

Principia IURIS 18



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
T U N J A
Experiencia y Calidad



FACULTAD DE DERECHO
Acreditación de Alta Calidad
Resolución MEN. N° 3337
del 25 abril de 2011



Principia IURIS Tunja Colombia N° 18 pp. 01 - 450 julio diciembre 2012 - II ISSN: 0124-2067

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

GRUPO DE INVESTIGACIÓN
CATEGORÍA COLCIENCIAS 

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
SECCIONAL TUNJA
FACULTAD DE DERECHO**

**REVISTA DE DERECHO
PRINCIPIA IURIS
N° 18**

Tunja, 2012-II

Principia IURIS	Tunja, Colombia	N° 18	pp. 1-450	Julio Diciembre	2012 - II	ISSN:0124-2067
--------------------	--------------------	-------	-----------	--------------------	-----------	----------------

Entidad Editora

Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja

Director

Ph.D. Ciro Nolberto Güechá Medina

Editor

Ph.(c). Diego Mauricio Higuera Jiménez

Número de la revista

DIECIOCHO (18)

SEGUNDO SEMESTRE DE 2012

Periodicidad

SEMESTRAL

ISSN

0124-2067

Dirección postal

Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja
Calle 19 # 11-64. Tunja, Boyacá, Colombia

Teléfono : (8) 7440404 Ext. 1024

Correo electrónico

revistaderecho@ustatunja.edu.co

dirinvsociojuridicas@ustatunja.edu.co

Diseñador Portada:

Santiago Suárez Varela

Corrección de Estilo:

Ph.(c) Eyder Bolívar Mojica, docente investigador
de la Facultad de Derecho

Revisión inglés:

Paola Torres

Revisión francés :

Ph. D. Andrés Rodríguez Gutiérrez.

Anotación: El contenido de los Artículos es responsabilidad exclusiva de sus autores. Todos los derechos reservados, la reproducción total o parcial debe hacerse citando la fuente. Hecho el depósito legal.

MISIÓN INSTITUCIONAL

Inspirada en el pensamiento humanista-cristiano de Santo Tomás de Aquino, consiste en promover la formación integral de las personas en el Campo de la Educación Superior, mediante acciones y procesos de enseñanza- aprendizaje, investigación y proyección social, para que respondan de manera ética, creativa y crítica a las exigencias de la vida humana y estén en condiciones de aportar soluciones a la problemática y necesidades de la sociedad y del País.

VISIÓN INSTITUCIONAL

La visión, como proyección de la misión a mediano plazo, prospecta así la presencia y la imagen institucional de la Universidad Santo Tomás: interviene ante los organismos e instancias de decisión de alcance colectivo; se pronuncia e influye sobre los procesos que afectan la vida nacional o de las comunidades regionales, busca la acreditación de sus programas como la acreditación institucional; incentiva los procesos de investigación y es interlocutora de otras instituciones tanto educativas como empresariales del sector público y privado.

MISIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO

Aplicando los principios rectores de la pedagogía y de la filosofía del derecho Tomista, mediante el sistema de módulos por núcleos problemáticos, la facultad forma juristas competentes, propositivos, críticos y conciliadores, capaces de interpretar y transformar la realidad socio jurídica regional y del país, fruto de una adecuada labor investigativa, en permanente construcción del conocimiento que redunde en beneficio de la sociedad, para encarar los desafíos del mundo.

VISIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO

La Facultad de Derecho posee un programa, cuyo Proyecto Educativo - Sistema Modular se fortalece con procesos académicos, investigativos y de proyección social, en virtud del trabajo conjunto con distintas entidades regionales, gubernamentales, no gubernamentales y de cooperación internacional, que le permiten consolidar una comunidad universitaria que desborda y trasciende su actividad en las aulas para procurar alimentar y liderar la transformación del entorno, en la búsqueda permanente de un mejor bienestar común, como testimonio de la misión tomista.

Es una facultad abierta y comprometida con proyectos de desarrollo local y regional en materia socio-jurídica, producto de la investigación institucional, en donde son artífices sus estudiantes, docentes y directivos.

Una facultad que aspira a liderar procesos de cambio y defensa de las comunidades más débiles y pobres, a las que ofrece un servicio social, no sólo en la solución de sus problemas jurídicos sino también para los correspondientes a sus necesidades sociales más sentidas, en coordinación con las otras facultades de la Universidad y dentro de un marco de humanismo y de valores cristianos, que son soportes de la formación ética de sus estudiantes.

MISIÓN DE LA REVISTA

Principia Iuris es la revista institucional impulsada por la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja, y su cuerpo docente, con periodicidad semestral, que publica artículos inéditos como resultados definitivo o parcial de los resultados de investigaciones en el campo Socio-Jurídico, así como reflexiones y memorias en las áreas del conocimiento social, histórico, cultural y político, con el propósito de hacerlos visibles ante la comunidad nacional e internacional, en un esfuerzo por socializar los resultados en las investigaciones de la comunidad académica y con la expectativa de contribuir con el desarrollo del bienestar social.

En desarrollo de las funciones sustantivas de la Universidad, la revista Principia Iuris se dirige a la comunidad científico-jurídica como respaldo para sus desarrollos académicos y formativos, siendo suministro para los trabajos de los investigadores, espacio para la presentación de sus resultados e integración entre la academia y la proyección social.

DIRECTIVAS INSTITUCIÓN

Fray Aldemar Valencia Hernández, O.P.

Rector Seccional

Fray José Antonio González Corredor, O.P.

Vicerrector Académico

Fray José Bernardo Vallejo Molina, O.P.

Vicerrector Administrativo y Financiero

Fray Luis Antonio Alfonso Vargas, O.P.

Decano de División Facultad de Derecho

DIRECTOR

Ph.D. Ciro Nolberto Güechá Medina

Decano de la Facultad de Derecho

EDITOR

Ph.(c). Diego Mauricio Higuera Jiménez

Director Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas

COMITÉ CIENTÍFICO.

Ph. D Pierre Subra de Bieusses

Universidad Paris X, Francia

Ph. D Pablo Guadarrama

Universidad central de las Villas, Cuba

Ph. D Carlos Mario Molina Betancur

Universidad Santo Tomás, Colombia

Ph. D. Natalia Barbero

Universidad de Buenos Aires, Argentina.

Ph.D. Alfonso Daza González

Universidad Externado de Colombia

COMITÉ EDITORIAL SECCIONAL

Fray José Antonio González Corredor, O.P.

Vicerrector Académico

Mg. Ángela María Londoño Jaramillo

Directora Centro de investigaciones

Mg Andrea Sotelo Carreño

Directora Departamento de Comunicaciones y Mercadeo

COMITÉ EDITORIAL PUBLICACIONES DE LA FACULTAD.

Ph.D. Yolanda M. Guerra García

Madison University, Estados Unidos.

Ph. (c) Diego German Mejía Lemos

National University Of Singapore, Faculty Of Law

Ph. (c) Juan Ángel Serrano Escalera

Universidad Carlos III, España.

Ph.D. Alfonso Daza González

Universidad Externado de Colombia

CORRECTOR DE ESTILO

Ph.(c). Eyder Bolívar Mojica

Docente Investigador de la Facultad de Derecho

PARES ACADÉMICOS INTERNOS

Ph. D. Oduber Alexis Ramírez Arenas

Abogado, Universidad Santo Tomás, Doctor en Derecho Público Universidad de Nantes Francia, Docente e investigador Facultad de Derecho. Alexisramirezarenas@hotmail.com

Ph.(c). Robinson Arí Cárdenas

Licenciado en Filosofía, Periodista. Fundación Universitaria los Libertadores. Docente investigador, especialista en ética y docencia universitaria. Magíster en Filosofía USTA – Bogotá. Ph.(c) Doctorado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomas de Aquino-Bogotá..

Mg. Fernando Arias García

Abogado UPTC, Especialización en derecho comercial Universidad Externado de Colombia, Especialización en derecho procesal Universidad Externado de Colombia, Magíster en derecho administrativo Universidad Externado de Colombia. Juez administrativo, Docente investigador Facultad de Derecho Teléfono: 3008815664, email farias@ustatunja.edu.co.

Ph. D. Fabio Iván Rey Navas

Profesor investigador en Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología del Grupo de Investigaciones Socio-jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja. En curso de doctorado del programa de estudio de tercer ciclo “Problemas actuales del derecho penal” de la Universidad de Salamanca. abogadorey@gmail.com

Mg.(c) Miguel Andrés López Martínez

Abogado de la Universidad Santo Tomás. Magister en derecho administrativo de la universidad del rosario.Docente Investigador del Centro de Investigaciones Socio – jurídicas de la Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás Tunja. maloma11@hotmail.com

Mg. (c) Martin Hernández Sánchez

Abogado, Magister en Derecho Penal de la Universidad Santo Tomas de Aquino-Bogotá. Magister en Defensa de los Derechos Humanos y el DIH ante Cortes y Tribunales Internacionales de la Universidad Santo Tomas de Aquino-Bogotá. Docente Investigador miembro del Centro de Investigaciones Socio-jurídicas de la Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomas seccional Tunja, Colombia. Email: martinusta@hotmail.com

Esp. Rubén Darío Serna Salazar

Abogado egresado de la Universidad Santo Tomas seccional Tunja; especialista en Derecho Tributario de la universidad del Rosario; docente de Derecho tributario de la universidad Santo Tomas Tunja.

PARES ACADÉMICOS EXTERNOS

Mg. Dominic Têtu

Historiador, B. A. Université Laval, Québec, Canadá. Magíster en Relaciones Internacionales (M. A.), Université Laval, Québec. Universidad Nacional de la Plata Argentina. Investigador del Centro de Estudios Interamericanos (CEI) del Institut Québécois des Hautes Études Internationales (IQHEI), Université Laval, Québec, Canadá, Investigador en la Conferencia de Naciones Unidas para Comercio y Desarrollo (CNUCED), Ginebra. tetud2@hotmail.com.

Ph. (c) Deiby A. Sáenz Rodríguez

Abogado de la Universidad Santo Tomás – Tunja; Técnico - Nivel Superior Universidad Pedagógica Y Tecnológica De Colombia - Uptc - Sede Tunja Administración Judicial Magister en derechos Humanos U.P.T.C, oficial del INPEC; tel. 7440404 deibysaenzr@hotmail.com

Esp. Genaro Velarde Bernal

Especialista en Psicoanálisis, Instituto Universitario de Salud Mental; Analista en Formación, Asociación Psicoanalítica de Buenos Aires (Asociación Psicoanalítica Internacional); Lic. En Psicología, Universidad del Valle de México; Lic. En Psicología, Universidad Nacional de la Plata; Psicoterapeuta, Hospital B. Rivadavia, Buenos Aires; Docente, Gob. De la Ciudad de Buenos Aires; Ex docente Universidad de Hermosillo, México; Ex perito psicólogo, Procuraduría General de Justicia del Estado de Sonora, México; genarovelarde@gmail.com

CONTENIDO

Editorial 11

PARTE I. RESULTADOS DE INVESTIGACIÓN GENERAL.

1. OBJETIVOS DE LA HACIENDA PÚBLICA TERRITORIAL EN COLOMBIA x
Ph. D. Pedro Alfonso Sánchez Cubides

2. LA PROYECCIÓN SOCIAL COMO FORTALEZA EN UNA ESCUELA DE FORMACIÓN
POLICIAL x
Esp. Rosalba Rivera Dueñas

3. BREVE HISTORIA DEL DESARROLLO CONSTITUCIONAL EN LA REPUBLICA DE
COLOMBIA x
Mg. Carlos Gabriel Salazar Cáceres

4. INFORMALIDAD Y REGULARIZACION DEL SUELO URBANO x
Mg. Eimmy Liliana Rodríguez Moreno

5. EXTRADICION: DEL LEGADO DE LA ANTIGUEDAD A LOS MODERNOS PRINCIPIOS
NORMATIVOS x
Mg.(c) Martín Hernández Sánchez

PARTE II. TEMA CENTRAL – MECANISMOS JUDICIALES PARA LA PROTECCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

6. ¿GOZAN DE TRABAJO DECENTE LAS MUJERES DE LOS SECTORES PÚBLICO Y
PRIVADO DE EL ESPINAL-TOLIMA? x
Esp. Lucas Caballero Martínez
Ph.(c). Omar Ernesto Castro Güiza

7. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD FRENTE A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS
DE LOS PROCESADOS x
Ph. D. Alfonso Daza González

8. CÓMO ERRADICAR LA EXPLOTACIÓN INFANTIL EN LAS MINAS DE CARBÓN DE
BOYACÁ x
Mg. Fernando Miguel Muñoz Buitrago

Principia IURIS	Tunja, Colombia	Nº 18	pp. 1-450	Julio Diciembre	2012 - II	ISSN:0124-2067
--------------------	--------------------	-------	-----------	--------------------	-----------	----------------

9. RECONOCIMIENTO, PROTECCIÓN Y RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD COMO OBLIGACIÓN JURÍDICA A CARGO DEL ESTADO x
Fray Luis Antonio Alfonso Vargas

10. EUTANASIA, ENTRE LA VIDA Y LA MUERTE ¿QUIÉN Y QUÉ LA DECIDE? x
Ph. D. Olga Ligia Araque Moreno,
Mg. Enrique López Camargo

11. AVANCES JURISPRUDENCIALES DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA DEL ESTADO “La probatio diabólica” x
Mg. Carlos Andrés Aranda Camacho

12. TERRORISMO, SOCIEDAD DEL RIESGO Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ... x
Ph.D Yolanda M. Guerra García

13. LA TEORÍA DE LA SUSTITUCIÓN CONSTITUCIONAL Y EL DILEMA DE LOS LÍMITES DE LA REFORMA x
Abg. Fernando Tovar Uricoechea

14. EFECTOS EN EL TIEMPO DE LAS SENTENCIAS C-336 DE 2008, C-428 DE 2009 Y C-556 DE 2009 PROFERIDAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL x
Abg. Rafael Ricardo Hernández Barrera

15. EL DERECHO AL USO DEL ESPACIO PÚBLICO: ¿UN TEMA URBANÍSTICO O DE CONSTITUCIONALISMO HUMANO? x
Ph.D. Andrés Rodríguez Gutiérrez

16. LA PRUEBA VIOLATORIA DEL DEBIDO PROCESO EN COLOMBIA x
Mg.(c) Yenny Carolina Ochoa Suarez

PARTE III. TEMÁTICAS INTERNACIONALES, EXTRANJERAS O COMPARADAS.

17. ¿ES JUSTIFICABLE LA TORTURA EN SITUACIONES DE NECESIDAD EXTREMA? ANÁLISIS JURÍDICO A TRAVÉS DEL DERECHO INTERNACIONAL x
Ph. (c). Eyder Bolívar Mojica

18. LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA. ENSAYO DE LEGISLACIÓN COMPARADA ENTRE COLOMBIA Y FRANCIA x
Mg. Daniel Rigoberto Bernal Gómez

19. EL COMERCIO ELECTRONICO ¿UN ESCENARIO SEGURO PARA EL CONSUMIDOR? x
Mg. Andrés Bernal Salamanca

EDITORIAL

La jurídica que se lleva a cabo en el Centro de Investigaciones Sociojurídicas de la facultad de derecho, abarca temas de gran importancia nacional e internacional, dentro del ámbito de aplicación del derecho, siendo nuestra contribución a la vocación del jurista, en tal sentido presentamos la publicación científica especializada en áreas jurídicas y sociojurídicas, como espacio de calidad editorial, académica e investigativa.

En esta oportunidad Principia Iuris 18, presenta su publicación en tres partes. En la Parte I se desarrollarán temas resultado de diversos proyectos en materias de, los objetivos de la hacienda pública territorial en Colombia, la proyección social como fortaleza en una escuela de formación policial, una breve historia del desarrollo constitucional en la república de Colombia, informalidad y regularización del suelo urbano, extradición: del legado de la antigüedad a los modernos principios normativos.

En la Parte II Se tiene como Referencia un Tema Central: mecanismos judiciales para la protección de los derechos fundamentales, en esta parte se desarrollan los temas como ¿gozan de trabajo decente las mujeres de los sectores público y privado de el Espinal-Tolima?, el principio de oportunidad frente a la protección de los derechos de los procesados, cómo erradicar la explotación infantil en las minas de carbón de Boyacá, reconocimiento, protección y restricción de la libertad como obligación jurídica a cargo del estado, eutanasia, entre la vida y la muerte ¿quién y qué la decide?, avances jurisprudenciales de la responsabilidad médica del estado “la probatio diabólica”, terrorismo, sociedad del riesgo y responsabilidad del estado, la teoría de la sustitución constitucional y el dilema de los límites de la reforma, análisis jurisprudencial sobre la utilización del espacio público por vendedores ambulantes en Colombia durante los años 2007 a 2011, EFECTOS en el tiempo de las sentencias C-336 de 2008, C-428 de 2009 y C-556 de 2009 proferidas por la Corte Constitucional, el derecho al uso del espacio público: ¿un tema urbanístico o de constitucionalismo humano?.

Se establece una Parte III. En el cual su tema central se Refiere a las temáticas internacionales, extranjeras o comparadas.en esta parte se desarrollan temas de: ¿es justificable la tortura en situaciones de necesidad extrema? análisis jurídico a través del derecho internacional y la la pérdida de investidura. ensayo de legislación comparada entre colombia y francia.

Agradeciendo a los múltiples participes de este espacio académico, invitamos a nuestros lectores.

Diego Mauricio Higuera Jiménez, Ph.D. (c)
Director Centro de Investigaciones Socio Jurídicas

**PARTE III.
TEMÁTICAS INTERNACIONALES,
EXTRANJERAS O COMPARADAS**

¿ES JUSTIFICABLE LA TORTURA EN SITUACIONES DE NECESIDAD EXTREMA? ANÁLISIS JURÍDICO A TRAVÉS DEL DERECHO INTERNACIONAL

Mg. Eyder Bolívar Mojica¹

Fecha de entrega: _____

Fecha de aprobación: _____

RESUMEN

Este artículo aborda la temática de la tortura en el marco del derecho internacional y el arduo debate que hoy en día se presenta; sobre si ésta se puede aplicar o no en casos de estado de necesidad, razones de seguridad u orden público, ya sea que se originen en actos de terrorismo, o en la lucha contra la criminalidad, o por necesidad para adelantar una investigación, o en la búsqueda de pruebas, lo que lleva a un estudio minucioso de los diferentes instrumentos internacionales referentes a la tortura y su aplicación, así como, del papel que han desempeñado los organismos internacionales en la búsqueda de la prevención y sanción de este crimen.

ABSTRACT

This article addresses the issue of torture in the context of international law and the fierce debate that occurs today, whether it is applicable or not in cases of necessity, for security or public order, whether originating from acts of terrorism, or the fight against crime, or necessity for, an inquiry, or search for evidence, which leads to a thorough study of the various international instruments concerning torture and its application, well as the role played

¹ *Docente Investigador en Derecho Penal, Universidad Santo Tomás Seccional Tunja, Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas, miembro del grupo de investigaciones Socio-Jurídicas de la USTA Tunja. Corrector de estilo y par académico Revista Principia Iuris USTA. Doctor © Derecho UBA, Mg. en Derechos Humanos UNLP, Mg. en Relaciones Internacionales UNLP, Esp. en Derecho Penal UBA. Artículo de investigación científica y tecnológica. AI bolivarabogados@yahoo.com.ar.*

El presente artículo hace parte del proyecto de investigación “La Tortura en Derecho Internacional”, que se adelanta en el Centro de Investigaciones de la Universidad Santo Tomás Seccional de Tunja, Facultad de Derecho. Grupo de Investigaciones jurídicas y socio jurídicas, vinculado a la línea de investigación “Derechos Humanos, Derecho Penal y Procesal Penal”; Método: Análisis Jurídico, analítico y conceptual, tomando como fuentes directas la doctrina y la normatividad internacional.

international organizations in pursuit of prevention and punishment of the crimen.

PALABRAS CLAVES

Tortura, Derecho Internacional, Organismos Internacionales, Instrumentos Internacionales.

KEY WORDS

Torture, International Law, International Organizations, International Instruments.

RÉSUMÉ

Cet article aborde la question de la torture dans le contexte du droit

international et le vif débat qui a lieu aujourd'hui, si elle est applicable ou non en cas de nécessité, pour la sécurité ou l'ordre public, que ce soit provenant d'actes de terrorisme, ou la lutte contre la criminalité, ou la nécessité d'une enquête ou recherche de preuves, ce qui conduit à une étude approfondie des divers instruments internationaux concernant la torture et son application, ainsi que le rôle joué par les organisations internationales dans la recherche pour la prévention et la répression de ce crime.

MOTS CLÉS

La torture, le droit international, les organisations internationales, les instruments internationaux

SUMARIO

1. Introducción. 2. La tortura en el derecho internacional. 3. Prevención de la tortura, en instrumentos, órganos y mecanismos internacionales de derechos humanos de carácter general. 4. Instrumentos generales regionales que incluyen previsiones sobre la protección de la tortura. 5. Sobre la prohibición y prevención de la tortura. Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. 5.1. Convención de la ONU contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. 5.2. Comité contra la Tortura. 5.3. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. 6. Otros tratados especializados de derechos humanos. 7. La tortura como crimen de lesa humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. 8. ¿Es justificable la tortura en situaciones de necesidad extrema? 9. Consideraciones Finales. 10. Referencias Bibliográficas.

METODOLOGÍA

En la presente investigación, se utilizó la metodología y las técnicas de

investigación que presentan estrecha relación con el núcleo temático, así se observa que la estrategia de investigación empleada es la analítica, descriptiva y

conceptual, junto con la metodología cualitativa son fundamentalmente las piezas claves dentro de esta estructura.

La técnica de análisis de documentos, se aplicó a la información recaudada de organismos internacionales, asimismo, se empleó doctrina, normatividad existente, jurisprudencia y los principios generales del Derecho Internacional.

OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

Determinar si es justificable la tortura en situaciones de necesidad extrema.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Determinar el significado de tortura en el ámbito del derecho internacional.

Analizar los diferentes instrumentos internacionales en relación con la tortura y así, lograr determinar la participación de los organismos internacionales en la lucha contra la tortura.

1. INTRODUCCIÓN

La acción de infligir castigos severos en busca de confesión o prueba para poder incriminar, ha estado presente desde tiempos remotos, lo cual presenta dificultad a la hora de establecer su origen, REINALDI, 2007, p. 22; DE LA CUESTA, 1990, Prologo pág. XI; MELLOR, 1960, p. 22; THOT, 1940, p. 284; BLANC, 1990, p. 284. MAHIQUES, 2003, p. 155, quizá sea tan antigua como lo es en el hombre el sentimiento de poder y dominio. REINALDI, 2007, p. 23. Es así que todos los pueblos de la antigüedad

han conocido la tortura: BARBERO, 2011, p. 17 con la sola excepción de los judíos, MELLOR, 1960, p. 19 sus leyes prohibían terminantemente el empleo de toda clase de tormentos. THOT, 1940, p. 260.

Por tal razón, la tortura era un medio de prueba en el antiguo enjuiciamiento criminal, BARBERO, 2011, p. 15 asimismo obtuvo su organización en la doctrina de los antiguos juriconsultos y en las disposiciones de las antiguas leyes. THOT, 1940, p. 283.

En la Edad Moderna, alcanzó mayor crueldad y frecuencia, lo que provocó el alzamiento, cada vez más insistente de voces que clamaron contra ella creando una conciencia universal que presionó hasta sacarla de los textos legales cerca del Siglo XVIII, de esta manera se dio el paso a la abolición MELLOR, 1960, p. 117; REINALDI, 2007, p. 65, en las constituciones del Siglo XIX. Del mismo modo THOT, 1940, p. 320; REINALDI, 2007, p. 46.

Sobre su prohibición en el plano internacional el primer instrumento en el que se hace referencia, aunque no de manera explícita, fue en el II Convenio de La Haya relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (1899) y en la IV Convención de La Haya relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (1907), conocida luego como Cláusula Martens. CAPELLÁ I ROIG, 2005, p. 41; PARENTI, 2007, p. 12; BLANC, 1990, p. 21. Por tanto, sus regulaciones anexas prohibieron su uso sobre prisioneros de guerra y poblaciones civiles en territorios ocupados.

Posteriormente, ha sido objeto de análisis y reiterados pronunciamientos de

organismos universales y regionales, es así que la Organización de las Naciones Unidas, como la Organización de Estados Americanos y hasta la misma Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa han repudiado en repetidas ocasiones este accionar. DE LA CUESTA, 1990, p. 1; REINALDI, 2007, pág. 77; BLANC, 1990, p. 284; BARBERO, 2011, p. 16.

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

El derecho internacional humanitario, constituye el marco normativo del derecho internacional con tendencia a atenuar el daño ocasionado por un conflicto armado, estableciendo categorías de personas y bienes protegidos, así como límites a los medios y métodos de guerra. Es por esta razón que en los cuatro Convenios de Ginebra, al igual que en dos de sus Protocolos Adicionales, está prohibida

la acción de infligir castigos en busca de confesión o prueba para poder incriminar. Aunado a lo anterior el ilícito internacional de tortura tiene asiento en los crímenes de guerra, y es catalogado como infracción grave en los cuatro Convenios de Ginebra.

Así las cosas, los Estados demuestran cada vez más el compromiso adquirido por la comunidad internacional. Esta responsabilidad de velar porque no se vuelvan a repetir las atrocidades y sufrimientos causados a las víctimas que han dejado las guerras, se une a la decisión de poner fin a la impunidad de los autores de crímenes que atentan contra la humanidad.

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

Es así que en el artículo 5 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, se limita a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto.² Con lo

2 Aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. UN-Doc. A/C. 183/9. Observemos la parte II que habla de la competencia, la admisibilidad y el derecho aplicable, así es como el artículo 5, aclara sobre los crímenes de la competencia de la corte a saber: "1. La competencia de la corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La corte tendrá competencia, de conformidad con el presente estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) el crimen de genocidio; b) los crímenes de lesa humanidad; c) los crímenes de guerra; d) el crimen de agresión. (...)".

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

Así las cosas, la abolición de la tortura es un proceso que no debe claudicar, es esa lucha de la cual el hombre no puede desistir, la cual debe estar encaminada a la elaboración y perfeccionamiento de normas, tanto en el plano nacional como internacional, normas que la repriman y la desalienten. De esta manera se busca crear conciencia de la necesidad de obtener una mayor humanización del hombre. THOT, 1940, p. 313.

2. LA TORTURA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

El nacimiento y surgimiento de mecanismos de protección se logró como respuesta a las monstruosidades cometidas durante la segunda guerra mundial, así la posguerra se caracterizó por la adopción de un gran número de resoluciones y convenciones que ligaron a los Estados por una red de normas de protección de los derechos humanos y a un primer reconocimiento internacional de la prohibición y veto de la tortura. BLANC, 1990, p. 283; MAHIQUES, 2003, p. 157; REINALDI, 2007, p. 77; DE LA CUESTA, 1990, p. 9; BARBERO, 2011, p. 26.

Es así que la extendida práctica de la tortura en el mundo, ha impulsado desde mediados de Siglo a la inserción de fórmulas prohibitivas de la misma, en los textos internacionales relativos a los derechos humanos, esto se caracterizó por la aparición de instrumentos específicos de denuncia y prohibición de la tortura como la consecución de una definición jurídica. DE LA CUESTA, 1990, p. 9; REINALDI, 1986, p. 42; REINALDI, 2007, p. 77; BLANC, 1990, p. 285; MAHIQUES, 2003, p. 157; BARBERO, 2011, p. 26. Así las cosas, el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos³ afirma: “Nadie será sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. También el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –PIDCP– adoptado en 1966, señala en su artículo 7, que: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”.⁴ REINALDI, 1986, p. 42; BLANC, 1990, p. 305; REINALDI, 2007, p. 81; DE LA CUESTA, 1990, p. 10; BARBERO, 2011, p. 29.

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

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

4 *Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49.*

artículo 14, sobre el derecho a un juicio justo. REINALDI, 1986, p. 42.

Cabe mencionar también, a las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los reclusos, aprobadas por el Consejo Económico y Social -ECOSOC- en sus resoluciones 663C (XXIV) del 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) del 13 de mayo de 1977, esta normatividad contiene disposiciones encaminadas a la prohibición de la tortura y los malos tratos a las personas privadas de la libertad. BARBERO, 2011, p. 35. De este modo, encontramos en su artículo 31, el cual establece la prohibición absoluta de utilizar como sanciones disciplinarias “las penas corporales, encierro en celda oscura, así como toda sanción cruel, inhumana o degradante”. BLANC, 1990, p. 306; DE LA CUESTA, 1990, p. 11; BARBERO, 2011, p. 35.

3. PREVENCIÓN DE LA TORTURA, EN INSTRUMENTOS, ÓRGANOS Y MECANISMOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS DE CARÁCTER GENERAL.

La Organización de las Naciones Unidas y otras organizaciones intergubernamentales, han creado en el sistema universal de protección de los derechos humanos, organismos que se ocupan por los derechos humanos. En este sentido la Comisión de Derechos Humanos de la ONU -creada por el Consejo Económico y Social de la Asamblea General- en virtud del artículo 68 de la Carta de las Naciones Unidas, desde el año de 1989, venía aprobando una resolución

anual sobre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.⁵

Existen órganos de vigilancia de los tratados que tienen una especial importancia en la lucha contra la tortura, así, observamos al Relator Especial sobre la cuestión de la tortura, quien es un experto que presenta informes anuales al Consejo de Derechos Humanos.⁶ Al contrario de lo que ocurre con el Comité contra la Tortura, que se ocupa exclusivamente de los Estados Parte en la Convención contra la Tortura, el Relator Especial puede dirigirse a cualquier Estado que sea miembro de la ONU o tenga condición de observador de la organización. BLANC, 1990, p. 313; REINALDI, 2007, p. 87; DE LA CUESTA, 1990, p. 19; BARBERO, 2011, p. 29.

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

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

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

6 *El puesto de Relator Especial sobre la cuestión de la tortura se creó en 1985 de conformidad con la resolución 1985/33 del 13 de marzo de 1985, de la Comisión de Derechos Humanos.*

de la Tortura.⁷ REINALDI, 2007, p. 103; BLANC, 1990, p. 317; MAHIQUES, 2003, p. 168; BARBERO, 2011, p. 29.

También es de gran importancia el Comité de Derechos Humanos, el Comité de expertos creado en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –PIDCP-. Su principal función consiste en vigilar la aplicación del PIDCP mediante informes periódicos que se envían a los Estados Parte. Un Estado Parte en el PIDCP que se convierte en Estado Parte en su Primer Protocolo Facultativo reconoce la competencia del Comité para examinar las quejas de personas que alegan ser víctimas de una violación, por parte del Estado, de cualquiera de los derechos establecidos en el PIDCP, como la prohibición de la tortura y los malos tratos que establece el artículo 7.

El Comité de Derechos Humanos ha realizado importantes declaraciones sobre las obligaciones de los Estados con respecto a la tortura y los malos tratos en sus exámenes de los informes de los Estados Parte, mediante “Observaciones Generales”

– especialmente en la Observación General 20 sobre el artículo 7 del PIDCP-⁸ y en sus decisiones -que generalmente se denominan “opiniones”- sobre casos que se le han remitido en virtud del primer Protocolo Facultativo.

Ahora bien, el Comité contra la Tortura, es el órgano más importante de vigilancia de los tratados específicamente en el caso de la tortura, creado en virtud del artículo 17 de la Convención contra la Tortura. BLANC, 1990, p. 313; REINALDI, 2007, p. 87; BARBERO, 2011, p. 48.

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

La tortura y los malos tratos también se prohíben en los cuatro instrumentos regionales generales de derechos humanos, tales son: la Carta Africana de Derechos Humanos, en su artículo 5,⁹ la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 5,¹⁰ al igual que la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades

7 *Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes -número 126 del Consejo de Europa-, hecho en Estrasburgo el 26 de noviembre de 1987. “Boe núm. 159/1989, de 5 de julio de 1989”. Señala en su: Capítulo Primero. Artículo 1. “Se crea un Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, denominado a continuación: “el comité”. Por medio de visitas, este comité examinará el trato dado a las personas privadas de libertad para reforzar, llegado el caso, su protección contra la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes.*

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

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

10 *La Convención Americana sobre Derechos Humanos. Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. En su artículo 5, sobre el derecho a la integridad personal, dispone que: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. (...).*

Fundamentales, artículo 3,¹¹ y la Carta Árabe de Derechos Humanos, que aún no entra en vigor, en su artículo 13.¹²

En especial referencia, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos o Pacto de San José, establece que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida” -capítulo. II, artículo 4, 1- y su “integridad física, psíquica y moral”, artículo 5, 1. Declara que “nadie puede ser sometido a torturas ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”, y que “toda persona privada de su libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”, artículo 5, 2.

5. SOBRE LA PROHIBICIÓN Y PREVENCIÓN DE LA TORTURA. DECLARACIÓN SOBRE LA PROTECCIÓN DE TODAS LAS PERSONAS CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES

La Declaración de la ONU sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes -Declaración contra la Tortura- aprobada por resolución 3452 (XXX), del 9 de diciembre de 1975. Es un Instrumento no convencional que contiene 12 artículos en cuyo texto se definió por vez primera en el ámbito

internacional, la antijurídica conducta de los torturadores, además es un conjunto de normas, no vinculante pero sí autoritativo aplicable a todos los Estados. DE LA CUESTA, 1990, p. 13; BLANC, 1990, p. 285 y 310; REINALDI, 2007, p. 81; BARBERO, 2011, p. 35.

En el artículo 1 de esa Declaración se define a la tortura, “a sus efectos”, como “todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o de intimidar a esa persona o a otras. No se considerarán tortura las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de la privación legítima de la libertad, o sean inherentes o incidentales a ésta, en la medida en que estén en consonancia con las reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. La tortura constituye una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumano o degradante”.¹³

Este fue el primer ensayo de una definición, se observa que muchas de sus disposiciones son similares a las de la posterior Convención contra la Tortura. La aplicación de sus disposiciones a los

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

12 *Declaraciones de los Derechos Humanos de la Organización de la Conferencia Islámica de 1979, 1981 y de 1990 - esta última conocida con el nombre de “Declaración del Cairo sobre los Derechos del Hombre en el Islam”, Resolución No. 49/19-P. La Carta árabe de los Derechos Humanos, adoptada a partir del 15-09- 1994, en el Consejo de la Liga de los Estados Árabes, Resolución No. 5437. Esta carta de derechos, en su preámbulo, afirma tener sus raíces en el Corán y en la Sunna, es decir, en las dos raíces o fuentes principales del derecho islámico. El artículo 13 señala que: “Los Estados parte protegerán a toda persona en su territorio contra la tortura o el trato cruel, inhumano o degradante que afecten a su salud física o mental. Tomarán medidas eficaces para impedir tales actos y considerarán delito punible su utilización y participación en ellos. (b) Ninguna persona será objeto de experimentos científicos o médicos sin su libre consentimiento”.*

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

malos tratos que no constituyen tortura es en general más amplia. La Declaración, en síntesis, repudia la tortura por ser ofensiva a la dignidad humana y violatoria de los propósitos de la Carta de la Naciones Unidas. BARBERO, 2011, p. 35. Es así, que la escasa eficacia de las múltiples declaraciones internacionales prohibitivas de la tortura, así como la indefinición en que dejan este concepto, convencieron a las Naciones Unidas de la necesidad de un texto internacional especial. DE LA CUESTA, 1990, p. 13; MAHIQUES, 2003, p. 164; BLANC, 1990, pág. 310; BARBERO, 2011, p. 37.

En consecuencia de lo anterior, la resolución 39/46 del 10 de diciembre de 1984, de la Asamblea general aprobó la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes -Convención contra la Tortura-. Luego el 4 de febrero de 1985, se abrió a la firma y en esa misma fecha fue suscrita por veintiún países. La Convención entraría en vigor al recibir veinte ratificaciones. REINALDI, 2007, p. 47; BARBERO, p. 37.

Este texto debía servir para confirmar los efectos vinculantes para el derecho internacional de las declaraciones generales de las Naciones Unidas sobre el tema, definir esas prácticas como crímenes y establecer obligaciones específicas de los Estados en orden a la sanción y persecución de los hechos. BLANC, 1990,

p. 310; REINALDI, 2007, p. 83; BARBERO, 2011, p. 36.

5.1. CONVENCIÓN DE LA ONU CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES

La Convención de la ONU contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes -Convención contra la Tortura- es vinculante para los Estados Parte.¹⁴ Establece una serie de medidas con respecto a la prevención, la investigación, el procesamiento de responsables, tanto en el propio país como en el extranjero, y el ofrecimiento de reparación a las víctimas. De igual manera, la Convención responde a lo que establece la Declaración Universal en su artículo 5, y la disposición del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 7.

La Convención constituye el documento internacional más importante contra la tortura, cuya firma y ratificación, con “carácter de prioridad”, decidió exhortar a los Estados Parte, asimismo la Asamblea General, tras definir la tortura como categoría diferente de las penas o tratamientos crueles, inhumanos o degradantes -regulados por el artículo 16-, se ocupa de establecer las obligaciones de estos en el plano interno e internacional.¹⁵

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

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

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

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

Al estar la tortura prohibida en forma absoluta, todos los Estados Parte de la Convención no solamente deben abstenerse de ponerla en práctica sino

también contraen la obligación de impedir toda medida que la favorezca.

Partiendo entonces de este análisis, la Convención contra la Tortura, en su artículo 1 afirma: “1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”.¹⁶

La definición de este artículo, contiene cinco elementos claves; la Tortura implica infligir “dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales”. La inclusión del concepto de sufrimiento “mental” es muy importante: la tortura no se restringe a infligir sufrimiento físico. El dolor o sufrimiento es “grave”.

En caso contrario, el acto no se considera tortura según la Convención, aunque sí es posible que constituya maltrato. Se inflige intencionadamente. El dolor o el sufrimiento que se inflige de forma accidental no constituyen tortura. Se inflige con un fin determinado “obtener

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

de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o sospeche que se haya cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación”. BARBERO, 2011, p. 39.

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

La definición del artículo 1 ha cobrado más importancia que nunca debido al número cada vez mayor de Estados Parte en la Convención, al creciente número de Estados que incluyen los elementos de la definición en sus leyes nacionales de prohibición de la tortura, como a la tendencia cada vez más acusada por los tribunales regionales de derechos humanos, así como de los Tribunales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, de recurrir a ella al tomar sus decisiones con respecto a la tortura, y a las referencias autoritativas a elementos clave de la definición como asuntos del derecho internacional consuetudinario. REINALDI, 1986, p. 43; VILLAPALDO, 2000, p. 126; MAHIQUES, p. 164; DE LA CUESTA, 1990, p. 13; SALVIOLI, 2003. p. 45.

En el plano interno obliga a los Estados vinculados a perseguir criminalmente a los torturadores con penas graves, es por esto que en el artículo 4 exige a los Estados Parte la obligación de velar para que “todos los actos de

tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal”, a través de medidas legislativas, administrativas, judiciales, -y otras- efectivas, y a la adopción de los mecanismos necesarios para prevenir estos actos, artículo 2.1, que no pueden encontrar justificación, artículo 2.2 y 3 por razones de emergencia, inestabilidad social o política o guerra, ni en las órdenes dictadas por un superior. DE LA CUESTA, 1990, p. 17; BARBERO, 2011, p. 46.

El artículo 8 exige a los Estados Parte que consideren el delito de tortura como un delito que permita la extradición entre ellos, mientras que los artículos 5 y 7, incluso una parte del artículo 6 señalan la aplicación del sistema de justicia penal y del ejercicio de la jurisdicción universal con respecto a la tortura. En complemento de los artículos precedentes los Estados acordaron en este sentido la ayuda mutua judicial más amplia. Esto se relaciona con el artículo 9. En relación con estos artículos, el artículo 1 sirve para definir los elementos del delito de tortura con el propósito de procesar a los torturadores conforme a las disposiciones de la Convención. VILLAPALDO, 2000, p. 128; DE LA CUESTA, 1990, p. 17; REINALDI, 1986, p. 48; BARBERO, 2011, p. 46.

Asimismo, se detallan otras medidas a tomar por los Estados para evitar todo acto de tortura y pena o trato cruel, inhumano o degradante mediante: entre otras, la formación en el campo de los derechos humanos de los órganos encargados de la aplicación de las leyes, DE LA CUESTA, 1990, p. 18, es por esto que la Convención deja a cargo del Estado Parte un deber general de información y de enseñanza artículo 10, y el de integrar a la interdicción de la tortura como parte integrante de la

formación civil o militar de los encargados de la aplicación de las leyes, del personal militar, de los agentes de la función pública y de toda persona que pueda intervenir en el interrogatorio o la vigilancia de un detenido. Se trata de medidas, empero la mayoría de las veces ignoradas por los Estados participantes. MAHIQUES, 2003, p. 165; BARBERO, 2011, p. 45.

Además de una supervisión sistemática de los métodos y prácticas de los interrogatorios, las disposiciones relativas a la vigilancia y tratamientos de detenidos, se impone la obligación de proceder a una investigación imparcial cada vez que haya razones para creer que han sido cometidos actos de tortura, artículo 12. A su vez, la declaración obtenida mediante suplicios no puede ser invocada como elemento de prueba. Toda persona que alegue haber sido víctima de esos actos debe denunciarlos ante las autoridades competentes y ser protegida en iguales condiciones que los testigos, artículo 13. Finalmente, toda víctima tiene el derecho de obtener reparación y una indemnización equitativa, artículo 14. DE LA CUESTA, 1990, p. 18; MAHIQUES, 2003, p. 165; BARBERO, 2011, p. 45.

En la tercera y última parte se contempla las adhesiones y ratificaciones; se establece el momento de su entrada en vigencia; se admite la posibilidad de formular una reserva sobre la competencia del comité; de hacer propuestas de enmiendas a la Convención; de solucionar mediante arbitraje las controversias que puedan surgir entre dos o más Estados Parte con respecto a su interpretación y

aplicación y que no puedan resolverse mediante negociaciones; de denunciar la Convención y, de establecer los efectos que surtirá esa denuncia.

5.2. COMITÉ CONTRA LA TORTURA ¹⁷

El Comité contra la Tortura, se constituye a partir de la segunda parte de la Convención. La estructura del Comité es similar a la de los órganos encargados de vigilar la aplicación de otros tratados, de igual manera que el Comité de Derechos Humanos tiene la misión de velar por la observancia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Protocolo Adicional, el Comité contra la Tortura cuida de la Convención, y por lo tanto comprende los mismos términos y alcances. REINALDI, 2007, p. 87; DE LA CUESTA, 1990, p. 19; BLANC, 1990, p. 313; BARBERO, 2011, p. 46.

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

Ante este Comité, cuya primera sesión tuvo lugar en Ginebra del 18 al 22 de abril de 1998, eligiéndose como Presidente al suizo J. Voyame, los Estados han de presentar un informe sobre “las medidas que hayan adoptado para dar efectividad a los compromisos que han contraído en virtud de la presente Convención”.¹⁸ MAHIQUES, 2003, p. 166; DE LA CUESTA, 1990, p. 19 y 20.

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

18 http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu6/2/fs17_sp

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

El artículo 20 de la Convención también prevé la creación de un procedimiento de investigación que permite al Comité actuar a iniciativa propia a manera de estudiar las acusaciones en un Estado Parte cuando “se practica sistemáticamente” esto incluye la posibilidad de visitar el país. MAHIQUES, 2003, p. 166; DE LA CUESTA, 1990, p. 20; BARBERO, 2011, p. 47.

El Comité contra la Tortura puede oír las quejas presentadas por un Estado Parte contra otro o por una persona sometida a su jurisdicción, siempre que, en virtud de los artículos 21 y 22 respectivamente, el Estado o los Estados en cuestión hayan declarado aceptar la competencia del Comité para hacerlo.

Las críticas más importantes lanzadas contra este mecanismo de aplicación se refieren fundamentalmente a su evidente pasividad frente a los Estados, esto demuestra poca eficacia. En vista que la intervención es siempre posterior al momento de presentarse los hechos, esto se configura más como reacción o sanción que como medio preventivo.

En la Convención no se le reconoce al Comité sino la competencia para elaborar informes dirigidos a los Estados y la única sanción prevista es la publicación por el

informe anual del Comité de los resultados de las investigaciones que se practiquen, de igual manera resulta insuficiente como medida de protección.

La mayor parte de estos mecanismos de observancia de las normas internacionales relativas a la interdicción de la tortura se han revelado ineficaces. El Comité contra la Tortura permanece actualmente acotado por las reglas limitativas. En razón de la férrea resistencia de ciertos Estados refractarios al incremento del control internacional, se ha insistido en el aumento de una cooperación acordada entre los Estados Parte y en que “la clave del problema reside en la prevención”. MAHIQUES, 2003, p. 168.

5.3. CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA

La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, fue aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el 7 de diciembre de 1985.¹⁹ En su preámbulo afirma que “todo acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes constituyen una ofensa a la dignidad humana y una negación de los principios consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, así como en la Carta de las Naciones Unidas y son violatorios de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos”.

Consta de veinticuatro artículos, en donde hace un llamado a los Estados para

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

prevenir y sancionar, además de establecer la obligación que tienen frente a la tortura.

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

Después de este análisis global de la Convención, observemos el artículo 2 que señala: “Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo

acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendentes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”.

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

Al contrario de lo que ocurre en el artículo 1 de la Convención de la ONU contra la Tortura, en esta definición no se menciona al responsable de los abusos. Sin embargo, el artículo 3 afirma: “Serán responsables del delito de tortura: a). Los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan. b). Las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso a, ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices”.

Al igual que en la Convención contra la Tortura, la definición de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura sirve fundamentalmente para determinar los elementos del delito de tortura con el fin de abordar los actos

delictivos, en caso necesario mediante la extradición o el ejercicio de la jurisdicción universal. BARBERO, 2011, p. 54.

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

6. OTROS TRATADOS ESPECIALIZADOS DE DERECHOS HUMANOS

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

De esta manera observamos en el artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño,²⁰ el cual establece que los Estados Parte velarán porque “Ningún niño será sometido a tortura ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes no se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad”. (...).

Por otra parte, la Carta Africana sobre los Derechos y Bienestar del Niño también contienen prohibiciones explícitas de torturas y malos tratos.²¹

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

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

Por lo anterior, encontramos como en el artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial²² obliga a los Estados Parte “a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los siguientes derechos (...), b) El derecho a la seguridad personal y a la protección del Estado contra todo acto de violencia o atentado contra la integridad personal cometido por funcionarios públicos o por cualquier individuo, grupo o institución”.

En la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la

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

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

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

Violencia contra la Mujer, su artículo 4 afirma que: “Toda mujer tiene derecho al reconocimiento goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos”.²³

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

Otros tratados internacionales también contienen prohibiciones similares. Así es como en el artículo 2 de la Convención para la Prevención y el Castigo del Delito de Genocidio²⁴ -Convención sobre el Genocidio- prohíbe: “causar lesión grave a la integridad física o mental” de los miembros de un grupo nacional, étnico, racial o religioso con el fin de conseguir la destrucción total o parcial de ese grupo.

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

Represión y el Castigo del Crimen del *Apartheid*.²⁵

La actuación contra la tortura también se ha convertido en una parte importante de la promoción y vigilancia de los derechos humanos en operaciones internacionales de mantenimiento de la paz y en otras actividades de la ONU y organizaciones intergubernamentales regionales sobre el terreno. BARBERO, 2011, p. 33.

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

No siempre ha existido consenso en cuáles son tales crímenes, desde el Estatuto para el Tribunal Militar Internacional de Núremberg, se les ha mencionado, pero conectados a los crímenes contra la paz o los crímenes de guerra. Es decir, no podían calificarse en forma autónoma, siempre eran investigados y motivo de pronunciamiento jurisdiccional si estaban ligados a aquellos delitos. Diferente al Estatuto de la Corte Penal Internacional, que tiene la tipificación de estos crímenes,²⁶ como también la aclaración de los elementos que poseen los crímenes, esto a manera de apoyo a la Corte al momento de interpretar y aplicar los artículos 6, 7, y 8 del Estatuto.

Los Estados Parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, señalan en el preámbulo “(...) que los

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

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

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

26 Ver artículo 7 del Estatuto de Roma.

crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia”.²⁷ Es por esto que conforman una de las categorías de delitos definidas directamente por el derecho internacional que pueden generar responsabilidad penal sobre la base de las propias reglas del ordenamiento jurídico internacional. PARENTI, 2007, p. 11; BARBERO, 2011, p. 103; CAPELLÁ I ROIG, 2005, p. 33 y s.s.

Entre los delitos más graves del derecho internacional figuran los crímenes de lesa humanidad, es por esto que la represión efectiva es un elemento importante para prevenir este tipo de crímenes y proteger los derechos humanos y libertades fundamentales, y puede fomentar la confianza, estimular la cooperación entre los pueblos y contribuir a la paz y la seguridad internacional.²⁸ Todo esto sin dejar a un lado la responsabilidad penal internacional de los individuos por violación del derecho internacional, esto serviría de respuesta a las gravísimas violaciones del derecho internacional humanitario.

AMBOS señala que por crímenes contra la humanidad se entiende los hechos que, como parte de un ataque generalizado o sistemático, se dirigen contra una población civil, de los que el autor del ataque debe tener conocimiento (artículos 5, párrafo, 1 [b] y 7). (2007, p. 36); BARBERO, 2011, p. 150.

Sustentando el anterior postulado AMBOS, en una definición de los crímenes

contra la humanidad, nos aclara que es necesario que el acto criminal individual, por ejemplo la tortura, sea cometida dentro de un marco más amplio de circunstancias especificadas. Dicho marco se conoce como elemento de contexto. (2005, p. 109).

Con respecto a la protección de la población civil como fundamento material de los crímenes de lesa humanidad, CAPELLÁ aclara: “(...) son crímenes de lesa humanidad los ataques muy graves contra la población civil porque con ellos se atenta contra la dignidad humana como valor esencial e intransgredible de la comunidad internacional y porque su gravedad (que puede consistir en la generalidad, la pasividad, la crueldad o la sistematicidad de los ataques) pone en peligro la paz y la seguridad internacionales”. (2005, p. 33).

8. ¿ES JUSTIFICABLE LA TORTURA EN SITUACIONES DE NECESIDAD EXTREMA?

La prohibición de la tortura debe ser considerada como parte integrante del derecho internacional consuetudinario y reconocido con el rango de una norma imperativa del derecho internacional general *Ius Cogens*. BARBERO, 2011, p. 31; MAHIQUES, 2003, p. 212.

Razón por la cual, la tortura está “actualmente prohibida de forma absoluta y sin reservas en el derecho internacional, en tiempos de paz como en tiempos de guerra”. REINALDI, 2007, p. 167. La causa de esta prohibición es el atentado contra la dignidad humana al ser esta el valor esencial e intransgredible de la comunidad internacional. GRECO, 2007, p. 4; REINALDI, 2007, p. 166; ROXIN, 2004-B, p. 552; BARBERO, 2011, p. 31.

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

28 Ver. Preámbulo de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad.

En correspondencia, la Corte Internacional de Justicia ha normativizado la obligación de respetar los derechos fundamentales del hombre, en dicho esquema, el derecho de no ser torturado es la contracara de la obligación *erga omnes*, por la cual cada Estado es considerado competente con respecto al conjunto de la comunidad de los Estados, para exigir la ejecución de aquella demanda. Por eso se sostiene que la prohibición de la tortura debe ser considerada como perteneciente a las reglas del *Ius Cogens*.²⁹ MAHIQUES, 2003, p. 218.

El carácter ordinario de la prohibición de la tortura está sustentado en la acumulación y síntesis de convenciones, resoluciones y otras decisiones de los órganos competentes de la comunidad internacional, que la prohíben de manera absoluta. Se configura de este modo un sistema plural, acumulativo y orgánico de creación normativa. MAHIQUES, 2003, p. 214; ROXIN, 2004-B, p. 554; BARBERO, 2011, p. 35.

Es así que el Estado no puede invocar causas excepcionales como

amenazas interiores o exteriores o razones de orden público para aplicar la tortura, como tampoco para justificar su accionar.³⁰

En atención a los señalamientos planteados parecería que no hay espacio para un debate sobre la justificación legal de la tortura. Sin embargo esa barrera legal, está siendo atacada por algunos sectores que buscan una posible justificación de estas prácticas invocando un estado de necesidad. ALCÁCER, et. al (coord.). MOLINA, 2006, p. 265 a 284; ROXIN, 2005, p. 555; GRECO, 2007, p. 5; REINALDI, 1986, p. 163; BARBERO, 2011, p. 274.

La intensa discusión actual que gira en torno a esta cuestión: especialmente en Alemania, tras el caso *Metzler-Gäffgen-Daschner*,³¹ ROXIN, 2005, p. 547; REINALDI, 1986, p. 166; ALCÁCER, 2006, p. 277; GRECO, 2007, p. 5; BARBERO, 2011, p. 275 – 277, y en Estados Unidos, después de los ataques del 11 de septiembre.³² En Israel por el contrario se viene discutiendo desde hace ya casi veinte años sobre la licitud de la utilización de la tortura para

29 Ver E/CN.4/1986/15, párrafo 3.

30 Es importante aquí señalar el artículo 2, numeral 2, de la Convención contra la Tortura: “En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura”. Tenemos en cuenta también el artículo 15, que señala: “Todo Estado Parte se asegurará de que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración”.

31 En septiembre del 2002 fue secuestrado en Alemania el hijo de un banquero de once años de edad por un joven jurista de veinte ocho años, que de ese modo quería conseguir un dinero por el rescate. El autor fue detenido pero no reveló el lugar donde se hallaba escondido el chico secuestrado. Daschner, vicepresidente de la policía de Frankfurt, permitió en la mañana del 1 de octubre que amenazaran al acusado con torturarlo si no indicaba el paradero del joven secuestrado, en la creencia de poder de ese modo salvar la vida de la víctima. Consecuencia de esto, aquél reveló el lugar en el que lo había escondido. Pero la víctima había sido asesinada por el autor inmediatamente después del secuestro. Por lo tanto, no era posible un rescate.

32 Esta tragedia no solo ha dejado efectos directos, sino también indirectos, tal es el caso de la reacción institucional en el cambio de política de seguridad a partir de este suceso. Este retroceso en la defensa de los derechos fundamentales, y en particular la protección de la dignidad humana, como las imágenes de Guantánamo o de las torturas de la prisión iraquí de Abu Grahib, aún están en el debate internacional.

la lucha contra el terrorismo.³³ ALCÁCER, 2006, p. 271.

Dentro de este entorno observamos a los grupos de los casos de las *ticking time bombs*, o *bomba de relojería*.³⁴ ALCÁCER, 2006, p. 282; GRECO, 2007, p. 6; BARBERO, 2011, p. 275 – 277. Es claro que para todos estos casos no cabe una excepción a la prohibición de torturar, como tampoco del carácter absoluto de la prohibición de tortura.

Ahora bien, en estas situaciones se plantean varios postulados tales como: estado de necesidad, razones de seguridad u orden público, ya sea que se originen en actos de terrorismo, o en la lucha contra la criminalidad, o por necesidad para adelantar una investigación, o en la búsqueda de pruebas. Aquí se busca que el mal de la tortura se cause para evitar otro mayor inminente. Y es donde salta la pregunta: ¿podría en algún caso justificarse la tortura con la finalidad de evitar un mal mayor?

Señala REINALDI que “es contradictorio negar que la tortura pueda ser un medio idóneo para conseguir la verdad y, simultáneamente, justificar su aplicación, convencidos de que, valiéndose de ella, se pueden obtener informaciones –o se alienten esperanzas de obtenerlas- que puedan ser de utilidad para salvaguardar la vida e integridad física de personas inocentes a las que la acción criminal del torturador puedan poner en serio peligro

(v. gr. en el caso que se quiera conocer a tiempo el lugar en que han sido colocadas bombas para evitar que estas estallen, y así lograr mediante la tortura saber su ubicación).” (1986, p. 163).

Sabemos que al Estado le está prohibida toda vulneración de la dignidad humana y con ello también la tortura, entonces, lógicamente, no puede existir por su parte una vulneración de la dignidad humana en la omisión de medidas de tortura. El Estado está obligado a proteger la vida y la dignidad humana de sus ciudadanos en la medida posible. La protección puede ser otorgada siempre dentro de los límites establecidos a la actuación del Estado de derecho. Entre estos límites está en primer lugar la prohibición de la tortura. ROXIN, 2005, p. 553; ALCÁCER, 2006, p. 279.

Importante es el pronunciamiento que hace ROXIN (2005, p. 551), al señalar “que las lesiones a la dignidad humana no pueden ser justificadas nunca mediante el estado de necesidad. En tanto la dignidad humana no admite ponderación alguna sino que es absolutamente “intangible”. MAHIQUES, 2003, p. 217.

La posible admisión de las causales justificantes del estado de necesidad y de la legítima defensa a favor de terceros, que es un caso especial de aquella otra causal, no se puede aplicar como causal de excepción, en ningún caso de los planteados con antelación. ROXIN, 2005, p. 550.

33 Ver el informe de la denominada Comisión Landau de 1987. Dictamen sobre la conformidad a derecho de los métodos interrogatorios del denominado Servicio de Seguridad General (General Security Service, o GSS). Esta “presión física moderada” en los interrogatorios, se convirtió en una práctica expresamente aceptada por directivas ministeriales sobre interrogatorios practicada con torturas a presos palestinos sospechosos de terrorismo. Ante esta situación el Tribunal Supremo de Israel, en Sentencia de 6 de septiembre de 1999, de manera muy pormenorizada analizó una por una estas prácticas, que el Estado y el GSS consideraban indispensables para luchar y ganar la guerra al terrorismo, y a todas se declararon ilegales, por degradantes y atentatorias contra la dignidad básica del ser humano.

34 Casos en los cuales quien coloca una bomba es detenido por la policía, pero no quiere revelar el lugar donde la ubico, aunque su explosión es inminente y miles de personas están en situación de sufrir.

Es por esto que la tortura no está justificada, ni aun en circunstancias de extrema gravedad. BARBERO, 2011, p. 275 – 288.

9. CONSIDERACIONES FINALES

La tortura constituye una violación grave de la dignidad humana y de los más elementales derechos de la persona. En función afirmamos que el carácter universal de la prohibición de la tortura y de otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes, constituye en la actualidad una norma imperativa de derecho internacional que es aceptada y reconocida como tal por la comunidad internacional y que no admite acuerdo en contrario. Es evidente que la dignidad de la persona ha de quedar inmune de todo ataque ilegítimo.

Es claro que el derecho a no recibir tortura es absoluto, en vista de la terminante prohibición contenida en la Convención contra la Tortura de la Naciones Unidas y otros instrumentos internacionales, se declara la inadmisibilidad de la misma, además de la imposibilidad que se aplique a un estado de necesidad justificante al llevar la tortura a las bases del Estado de derecho e incidir en la dignidad humana. Pues así lo considera la doctrina al incluir de un modo genérico las normas que protegen los derechos fundamentales de las personas en su proyección humanitaria y universal pertenecientes a la esfera normativa del *Ius Cogens*.

La tortura y los malos tratos se prohíben en cualquier circunstancia en virtud del derecho internacional humanitario, las normas establecidas en los Convenios de Ginebra implican la responsabilidad penal individual por

infracciones graves a los Convenios y establecen la jurisdicción universal obligatoria para estos delitos en los Estados Parte, sustentado en el Estatuto de Roma, tratado que juzga crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, genocidio y el crimen de agresión.

Por todo lo anterior, es importante distinguir necesariamente entre el delito de tortura y el ilícito internacional de tortura el cual genera responsabilidad internacional del Estado. Este ilícito es valorado, analizado y es materia del derecho internacional de los derechos humanos, como del derecho internacional humanitario, y las convenciones, tratados e instrumentos internacionales, es por esto que aquí hablamos de prohibición como norma imperativa de derecho internacional.

Para el juzgamiento del delito de tortura, rige el principio de la “jurisdicción universal”, y la regla *aut dedere, aut iudicare* –juzgar o entregar para que otro juzgue- , dado que es aceptado que el crimen tiene a la humanidad entera como víctima, y da lugar a que cualquier país, a través de sus tribunales nacionales, juzgue los hechos, satisfaciendo de esta manera la expectativa que la comunidad internacional tiene en que los autores del delito de tortura sean efectivamente juzgados y penados.

El concepto o la definición de tortura internacional, la encontramos en el ámbito de las normas de derecho internacional para la protección de los derechos humanos, las cuales constituyen un cuerpo normativo de origen y ámbito de aplicación diverso como heterogéneo en cuanto a su alcance jurídico y fuerza vinculante. En este *corpus iuris*, encontramos prevista la conducta prohibida de tortura. Dicho concepto se

traslada luego al ámbito del derecho penal internacional cuando pasa a ser tipificada como delito y conserva sus principales aspectos objetivos y subjetivos.

Concluimos afirmando que la búsqueda de la persecución y la evitación de la impunidad a nivel mundial de violaciones de los derechos humanos constituyen el nexo entre los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional. Por tal razón, y como se sustentó, es claro señalar que la tortura no está justificada, ni aun en circunstancias de extrema gravedad.

10. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCÁCER, Guirao, Rafael, et. al (coord.), *La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema...*, MOLINA, Fernández, Fernando, “La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos”, España, 2006, Pág. 265 a 284.
- AMBOS, Kai, *La Corte penal Internacional*, “Colección de autores de derecho penal – dirigida por DONNA, Edgardo Alberto”, Ed. Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2007.
- AMBOS, Kai, *Los Crímenes más graves en el Derecho Penal Internacional*, Ed. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2005.
- ABRISKETA, Uriarte, Joana, *Derechos Humanos y Acción Humanitaria*, Universidad de Deusto, Ed. Itxaropena S.A., Bilbao, 2004.
- BARBERO, Natalia, *Análisis dogmático – jurídico de la tortura. La tortura en Derecho Internacional. La tortura como delito y como crimen contra la humanidad en Derecho argentino y español*, Ed. Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2011.
- BLANC, Antonio Altemir, *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*, Ed Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1990.
- CAPELLÀ I ROIG, Margalida, *La Tipificación Internacional de los Crímenes contra la Humanidad*, Ed. Tirant monografías 359, Universitat de les Illes Balears, Valencia, 2005.
- DE LA CUESTA, Arzamendi José L, *El Delito de Tortura*, Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1990.
- GRECO, Luis, “Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las *ticking time bombs*”, *Análisis del derecho Dret*, Ludwing-Maximilians-Universität, Barcelona, 2007.
- MAHIQUES, Carlos A, *La Noción de la Tortura y de Penas, y Tratamientos Crueles, Inhumanos o Degradantes en el Derecho Penal Internacional, un Nuevo Ius Commune*, Ed Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2003.
- MELLOR, Alec, *La Tortura*, Ed. Sophos, Buenos Aires, 1960.
- PARENTI, Pablo F, FLIPPINI, Leonardo G, FOLGUEIRO, Hernán L, *Los Crímenes contra la Humanidad y el Genocidio en el Derecho Internacional*, “Crímenes contra la Humanidad. Origen y Evolución de la figura, y análisis de sus elementos centrales en el Estatuto de Roma”, Ed. Ad-Hoc, 1 Edición, Argentina, 2007.

REINALDI, Víctor Félix, *El Delito de Tortura*, Ed Depalma, Buenos Aires, 1986.

REINALDI, Víctor Félix, *El Derecho Absoluto a no ser Torturado*, Ed Lerner S.R.L, Córdoba – Argentina, 2007.

ROXIN, Claus, *Nueva Doctrina Penal*, “¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?” Editores del Puerto, 2004-B, Buenos Aires, pág. 552.

SALVIOLI, Fabián, *Curso básico sobre el Sistema Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas*,

Publicación Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 2003.

THOT, Ladislao, *Historia de las Antiguas Instituciones de Derecho Penal - Arqueología Criminal-*, Ed. Taller de Impresiones Oficiales de la Provincia de Buenos Aires - Universidad Nacional de la Plata, Argentina, 1940.

VILLAPALDO, Waldo, *De los Derechos Humanos al Derecho Internacional Penal*, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Ed. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 2000.