

LA PROHIBICION DE LA TORTURA Y EL DERECHO INTERNACIONAL *

Federico Andreu-Guzmán

I. Prohibición de la tortura en el derecho internacional

En la actualidad, no cabe duda, la prohibición absoluta de la tortura es objeto de un total consenso internacional. La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su Artículo 5, prescribe que “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. Por su parte, la Proclamación de Teherán, adoptada por la primera Conferencia Internacional de Derechos Humanos el 13 de mayo de 1968, afirma que “la Declaración Universal de Derechos Humanos enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y la declara obligatoria para la comunidad internacional”.¹ Esta referencia a la primera Conferencia Internacional de Derechos Humanos resulta de particular importancia pues, como lo señala Rodolfo Mattarollo, si bien la Declaración Universal no es un tratado, “se la considera expresión del derecho internacional consuetudinario o sea ‘de la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho’ [...] [y] expresa un conjunto de obligaciones de los Estados con carácter ‘*erga omnes*’”.²

* Ponencia presentada por el Secretario General Adjunto para Asuntos Jurídicos de la Comisión Internacional de Juristas, durante el Seminario sobre los Instrumentos Nacionales e Internacionales para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura. México, Distrito Federal, noviembre de 2004.

¹ Artículo 2 de la Proclamación de Teherán.

² Mattarollo, Rodolfo. “La jurisprudencia argentina reciente y crímenes de lesa humanidad”, en *Impunidad, crimen de lesa humanidad y desaparición forzada*, *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, núm. 62-63, Ed. CIJ, Ginebra, julio 2001, p. 13.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos prohíbe, en todo tiempo y circunstancia, la tortura y consagra en términos absolutos el derecho a no ser sometido a tortura. Tanto los tratados en el ámbito de las Naciones Unidas³ como en los ámbitos regionales⁴ consagran tal prohibición y el derecho inderogable a no ser torturado. Igualmente, numerosos instrumentos internacionales, a vocación declarativa, consagran este derecho y/o reiteran esta prohibición.⁵ La prohibición de la tortura también está establecida en los instrumentos del derecho internacional humanitario.⁶ La Declaración y el programa de acción de Viena, adoptados por los Estados reunidos en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (junio 1993), reafirmaron que “con arreglo a las normas de derechos humanos y al derecho humanitario, el derecho a no

³ Ver, entre otros: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político, Artículo 7; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Artículo 2; Convención sobre los Derechos del Niño, Artículo 37; y Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, Artículo 10.

⁴ Ver, entre otros: Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos, Artículo 5; Carta Africana de los Derechos y Bienestar del Niño, Artículo 16; Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 5; Convención Interamericana para Prevenir y Castigar la Tortura, Artículos 1 y 5; Convención Interamericana para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia contra la Mujer (*Convención de Belém do Pará*), Artículo 4; y Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Artículo 3.

⁵ Ver, entre otros: Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, Principio 6; Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, Artículo 5; Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, Regla 87 (a); Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, Artículo 6; Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (*Reglas de Beijing*), Regla 17 y comentario; Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado, Artículo 4. En el plano regional son de destacar las Líneas directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los derechos humanos y la lucha contra el terrorismo, Directriz IV.

⁶ Ver entre, otros: Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra; Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III), Artículos 49, 52, 87(3) y 89, 97; Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV); Artículos 40, 51, 95, 96, 100 y 119; 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), Artículo 75; y 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), Artículo 4.

ser sometido a torturas es un derecho que debe ser protegido en toda circunstancia, incluso en situaciones de disturbio o conflicto armado interno o internacional”.⁷

El carácter de prohibición absoluta de la tortura ha sido ampliamente reiterado por la jurisprudencia internacional y los órganos de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que “la tortura está estrictamente prohibida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La prohibición de la tortura es absoluta e inderogable, aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, ‘lucha contra el terrorismo’ y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas”.⁸ Por su parte, el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas ha recordado “que, con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 2 de la Convención, en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna, orden de un superior o una autoridad pública o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura”.⁹ Igualmente, el Comité ha precisado que “Aun consciente de las dificultades derivadas de la existencia de grupos terroristas [...] no se puede invocar ninguna circunstancia excepcional para justificar la tortura”.¹⁰ El Comité, en relación con la Federación Rusa, recientemente ha recordado que incluso en la lucha antiterrorista, ninguna circunstancia especial podría invocarse para justificar el recurso a la tortura.¹¹

⁷ Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Declaración y programa de acción de Viena, junio de 1993, párrafo 56.

⁸ Sentencia de 8 de julio de 2004, *Caso Hermanos Gómez Paquiyauri c. Perú*, párrafo 111. Ver, igualmente, Sentencia de 27 de noviembre de 2003, *Caso Maritza Urrutia c Guatemala*, párrafo 89; y Sentencia de 18 de agosto de 2000, *Caso Cantoral Benavides c. Perú*, párrafo 95.

⁹ “Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Egipto”, de 12 de junio de 1994, A/49/44, párrafo 89.

¹⁰ “Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Argelia”, de 18 de noviembre de 1996, A/52/44.

¹¹ “Observaciones y recomendaciones del Comité contra la Tortura -Federación Rusa”, documento de las Naciones Unidas CAT/C/XXVIII/Concl.5, 16 de mayo de 2002, párrafo 4.

Asimismo, el Comité ha recordado que “la existencia de una orden legal de detención en ningún caso justifica la tortura”.¹² En una Declaración adoptada a raíz de los trágicos sucesos del 11 de septiembre, el Comité recordó “el carácter irrenunciable de la mayoría de las obligaciones” de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. El Comité precisó que “Las obligaciones que figuran en los artículos 2 (‘en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales... como justificación de la tortura’), 15 (prohibición de que las confesiones extraídas como resultado de tortura puedan ser invocadas como prueba, salvo en contra del torturador) y 16 (prohibición de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes) son tres de esas disposiciones, que deben observarse en toda circunstancia”.¹³

El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la tortura, Sr. Theo van Boven, ha subrayado el “carácter intangible” de la prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.¹⁴ El Relator concluyó que “el fundamento jurídico y moral para la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes es absoluto e imperativo y no debe doblegarse o quedar supeditado en ninguna circunstancia a otros intereses, políticas y prácticas”.¹⁵

II. *Jus cogens* y obligaciones *erga omnes*

La prohibición de la tortura en términos absolutos, nos reenvía a dos nociones nucleares del derecho internacional: normas imperativas, o *jus cogens*, y obligaciones *erga omnes*. Del carácter absoluto de la prohibición de la tortura se derivan varias consecuencias, éstas están en estrecha relación con las normas imperativas y las obligaciones *erga omnes*, que a su vez devienen del *jus cogens*.

¹² “Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Paraguay”, A/52/44, de 5 de mayo de 1997.

¹³ Declaración del Comité contra la Tortura, aprobada el 22 de noviembre de 2001, CAT/C/XXVII/Misc.7.

¹⁴ “Informe del Relator Especial sobre la tortura”, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2002/137 de 26 de febrero de 2002, párrafo 8.

¹⁵ *Ibid.*, párrafo 15.

1. *Jus cogens* y tortura

La noción de *jus cogens* se refiere a aquellas normas imperativas del derecho internacional general, que son de naturaleza obligatoria y vinculantes, independientemente de la existencia de un vínculo contractual entre los Estados. Tradicionalmente vinculado con la noción de orden público internacional, el concepto de *jus cogens* significa que existen algunas normas tan fundamentales para la comunidad internacional que los Estados no pueden derogarlas. El concepto de *jus cogens* tiene sus orígenes en el Derecho Romano. Éste reconocía la existencia de dos ordenes jurídicos: el *jus strictum* (derecho obligatorio) y el *jus dispositivum* (derecho facultativo). No obstante, en el Derecho Internacional Contemporáneo, serían los trabajos de redacción de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, los que desarrollarían esta noción jurídica. En particular los informes de uno de sus miembros, el profesor Hersch Lauterpacht, que en su informe de 1953 a la Comisión de Derecho Internacional, ilustró acerca de la existencia de un “orden público de la comunidad internacional” y demostró cómo la ilicitud de un tratado debe ser evaluada a través de su compatibilidad con ciertos principios absolutos del derecho internacional, constitutivos de ese orden público.¹⁶ Algunos de los elementos de prueba de la existencia de ese orden público de la comunidad internacional y, por ende de la existencia de normas imperativas de derecho internacional son, entre otros, como lo señaló Lauterpacht, la *Cláusula Martens* —que figura, entre otros, en el preámbulo del Convenio de 1907, relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre—,¹⁷ y diferentes disposiciones del derecho internacional humanitario.

La consagración positiva del concepto de *jus cogens* sería cristalizada en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de

¹⁶ Jiménez de Aréchaga, Eduardo. *El derecho internacional contemporáneo*, Ed. Técnos, Madrid, 1980.

¹⁷ La *Cláusula Martens* estipula que: “Mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública”.

1969. En efecto, el Artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone: “una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. No huelga destacar que en el proceso de elaboración de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la Comisión de Derecho Internacional dio como ejemplo de tratados que violaban normas de *jus cogens*, aquellos que permitían la comisión de actos criminales bajo el derecho internacional o que violan los derechos humanos.¹⁸

El ámbito de aplicación de las normas de *jus cogens* no se restringe a los tratados y se extiende al derecho nacional. Así, las normas de *jus cogens* no pueden ser modificadas o revocadas por leyes internas. Como lo señaló el juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Dr. Antonio Cançado Trindade: “El concepto de *jus cogens* efectivamente no se limita al derecho de los tratados, y es igualmente propio del derecho de la responsabilidad internacional de los Estados [...] En mi entendimiento, es en este capítulo central del Derecho Internacional, el de la responsabilidad internacional (quizás más que en el capítulo del derecho de los tratados), que el *jus cogens* revela su real, amplia y profunda dimensión, alcanzando todos los actos jurídicos (inclusive los unilaterales), e incidiendo (inclusive más allá del dominio de la responsabilidad estatal) en los propios fundamentos de un derecho internacional verdaderamente universal”.¹⁹ Asimismo lo ha precisado el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, al recordar que, dado el carácter *jus cogens* de la prohibición de la tortura, “el simple hecho de mantener en vigor o de adoptar una ley contraria a la prohibición de la tortura compromete la responsabilidad internacional del Estado”.²⁰

Ello también es consecuencia del principio *Pacta sunt servanda*. Éste es un principio general de derecho internacional universalmente reconocido, que indica que los Estados deben ejecutar de buena fe los

¹⁸ Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 1968, volumen III, p. 248.

¹⁹ Sentencia de 27 de noviembre de 2003, *Caso Maritza Urrutia c Guatemala*, voto concurrente del juez Antonio Cançado Trindade, párrafo 9.

²⁰ Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Primera Instancia. Sentencia de 10 de diciembre de 1998, *Caso Prosecutor v. Furundzija*, Expediente No. IT-95-17/1-T 10, párrafo 150 (original en francés, traducción libre).

tratados y las obligaciones internacionales que dimanar de éstos. Este principio general del derecho internacional tiene como corolario que las autoridades de un país no pueden argumentar obstáculos de derecho interno para sustraerse de sus compromisos internacionales. La existencia de normas constitucionales, legislativas o reglamentarias, no puede ser invocada para no ejecutar obligaciones internacionales o para modificar su cumplimiento. Éste es un principio general del derecho de gentes reconocido por la jurisprudencia internacional.²¹ Igualmente, la jurisprudencia internacional ha reiterado que, de acuerdo con este principio, las decisiones de los tribunales nacionales no pueden ser esgrimidas como óbice para el cumplimiento de obligaciones internacionales.²² El principio *pacta sunt servanda* y su corolario han sido acrisolados en los Artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión consultiva sobre “Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención”: “Según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aún tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia”.²³ La Corte

²¹ Corte Permanente de Justicia Internacional, Opinión Consultiva del 4 de febrero de 1932, *Traitement des nationaux polonais et autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig*, Recueil des arrêts et ordonnances, Série A/B, N° 44; Corte Permanente de Justicia Internacional, Opinión Consultiva del 31 de julio de 1930, *Question des communautés greco-bulgares*, Recueil des arrêts et ordonnances, Série A, N° 17; Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva de 26 de abril de 1988, *Obligation d'arbitrage*; Sentencia de 28 de noviembre de 1958, *Application de la Convention de 1909 pour régler la tutelle des mineurs (Pays Bas/Suède)*; Corte Internacional de Justicia, Sentencia de 6 de abril de 1955, *Nottebohm (2e. Phase) (Lichtenstein/Guatemala)* y Laudo arbitral S.A Bunch, *Montijo (Colombia c. Estados Unidos de América)*, 26 de julio de 1875.

²² Corte Permanente de Justicia Internacional, Sentencia N° 7, de 25 de mayo de 1923, *Haute Silésie polonaise*, en Recueil des arrêts et ordonnances, Série A, N° 7; y Sentencia N° 13, *Usine de Chorzow (Allemagne/Pologne)*, de 13 de septiembre de 1928, en Recueil des arrêts et ordonnances, Série A, N° 17.

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts.1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994, Serie A N° 14, párrafo 35.

Interamericana precisó igualmente que: “Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2 [de la Convención Americana sobre Derechos Humanos]. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención. Si esas normas se han adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, es indiferente para estos efectos”.²⁴

La prohibición absoluta de la tortura es una norma de *jus cogens*. Así lo ha reiterado la jurisprudencia internacional. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha declarado que “la tortura est[á] prohibida por una norma imperativa del derecho internacional”.²⁵ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que: “Existe un régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura, tanto física como psicológica, régimen que pertenece hoy día al dominio del *ius cogens*. La prohibición de la tortura es completa e inderogable, aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas”.²⁶ En su voto concurrente, el juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Dr. Antonio Cançado Trindade precisó que: “La prohibición categórica y absoluta de la tortura en cualesquiera circunstancias, que recae en el dominio del *jus cogens* internacional, es una conquista definitiva de la civilización. Un criterio infalible de medición del grado de civilización

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-13/93, de 16 de julio de 1993, “Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, en Serie A: Fallos y Opiniones, N° 13, párrafo 26.

²⁵ Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Primera Instancia, Sentencia de 10 de diciembre de 1998, *Caso Prosecutor v. Furundzija*, Expediente N° IT-95-17/1-T 10, párrafo 155 (original en francés, traducción libre).

²⁶ Sentencia de 7 de septiembre de 2004, *Caso Tibi c. Ecuador*, párrafo 143. En el mismo sentido, Sentencia de 8 de julio de 2004, *Caso Hermanos Gómez Paquiyauri c. Perú*, párrafo 112; Sentencia de 27 de noviembre de 2003, *Caso Maritza Urrutia c. Guatemala*, párrafo 92; y Sentencia de 18 de agosto de 2000, *Caso Cantoral Benavides c. Perú*, párrafos 102 y 103.

alcanzado por cualquier país (sea o no Parte en los tratados de derechos humanos) reside efectivamente en el trato dispensado por las autoridades públicas a las personas detenidas [...] Manifestándose formalmente, en el dominio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sea a través de la jurisprudencia, sea a través de la legislación, la prohibición absoluta de la tortura emana de la fuente material del Derecho por excelencia, la conciencia jurídica universal. De esta última emanan igualmente la consagración y expansión del dominio del *jus cogens* internacional”.²⁷ Igualmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha calificado la prohibición de la tortura como una norma de *jus cogens*.²⁸

Igualmente, la jurisprudencia de los tribunales nacionales ha considerado reiteradamente que la prohibición de la tortura es una norma de *jus cogens*.²⁹ La doctrina es igualmente unánime al considerar que la prohibición de la tortura es en sí misma una norma del derecho de gentes o una norma imperativa del derecho internacional general.³⁰ El Profesor Cherif Bassiouni ha precisado que: “Existen suficientes fundamentos jurídicos para llegar a la conclusión de que todos estos crímenes [incluidos la tortura, el genocidio y otros crímenes contra la humanidad] forman parte del *jus cogens*”.³¹

²⁷ Sentencia de 27 de noviembre de 2003, *Caso Maritza Urrutia c Guatemala*, voto concurrente del juez Antonio Cançado Trindade, párrafos 6 y 8.

²⁸ Informe sobre terrorismo y derechos humanos, documento de la Organización de los Estados Americanos OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., de 22 de octubre de 2002, párrafo 155.

²⁹ Ver, entre otros: Sentencia de la Corte del Noveno Circuito de Estados Unidos de América, *Caso Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, 965 F.2d 699, 714-718, 9th Cir. 1992, cert. denied, 507 U.S. 1017, 1993.

³⁰ Ver, entre otros: Rodley, Nigel. *The Treatment of Prisoners under International Law*, Clarendon Press-Oxford, 1999, Second Edition, pp. 46 y siguientes; Steven R. Ratner y Jason S. Abrams. *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy*, Clarendon Press-Oxford, 1997, p. 110; Meron, Theodor. “International Criminalization of Internal Atrocities”, in *American Journal on International Law*, 89, 1995, pp. 554 y 558; Seiderman, Ian D. *Hierarchy in International Law-The Human Rights Dimension*, Ed. Intersentia-Hart, 2001, pp. 92-23.

³¹ Bassiouni, M. Cherif. “International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes*”, in *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, núm. 4, Durham, North Carolina, otoño de 1996, p. 63 (original en inglés, traducción libre).

2. Obligaciones *erga omnes*

Las obligaciones *erga omnes* se refieren a aquellas que son exigibles a todos los Estados y por todos los Estados. La Corte Internacional de Justicia, en su sentencia relativa al *Caso Barcelona Traction*, ha precisado que “dada la importancia de los derechos que están en juego puede considerarse que los Estados tienen un interés jurídico en que esos derechos sean protegidos; las obligaciones de que se trata son obligaciones *erga omnes*”.³² La Corte señaló en su sentencia que estas obligaciones *erga omnes* “se derivan, por ejemplo, en el derecho internacional contemporáneo, de la prohibición de los actos de agresión y de genocidio, así como también de los principios y normas relativos a los derechos básicos de la persona humana, incluida la protección contra la esclavitud y la discriminación racial. Algunos de los derechos de protección correspondientes se han incorporado al derecho internacional general; otros los confieren instrumentos internacionales de carácter universal o cuasi universal”.³³

La noción de obligaciones *erga omnes* está estrechamente relacionada con la de normas de *ius cogens*. Así lo ha precisado el Profesor Cherif Bassiouni al señalar que si “el *jus cogens* se refiere a la condición jurídica que adquieren ciertos crímenes internacionales [...] la obligación *erga omnes* se deriva de los efectos jurídicos que tiene la caracterización de determinado crimen como sujeto al *jus cogens* [...]”.³⁴

Los Estados tienen la obligación internacional de juzgar y castigar a los responsables de tortura y crímenes contra la humanidad, pues las normas relativas a éstos tienen la jerarquía de *jus cogens*³⁵ y como tales no admiten acuerdo en contrario. Eso significa que no puede reconocerse validez jurídica a actos unilaterales de los Estados, tendientes a dejarlas sin efecto dentro de su respectiva jurisdicción, y que tales actos no son oponibles frente a los demás Estados y a la comunidad internacional en su conjunto.

³² Corte Internacional de Justicia, Sentencia de 5 de febrero de 1970, *Caso Barcelona Traction Light and Power Company*, párrafo 32, en Recueil des Arrêts de la Cour Internationale de Justice -1970 (original en francés, traducción libre).

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibid.*, p. 68.

³⁵ Bassiouni, Cherif. “International Crimes..., *op. cit.*, pp. 68 y siguientes.

En lo que respecta a la tortura, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha precisado que la prohibición de *jus cogens* “impone a los Estados obligaciones *erga omnes*, es decir, obligaciones frente a todos los demás miembros de la comunidad internacional cada uno de los cuales tiene un derecho correlativo. Además la violación de estas obligaciones afecta simultáneamente al derecho correlativo de todos los miembros de la comunidad internacional y autoriza a cada uno de ellos a exigir que el Estado en cuestión cumpla su obligación o, al menos, deje de contravenir o no repita”.³⁶ El Tribunal ha considerado que, en materia de responsabilidad penal del individuo, “una de las consecuencias del valor de *jus cogens* reconocido a la prohibición de la tortura por la comunidad internacional, hace que todo Estado tenga derecho a investigar, juzgar y castigar u obtener la extradición de los individuos acusados de tortura, presentes en su territorio. En efecto, sería contradictorio, por una parte, limitar, prohibiendo la tortura, el poder absoluto que tienen normalmente los Estados soberanos de celebrar Tratados y, por otra parte, impedir a los Estados juzgar y castigar el que la practica en el extranjero. Este fundamento jurídico de la competencia universal de los Estados respecto de la tortura confirma y refuerza el que [...] se deriva del carácter por naturaleza universal del crimen. Se consideró que dado que se condenaron los crímenes internacionales universalmente cualquiera que sea el lugar donde se cometieron, cada Estado tiene el derecho a juzgar y castigar a los autores de estos crímenes”.³⁷

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que “un aspecto esencial del derecho a la seguridad personal es la absoluta prohibición de la tortura, norma perentoria del derecho internacional que crea obligaciones *erga omnes*”.³⁸ Una de estas obligaciones, ha destacado la Comisión, es la de juzgar y sancionar a los autores de actos de tortura.

³⁶ Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Primera Instancia, Sentencia de 10 de diciembre de 1998, *Caso Prosecutor v. Furundzija*, Expediente No. IT-95-17/1-T 10, párrafo 151 (original en francés, traducción libre).

³⁷ *Ibid.*, párrafo 156.

³⁸ Informe sobre terrorismo y derechos humanos, documento de la Organización de los Estados Americanos OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., de 22 de octubre de 2002, párrafo 155.

3. *Jus cogens*, obligaciones *erga omnes* y jurisdicción extraterritorial

Esta obligación *erga omnes* se expresa jurídicamente en el principio de jurisdicción universal y en la regla *aut dedere aut judicare*, esta última expresamente consagrada por el Artículo 5 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y el Artículo 12 de la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura. El principio de jurisdicción universal, según el cual todos los Estados tienen la obligación de perseguir internacionalmente a los autores de ciertos crímenes bajo el derecho internacional, independientemente del lugar donde éstos fueron cometidos o de la nacionalidad del autor o de las víctimas, está expresamente consagrado en numerosos instrumentos internacionales³⁹ y en los cuatro Convenios de Ginebra.⁴⁰

En ese contexto, cabe destacar la sentencia de 1980, *Caso Filartiga c. Peña-Irala*, de la Corte de Apelaciones del Segundo Distrito de Nueva York, en la que el tribunal precisó que el “torturador pasó a ser como el pirata y el negociante de esclavos de antes, *hostis humani generis*, un enemigo de la humanidad entera”.⁴¹ Igualmente, cabe destacar que en el trámite del *Caso Pinochet ante la Casa de los Lorea*, Lord Browne-Wilkinson afirmó: “La naturaleza de *jus cogens* del crimen internacional de tortura justifica que los Estados asuman jurisdicción para la tortura donde sea que ésta haya sido cometida. La ley internacional prevé que las ofensas al *jus cogens* pueden ser castigadas por cualquier Estado ya que sus

³⁹ Principio I de los Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra o de Crímenes de Lesa Humanidad, adoptados por Resolución 3074 (XXVIII) de 3 de diciembre de 1973 de la Asamblea General de las Naciones Unidas; el Artículo V de la Convención sobre la Represión y el Castigo del Crimen del Apartheid; el Principio 18 de los Principios relativos a una Eficaz Prevención e Investigación de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o Sumarias, adoptados por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas por Resolución 1989/65 de 24 de mayo de 1989 y acogidos con satisfacción por la Asamblea General de las Naciones Unidas por Resolución 44/159, de 15 de diciembre de 1989; y el Artículo 14 de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por Resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992.

⁴⁰ Artículo 49 del I Convenio; Artículo 50 del II Convenio; Artículo 129 del III Convenio; y Artículo 146 del IV Convenio.

⁴¹ Sentencia de 30 de junio de 1980, *Caso Filartiga v. Peña-Irala*, 630 F 2d 876 (original en inglés, traducción libre).

ofensores son enemigos comunes de la humanidad y todas las naciones tienen el mismo interés en su detención y enjuiciamiento”.⁴²

El principio del principio de territorialidad del derecho penal no es absoluto en el ámbito del derecho penal internacional. Así lo reconoció desde temprana hora la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso “Lotus”: “[s]i es verdad que el principio de la territorialidad del Derecho Penal sirve de fundamento en todas las legislaciones, no es menos cierto que todas o casi todas estas legislaciones extienden su acción a delitos cometidos fuera de su territorio, y esto conforme a sistemas que cambian de Estado a Estado. La territorialidad del Derecho Penal no es, pues, un principio absoluto de Derecho internacional y de ningún modo coincide con la soberanía territorial”.⁴³ La Corte Permanente de Justicia Internacional reconoció en este trascendental fallo el carácter de crimen internacional, sometido al principio de jurisdicción universal, de la piratería marítima en alta mar, en virtud del derecho internacional consuetudinario. Así, la Corte consideró que el pirata era “un enemigo de toda la humanidad –*hostis humani generis*– a quien cualquier Nación, en el interés de todos, puede capturar y castigar”.⁴⁴

Así que el clásico criterio de la territorialidad del derecho penal es, frente al crimen de tortura, inoperante. Como lo señalara Quintano Ripollés, al referirse a los delitos contra los derechos humanos, el derecho internacional establece “un régimen jurisdiccional mas allá de las normales causas de territorialidad”.⁴⁵

El principio de jurisdicción universal, y su variante condicionada de *aut dedere aut judicare*, es un principio reconocido de larga data por el derecho penal internacional para ciertas categorías de crímenes internacionales. Grocio y Covarrubias, entre otros, sentaron las bases de ese principio. Hugo Grocio, considerado uno de los padres del derecho internacional, señalaba que “los reyes y, en general, todos aquellos soberanos, tienen el derecho a castigar no sólo los agravios cometidos contra

⁴² Citado en Zuppi, Alberto Luis. “La jurisdicción universal para el juzgamiento de crímenes contra el derecho internacional”, en página web www.abogarte.com.ar/3.htm.

⁴³ Corte Permanente de Justicia Internacional, Sentencia de 7 de septiembre de 1927, *Asunto S.S. Lotus (France v. Turquie)*, in Series A, N° 10 (1927), 2 (20) (original en francés, traducción libre).

⁴⁴ *Ibid.*, p. 70.

⁴⁵ Quintano Ripollés, Antonio. *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, Instituto “Francisco de Vitoria”, Madrid, 1955, tomo I, p. 335.

ellos o sus súbditos, sino también los que no les atañen en particular cuando entrañan una violación grave del derecho natural o del derecho de gentes contra cualquier persona. Y digo cualquier persona y no sólo sus súbditos”.⁴⁶ Siendo que ciertos crímenes violaban el orden jurídico existente, en razón de la *Societas generis humani*, Grocio formulaba lo que hoy se conoce como principio de jurisdicción universal bajo la locución *aut dedere aut punire*. El jurisconsulto y teólogo toledano Diego de Covarrubias, aseveraba que “cualquier Príncipe o Juez está obligado a dar a cada uno su derecho, que es el oficio de la Justicia, que manifestamente procede de la Ley Natural y tiene fuerza universal”.⁴⁷ Para Covarrubias esa justicia de alcance universal estaba “reservada a aquellos crímenes tan graves, que su impunidad, a causa del gran escándalo, sirva de insigne ejemplo y prevención de futuros delitos a cualquier República y, por último, serviría de detrimento a todas las Naciones”.⁴⁸

A nivel del Continente Americano, se registran varios precedentes de tratados en la materia. Uno de los primeros lo constituye el *Código de derecho internacional privado*, conocido bajo el nombre de *Código Bustamante*, suscrito en la Habana el 13 de febrero de 1928. Su Artículo 308 reconocía una suerte de principio de jurisdicción universal para los delitos de piratería, “trata de negros”, comercio de esclavos, “trata de blancas” y destrucción o daños a cables submarinos. El *Código Bustamante* fue suscrito por los presidentes de 19 Estados latinoamericanos, entre los cuales estaba Guatemala.⁴⁹

Diversos tribunales nacionales han reiterado este principio de jurisdicción universal en causas por genocidio y crímenes de lesa humanidad. La Corte Suprema de Israel, en el *Caso Adolf Eichmann*, fundamentó su competencia en el principio de personalidad pasiva y, además, en el de jurisdicción universal. La Corte precisó que, dado que los actos imputados a Eichmann eran la negación misma de los fundamentos esenciales de la Comunidad Internacional, el Estado de Israel podía juzgarlo bajo el principio de jurisdicción universal, en su calidad de custodio del

⁴⁶ Grocio, Hugo. *De jure belli ac pacis*, LII, cap. XX, párrafo XL, 1, citado en Informe del Relator especial de la Comisión de derecho internacional, Sr. Doudou Thiam. Cuarto informe..., *doc. cit.*, párrafo 175.

⁴⁷ Citado en Quintano Ripollés, Antonio. *Op. Cit.*, Tomo II, p. 97.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Guatemala ratificó, junto con 15 Estados, el *Código Bustamante*.

derecho internacional.⁵⁰ En el *Caso Demjanjuk*, el tribunal estadounidense que ordenó su extradición a Israel reiteró el principio de jurisdicción universal. Demjanjuk contestó la extradición con base en el argumento de que, al momento de la comisión de los crímenes, el Estado de Israel no existía y que la ley estadounidense sólo autorizaba la extradición cuando los ilícitos hubiesen sido cometidos en territorio del Estado requeriente. El tribunal consideró que la legislación estadounidense reconocía el principio de jurisdicción universal y que Israel, como cualquier Estado, podía solicitar su extradición.⁵¹ En Bélgica, el Tribunal que inició el proceso contra Augusto Pinochet Ugarte por crímenes de lesa humanidad, para fundamentar su competencia invocó el carácter de norma del derecho internacional consuetudinario del principio de jurisdicción universal.⁵² El Tribunal, en su decisión sobre la competencia, consideró “que existe una norma consuetudinaria del derecho de gentes, ver *jus cogens*, que reconoce la competencia universal y autoriza a las autoridades estatales nacionales a perseguir y a juzgar, en toda circunstancia, las personas sospechosas de haber cometido crímenes contra la humanidad”.⁵³

Como lo señalan los profesores Cherif Bassiouni y Edward M. Wise: “El principio es más que una norma ordinaria de derecho internacional. Es una condición para la represión efectiva de infracciones universalmente condenadas. En gran parte, las reglas que prohíben esas infracciones constituyen normas de *jus cogens*: son normas de la mayor importancia para el orden público mundial y no pueden ser dejadas sin efecto o modificadas por un tratado posterior. Los Estados, por ejemplo, no pueden mediante un tratado, permitir la piratería contra los barcos mercantes de otro Estado, o conducir la guerra por métodos que violen las leyes de la guerra, como la regla del cuartel. No pueden válidamente acordar que permitirán el genocidio u otros crímenes de lesa humanidad. Por ello, en la medida en que constituye una regla del

⁵⁰ Corte Suprema de Israel, Sentencia de 29 de mayo de 1962, causa “Attorney General of Israel v. Eichmann”, reproducido en *International Law Reports*, vol. 36, p. 404.

⁵¹ Tribunal de apelación del 6° Circuito, *Causa Demjanjuk c. Petrovsky*, Sentencia de 31 de octubre de 1985.

⁵² Ordenanza de 6 de noviembre de 1998, del Juez Damien Vandermeersch del Tribunal de Primera Instancia de Bélgica, Causa N° 216/98.

⁵³ *Ibid.*, p. 9.

derecho internacional general, el principio *aut dedere aut judicare* es también, entonces, un principio de *jus cogens*".⁵⁴

III. La tortura: grave violación de derechos humanos y crimen bajo el derecho internacional

El derecho internacional califica la tortura como grave violación de los derechos humanos. La Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes afirma que "todo acto de tortura u otro trato o pena cruel, inhumano o degradante constituye una ofensa a la dignidad humana [y] será condenado como violación de los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas".⁵⁵ La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura reafirma "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 y 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".⁵⁶

La Asamblea General de las Naciones Unidas, en reiteradas oportunidades, ha recordado que la tortura constituye una grave violación a los derechos humanos.⁵⁷ La jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos es coincidente en esta materia. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha calificado reiteradamente la tortura como grave violación de los derechos

⁵⁴ Bassiouni, Cherif y Wise, Edward M. *Aut Dedere Aut Judicare. The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1995, p. 24 (original en inglés, traducción libre).

⁵⁵ Artículo 2.

⁵⁶ Párrafo preambular 2°.

⁵⁷ Ver, por ejemplo, la Resolución N° 55/89 "La tortura y otros tratos y penas cueles, inhumanos y degradantes", adoptada el 22 de febrero de 2001. Desde hace varias décadas, numerosos órganos de Naciones Unidas se han pronunciado en este sentido. Ver, por ejemplo, la Resolución 7 (XXVII) de 20 de agosto de 1974 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías.

humanos.⁵⁸ Esa misma calificación ha sido reiterada por el Relator Especial sobre la cesión del derecho a la reparación, de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de las Naciones Unidas, en sus trabajos de elaboración del proyecto de principios y directrices sobre el derecho de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho humanitario a obtener reparación.⁵⁹ La Declaración y programa de acción de Viena subrayó que “una de las violaciones más atroces de la dignidad humana es el acto de tortura”.⁶⁰

Uno de los elementos que caracteriza como graves las violaciones es el carácter inderogable de los derechos humanos afectados. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos aseveró que eran graves violaciones a los derechos humanos: “[actos] tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extra legales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.⁶¹ Como lo ha destacado el Comité de Derechos Humanos, en su Observación general N° 29, “Los Estados Partes no pueden en ningún caso invocar el artículo 4 del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos] como justificación de actos que violan el derecho humanitario o normas imperativas de derecho internacional”.⁶²

En tanto afectan derechos humanos inderogables, esos actos constituyen graves violaciones a los derechos humanos y, en consecuencia, deben ser castigados penalmente. La tortura, entre otras graves violaciones a los derechos humanos, constituye un crimen bajo el derecho internacional. Como crimen internacional su régimen jurídico está

⁵⁸ Ver por ejemplo, la decisión de 29 de marzo de 1982, Comunicación N° 30/1978, *Caso Bleier Lewhoff y Valiño de Bleier c. Uruguay*; la decisión de 31 de marzo de 1982, Comunicación N° 45/1979, *Caso Pedro Pablo Carmargo c. Colombia*; y “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Burundi”, de 3 de agosto 1994, en documento de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.41, párrafo 9.

⁵⁹ Ver documentos de las Naciones Unidas E/CN.4/1997/104, E/CN.4/Sub.2/1996/17 y E/CN.4/Sub.2/1993/8.

⁶⁰ Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Declaración y programa de acción de Viena, junio de 1993, párrafo 55.

⁶¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 14 de marzo de 2001, *Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú)*, párrafo 41.

⁶² Observación general N° 29, “Estados de emergencia (Artículo 4)”, adoptada el 24 de julio de 2001 durante la 1950ª reunión, párrafo 11.

prescrito por el derecho internacional, tanto convencional como consuetudinario. Así, entre otros aspectos de ese régimen jurídico, el Estado tiene la obligación internacional de juzgar y castigar a los responsables de esos crímenes y no puede invocarse la obediencia debida, o el cumplimiento de ordenes superiores, o la calidad oficial del autor, para exonerarse de la responsabilidad penal.

IV. Algunas consecuencias de la prohibición absoluta de la tortura

Bajo el derecho internacional, el carácter de prohibición de *jus cogens* de la tortura y de ilícito tiene varias consecuencias. Su práctica o tolerancia comprometen la responsabilidad internacional del Estado así como la responsabilidad penal de las personas que concurren en su comisión. Como lo señaló el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg: “Los crímenes contra el derecho internacional se cometen por hombres, no entidades abstractas, y sólo castigando a las personas que cometen tales crímenes se puede hacer cumplir las disposiciones del derecho internacional”.⁶³ Son varias las consecuencias jurídicas de la prohibición absoluta de la tortura, una de las más fundamentales es la prohibición de la tortura como medio de prueba,⁶⁴ no obstante, sólo abordaremos algunas de ellas.

1. El principio de *non refoulement* (no devolución)

La prohibición absoluta de la tortura se traduce en el principio de *non refoulement*. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha recordado que, “dado el carácter de norma de *jus cogens* de la prohibición

⁶³ Sentencia del Tribunal de Nuremberg, *Nazi Conspiracy and Aggression: Opinion and Judgment*, U.S.A. Government Printing Office, 1947, pág. 223, citado en Informe de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas sobre la labor realizada en su 48° periodo de sesiones, 6 de mayo a 26 de julio de 1996, documento A/51/10, suplemento 10, p. 31.

⁶⁴ Ver, entre otras: Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Artículo 15; Convención Interamericana para Prevenir y Castigar la Tortura, Artículo 10; y Observación General del Comité de Derechos Humanos, párrafo 12.

de la tortura, los Estados no pueden, sin infringir el derecho internacional, expulsar, devolver o extraditar a una persona hacia otro Estado donde hay motivos serios que llevan a creer que corre el riesgo de ser sometida a la tortura”.⁶⁵

El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la tortura ha subrayado el “vínculo existente entre el carácter intangible de la prohibición de la tortura y otras formas de malos tratos y el principio de no devolución”.⁶⁶ El Relator ha indicado que “el principio [de *non refoulement*] forma parte integrante de la obligación fundamental general de evitar contribuir en cualquier forma a una violación de la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes [y que] Es preciso subrayar que la protección ofrecida por el principio de no devolución reviste carácter imperativo”.⁶⁷

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, citando la Declaración de Cartagena, expresó que la cláusula de *non refoulement* es la piedra angular de la protección internacional de los refugiados y un principio de *jus cogens*.⁶⁸

El Artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y el Artículo 13 (4) de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura reiteran este principio. A pesar de que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no prevé ninguna disposición explícita sobre el principio de *non refoulement*, el Comité de los Derechos Humanos, en su Observación General N° 20 (párr. 9), y en lo que concierne a la tortura y los tratos inhumanos, considera que se trata de un principio y una obligación inherentes al Artículo 7 del Pacto.

La Corte Europea de Derechos Humanos afirmó que un Estado Parte adoptaría un comportamiento incompatible con los valores subyacentes a la Convención si entregaba a un fugitivo –por odioso que pudiera ser el crimen que se le imputa– a otro Estado en el cual existen

⁶⁵ Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Primera Instancia, Sentencia de 10 de diciembre de 1998, *Caso Prosecutor v. Furundzija*, Expediente No. IT-95-17/1-T 10, párrafo 144 (original en francés, traducción libre).

⁶⁶ “Informe del Relator Especial sobre la tortura”, documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2002/137, de 26 de febrero de 2002, párrafo 14.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1984-1985, OEA/Ser.L/V/II.66, Doc. 10 rev. 1, 1° de octubre de 1985.

serias razones para creer que puede ser víctima de torturas. La Corte consideró que, a pesar de la ausencia de alguna referencia explícita en el Artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos, la obligación implícita de no extraditar se extiende también a los casos en que un fugitivo correría riesgos de ser sometido a penas o tratos inhumanos o degradantes en el Estado de destino.⁶⁹ El mismo principio ha sido aplicado por la Corte en casos de expulsión de solicitantes de asilo hacía un Estado en el que correrían el riesgo de ser sometidos a tortura, o a penas o tratos inhumanos o degradantes.⁷⁰ De igual forma, hay que señalar que el principio de *non refoulement* está amparado por varios tratados de extradición y/o sobre el terrorismo.⁷¹

2. Obligación de juzgar y sancionar

Sin lugar a dudas, bajo el derecho internacional existe la obligación de procesar y castigar judicialmente a los autores de graves violaciones de derechos humanos como la tortura. Esa obligación no sólo está regulada por tratados internacionales sino también por el derecho internacional consuetudinario. Ello fue establecido tempranamente en el Derecho Internacional; uno de los primeros precedentes jurisprudenciales lo constituye el laudo arbitral proferido el 1º de mayo de 1925 por el profesor Max Huber, en el asunto *Reclamaciones británicas por daños causados a*

⁶⁹ Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia de 7 de julio de 1989, *Caso Soering*, párrafo 88.

⁷⁰ Corte Europea de Derechos Humanos, Sentencia de 20 de marzo de 1991, *Caso Cruz Vara y otros*, párrafo 69; y Sentencia de 30 de octubre de 1992, *Caso Vilvarajah y otros c. Reino Unido*.

⁷¹ La Convención internacional contra la toma de rehenes (Art. 9), la Convención europea de extradición (Art. 3), la Convención europea para la represión del terrorismo (Art. 5) y la Convención Interamericana sobre Extradición (Art. 4,5) tienen una cláusula general de *non refoulement*. También, ver el Tratado tipo de extradición (Artículo 3) adoptado por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990. Igualmente, cabe destacar que la “decisión-marco sobre el mandamiento de detención europeo y los procedimientos de entrega entre Estados Miembros”, adoptada por la Unión Europea, y que sustituye los procedimientos de extradición dentro del espacio comunitario, prescribe que “nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes” (Párrafo 13 del Preámbulo).

los súbditos británicos en la zona española de Marruecos. En ese laudo arbitral el profesor Huber recordaba que, según el Derecho Internacional, “Está admitido que de una manera general, la represión de los delitos no solamente es una obligación legal de las autoridades competentes, sino también [...] un deber internacional del Estado”.⁷²

Por su parte, el Comité contra la Tortura, al considerar casos de tortura cometidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, recordó que la obligación de castigar a los responsables de actos de tortura era ya exigible antes de la entrada en vigor de la Convención, toda vez que “existía una norma general de derecho internacional que obliga a los Estados a tomar medidas eficaces [contra la tortura] [y] para castigar su práctica”.⁷³ La Asamblea General de las Naciones Unidas ha recordado reiteradamente esta obligación internacional de los Estados.⁷⁴

La obligación de juzgar y sancionar a los autores de tortura, como expresión del deber de garantía, tiene su asidero jurídico en el Artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el Artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además, esta obligación tiene su asidero en la Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Crueles Inhumanos y Degradantes (Artículos 4, 5 y 7) y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Artículos 1 y 6).

El Comité de Derechos Humanos ha recordado que, tratándose de graves violaciones a los derechos humanos, como lo es la tortura, “[...] el Estado Parte [del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos] tiene el deber de investigar a fondo las presuntas violaciones de derechos humanos [...] y de encausar penalmente, juzgar y castigar a quienes sean considerados responsables de esas violaciones. Este deber

⁷² Recueil de sentences arbitrales, Nations Unies, Vol. II, págs. 645 y 646 (original en francés, traducción libre).

⁷³ Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas, Decisión relativa a las comunicaciones 1/1988, 2/1988 y 3/1988 (Argentina), de 23 de noviembre de 1989, párrafo 7.2, en Documentos de las Naciones Unidas, Asamblea General, Informes oficiales, Cuadragésimo quinto periodo de sesiones, Suplemento N° 44 (A/45/44), 1990.

⁷⁴ Ver, entre otras: resolución 49/193, de 23 de diciembre de 1994; resolución 51/94, de 12 de diciembre de 1996; resolución 53/150, de 9 de diciembre de 1998; y resolución 55/111, de 4 de diciembre de 2001.

es aplicable *a fortiori* en los casos en que los autores de esas violaciones han sido identificados”.⁷⁵

En varias sentencias la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reiterado que los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tienen la obligación internacional de juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones de los derechos humanos, como las desapariciones forzadas, las ejecuciones extrajudiciales y la tortura.⁷⁶ Esa obligación está directamente relacionada con el derecho de toda persona a ser oída por un tribunal competente, independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos, al igual que con el derecho a un recurso efectivo, consagrados en los Artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Como lo ha recordado la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “La Convención Americana garantiza a toda persona el acceso a la justicia para hacer valer sus derechos, recayendo sobre los Estados Partes los deberes de prevenir, investigar, identificar y sancionar a los autores intelectuales y encubridores de violaciones a los derechos humanos [...] El artículo 8.1 de la Convención Americana guarda relación directa con el artículo 25 en relación con el artículo 1.1, ambos de la misma, que asegura a toda persona un recurso rápido y sencillo para lograr, entre otros resultados, que los responsables de las violaciones a los derechos humanos sean

⁷⁵ Decisión de 13 noviembre de 1995, Comunicación N° 563/1993, *Caso Nydia Erika Bautista*, (Colombia), documento de las Naciones Unidas CCPR/C/55/D/563/1993, párrafo 8.6. Igualmente, ver la Decisión de 29 de julio de 1997, Comunicación N° 612/1995, *Caso José Vicente y Amado Villafañe Chaparro, Luis Napoleón Torres Crespo, Ángel María Torres Arroyo y Antonio Hugues Chaparro Torres* (Colombia), documento de las Naciones Unidas CCPR/C/60/D/612/1995, párrafo 8.8.

⁷⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso Velásquez Rodríguez*, Indemnización Compensatoria, Sentencia de 21 de julio de 1989 (Art. 63.1 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Serie C: Resoluciones y Sentencias, N° 7, párrafos. 32 y 34; *Caso Godínez Cruz*, Indemnización Compensatoria (Art. 63.1 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Sentencia de 21 de julio de 1989, Serie C: Resoluciones y Sentencias, N° 8, párrafos 30 y 3; *Caso Caballero Delgado y Santana*, Sentencia de 8 de diciembre de 1995, Serie C: Resoluciones y Sentencias, N° 22, párrafo 69 y Resolutivo 5; *Caso El Amparo*, Reparaciones (Artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 14 de septiembre de 1996, Serie C: Resoluciones y Sentencias, N° 28, párrafo 61 y Resolutivo 4; *Caso Castillo Páez*, Sentencia de 3 de noviembre de 1997, Serie C N° 34, párrafo 90; *Caso Suárez Rosero*, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C: Resoluciones y Sentencias, N° 35, párrafo 107 y Resolutivo 6; y *Caso Nicholas Blake*, Sentencia de 24 de enero de 1998, Serie C: Resoluciones y Sentencias N° 36, párrafo 97.

juzgados”.⁷⁷ La Corte Interamericana ha recordado que “[...] la sanción de las personas responsables [...] es una obligación que corresponde al Estado siempre que haya ocurrido una violación de los derechos humanos y esa obligación debe ser cumplida seriamente y no como una mera formalidad”.⁷⁸ Así, la Corte Interamericana ha considerado que “El Estado debe garantizar que los procesos internos tendientes a [...] sancionar a los responsables de los hechos [...] surtan sus debidos efectos y, en particular, de abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad”.⁷⁹

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que esta obligación de procesar y sancionar a los autores de violaciones de los derechos humanos es indelegable e irrenunciable. Así, en su “Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Perú”, la Comisión aseveró que: “los Estados tienen la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de violaciones a los derechos humanos [...] Más aún, ésta es una obligación internacional que el Estado no puede renunciar”.⁸⁰

En la Sentencia relativa al *Caso el Fiscal c. Anto Furundzija*, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia consideró que: “A nivel individual de responsabilidad criminal, parece que una de las consecuencias del carácter de *jus cogens* conferido por la comunidad internacional a la prohibición de tortura es que cada Estado está facultado para investigar, enjuiciar y castigar o extraditar a los individuos acusados de tortura que estén presentes en un territorio bajo su jurisdicción”.⁸¹ Al recordar que “la tortura est[á] prohibida por una norma imperativa del

⁷⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Nicholas Blake*, Sentencia de Reparación de 22 de enero de 1999, Serie C: Resoluciones y Sentencias, párrafos 61 y 63.

⁷⁸ *Caso El Amparo*. Reparaciones, *doc. cit.*, párrafo 61. Ver también, *Caso Blake*. Reparaciones, *doc. cit.*, párrafo 65.

⁷⁹ Sentencia de 29 de agosto de 2002, *Caso del Caracazo c. Venezuela*, (Reparaciones), párrafo 119.

⁸⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Perú, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, párrafo 230.

⁸¹ Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Primera Instancia, Sentencia de 10 de diciembre de 1998, *Caso Prosecutor v. Furundzija*, Expediente N° IT-95-17/1-T 10, párrafo 156 (original en francés, traducción libre).

derecho internacional”,⁸² el Tribunal enfatizó que el conjunto de las normas convencionales que “obligan [a] los Estados a prohibir y reprimir el recurso a la tortura; les impone también abstenerse de todo recurso a la tortura por medio de sus agentes. En los tratados relativos a los derechos humanos, que tratan de la responsabilidad de los Estados más que de la responsabilidad penal individual, la tortura está prohibida como crimen que debe ser castigado por aplicación del derecho interno; por otro lado, todos los Estados partes a estos convenios tienen el poder y la obligación de investigar, perseguir y castigar a los autores de esos hechos. Así pues, en los tratados relativos a los derechos humanos, la prohibición de la tortura encuentra su prolongación en la aplicación de la responsabilidad penal de los individuos”.⁸³ Para el Tribunal, “La existencia de este conjunto de normas generales y convencionales que prohíben la tortura pone de manifiesto que la comunidad internacional, consciente de la importancia de rechazar este fenómeno abominable, decidió suprimir toda manifestación en que actuaba, tanto a nivel interestatal como al de los individuos. No se dejó ninguna escapatoria jurídica”.⁸⁴

3. Impunidad y tortura

El incumplimiento de la obligación de procesar, juzgar y castigar a los autores de graves violaciones de derechos humanos, se traduce en la denegación de justicia y, por tanto, en impunidad, entendida esta última como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos”.⁸⁵ Por ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha recordado que: “[...] el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y

⁸² *Ibid.*, párrafo 155 (original en francés, traducción libre).

⁸³ *Ibid.*, párrafo 145.

⁸⁴ *Ibid.*, párrafo 146.

⁸⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Paniagua Morales y otros*, Sentencia de 8 de marzo de 1998, Serie C: Resoluciones y Sentencias, N° 37, párrafo 173.

la total indefensión de las víctimas y de sus familiares”.⁸⁶ La Corte ha precisado que “El Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad”.⁸⁷

Al mantener la impunidad de las graves violaciones de los derechos humanos, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, el Estado viola sus obligaciones internacionales y compromete su responsabilidad internacional. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha recordado al respecto que: “Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción”.⁸⁸ El Comité de Derechos Humanos ha señalado, igualmente, que: “La impunidad por la violación de los derechos humanos es incompatible con las obligaciones contraídas por el Estado parte con arreglo al párrafo 3 del artículo 2 del Pacto”.⁸⁹

En ese contexto jurídico, las amnistías, indultos y otras medidas similares, que impiden que los autores de graves violaciones de los derechos humanos sean llevados ante los tribunales, juzgados y sancionados, son incompatibles con las obligaciones que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos impone a los Estados. Esa incompatibilidad ha sido implícitamente reconocida por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, realizada bajo los auspicios de las Naciones Unidas en junio de 1993, en Viena. La Declaración y el Programa de Acción de Viena, adoptados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, contienen una cláusula acorde con la cual: “los gobiernos deben derogar la legislación que favorezca la impunidad de los autores de violaciones graves de derechos humanos, como la tortura, y castigar esas violaciones, consolidando así las bases del imperio de la ley”.⁹⁰ La jurisprudencia internacional es unánime al respecto.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Nicholas Blake, Sentencia de Reparación de 22 de enero de 1999*, Serie C; Resoluciones y Sentencias, párrafo 64.

⁸⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velázquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988*, en Serie C: Resoluciones y Sentencias, N° 4, párrafo 176.

⁸⁹ “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Lesotho”, documento de Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.106, de 8 de abril de 1999, párrafo 17.

⁹⁰ Conferencia Mundial de Derechos Humanos -Declaración y Programa de Acción de Viena, junio de 1993, Documento de las Naciones Unidas DPI/1394-48164-October 1993-/M, Sección II, pág. 65, párrafo 60.

La Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en su fallo sobre el *Caso el Fiscal c. Anto Furundzija* recordó que: “el hecho de que la tortura esté prohibida por una norma imperativa del derecho internacional tiene varios efectos a nivel interestatal e individual. A nivel interestatal, está destinada a privar de legitimidad todo acto legislativo, administrativo o judicial autorizando la tortura. Sería absurdo afirmar de una parte que, dado el valor de *jus cogens* de la prohibición de la tortura, los tratados o reglas consuetudinarias que prevén la tortura son nulos y sin efectos *ab initio* y dejar, por otra parte, que los Estados adopten medidas que autorizan o toleran la práctica de la tortura o conceden amnistía a los torturadores. Si tal situación llegará a ocurrir, las medidas nacionales violarían el principio general y toda disposición convencional pertinente tendría los efectos jurídicos antes indicados y no sería, además, reconocida por la Comunidad internacional”.⁹¹ La Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona ha afirmado recientemente que es “una norma cristalizada del derecho internacional que un gobierno no puede conceder, bajo derecho internacional, amnistía para crímenes serios”.⁹²

Igualmente, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, ha considerado que aquellas medidas que permiten la impunidad de los autores de graves violaciones de los derechos humanos, que impiden que los hechos sean investigados, que los autores sean procesados y sancionados, y/o las víctimas y sus familiares dispongan de un recurso efectivo y obtengan reparación, son incompatibles con las obligaciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Así lo ha expresado el Comité de Derechos Humanos al examinar legislaciones que han otorgado amnistía o indultos por graves violaciones de

⁹¹ Sentencia de 10 de diciembre de 1998, *Caso Prosecutor v. Furundzija*, Expediente N° IT-95-17/1-T 10, párrafo 155 (original en francés, traducción libre).

⁹² Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona, Sentencia sobre excepciones preliminares, de 25 de mayo de 2004, *Caso Procurador c. Moinina Fofana*, Caso N° SCSL-2004-14-AR72(e), párrafo resolutivo 3 (original en inglés, traducción libre). Decisión en la página web www.sc-sl.org.

derechos humanos en Argentina,⁹³ Chile,⁹⁴ El Salvador,⁹⁵ Francia,⁹⁶ Haití,⁹⁷ Líbano,⁹⁸ Níger,⁹⁹ Perú,¹⁰⁰ Senegal,¹⁰¹ República del Congo,¹⁰² República de Croacia,¹⁰³ Uruguay¹⁰⁴ y Yemen.¹⁰⁵

El Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas ha considerado que las leyes de amnistía y medidas similares, que permiten dejar en la impunidad a los autores de actos de tortura, son contrarias al espíritu y letra de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.¹⁰⁶ Así lo ha reiterado el Comité contra

⁹³ “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina,” de 5 de abril de 1995, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.46; A/50/40, párrafo 144; “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos”: Argentina, de 3 de noviembre de 2000, documento de las Naciones Unidas CCPR/CO/70/ARG, párrafo 9.

⁹⁴ Documento de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.104, párrafo 7.

⁹⁵ “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: El Salvador”, documento de las Naciones Unidas CCPR/CO/78/SLV, de 22 de agosto de 2003, párrafo 6. Ver, igualmente, Documento de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.34, párrafo 7.

⁹⁶ Documento de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.80, párrafo 13.

⁹⁷ Documento de las Naciones Unidas A/50/40, párrafos 224-241.

⁹⁸ Documento de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add78, párrafo 12.

⁹⁹ “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Níger”, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.17, de 29 de abril de 1993, párrafo 7.

¹⁰⁰ “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Perú”, 1996, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.67, párrafos 9 y 10; y “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Perú”, 15 de noviembre de 2000, Documento de las Naciones Unidas CCPR/CO/70/PER, párrafo 9.

¹⁰¹ “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Senegal” documento de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.10, de 28 de diciembre de 1992, párrafo 5.

¹⁰² “Observaciones finales sobre el segundo informe periódico del Congo: Congo”, documento de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.118, de 27 de marzo de 2000, párrafo 12.

¹⁰³ “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: República de Croacia”, de 4 de abril de 2001, Documento de las Naciones Unidas CCPR/CO/71/HRV, párrafo 11.

¹⁰⁴ Documento de las Naciones Unidas CCPR/C/79/Add.19, párrafos 7 y 11; CCPR/C/79/Add.90, Parte C. “Principales temas de preocupación y recomendaciones”; y Dictamen de 9 de agosto de 1994, *Caso Hugo Rodríguez* (Uruguay), Comunicación N° 322/1988, CCPR/C/51/D/322/1988, párrafo 12.4.

¹⁰⁵ Documento de las Naciones Unidas A/50/40, párrafos 242-265.

¹⁰⁶ Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas, Decisión relativa a las comunicaciones 1/1988, 2/1988 y 3/1988 (Argentina), de 23 de noviembre de 1989, párrafo 7.3, en documento de las Naciones Unidas, Asamblea General, Informes oficiales, Cuadragésimo quinto periodo de sesiones, Suplemento N° 44 (A/45/44), 1990.

la Tortura en sus “observaciones finales” a Argentina,¹⁰⁷ Azerbaiján,¹⁰⁸ Perú,¹⁰⁹ República Kirguiz¹¹⁰ y Senegal.¹¹¹

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretenden impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extra legales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.¹¹²

La Comisión Interamericana reiteradamente ha considerado incompatibles las leyes de amnistía, indultos y medidas similares, adoptadas por Argentina,¹¹³ Chile,¹¹⁴ El Salvador,¹¹⁵ Perú,¹¹⁶ y Uruguay,¹¹⁷ con

¹⁰⁷ *Ibid.*, párrafo 9.

¹⁰⁸ “Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Azerbaiján”, párrafos 68 y 69.

¹⁰⁹ “Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura: Perú”, de 15 de noviembre de 1999, párrafo 59, documento de las Naciones Unidas A/55/44.

¹¹⁰ “Observaciones finales del Comité contra la Tortura: República Kirguiz”, párrafos 74 y 75, en documento de las Naciones Unidas A/55/44, de 17 de noviembre de 1999.

¹¹¹ “Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Senegal”, documento de las Naciones Unidas A/51/44, de 9 de julio de 1996, párrafos 102-119.

¹¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 14 de marzo de 2001, *Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú)*, párrafo 41.

¹¹³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 28/92, Casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311 (Argentina), 2 de octubre de 1992.

¹¹⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 36/96, Caso 10.843 (Chile), 15 de octubre de 1996, párrafo 105; Informe N° 34/96, Casos 11.228, 11.229, 11.231 y 11.282 (Chile), 15 de octubre de 1996, párrafo 104; Informe N° 25/98, Casos 11.505, 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.573, 11.583, 11.585, 11.585, 11.595, 11.652, 11.657, 11.675 y 11.705 (Chile), 7 de abril de 1998, párrafo 101.

¹¹⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 136/99, Caso 10.488, *Ignacio Ellacuría S.J. y otros* (El Salvador), 22 de diciembre de 1999; Informe N° 37/00, Caso 11.481, *Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez* (El Salvador), 13 de abril de 2000; Informe N° 1/99, Caso 10.480, *Lucio Parada Cea y otros* (El Salvador), 27 de enero de 1999; Informe N° 26/92, Caso 10.287, *Masacre de las Hojas* (El Salvador), 24 de septiembre de 1992, entre otros.

¹¹⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 1/96, Caso 10.559, *Chumbivilcas* (Perú), 1° de marzo de 1996; Informe N° 42/97, Caso 10.521, *Ángel Escobar Jurador* (Perú), 19 de febrero de 1998, párrafos 32 y 33; Informe N° 38/97, Caso 10.548, *Hugo Bustos Saavedra* (Perú), 16 de octubre de 1997, párrafos 46 y 47 e Informe N° 43/97, Caso 10.562, *Héctor Pérez Salazar* (Perú), 19 de febrero de 1998. Ver, igualmente, Informe N° 39/97, Caso 11.233, *Martín Javier Roca Casas* (Perú), 19 de febrero de 1998, párrafo 114 e Informe N° 41/97, Caso 10.491, *Estiles Ruiz Dávila* (Perú), 19 de febrero de 1998.

¹¹⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 29/92, Casos 10.029, 10.036, 10.145, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 y 10.375 (Uruguay), 2 de octubre 1992.

las obligaciones de esos Estados bajo la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Artículo XVIII, Derecho a la Justicia) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Artículos 1(1), 2, 8 y 25).

Finalmente, si bien el Artículo 6 (5) del 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), establece la posibilidad de que a la cesación de las hostilidades se conceda una amplia amnistía a “las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”, la interpretación oficial que ha hecho el Comité Internacional de la Cruz Roja sobre el alcance de esta disposición, no permite otorgar amnistía por actos de tortura. Así, el Comité Internacional de la Cruz Roja ha aseverado que: “Los trabajos preparatorios del artículo 6 (5) indican que este precepto tiene el propósito de alentar la amnistía [...] como una especie de liberación al término de las hostilidades para quienes fueron detenidos o sancionados por el mero hecho de haber participado en las hostilidades. No pretende ser una amnistía para aquellos que han violado el derecho humanitario internacional”.¹¹⁸

V. Algunas consideraciones sobre el régimen jurídico aplicable al crimen de tortura en el derecho internacional

La incriminación y el régimen jurídico, en particular en cuanto a la responsabilidad penal aplicable respecto de la tortura como crimen internacional, cualquiera que sea la calificación jurídica que se le dé (tortura, crimen de lesa humanidad o crimen de guerra), está establecido por el derecho internacional con independencia de la que pueda establecerse en el derecho interno de los Estados. Así, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina señaló “que la calificación de delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los

¹¹⁸ Carta del Comité Internacional de la Cruz Roja, dirigida al Fiscal del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia en el año 1995. El Comité Internacional de la Cruz Roja reiteró esta interpretación en otra comunicación fechada el 15 de abril de 1997.

Estados requirentes o requeridos en el proceso de extradición sino de los principios de *jus cogens* del derecho internacional”.¹¹⁹

Es obvio que los principios de legalidad de los delitos –*nullum crimen sine lege*– y de la responsabilidad penal subjetiva son de aplicación en el ámbito del Derecho Internacional. Ambos constituyen principios del derecho penal general y del derecho penal internacional.¹²⁰ La doctrina considera que el principio de responsabilidad subjetiva individual en materia penal y la prohibición de la responsabilidad objetiva es una norma de *jus cogens*.¹²¹

No obstante, como lo señala Rodolfo Mattarollo: “En el derecho penal internacional [...] el principio de legalidad [...] tiene características peculiares y se ha expresado de una manera que le es propia: *nullum crimen sine iure*, lo que significa que las incriminaciones deben tener una base normativa y no ser arbitrarias, aunque las penas no estén formuladas de manera expresa y específica. El principio de legalidad en el derecho penal internacional parte de una distinción fundamental entre la norma de comportamiento y la norma de represión. La costumbre puede dar nacimiento a la norma de comportamiento: un comportamiento se convertirá en algo prohibido porque la mayoría de los Estados se abstienen con la conciencia de ejecutar así una obligación jurídica. [...] Dicho principio exige un texto, pero solamente para la norma de comportamiento y como prueba de la existencia de la costumbre. Esto es necesario para definir este comportamiento como criminal y no sólo como ilícito, distinción que la costumbre, no formulada en un texto, no siempre hace aparecer en forma clara. Pero la norma de represión es

¹¹⁹ Sentencia de 2 de noviembre de 1995, Causa *Priebke, Eric s/ Extradición* (causa N° 16.063/94).

¹²⁰ Dupuy, Pierre-Marie. “Normes internationales pénales et droit impératif (*jus cogens*)”, in H. Ascencio, E. Decaux et A. Pellet. *Droit international pénal*, Ed. A. Pedone, París, 2000, Chapitre 6, párrafos 10 et 11, p. 74. Ver, igualmente; Artículos 25 y 30 del Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional; Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia de 22 de junio de 2000, *Caso Cöeme contre Belgique*, (Requêtes nos 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96), párrafo 111; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 30 de mayo de 1999, *Caso Castillo Petruzzi y otros c. Perú*, párrafos 119, 120 y 121; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, op. cit., párrafo 227.

¹²¹ Artículo 25 del Estatuto de Roma; Artículo 7 del Estatuto del TPI para la ex Yugoslavia; Artículo 6 del Estatuto del TPI para Rwanda; Artículo 75 (4,b) del I Protocolo a los Convenios de Ginebra; Artículo 6(2,b) del II Protocolo a los Convenios de Ginebra.

una consecuencia de la norma consuetudinaria de comportamiento. Exigir identificar de la misma forma una norma consuetudinaria de represión equivaldría a exigir una costumbre de la transgresión”.¹²²

La ausencia de penalidades en los instrumentos internacionales no vulnera el principio de legalidad de los delitos en el ámbito del Derecho Penal Internacional. Desde los Estatutos de los Tribunales de Nuremberg y Tokio, pasando por los tratados internacionales contra el terrorismo, la Convención contra el Genocidio y las convenciones sobre tortura de las Naciones Unidas y la OEA, casi la totalidad de los tratados de derecho penal no prevén las penas específicas para los delitos que tipifican. El profesor Cherif Bassiouni señala que ninguno de los 315 instrumentos de derecho penal internacional elaborados entre 1815 y 1988 incluye las sanciones respectivas, por lo que concluye que “la ausencia confirma una regla consuetudinaria de la aplicación del derecho internacional según la cual las penas por analogía son válidas”.¹²³

Igualmente, la autonomía del régimen internacional penal, entre otros aspectos, se expresa en el principio según el cual la inexistencia, en el derecho interno, de normas que sancionen un crimen bajo el derecho internacional, no exime de responsabilidad penal, bajo ese derecho, a quien haya cometido un crimen.¹²⁴ Por ello, precisamente, el Artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que aún cuando nadie podrá ser condenado por “actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional”, se podrá llevar a juicio y condenar a una persona por “actos y omisiones que en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”. Similar cláusula tiene el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así que la ausencia de tipos penales en el derecho penal interno para

¹²² Mattarollo, Rodolfo. *Doc. cit.*, p. 26.

¹²³ Bassiouni, Cherif, en *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1992, p. 111 (original en inglés, traducción libre).

¹²⁴ Ver, por ejemplo, Principio II de los *Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por la Sentencia del Tribunal de Nuremberg*, Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, Documento de las Naciones Unidas A/CN.4/368, de 13 de abril de 1983.

reprimir crímenes internacionales, no puede invocarse como obstáculo para enjuiciar y sancionar a sus autores.

Bajo el derecho internacional, tanto convencional como consuetudinario, las graves violaciones de derechos humanos constitutivas de crímenes internacionales —como la tortura, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra—, no pueden calificarse como delitos políticos, aún cuando sus autores hayan tenido motivaciones políticas o ideológicas para cometerlos. Las consecuencias previstas por el derecho internacional para el delito político no son aplicables a ese tipo de crímenes, especialmente en materia de causales de no extradición y de asilo. Además del derecho internacional consuetudinario, varios instrumentos internacionales prohíben expresamente, para efecto de la extradición, considerar como delito político las graves violaciones de derechos humanos, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra.¹²⁵ Asimismo, el derecho internacional prescribe que los sospechosos o autores de tales crímenes no pueden beneficiarse de los institutos del asilo y el refugio.¹²⁶ Como lo ha precisado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “Los Estados han aceptado, a través de diversas fuentes del derecho internacional, que existen limitaciones al asilo, conforme a las cuales dicha protección no puede ser concedida a personas respecto de las cuales hayan serios indicios para considerar que han cometido crímenes internacionales, tales como crímenes de lesa humanidad (concepto que incluye la desaparición forzada de personas, torturas

¹²⁵ Ver, entre otros: Artículo V de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; Artículo VII de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; Artículo 8 de la Convención de la ONU sobre Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas; Artículo 1º de la Convención Europea sobre Supresión del Terrorismo; Artículo 11 de la Convención Interamericana contra el Terrorismo; y Artículo 1 (a) del Protocolo adicional al Convenio Europeo de Extradición (STE N° 86).

¹²⁶ Ver, entre otros: Artículo 1 (f) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados; Principio 7 de los Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad; Artículo 15 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas; Artículo 1 (2) de la Declaración sobre el Asilo Territorial; Artículo 1 (5) de la Convención de la Organización de la Unidad Africana por la que se regulan los Aspectos Específicos de Problemas de los Refugiados en África; y Conclusión N° 17 (XXXI) “Problemas de extradición que afectan a los refugiados”, adoptada por el Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (1980).

y ejecuciones sumarias), crímenes de guerra y crímenes contra la paz”.¹²⁷ Esta regulación del derecho internacional y la aplicación de los principios de jurisdicción universal, y *aut dedere aut judicare*, aplicables para reprimir esos crímenes, confirman la obligación del Estado de no tratar como delitos políticos las graves violaciones de derechos humanos, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra.

Asimismo, el Derecho Internacional no retiene la figura de la obediencia debida como causal de exoneración de responsabilidad penal o de justificación de los hechos. La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Artículo 2 (3)) y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Artículo 4), expresamente la excluyen. Este principio de larga data fue reiterado, en materia de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, por los Estatutos y las Sentencias de los Tribunales de Nuremberg y de Tokio, así como por numerosas sentencias de los Tribunales aliados después de la Segunda Guerra Mundial. La Resolución 95 (I) de 1946 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, consagró los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y la sentencia de este Tribunal. La Comisión de Derecho Internacional, al codificar estos principios, dispuso que, tratándose de un acto constitutivo de un crimen de derecho internacional: “el hecho de que una persona haya actuado bajo las órdenes de su Gobierno o de un superior no le exime de su responsabilidad ante el derecho internacional, siempre que en los hechos hubiese sido posible una elección moral” (Principio IV). Este principio ha sido reiterado por instrumentos internacionales, tanto en materia de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, como en relación con graves violaciones de derechos humanos.¹²⁸ Igualmente, ha sido reiterado por la jurisprudencia del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia y del Tribunal Internacional para

¹²⁷ Recomendación “Asilo y Crímenes Internacionales” de 20 de octubre de 2000: OEA/Ser.L/V/II.111, doc. 20 rev. 16 abril de 2001.

¹²⁸ *Cfr.* la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Artículo 2 (3)), el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (Artículo 5) y los Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias (Principio 19). Igualmente, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (Artículo 7,4), el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (Artículo 6,4) y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Artículo 33).

Rwanda. En el ámbito nacional, las legislaciones de varios países expresamente han incorporado esta prohibición¹²⁹ y varios tribunales han desestimado la obediencia debida como causal de exoneración de responsabilidad.¹³⁰ Aún en el campo del derecho penal militar, como lo señalara el Profesor Sahir Erman, “el deber de obediencia no es absoluto [...] el principio de obediencia pasiva y ciega a perdido toda su vigencia [y, tratándose de la ejecución de órdenes que entrañan manifiestamente la comisión de una infracción criminal] el deber de obediencia cede el lugar al deber de desobediencia”.¹³¹

El Derecho Internacional consagra el principio de responsabilidad penal del superior jerárquico, por negligencia criminal, en aplicación del principio de responsabilidad en el mando o mando responsable. Se sanciona así la tolerancia o negligencia criminal de los superiores por infracciones cometidas por el personal bajo su mando. La responsabilidad penal inferida no es general, pues está referida al ejercicio de las facultades de las que están investidos. Tampoco se trata de una forma de “responsabilidad objetiva”, toda vez que está condicionada a que los superiores tuvieran información que les permitiera saber que el delito se estaba cometiendo o estaba por cometerse. El principio de responsabilidad penal del mando negligente es reconocido en numerosos instrumentos

¹²⁹ En este campo, además de la legislación europea de posguerra, cabe destacar algunos desarrollos recientes: la Ley N°22 de 1994 de Sri Lanka, que excluye la obediencia debida como causal de justificación del delito de tortura; la Ley N° 589 de 2000 de Colombia, que excluye la obediencia debida de las causales de justificación del delito en los casos de desaparición forzada, genocidio y tortura (Artículo 2); y la Ley belga de 16 de junio de 1993, relativa a las infracciones graves a los Convenios internacionales de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y a los Protocolos adicionales I y II del 8 de junio de 1977 (Artículo 5). Igualmente, algunos países han incorporado esta prohibición a nivel constitucional, por ejemplo, las Constituciones de Bolivia (Artículo 13), de Croacia (Artículo 20) y de Venezuela (Artículo 25 y 45).

¹³⁰ Ver, por ejemplo, el Fallo de 12 de diciembre de 1973, del Tribunal Militar de Apelación en el *Caso My Lai* (Vietnam), *United States v. William L. Calley Jr.*, Estados Unidos de América.

¹³¹ Erman, Sahir. “Rapport général: L’obéissance militaire au regard des droits pénaux internes et du droit de la guerre”, en V-Cinquième Congrès International, Dublin, 25-30 mai 1970, *L’obéissance militaire au regard des droits pénaux internes et du droit de la guerre, Recueils de la Société internationale de droit pénal militaire et de droit de la guerre*, vol. 1, Strasbourg, 1971, p. 357.

internacionales,¹³² por la jurisprudencia internacional,¹³³ así como en varias legislaciones nacionales.¹³⁴

VI. La definición de la tortura en el derecho internacional

1. Consideraciones preliminares

Antes de abordar las definiciones de tortura establecidas en el derecho internacional, cabe hacer algunas consideraciones. Las diferentes definiciones no especifican expresamente los actos —desde el punto de vista fáctico— que constituyen tortura. Para que se configure la tortura entran

¹³² Cfr. el 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 (Artículo 86, párrafo 2); el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (Artículo 7, 3); el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (Artículo 6,3); el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Artículo 28); los Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias (Principio 19); y el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (Artículo 5).

¹³³ Este principio ha sido reconocido por la jurisprudencia desde la Segunda Guerra Mundial. Así lo hizo, en el *Caso Frick* —por eutanasia practicada en hospitales y otros centros bajo su responsabilidad—, el Tribunal de Nuremberg en su Sentencia de 1 de octubre de 1946. El principio fue ampliamente desarrollado por el Tribunal de Tokio en su Sentencia de 12 de noviembre de 1948, especialmente en lo relativo a la responsabilidad de los oficiales superiores por crímenes cometidos contra prisioneros de guerra. Igualmente, el principio fue aplicado en las sentencias relativas a los *Casos Re Yamashita* (Corte Suprema de los Estados Unidos, 4 de febrero de 1946); *Homma v. United States* (1946); *Von Leeb-“German High Command Trial”* (Tribunal Militar de los Estados Unidos, Nuremberg, 28 de octubre de 1948); *Pohl y otros* (Tribunal Militar de los Estados Unidos, Nuremberg, 3 de noviembre de 1947); y *List-“Hostage Trial”* (Tribunal Militar de los Estados Unidos, Nuremberg, 19 de febrero de 1948). Igualmente, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha reiterado este principio en las Sentencias: de 16 de noviembre de 1998, Caso N° IT-96-21-T, *Prosecutor v. Z Delalic and others*, párrafo 734; de 3 de marzo de 2000, *Caso Prosecutor v. Blaskic-“Lasva Valley”*, párrafos 289 y siguientes; de 20 de julio de 2000, Caso N° IT-96-21, *Prosecutor v. Delalic-“Celibici Camp”*; de 26 de febrero de 2001, Caso N° IT-95-14/2, *Prosecutor V. Dario Kordic y Mario Cerkez -“Lasva Valley”*, párrafos 366 a 371 y 401 y siguientes. Ver, igualmente, los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional sobre el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, en documentos de las Naciones Unidas, Suplemento N° 10 (A/46/10), p. 262, y Suplemento N° 10 (A/51/10), pp. 22 a 30.

¹³⁴ Ver, por ejemplo, la Ley belga del 16 de junio de 1993, relativa a las infracciones graves a los Convenios Internacionales de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y a los Protocolos adicionales I y II de 8 de junio de 1977 (Artículo 4).

en consideración, entre otros elementos: la intencionalidad –pues algunas definiciones exigen una intención específica– y la gravedad o intensidad de los sufrimientos infligidos. Los órganos internacionales de derechos humanos han considerado varios actos como constitutivos de tortura. Ello resulta de gran utilidad, aun cuando no debemos perder de vista que se trata de consideraciones basadas en el derecho internacional de los derechos humanos.

En ese sentido cabe destacar la observación del Comité de Derechos Humanos, que ha indicado que si bien el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no contiene definición “tampoco el Comité considera necesario establecer una lista de los actos prohibidos o establecer distinciones concretas entre las diferentes formas de castigo o de trato; las distinciones dependen de la índole, el propósito y la severidad del trato aplicado”.¹³⁵ El Comité de Derechos Humanos, al examinar situaciones en países o comunicaciones individuales ha considerado que las golpizas, las descargas eléctricas y las ejecuciones simuladas, el obligar a los detenidos a permanecer de pie por períodos extremadamente prolongados, y mantenerlos incomunicados por más de tres meses, con los ojos vendados y las manos atadas –dando lugar a parálisis de miembros, lesiones en piernas, sustancial pérdida de peso e infección en los ojos– constituyen tortura.¹³⁶

Por su parte la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que “Aunque es imposible ofrecer un listado exhaustivo del tipo de comportamiento que podría constituir una tortura o un castigo o tratamiento cruel, inhumano o degradante, puede obtenerse alguna orientación a partir de la jurisprudencia interamericana disponible, en cuyo contexto se ha comprobado que ciertos actos equivalen a un tratamiento inhumano, en general, y específicamente en el contexto del interrogatorio y la detención. Los ejemplos son los siguientes: la detención prolongada con incomunicación; el mantenimiento de los detenidos encapuchados y desnudos en las celdas e interrogarlos bajo

¹³⁵ Observación general N° 20.

¹³⁶ Ver, entre otras decisiones del Comité de Derechos Humanos: *Muteba c. Zaire*, Comunicación 124/1982, CCPR/C/22/D/124/1982; *Setelich c. Uruguay*, Comunicación N° 63/1979, CCPR/C/14/D/63/1979; *Weinberger c. Uruguay*, Comunicación N° 28/1978, CCPR/C/11/D/28/1978; y *Victor Alfredo Polay Campos c. Perú*, Comunicación N° 577/1994, CCPR/C/61/D/577/1994.

los efectos de *pentotal*; la imposición de una alimentación restringida que cause desnutrición; la aplicación de choques eléctricos a una persona; sumergir la cabeza de una persona en el agua hasta el punto de asfixia; pararse encima o caminar sobre las personas; las golpizas, los cortes con trozos de vidrio, la colocación de una capucha en la cabeza de una persona y quemarla con cigarrillos encendidos; la violación; los simulacros de entierros y ejecuciones, las golpizas y la privación de alimentos y de agua; las amenazas de un comportamiento que constituiría un tratamiento inhumano; las amenazas de la extirpación de partes del cuerpo, la exposición a la tortura de otras víctimas; las amenazas de muerte”.¹³⁷

La Corte Europea de Derechos Humanos consideró que la práctica de administrar graves golpizas en todas las partes del cuerpo constituye tortura y maltrato. Análogamente, en su sentencia *Aksoy c. Turquía*, la Corte consideró que la víctima había sido sometida a tortura cuando fue desnudada y suspendida por los brazos, los cuales habían sido atados juntos en su espalda, tratamiento que fue aplicado deliberadamente, que había requerido cierta preparación y determinación para llevarlo a cabo, y que aparentemente fue administrado con el objetivo de obtener admisiones o información de la víctima. En su sentencia *Aydin c. Turquía*, la Corte Europea consideró que la violación de la víctima durante su detención, por un periodo de tres días, sumada al hecho de que le habían vendado los ojos, había desfilado desnuda en circunstancias humillantes, había sido interrogada y se le había mantenido en constante situación de dolor físico y angustia mental, constituía tortura. La Corte ha considerado que la mera amenaza de tortura, cuando sea suficientemente real e inminente, puede constituir tortura.

El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Tortura también ha enumerado varios actos que comportan la imposición de graves sufrimientos, suficientes para constituir tortura. Esos actos incluyen, por ejemplo, las golpizas; la extracción de uñas y dientes; las quemaduras; las descargas eléctricas; la suspensión; la sofocación; la exposición a luz o ruido excesivo; la agresión sexual; la administración de drogas en instituciones de detención o psiquiátricas; la negación prolongada del

¹³⁷ Informe sobre terrorismo y derechos humanos, documento de la Organización de los Estados Americanos OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., de 22 de octubre de 2002, párrafo 161.

descanso, el sueño, de los alimentos, de una higiene suficiente o la asistencia médica; el aislamiento y la privación sensorial totales; la detención en constante incertidumbre, en términos de espacio y tiempo; las amenazas de tortura o de muerte a familiares; y las ejecuciones simuladas.

Cabe destacar que la desaparición forzada es considerada por la jurisprudencia como una forma de tortura, tanto para el desaparecido como para su familiares. La Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas reafirma que “Todo acto de desaparición forzada [...] causa graves sufrimientos [a la víctima], lo mismo que a su familia. Constituye una violación a las normas del derecho internacional que garantizan a todo ser humano [...] el derecho a no ser sometido a torturas ni a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.¹³⁸ En cuanto a los familiares de los desaparecidos, el Comité de Derechos Humanos ha considerado que la prevención de contacto entre el desaparecido y los miembros de su familia constituye *per se* una violación del derecho a no ser sometido a tortura y a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, protegido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.¹³⁹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado, igualmente, que la desaparición forzada de una persona significa grandes sufrimientos y angustias para los miembros de su familia, en detrimento de la integridad psíquica y moral de la misma, asimilables a torturas o malos tratos.¹⁴⁰ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe anual correspondiente a 1977, señalaba que la desaparición forzada “es [...] una verdadera forma de tortura para sus familiares y amigos, por la incertidumbre en que se encuentran sobre su suerte”.¹⁴¹ La Corte Europea de Derechos

¹³⁸ Artículo 1, párrafo 2.

¹³⁹ Comité de Derechos Humanos: Decisión de 21 de julio de 1983, Comunicación 107/1981, *Caso María del Carmen Almeida de Quinteros* (Uruguay); Decisión de 25 de marzo de 1996, Comunicación 542/1993, *Caso Katombe L. Tshishimbi* (Zaire), CCPR/C/56/542/1993, párr. 5.5; y Decisión de 25 de marzo de 1996, Comunicación 540/1996, *Caso Ana Rosario Celis Laureano*, (Perú), CCPR/C/56/540/1993, párr. 8.5.

¹⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 24 de enero de 1998, *Caso Blake*, párr. 116.

¹⁴¹ Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1977, 1978, OEA/Ser.L/V/II.43, doc. 21, corr.1, p. 24. Igualmente, ver Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina, 1980, documento de la OEA, OEA/Ser.L/V/II/49, doc. 19, p. 59.

Humanos ha considerado que para la madre de un desaparecido, la desaparición forzada constituía una violación *per se* del derecho a no ser sometido a torturas o malos tratos.¹⁴² No obstante, bajo el derecho internacional, la desaparición forzada, como violación de derechos humanos o como ilícito penal, es un fenómeno pluriofensivo, con pluralidad de víctimas.¹⁴³ En ese sentido, el tipo penal de la tortura es insuficiente para proteger todos los bienes jurídicos vulnerados por el crimen de desaparición forzada, de allí la necesidad de un tipo penal específico y autónomo por desaparición forzada.

2. Las definiciones de tortura

Como lo señaló la Experta de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la profesora Françoise Hampson, se deben diferenciar las cuestiones relativas a la calificación de un comportamiento como ilícito, su tipificación bajo el derecho internacional y las modalidades de incriminación.¹⁴⁴ Los actos constitutivos de tortura, calificados como crimen bajo el derecho internacional, pueden ser incriminados, según las circunstancias, como tortura *per se*, crimen de lesa humanidad, crimen de guerra o genocidio.

En Derecho Internacional un aspecto importante es la aceptación de la existencia simultánea de varias definiciones de un mismo delito. En ese sentido, no huelga destacar que la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, en su Artículo 1° (2), prescribe que “El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance”. En ese mismo sentido, el Artículo 10 del Estatuto de la Corte Penal Internacional prescribe que “Nada de lo dispuesto en la presente parte se interpretará

¹⁴² Sentencia de 25 de mayo de 1998, *Asunto Kurt c. Turquía*, Caso N° 15/19997/799/1002, párr. 134.

¹⁴³ Ver, por ejemplo, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 155; *Caso Godínez Cruz*, Sentencia de 20 de enero de 1989, párr. 163; *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales*, Sentencia de 15 de marzo de 1989, párr. 147; y *Caso Blake*, Sentencia de 24 de enero de 1998, párr. 65.

¹⁴⁴ Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/2004/12, de 20 de julio de 2004.

en el sentido que limite o menoscabe de alguna manera las normas existentes o en desarrollo de derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto”. El Artículo 22 (3) del Estatuto de Roma prescribe igualmente que “Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto”.

Lo cierto es que en el Derecho Internacional existen varias definiciones del delito de tortura. La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional definen de manera diferente el crimen de tortura. A ello hay que sumar la definición de tortura adoptada por la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes¹⁴⁵ y la existente en el derecho internacional consuetudinario, elaborada por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Ello no es un fenómeno aislado; así, por ejemplo, existen, tanto en el derecho convencional como consuetudinario, distintas definiciones del crimen de lesa humanidad, así como de desaparición forzada.¹⁴⁶

a) La tortura como delito de derechos humanos

En el ámbito del Derecho Internacional de Derechos Humanos sólo tres instrumentos definen la tortura: la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; y la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

¹⁴⁵ Adoptada por la Asamblea General en su resolución 3452 (XXX), de 9 de diciembre de 1975.

¹⁴⁶ Ver, por ejemplo, las definiciones de la desaparición forzada en el Estatuto de Roma y en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Artículo 1:

1. A los efectos de la presente Declaración, se entenderá por tortura 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 se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras [...].

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Artículo 1°:

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 [...].

Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura, Artículo 2:

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 tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

Como se puede apreciar las definiciones divergen, en particular la de Naciones Unidas con la Convención Interamericana. Mientras que la Declaración y la Convención de Naciones Unidas exigen un dolo especial –*dolus specialis*–, la Convención Interamericana no lo requiere (“con cualquier otro fin”). Asimismo, si los dos instrumentos de la ONU requieren un cierto nivel de sufrimiento (grave), la Convención Interamericana no retiene este elemento. Es más, el instrumento interamericano acepta la hipótesis de la tortura aún cuando no exista dolor, cuando la acción busca “anular la personalidad de la víctima o disminuir su capacidad física o mental”.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que “para que exista tortura, deben combinarse tres elementos: 1. debe ser un acto intencional mediante el cual se inflige dolor y sufrimiento físicos y mentales; 2. debe ser cometido con un propósito (entre otros, castigo personal o intimidación) o intencionalmente (por ejemplo, para producir cierto resultado en la víctima); 3. debe ser cometido por un funcionario público o por un particular actuando por instigación de aquél”.¹⁴⁷ Cuando la Comisión se refiere al propósito, lo hace en términos generales y no específicos, lo cual reenvía a la noción penal de dolo, pero no de dolo específico.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que a la luz de la definición de la Convención Interamericana sobre tortura “De conformidad con esta definición y en atención a las circunstancias de cada caso, pueden calificarse como torturas físicas y psíquicas aquellos actos que han sido [...] preparados y realizados deliberadamente contra la víctima para suprimir su resistencia psíquica y forzarla a autoinculparse o a confesar determinadas conductas delictivas o para someterla a modalidades de castigos adicionales a la privación de

¹⁴⁷ Informe sobre terrorismo y derechos humanos, documento de la Organización de los Estados Americanos, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., de 22 de octubre de 2002, párrafo 154.

la libertad en sí misma”.¹⁴⁸ Asimismo, se ha reconocido que las amenazas y el peligro real de someter a una persona a lesiones físicas produce, en determinadas circunstancias, una angustia moral de tal grado que puede ser considerada *per se* como tortura psicológica.

Aunque la Convención Interamericana no hace referencia al nivel de dolor y sufrimiento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que, para que se configure la tortura, los hechos deben ser efectuados de manera intencional, e infligir *graves* sufrimientos físicos y mentales a las víctimas con cualquier fin.¹⁴⁹ Asimismo, la Corte Interamericana ha considerado: “que entre los elementos de la noción de tortura establecidos en el artículo 2 de la Convención Interamericana contra la Tortura se incluyen métodos para anular la voluntad de la víctima con el objeto de obtener ciertos fines, como información de una persona, o intimidación o castigo, lo que puede ser perpetrado mediante violencia física, o a través de actos que produzcan en la víctima un sufrimiento psíquico o moral *agudo*”.¹⁵⁰ De tal suerte que la Corte ha indicado que “de acuerdo a las circunstancias de cada caso en particular, algunos actos de agresión infligidos a una persona pueden calificarse como torturas psíquicas, particularmente los actos que han sido preparados y realizados deliberadamente contra la víctima para suprimir su resistencia psíquica y forzarla a autoinculparse o a confesar determinadas conductas delictivas o para someterla a modalidades de castigos adicionales a la privación de la libertad en sí misma”.¹⁵¹ En ese sentido, la jurisprudencia de la Corte Interamericana tendería a alinearse sobre el umbral de dolor requerido por la Declaración y la Convención de las Naciones Unidas.

¹⁴⁸ Sentencia de 7 de septiembre de 2004, *Caso Tibi c. Ecuador*, párrafo 146; ver, igualmente, *Caso Maritza Urrutia*, *op. cit.*, párrafo 104; y *Caso Cantoral Benavides*, *op. cit.*, párrafo 104.

¹⁴⁹ Sentencia de 8 de julio de 2004, *Caso Hermanos Gómez Paquiyauri c. Perú*, párrafos 115 y 116. Ver, igualmente, Sentencia de 27 de noviembre de 2003, *Caso Maritza Urrutia c. Guatemala*, párrafo 91; y *Caso Cantoral Benavides*, *op. cit.*, párrafo 100.

¹⁵⁰ Sentencia de 27 de noviembre de 2003, *Caso Maritza Urrutia c. Guatemala*, párrafo 92.

¹⁵¹ *Ibidem*, párrafo 93. En el mismo sentido, ver Sentencia, *Caso Cantoral Benavides*, *op. cit.*, párrafo 104.

b) La tortura como crimen de lesa humanidad

Los crímenes de lesa humanidad son, como lo señaló la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas: “la violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguarda del ser humano, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio y el *apartheid*”.¹⁵² El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia precisaría: “Los crímenes de lesa humanidad son serios actos de violencia que dañan a los seres humanos al golpear lo más esencial para ellos: su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud y/o su dignidad. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su castigo. Pero los crímenes de lesa humanidad también trascienden al individuo, porque cuando el individuo es agredido, se ataca y se niega a la humanidad toda. Por eso lo que caracteriza esencialmente al crimen de lesa humanidad es el concepto de la humanidad como víctima”.¹⁵³

Los crímenes de lesa humanidad forman parte del derecho internacional consuetudinario.¹⁵⁴ Valga recordar que los principios articulados en el Estatuto —que por primera vez aportó una definición del crimen de lesa humanidad— y la sentencia de Nuremberg, fueron reconocidos en 1946 como principios de derecho internacional por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 95 (I)). En ese contexto, es relevante la observación sobre la aplicabilidad del Estatuto de Nuremberg,

¹⁵² Comisión de Derecho Internacional, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1976, vol. II, 2a. parte, p. 89.

¹⁵³ Decisión de 29 de noviembre de 1996, *Caso Procureur c. Endemovic*, Causa IT-96-22-T, (original en inglés, traducción libre).

¹⁵⁴ Ver, entre otros: Declaración de Francia, Gran Bretaña y Rusia, de 24 de mayo de 1915, sobre las matanzas de armenios realizadas en Turquía por el Imperio Otomano; el Tratado de Sèvres, de 10 de agosto de 1920; el informe presentado ante la Conferencia Preliminar de Paz, de 1919, por la Comisión sobre la Responsabilidad de los Autores de la Guerra y sobre la Aplicación de Sanciones; el Artículo 6.c del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 1945; la Ley N° 10 del Consejo de Control Aliado, de 1946; el Artículo 6.c del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente, de 1946; el Artículo 2 (10) del Proyecto de Código en Materia de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, de 1954; el Artículo 5 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, de 1993; y el Artículo 18 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, de 1996.

como parte del derecho internacional consuetudinario, formulada por el Secretario General de las Naciones Unidas en su Informe al Consejo de Seguridad, sobre el establecimiento de un tribunal internacional para el procesamiento de las personas responsables de serias violaciones del derecho internacional humanitario, cometidas desde 1991 en el territorio de la ex Yugoslavia.¹⁵⁵

Si bien la tortura es un crimen bajo el derecho internacional, no es *per se* un crimen de lesa humanidad. No obstante, a la luz del desarrollo actual del derecho internacional, tanto consuetudinario como convencional, la práctica sistemática o a gran escala de la tortura es un crimen contra la humanidad.¹⁵⁶ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que la práctica sistemática de la tortura constituye un crimen contra la humanidad.¹⁵⁷ Aún cuando las definiciones de crimen de lesa humanidad no se limitan al Estatuto de Roma o a los de los Tribunales internacionales *Ad Hoc*, dado el carácter de infracción del derecho internacional consuetudinario de ese crimen, resulta de interés revistar las definiciones dadas por esos estatutos.

i. El Estatuto de la Corte Penal Internacional

El Artículo 7 del Estatuto de Roma incrimina como crímenes de lesa humanidad una serie de actos cuando “se cometa[n] como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”. Igualmente, el mismo Artículo dispone 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 organización de cometer esos actos o para promover esa política”.

¹⁵⁵ *Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993)*, Documento ONU S/25704, de 3 mayo de 1993.

¹⁵⁶ Al respecto, véase Comisión de Derecho Internacional, Informe de la Comisión de Derecho Internacional, Documento de las Naciones Unidas, Suplemento N° 10 (A/51/10), p. 100 y siguientes; y Amnistía Internacional, Corte Penal Internacional -La elección de las opciones correctas, Parte I, enero de 1997 (Índice AI: IOR 40/01/97/s).

¹⁵⁷ Decisión N° 163, de 18 de enero de 1978.

El Estatuto aporta, en su Artículo 7(2, e), la siguiente definición de tortura:

Por ‘tortura’ se entenderá 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.

ii. Tribunales *Ad Hoc* y Especiales

La definición de crimen de lesa humanidad en los estatutos de los tribunales para la ex Yugoslavia, Ruanda y Sierra Leona son diferentes.

En primer lugar, el contexto en el que deben ser cometidos los actos de tortura para ser calificados como crimen de lesa humanidad son diferentes. El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda incrimina como crimen de lesa humanidad una serie de actos “cometidos en el curso de un ataque generalizado y sistemático, y dirigidos contra cualquier población civil en razón de su nacionalidad o pertenencia a un grupo político, étnico, racial o religioso”.¹⁵⁸ Por su parte, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia requiere que los actos incriminados hayan sido “cometidos en el curso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil”. Este vínculo con el conflicto armado, resulta paradójico, pues si bien el Estatuto de Nuremberg lo preveía así, el derecho internacional contemporáneo lo ha desechado. La jurisprudencia ha sido abundante en la materia, pero ello también ha sido confirmado por tratados internacionales. Así, el Artículo I de la *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad* se refiere al crimen de lesa humanidad “cometido [...] tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz”. El Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona requiere que los actos incriminados

¹⁵⁸ Artículo 3.

sean cometidos en el marco de un ataque generalizado y sistemático dirigido contra las poblaciones civiles.¹⁵⁹

En segundo lugar, la lista de los actos incriminados como crimen de lesa humanidad difieren. Así, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda incriminan: el asesinato; la exterminación; la reducción a la servidumbre; la expulsión; el encarcelamiento; la tortura; las violaciones; las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos; y otros actos inhumanos. El Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona incrimina: el asesinato; la exterminación; la reducción a la servidumbre; la expulsión; el encarcelamiento; la tortura; las violaciones, la esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado y toda forma de violencia sexual; las persecuciones por motivos políticos, étnicos, raciales o religiosos; y otros actos inhumanos.¹⁶⁰

Ni el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia,¹⁶¹ ni el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda,¹⁶² como tampoco el Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona,¹⁶³ aunque la incriminan, proveen una definición de la tortura. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda optó por utilizar la definición del Artículo 1° de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.¹⁶⁴

El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, al examinar los diferentes instrumentos internacionales que proveen una definición de la tortura, optó por una definición de derecho internacional consuetudinario. En un primer momento, en el *Caso Delalic*, el Tribunal optó por asumir como tal la definición del Artículo 1° de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, en tanto consideró que reflejaba el desarrollo del derecho internacional consuetudinario.¹⁶⁵ Posteriormente, en el *Caso Furundzija*, el

¹⁵⁹ Artículo 5.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

¹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁶² Artículo 4, f).

¹⁶³ Artículo 2, f).

¹⁶⁴ Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sala de Primera Instancia, Sentencia de 2 de septiembre de 1998, *Caso Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, N° TPIR-96-4-T.

¹⁶⁵ Sentencia de 16 de noviembre de 1998, *Caso Le Procureur c/ Delalic et consorts*, N° IT-96-21-T, párrafo 459.

Tribunal destacó que esa definición de la Convención era adecuada para los efectos de ese Tratado; el Tribunal consideró que “Su impacto puede sin embargo desbordar el marco de la Convención en la medida en que codifica o contribuye al desarrollo o a la cristalización del derecho consuetudinario internacional”.¹⁶⁶

No obstante, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia abandonó posteriormente esa definición. Así, en el *Caso Kunarac*, el Tribunal consideró que la definición de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, era válida para los efectos de ese tratado, pero además, que su Artículo 1° (2) prescribe: “El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance”. En ese sentido, el Tribunal estimó: “Por lo tanto, en la medida en que otros instrumentos internacionales u otras leyes internas conceden una protección más ancha a los individuos, éstos tienen derecho a beneficiarse”.¹⁶⁷ En ese mismo sentido, el Tribunal constató que la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura proveía una definición más amplia y protectora de los individuos. Sin embargo, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia determinó que: “en la definición de tortura que figura en la Convención contra la Tortura hay tres elementos inapelables y que se acepta que representan la posición del derecho consuetudinario internacional sobre el tema:

- i) la tortura consiste en infligir, por acción u omisión, dolores o sufrimientos graves, físicos o mentales;
- ii) esta acción u omisión debe ser intencional; y
- iii) el acto debe ser instrumental para otros fines, en el sentido de que el causar dolor debe tener un objetivo determinado”.¹⁶⁸

¹⁶⁶ Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Primera Instancia, Sentencia de 10 de diciembre de 1998, *Caso Prosecutor v. Furundzija*, Expediente N° IT-95-17/1-T 10, párrafo 159 (original en francés, traducción libre).

¹⁶⁷ Sentencia de 22 de febrero de 2001, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, II Sala de Primera Instancia, *Caso Procureur c. Kunarac et al.*, Expediente IT-96-22 et IT-96-23/1), párrafo 473 (original en francés, traducción libre).

¹⁶⁸ *Ibid.*, párrafo 483.

Asimismo, el Tribunal consideró que: “En el derecho consuetudinario internacional no se exige que la conducta haya sido perpetrada únicamente por uno de los objetivos prohibidos [...] el objetivo prohibido debe formar parte simplemente de la motivación de la conducta y no es necesario que sea el único fin ni el predominante”.¹⁶⁹

Respecto de la calidad del agente de la función pública o de un particular actuando bajo su instigación, consentimiento o aquiescencia, es decir, del sujeto activo requerido por la Convención contra la Tortura de las Naciones Unidas, el Tribunal consideró que “el derecho internacional consuetudinario no exige que el crimen sea cometido por un agente de la función pública cuando la responsabilidad penal del individuo es sometida a examen por fuera del cuadro establecido por la Convención contra la tortura”.¹⁷⁰

El *Caso Kumarac* es particularmente relevante pues, a través de esa definición del delito de tortura, el Tribunal decidió incriminar bajo ese delito la violación. Así, la Sala de Apelaciones, al examinar los casos de violación, confirmó la opinión de la Sala de Primera Instancia: “Por tanto, puede decirse que se ha probado la existencia de dolor o sufrimiento grave, como requiere la definición del delito de tortura, si se ha demostrado que ha habido violación, ya que el acto de la violación supone necesariamente la existencia de dicho dolor o sufrimiento. La Cámara de Apelaciones, por consiguiente, sostiene que el dolor o sufrimiento grave de las víctimas, ya sea físico o mental, no puede ponerse en duda y que la Cámara de Primera Instancia llegó razonablemente a la conclusión de que dicho dolor o sufrimiento bastaba para caracterizar los actos de los apelantes como actos de tortura”.¹⁷¹

3. Tortura como crimen de guerra

Si bien los distintos instrumentos del derecho internacional humanitario prohíben de forma absoluta la tortura, y los cuatro Convenios de

¹⁶⁹ *Ibid.*, párrafo 486.

¹⁷⁰ Sentencia de 12 de junio de 2002, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelaciones, *Caso Procureur c. Kumarac et al.*, Expediente IT-96-22 et IT-96-23/1), párrafo 148 (original en francés, traducción libre).

¹⁷¹ *Ibid.*, párrafo 151.

Ginebra la califican de grave infracción, las normas humanitarias no aportan una definición de tortura. El Estatuto de Roma, de la Corte Penal Internacional, incrimina la tortura cometida en tiempo de conflicto armado internacional o interno, como crimen de guerra, sin aportar una definición. Los Estatutos de los Tribunales *Ad Hoc* para la ex Yugoslavia y Rwanda incriminan la tortura como violación del derecho internacional humanitario sin aportar tampoco una definición.

En este contexto, resulta relevante la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Con base, fundamentalmente, en la Convención contra la tortura de las Naciones Unidas, y en la consideración de que esa definición convencional era aplicable tanto en tiempos de paz como de guerra, el Tribunal consideró que la tortura, como crimen de guerra, debe reunir necesariamente algunos elementos, a saber:

- i) infligir, por acción u omisión, dolores o sufrimientos graves, físicos o mentales;
- ii) la acción u omisión debe ser intencional;
- iii) tener como fin 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; y
- iv) estar ligada a un conflicto armado; y que al menos una de las personas asociadas a la tortura sea un agente estatal o, en cualquier caso, que actúe no con carácter privado sino, por ejemplo, como órgano de hecho de un Estado o de cualquier otra entidad investida de poder.¹⁷²

Posteriormente, en su sentencia en el *Caso Kunarac* y tras analizar tanto las normas de derechos humanos como las del derecho internacional humanitario, el Tribunal llegó a la conclusión de que: “la definición de tortura del derecho internacional humanitario no comprende los mismos elementos que la que se utiliza en la normativa de derechos humanos. En particular, en opinión de la Sala de Primera Instancia, la presencia

¹⁷² Sentencia *Furundzija*, *op. cit.*, párrafo 162.

en el proceso de tortura de un funcionario público o de cualquier otra persona que ejerza autoridad no es necesaria para que el crimen se considere tortura con arreglo al derecho internacional humanitario [...] Sobre la base de lo dicho, la Sala de Primera Instancia opina que, en la esfera del derecho internacional humanitario, los elementos del delito de tortura, en virtud del derecho consuetudinario internacional, son los siguientes:

- i) el hecho de infligir, por acción u omisión, un dolor o sufrimiento grave, ya sea físico o mental;
- ii) el acto u omisión debe ser intencional; y
- iii) el acto u omisión debe tener como fin obtener información o una confesión, o castigar, intimidar o coaccionar a la víctima o a un tercero, o discriminar, por el motivo que sea, a la víctima o a un tercero.¹⁷³

VII. Tipificación de la tortura en el derecho nacional

En el derecho interno, la obligación de tipificar el crimen de tortura se deriva en general del deber de garantía del Estado, así como del carácter de *jus cogens* de la prohibición de la misma y de las obligaciones *erga omnes* que emanan de ésta. El tipo penal de la legislación nacional debe ser compatible con las definiciones del derecho internacional consuetudinario y convencional, previstas en aquellos tratados de los cuales el Estado es parte.

El Comité contra la Tortura ha considerado que bajo la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, los Estados Parte tienen la obligación de tipificar en su derecho interno el delito de tortura.¹⁷⁴ Aunque la Convención no establece explícitamente esa obligación, el Comité ha considerado que “para

¹⁷³ Sentencia de 22 de febrero de 2001, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, II Sala de Primera Instancia, *Caso Procureur c. Kunarac et al.*, Expediente IT-96-22 et IT-96-23/1), párrafos 496 y 497.

¹⁷⁴ Ver, entre otros: “Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Zambia”, de 25 de septiembre de 2002, A/57/44, párrafos 64 y 66; “Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura: Suecia”, de 6 de junio de 2002, CAT/C/CR/28/6, párrafos 5 y 7; “Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura: Noruega”, de 28 de mayo de 2002,

cumplir cabalmente con [las] obligaciones dimanantes de la Convención, [el Estado Parte] debe adoptar una definición de la tortura estrictamente conforme al artículo 1 y establecer las penas que sean apropiadas”.¹⁷⁵ Se trata de un deber derivado de la obligación prevista por los Artículos 2, 4 y 5 de la Convención. El Comité ha precisado que: “Al faltar una definición jurídica estricta de la tortura y de otros delitos y una descripción precisa de la pena apropiada que correspondería a la tortura y otros delitos es imposible que los tribunales [...] hagan suyo el principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege previa*) y el artículo 4 de la Convención”.¹⁷⁶

El Comité ha precisado, igualmente, que la “tipificación de la tortura como infracción general, en aplicación del Artículo 4 de la Convención [...] permit[e], entre otras cosas, que el Estado Parte ejer[za] la jurisdicción universal prevista en los artículos 5 y siguientes de la Convención”.¹⁷⁷ La experiencia enseña que la ausencia de tipos penales de tortura puede dificultar la extradición de los autores de actos con esa naturaleza.

El Comité contra la Tortura ha insistido en que ésta debe ser tipificada como un delito específico y autónomo.¹⁷⁸ Igualmente, el Comité

CAT/C/CR/28/, párrafo 6; “Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Eslovaquia”, de 11 de mayo de 2001, A/56/44, párrafo 105; “Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Belarus”, de 20 de noviembre de 2000, A/56/44, párrafos 45 y 46; “Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Austria”, de 12 de noviembre de 1999, A/55/44, párrafo 60; “Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Finlandia”, de 12 de noviembre de 1999, A/55/44, párrafo 55; “Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Marruecos”, de 17 de mayo de 1999, A/54/44, párrafo 4; “Observaciones finales del Comité contra la Tortura; ex República Yugoslava de Macedonia”, de 5 de mayo de 1999, A/54/44, párrafo 4; “Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Ucrania”, de 1º de mayo de 1997, A/52/44; “Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Dinamarca”, de 1º de mayo de 1997, A/52/44; “Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Georgia”, de 21 de noviembre de 1996, A/52/44; “Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Federación Rusa”, de 14 de noviembre de 1996, A/52/44; y “Observaciones finales del Comité contra la Tortura: República de Corea”, de 13 de noviembre de 1996, A/52/44.

¹⁷⁵ “Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Armenia”, de 17 de noviembre de 2000, A/56/44, párrafo 39.

¹⁷⁶ “Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Namibia”, de 6 de mayo de 1997, A/52/44, párrafo 4.

¹⁷⁷ Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Senegal”, de 9 de julio de 1996, A/51/44.

¹⁷⁸ “Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Kazajstán”, de 17 de mayo de 2001, A/56/44, párrafo 128.

ha precisado que la tipificación de la tortura en la legislación nacional debe corresponder o ser compatible con la definición establecida por la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruces, Inhumanos o Degradantes.¹⁷⁹ El Comité ha señalado que una “definición incompleta de la tortura [en la ley penal nacional], deja impunes algunos aspectos de la tortura definidos en el artículo 1 de la Convención, y en particular la imposibilidad de enjuiciar [...] a una persona culpable de tortura por instigación de un funcionario encargado de la aplicación de la ley”.¹⁸⁰ Así, el Comité, al examinar el tipo penal de tortura en la legislación alemana, consideró que: “aún cuando el artículo 340 del Código Penal alemán y la Ley para la represión de la criminalidad, de fecha 28 de octubre de 1994, parecen abarcar casi todos los casos de tortura [...] las formas más graves de tortura con intención concreta (*dolus specialis*) y las prácticas que causan pena o sufrimiento mental grave (la ‘tortura mental’ no abarcada hasta ahora por el artículo 343 del Código Penal alemán) no están comprendidas dentro de las disposiciones legislativas vigentes según lo exige la Convención”.¹⁸¹ El Comité recomendó al Estado alemán modificar su legislación y tipificar la tortura acorde con la “definición precisa del delito de tortura enunciado en la Convención”.¹⁸² Asimismo, el Comité recomendó a Chile que: “Adopte una definición de tortura en consonancia con el artículo 1 de la Convención y vele por que englobe todas las formas de tortura”,¹⁸³ por cuanto “la definición de tortura del Código Penal [chileno] no se ajusta plenamente al artículo 1 de la Convención y no incorpora suficientemente los propósitos de tortura y la aquiescencia de funcionarios públicos”.¹⁸⁴ En sus observaciones a Guatemala, el Comité consideró que la tipificación del delito

¹⁷⁹ Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Uruguay”, de 19 de noviembre de 1996, A/52/44.

¹⁸⁰ “Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Uzbekistán”, de 19 de noviembre de 1999, A/55/44, párrafo 80.

¹⁸¹ “Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Alemania”, de 11 de mayo de 1998, A/53/44, párrafo 4.

¹⁸² *Ibid.*, párrafo 5.

¹⁸³ “Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura: Chile”, de 14 de junio de 2004, CAT/C/CR/32/5, párrafo 7.

¹⁸⁴ *Ibid.*, párrafo 6.

de tortura en el Artículo 201 bis del Código Penal guatemalteco era defectuosa, toda vez que no preveía todos los motivos previstos por la Convención.¹⁸⁵

La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura prescribe que “Los Estados partes se asegurarán de que todos los actos de tortura y los intentos de cometer tales actos constituyan delitos conforme a su derecho penal, estableciendo para castigarlos sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad”.¹⁸⁶ La Corte Interamericana no se ha pronunciado aún sobre la obligación de tipificar el delito de tortura. No obstante, en un caso de tortura en Ecuador, y no existiendo un tipo penal de tortura en la legislación nacional, la Corte Interamericana consideró que: “a la luz de la obligación general de los Estados partes de respetar y garantizar los derechos a toda persona sujeta a su jurisdicción, contenida en el artículo 1.1 de la Convención Americana, el Estado tiene el deber de iniciar de oficio e inmediatamente una investigación efectiva que permita identificar, juzgar y sancionar a los responsables, cuando existe denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en violación del artículo 5 de la Convención Americana [...] Esta actuación está normada, además, de manera específica en los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana contra la Tortura que obligan a los Estados partes a tomar todas las medidas efectivas para prevenir y sancionar todos los actos de tortura dentro del ámbito de su jurisdicción. Desde que en Ecuador entró en vigor la referida Convención Interamericana contra la Tortura (9 de diciembre de 1999), es exigible al Estado el cumplimiento de las obligaciones contenidas en dicho tratado”.¹⁸⁷ En otro caso y en un voto parcialmente disidente, la Juez de la Corte Interamericana, Dra. Cecilia Medina Quiroga, consideró: “Puede sostenerse que, en cumplimiento de su obligación general de garantizar, el Estado debe proteger los derechos humanos de las personas frente a terceros, sean ellos agentes del Estado o particulares, por medio de disposiciones legales que declaren

¹⁸⁵ “Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Guatemala”, de 6 de diciembre de 2000, A/56/44, párrafos 73 y 75.

¹⁸⁶ Artículo 6.

¹⁸⁷ Sentencia de 7 de septiembre de 2004, *Caso Tibi c. Ecuador*, párrafo 159.

ilícitas ciertas acciones [...] y, cuando estas prohibiciones han sido violadas, debe aplicar la ley en toda su extensión, con el fin de disuadir la comisión de nuevos actos de la misma naturaleza, lo que implica, si lo violado es una norma penal, investigar, procesar y condenar penalmente a todos los que participaron en el delito”.¹⁸⁸

¹⁸⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 5 de julio de 2004, *Caso 19 Comerciantes c. Colombia*, párrafo 3 del voto parcialmente disidente.