³ BARBERO, ob. cit., p. 265.

“imponere”, está empleado en su acepción de ejercer actos de imposición por hechos de fuerza que producen, en este caso, un intenso dolor, tanto físico como psíquico⁸⁴. O aplicación de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica⁸⁵.

La Convención contra la Tortura caracteriza a ésta como un delito de resultado consistente en infligir a una persona “dolores o sufrimientos graves (...)”. Resultan indiferentes los procedimientos empleados para este accionar.

Por tratarse de un comportamiento que contraviene una norma prohibitiva, es un delito de comisión, puede consistir en una acción o en una omisión. En este segundo supuesto se configurará un delito de omisión impropia o de comisión por omisión.

4. TIPO SUBJETIVO

Del artículo 1 de la Convención contra la Tortura, y del Estatuto en el artículo 7, párrafo 1, inciso f), y en el párrafo 2, inciso e), surge la exigencia del dolo “(...) los dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, deben ser *infligidos intencionalmente*.” “(...) Causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves (...)”. Respectivamente⁸⁶.

Las acciones propias del tipo objetivo deben ser cumplidas por el autor con conocimiento y voluntad de realizarlas. Este también debe querer producir los sufrimientos que aquellas son capaces de causar o aceptarlos como sus consecuencias ordinarias o despersonalizar a la víctima o causarle su incapacidad aunque no produzca dolor el método aplicado⁸⁷.

La exigencia de que los graves sufrimientos físicos o mentales se causen intencionadamente, unido al hecho de que se incluya el elemento subjetivo de perseguir alguno de los fines señalados, convierte al delito de tortura en uno eminentemente doloso y no susceptible de comisión por imprudencia.

5. LA ANTIJURIDICIDAD

Como lo hemos señalado en varias oportunidades la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes son siempre, además de hechos

⁸⁴ Ver REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 156.

⁸⁵ Conf. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

⁸⁶ Las cursivas me pertenecen.

⁸⁷ BARBERO, ob. cit., p. 265; REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 158.

típicos, lo son también acciones contrarias a derecho. Es por esto que para la conciencia universal es difícil aceptarla en un ordenamiento jurídico⁸⁸.

6. LA CULPABILIDAD

En cuanto a la posibilidad de excluir o de atenuar el reproche de culpabilidad en virtud de un error de prohibición, la respuesta es también negativa porque no puede aceptarse como probable que el victimario pueda desconocer la prohibición de la tortura⁸⁹.

La aplicación de la tortura marca el momento consumativo del delito, al margen que se haya alcanzado la finalidad perseguida por el autor. Dado que la lesión a los bienes jurídicos tutelados puede producirse en un acto, en razón de la naturaleza de aquellos, se está ante un delito de carácter instantáneo.

VII. ¿ES JUSTIFICABLE LA TORTURA EN SITUACIONES DE NECESIDAD EXTREMA?

La prohibición de la tortura debe ser considerada como parte integrante del derecho internacional consuetudinario y reconocida con el rango de una norma imperativa del derecho internacional general *Jus Cogens*⁹⁰.

La tortura está “actualmente prohibida de forma absoluta y sin reservas en el derecho internacional, en tiempos de paz como en tiempos de guerra”.⁹¹ La causa de esta prohibición es el atentado contra la dignidad humana al ser esta el valor esencial e intransgredible de la comunidad internacional⁹².

⁸⁸ REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 160; BARBERO, ob. cit., p. 274.

⁸⁹ Conf. Artículo 32, del Estatuto de Roma; REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 169.

⁹⁰ BARBERO, ob. cit., p. 31; MAHIQUES, ob. cit., p. 212.

⁹¹ E/CN.4/1986/15, párrafo. 3; REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 167.

⁹² GRECO, Luis, “Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las *ticking time bombs*”, *Análisis del derecho Dret*, Ludwig-Maximilians-Universität, Barcelona, 2007, p. 4; REINALDI, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, ob. cit., p. 166; ROXIN, Claus, *Nueva Doctrina Penal*, “¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?” Editores del Puerto, 2004-B, Buenos Aires, p. 552; BARBERO, ob. cit., p. 31.

La Corte Internacional de Justicia ha normativizado la obligación de respetar los derechos fundamentales del hombre. En dicho esquema, el derecho de no ser torturado es la contracara de la obligación *erga omnes*, por la cual cada Estado es considerado competente con respecto al conjunto de la comunidad de los Estados, para exigir la ejecución de aquella demanda. Por eso se sostiene que la prohibición de la tortura debe ser considerada como perteneciente a las reglas del *Jus Cogens*⁹³.

El carácter ordinario de la prohibición de la tortura está sustentado en la acumulación y síntesis de convenciones, resoluciones y otras decisiones de los órganos competentes de la comunidad internacional, que la prohíben de manera absoluta. Se configura de este modo un sistema plural, acumulativo y orgánico de creación normativa⁹⁴. Por todo lo anterior el Estado no puede invocar causas excepcionales como amenazas interiores o exteriores o razones de orden público para aplicar la tortura, como tampoco para justificar su accionar⁹⁵.

En atención a los señalamientos planteados parecería que no hay espacio para un debate sobre la justificación legal de la tortura. Sin embargo esa barrera legal, está siendo atacada por algunos sectores que buscan una posible justificación de estas prácticas invocando un estado de necesidad⁹⁶.

⁹³ Ver E/CN.4/1986/15, párrafo 3; Señala MAHIQUES, ob. cit., p. 218, “una norma de *Jus Cogens*, es en primer lugar, una norma de derecho internacional general -una norma de derecho consuetudinario que puede tener el doble carácter de norma convencional y consuetudinaria- que, como tal, tiene fuerza *erga omnes*. Lo que distingue la norma del *Jus Cogens* imperativa, de la norma de derecho internacional general, simplemente obligatoria, reside según el artículo 53 de la Convención de Viena, en el hecho de que ella no tolera ninguna derogación. Así ésta debe gozar de un doble reconocimiento, y de un doble consentimiento por parte de la comunidad internacional de los Estados”. Conf. BARBERO, ob. cit., p. 31.

⁹⁴ MAHIQUES, ob. cit., p. 214; ROXIN, ob. cit., p. 554; BARBERO, ob. cit., p. 35.

⁹⁵ Es importante aquí señalar el artículo 2, numeral 2, de la Convención contra la Tortura: “En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura”. Tengamos en cuenta también el artículo 15, que señala: “Todo Estado Parte se asegurará de que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración”.

⁹⁶ ALCÁCER, Guirao, Rafael, et. al (coord.). *La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema...*, MOLINA, Fernández, Fernando, “La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos”, IX jornadas de profesores y estudiantes de derecho penal de las Universidades de Madrid, España, 2006, P. 265 a 284; ROXIN, ob. cit., p. 555; GRECO, ob. cit., p. 5; REINALDI, ob. cit., p. 163; BARBERO, ob. cit., p. 274.

La intensa discusión actual que gira en torno a esta cuestión: especialmente en Alemania, tras el caso *Metzler-Gäffgen-Daschner*⁹⁷, y en Estados Unidos, después de los ataques del 11 de septiembre⁹⁸. En Israel por el contrario se viene discutiendo desde hace ya casi veinte años sobre la licitud de la utilización de la tortura para la lucha contra el terrorismo.⁹⁹ Dentro de este entorno observamos a los grupos de los casos de las *ticking time bombs*, o *bomba de relojería*¹⁰⁰. Es claro que para todos estos casos no cabe una excepción a la prohibición de torturar, como tampoco del carácter absoluto de la prohibición de tortura.

Ahora bien, en estas situaciones se plantean varios postulados tales como: estado de necesidad, razones de seguridad u orden público, ya sea que se originen en actos de terrorismo, o en la lucha contra la criminalidad, o por necesidad para adelantar una investigación, o en la búsqueda de pruebas. Aquí se busca que el mal de la tortura se cause para

⁹⁷ En septiembre del 2002 fue secuestrado en Alemania el hijo de un banquero de once años de edad por un joven jurista de veinte ocho años, que de ese modo quería conseguir un dinero por el rescate. El autor fue detenido pero no reveló el lugar donde se hallaba escondido el chico secuestrado. Daschner, vicepresidente de la policía de Frankfurt, permitió en la mañana del 1 de octubre que amenazaran al acusado con torturarlo si no indicaba el paradero del joven secuestrado, en la creencia de poder de ese modo salvar la vida de la víctima. Consecuencia de esto, aquél reveló el lugar en el que lo había escondido. Pero la víctima había sido asesinada por el autor inmediatamente después del secuestro. Por lo tanto, no era posible un rescate. ROXIN, ob. cit., p. 547; REINALDI, ob. cit., p. 166; ALCÁCER, ob. cit., p. 277; GRECO, ob. cit., p. 5; ver BARBERO, ob. cit., p. 275 – 277.

⁹⁸ Esta tragedia no solo ha dejado efectos directos, sino también indirectos, tal es el caso de la reacción institucional en el cambio de política de seguridad a partir de este suceso. Este retroceso en la defensa de los derechos fundamentales, y en particular la protección de la dignidad humana, como las imágenes de Guantánamo o de las torturas de la prisión iraquí de Abu Grahib, aun están en el debate internacional. ALCÁCER, ob. cit., p. 277; REINALDI, ob. cit., p. 163.

⁹⁹ Ver el informe de la denominada Comisión Landau de 1987. Dictamen sobre la conformidad a derecho de los métodos interrogatorios del denominado Servicio de Seguridad General (General Security Service, o GSS). Esta “presión física moderada” en los interrogatorios, se convirtió en una práctica expresamente aceptada por directivas ministeriales sobre interrogatorios practicada con torturas a presos palestinos sospechosos de terrorismo. Ante esta situación el Tribunal Supremo de Israel, en Sentencia de 6 de septiembre de 1999, de manera muy pormenorizada analizó una por una estas prácticas, que el Estado y el GSS consideraban indispensables para luchar y ganar la guerra al terrorismo, y a todas se declararon ilegales, por degradantes y atentatorias contra la dignidad básica del ser humano. ALCÁCER, ob. cit., p. 271.

¹⁰⁰ Casos en los cuales quien coloca una bomba es detenido por la policía, pero no quiere revelar el lugar donde la ubico, aunque su explosión es inminente y miles de personas están en situación de sufrir. ALCÁCER, ob. cit., p. 282; GRECO, ob. cit., p. 6; BARBERO, ob. cit., p. 275 – 277.

evitar otro mayor inminente. Y es donde salta la pregunta: ¿podría en algún caso justificarse la tortura con la finalidad de evitar un mal mayor?

Señala REINALDI que “es contradictorio negar que la tortura pueda ser un medio idóneo para conseguir la verdad y, simultáneamente, justificar su aplicación, convencidos de que, valiéndose de ella, se pueden obtener informaciones —o se alienten esperanzas de obtenerlas— que puedan ser de utilidad para salvaguardar la vida e integridad física de personas inocentes a las que la acción criminal del torturador puedan poner en serio peligro (v. gr. en el caso que se quiera conocer a tiempo el lugar en que han sido colocadas bombas para evitar que estas estallen, y así lograr mediante la tortura saber su ubicación)”¹⁰¹.

Sabemos que al Estado le está prohibida toda vulneración de la dignidad humana y con ello también la tortura, entonces, lógicamente, no puede existir por su parte una vulneración de la dignidad humana en la omisión de medidas de tortura. El Estado está obligado a proteger la vida y la dignidad humana de sus ciudadanos en la medida posible. La protección puede ser otorgada siempre dentro de los límites establecidos a la actuación del Estado de derecho. Entre estos límites está en primer lugar la prohibición de la tortura¹⁰².

Importante es el pronunciamiento que hace ROXIN al señalar “que las lesiones a la dignidad humana no pueden ser justificadas nunca mediante el estado de necesidad. En tanto la dignidad humana no admite ponderación alguna sino que es absolutamente “intangible”¹⁰³.

La posible admisión de las causales justificantes del estado de necesidad y de la legítima defensa a favor de terceros, que es un caso especial de aquella otra causal, no se puede aplicar como causal de excepción, en ningún caso de los planteados con antelación¹⁰⁴.

Es por esto que la tortura no está justificada, ni aun en circunstancias de extrema gravedad¹⁰⁵.

CONSIDERACIONES FINALES

Consideramos que la tortura ha sido práctica de la humanidad desde los tiempos más remotos, y durante Siglos, ya en los imperios como en las

¹⁰¹ REINALDI, ob. cit., p. 163.

¹⁰² Conf. ROXIN, ob. cit., p. 553; ALCÁCER, ob. cit., p. 279.

¹⁰³ MAHIQUES, ob. cit., p. 217; ROXIN, ob. cit., p. 551.

¹⁰⁴ ROXIN, ob. cit., p. 550.

¹⁰⁵ Sobre esta temática, BARBERO, ob. cit., p. 275 – 288.

sociedades cristianas, formó parte especial de castigo. De igual manera ha sido pieza fundamental en el engranaje, como en las manifestaciones judiciales de las culturas en todas las épocas.

El derecho a no recibir tortura es absoluto, en vista de la terminante prohibición contenida en la Convención contra la Tortura de la Naciones Unidas y otros instrumentos internacionales que declaran la inadmisibilidad de la misma. De igual modo observamos la imposibilidad que se aplique a un estado de necesidad justificante al llevar la tortura a las bases del estado de derecho e incidir en la dignidad humana.

La tortura constituye una violación grave de la dignidad humana y de los más elementales derechos de la persona. En función podemos afirmar que el carácter universal de la prohibición de la tortura y de otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes, constituye en la actualidad una norma imperativa de derecho internacional que es aceptada y reconocida como tal por la comunidad internacional y que no admite acuerdo en contrario. Es evidente que la dignidad de la persona ha de quedar inmune de todo ataque ilegítimo.

Como hemos observado, así lo considera la jurisprudencia de los tribunales penales *Ad-Hoc*, al igual que la doctrina al incluir de un modo genérico las normas que protegen los derechos fundamentales de las personas en su proyección humanitaria y universal pertenecientes a la esfera normativa del *ius cogens*.

La tortura y los malos tratos se prohíben en cualquier circunstancia en virtud del derecho internacional humanitario. Las normas establecidas en los Convenios de Ginebra implican la responsabilidad penal individual por infracciones graves de los Convenios, como la tortura y el trato inhumano, y establecen la jurisdicción universal obligatoria para estos delitos en los Estados Parte en estos Convenios.

Es por esto que las obligaciones establecidas en los Convenios de Ginebra y en los Protocolos Adicionales son vinculantes para los Estados Parte en estos instrumentos. En atención observamos que casi todos los Estados son Parte en los Convenios de Ginebra, y la mayoría lo son también en los Protocolos Adicionales.

Además, no sólo los Estados, sino también otras partes en un conflicto armado están obligados a aplicar las disposiciones del artículo 3 común y, cuando corresponda, del Protocolo Adicional II. Este señalamiento amplía la prohibición total de la tortura en cualquier escenario tanto internacional como nacional en los conflictos armados.

Los delitos contra el derecho internacional son delitos cometidos por personas que están definidos en el propio derecho internacional y que dicho derecho permite o exige a los Estados que castigue. La idea es que determinados delitos especialmente graves cometidos por funcionarios públicos constituyen crímenes contra el derecho internacional lo cual se puso en práctica por primera vez en el Tribunal Militar Internacional de Núremberg.

Uno de los avances recientes más importantes ha sido la creación de tribunales penales internacionales especiales para juzgar a personas acusadas de delitos sumamente graves relacionados con hechos concretos. Tal y como lo indicamos anteriormente, por el delito de tortura como crimen de lesa humanidad, se han dictado sentencias y han sido condenados varios acusados en los Tribunales de Ruanda y la ex - Yugoslavia.

Otro paso fundamental fue la aprobación del Estatuto de Roma, tratado que dispone la creación de una Corte Penal Internacional para juzgar crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, genocidio y el crimen de agresión. Este avance no solo consolida el derecho penal internacional como sistema de derecho penal de la comunidad internacional, sino que amplía su ámbito de regulación más allá de sus fundamentos jurídico materiales a otras zonas accesorias del derecho penal, al derecho procesal penal y a cuestiones de organización judicial.

Por todo lo anterior, es importante distinguir necesariamente entre el delito de tortura y el ilícito internacional de tortura, el cual genera responsabilidad internacional del Estado. Este ilícito es valorado, analizado y es materia del derecho internacional de los derechos humanos, como del derecho internacional humanitario, y las convenciones, tratados e instrumentos internacionales, es por esto que aquí hablamos de prohibición como norma imperativa de derecho internacional.

En consecuencia, solo en el ámbito del derecho penal internacional –Estatuto de Roma, Estatutos de los Tribunales *Ah-Hoc*-, se habla del delito de tortura como crimen de lesa humanidad, el cual genera responsabilidad penal individual.

Para el juzgamiento del delito de tortura, rige el principio de la “jurisdicción universal”, y la regla *aut dedere, aut judicare* –juzgar o entregar para que otro juzgue–, dado que es aceptado que el crimen tiene a la humanidad entera como víctima, y da lugar a que cualquier país, a través de sus tribunales nacionales, juzgue los hechos, satisfaciendo de esta manera la expectativa que la comunidad internacional tiene

en que los autores del delito de tortura sean efectivamente juzgados y penados.

El concepto o la definición de tortura internacional, la encontramos en el ámbito de las normas de derecho internacional para la protección de los derechos humanos, las cuales constituyen un cuerpo normativo de origen y ámbito de aplicación diverso como heterogéneo en cuanto a su alcance jurídico y fuerza vinculante. En este *corpus juris*, encontramos prevista la conducta prohibida de tortura.

Dicho concepto se traslada luego al ámbito del derecho penal internacional cuando pasa a ser tipificada como delito y conserva sus principales aspectos objetivos y subjetivos.

Concluimos entonces afirmando que la búsqueda de la persecución y la evitación de la impunidad a nivel mundial de violaciones de los derechos humanos constituyen el nexo entre los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional. Por tal razón, y como se sustentó en esta obra, es claro señalar que la tortura no está justificada, ni aun en circunstancias de extrema gravedad.

BIBLIOGRAFÍA

1. BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

- ALCÁCER, Guirao, Rafael, et. al (coord.), *La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema...*, MOLINA, Fernández, Fernando, “La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos”, España, 2006, p. 265 a 284.
- AMBOS, Kai, *La Corte penal Internacional*, “Colección de autores de derecho penal – dirigida por DONNA, Edgardo Alberto”, Ed. Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2007.
- AMBOS, Kai, *Los Crímenes más graves en el Derecho Penal Internacional*, Ed. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2005.
- ABRISKETA, Uriarte, Joana, *Derechos Humanos y Acción Humanitaria*, Universidad de Deusto, Ed. Itxaropena S.A., Bilbao, 2004.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Contra la tortura, manual de acción*, Ed. y traducción al español: Editorial Amnistía Internacional –EDAI–, Madrid, 2002.
- BARBERO, Natalia, *Análisis dogmático – jurídico de la tortura. La tortura en Derecho Internacional. La tortura como delito y como crimen contra la humanidad en Derecho argentino y español*, Ed. Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2011.
- BECCARIA, Cesare, *De los delitos y las penas*, Ed. Temis, 4 edición, Bogotá, 1998.
- BLANC, Antonio Altemir, *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*, Ed. Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1990.
- BUGNION, François, “Debate Humanitario: Derecho, Políticas y Acción”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 160 diciembre, Ed. Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 2001.
- CAPELLÀ I ROIG, Margalida, *La Tipificación Internacional de los Crímenes contra la Humanidad*, Ed. Tirant monografias 359, Universitat de les Illes Balears, Valencia, 2005.

- CHETAIL, Vicent, “La contribución de la Corte Internacional de Justicia, al derecho internacional humanitario” *Revista Internacional de la Cruz Roja No. 849*, Ed. CICR, Ginebra, 2003.
- CICR, “Derecho Consuetudinario”, *Internacional Review of the Red Cross*, volumen 87, Numero 857, Ginebra, 2005.
- CICR, “Normas Fundamentales de los Convenios de ginebra y sus Protocolos Adicionales” *Conocimiento del Derecho Humanitario*, Ed CICR, Ginebra, 2000.
- CICR, OEA, *Curso Introductorio Sobre Derecho Internacional Humanitario*, Ed. Oficina de Derecho Internacional, Departamento de Asuntos Jurídicos Internacionales, Secretaría General, OEA, Washington, D.C. 2007.
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, “Derecho Internacional Humanitario, Respuesta a sus preguntas”, CICR, Ginebra, 2003.
- DE LA CUESTA, Arzamendi José L, *El Delito de Tortura*, Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1990.
- ESCOBAR, Raúl, Tomás, *El Interrogatorio en la Investigación Criminal*, Ed. Universidad, 4 edición, Buenos Aires, 2005.
- GRECO, Luis, “Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las *ticking time bombs*”, *Análisis del derecho Dret*, Ludwing-Maximilians-Universität, Barcelona, 2007.
- KOLB, Robert, “Observaciones sobre las intervenciones humanitarias”, *Revista internacional de la Cruz Roja No. 849*, Ed. CICR, Ginebra, 2003.
- MAHIQUES, Carlos A, *La Noción de la Tortura y de Penas, y Tratamientos Crueles, Inhumanos o Degradantes en el Derecho Penal Internacional, un Nuevo Ius Commune*, Ed. Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2003.
- MELLOR, Alec, *La Tortura*, Ed. Sophos, Buenos Aires, 1960.
- MÜNKLER, Herfried, “Las Guerras del Siglo XXI”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, No. 849 marzo, Ed. Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 2003.
- OEA, “Diez años de actividades”, *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Secretario General de la OEA, Washington, 1982.
- ONU, “*ABC de las Naciones Unidas*” ISBN 92-1-300200-9, ONU, Washington, 2006.

- ONU, “These Rights and freedoms”, *Departamento de Información Pública*, ONU, Washington, 1950.
- PARENTI, Pablo F, FLIPPINI, Leonardo G, FOLGUEIRO, Hernán L, *Los Crímenes contra la Humanidad y el Genocidio en el Derecho Internacional*, “Crímenes contra la Humanidad. Origen y Evolución de la figura, y análisis de sus elementos centrales en el Estatuto de Roma”, Ed. Ad-Hoc, 1 Edición, Argentina, 2007.
- PELLANDINI, Cristina, “Adaptación de la legislación interna para la sanción de las infracciones contra el derecho internacional humanitario”, *Servicio de asesoramiento en derecho internacional humanitario, Reunión de expertos de países iberoamericanos*, Ed. CICR, Ginebra, 2000.
- PÉREZ, GONZÁLEZ, Manuel, “Adaptación de la legislación interna para la sanción de las infracciones contra el derecho internacional humanitario”, *La obligación jurídico-internacional de adaptar la legislación penal interna de los Estados para la represión de las infracciones del derecho internacional humanitario*, Ed. CICR, Ginebra, 2000.
- PÉREZ, GONZÁLEZ, Manuel, “Derecho Internacional Humanitario”, *Centro de estudios de derecho internacional humanitario*, Ed. Tirant monografías 225, Cruz Roja Española, España, 2002.
- PETERS, Edward, *La tortura*, Ed Alianza, Madrid, 1987.
- PICTET, Jean, *Desarrollo y Principios del Derecho Internacional Humanitario*, Bogotá, Ed Tercer Mundo, 1988.
- REINALDI, Víctor Félix, *El Delito de Tortura*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986.
- REINALDI, Víctor Félix, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, Ed. Lerner S.R.L, Córdoba – Argentina, 2007.
- ROBERGE, Marie-Claude, “Jurisdicción de los Tribunales Ad Hoc para ex - Yugoslavia y Ruanda por lo que respecta a los crímenes de lesa humanidad y de genocidio”, *Revista Internacional de la Cruz Roja N° 144*, Ed. CICR, Ginebra, 1997.
- RODRÍGUEZ, José Luis, *Derecho Internacional Humanitario*, Centro de estudios de derecho internacional humanitario, Ed. Tirant Monografías 225, Cruz Roja Española, España, 2002.
- RODRÍGUEZ, Molas, Ricardo, *Historia de la Tortura y el Orden Represivo en la Argentina*, Ed. Universitaria de Buenos Aires – Eudeba, Buenos Aires, 1984.

- RODRÍGUEZ, Villasante y Prieto José Luis, “Derecho Penal Internacional - Los principios generales de derecho penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, *Adaptación de la legislación interna para la sanción de las infracciones contra el derecho internacional humanitario*, Ed. CICR, España, 1999.
- ROXIN, Claus, *Nueva Doctrina Penal*, “¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?” Editores del Puerto, 2004-B, Buenos Aires, p. 552.
- SALVIOLI, Fabián, *Curso básico sobre el Sistema Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas*, Publicación Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 2003.
- THOT, Ladislao, *Historia de las Antiguas Instituciones de Derecho Penal - Arqueología Criminal-*, Ed. Taller de Impresiones Oficiales de la Provincia de Buenos Aires - Universidad Nacional de la Plata, Argentina, 1940.
- VALLADARES, Gabriel Pablo, *Agenda Internacional*, “Contribución del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) al proceso de creación de la Corte Penal Internacional”, publicación Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica de Perú, año IX No. 18, Perú, 2003.
- VALLADARES, Gabriel Pablo, *Anuario Brasileiro de Direito Internacional*, Ed. Cedin, Brasil, 2006.
- VILLAPALDO, Waldo, *De los Derechos Humanos al Derecho Internacional Penal*, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Ed. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 2000.

1.1. BIBLIOGRAFÍA METODOLÓGICA

- CAMPBELL, Donald y STANLEY, Julián C, *Diseños experimentales y cuasi experimentales en la investigación social*, Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 1993.
- CEA D’ANCONA, María Ángeles, *Metodología cuantitativa. Estrategias y Técnicas de investigación social*, Ed. Síntesis, Madrid, 1999.
- CHALMERS, Alan, *¿Qué es esa cosa llamada ciencia?*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 1987.
- DELGADO, J. M. y Gutiérrez J, (comps.), *Métodos y técnicas cualitativas de investigación en ciencias sociales*, Ed. Síntesis, Madrid, 1995.

Kunz, Ana, Cardinaux, Nancy, *Investigar en derecho*, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2005.

2. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

- Carta de las Naciones Unidas
- Declaración Universal de Derechos Humanos
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Derechos del niño

- Convención sobre los Derechos del Niño
- Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados

Derechos de la mujer

- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

Prevención de la discriminación

- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial
- Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen del *Apartheid*

Los derechos humanos en la administración de justicia

- Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos
- Principios básicos para el tratamiento de los reclusos

- Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad
- Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes
- Protocolo facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes
- Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes
- Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley
- Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley

Crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, incluso el genocidio

- Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio
- Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad
- Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad

Derecho internacional humanitario

- Convenio I, de Ginebra relativo a los heridos y los enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña
- Convenio II, de Ginebra relativo a los heridos, los enfermos y los náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar
- Convenio III, de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra
- Convenio IV, de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra
- Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I)

- Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)

Derecho penal internacional

- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional
- Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg y Extremo Oriente
- Estatuto del Tribunal Penal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia
- Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda

2.1. Instrumentos regionales

- Carta de la Organización de los Estados Americanos
- Convención americana sobre derechos humanos “Pacto de San José de Costa Rica”
- Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura
- Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem do Para”
- Carta Africana de Derechos Humanos
- Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales -Pacto de Roma-
- Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y otros Tratos Inhumanos o Degradantes y Comité Europeo para la Prevención de la Tortura
- Carta Árabe de Derechos Humanos -aun no entra en vigor-

3. DECISIONES DE LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES

3.1. Tribunal Penal Internacional para Ruanda

ICTR-96-4. AKAYESU. Judgement, 2 septiembre 1998.

ICTR-96-3-T. RUTUGANDA. Judgement, 6 diciembre 1999.

ICTR-96-13-T. MUSEMA. Judgement, 27 enero 2000.

ICTR-95-1A-T. BAGILISHEMA. Judgement, 7 junio 2001.

ICTR-97-20-T. SEMANZA. Judgement, 15 mayo 2003.

3.2. Tribunal Penal Internacional para la ex - Yugoslavia

IT-96-21 DELALIC. Judgement, 16 noviembre 1998.

IT-94-1 TADIC Prijedor. Arret concernant les jugements relatifs à la sentence, 26 enero 2000 (Sala de apelación). Judgement relatifs à la sentence, 11 noviembre 1999. Judgement 15 Julio 1999. Judgement relatifs à la sentence, 14 Julio 1997. Judgement, 7 mayo 1997.

IT 95-17 FURUNDZIJA. Arret, 21 julio 2000. Judgement, 10 diciembre 1998.

IT-95-16 KUPRESKIC, Valle de la Lasva. Judgement, 23 octubre 2001 (Sala de apelación). Judgement, 14 enero 2000.

IT-95-14-T. BLASKIC. Judgement, 3 marzo 2000

IT-95-14-A. BLASKIC. Valle de la Lasva. A.Ch.

IT-96-23, IT-96-23/1 KUNARAC, KOVAC ET VUKOVIC, Foca. Judgement, 22 febrero 2001.

IT-98-30/1 KVOCKA. Judgement 2 noviembre 2001.

IT-95-9 SIMIC. Judgement relatif á la peine, 17 octubre 2003.

IT-98-32-T VASILJEVIC. Judgement, 29 November 2002.

IT-98-32-A. Ch VASILJEVIC. Judgement, 25 Febrero 2004.

4. PÁGINAS WEB.

<http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/chr/special/themes.htm>

http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu2/6/a/introhrc_sp.htm

<http://www.oas.org/Juridico/spanish/tratados/b-32.html>.

<http://daccessdds.un.org/doc/resolution/gen/nr0/783/65/pdf/nr078365>.

http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h_cat39_sp.htm.

http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu6/2/fs17_sp.htm#introduction

<http://www.cpt.coe.int/spanish.htm>.

<http://www.cidh.org/Default.htm>

<http://www.corteidh.or.cr/>

<http://www.oas.org/main/spanish/>

<http://www.icrc.org/spa>

Esta obra se terminó de imprimir
en junio de 2013
en los Talleres Gráficos de
GRUPO EDITORIAL IBAÑEZ S.A.S.
Carrera 69 Bis # 36-20 Sur
Teléfonos: 2300731 - 2386035
Bogotá, D.C. - Colombia

Es importante tener en cuenta que de una u otra manera la acción de infligir castigos severos en pro de buscar confesión o alguna prueba para poder incriminar, ha estado presente desde tiempos remotos, lo cual presenta dificultad a la hora de establecer su origen, quizá sea tan antigua como lo es en el hombre el sentimiento de poder y dominio, es por esto que buscamos como referente algunas de las primeras civilizaciones, para que junto a sus legislaciones podamos establecer algún punto de referencia en este análisis investigativo.

Fragmento extraído de la presentación de esta obra.

