



Universidad de Chile  
Facultad de Derecho  
Escuela de Pregrado  
Departamento de Derecho Internacional

## **TORTURA Y TERRORISMO**

Acerca de la relativización de la prohibición internacional de la tortura en casos de  
terrorismo global

**Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales**

Alumno: Rafael Palacios Prado  
Profesor Guía: Claudio Nash Rojas

Santiago de Chile  
24 de Enero de 2011

*A las víctimas.*

## **AGRADECIMIENTOS**

Este trabajo no hubiera sido posible sin la colaboración de tres personas fundamentales. En primer lugar, el Doctor Claudio Nash Rojas, quien ha sido, es y seguirá siendo un modelo de rectitud y prolijidad académica e intelectual para todos quienes nos hemos amparado en su conocimiento. Además de excelente catedrático, el Doctor Nash ha sido una inagotable fuente de motivación para todos los investigadores que hemos tratado de realizar un aporte a la discusión sobre los Derechos Humanos. Después de haber sido alumno de la Universidad de Chile por más de 10 años, y de haber pasado por las cátedras de incontables profesores, puedo afirmar con toda propiedad que siguen siendo escasos los talentos académicos que pueden optar al calificativo de maestros, aquellos personajes capaces de despertar en los alumnos verdadera admiración y de motivarlos a llenarse la cabeza de ideas antes que de notas o resultados. El doctor Nash, sin duda, se ha ganado la confianza y admiración de todos quienes hemos tenido la fortuna de compartir sus conocimientos y pasión por los Derechos Humanos.

Del mismo modo, quisiera agradecer al equipo de ayudantes del Programa de Estado de Derecho y Derechos Humanos que dirige el doctor Nash y, en especial, a Andrés Nogueira por sus agudos e indispensables comentarios.

Finalmente, ninguna de las ideas que aquí se expresan hubieran sido posibles sin el irrestricto apoyo que me han dispensado mis padres en todo el largo trayecto que ha sido mi carrera universitaria. Primero, desde la facultad de Ciencias Sociales y, ahora, en la Facultad de Derecho. No sólo me han apoyado en esta “loca” idea de haber seguido estudiando luego de obtener mi primera licenciatura, sino que en todas y cada una de las decisiones que me han llevado a donde estoy. Con su ayuda y soporte afectivo, emocional y económico, y con su inagotable paciencia, han hecho posible que el día de hoy pueda estar escribiendo estas líneas, con todo el inmenso trabajo que ellas esconden.

A Valentín Rafael Luis y Luz Margarita Amelia, mi eterna gratitud.

# ÍNDICE

	Página
Prólogo.....	7
<b>PRIMERA PARTE</b>	
TORTURA.....	12
<b>CAPÍTULO 1</b>	
1. Introducción	
1.1. La tortura como herramienta procesal .....	13
1.2. El abolicionismo.....	15
1.3. La prohibición internacional.....	16
1.3.1. Instrumentos de aplicación general.....	19
1.3.2. Instrumentos de aplicación especial.....	23
1.4. Naturaleza de la prohibición internacional de la tortura.....	27
1.5. Tortura en la actualidad.....	28
<b>CAPÍTULO 2</b>	
2. Análisis jurídico de la prohibición internacional de la tortura	
2.1. Hacia una definición de tortura.....	31
2.2. Primer análisis categorial.....	36
2.2.1. Efecto: la intensidad del sufrimiento.....	36
2.2.2. El propósito: coerción e intimidación.....	39
2.2.3. El agente: la indefensión de la víctima.....	43
2.2.4. La intencionalidad: presunciones de voluntad.....	46
2.3. Síntesis.....	49
<b>SEGUNDA PARTE</b>	
TERRORISMO.....	51
<b>CAPÍTULO 3</b>	
3. El terrorismo internacional	
3.1. Algunas consecuencias de la caída de las Torres Gemelas.....	52
3.2. Breve historia de los ataques terroristas de Al-Qaeda.....	60
3.3. El terrorismo en América Latina.....	62
3.4. Hacia una definición conceptual del terrorismo global.....	65
<b>CAPÍTULO 4</b>	
4. Análisis jurídico del terrorismo global	
4.1. Instrumentos del Derecho Internacional.....	71

4.2. Definiciones en el Derecho Internacional.....	77
4.3. Regulación jurídica del terrorismo global.....	80
4.4. Colación de voluntarios.....	84
4.5. Núcleo de derechos.....	87
4.6. Síntesis.....	89
<b>TERCERA PARTE</b>	
JURISPRUDENCIA.....	92
<b>CAPÍTULO 5</b>	
5. Órganos Internacionales de Derechos Humanos	
5.1. Recapitulación.....	93
5.2. Órganos y alcances.....	95
<b>CAPÍTULO 6</b>	
6. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	
6.1. Tortura.....	100
6.2. Segundo análisis categorial.....	104
6.2.1. Factores endógenos.....	105
6.2.2. Factores exógenos.....	109
6.3. Factores de vulnerabilidad.....	111
6.3.1. Detenciones ilegales e incomunicación.....	113
6.3.2. Condiciones de encarcelamiento.....	115
6.3.3. Condiciones de salud.....	117
6.3.4. Género.....	119
6.4. Consideraciones complementarias.....	120
6.5. Síntesis.....	123
<b>CUARTA PARTE</b>	
CONCLUSIONES.....	129
<b>CAPÍTULO 7</b>	
7. Instrumentalización de la prohibición internacional de la tortura	
7.1. Juicios de ponderación.....	130
7.2. Sistemas de pensamiento.....	134
7.2.1. El contractualismo deontológico.....	134
7.2.2. El utilitarismo teleológico.....	138
7.3. La doctrina de la emergencia suprema.....	142
7.4. Alternativas de instrumentalización ante emergencias supremas.....	146

## **CAPÍTULO 8**

8. Tortura, terrorismo, violencia y sacrificio	
8.1. Ciencia jurídica y antropología.....	151
8.2. El principio sacrificial del utilitarismo.....	155
8.3. El principio antisacrificial del contractualismo.....	159
8.4. Sacrificio y Derechos Humanos.....	163
Referencia Bibliográficas.....	167
Jurisprudencia Internacional.....	172
Instrumentos Internacionales.....	174

## PRÓLOGO

La prohibición de la tortura en el Derecho Internacional es ubicua. Es tal su presencia y consagración jurídica que podríamos decir que es al Derecho Internacional lo que la prohibición del incesto a la antropología social<sup>1</sup>. Pocas veces ha existido un consenso tan generalizado en la comunidad internacional para institucionalizar, en términos prohibitivos, un tipo de conducta en el campo jurídico. A primera vista, la prohibición de la tortura concita la adhesión de todos los sectores políticos y de todos los regímenes institucionales, se trate o no de democracias<sup>2</sup>, expresándose, en dicho consenso, un umbral que define una suerte de límite de civilización.

Sin embargo, el consenso y consagración que encontramos a nivel jurídico no siempre encuentra un correlato efectivo en la práctica de todos los gobiernos. Particularmente, en ciertos períodos cruciales, cuando las crisis políticas o sociales se despliegan con toda su fuerza, se abre una brecha entre legislación y práctica. Es por ello que nos vemos obligados, de tanto en tanto, a volver sobre el consenso, sobre los supuestos, y a revisar, una vez más, aquello que dábamos por sentado.

La dificultad de esta revisión radica en que enfrentarse a la tortura es siempre complejo, ya sea por las diversas aristas conceptuales que contiene dicho fenómeno, como por las consecuencias que tienen estas últimas en el campo de la ética. Y es que la tortura compromete al analista en el campo del valor, puesto que cualquier esquema conceptual que elabore en el plano teórico, tendrá consecuencias directas en los principios a través de los cuales entendemos la justicia y, con ella, el valor de la vida misma. No hay lugar pues para el observador distante, para el astrónomo de las cosas humanas, para entender la tortura desde el extrañamiento y la imparcialidad.

Hecha esta advertencia, debemos remarcar que, en el campo de las ciencias humanas, la tortura puede ser entendida desde al menos tres puntos de vista. En efecto, en tanto fenómeno social, la tortura puede ser problematizada desde tres perspectivas disciplinarias, a saber, como vivencia, como conducta objetivada y como estructura simbólica. Experiencia, norma y símbolo; todas categorías desde las cuales la psicología, la ciencia jurídica y la antropología social podrán aproximarse para dar cuenta de causas, relaciones, posibilidades, mediaciones y consecuencias.

Así, desde la psicología<sup>3</sup>, la tortura puede ser entendida como una anomalía

---

<sup>1</sup> Una de las obras clásicas de la antropología social estructuralista establece a la prohibición del incesto como el fundamento de lo social y el tránsito de la naturaleza a la cultura. LÉVI-STRAUSS, Claude. *Las estructuras elementales del parentesco*. 3ª Edición. España. Ediciones Paidós Ibérica S.A. 1991.

<sup>2</sup> Países como Afganistán, China, Cuba y Arabia Saudita también son miembros de la Convención contra la Tortura y las Otras Penas y Tratos Crueles Inhumanos y Degradantes.

<sup>3</sup> GUERRERO, Manuel. *Elementos para problematizar el fenómeno de la tortura como hecho determinado socialmente*. En: POZO, Nelson y BENITÉZ, Jorge. *Los otros derechos. Derechos humanos del Bicentenario*. 1ª Edición. Chile. Editorial ARCIS. 2008, pp. 129-148; y OSIEL, Mark. *The Mental State of Torturers: Argentina's Dirty War*. En: SANFORD, Levinson. *Torture. A Collection*. 1ª Edición. Estados Unidos. Oxford University Press, Inc. 2004. pp. 129-141.

conductual cuyo ejercicio podrá generar ciertas alteraciones psíquicas observables tanto en las psiquis de las víctimas como en las de sus victimarios. De hecho, en infinidad de relatos de torturados podemos constatar de forma ubicua que la tortura se configura como una experiencia indeleble en sus historias de vida.

Por su parte, en el plano normativo, la tortura es siempre abordada desde normas prohibitivas, aquél tipo de normas jurídicas que comandan no realizar una conducta de tal forma que el acto prohibido no puede llevarse a cabo bajo ningún respecto o condición. Es mediante tales instrumentos que la tortura se incorpora como comportamiento objetivado en una norma jurídica al Derecho Internacional, norma que representa, junto a otras prohibiciones, uno de los límites con que el Estado soberano puede imponerse a los individuos. Y es que la prohibición de la tortura marca una de las fronteras de afectación más significativas de los Derechos Humanos por parte del poder soberano, puesto que representa uno de los límites a la expropiación de los bienes jurídicos que puede hacer el Estado con miras a la realización del bien común cuando éste se materializa a expensas de algunos de sus miembros. De ahí entonces que la prohibición de la tortura esté siempre consagrada en términos absolutos<sup>4</sup>, toda vez que representa una de las fronteras que delimita el campo de batalla de los derechos individuales, otro de los flancos donde contener al poder del Estado.

Ahora bien, el fenómeno de la tortura es también parte estructural de las sociedades, ya que la oposición torturadores/torturados no es otra cosa que una readecuación de la oposición entre víctimas/victimarios y, actualizada como tal, una nueva forma de expresión del fenómeno del sacrificio. Pues, aun cuando nos parezca extraño pensar en la persistencia de una institución social tan arcaica como el sacrificio ritual<sup>5</sup>, es en fenómenos como la tortura donde debemos repensar algunos de los decididos triunfalismos de la modernidad, a pesar de cuyos esfuerzos por desterrarlo, negándolo insistentemente en el plano del discurso, continúan existiendo episodios en los cuales el sacrificio emerge porfiadamente al plano de la vida social efectiva.

Y es en aquellos momentos históricos en la vida de los pueblos, en que el sacrificio adquiere gran densidad social, cuando vemos emerger a la tortura como una realidad soterrada expresando la sintomatología de la crisis sacrificial<sup>6</sup>. Es entonces, en períodos como los que siguieron a la caída de las torres gemelas en Nueva York, cuando el sacrificio escapa de la esfera del individuo privado y vuelve a ser un asunto de Estado, dado que no puede salir a la luz pública sin cuestionar de raíz toda la institucionalidad y los valores sociales que la soportan. Y es que el sacrificio tiene más que ver con ser parte

---

4 Este carácter absoluto implica que, a diferencia de lo que ocurre con la gran mayoría de los derechos humanos consagrados internacionalmente, no puede restringirse ni suspenderse bajo ninguna circunstancia. En efecto, no existe razón legítima alguna que permita al Estado restringir este derecho de la manera en que normalmente se autorizan restricciones que afectan a otros derechos humanos, tales como el orden público o la seguridad pública. Tampoco permiten los instrumentos internacionales la suspensión de esta prohibición en situación de emergencia. MEDINA, Cecilia. La Convención Americana: Teoría y jurisprudencia. 1° Edición. Costa Rica. Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. 2005. pp. 142.

<sup>5</sup> MORANDÉ, Pedro. Cultura y modernización en América Latina. 1° Edición. Madrid. Ediciones Encuentro. 1987.

<sup>6</sup> La crisis sacrificial se origina cuando una comunidad alcanza un nivel exacerbado de indiferenciación u homogenización de sus particularidades culturales. GIRARD, René. La violencia y lo sagrado. 3° Edición. España. Editorial Anagrama. 1995.

integrante de la estructura de las sociedades que con opciones personales decididas en conciencia, ya que posee una dimensión compulsiva que da a su existencia un carácter social inevitable<sup>7</sup>.

Es, entonces, el pensamiento mismo, por muy moderno que se crea o pretenda, el que no puede liberarse de la oposición torturados/torturadores, puesto que ella no es más que una variante de la dialéctica de la víctima y sus victimarios y, por tanto, parte integrante de la lógica sacrificial. Sin embargo, antes de acercarnos a las coordenadas antropológicas del sacrificio, es necesario adentrarse en lo profundo del pensamiento jurídico, despejando variables y racionalizaciones, para finalmente alcanzar el verdadero contenido de las argumentaciones sostenidas por los sistemas de pensamiento que han abordado la problematización de la tortura.

Pero repensar la prohibición internacional de la tortura en el plano jurídico implica necesariamente abrirse a la posibilidad de aceptar la opción de volver a legitimarla como una herramienta más entre las técnicas de investigación o del procedimiento judicial, cuestión no sólo difícil de aceptar, sino que, además, virtualmente peligrosa. Peligro de tergiversar el límite, peligro de relativizar la prohibición en un movimiento de instrumentalización utilitarista que podría extenderse a esferas sin precedentes, cuestión que la historia ha demostrado ya en innumerables ocasiones. Peligro también de propiciar un espacio indeterminado, una zona gris en el campo normativo, una conducta objetivada sin límites claros, un hiato, un limbo, una verdadera laguna normativa del pensamiento jurídico.

No obstante, existe un fenómeno empírico que nos ha arrastrado a enfrentar el peligro y repensar los términos de la actual prohibición internacional de la tortura. Conscientes de todos los obstáculos y peligros, hay quienes nos hemos embarcado en la tarea de redefinir los límites, de volver sobre la prohibición de la tortura en busca de herramientas para enfrentarse a uno de los conflictos más radicales del siglo XXI, el terrorismo global.

Este fenómeno ha planteado un nuevo escenario en lo que respecta al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en tanto esfera de protección de los individuos frente al poder del Estado. Y es que frente a la amenaza del terrorismo global, aun cuando concordemos en que ésta todavía no hace tambalear los cimientos mismos del poder soberano, sin lugar a dudas debemos convenir en que el terrorismo global representa una nueva forma de conflicto social imposible de adecuar a los cuerpos normativos existentes. Y ello sin tener en cuenta el hecho de que, en la práctica, pone efectivamente en peligro la vida de miles de personas y, consecuentemente, la habilidad del Estado para asegurar la paz y el orden.

Es la manera, entonces, de entender los conflictos sociales como enfrentamientos armados, la que se ha visto más profundamente afectada por los acontecimientos que siguieron al 9/11<sup>8</sup>. Y es que éstos parecen haber perdido sus características clásicas de enfrentamientos entre ejércitos perfectamente identificables que luchan sobre un campo de batalla, para adentrarse ahora en el tejido social mismo, trasladándose al campo

---

<sup>7</sup> *Ibíd.*

<sup>8</sup> Nos referimos a los ataques terroristas del 11 de Septiembre de 2001 sobre las torres gemelas de Nueva York y el Pentágono.

inmediato de lo cotidiano, articulándose mediante redes subversivas que operan como células autónomas a escala mundial<sup>9</sup>.

Como consecuencia de esta nueva forma de conflicto social, nace la urgencia de replantear lo establecido y, a pesar de concordar en los fundamentos morales de la prohibición internacional de la tortura, aparece la urgencia de evaluar su instrumentalización para determinados casos, con el objeto de propiciar el bien común y llevar a cabo la justicia. Sin embargo, para legitimar dicha instrumentalización será necesario adoptar un cambio de paradigma, un desplazamiento en los fundamentos filosóficos de los Derechos Humanos desde el contractualismo deontológico hacia el utilitarismo, y retomar directamente el problema del sacrificio ritual.

Ahora bien, aun cuando dicho desplazamiento pueda ser planteado o incluso verificado, no será sino hasta que los órganos internacionales de control existentes<sup>10</sup>, encargados de interpretar y aplicar los instrumentos internacionales que prohíben la tortura, recepcionen y materialicen estas problemáticas, cuando podremos recién afirmar con certeza que se ha llevado adelante un cambio. En efecto, sólo una vez que observemos en la jurisprudencia la implementación de este cambio, y en ellos consecuentemente un cambio de paradigma filosófico, es que podremos hablar de una verdadera reforma en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Sin esta condición, la discusión no pasa de ser un ejercicio teórico y, aunque pueda ser utilizada para legitimar determinadas políticas públicas dado el momento, estas últimas deberán enfrentarse a las instancias jurisdiccionales y, en ellas, resolver en definitiva la cuestión suscitada.

Este trabajo no es otra cosa que una puesta al día, un concienzudo esfuerzo por dar cuenta de las discusiones que han surgido en la dogmática jurídica de la última década y en ello -siempre desde un perspectiva crítica- observar la recepción que ha hecho la jurisprudencia de la problemática de relativización de la prohibición internacional de la tortura a la luz del fenómeno del terrorismo global. Como dijimos anteriormente, cualquier esfuerzo que dé cuenta sólo del nivel teórico será estéril una vez confrontado a la realidad social, pues es en los tribunales donde verdaderamente se recrea la realidad jurídica, donde se actualizan todas las discusiones y donde se implementan las verdaderas ideas. Y es que sólo si los conflictos sociales -y por tanto la violencia- son efectivamente objeto de una intervención judicial, y en ello elevados al rango de proceso, podrán ser resueltos finalmente por medio de una palabra que dice el Derecho, reafirmando en ello la existencia de un lugar de la sociedad -por violenta que ésta sea, por origen y por costumbre- donde la palabra prevalece sobre la violencia<sup>11</sup>.

Para enfrentar esta tarea a cabalidad nos plantearemos desde dos dimensiones o niveles de abstracción. Primero, nos centraremos en la demarcación de los límites

---

<sup>9</sup> TOWNSHEND, Charles. *Terrorism. A Very Short Introduction*. 1° Edición. Estados Unidos. Oxford University Press, Inc. 2002.

<sup>10</sup> Nos referimos órganos de derecho público internacional como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas entre los cuasi judiciales; la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la Corte Europea de Derechos Humanos entre los judiciales.

<sup>11</sup> RICOEUR, Paul. *Lo justo*. 1° Edición. Chile. Editorial Jurídica. 1997. pp. 10.

conceptuales de la tortura, dando cuenta de sus elementos y proporcionando una definición a objeto de que entendamos de qué hablamos cada vez que nos refiramos a ella. En esta etapa, identificaremos los elementos estructurales del concepto de tortura, para luego someterlos a la tensión de un análisis categorial que nos lleve a dilucidar los factores que determinan la aplicación concreta de la categoría de tortura, es decir, identificar qué conductas entenderemos por tortura y bajo cuáles circunstancias.

Así, una vez establecidas las coordenadas jurídicas actuales de la tortura, podremos plantearnos en un segundo nivel de abstracción, donde nos centraremos en el análisis de la discusión en torno a la legitimación de su instrumentalización como herramienta jurídica. Aquí, nuestro objetivo será develar los argumentos de dos sistemas de pensamiento que han llevado adelante la relativización del carácter absoluto de la prohibición universal de la tortura en el ordenamiento jurídico internacional.

Pero para llegar a ello, debemos antes adentrarnos en la especial naturaleza del fenómeno que ha tensionado el estatuto jurídico incontrovertible de que gozaba la prohibición internacional de la tortura, a saber, el problema del terrorismo global. Y, siguiendo el mismo método arqueológico utilizado en la primera parte, intentaremos dar cuenta de sus elementos estructurales para definirlo y revisar su estatuto jurídico actual.

**PRIMERA PARTE**  
Tortura

## CAPÍTULO 1 Introducción

### 1.1. La tortura como herramienta procesal

Aunque ahora nos parezca ajeno o incluso aberrante, la tortura como tecnología del sufrimiento corporal se desarrolló como herramienta jurídica en el seno de las prácticas judiciales de Occidente. Al igual que la gran mayoría de las instituciones de nuestra civilización, la tortura fue ampliamente conocida en la antigua Grecia y en el Imperio Romano, donde fue comúnmente utilizada tanto como instrumento procesal para llegar a la verdad en casos de crímenes de extrema gravedad, como también en cuanto método de aplicación de tormentos para el cumplimiento de sentencias. Normalmente es por este último objetivo que reconocemos a la tortura como institución ligada al Derecho, a saber, como herramienta de disuasión penal, en tanto aplicación pública de penas corporales que busquen infringir la mayor cantidad de sufrimiento al condenado, a fin de que represente la gravedad del mal factible de ser aplicado para aquellos que soslayan a la autoridad o al orden establecido. Famosa es entre los romanos la crucifixión como técnica de castigo y como escarmiento para los condenados y, junto a ella, un sin número de tormentos que muchas veces indignan al hombre moderno.

Como herramienta procesal, su historia, como dijimos, no es reciente. Ya en la Antigüedad fue conocida y utilizada como técnica legítima de interrogatorio, cuyo objeto era proporcionar las pruebas necesarias para que existiera un proceso judicial que llevara a una condena. No obstante -en teoría al menos- su aplicación se restringía a esclavos, extranjeros y otros individuos que carecían de personalidad jurídica<sup>1</sup>. Sin embargo, ya en el Imperio Romano tardío su uso se expandió a otras categorías de la población, y fue particularmente utilizada para casos en los que se sospechaba concurría el delito de traición.

Por su parte, en el continente europeo, mientras se mantuvo ajeno a la influencia del mundo clásico, sólo se conocen datos respecto de la aplicación sistemática de torturas como herramienta en el cumplimiento de sentencias en tanto que aplicación de penas corporales sobre los condenados.

Sin embargo, ya en el siglo XII, Europa comienza a verse estimulada por el regreso del conocimiento clásico, dándose inicio al proceso de expansión del Derecho Civil y Canónico del Imperio Romano, a través del Derecho Común, donde la tortura, junto a tantas otras instituciones jurídicas, llega a las ciudades Estado del norte de Italia en el siglo XIII a través de la obra de los glosadores italianos<sup>2</sup>. Fueron estos intelectuales quienes esparcieron por todo el continente Europeo la institución de la tortura como herramienta procesal y, particularmente, a través del desarrollo que hicieron del Derecho de la Prueba. De ahí, entonces, que no erremos en afirmar que, desde los albores del siglo XIII hasta fines del siglo XVIII, la tortura, en sus variantes de herramienta procesal y

---

<sup>1</sup> RODLEY, Nigel S. *The Treatment of Prisoners Under International Law*. 2ª Edición. Estados Unidos. Oxford University Press, Inc. 2002. pp. 7-8.

<sup>2</sup> LANGBEIN, John H. *The Legal History of Torture*. En: LEVINSON, Sanford. *Torture. A Collection*. 1ª Edición. Estados Unidos. Oxford University Press, Inc. 2004. pp. 93-103.

herramienta en el cumplimiento de sentencias, fue ampliamente utilizada, llegando a gozar incluso de un poderoso estatuto legal de legitimidad en la Europa Occidental por al menos un espacio de siete siglos.

Esta recepción de la tortura en el Derecho Común, y su consecuente implementación en el siglo XIII, puede explicarse por el advenimiento de la autoridad del Estado en detrimento del poder del individuo<sup>3</sup>, cuestión que llevó a instaurar gradualmente en el sistema judicial el proceso inquisitivo<sup>4</sup>. Este último se basaba en la creencia de que la determinación de la verdad no podía dejarse ya a la divinidad, toda vez que ahora podía ser determinada por un análisis racional de los hechos del caso. De esta forma, se instaló en el pensamiento jurídico una suerte de necesidad analítica que obligó a los glosadores a desarrollar el Derecho de la Prueba, como el conjunto de reglas que gobiernan la calidad y cantidad de evidencia necesaria para condenar a alguien acusado de un crimen. Junto a este Derecho se instaló de forma conjunta la tortura como herramienta procesal, en tanto eran los jueces quienes administraban las reglas sobre quiénes, cómo y cuándo torturar.

El fundamento racional de este nuevo Derecho de la Prueba establece que, para llegar a determinar una convicción judicial de culpabilidad, especialmente en aquellos casos graves que podían involucrar penas de muerte o mutilaciones, era insuficiente la evidencia circunstancial, por lo que se requería al menos del testimonio de dos testigos contestes. Sin esta evidencia, el tribunal no podía acusar a quien negara los cargos imputados en su contra. Únicamente si el acusado confesaba voluntariamente el crimen cometido podía el tribunal condenarlo con la ausencia de la prueba testimonial.

De esta forma, dos tipos de pruebas pasaron a gozar de reconocimiento y legitimidad: el testimonio de dos testigos contestes y la confesión voluntaria, confesión que, mediante la instalación de la tortura como herramienta del proceso, pasó a ser el fruto de la coerción cuando del imputado ya se tenían poderosas sospechas. Sin embargo, torturar era únicamente permitido cuando una así llamada “media prueba” había sido establecida en contra del sospechoso, lo que significaba que debía existir antes un testigo o evidencia circunstancial que satisficiera los criterios de gravedad<sup>5</sup>. Por ello, la confesión pasó a ser la reina de las pruebas, y la aplicación de la tortura se transformó en una técnica para regular la generación de confesiones que permitieran a los jueces alcanzar el grado de convicción necesario para condenar y, consecuentemente, impartir las penas correlativas.

En teoría, entonces, no debería haber habido utilización de la tortura sino hasta que hubieran suficientes indicios o evidencia circunstancial como para tener por cierta una determinada acusación. De hecho, quienes desarrollaron el Derecho de la Prueba plantearon la utilización de la tortura como medida de último recurso y, para ello, instalaron complejas salvaguardas para asegurarse de que no fuera utilizada en forma

---

<sup>3</sup> RODLEY, Nigel S. 2002. op. Cit: 8.

<sup>4</sup> Con anterioridad regía en Europa el sistema de prueba basado en los “*ordeals*”, sistema desarrollado principalmente al alero de la Iglesia Católica, el cual consistía en hacer pasar al acusado por dolorosas pruebas que si eran sorteadas con éxito, demostraban su inocencia. La lógica de este sistema descansaba en dejar en manos de Dios la determinación de la culpabilidad del acusado ya que, dada su condición de inefabilidad, actuaba a través del destino del acusado favoreciendo su salvación o propiciando su condena. LANGBEIN, John H. 2004. op. Cit: 93-103.

<sup>5</sup> LANGBEIN, John H. 2004. op. Cit: 94.

prematura, además de que, cuando fuera utilizada, sus resultados no fueran letales. Sin embargo, en los hechos, los jueces abusaron ampliamente de la tortura y, tanto en el Derecho Civil como en el canónico, donde la herejía religiosa era vista como el equivalente a la traición en el mundo secular, la corrupción y la falta de observancia del Derecho de la Prueba llevó a los jueces e inquisidores eclesiásticos a flexibilizar considerablemente las reglas sobre la utilización de la tortura.

## 1.2. El abolicionismo

Luego de casi siete siglos de utilización de la tortura como una herramienta más del proceso judicial inquisitivo, se instaló en Europa la Ilustración y, con ella, un ambiente intelectual adverso a un pasado dominado por la religión, las supersticiones y los supuestos convencionalismos. Resonaban las argumentaciones morales y lógicas, y autores como Beccaria, Voltaire y otros escritores inspirados en las monarquías absolutas de Federico el Grande, María Teresa y José II en Austria y Luis XVI en Francia, denunciaron agudamente los peligros de la tortura<sup>6</sup>.

Las críticas apuntaban principalmente al principio lógico de que si bien la agonía de la tortura creaba un fuerte incentivo para confesar, no lo hacía necesariamente para confesar la verdad. En efecto, el problema de la tortura como herramienta procesal era que probaba resistencia al dolor antes que veracidad, puesto que personas inocentes podían confesar cosas que nunca hicieron ni imaginaron hacer, llevados por el dolor y los tormentos. Por su parte, quienes defendían la tortura, contra argumentaban que era esencial para alcanzar la verdad en aquellos casos que comprometían penas de mutilaciones o de muerte, ya que aparecía como el único método posible para llegar a la verdad cuando todas las demás alternativas habían fracasado.

Si bien es cierto que estas críticas menoscabaron la legitimidad pública de la tortura, instalándose en el debate público como argumentación vigente hasta nuestros días, no fue sino hasta que los sistemas jurídicos se vieron efectivamente posibilitados de desembarazarse de su utilización que se llevó adelante un cambio en las técnicas procesales. En efecto, sólo una vez reemplazados los sistemas judiciales de las monarquías ilustradas de Europa, puesto que ellas incorporaban nuevas técnicas procesales y conceptos jurídicos más sofisticados, fue posible abandonar la tortura como herramienta procesal. Así, Federico el Grande abolió el sistema de tortura apenas accedió al trono de Prusia en 1740, y aunque fue utilizada por última vez en 1752, fue definitivamente abolida en 1754. Dinamarca y Suecia la abolieron en 1770, Polonia y Austria en 1776; Francia en 1780, Toscana en 1786 y Bélgica en 1787<sup>7</sup>. Así, en el lapso de medio siglo, la tortura fue abolida como herramienta procesal y virtualmente erradicada del continente europeo para fines del siglo XVIII.

Junto a la Ilustración y sus consecuentes críticas a la tortura como método de alcanzar la verdad, dos fueron los elementos que propiciaron el reemplazo de los sistemas jurídicos y, por tanto, explican, canalizan e impulsan este proceso abolicionista: primero, la instauración del encarcelamiento como sanción penal, cuestión que llevó necesariamente a propiciar el segundo, a saber, la reformulación que se hizo desde las

---

<sup>6</sup> LANGBEIN, John H. 2004. op. Cit: 94.

<sup>7</sup> LANGBEIN, John H. 2004. op. Cit: 97.

ciencias penales del Derecho de la Prueba.

Ya en el siglo XVIII el Derecho de la Prueba registraba un cambio radical impulsado por el desarrollo de las sanciones penales de encarcelamiento como alternativa a las penas corporales del Derecho Medieval. Recordemos que, a fines de la Edad Media, el Derecho de la Prueba se desarrolló bajo el supuesto de que los crímenes más graves debían necesariamente ser castigados con penas tales como la muerte, las mutilaciones o cualquier otra pena corporal. Y como mencionamos antes, el cumplimiento de sentencias que incluían la aplicación de tormentos buscaban materializar la disuasión penal mediante la representación pública de la gravedad del mal factible de ser aplicado para aquellos que soslayaban la autoridad, las leyes, o el orden establecido.

Sin embargo, a fines del siglo XVIII y en los comienzos del XIX, se extingue el carácter de teatralidad festiva que normalmente se imprimía a las penas corporales. El castigo deja de ser un espectáculo público intimidador y nace el sistema carcelario que viene a erradicar el gran espectáculo que se hacía de la pena física<sup>8</sup>. Se busca entonces disimular el cuerpo supliciado y se excluye del castigo el aparato teatral del sufrimiento entrando así en la era de la sobriedad punitiva donde el castigo tenderá a convertirse en la parte más oculta del proceso penal.

La aparición de este nuevo sistema punitivo basado en el encarcelamiento a su vez se explica por un cambio en cuanto a la acción sobre el cuerpo del condenado, puesto que las penas dejan de estar centradas en el suplicio como técnica de sufrimiento y pasan a tener como objeto principal la pérdida de un bien jurídico o de un derecho<sup>9</sup>.

De esta forma, al desarrollarse la alternativa del sistema de encarcelamiento punitivo, los tribunales finalmente se vieron a sí mismos posibilitados para imponer este nuevo y menos severo sistema de castigos centrado antes en la afectación de bienes jurídicos que en el cuerpo mismo del individuo, perdiendo consecuentemente protagonismo la confesión en tanto reina de las pruebas. Así, el encarcelamiento y otras penas derivadas comenzaron a reemplazar rápidamente a las penas corporales y de muerte, reduciendo de alguna forma la necesidad de los jueces de obtener certeza absoluta para imponer una determinada condena. Finalmente, el tradicional sistema de certidumbre pasó a ser reemplazado por un estándar de prueba menos riguroso conocido como libre evaluación judicial de la evidencia o reglas de la sana crítica<sup>10</sup>.

Es esta evolución la que hizo posible condenar a un acusado sin necesidad de una confesión o del testimonio de dos testigos contestes, cuestión que en definitiva le permitió al procedimiento penal europeo escapar a su dependencia de la tortura como herramienta procesal y como herramienta en el cumplimiento de sentencias.

### **1.3. La prohibición internacional**

Desde su abolición a fines del siglo XVIII hasta el advenimiento del partido Nazi en

---

<sup>8</sup> FOUCAULT, Michel. Vigilar y castigar. 25ª Edición. España. Siglo XXI Editores. 1996, pp.16 y ss.

<sup>9</sup> FOUCAULT, Michel. 1996. op. Cit: 23.

<sup>10</sup> LANGBEIN, John H. 2004. op. Cit: 98.

la Alemania de 1930, no existe información concreta en la literatura respecto del ejercicio de la tortura como herramienta procesal ni como práctica sistemática en el cumplimiento de sentencias por parte del algún Estado en Occidente, cuestión que obviamente no nos permite afirmar que efectivamente no haya sido utilizada en diversas instancias de detención y encarcelamiento. Sin embargo, se mantuvo en el debate político y académico como una cuestión del pasado hasta que el Partido Nacional Socialista Alemán llegara incluso a legislar sobre la permisibilidad de los interrogatorios “de tercer grado”<sup>11</sup>. Demás está decir entonces que durante la Segunda Guerra Mundial la tortura fue utilizada amplia y sistemáticamente por parte de las fuerzas del Eje como técnica de interrogatorio en prisioneros de guerra, principalmente en los territorios ocupados y particularmente en personas sospechosas de ejercer actividades de resistencia.

Cuando la paz trajo la posibilidad de revisar las atrocidades cometidas en la guerra y, a la luz de los juicios *ad hoc* de Nuremberg y Tokyo<sup>12</sup>, la tortura como herramienta procesal fue percibida por la comunidad internacional como una aberración que debía ser erradicada a toda costa por el Derecho Internacional. De ahí, entonces, que el acuerdo unánime de naciones que en 1945 dio vida a la organización de Naciones Unidas tuviera, primero, como objetivo central, crear las herramientas necesarias tanto para asegurar la paz a nivel mundial, como también para erradicar y contener los eventuales abusos en que los Estados pudieran incurrir sobre sus poblaciones, desarrollando para dicho efecto una serie de instrumentos jurídicos que aseguraran la paz mundial y la coexistencia pacífica de todas las naciones<sup>13</sup>.

Con el nacimiento de Naciones Unidas, e impulsada por el mismo espíritu fundacional que le dio origen, surgió tempranamente, en ésta y otras organizaciones internacionales, la necesidad de prohibir la tortura y los otros tratos crueles, inhumanos y degradantes. De hecho, luego del derecho a la autodeterminación de los pueblos, el

---

<sup>11</sup> RODLEY, Nigel S. 2002. op. Cit: 9.

<sup>12</sup> Se trata de un conjunto de procesos jurisdiccionales emprendidos por iniciativa de las naciones aliadas vencedoras al final de la Segunda Guerra Mundial, en los que se determinaron y sancionaron las responsabilidades de dirigentes, funcionarios y colaboradores del régimen nacionalsocialista de Adolf Hitler en los diferentes crímenes y abusos cometidos en nombre del III Reich alemán a partir del 1 de septiembre de 1939. Éstos dieron origen primero a los Principios de Núremberg, donde se tipificaron los crímenes de Guerra de Agresión, Crímenes de Guerra y Crímenes contra la Humanidad, y luego sirvieron de base jurisprudencial para el desarrollo del Tribunal Penal Internacional.

<sup>13</sup> Este largo derrotero nace con la Declaración de los Aliados, firmada en el palacio de Saint James, Londres, el 12 de Junio de 1941, por los representantes de Australia, Canadá, Nueva Zelanda, la Unión Sudafricana y el Reino Unido y los gobiernos en el exilio de Bélgica, Checoslovaquia, Grecia, Luxemburgo, Noruega, los Países Bajos, Polonia y Yugoslavia, y del General Gaulle de Francia. En la Declaración, los firmantes de la misma reconocen que “la única base cierta de una paz duradera radica en la cooperación voluntaria de todos los pueblos libres del mundo exento de la amenaza de agresión, donde puedan disfrutar de seguridad económica y social”. Posteriormente, el 14 de agosto de 1941, el Presidente de los Estados Unidos Franklin D. Roosevelt, y el Primer Ministro del Reino Unido, Winston Churchill, suscribieron el documento conocido como la Carta del Atlántico, donde declaran en forma conjunta que “después de la destrucción final de la tiranía nazi, esperan que se establezca una paz que permita a todas las naciones vivir seguras dentro de sus propias fronteras y que garantice que todas las personas de todos los países puedan desarrollar sus vidas libres del miedo y de la miseria”. Le seguirá la Declaración de Naciones Unidas del primero de enero de 1942 y otra serie de instrumentos tales como la Conferencia de Moscú, la Declaración de Teherán y los Acuerdos de Yalta, hasta la ratificación de la Carta de Naciones Unidas el 24 de Octubre de 1945.

derecho a no ser objeto de discriminación racial y el derecho de libertad de asociación, el derecho a no ser torturado ha recibido más atención que ningún otro de parte de estas organizaciones y, demás está decir, el trabajo ha sido relevante y exitoso. Actualmente de los ciento ochenta y cuatro<sup>14</sup> Estados miembros de Naciones Unidas, ciento sesenta y cinco han suscrito el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>15</sup> y ciento cuarenta y seis Estados han ratificado la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes<sup>16</sup>.

A grandes rasgos, y siguiendo la clasificación propuesta por Rodley<sup>17</sup>, para dar cuenta sucintamente de los instrumentos más relevantes en la materia, agruparemos la diversidad de tratados en dos categorías: los Tratados de Derechos Humanos y los Tratados de Derecho Humanitario. Los primeros normalmente establecen un listado de derechos de los sujetos que pretenden proteger, mientras que los segundos tienden a establecer obligaciones o prohibiciones para los Estados Partes. Asimismo, los primeros tienen como objetivo fundamental regular el comportamiento de los gobiernos respecto de sus propios ciudadanos, mientras que los segundos buscan principalmente proteger a los ciudadanos de una nación respecto del comportamiento de un Estado extranjero cuando entre ambos Estados existe un conflicto armado.

---

<sup>14</sup> Al 3 de julio de 2006 los Estados miembros de Naciones Unidas son Afganistán, Albania, Alemania, Andorra, Antigua y Barbuda, Arabia Saudita, Argelia, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bahamas, Bahrein, Bangladesh, Barbados, Belarus, Bélgica, Belice, Benin, Bhután, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Bostwana, Brasil, Brunei Darassalam, Bulgaria, Burkina Faso, Burundi, Cabo Verde, Camboya, Camerún, Canadá, Chad, Chile, China, Chipre, Colombia, Comoras, Congo, Costa Rica, Costa de Marfil, Croacia, Cuba, Dinamarca, Djibouti, Dominica, Ecuador, Egipto, El Salvador, Emiratos Árabes Unidos, Eritrea, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Etiopía, Ex República Yugoslava de Macedonia, Federación de Rusia, Fiji, Filipinas, Finlandia, Francia, Gabón, Gambia, Georgia, Ghana, Granada, Grecia, Guatemala, Guinea, Guinea Bissau, Guinea Ecuatorial, Guyana, Haití, Honduras, Hungría, India, Indonesia, Irán, Iraq, Irlanda, Islandia, Islas Marshall, Islas Salomón, Israel, Italia, Jamahiriya Árabe Libia, Jamaica, Japón, Jordania, Kazajstán, Kenya, Kirguistán, Kiribati, Kuwait, Lesotho, Letonia, Líbano, Liberia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Madagascar, Malasia, Malawi, Maldivas, Malí, Malta, Marruecos, Mauricio, Mauritania, México, Micronesia, Mónaco, Mongolia, Montenegro, Mozambique, Myanmar, Namibia, Nauru, Nicaragua, Niger, Nigeria, Noruega, Nueva Zelandia, Omán, Países Bajos, Pakistán, Palau, Panamá, Papua Nueva Guinea, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Qatar, Reino Unido, República Árabe, Siria, República Centroafricana, República Checa, República de Corea, República de Moldova, República Democrática del Congo, República Democrática Popular Lao, República Dominicana, República Federal Democrática de Nepal, República Popular Democrática de Corea, República Unida de Tanzania, Rumania, Rwanda, Saint Kitts y Nevis, Samoa, San Marino, Santa Lucía, Santo Tomé y Príncipe, San Vicente y las Granadinas, Senegal, Serbia, Seychelles, Sierra Leona, Singapur, Somalia, Sri Lanka, Sudáfrica, Sudán, Suecia, Suiza, Suriname, Swazilandia, Tailandia, Tayikistán, Timor-Leste, Togo, Tonga, Trinidad y Tabago, Túnez, Turkmenistán, Turquía, Tuvalu, Ucrania, Uganda, Uruguay, Uzbekistán, Vanuatu, Venezuela, Viet Nam, Yemen, Zambia y Zimbabwe.

<sup>15</sup> ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Nueva York, Estados Unidos. 1966. [en línea] <[http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-4&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en)> [consulta: 23 septiembre 2009].

<sup>16</sup> ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes. Nueva York, Estados Unidos. 1984 [en línea] <[http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-9&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-9&chapter=4&lang=en)> [consulta: 23 septiembre 2009].

<sup>17</sup> RODLEY, Nigel S. 2002. op. Cit: 47 y ss.

De hecho, la existencia de conflictos armados lleva a establecer una segunda distinción fundamental entre ambos tipos de instrumentos. En términos generales, los Tratados de Derechos Humanos están diseñados para operar en tiempos de paz, mientras que los Tratados de Derecho Humanitario están diseñados para asegurar ciertos límites humanitarios durante los conflictos armados. Sin embargo, esta distinción no es aplicable con exactitud, puesto que existe un conjunto de normas en los Tratados de Derechos Humanos que son inderogables aun en situaciones de conflictos armados, por lo que en definitiva existiría un núcleo superpuesto que ambos tipos de instrumentos tenderían a proteger<sup>18</sup>.

Para efectos de este trabajo, dejaremos momentáneamente a un lado los Tratados de Derecho Humanitario,<sup>19</sup> para revisar brevemente los tratados de derechos humanos que regulan la materia. Para ello, es necesario destacar que los instrumentos que conforman el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a su vez pueden dividirse, siguiendo el principio de especialidad, en tratados de aplicación general y tratados de aplicación especial sobre la tortura, clasificación de la cual nos valdremos para dar cuenta brevemente de los instrumentos más importantes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos donde se establece la prohibición de la tortura.

### 1.3.1. Instrumentos de aplicación general

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la prohibición de la tortura apareció por primera vez y de forma incontrovertida en la Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1948. Su inclusión venía a cumplir el mandamiento de eliminar los métodos medievales de torturas y otros tratos crueles que fueran practicados en el pasado reciente por las potencias del Eje. De esta forma quedó establecido en el artículo 5 de la Declaración que: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”<sup>20</sup>. Esta Declaración es el primer instrumento de lo que normalmente se conoce como *The International Bill of Human Rights*<sup>21</sup>, tríada compuesta además por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Ahora bien, se ha discutido bastante respecto al efecto vinculante de esta Declaración y, si bien es cierto que la propia Carta de Naciones Unidas define el estatuto legal de las declaraciones en los artículos 10 a 14 como simples recomendaciones, actualmente se ha establecido que cada derecho consagrado en la Declaración Universal se entiende como parte integrante de los artículos 55 y 56 de la Carta de Naciones

---

<sup>18</sup> STEINER, Henry J., ALTON, Philip, GOODMAN, Ryan. *International Human Rights in Context*. 3<sup>o</sup> Edición. Estados Unidos. Oxford University Press, Inc. 2008.pp. 397 y ss.

<sup>19</sup> El campo del Derecho Humanitario está compuesto por las Convenciones de Ginebra y sus Protocolos Facultativos y, si bien son relevantes respecto de la prohibición de la tortura, será abordado más adelante en relación a la guerra contra el terrorismo.

<sup>20</sup> ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Nueva York, Estados Unidos. 1948. [en línea] <<http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>> [consulta: 23 septiembre 2009].

<sup>21</sup> Conocida en castellano como Declaración Internacional de Derechos Humanos.

Unidas<sup>22</sup>. Por tanto, aun cuando se afirme que la Declaración sólo establece un catálogo de Derechos Humanos y libertades fundamentales deseables, cada uno de los derechos ahí consagrados se encuentra efectivamente incorporado en los artículos 55 y 56 de la Carta y, como tales, son vinculantes y exigibles para todos los Estados miembros de la Organización.

Esta postura, si bien no estuvo exenta de polémica y cuestionamientos por parte de algunos Estados que planteaban la imposibilidad de que una resolución de la Asamblea General adquiriera un carácter vinculante, puesto que toda resolución adoptada por la Asamblea es formalmente sólo una recomendación, adquirió un estatuto más definitivo, aunque no incontrovertido, con la adopción de la Declaración contra la Tortura<sup>23</sup>, la cual vino a reafirmar y expandir el contenido del artículo 5 de la Declaración.

Ahora bien, junto a la Declaración Universal, existen otros cinco instrumentos de aplicación general que contienen disposiciones que, de una u otra forma, prohíben la tortura, a saber, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito Genocidio, suscrita en 1948<sup>24</sup>; la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud, suscrita en 1956<sup>25</sup>; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, suscrita en 1965<sup>26</sup>; la Convención Internacional sobre la Represión

---

<sup>22</sup> DUNOFF, Jeffrey, RATNER, Steven, WIPPMAN, Davis. International Law. Norms, actors, process. A problem-Oriented Approach. 2º Edición. Estados Unidos. Editorial Aspen. 2006. pp. 446 y ss.

<sup>23</sup> ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Nueva York, Estados Unidos. 1975. [en línea] <[http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/h\\_comp38\\_sp.htm](http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/h_comp38_sp.htm)> [consulta: 28 septiembre 2009]. Más adelante nos referiremos a ella en detalle.

<sup>24</sup> ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Convención para la Prevención y la Sanción del Delito Genocidio. Nueva York, Estados Unidos. 1948. [en línea] <[http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/p\\_genoci\\_sp.htm](http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/p_genoci_sp.htm)> [consulta: 28 septiembre 2009]. El artículo II establece que: “se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial”.

<sup>25</sup> ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud. Nueva York, Estados Unidos. 1956. [en línea] <[http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/30\\_sp.htm](http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/30_sp.htm)> [consulta: 28 septiembre 2009]. El artículo 5 incluye la penalización: “En cualquier país donde la esclavitud o las instituciones y prácticas mencionadas en el artículo 1 de esta Convención no hayan sido completamente abolidas o abandonadas, el acto de mutilar o de marcar a fuego, o por otro medio, a un esclavo o a una persona de condición servil -- ya sea para indicar su condición, para infligirle un castigo o por cualquier otra razón --, o la complicidad en tales actos, constituirá delito en la legislación de los Estados Partes en la Convención, y las personas declaradas culpables incurrirán en penalidad”.

<sup>26</sup> ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. Nueva York, Estados Unidos. 1965 [en línea] <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/cerd.htm>> [consulta: 28 septiembre 2009]. El artículo 7 establece que: “toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley y a que se le haga justicia conforme a la ley y en condiciones de igualdad. Toda persona, sin distinción por motivos de raza, de color o de origen étnico, tiene derecho a la seguridad personal y a la protección del Estado contra todo acto de violencia o atentado contra su integridad personal cometido por funcionarios

y Castigo del Apartheid, suscrita en 1973<sup>27</sup>; y la Convención sobre los Derechos del Niño, suscrita en 1989<sup>28</sup>.

Sin embargo, en el ámbito de aplicación general propio del sistema de tutela de los derechos humanos, comúnmente denominado Sistema Universal<sup>29</sup>, el instrumento que merece mayor atención en cuanto a la regulación de la tortura como práctica proscrita de la legalidad internacional es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo. Como mencionamos anteriormente, junto a la Declaración Universal de Derechos Humanos y al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, este Pacto es parte integrante de la Declaración Internacional de Derechos Humanos.

Y es que el Pacto posee ciertas diferencias esenciales respecto de la Declaración<sup>30</sup>; en primer lugar se trata de un tratado vinculante para los Estados Partes y no requiere de ninguna interpretación para afirmarlo. En segundo lugar, crea un órgano internacional denominado Comité de Derechos Humanos, el cual analizaremos en detención en la tercera parte de este trabajo. Finalmente, el Pacto difiere de la Declaración en la forma en que concibe las posibles limitaciones a ciertos derechos en determinadas circunstancias, ya que establece explícitamente los casos y los derechos susceptibles de ser restringidos o suspendidos. En efecto, respecto de la posibilidad de suspensiones temporales de las obligaciones contraídas o restricciones, cabe señalar que si bien el Pacto contempla en su artículo 4 la posibilidad de que los Estados Partes puedan tomar medidas que deroguen temporalmente las obligaciones contenidas en el instrumento durante estados de emergencia que atenten contra la vida de la nación, más adelante establece que ciertos artículos no pueden ser derogados. Uno de estos artículos es justamente aquél que consagra la prohibición de la tortura, prohibición establecida en el artículo 7 de acuerdo a la cual: "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos

---

públicos, o por cualquier individuo, grupo o institución, sin distinciones de raza, color u origen étnico o nacional", incluyendo entre ellos el derecho a "la seguridad de la persona y su protección por el Estado en contra de cualquier forma de violencia física, ya sea infringida por funcionarios estatales o por cualquier individuo, grupo o institución".

<sup>27</sup> ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Convención Internacional sobre la Represión y Castigo del Apartheid. Nueva York, Estados Unidos. 1973. [en línea] <[http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/11\\_sp.htm](http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/11_sp.htm)> [consulta: 28 septiembre 2009]. El artículo II define el crimen de apartheid como aquél consistente en ciertos "actos inhumanos cometidos con el fin de instituir y mantener la denominación de un grupo racial de personas sobre cualquier otro grupo racial de personas y de oprimirlo sistemáticamente", dado que dentro de estos actos inhumanos se cuenta: "i) la denegación a uno o más miembros de uno o más grupos raciales del derecho a la vida y a la libertad de la persona, ii) Mediante atentados graves contra la integridad física o mental, la libertad o la dignidad de los miembros de uno o más grupos raciales, o su sometimiento a torturas o a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes".

<sup>28</sup> ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Convención sobre los Derechos del Niño. Nueva York, Estados Unidos. 1989. [en línea] <[http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/k2crc\\_sp.htm](http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/k2crc_sp.htm)> [consulta: 28 septiembre 2009]. El artículo 37 prescribe que: "a) Ningún niño sea sometido a torturas 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".

<sup>29</sup> La denominación apunta a diferenciar el sistema de protección de Derecho Internacional de Derechos Humanos desarrollado bajo el alero de Naciones Unidas de otros sistemas de aplicación regional como los sistemas americano, europeo y africano.

<sup>30</sup> DUNOFF, Jeffry, RATNER, Steven, WIPPMAN, Davis. 2006. op. Cit: 448.

cruels, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”<sup>31</sup>.

Ahora bien, adicionalmente al artículo 7, el Pacto contiene otras dos disposiciones que conciernen a la prohibición de la tortura. En primer lugar, encontramos parte del artículo 9, el cual establece que: “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal”, y luego parte del artículo 10, que establece: “Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. Ambos instauran claras obligaciones positivas respecto de la integridad personal de los destinatarios; no obstante, ambos artículos pueden ser objeto de suspensiones temporales en casos calificados por el mismo Pacto.

Paralelamente al sistema de protección de Derechos Humanos denominado Sistema Universal, se han desarrollado sistemas regionales, los cuales, siguiendo un camino de permanente actualización, han creado diversos órganos con jurisdicción regional de índole continental que han continuado y perfeccionado la labor del Sistema Universal y elaborado instrumentos internacionales de los cuales valerse en el ámbito regional.

Podemos ver, por ejemplo, como en la jurisdicción del continente americano la Organización de Estados Americanos (OEA) ha elaborado tres instrumentos de especial relevancia para la prohibición y fiscalización de las prácticas de tortura.

En primer lugar, encontramos la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, suscrita en 1948, en franca sintonía con la Declaración Universal del Sistema Universal, la cual establece en su artículo I que: “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”<sup>32</sup>. Siendo evidente que esta declaración no contiene una prohibición expresa respecto de la tortura, en cambio sí consagra el derecho a la vida, el derecho a la libertad y el derecho a la seguridad e integridad de la persona. En cuanto a su observancia, ésta quedó a cargo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual, conforme a sus estatutos y reglamento, tiene atribuciones para supervisar el cumplimiento de los derechos consagrados en la Declaración conforme a la misma Carta de la OEA.

En segundo lugar, es necesario referirse a la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual fue adoptada por veinticinco de los treinta y cinco Estados miembros de la OEA<sup>33</sup> en 1969, entrando en vigencia desde el 16 de Julio de 1978<sup>34</sup>. Entre otras cosas,

---

<sup>31</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 1966. op. Cit.

<sup>32</sup> ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Washington D.C., Estados Unidos. 1948. [en línea] <<http://www.oas.org/juridico/spanish/ag-res98/res1591.htm>> [consulta: 28 septiembre 2009].

<sup>33</sup> Los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos son Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

<sup>34</sup> Los Estados miembros de la Convención Americana son Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití,

la Convención establece un catálogo de derechos civiles y políticos, entre los que se cuenta el artículo 5 que consagra el derecho a la integridad personal de acuerdo al siguiente tenor: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respecto a la dignidad inherente al ser humano”<sup>35</sup>. La Convención Americana vino a establecer el marco general de Derechos Humanos al cual todos los Estados Partes de la OEA deben atenerse. Para su observancia se estableció que los órganos de supervisión de dicho catálogo de derechos serían la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, órgano ya existente al momento de entrada en vigencia de la Convención Americana, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en ciertos casos, todos los cuales revisaremos con mayor detención más adelante.

En tercer lugar, nos encontramos con el Sistema Europeo, donde existe una serie de instrumentos regionales que cubren su jurisdicción, dentro de los cuales cabe mencionar el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, suscrito en 1950 y cuyo artículo 3 establece que: “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratamientos inhumanos o degradantes”<sup>36</sup>. El Convenio viene en gran medida a repetir la misma fórmula consagrada con anterioridad en el artículo 3 de la Declaración Universal, con la salvedad de que no contempla los tratos crueles. Actualmente, el órgano a cargo de la observancia de este instrumento es la Corte Europea de Derechos Humanos, máxima autoridad jurisdiccional a cargo de velar por el cumplimiento de los Derechos Humanos y libertades fundamentales en toda Europa, órgano que también revisaremos junto a los anteriores.

Por último, podemos mencionar que, en lo que respecta al continente africano, nos encontramos con la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, suscrita en 1981 por 51 de los 53 Estados que conforman la Organización de la Unidad Africana, la cual en su artículo 4 establece que: “Los seres humanos son inviolables. Todo ser humano tendrá derecho al respeto de su vida y de la integridad de su persona. Nadie puede ser privado de este derecho arbitrariamente”<sup>37</sup>.

### 1.3.2. Instrumentos de aplicación especial

Hemos visto ya que existe una batería importante de instrumentos jurídicos compuesta por diversos tratados y declaraciones que articulan y consagran la prohibición de la tortura tanto en el Sistema Universal como en los sistemas regionales.

---

Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

<sup>35</sup> ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica. 1969. [en línea] <<http://www.oas.org/Juridico/spanish/tratados/b-32.html>> [consulta: 10 octubre 2009].

<sup>36</sup> CONSEJO DE EUROPA. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Roma, Italia. 1950. [en línea] <<http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/conveudh50.html>> [consulta: 10 octubre 2009].

<sup>37</sup> UNIÓN AFRICANA. Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos. Banjul, Gambia. 1979. [en línea] <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1297.pdf>> [consulta: 10 octubre 2009].

Sin embargo, todos los tratados efectivamente vinculantes que hemos analizado consagran el derecho a la integridad personal o la prohibición de la tortura como un elemento más dentro del gran universo de los derechos humanos que buscan proteger y tutelar. Y el derecho a la integridad personal es de tal importancia para la comunidad internacional, o bien tanta la urgencia por prohibir y erradicar la tortura y los otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, que ambos sistemas, Universal y regionales, han desarrollado instrumentos de aplicación especial sobre la tortura.

En efecto, dentro del Sistema Universal nos encontramos primero con la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, ya mencionada en tanto vino a consagrar el estatuto de la Declaración Universal. Esta Declaración establece en su artículo 2 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 y de los Derechos Humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos”, y fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de Diciembre de 1975 por la resolución 3452 con la sola falta de un voto y sin ningún tipo de reservas al tiempo de la adopción. Así, vino a expandir y refinar el contenido del artículo 5 de la Declaración Universal, y a transformarse en la versión oficial de la prohibición contra la tortura en el sistema internacional.

Pero, sin lugar a dudas, el instrumento de mayor relevancia en el ámbito del Sistema Universal vino a ser la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles Inhumanos y Degradantes (CAT), aprobada el 10 de Diciembre de 1984 por la resolución 39/46 de la Asamblea General, que entró en vigencia el 26 de Junio de 1987.

CAT fue solicitada en 1978 por la Asamblea General de las Naciones Unidas y fue elaborada por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre la base de un borrador redactado por el Estado de Suecia con la participación de la Asociación Internacional de Derecho Penal (IAPL) y la Comisión Internacional de Juristas (ICJ). Desde 1979 a 1984, un grupo de trabajo de la Comisión de Derechos Humanos desarrolló el manuscrito que fue presentado finalmente en 1984 a la Comisión de Derechos Humanos, órgano que a su vez lo dirigió al Consejo Económico y Social de Naciones Unidas.

CAT se basó principalmente en la Declaración contra la Tortura, aunque con diversos énfasis y algunos cambios significativos que vale la pena revisar. En primer lugar, este instrumento establece que los Estados Partes están obligados a tomar medidas efectivas en el campo legislativo, administrativo y judicial para prevenir cualquier acto de tortura, lo cual implica no sólo una obligación de no hacer, sino que también una obligación positiva de hacer.

En función de lo anterior, es que establece explícitamente que los Estados Partes están obligados a capacitar a sus fuerzas armadas y policiales respecto de la prohibición sobre la tortura e incluirla en sus programas de educación, así como también, que deben investigar con imparcialidad y celeridad cualquier denuncia de una víctima de tortura dentro de su jurisdicción, denuncias que siempre tendrán derecho a ser compensadas por parte del Estado infractor, incluyendo los medios para una total rehabilitación.

Por su parte, también establece que la tortura no puede ser justificada invocando circunstancias excepcionales tales como la “guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública” y, por tanto, debe sancionarse siempre como un crimen de naturaleza grave. Esto último implica necesariamente que los Estados deben considerar a la tortura como uno más de aquellos crímenes que deben tratar como extraditables, para lo cual los Estados Partes deben estar llanos a extraditar a cualquier torturador, sin importar su nacionalidad, en la medida que no sea posible seguirle un proceso judicial dentro de su jurisdicción. Y, a *contrario sensu*, dada la naturaleza del crimen de tortura, se encuentran a su vez impedidos para deportar o extraditar a países donde el ofensor pueda ser sometido a torturas. Con ello CAT consagra dos principios fundamentales para el Derecho Internacional, el principio de jurisdicción universal<sup>38</sup> y el principio de *Non Refoulement*<sup>39</sup>.

Sin embargo, en CAT estos principios sólo son aplicables en los casos de tortura y no cubren automáticamente los casos de otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, salvo los artículos referidos a la educación de las fuerzas militares y policiales (artículo 10), revisión de las leyes que regulan los interrogatorios (artículo 11), investigación de denuncias (artículo 12) y revisión de las denuncias de víctimas de tortura (artículo 13). En consecuencia, es posible constatar una significativa omisión en la aplicación de estas reglas para la obligación de no deportar o extraditar a países donde el imputado puede ser sometido a malos tratos (artículo 3), el derecho a una compensación para las víctimas (artículo 14) y la inadmisibilidad de las declaraciones hechas bajo tortura (artículo 15).

En cuanto a su observancia, podemos señalar que CAT establece en el artículo 17 un órgano de fiscalización denominado Comité contra la Tortura, el cual tiene atribuciones tanto para examinar los informes periódicos que los Estados Partes deben elaborar (artículo 19) como para realizar investigaciones puntuales respecto de prácticas sistemáticas de torturas (artículo 20). Además, si el Estado Parte ha expresado su consentimiento, el Comité puede recibir también denuncias de otros Estados Partes (artículo 21) o de personas naturales en contra de Estados infractores (artículo 22). Por último, el Comité tiene la obligación de hacer informes anuales de su trabajo y enviarlos a los Estados Partes y a la Asamblea General de Naciones Unidas.

Por su parte, dentro de los sistemas que hemos catalogado de regionales, en lo que concierne al ámbito americano, es necesario referirse a la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura<sup>40</sup>, solicitada por la Asamblea General de la OEA al Comité Inter-Americano Judicial en conjunto con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El texto fue divulgado en 1980 y revisado posteriormente en 1984, para ser adoptado en forma definitiva en diciembre de 1985.

---

<sup>38</sup> Principio que trata de la posibilidad de que cualquier tribunal del mundo pueda investigar, procesar y sentenciar a autores de ciertos delitos que repugnan a la comunidad internacional sin que existan los tradicionales puntos de conexión (la nacionalidad del autor o de las víctimas o el lugar de comisión) entre el delito o crimen y sus autores con el tribunal que los juzgue.

<sup>39</sup> Principio fundamental del Derecho Humanitario por el que se prohíbe a los Estados la expulsión o devolución de un refugiado, cualesquiera que sean las formas de hacerlo, a las fronteras de países o territorios en los que su vida o libertad estén amenazadas.

<sup>40</sup> ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Washington D.C., Estados Unidos. 1985. [en línea] <<http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/a-51.html>> [consulta: 10 octubre 2009].

Al igual que CAT, la Convención Interamericana tiene también una definición de tortura en su artículo 2, aunque en esta ocasión es más amplia y precisa que la del sistema internacional, ofreciendo una protección más definida. De hecho, este instrumento posee algunas características esenciales sobre las cuales es necesario detenerse, como lo son, por ejemplo, el hecho de incluir explícitamente la obligación de los Estados Partes para tomar medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura (artículos 1 y 6). Además, consagra la imposibilidad de invocar cualquier circunstancia especial o de emergencia para justificar la tortura (artículo 5), así como la imposibilidad de invocar las órdenes de un superior jerárquico para justificarla.

Ahora bien, en la misma línea de CAT, la Convención Interamericana también consagra la tortura como un crimen de naturaleza grave (artículo 6) y extraditable (artículo 13), de forma tal que contempla el principio de jurisdicción universal. Del mismo modo, obliga a los Estados Partes a dar el entrenamiento y capacitación adecuada a sus fuerzas militares y policiales (artículo 7) y a realizar investigaciones de oficio ante cualquier denuncia de tortura, ya sea de las propias víctimas o de cualquier persona (artículo 8). Al mismo tiempo, establece que las leyes nacionales deben asegurar una justa compensación para las víctimas de torturas (artículo 9), y que las declaraciones obtenidas a través de torturas no pueden ser admisibles como prueba en contra de la víctima o de cualquier otra persona (artículo 10).

Sin embargo, la Convención Americana no creó un órgano fiscalizador especializado en su observancia, de hecho, sólo establece que luego de agotar todos los recursos judiciales domésticos, un caso puede ser enviado al foro internacional cuya competencia haya sido reconocida por el Estado denunciado (artículo 8). No obstante, la Convención Americana obliga a los Estados Partes a enviar informes a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos acerca de cualquier medida legislativa, judicial, administrativa o de otra naturaleza tomada para su aplicación (artículo 17), aunque no se determina una periodicidad para dichos informes. En consecuencia, existe una presuposición *ex ante* de que todos los Estados Partes están supeditados a la jurisdicción de la Comisión Interamericana. Este sería el órgano competente para recibir denuncias individuales y para investigar sobre las denuncias de violaciones sistemáticas de cualquiera de los derechos consagrados tanto en la Convención Americana de Derechos Humanos como en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y, por tanto, tendría poderes superiores o más amplios que aquellos del Comité contra la Tortura.

Finalmente, en el ámbito europeo, cabe mencionar que el 26 de noviembre de 1987 los países miembros del Convenio Europeo aprobaron el Convenio Europeo para Prevenir la Tortura y Otros Tratos Inhumanos y Degradantes, el cual no es más que la instauración de un nuevo órgano de fiscalización del Convenio Europeo en lo que concierne a la prohibición de la tortura establecida en su artículo 3. En efecto, éste establece que: «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»<sup>41</sup>. Este Convenio entró en vigencia el 1 de febrero de 1989, reservándose para sí, la observancia de la prohibición de la tortura en los 45 Estados que, a marzo de 2004, eran miembros del Consejo de Europa.

#### 1.4. Naturaleza de la prohibición internacional de la tortura

El hecho empírico de que exista a nivel mundial un consenso que ha llevado a la institucionalización de la prohibición internacional de la tortura en diversos instrumentos y tratados, nos lleva a pensar necesariamente que dicho énfasis y generalidad debiera ser la expresión de un estatus jurídico particular al interior del Derecho Internacional.

En efecto, la prohibición de la tortura para algunos autores reviste ya el mismo carácter del cuerpo de normas que el Derecho Internacional entiende como de *ius cogens*, esto es, normas que no pueden ser derogadas o modificadas por la sola voluntad de las partes ya que son parte de un conjunto de normas inderogables que conforman el orden público internacional. Y es que especialmente en el campo de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional ha adoptado valores contemporáneos para declararlos como derechos fundamentales inderogables, siendo la prohibición de la tortura, y el derecho a la integridad personal como expresión correlativa, parte integrante de este núcleo de principios que reflejan valores superiores para la humanidad.

Las normas de *ius cogens* pueden ser definidas como “aquellas reglas o principios estructurales del orden internacional reflejo de valores fundamentales generalmente aceptados por la comunidad internacional que, en virtud de su carácter imperativo, obligan a todos los Estados con independencia de su voluntad”<sup>42</sup>. En consecuencia, se refieren a aquel conjunto de normas que no pueden ser dejadas sin efecto ni ser modificadas por un acuerdo entre Estados sino únicamente por una norma posterior que, al mismo tiempo, ostente el mismo carácter de imperatividad.

Este carácter inderogable de las normas de *ius cogens* no es sólo una formulación doctrinaria, ya que también se encuentra efectivamente consagrado en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el cual prescribe que “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”<sup>43</sup>. Luego, en la prohibición de la tortura, estaríamos frente a una norma de carácter supralegal, de imposible renunciación

---

<sup>41</sup> CONSEJO DE EUROPA. Convenio Europeo para Prevenir la Tortura y Otros Tratos Inhumanos y Degradantes. Estrasburgo, Francia. 1987. Artículo 1. [en línea] <<http://www.judicatura.com/Legislacion/1519.pdf>> [consulta: 10 octubre 2009].

<sup>42</sup> AGUILAR, Gonzalo. *El reconocimiento jurisprudencial de la tortura y de la desaparición forzada de personas como normas imperativas de derecho internacional público*. En: *Ius Et Praxis* [online]. 2006. vol. 12. no. 1. pp. 117-154. [en línea] <[http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122006000100006&script=sci\\_abstract](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122006000100006&script=sci_abstract)> [consulta: 20 octubre 2009].

<sup>43</sup> CENTRO INTERNACIONAL DE VIENA. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Viena, Austria. 1969. [en línea] <<http://www.derechos.org/nizkor/ley/viena.html>> [consulta: 20 octubre 2009].

o denuncia, salvo por alguna otra norma del mismo rango y carácter, es decir, sólo podría modificarse explícitamente por un mismo grado de consenso y aceptación internacional.

Y no sólo la doctrina se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de ratificar la calidad de *ius cogens* de la norma que prohíbe la tortura, sino que también diversos órganos e instituciones internacionales han ratificado esta calidad. Así, por ejemplo, podemos mencionar al Relator Especial de Naciones Unidas sobre la tortura, el cual, en conjunto a cinco otros Relatores Especiales, señalaron expresamente en un informe que la prohibición de la tortura gozaba del carácter de una norma de *ius cogens*. En esa misma dirección, diversos tribunales internacionales también han afirmado tal calidad, enfatizando una y otra vez que la prohibición de la tortura se ha convertido en uno de los principios básicos de la comunidad internacional, alcanzando la categoría de *ius cogens*, lo que la dota de un rango jerárquico superior que impide que pueda ser derogada por tratados o costumbres internacionales<sup>44</sup>.

### 1.5. La tortura en la actualidad

Recapitulando, podemos observar cómo a lo largo de la historia se percibe una especie de movimiento pendular que acerca y aleja a la tortura de una base de aceptación y legitimidad. Desde su uso generalizado en la Edad Media, hacia una abolición total en la Época Moderna, reapareciendo con extrema fuerza en la Segunda Guerra Mundial, para luego desaparecer con la misma intensidad hasta fines del siglo XX y consagrarse, en todos los órdenes jurídicos del mundo, como una prohibición inderogable, como parte del núcleo de normas que conforman el orden público internacional.

Ahora bien, tanto las formulaciones doctrinarias como la existencia de esta batería de instrumentos internacionales responden antes a un consenso político y jurídico de voluntades soberanas que a realidades empíricas. Aun cuando la prohibición internacional de la tortura se encuentra consagrada en instrumentos internacionales de aplicación universal y regional, muchas veces estas herramientas no gozan de suficiente efectividad o eficacia, puesto que pueden ser soslayadas abiertamente en determinados contextos históricos y geográficos.

De ahí nace la necesidad de distinguir entre la validez de una norma jurídica y su efectividad, dependiendo la validez de su modo de creación o, lo que es lo mismo, de la forma en que ésta ha sido incorporada en el Derecho, y su efectividad o eficacia, de la correspondencia general entre el orden jurídico como sistema cerrado de normas y los hechos a los cuales éste se aplica<sup>45</sup>. Pues bien, es en esta falta de correspondencia en donde se hacen escuchar las primeras voces que claman por una reformulación minuciosa de la prohibición de la tortura. En efecto, si bien es cierto que, mientras dichos instrumentos mantengan su vigencia y validez, sus destinatarios gozarán siempre de la posibilidad de una protección jurídica respecto de la tortura, dicha potencialidad está sujeta siempre a la efectividad del instrumento, condición por lo demás compartida con toda otra norma de Derecho Internacional.

---

<sup>44</sup> AGUILAR, Gonzalo. 2006. op. Cit.

<sup>45</sup> KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. 4º Edición. Argentina. Editorial Eudeba. 2003.

En los hechos, debido a la naturaleza misma de las prácticas de tortura, en tanto se llevan a cabo sin la presencia de testigos, es imposible encontrar estadísticas fehacientes de su existencia, continuidad o recurrencia, así como de otros malos tratos a prisioneros y detenidos en todo el mundo. Por lo demás, normalmente toda cicatriz u otras evidencias físicas pueden desaparecer con el tiempo de acuerdo al grado de sofisticación de las técnicas aplicadas. Asimismo, otros factores tales como el aislamiento geográfico o el miedo, por parte de los torturados y sus más cercanos, de denunciar tales hechos a las autoridades, contribuyen también a la imposibilidad de recabar datos fidedignos respecto a la verificación de aplicación de estas prácticas. De hecho, lo único verdaderamente certero es que siempre se puede esperar que las autoridades involucradas en dichos actos nieguen la existencia de cualquier práctica que pueda parecer tortura.

Sin embargo, pese a estos obstáculos, ha habido esfuerzos importantes por parte de organizaciones internacionales para cuantificar su existencia. En el primer reporte sobre la tortura de Amnistía Internacional efectuado en 1973, se recopilaron acusaciones de torturas y otros malos tratos en más de 60 países. Una década después, la misma organización publicó el informe “Tortura en los Ochentas”, donde el reporte fue enteramente corroborado. Actualmente, en la biblioteca online de Amnistía Internacional es posible encontrar informes que dan cuenta de denuncias de torturas en países como Estados Unidos, Rusia, Malasia y Jordania sólo en el año 2006, así como en China, Sudán, Indonesia, Irak y Zimbabwe en el 2007 y Tailandia en el 2009<sup>46</sup>.

Por su parte, en 1997, el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la Cuestión de la Tortura de Naciones Unidas envió a 61 gobiernos 68 cartas que contenían 669 casos (de los cuales se sabía que 67 eran mujeres y 55 niñas) o incidentes de presuntas torturas. También transmitió 130 llamamientos urgentes a 45 países en favor de 490 personas (de las cuales se sabía que por lo menos 50 eran mujeres y 10 menores), así como de varios grupos de personas respecto de quienes se habían expresado temores de que podrían ser víctimas de tortura. Junto con los casos individuales, el Relator Especial también transmitió a los gobiernos denuncias de carácter más general respecto de prácticas de tortura cada vez que estas denuncias fueron puestas en su conocimiento. Además, 42 países enviaron al Relator Especial respuestas sobre 459 casos transmitidos durante el año en curso, mientras que 24 hicieron lo propio respecto de 363 casos transmitidos en años anteriores<sup>47</sup>. Posteriormente, en el período que va desde el 15 de diciembre de 2002 al 15 de diciembre de 2003, el Relator Especial siguió recibiendo y transmitiendo información sobre denuncias de tortura. Esta vez envió 154 cartas a 76 países y 71 cartas en las que recordaba a los gobiernos de distintos casos que se habían transmitido en años anteriores. Volvió a enviar 369 llamamientos urgentes a 80 países en nombre de personas con respecto a las cuales se habían expresado graves temores de que podían correr el riesgo de ser sometidos a tortura u otras formas de malos tratos<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> AMNISTÍA INTERNACIONAL. Biblioteca. [en línea] <<http://www.amnesty.org/es/library>> [consulta: 20 octubre 2009].

<sup>47</sup> COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. [en línea] <<http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/d5b416d7b335aae080256658004ec031?Opendocument>> [consulta: 20 octubre 2009].

<sup>48</sup> COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. [en línea] <<http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/b35fb7278a022cf6c1256e5b006ac23b?Opendocument>> [consulta: 20 octubre 2009].

De ahí, entonces, la necesidad y urgencia de abordar el tema frontalmente, de discutir abiertamente respecto de su utilización y de hacerse cargo de las denuncias, y no auto limitarse anticipadamente al honorable consenso político y moral que reina respecto de su rechazo.

## CAPITULO 2

### Análisis jurídico de la prohibición internacional de la tortura

#### 2.1. Hacia una definición de tortura

Una de las primeras y más comunes asociaciones que surgen al hablar de la tortura es representársela como dolor y sufrimiento y, con ello, necesariamente con horror y rechazo. Para muchos de nosotros la tortura es tal vez uno de los actos que mejor representa la vulnerabilidad de la racionalidad ante el desborde de la experiencia, y es que no podemos concebir cómo el pensamiento puede ponerse al servicio del desarrollo de una tecnología del tormento, o simplemente cómo una argumentación puede efectivamente encarnarse en el sufrimiento más radical que puede llegar a experimentar un ser humano.

Esta primera asociación entre tortura y dolor ha sido recogida por todas las definiciones conceptuales que se han planteado respecto de la tortura. En efecto, para la Real Academia de la Lengua Española, la tortura se define como “grave dolor físico o psicológico infligido a alguien, con métodos y utensilios diversos, con el fin de obtener de él una confesión, o medio de castigo”<sup>49</sup>. Es el dolor físico o psicológico, entonces, el elemento fundacional de toda definición de tortura, el conjunto de padecimientos que la conducta desplegada genera en la víctima. Pero el sufrimiento en tanto efecto del tormento debe estar además acompañado de un objetivo, de un fin que lo determine en cuanto medio, finalidad a su vez que puede estar relacionada bien con el propósito de obtener una confesión o con el objeto de imponer un castigo.

Llevados al campo normativo, estos dos elementos, efecto y finalidad, han sido recogidos por la gran mayoría de los instrumentos de aplicación especial que se han adentrado en la cuestión. De hecho, si revisamos CAT de Naciones Unidas, nos encontramos en su artículo primero con la siguiente definición:

“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”<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario. [en línea] <www.rae.cl> [consulta: 28 octubre 2009].

<sup>50</sup> Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes. 1984. op. Cit.

Podemos notar cómo la definición recoge los mismos elementos estructurales que la etimología de la palabra, a saber, el efecto sobre la víctima en tanto dolor o sufrimiento, ya sea físico o mental, y el propósito o finalidad de obtener información o de castigar. No obstante, la definición legal incorpora además dos elementos nuevos: por una parte la intencionalidad del acto y, por otra, la calidad del perpetrador, el cual debe estar, o bien investido de la calidad de funcionario público, o ser un individuo que actúa a instigación o con el consentimiento del Estado. Estos dos nuevos elementos apuntan a delinear las características del sujeto activo de la conducta en cuanto a sus objetivos y condición, es decir, al agente como mediador de una política institucional sistemática y jerarquizada. Luego, al situarnos en el ámbito de la tortura, debemos identificar cierta intencionalidad aun cuando sea indeterminada, es decir, que la inflexión del tormento no puede ser accidental, azarosa o casual, muy por contrario, debe responder necesariamente a una racionalidad transmitida a través de una cadena de comandos jerarquizada que llevan al sujeto activo a propiciar la instancia del sufrimiento. Así entendidos, intencionalidad y calidad del agente, nos llevan a concluir que para estos efectos, es el Estado quien actúa en forma deliberada.

Por su parte, en la definición que hace la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, en su artículo segundo, podemos identificar los mismos elementos estructurales, a saber, el efecto (dolor o sufrimiento físico o mental), el propósito o finalidad (información o castigo), el agente (funcionario público) y la intencionalidad (voluntad), conforme al siguiente precepto:

“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.

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”<sup>51</sup>.

Notamos, sin embargo, que la definición abre el campo semántico del propósito al incluir un elemento genérico indeterminado, y desarrolla también una elaboración más sutil y compleja del efecto, toda vez que tiende lazos a variables psicológicas que incluyen cualquier forma de daño, detrimento o desmedro de la personalidad o capacidad física o mental aun cuando éstas tengan lugar de forma indolora. La intencionalidad de la conducta es la misma aunque echamos en falta al agente, el cual será incorporado en el artículo tercero de acuerdo al siguiente tenor:

“Serán responsables del delito de tortura:

---

<sup>51</sup> Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura. 1985. op. Cit.

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<sup>52</sup>”.

Sobre estas bases, junto a otras que reiteran las mismas fórmulas u elementos<sup>53</sup>, se consolidan y profundizan los parámetros estructurales del concepto de tortura en el ámbito normativo, pudiendo definirla entonces como el dolor o sufrimiento físico o mental, infligido intencionalmente a una persona, con el propósito de obtener de ella información o de castigarla, cuando dicho dolor o sufrimiento es infligido por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones estatales, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia<sup>54</sup>.

Y será este consentimiento o aquiescencia la norma de clausura que permitirá entender lo tortura implementada por agentes no estatales como parte integrante del ilícito descrito, puesto que bastará que el ente público esté en conocimiento de la implementación de torturas por parte de cualquier grupo de la sociedad, para que adquiera la calidad de perpetrador el mismo al no tomar medidas concretas para impedir su comisión. Luego, frente a todos aquellos otros casos en que el Estado no posea ninguna conexión, ya sea por acto u omisión, con la implementación de la tortura, será entendida como parte integrante de un ilícito de índole penal, de acuerdo a la lógica de las tipologías y agravantes que acoja cada sistema jurídico.

Esta definición de tortura puede corroborarse con la jurisprudencia internacional, la cual, si bien no ha sido enfática ni rigurosa en establecer criterios para definirla, sí se ha valido regularmente de estos cuatro elementos he insistido en ellos<sup>55</sup>. Ahora bien, definir la tortura tiene como efecto inmediato objetivar un comportamiento en una norma positiva o estándar jurídico, es decir, institucionalizar un campo delimitado de conductas preestablecidas que permitan subsumir inequívocamente determinados comportamientos

---

<sup>52</sup> Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura. 1985. op. Cit.

<sup>53</sup> La Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, en su artículo primero establece que para “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. 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”. Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes. 1975. op. Cit.

Por su parte, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales sólo se limita a señalar la Prohibición de la Tortura y Penas u otros Tratos inhumanos o Degradantes en su artículo tercero. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. 1950. op. Cit.

<sup>54</sup> MEDINA, Cecilia. 2005. op. Cit: 145 y ss.

<sup>55</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Bueno Alves vs. Argentina. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164. Párrafo 79.

bajo la categoría de tortura. Sin embargo, dicho rango de conductas son sólo parte de un espectro mayor de comportamientos atentatorios a la integridad personal, siendo éste el bien jurídico que en definitiva se verá lesionado mediante tales conductas.

En efecto, en el campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la prohibición de la tortura es el anverso del derecho humano a la integridad personal, derecho que no sólo es inderogable en tiempos de guerra, emergencia o estado de sitio en todos los instrumentos internacionales que lo consagran, sino que además está asegurado sin ningún tipo de restricción<sup>56</sup>. Este carácter le otorga, al derecho a la integridad personal, una naturaleza particularmente relevante en el marco de los Derechos Humanos, puesto que ni siquiera el derecho a la vida goza de esta inderogabilidad<sup>57</sup>, lo cual ha llevado a algunos autores de afirmar abiertamente que si algo es un derecho humano, este es el derecho a no ser torturado<sup>58</sup>.

Por bien jurídico entendemos aquél bien de carácter inmaterial que el Derecho busca proteger, es decir, aquél valor que adquiere relevancia jurídica al ser efectivamente resguardado por el ordenamiento jurídico en una norma de derecho positivo. Dicho bien inmaterial, en este caso, se refiere a la cualidad de mantener incólumes la total gama de aptitudes poseídas por una persona. Ello implica que para conservar dicha integridad, se requiere entonces que no exista afectación alguna, que limite, diezme o disminuya las capacidades físicas y psíquicas de una persona. En efecto, la integridad no es otra cosa que la propiedad de mantenerse íntegro, adjetivo que denota la cualidad de no carecer de ninguna de sus partes<sup>59</sup>.

Luego, será el resguardo de todas las partes de una persona el objetivo último por el cual el Derecho institucionalizará una prohibición absoluta de la tortura, ya que cada vez que se actualice la conducta descrita en el tipo prohibido, se estará vulnerando el bien jurídico de la integridad personal en la persona del torturado.

Sin embargo, también es posible afectar las capacidades físicas y psíquicas de una persona a través del despliegue o implementación de conductas que no quepan dentro del campo de acción establecido para la tortura. En efecto, podemos constatar que la integridad personal puede verse vulnerada no sólo por hechos de tortura, sino que también por una serie de otras conductas no contempladas en el conjunto de comportamientos reservados para la categoría de tortura. Es por ello que la gran mayoría de los instrumentos que consagran la prohibición internacional de la tortura establecen una distinción que busca diferenciarla de otras prácticas afines pero igualmente proscritas.

De hecho, como hemos visto, tanto en el conjunto de las declaraciones existentes como en los tratados y convenciones o pactos que se refieren a la tortura, se distingue a ésta última de la fórmula indeterminada de “otros tratos crueles, inhumanos o

---

<sup>56</sup> NOWAK, Manfred, y McARTHUR, Elizabeth. *The distinction between torture and cruel, inhuman or degrading treatment*, En: TORTURE. [online] 2006. Vol. 16. no 3. pp. 147-151.

<sup>57</sup> El artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece que el derecho a la vida tiene como límite las muertes provocadas en actos de guerra legítimos. Convenio Europeo de Derechos Humanos. 1950. op. Cit.

<sup>58</sup> STEINER, Henry, ALSTON, Philip, GOODMAN, Ryan. 2008. op. Cit: 385 y ss.

<sup>59</sup> REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario. op. Cit: [consulta: 28 octubre 2009].

degradantes”<sup>60</sup>. Existiría entonces una diferencia entre la tortura y una serie indefinida de otras conductas, donde si bien todas tendrían en común la afectación de la integridad personal de acuerdo a los parámetros previamente definidos, sería menester distinguir entre unas y otras para entender sus orígenes y las consecuencias de la distinción.

Cabe destacar que, a pesar de que la casi totalidad de los instrumentos internacionales extienden la prohibición tanto hacia la tortura como a los otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, la mayoría de los órganos de control a cargo de la implementación de estos instrumentos han optado por no establecer diferencias categóricas entre ambos tipos conductuales a objeto de incluir en ellos la mayor variedad posible de afectaciones a la integridad personal. Más aún, el mismo Comité de Derechos Humanos, encargado de velar por la observancia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, declaró que “el Pacto no contiene definición alguna de los conceptos abarcados por el artículo 7, ni 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”<sup>61</sup>.

No obstante, la distinción no es estéril, aunque a primera vista lo parezca, y es que en la práctica existen diferencias procesales que pueden llegar a tener importantes consecuencias al momento de realizar un tratamiento sistemático de la normativa vigente<sup>62</sup>. Podemos observar, por ejemplo, que en el artículo 20 de CAT se establece un procedimiento especialmente dirigido a hacer frente a casos de tortura, obviándose toda mención expresa a los otros tratos crueles, inhumanos o degradantes<sup>63</sup>. O, como veremos más adelante, que la misma no otorga un trato equivalente en cuanto al carácter absoluto de la prohibición, ya que no deja establecida la imposibilidad de suspender temporalmente ciertos aspectos de los otros tratos crueles, inhumanos o degradantes<sup>64</sup>. Y es que efectivamente la distinción fue introducida en este tratado para que algunas obligaciones específicas que contraerían los Estados en virtud de su suscripción, fueran sólo aplicables a la tortura y no a los otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes<sup>65</sup>.

---

<sup>60</sup> La única excepción es el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en donde se obvia el trato cruel dado que se refiere únicamente a la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. 1950. op. Cit.

<sup>61</sup> Observación General número 20, que vino a reemplazar la Observación General número 7.

<sup>62</sup> Si bien no es nuestro objetivo realizar un análisis sistemático de todas las normas procedimentales que regulan la aplicación de los instrumentos internacionales que prohíben la tortura, nos parece necesario resaltar algunos ejemplos para ilustrar la importancia de la distinción.

<sup>63</sup> NASH, Claudio. Alcance del Concepto de Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes. M.S.

<sup>64</sup> Nos referimos a la obligación de no deportar o extraditar a países donde el imputado puede ser sometido a malos tratos (artículo 3), el derecho a una compensación para las víctimas (artículo 14) y la inadmisibilidad de las declaraciones hechas bajo tortura (artículo 15). La omisión es anómala ya que si contempla el carácter absoluto para los casos de los artículos referidos a la educación de las fuerzas militares y policiales (artículo 10), revisión de las leyes que regulan los interrogatorios (artículo 11), investigación de denuncias (artículo 12) y revisión de las denuncias de víctimas de tortura (artículo 13).

<sup>65</sup> Nowak señala como primordial la obligación de penalizar los actos de tortura y aplicar respecto de ellos el principio de jurisdicción universal. NOWAK, Manfred y McARTHUR, Elizabeth. 2006. op. Cit: 147-151.

Del mismo modo, existen también diferencias en cuanto al tratamiento de la tortura y los otros tratos crueles, inhumanos y degradantes en cuanto a la posibilidad de justificar éstos últimos, ya que si bien todos los Estados que hayan ratificado CAT deben prevenirlos, la excepcionalidad ante cualquier circunstancia no les es aplicable, de modo que sería posible que sean justificables ante circunstancias excepcionales.

Pero la distinción más relevante entre ambas categorías descansa fundamentalmente en el juicio de reproche que conllevan las distintas conductas. Y es que al no existir un ente jurisdiccional internacional con facultades de imperio que pueda sancionar coactivamente las violaciones a los Derechos Humanos consagrados en el Sistema Universal o en los sistemas regionales, el juicio de reproche de carácter político que puede realizar la comunidad internacional respecto del Estado infractor, será decisivo y fundamental para la operatividad de los mecanismos cuasi judiciales o judiciales a cargo de investigar, sancionar y reparar a las víctimas. Y claro está que el juicio de reproche que conllevan las violaciones por torturas es cualitativamente distinto del que les dispensan a las violaciones por otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, siendo el primero inequívoco, de aceptación universal y de la mayor severidad y repudio, podríamos decir, incluso, equivalente a aquél reservado para los crímenes contra la humanidad. Y el segundo de menor intensidad e incluso, en ciertos casos o contextos, excusable o al menos susceptible de debate y controversia.

Es necesario entonces establecer distinciones claras entre ambas categorías, a objeto de dilucidar cuándo nos enfrentemos efectivamente a torturas, y cuándo a los otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes y, para ello, será necesario establecer las delimitaciones en cada uno de los elementos que hemos definido previamente como estructurales del concepto de tortura.

## **2.2. Primer análisis categorial**

### **2.2.1. El efecto: la intensidad del sufrimiento**

Desde un punto de vista normativo, la primera diferencia entre tortura y los otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes está dada principalmente por la intensidad o gravedad del efecto de la conducta tipificada, es decir, la distinción tendría como primer fundamento la gradualidad del elemento efecto. Tal conclusión se desprende de una interpretación *a contrario sensu* del inciso segundo del artículo primero de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, donde se establece que:

“La tortura constituye una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumano o degradante”.

La misma solución puede deducirse del inciso primero del artículo 16 de la CAT<sup>66</sup>,

---

<sup>66</sup> La Convención prescribe que “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

toda vez que de la combinación de éste con el artículo primero se entiende que la tortura es una forma agravada de trato o pena cruel, inhumano o degradante.

En efecto, según la doctrina, la primera distinción entre ambas categorías pivota fundamentalmente en la gradualidad del efecto de la conducta, esto es, en el grado de sufrimiento que causaría la implementación de una conducta u otra<sup>67</sup>. Esta gradualidad operaría como una escala móvil compartimentada en la que se sucederían consecutivamente, y en orden de intensidad creciente, las categorías de tratos crueles, tratos degradantes, tratos inhumanos y finalmente torturas.

De este modo, existiría primero un grado mínimo de severidad en el maltrato que no sería parte de la prohibición puesto que no guardaría relación con ninguna de las categorías contenidas en ella, maltrato que sería parte de toda técnica de interrogatorio en cuanto causante de un cierto grado mínimo de angustia, malestar o sufrimiento. Este verdadero umbral mínimo de severidad del sufrimiento o efecto de la conducta fue propuesto inicialmente por la Corte Europea de Derechos Humanos en el controvertido caso de República de Irlanda versus Reino Unido<sup>68</sup>, en donde estableció que las técnicas de interrogatorios deben alcanzar un cierto grado de severidad para que puedan estar comprendidas en la prohibición de la tortura y otros tratos inhumanos y degradantes contenida en el artículo 3 de la Convención Europea<sup>69</sup>. La Corte sostuvo la tesis de que este grado mínimo de severidad sería siempre relativo y estaría dado por circunstancias del caso, tales como la duración del maltrato y sus efectos físicos.

El umbral de severidad en el sufrimiento para el caso en referencia estuvo dado porque las cinco técnicas empleadas por las fuerzas de seguridad británicas<sup>70</sup>, de acuerdo al razonamiento de la Corte, eran capaces de hacer nacer en las víctimas sensaciones de miedo, angustia e inferioridad capaces de humillarlas y disminuirlas y, posiblemente, romper su resistencia moral y física. De ahí, entonces, que las cinco técnicas hayan sido subsumidas en la categoría de maltrato, pero no de torturas. En efecto, si bien la Corte Europea llegó a afirmar que indudablemente las cinco técnicas calificaban para ser catalogadas como trato inhumano y degradante, no ocasionaron en las víctimas el sufrimiento de una intensidad y crueldad suficiente como para tratarse de torturas.

En síntesis, la tesis sostenida por la Corte Europea para este caso se basa en establecer una progresión de seriedad en la cual las distintas categorías se suceden consecuentemente desde el trato degradante hacia la tortura pasando por el trato

---

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". Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes. 1984. op. Cit.

<sup>67</sup> NASH, Claudio. op. Cit.

<sup>68</sup> CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Irlanda versus Reino Unido. Sentencia del 18 de enero de 1978. Serie A N° 25.

<sup>69</sup> DUNOFF, Jeffrey, RATNER, Steven, WIPPMAN, Davis. 2006. op. Cit: 456 y ss.

<sup>70</sup> Las técnicas utilizadas implicaban forzar a los detenidos a mantenerse parados por varias horas en posiciones estresantes, ponerles capuchas sobre las cabezas y mantenerse las puestas salvo para los interrogatorios, mantener a los detenidos en habitaciones con ruidos fuertes y continuos, privación del sueño, y privación del agua y comida.

inhumano<sup>71</sup>. De esta forma, indagando en el grado de sufrimiento de las víctimas de torturas o de otros tratos inhumanos o degradantes, se podría llegar a establecer una correspondencia objetiva entre las conductas impetradas y las distintas categorías.

Quienes adhieren a esta tesis, sostienen que la categoría de tortura habría de reservarse sólo para aquellas técnicas que causaren el mayor grado de sufrimiento, ya que la palabra en sí conlleva una carga de significado de repudio y desaprobación asociada a las atrocidades más violentas y descabelladas que la imaginación pueda concebir. En efecto, en la visión de algunos órganos internacionales, la categoría de tortura debe efectivamente reservarse para los casos más serios y graves, es decir, para aquellas conductas que causen la mayor cantidad de sufrimiento, sea ya por dolor o angustia, cuestión aplicable tanto a las conductas constitutivas de torturas físicas como a aquellas que pueden ser entendidas como torturas psicológicas. De hecho, aun cuando en este último caso la apreciación de magnitudes tiende por lógica a ser más esquiva, se ha afirmado que deben producir una angustia moral de tal grado que pueden llegar a ser consideradas torturas<sup>72</sup>.

Por su parte, la categoría de tratos degradantes sería aplicable a una amplia gama de situaciones tales como ciertas penas corporales y discriminaciones raciales o de género<sup>73</sup>. En términos generales, el carácter degradante se expresa en un sentimiento de miedo, ansia e inferioridad, y tiene el fin de humillar, degradar y de romper la resistencia física y moral de la víctima<sup>74</sup>. De hecho, bastaría la sola angustia moral de la víctima para que la categoría opere como mecanismo de protección. De acuerdo a lo anterior, cualquier amenaza de infringir daño físico sobre la persona, su patrimonio o cualquiera otra persona vinculada afectivamente a la víctima, y que cause una angustia moral que no pueda ser calificada como de extrema intensidad, debería ser entendida como un trato degradante.

Finalmente, los tratos inhumanos comprenderían una gran variedad de contextos tales como detenciones, encarcelamientos, procesos de extradición y controles de inmigración, e incluso castigos aplicados en colegios para contener el comportamiento de los estudiantes. Y es que la diferencia entre tratos inhumanos, tratos degradantes y torturas radicaría principalmente en la intensidad del sufrimiento experimentado por el individuo sometido a ellos.

Sin embargo, para algunos autores, el hecho de establecer una distinción basada en

---

<sup>71</sup> NÍ AOLÁIN, Fionnuala. *The European Convention on Human Rights and Its Prohibition on Torture*. En: LEVINSON, Sanford. *Torture. A Collection*. 1° Edición. Estados Unidos. Oxford University Press, Inc. 2004. pp. 213-227.

<sup>72</sup> Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos véase caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Párrafo 92. Caso Tibi Vs. Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Párrafo 147; Caso Baldeón García Vs. Perú. Sentencia de 6 de abril de 2006. Párrafo 119. Para la Corte Europeade Derechos Humanos véase caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Sentencia del 18 de agosto de 2000. Párrafo 102. Y para el Comité Internacional de Derechos Humanos de Naciones Unidas véase caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. 2003. op. Cit: 92; Caso Tibi Vs. Ecuador. 2004. op. Cit: 147; y caso Baldeón García Vs. Perú. Sentencia de 6 de abril de 2006. Párrafo 119.

<sup>73</sup> NÍ AOLÁIN, Fionnuala. 2004. op. Cit: 213-227.

<sup>74</sup> CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Irlanda versus Reino Unido. 1978. op. Cit: 167.

una supuesta escala de afectación, nos abandonaría a la ambigua problemática de establecer un parámetro que permita reconocer una u otra conducta de acuerdo a su posición en la escala, tarea imposible, argumentan, debido a la irrefutable naturaleza subjetiva del sufrimiento y del dolor. Cuestión más intrincada o esquivada aun para los casos de torturas psicológicas, puesto que habríamos de establecer parámetros estandarizados no sólo para el dolor físico, sino que también para la angustia o sufrimiento moral.

En efecto, la sola distinción de la gravedad del sufrimiento físico o moral infringido es, a todas luces, insuficiente para delimitar conceptualmente la tortura de los otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, no sólo por la eventual ambigüedad del sufrimiento como experiencia humana, sino porque cabría la posibilidad de concebir torturas cuya ejecución sea efectivamente indolora. Imaginemos como ejemplo la extirpación o mutilación de diversas partes del cuerpo de la víctima que vayan seccionándose mediante procedimientos quirúrgicos que contemplen la anulación total del dolor por la vía del uso de opiáceos. O bien, el caso de los familiares directos de una persona que ha sido víctima de una “desaparición forzada”<sup>75</sup>, respecto de las cuales no se ha infringido ningún dolor o sufrimiento en forma directa o deliberada. Claro está que existirán quienes afirmen que en los casos anteriores el sufrimiento adquiriría siempre una dimensión moral o psíquica, debido a la angustia que generarían ambas situaciones en las víctimas, pero ello nuevamente nos devuelve a la eminente naturaleza subjetiva del sufrimiento y las dificultades intrínsecas de establecer estándares de medición objetivos e inequívocos.

Con todo, podemos concluir que si bien la distinción contribuye a establecer un parámetro válido y útil de distinción, por sí misma parece ser insuficiente para delimitar o distinguir enteramente a una categoría de la otra. En síntesis, podemos afirmar que, en sede de efecto, el factor determinante en la aplicación de una u otra categoría será la magnitud del sufrimiento experimentado, ya sea físico o moral, de modo que no cualquiera será suficiente para catalogar la conducta que lo originó como tortura, sino que deberá ser un sufrimiento severo, de una especial consideración o magnitud. Y consecuentemente, aquella conducta que infrinja un grado de sufrimiento que no pueda ser catalogado o validado como severo, grave o de especial consideración o magnitud, corresponderá entenderla como trato cruel, inhumano o degradante, en orden decreciente.

### 2.2.2. El propósito: coerción e intimidación

El segundo elemento estructural del concepto de tortura y de los otros tratos crueles, inhumanos y degradantes parece ser más específico y revelador. Y es que existe algo parecido a un acuerdo unánime en la doctrina de que a la tortura sólo le son atribuibles dos eventuales propósitos; por una parte, servir de herramienta de intimidación como técnica de interrogatorio y, por otra, ser utilizada como técnica coactiva de aplicación de penas o medidas preventivas.

---

<sup>75</sup> El concepto ha sido utilizado para referirse a secuestros, plagios o abducciones llevados a cabo por agentes de policía u otros funcionarios públicos o personas por instrucción de funcionarios públicos, en los cuales se desconoce toda información respecto de la persona secuestrada, y respecto de la cual nunca más se vuelve a tener noticia alguna. Las víctimas de estos secuestros reciben comúnmente en nombre de “detenidos desaparecidos”.

Existiría, entonces, un primer propósito de la tortura como herramienta intimidatoria, es decir, como medio para la obtención de información. Aquí la tortura tendrá siempre por finalidad obtener una confesión mediante la amenaza de desplegar, o de efectivamente implementar, determinados tormentos que dobleguen o anulen la voluntad inicial de la víctima. Luego, existiría un segundo propósito de la tortura en tanto herramienta de coerción, a saber, imponer castigos o penas corporales, tendientes a producir un efecto disuasivo o ejemplificador.

En el campo normativo, ambos propósitos están expresamente consagrados en las definiciones establecidas en los tratados internacionales de aplicación especial anteriormente expuestos. En primer lugar, CAT de Naciones Unidas, prescribe que la tortura tendrá siempre por fin, por una parte, el obtener de la víctima cierta información o confesión y, por otra, castigarla, intimidarla o coaccionarla por cualquier razón basada en cualquier tipo discriminación<sup>76</sup>. Podemos observar que, si bien esta fórmula normativa amplía el campo del propósito de la tortura hacia la aplicación del principio de no discriminación, en su esencia, contiene los dos elementos centrales previamente enunciados, a saber, intimidación y coacción.

Por su parte, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura elabora una definición más compleja respecto del elemento propósito, aunque en su núcleo también establece que la tortura tiene por fines intimidar en el contexto de una investigación criminal, o implementar un castigo personal, ya sea como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin<sup>77</sup>. Intimidación y coerción se reiteran entonces como propósitos o finalidades inequívocas, aunque esta vez se incorpora una fórmula de origen psicológico y algo extraña a la técnica legislativa, en tanto la norma prescribe además que:

“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”<sup>78</sup>.

La fórmula es ambigua y un tanto contradictoria, puesto que no es fácil imaginar un método capaz de anular la personalidad de la víctima sin que cause a la vez un dolor físico o angustia mental. Sin embargo, si pensamos que la norma no tiene un propósito general, sino que pretende dar cuenta de ciertos fenómenos particulares que estarían escapando a la definición tradicional de la tortura consagrada en CAT, podríamos afirmar que se estaría refiriendo a ciertos casos de laboratorio en los que se utilicen determinadas drogas o técnicas capaces de anular totalmente la conciencia y voluntad de la víctima, sin que ello le cause dolor o sufrimiento. Pensemos, por ejemplo, en el cautiverio de una persona a la que se le suministran diariamente altas dosis de drogas capaces de mantenerla inconsciente o bien sin discernimiento. La norma podría entonces pretender referirse a ciertos casos de personas internadas en instituciones mentales donde tales prácticas han llegado a ser comunes.

---

<sup>76</sup> Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes. 1984. op. Cit: artículo 1.

<sup>77</sup> Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura. 1985. op. Cit: artículo 2.

<sup>78</sup> *Ibíd.*

Siguiendo esta línea, podríamos afirmar que tales situaciones podrían asimilarse por analogía al propósito de coerción o medio para la imposición de castigos o penas antes que al de intimidación, puesto que la víctima adquiriría antes el valor de instrumento disuasorio para la comunidad en abstracto y no ya de fuente de información. Podemos entender la fórmula, entonces, como una intención de incorporar, dentro del campo tipológico de la tortura, conductas que tengan por propósito implementar un factor de coerción cuyo objeto sea provocar un efecto disuasivo o ejemplificador, pero no ya en virtud de producir dolor o sufrimiento físico o mental, sino mediante la anulación de la personalidad o la disminución de las capacidades físicas o mentales de la persona, cuestión que estaría apuntando a recalcar, a la vez, una carencia y una necesidad; carencia en la definición contemplada en la Convención sobre la Tortura y Otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes (CAT), y necesidad de expandir el campo tipológico de la tortura a eventuales conductas que afecten igualmente y con la misma gravedad a la integridad personal de la víctima, pero esta vez, a través de métodos que no puedan caracterizarse especialmente por la severidad del dolor o angustia que causen en su aplicación.

Podemos concluir, finalmente, que la tortura siempre tendrá dos objetivos bien definidos, ya sea la intimidación de la víctima mediante la aplicación de tormentos físicos o psicológicos, o la imposición coactiva de un sufrimiento físico o mental, consciente o inconsciente, como concreción de una pena, castigo o medida preventiva. Luego, de no mediar estos propósitos en la conducta desplegada o de existir uno diverso, pero que a la vez aúne los demás elementos estructurales de la definición, nos veremos en la necesidad de abandonar la categoría de tortura para utilizar la de los otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

Ahora bien, los factores analizados en esta sede no operan de forma excluyente, puesto que, si bien al no concurrir los propósitos señalados no podremos aplicar la categoría de tortura a la conducta de que se trate, ello no es óbice para que, existiendo tales propósitos, podamos igualmente catalogar la conducta mediante la categoría de los otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Y es que éstos últimos también pueden tener por propósitos la intimidación o la coacción y, en tanto no concurren los demás factores aquí analizados, la categoría podrá ser plenamente aplicada con propiedad. En efecto, los maltratos podrán tener por propósito la intimidación o la coacción, así como también otros diversos como la humillación o deshonor de la víctima, el mero entretenimiento morboso o sádico del propiciador, el simple abuso o, incluso, en ciertos contextos, el despropósito de la falta de cuidado o negligencia de parte de los funcionarios públicos. De hecho, cabe la posibilidad también de que no exista un verdadero propósito determinado respecto de los afectados por el maltrato, toda vez que éste puede apuntar a un individuo diferente, pero que en su materialización, afecta igualmente a quienes lo rodean.

Lo anterior adquiere verdadera relevancia en tanto los propósitos de coacción e intimidación sólo pueden plantearse respecto de víctimas directas. En efecto, sólo respecto de los sujetos que han sido el objeto mismo de la intimidación, física o mental, o de la coacción, podrá afirmarse que han sido víctimas de torturas, puesto que no es lógico

plantearse llevar a cabo tales propósitos respecto de víctimas por rebote<sup>79</sup> o de terceros extraños al individuo sobre el cual se desplegó la conducta. Volvamos al ejemplo del sufrimiento de los familiares directos de una persona que ha sido víctima de una “desaparición forzada”. ¿Podemos afirmar que ellos han sido víctimas de torturas por el hecho de desconocer la forma y razón de la desaparición y el paradero y estado actual de la persona desaparecida, y de experimentar por ello el sufrimiento y la angustia propios de la ignorancia absoluta sobre la vida o muerte de un ser querido? La diferenciación necesariamente nos lleva a concluir que no es factible la utilización de la categoría de tortura respecto de víctimas indirectas, sino que tal vez, y dependiendo del caso, la de los otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, por cuanto no concurren respecto de ellas ninguno de los propósitos que han sido definidos para su caracterización.

Sólo excepcionalmente podríamos alcanzar el criterio establecido en sede de propósito bajo el supuesto de que el secuestro tenga por finalidad justamente la de intimidar al miembro familiar directo de que se trate, como cuando se secuestran los hijos o cónyuge bajo amenaza de revelar cierta información o aplicación coactiva de una medida preventiva, por ejemplo. Y es que en este caso, la conducta desplegada se corresponde con los propósitos preestablecidos, ya que tanto sobre la persona secuestrada como sobre el familiar objeto de intimidación, se materializan ambos elementos.

Por lo pronto, resta señalar que ambos instrumentos se ocupan también de establecer una causal de exención o exclusión en sede de propósito. En efecto, ambos instrumentos establecen la exclusión de conductas que, produciendo sufrimiento físico o mental, tengan por propósito la imposición de medidas legales o sanciones legítimas, propios de la imposición, por ejemplo, de penas privativas de libertad. La Convención Interamericana lo hace señalando 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”<sup>80</sup>.

Y, por su parte, la Convención contra la Tortura excluye dicho tipo de conductas estableciendo que:

“No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”<sup>81</sup>.

Vemos entonces como ambos instrumentos de aplicación especial realizan la exclusión de aquellas conductas que no tengan por finalidad directa la imposición de un

---

<sup>79</sup> El concepto apunta de identificar las víctimas que han sido afectadas indirectamente por la conducta que se infligió efectivamente sobre la víctima. Normalmente se trata de los familiares más cercanos tales como cónyuge, descendientes, ascendientes, hermanos, convivientes, amigos o adoptados o adoptantes.

<sup>80</sup> Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura. 1985. op. Cit.

<sup>81</sup> Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes. 1984. op. Cit.

sufrimiento con el propósito de intimidar o imponer coactivamente una sanción o pena, sino que dicho sufrimiento sea la consecuencia o el efecto de un propósito diverso, a saber, la imposición de una sanción o medida legítima.

La norma busca en definitiva excluir del campo de la tortura y de los otros tratos crueles, inhumanos y degradantes el sufrimiento físico o mental causado como efecto de la aplicación de una pena o medida de seguridad legítimamente impuesta, es decir, conforme a los estándares que son parte de las garantías del debido proceso<sup>82</sup>. Podríamos decir entonces que, en tanto este sufrimiento sea entendido como efecto colateral producto de la imposición legítima de una pena, no cabría afirmar que nos encontramos frente a torturas ni a los otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes.

### 2.2.3. El agente: la indefensión de la víctima

Este tercer elemento estructural del concepto de tortura es necesario para establecer el vínculo entre la vulneración de la integridad personal y la responsabilidad del Estado. Si entendemos que los Derechos Humanos operan como verdaderos mecanismos de defensa contra el poder del Estado, en tanto tienen por objeto primordial proteger a las personas “contra las intervenciones ilegales del aparato estatal en sus vidas, libertades y propiedades”<sup>83</sup>, es razonable pensar que, frente a la monopolización de todos los medios de coerción legítima por parte del Estado, se hace necesario un conjunto de derechos que doten al individuo de una defensa efectiva en contra del administrador del poder soberano.

Es en contra del Estado, entonces, que los Derechos Humanos se dirigen y, por tanto, sólo podrán ser vulnerados por éste. Y, para que esto ocurra, deberá actuar mediante uno cualquiera de sus subordinados, es decir, la violación concurre sólo en virtud de la mediación de un funcionario público. Nuevamente, la fórmula normativa de que da cuenta este elemento goza de consenso en la doctrina y es recogida en la definición de ambos instrumentos de aplicación especial. Por una parte CAT establece que se estará frente a tortura cuando ésta sea:

“Infligida por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”<sup>84</sup>.

Mientras que la Convención Interamericana prescribe que sólo serán responsables del delito de tortura:

---

<sup>82</sup> La garantía del debido proceso también es un derecho humano consagrado en instrumentos internacionales de aplicación general, como por ejemplo en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En virtud de esta garantía se resguardan elementos judiciales mínimos tales como la presunción de inocencia, el derecho al juez natural, el principio de legalidad, el principio de irretroactividad, el derecho a la acción y a la defensa entre otros.

<sup>83</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*. 2º Edición. España. Editorial Trotta. 2000. pp. 90.

<sup>84</sup> Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes. 1984. op. Cit.

“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”<sup>85</sup>.

La formulación de los preceptos normativos no merece mayor discusión respecto de lo que efectivamente afirman, en tanto se encuentran contestes y son aplicables tanto a la categoría de tortura como a la de los otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, no habiendo lugar entonces a distinción ni precisión alguna. Y es que no podríamos afirmar que cuando intervenga un funcionario público nos enfrentamos a una categoría, y cuando no, a la otra. Efectivamente, si la conducta se materializa en forma enteramente aislada al ente estatal, es decir, que no es desplegada por un funcionario público o no es realizada por agentes privados a instigación de funcionarios públicos, o no cuenta con el conocimiento o aquiescencia de algún funcionario público, o bien pudiendo éste impedirlo no lo hace, no existiría violación alguna del derecho a la integridad personal en lo que al sistema internacional de protección de Derechos Humanos se refiere y, por tanto, no cabría la aplicación de las categorías de torturas o de los otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Y es que, al radicarse el monopolio del uso de la violencia institucionalizada en el Estado sólo en virtud de la participación de sus agentes, bajo su calidad de tales, podremos concebir que se haya vulnerado alguno de los derechos consagrados y protegidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Participación que, cada vez que se adscriba a los parámetros previamente analizados, será concebida como una vulneración a la regla que legitima el monopolio del uso de la fuerza por parte del Estado.

Por ello es que, en todo ordenamiento jurídico, el campo de legitimidad del uso de la fuerza por parte del Estado tiende a estar estrecha y meticulosamente reglamentado, puesto que a cada una de sus actualizaciones le precede una decisión política institucionalizada, lo cual implica que la conducta que actualiza la violencia obedece o se origina en una voluntad racional deliberada que es transmitida e implementada a través de una cadena de comandos jerarquizada. Y es justamente en la observancia de los factores procedimentales donde la conducta normalmente adquiere legitimidad.

Sin embargo, para algunos autores, la forma en que el funcionario público actualiza este uso de la fuerza no siempre obtiene su legitimación del hecho de responder a la cadena de comandos que le dio origen o a los aspectos procedimentales que la regulan, sino que, para el caso que nos ocupa, tal legitimación estaría sometida también a la forma cómo se lleve a cabo o despliegue la conducta. Luego, una u otra forma de materializar el uso de la fuerza sería otro de los factores necesarios para distinguir entre la aplicación de la categoría de torturas y la de los otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y, particularmente, en el grado de afectación a la libertad personal con que se actúe sobre la víctima.

---

<sup>85</sup> Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura. 1985. op. Cit.

En efecto, para estos autores, la distinción entre tortura y los otros tratos crueles, inhumanos y degradantes radica principalmente en el grado de indefensión de la víctima<sup>86</sup>, puesto que otro de los elementos característicos de la tortura, junto a la gravedad de la conducta desplegada en contra del sujeto, y su propósito u objetivo, sería el grado de sometimiento del que éste es objeto. Y es que, al igual que en sede de efecto, aquí las categorías de tortura y de los otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes operarán como concepto relativos, es decir, como categorías sometidas a la tensión del principio de proporcionalidad<sup>87</sup>.

Veámoslo en un ejemplo: los golpes infligidos por personal de carabineros a un detenido encarcelado o ya cautivo, con el propósito de obtener de él una confesión serán considerados como tortura. A su vez, los mismos golpes infligidos ahora con el propósito de ejecutar la detención de un sujeto prófugo de la justicia que intenta escapar, podrían ser considerados como trato cruel, inhumano y degradante; y por último, los mismos golpes infligidos a una persona que participa de una manifestación callejera violenta pueden justificarse como un uso legal de la fuerza por el personal de carabineros. Luego, todo uso de la fuerza está necesariamente sometido al principio de proporcionalidad, el cual aplicado sobre cierto contexto determinará si tal uso de la fuerza es legal, excesivo o proscrito. Pero la sola necesidad de valerse del principio de proporcionalidad para resortar las categorías en cuestión es un claro indicio de su carácter relativo.

A grandes rasgos, el principio de proporcionalidad requiere de tres variables para operar: primero, que el uso de la fuerza esté legalizado, segundo, que este uso de la fuerza persiga un fin legítimo; y tercero, que la intensidad de la fuerza utilizada no sea excesiva sino necesaria de acuerdo a las circunstancias particulares de que se trate<sup>88</sup>. Ello implica que, en cada situación concreta, el agente deberá realizar un balance entre el propósito de su acción y el grado de afectación de la integridad personal del sujeto en cuestión.

En otras palabras, mientras la persona conserve su libertad y pueda resistirse al uso de la fuerza, la aplicación del test de proporcionalidad permitirá a concluir que la violencia administrada podría ser considerada válida y legítima conforme al contexto en que ésta se despliegue, no importando ya el grado de sufrimiento que cause. Y aunque este uso de la fuerza constituya efectivamente una afectación directa al derecho a la integridad personal, que podría alcanzar el umbral de afectación de los otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, no alcanzaría el umbral de afectación de la tortura si es que la víctima conserva aún algún grado de libertad de acción que le permita reaccionar en contra de la conducta que se ejerce en su contra. Sin embargo, apenas la persona se encuentre sometida al control total y directo de los agentes estatales, cualquier uso de la fuerza podría ser catalogado inmediatamente como tortura.

De esta forma, la distinción entre una u otra categoría no pivota ya únicamente sobre la gradación del sufrimiento, sino que también ahora sobre el grado de afectación a la libertad personal de la víctima, pudiendo aplicarse el test de proporcionalidad para discernir si existen torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes o legítimo uso de la fuerza conforme al grado de libertad de acción que conserve el individuo al momento de la

---

<sup>86</sup> NOWAK, Manfred, y McARTHUR, Elizabeth. 2006. op. Cit: 147-151.

<sup>87</sup> *Ibíd.*

<sup>88</sup> *Ibíd.*

implementación de la conducta, puesto que una vez sometida al control total de los agentes estatales, cualquier forma de coacción, intromisión física o mental o intimidación a su persona sería indefectiblemente una afectación a su integridad personal que alcanzaría el umbral de la categoría reservada para la tortura. Desde esta perspectiva, la pasividad de la víctima sería entonces otro de los factores distintivos de ambas categorías, una pasividad forzada en un contexto de urgente necesidad, un contexto en el cual la pasividad es experimentada como una especie de exposición infinita, de vulnerabilidad e impotencia<sup>89</sup>.

Volviendo sobre nuestro ejemplo anterior, nuestras víctimas de la violencia infringida por carabineros en una manifestación callejera o protesta no serían blanco de torturas ni de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, por muy dolorosas que sean las técnicas que las fuerzas policiales empleen, ya que ellas aún conservan la facultad de resistir o mitigar la violencia de la cual son objeto, ya sea retirándose, encontrando la forma de protegerse o agrediendo a sus victimarios a través de cualquier medio. En contraste, las víctimas de los otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes conservarían un grado mínimo de libertad que les permitiría reaccionar en contra de la violencia desplegada en su contra, como por ejemplo, entregándose sin oponer resistencia o acatando las órdenes legítimas de las que son objeto. Por último, las víctimas de torturas carecerían absolutamente de la posibilidad de maniobrar en contra de sus antagonistas por cuanto se encontrarían privados de cualquier medio para protegerse o contrarrestar las agresiones de las que son objeto. La asimetría de poder, conocimiento y prerrogativas en estos contextos serían absolutas, toda vez que las víctimas se encuentran en una posición de total vulnerabilidad y exposición<sup>90</sup>.

#### 2.2.4. La intencionalidad: presunciones de voluntad

El último elemento estructural del concepto de torturas y de los otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes es recogido por ambos instrumentos para el sólo efecto de señalar que la conducta desplegada por el sujeto activo debe responder a una acción voluntaria y deliberada, y no a una acción involuntaria o accidental. La intencionalidad entonces tiene por objeto establecer una correlación entre todos los demás factores previamente analizados y la voluntad del sujeto activo, de modo de excluir todo tipo de conductas inconexas que eventualmente podrían llegar a concurrir con los demás elementos. Al igual entonces que en sede de agente o calidad del perpetrador, la intencionalidad es un requisito necesario para la aplicación de ambas categorías.

Sin embargo, aun cuando no quepa establecer distinciones en el nivel de la intencionalidad o falta de intencionalidad, cabe hacerse la pregunta de si existiría una correspondencia inequívoca entre una intencionalidad del agente de torturar y la aplicación de la categoría de torturas o, a su vez, de una intencionalidad de maltrato y la aplicación de la categoría de los otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Ello sobre el supuesto de que exista una intencionalidad expresa de infringir dolor o sufrimiento por parte de un funcionario público, con el objeto de intimidar o aplicar una sanción o medida preventiva de forma coactiva.

---

<sup>89</sup> SUSSMAN, David. *Definig Torture*. En: Forward : Torture and the War on Terror. [online]. 2005. vol. 37. pp. 225-230.

<sup>90</sup> *Ibíd.*

Veámoslo de la siguiente manera: un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, tiene la intención deliberada de torturar a su víctima con el propósito de obtener de ella cierta información, estando ésta encarcelada y, para ello, se vale únicamente de una actitud en extremo agresiva que involucra gritos, improperios y amenazas que logran causar una impresión fuerte en la víctima originándole severa angustia y sufrimiento. ¿Nos enfrentamos efectivamente a torturas o a un maltrato? O desde otro punto de vista: el mismo funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, tiene ahora la intención deliberada de maltratar a su víctima, pero no de torturarla y, con el mismo propósito, estando ella detenida, esta vez se vale de descargas eléctricas que, por ser de bajo voltaje, no producen un dolor o sufrimiento severo en la víctima. ¿Nos enfrentamos efectivamente a un maltrato o a torturas? En otras palabras, ¿podemos valernos de una intencionalidad explícita para la aplicación de una u otra categoría?

La respuesta no puede ser sino negativa, dado que no existe tal correspondencia unívoca en virtud tanto de los factores previamente analizados, como también del hecho de que ciertas técnicas o conductas presuponen la intencionalidad de torturar o de maltratar aun cuando en ésta se explicita una voluntad diversa.

Y es que resulta factible presumir, en determinadas conductas, una intencionalidad de torturar, es decir, entender que existe tal intencionalidad sin necesidad de mayor acreditación, prueba o discusión. En efecto, podemos constatar que determinadas conductas objetivas, aun con total independencia del análisis de los factores asociados a la subjetividad de la víctima -como el grado de dolor o sufrimiento- o a la subjetividad del perpetrador -como el propósito o intencionalidad- pueden ser catalogadas de torturas sin necesidad de acreditación alguna ni análisis categorial previo.

Así por ejemplo, las mutilaciones corporales como el corte de orejas y lengua, la extracción de ojos o bien la aplicación de líquidos hirviendo sobre cualquier parte del cuerpo de la víctima<sup>91</sup> no podrán ser sino objeto de la aplicación de la categoría de torturas. Lo mismo para las quemaduras con cigarrillos, brasas, fierros u otros objetos o metales incandescentes, así como cualquier tipo de descargas eléctricas sobre el cuerpo o formas de ahogamiento o inmersión en tanques de agua<sup>92</sup>.

También serán catalogadas como torturas la violación sexual, la cual no implica necesariamente una relación sexual sin consentimiento por vía vaginal, sino que por tal debe entenderse cualquier acto de penetración vaginal o anal, sin consentimiento de la víctima, mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la penetración bucal mediante el miembro viril<sup>93</sup>.

Bajo los mismos presupuestos se entenderá toda forma de aplicación de golpes directos sobre el cuerpo de la víctima por la vía del contacto directo con instrumentos

---

<sup>91</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros versus Guatemala). Sentencia del 19 de noviembre de 1999. Párrafo 159.

<sup>92</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Tibi Vs. Ecuador. 2004. op. Cit: 148.

<sup>93</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Sentencia del 25 de noviembre de 2006. Párrafo 309.

contundentes concebidos para lacerar, cortar, flagelar o azotar como los látigos, alambres, púas, etc.; o bien la colocación forzada del cuerpo de la víctima en posturas o posiciones contrarias al normal desenvolvimiento del cuerpo humano, como el estiramiento o colgamiento<sup>94</sup>.

Del mismo modo, existen ciertas conductas respecto de las cuales no podrá aplicarse la categoría de torturas, aunque sí siempre la de los otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, por el hecho de presumirse de ellas una intencionalidad de maltrato. En efecto, para esta categoría se ha establecido que la incomunicación durante la detención, la exhibición pública con un traje infamante a través de medios de comunicación, el aislamiento en celda reducida, sin ventilación ni luz natural e incluso las restricciones arbitrarias al régimen de visitas constituyen formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes<sup>95</sup>.

Respecto de la incomunicación o aislamiento en la detención, se ha dicho que el mero hecho de ser introducido en la maletera de un vehículo constituye una infracción a la integridad personal, ya que, aun cuando no hubiesen existido otros maltratos físicos o de otra índole, esa acción por sí sola debe considerarse claramente contraria al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano<sup>96</sup>.

En sentido similar, se ha sostenido que la mera amenaza de una conducta prohibida, cuando sea suficientemente real e inminente, puede en sí misma estar en conflicto con la norma de que se trata. En otras palabras, crear una situación amenazadora o amenazar a un individuo con torturarlo puede constituir, en algunas circunstancias, al menos, tratamiento inhumano<sup>97</sup>. Y hemos visto ya que técnicas de interrogatorio tales como forzar a los detenidos a mantenerse parados por varias horas en posiciones estresantes, ponerles capuchas sobre las cabezas y mantenérselas puestas salvo para los interrogatorios, o mantener a los detenidos en habitaciones con ruidos fuertes y continuos, privarlos del sueño y privarlos del agua y comida, son todas objeto de la aplicación de la categoría de los otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes<sup>98</sup>.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha sostenido que la detención de un preso con otras personas, en condiciones que representan un peligro serio para su salud, constituye una violación del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en tanto que trato o castigo cruel, inhumano o degradante<sup>99</sup>.

---

<sup>94</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Baldeón García Vs. Perú. Sentencia de 6 de abril de 2006. Párrafo 123.

<sup>95</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Sentencia del 17 de septiembre de 1997. Párrafo 58.

<sup>96</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros versus Guatemala). 1999. op. Cit: 165.

<sup>97</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Sentencia del 30 de mayo de 1999. Párrafo 194

<sup>98</sup> CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Irlanda versus Reino Unido. 1978. op. Cit.

<sup>99</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Sentencia del 21 del Julio del 2002. Párrafo 166.

Y en la misma línea, la Corte Europea determinó que el llamado “fenómeno del corredor de la muerte” (death row phenomenon) es un trato cruel, inhumano y degradante que está constituido por un periodo de detención prolongado en espera y previo a ejecución, durante el cual se sufre de angustia mental además de otras circunstancias a las que el acusado es expuesto que incluyen, entre otras, la forma en que se impuso la condena; la no consideración de las características personales del acusado; la desproporción entre la pena y el delito cometido; las condiciones de detención a la espera de ejecución; las demoras en las apelaciones o en la revisión de su pena de muerte durante las cuales la persona está sujeta a una tensión extrema y a trauma psicológico; el hecho de que el juez no tome en consideración la edad o el estado mental de la persona condenada, así como la constante espera de lo que será el ritual de su propia ejecución<sup>100</sup>.

Otro ejemplo incontrovertido de la aplicación de esta presunción de intencionalidad del maltrato ha sido identificada por la jurisprudencia en la destrucción violenta de viviendas mediante incendios con el objeto de forzar a sus dueños o residentes a desplazarse del lugar donde éstos se encuentren, conducta que ha sido objeto indiscutidamente de la aplicación de la categoría de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes<sup>101</sup>.

Por último, y más recientemente, se ha afirmado también que la suma de las condiciones de detención, particularmente el uso de un balde de recolección, la falta de luz y ventilación adecuada y el hecho de que los detenidos deban estar en su celda por la casi totalidad del día, así como el hacinamiento en su conjunto constituyen tratos a los cuales le es inequívocamente aplicable la categoría de trato cruel, inhumano y degradante<sup>102</sup>.

### 2.3. Síntesis

Luego de este breve análisis hemos podido identificar dos cuestiones fundamentales en lo que definimos sería nuestro primer nivel de abstracción. En primer lugar, que existe una diversidad inabarcable de conductas que pueden configurar una vulneración al bien jurídico de la integridad personal, que es en definitiva el derecho que consagran y protegen todos los instrumentos que conforman el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Y, en segundo lugar, hemos dilucidado que existen dos categorías respecto de las cuales es factible articular tales violaciones, la de torturas, por una parte, y la de los otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, por otra. Al respecto hemos visto que existen diferencias sustantivas entre ellas, tanto sobre el carácter absoluto de la prohibición con que son consagradas en los instrumentos de aplicación especial, como sobre el juicio de reproche que pesa sobre cada una.

---

<sup>100</sup> CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Soering c. Reino Unido. Sentencia de 7 de julio de 1989. N° 14038/88.

<sup>101</sup> CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de Ayder c. Turquía, caso Bilgin c. Turquía y caso Selçuk c. Turquía.

<sup>102</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Boyce y otros vs. Barbados. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Párrafo 94.

Estas diferencias nos han llevado a intentar precisar o delimitar el campo de aplicación de cada categoría, objetivo que planteamos alcanzar, primero, precisando los elementos estructurales del concepto de tortura y, segundo, analizando los factores que tensionan cada uno de estos elementos en el ámbito conceptual. Así, nos ha sido posible reconocer que sólo podremos aplicar la categoría de torturas cuando nos enfrentemos a conductas que provoquen un sufrimiento severo, que tengan por propósito intimidar o implementar coactivamente una pena, castigo o medida preventiva sobre una víctima directa, que sea llevada a cabo por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones o cualquiera de las variantes que hemos asimilado a ello, y que se realice sobre un individuo que no pueda reaccionar debido al grado de sometimiento en el que se encuentra. Asimismo, hemos identificado ciertas conductas respecto de las cuales podremos aplicar inequívocamente esta categoría toda vez que existan verdaderas presunciones respecto de la intencionalidad de torturar.

Del mismo modo, el análisis categorial efectuado también nos fue de utilidad para delimitar la aplicación de la categoría de los otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes a conductas que, causando un grado de sufrimiento o dolor que no alcance un umbral importante de severidad, sean llevadas a cabo por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, o lo que hemos entendido por tal, y se realicen sobre individuos que conserven un grado mínimo de libertad que les permita reaccionar en contra de la conducta desplegada, o bien sobre víctimas indirectas o por rebote. Y ello de acuerdo a determinadas conductas respecto de las cuales se puede afirmar de forma inequívoca que serán entendidas como maltratos.

**SEGUNDA PARTE**  
Terrorismo

## CAPITULO 3

### El terrorismo internacional

#### 3.1. Algunas consecuencias de la caída de las Torres Gemelas

No hay lugar a dudas que el atentado del 9/11 marcó un punto de inflexión en la discusión en torno a la relativización de la prohibición internacional de la tortura. De hecho, para algunos autores junto con las torres gemelas caían todos los objetivos por los cuales las organizaciones de Derechos Humanos venían luchando desde 1945. En efecto, en los Estados Unidos y en gran parte de la dogmática europea se sigue escuchando, en referencia a estos eventos, calificaciones tales como “un momento definitorio”, “un punto de inflexión” o un “cambio de sistema”<sup>1</sup>.

Y ello porque quienes llevaron a cabo los atentados no solamente demolieron materialmente las torres más altas de la ciudad Manhattan, sino que destrozaron también un ícono del imaginario simbólico de la nación norteamericana y, por extensión, de toda la civilización occidental. Un evento de semejante magnitud acabó con el sentido de seguridad que había traído el fin de la Guerra Fría y la creencia en un orden político mundial dominado por una única superpotencia. Por primera vez, el dominador hegemónico recibía ataques de escala bélica no sólo en su propio territorio, sino que en puntos neurálgicos de su institucionalidad. Así como se desplomaban las Torres Gemelas -junto a las vidas de dos mil setecientos noventa y dos personas- se derrumbaba también la confianza de los ciudadanos en sus Estados como garantes de la seguridad, por cuanto tales ataques no llevaban bandera, no eran atribuibles ya a un Estado en particular, sino que a un puñado de individuos especialmente entrenados para la consecución de tales fines.

En definitiva, lo que vino a demostrar el ataque del 9/11 fue el fin del monopolio del uso y administración de la violencia por parte de los Estados; de forma no convencional, los ataques suicidas demostraron al mundo que bastaban unos pocos individuos decididos y organizados para llevar a cabo acciones de inmensa magnitud y trascendencia, sentimiento exacerbado ahora más que nunca por la posibilidad de que estos grupos adquirieran Armas de Destrucción Masiva (ADM) tales como armas químicas, biológicas o nucleares, ya que en términos tecnológicos, los riesgos han aumentado exponencialmente.

Frente a esta amenaza latente, soterrada y virtualmente incontrolable, la gran mayoría de los gobiernos directamente afectados tomaron cursos de acción reactivos tendientes a coartar y restringir algunas de las libertades individuales y Derechos Humanos consagrados internacionalmente y, entre ellos, aunque de forma un tanto oblicua, en tanto externalidad o efecto colateral de ciertas medidas administrativas de empoderamiento de los órganos de investigación y control policial, el derecho la integridad

---

<sup>1</sup> ABI-SAAB, Georges. *The Proper Rol of International Law in Combating Terrorism*. En: BIANCHI, Andrea. *Enforcing International Law Norms Againts Terrorism*. 1° Edición. Estados Unidos. Hart Publishing. 2004. pp xiii.

personal y la seguridad individual.

No en vano, el 26 de noviembre de 2001, el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas hace pública una declaración en donde condena de manera absoluta los ataques terroristas y, junto con expresar su profundo pesar por las víctimas, hace un llamado de atención a los Estados partes, en cuanto a las reacciones que puedan tener ante la amenaza del terrorismo internacional, en tanto aboga porque éstas sean compatibles con las obligaciones que han contraído en virtud de la convención<sup>2</sup>.

El mismo curso de acción siguió la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, órgano que el 22 de octubre de 2002 publicó un informe sobre terrorismo y Derechos Humanos<sup>3</sup>, donde se entrega a la labor de asistir a los Estados miembros en el

---

<sup>2</sup> En carta de fecha 11 de octubre de 2001 la Alta Comisionada para los Derechos Humanos solicitó la opinión del Comité contra la Tortura sobre la cuestión de garantizar que los derechos humanos incluidos en su mandato se mantengan presentes en todo momento, habida cuenta de las diversas reacciones de los Estados ante los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001. Respetando el espíritu de esa solicitud, el Comité contra la Tortura decidió comunicarse directamente con los Estados Partes mediante la siguiente declaración: "El Comité contra la Tortura condena de manera absoluta los ataques terroristas del 11 de septiembre y expresa su profundo pesar por las víctimas, que eran nacionales de unos 80 países, incluidos muchos Estados Partes en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. El Comité es consciente de la terrible amenaza que constituyen esos actos de terrorismo internacional para la paz y la seguridad internacionales, como se afirma en la resolución 1368 del Consejo de Seguridad. El Comité también señala que en la resolución 1373 del Consejo de Seguridad se estableció la necesidad de luchar con todos los medios, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, contra las amenazas representadas por los actos de terrorismo. El Comité contra la Tortura recuerda a los Estados Partes en la Convención el carácter irrenunciable de la mayoría de las obligaciones que han contraído por ellos al ratificar la Convención.

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.

El Comité contra la Tortura confía en que las reacciones que tengan los Estados Partes ante la amenaza del terrorismo internacional serán compatibles con las obligaciones que han contraído al ratificar la Convención contra la Tortura".

<sup>3</sup> En los párrafos 3 y 4 de dicho informe la Comisión señala: "Numerosos incidentes terroristas acaecidos en el hemisferio durante los años recientes han confirmado que el terrorismo constituye una amenaza grave y constante para la protección de los derechos humanos y para la paz y la seguridad regional e internacional. Además, los tres ataques de proporciones sin precedentes perpetrados simultáneamente en Estados Unidos el 11 de setiembre de 2001 sugieren que la naturaleza de la amenaza terrorista que se cierne sobre la comunidad mundial se ha ampliado desde los puntos de vista cuantitativo y cualitativo, para abarcar a grupos privados con presencia multinacional y capacitados para perpetrar ataques armados contra Estados. Las consecuencias de estos hechos para la protección de los derechos humanos y de la democracia son sumamente graves y exigen una consideración inmediata y rigurosa por parte de la comunidad internacional, incluidos los órganos de la Organización de los Estados Americanos. Como lo ha reiterado esta Comisión, el derecho internacional obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para prevenir el terrorismo y otras formas de violencia y a garantizar la seguridad de sus ciudadanos. Inclusive, no puede descartarse que esas medidas incluyan una evolución del derecho internacional en el futuro a fin de considerar manifestaciones de terrorismo recientes como, por ejemplo, una nueva forma de guerra internacional entre individuos o grupos particulares

cumplimiento de sus obligaciones legales internacionales mediante la formulación de recomendaciones para que éstos adopten medidas progresivas en favor de los Derechos Humanos, dentro del marco de sus legislaciones, y a través de la elaboración de estudios e informes que ésta considere convenientes para el desempeño de sus funciones. Cuestión a la que también se sumó en el 2004 el Consejo de Defensa de las Naciones Unidas, el cual adoptó las resoluciones N° 1535 y 1566 donde hace un llamado recordando a los Estados de que deben asegurarse de que las medidas para combatir el terrorismo deben cumplir todas las obligaciones de las leyes internacionales y adoptar tales medidas de acuerdo con dichas leyes, con particular atención a los Derechos Humanos internacionales, los refugiados y la ley humanitaria<sup>4</sup>. De hecho, este órgano internacional adoptó, a mediados del 2006, una política de orientación en virtud de la cual encargó a su Dirección Ejecutiva vincularse con la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos con el objeto de asesorar a CTC en cómo asegurar que las medidas tomadas por los Estados implementen las provisiones de los mandatos anti-terroristas del Consejo de Seguridad de acuerdo con las leyes internacionales, con particular atención a los Derechos Humanos internacionales, los refugiados y la leyes humanitarias.

Y es que con la caída de las Torres Gemelas, el terrorismo internacional se hizo presente como una realidad omnipresente, como una amenaza potencial a la seguridad personal de los individuos de todas las naciones y, en ello, como una nueva forma de conflicto social ajena al entendimiento tradicional de los enfrentamientos armados. Ante este fenómeno, los responsables de velar por el orden y seguridad de los Estados se vieron forzados a repensar las categorías jurídicas aplicables a los conflictos bélicos y, consecuentemente, a propiciar un cuestionamiento del alcance de la protección de la prohibición internacional de la tortura respecto de su aplicación en ciertos casos de terrorismo. En efecto, en países como Israel y Estados Unidos, donde las autoridades judiciales y administrativas han debido enfrentarse cara a cara y a diario con el fenómeno del terrorismo, se han llevado adelante cuestionamientos decisivos respecto de la relativización de la prohibición internacional de la tortura en relación con su utilización como técnica de interrogatorio.

Primero fue la comisión Landau<sup>5</sup> la que determinó que el uso de un grado moderado de presión, incluyendo métodos de presión física con miras a obtener

---

y Estados. Acorde con su obligación de poner fin a la violencia terrorista, los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos y otras organizaciones intergubernamentales han adoptado numerosas iniciativas para combatir las amenazas del terrorismo. Los Estados, por ejemplo, han negociado tratados multilaterales sobre terrorismo, incluyendo en fecha más reciente, la Convención Interamericana contra el Terrorismo, adoptada y abierta a la firma por la Asamblea General de la OEA durante su trigésimo segundo período ordinario de sesiones, en junio de 2002. Los Estados también han adoptado leyes y procedimientos internos para penalizar y enjuiciar las actividades terroristas. Sin embargo, al tomar estas iniciativas los Estados miembros se hallan igualmente obligados a seguir cumpliendo estrictamente sus otras obligaciones internacionales, incluidas las asumidas dentro de los marcos del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. [en línea] <<http://www.cidh.org/Terrorism/Spain/introduccion.htm>> [consulta: 20 enero 2010].

<sup>4</sup> CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS. Resolución 1535 (2004) [en línea] <<http://www.un.org/News/Press/docs/2004/sc8041.doc.htm>> [consulta: 20 enero 2010]; y Resolución 1566 (2004) [en línea] <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3745.pdf>> [consulta: 20 enero 2010].

<sup>5</sup> Comisión conformada por juristas hebreos que tuvo por misión dilucidar la legitimidad de las técnicas de interrogatorios utilizadas por las fuerzas de seguridad de Israel.

información de parte de terroristas que representaran una seria amenaza al Estado, era inevitable en ciertas circunstancias<sup>6</sup>. La Comisión tuvo por objetivo examinar los estándares internacionales de Derechos Humanos, así como la legislación en Israel y los parámetros de otras democracias confrontadas al fenómeno del terrorismo internacional. En este examen llegó a concluir que un uso moderado de presión física en los interrogatorios estaba en concordancia con el Derecho Internacional, conclusión principalmente fundada en los argumentos de la Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso Irlanda vs. Reino Unido en cuanto a que debe existir un cierto grado de severidad en el sufrimiento impetrado para que las técnicas de interrogatorios aludidas puedan ser efectivamente catalogadas como torturas y no ya como meros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Más aún, la Comisión sostuvo la tesis de que podía obtenerse una autorización legal del estado de necesidad para las fuerzas de seguridad en la implementación de técnicas coactivas de interrogación que fueran efectivamente catalogadas como malos tratos, a través del estado de necesidad, argumentación que examinaremos con detalle más adelante.

Sin embargo, poco después la Corte Suprema de Israel refutó la tesis de la Comisión<sup>7</sup> afirmando que toda técnica de interrogatorio coactiva cabía, o bien dentro del tipo proscrito de la tortura, o ya en el de los otros tratos crueles, inhumanos y degradantes y que, respecto de estas últimas, no podía encontrarse tal autorización en el estado de necesidad, puesto que éste no podía utilizarse como una fuente de autoridad para la administración, sino sólo para permitir a los individuos en ciertas circunstancias concretas dar respuestas *ad hoc* como reacción a un conjunto de hechos. En efecto, en un informe publicado el 6 de septiembre de 1999, la Corte afirmó que:

“No cabe deducir del “estado de necesidad” una autorización general para establecer directivas de seguridad en la aplicación de medios físicos durante los interrogatorios del GSS, dado que dicho estado no constituye una fuente de autoridad suficiente como para autorizar a los oficiales del GSS a utilizar medios físicos durante un interrogatorio. El razonamiento que subyace a nuestra posición está anclado en la naturaleza de la ‘necesidad’, puesto que dicho estado sólo puede ser atribuido a casos en que individuos reaccionan ante un determinado contexto de hechos; es por tanto, una respuesta *ad hoc*, una reacción a un acontecimiento. Es el resultado de una improvisación dado un impredecible curso de eventos”<sup>8</sup>.

Ahora bien, la Corte Suprema de Israel igualmente continuó afirmando que un interrogatorio razonable podía implicar cierto grado de incomodidad, como por ejemplo, insuficientes horas de sueño o desagrado en las condiciones en que éste puede ser llevado a cabo y, si bien eliminó el estado de necesidad como herramienta jurídica para legitimar las técnicas en entredicho, dejó abierta la puerta para utilizar la legítima defensa

---

<sup>6</sup> DUNOFF, Jeffry, RATNER, Steven, WIPPMAN, Davis. *International Law. Norms, actors, process. A problem-Oriented Approach*. 2º Edición. Estados Unidos. Editorial Aspen. 2006. pp. 455 y ss.

<sup>7</sup> CORTE SUPREMA DE ISRAEL. *Judgment Concerning the Legality of the General Security Service's Interrogation Methods*. En: LEVINSON, Sanford. *Torture. A Collection*. 1º Edición. Estados Unidos. Oxford University Press, Inc. 2004. pp. 165-181.

<sup>8</sup> CORTE SUPREMA DE ISRAEL. 2004. op. Cit: 178-179.

como mecanismo jurídico de legitimación.

Luego serían miembros de la administración Bush en Estados Unidos quienes llevaron adelante un segundo cuestionamiento al carácter absoluto de la prohibición internacional de la tortura, esta vez mediante una serie de memorandos administrativos sostenidos entre los comandos militares y las autoridades del poder ejecutivo. En efecto, en octubre de 2002, el comandante a cargo de los interrogatorios a los terroristas detenidos en la Bahía de Guantánamo solicitó autorización para utilizar técnicas no contempladas en el capítulo 34-52 del Manual de Campo del Ejército<sup>9</sup>, documentos donde se explicitaban detalladamente las técnicas de interrogatorios aceptadas hasta el momento. El memorando dividía las nuevas técnicas en tres categorías, desde las menos hasta las más agresivas. La categoría I contenía técnicas tales como gritarles a los detenidos, engañarlos y utilizar a múltiples interrogadores. La categoría II incluía el uso de posiciones estresantes tales como forzarlos a estar parados hasta por cuatro horas, aislarlos hasta por treinta días (con supervisión médica y psicológica), encapucharlos cuando fueran transportados o interrogados, privarlos de luz o de todo estímulo sonoro y utilizar posibles fobias de los detenidos como, por ejemplo, la que se desencadena con el uso de perros. Por último, la categoría III incluía el uso de toallas mojadas o goteras para inducir percepciones de ahogo, exposición de los detenidos al frío o al agua o bien utilizar contacto físico que no causare daños corporales severos. Ante esta solicitud, el Consejero General del Ministerio de Defensa, con el respaldo del Secretario de Estado, autorizó la utilización de las categorías I y II y sólo la última de las técnicas de la categoría III.

Posteriormente, en abril de 2003, el departamento de Defensa formó un grupo de trabajo con el objetivo de elaborar un reporte sobre las técnicas de interrogatorios a los detenidos en la así llamada “guerra contra el terrorismo”, para lo cual, luego de revisar las normas pertinentes del Derecho Internacional y nacional, llegó a recomendar la utilización de las diecisiete técnicas de interrogatorios ya contenidas en el capítulo 34-52 del Manual de Campo del Ejército, junto a otras 18 más agresivas que incluían técnicas como la manipulación de la dieta, el aislamiento y la variación de las condiciones de los lugares donde se realizarían los interrogatorios. Sin embargo, tales intentos institucionales por reformular las técnicas de interrogatorios se vieron frenados por la acción de la prensa y de organizaciones no gubernamentales como *Human Rights Watch*, que denunciaron los abusos cometidos sobre los prisioneros, cuestión que culminó finalmente con el escándalo de la cárcel de Abu-Ghraib en Irak<sup>10</sup>.

Empero, un segundo frente jurídico se abrió ahora en la búsqueda por catalogar el estatuto jurídico de los prisioneros de la “guerra contra el terrorismo”. En efecto, en enero

---

<sup>9</sup> DUNOFF, Jeffrey, RATNER, Steven, WIPPMAN, Davis. 2006. op. Cit: 463 y ss.

<sup>10</sup> A principios del 2003 se sucedieron numerosos casos de abuso y tortura de prisioneros encarcelados en la prisión de Abu Ghraib en Iraq por el personal de la Compañía 372 de la Policía Militar de los Estados Unidos, agentes de la CIA y contratistas involucrados en la ocupación de Iraq. Como motivo de estos incidentes el Departamento de Defensa de Estados Unidos expulsó a 17 soldados y oficiales del servicio y siete soldados fueron acusados de abandono del servicio, maltrato, asalto agravado y lesiones personales. Entre mayo del 2004 y septiembre del 2005, siete soldados fueron condenados en una corte marcial y sentenciados a prisión, rebajados de rango y dados de baja del servicio en forma deshonrosa. Dos soldados, el especialista Charles Grane y su novia Lynndie England fueron sentenciados a 10 y 3 años de prisión respectivamente en juicios que concluyeron el 14 de enero y 26 de septiembre de 2005. La comandante de la prisión, Brigadier General Janis Karpinski fue rebajada de su rango a coronel el 5 de mayo.

de 2002, John Yoo y Robert J. Delahunty enviaron un memorando al Consejero General del Departamento de Defensa de los Estados Unidos en el que planteaban que las Convenciones de Ginebra no eran aplicables a los miembros de grupos terroristas como Al-Qaeda, por lo que no se estaría incurriendo en los crímenes de guerra ahí establecidos al violar algunos de los derechos de los prisioneros de guerra, derechos tales como el no ser objeto de torturas u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. En esta línea, propusieron que la calidad de terrorista correspondía a una categoría jurídica indeterminada a la cual no le era aplicable ninguno de los instrumentos internacionales del Derecho Humanitario, de modo que todo prisionero quedaría irremediabilmente desprovisto de cualquier protección legal.

La posición de los consejeros de la Casa Blanca se basaba fundamentalmente en que el conflicto armado guardaba relación con las fuerzas terroristas de Al-Qaeda y no con el Estado de Afganistán, por lo que las Convenciones de Ginebra no serían aplicables al no ser las primeras una parte contratante. Consecuencialmente, todos los detenidos en esta nueva forma de conflicto carecerían del estatuto jurídico de Prisioneros de Guerra (POWs), pasando a ser “combatientes ilegítimos” y, por tanto, no les serían aplicables ninguno de los derechos consagrados en las Convenciones<sup>11</sup>. La diferencia entre ambos estatutos es fundamental puesto que en virtud del estado de POW se puede demandar al gobierno que garantice ciertos derechos en los juicios específicos, obligación que no es exigible para las comisiones militares de EE.UU. De mismo modo, el estado de POW también proporciona inmunidad a los combatientes por ser parte de un ejército enemigo y obliga a los Estados Unidos a proveer de ciertas condiciones de detención, a pesar de que estas condiciones no son claramente superiores a las condiciones de detención requeridas bajo la Convención sobre Civiles (la Cuarta de Ginebra)<sup>12</sup>.

Sin embargo, esta decisión fue parcial y temporalmente adoptada por la administración, ya que en Febrero de 2002 el Presidente Bush determinó que la calidad de prisioneros de guerra les sería otorgada a los detenidos del gobierno Talibán, más no a los miembros de Al-Qaeda. La distinción se centraba ahora en que aun cuando Afganistán fuese parte de las Convenciones de Ginebra, Al-Qaeda era un grupo terrorista internacional, por lo que sus miembros no gozarían del derecho a ser catalogados como prisioneros de guerra. La justificación para esta determinación fue que fallaban en alcanzar el criterio de prisioneros de guerra puesto que no llevaban uniformes que los distinguieran de la población civil, no estaban organizados en unidades con una cadena de comando identificable y no llevaban a cabo sus operaciones de acuerdo al Derecho y la costumbre internacional<sup>13</sup>.

Finalmente, gracias a las presiones de la comunidad internacional y de diversas organizaciones internacionales<sup>14</sup>, el presidente Bush debió retractarse de estas decisiones y conferir el estatuto jurídico de prisioneros de guerra a todos los detenidos de la “guerra

---

<sup>11</sup> BORELLI, Silvia. *The Treatment of Terrorist Suspects Captured Abroad: Human Rights and Humanitarian Law*. En: BIANCHI, Andrea. *Enforcing International Law Norms Against Terrorism*. 1º Edición. Estados Unidos. Hart Publishing. 2004. pp. 39-61.

<sup>12</sup> STEINER, Henry J., ALTON, Philip, GOODMAN, Ryan. *International Human Rights in Context*. 3º Edición. Estados Unidos. Oxford University Press, Inc. 2008. pp. 404.

<sup>13</sup> BORELLI, Silvia. 2004. op. Cit: 42.

<sup>14</sup> Nos referimos a organizaciones tales como el Centro de Derechos Constitucionales, la Clínica de Derechos Humanos de la escuela de leyes de Columbia, el Centro de justicia y leyes internacionales.

contra el terrorismo". Y es que aun cuando sea difícil adscribir a los miembros de Al-Qaeda a las categorías de las Convenciones de Ginebra, la clasificación unilateral de los Estados Unidos a un grupo de individuos capturados durante un conflicto armado entraba en abierta contradicción con el precepto del artículo 5(2) de la Tercera Convención, el cual prescribe que, en caso de dudas, sólo un tribunal competente podría realizar la determinación sobre el estatuto de los detenidos<sup>15</sup>. Y fue justamente la Corte Suprema de los Estados Unidos quien, tiempo después, refutó la hipótesis de los consejeros de la Casa Blanca otorgándole plena aplicabilidad a los Convenios de Ginebra en la "guerra contra el terrorismo" en virtud del artículo 3 común que versa sobre los conflictos no internacionales<sup>16</sup> y, posteriormente, le entregó jurisdicción a los tribunales federales para conocer de las causas llevadas adelante por cualquier representante de los terroristas detenidos<sup>17</sup>.

Sin embargo, a fines del 2006, tras la decisión de la Corte Suprema en el caso *Hamdam v. Rumsfeld*, el gobierno de Estados Unidos aprobó la Ley de Comisiones Militares o MCA<sup>18</sup>, ley que, si bien sostiene que el artículo 3 es aplicable al conflicto con Al Qaeda, también enmienda la Ley de Crímenes de Guerra de 1996, al definir específicamente las violaciones del Artículo 3 Común, que incurren en responsabilidad penal, y por tanto indirectamente reestructuran la definición de tortura según la ley de Estados Unidos<sup>19</sup>, estipulando que una persona comete serio daño o sufrimiento físico cuando produce una herida al cuerpo que involucra un riesgo real de muerte, un dolor físico extremo, una quemadura u otra desfiguración física de desmesurada medida (aparte de cortes, abrasiones o moretones) o una pérdida o deterioro significativa de

---

<sup>15</sup> BORELLI, Silvia. 2004. op. Cit: 47.

<sup>16</sup> El artículo prescribe que: "En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones: 1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. 2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos. Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto. Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio. La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto". CRUZ ROJA INTERNACIONAL. Convenciones de Ginebra. 1949. [en línea] <<http://www.icrc.org/WEB/SPA/sitespa0.nsf/html/5TDLRM>> [consulta: 20 enero 2010].

<sup>17</sup> CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS. Caso *Hamdam V. Rumsfeld*. Secretary of defense, et Al. Fallo de octubre de 2005. [en línea] [<http://www.supremecourt.gov/opinions/05pdf/05-184.pdf>] [consulta: 20 enero 2010]; y caso *Hambi et. Al v. Rumsfeld, secretar y of defense, et Al.* Fallo de Octubre de 2003. [en línea] <<http://www.supremecourt.gov/opinions/03pdf/03-6696.pdf>> [consulta: 23 enero 2010].

<sup>18</sup> Siglas en ingles de *Military Commissions Act*.

<sup>19</sup> STEINER, Henry J., ALTON, Philip, GOODMAN, Ryan. 2008. op. Cit: 258.

alguna función de un miembro del cuerpo, un órgano o una facultad mental”<sup>20</sup>.

Ahora bien, la definición de la MCA acerca de la tortura y del tratamiento cruel o inhumano se aplica únicamente a las violaciones de la criminalización del Artículo N° 3 Común sobre la Ley de Crímenes de Guerra, y no se aplica a otras proscripciones acerca de torturas e interrogaciones coercitivas, incluyendo a la Enmienda de McCain. Asimismo, también excluye otras ofensas criminales que pueden ocurrir en otras situaciones, tales como asaltos. Y si bien la MCA permite el uso de declaraciones obtenidas por interrogaciones coercitivas como evidencia ante una comisión militar, excluye las declaraciones obtenidas por tortura. Sin embargo, esta ley admite las declaraciones obtenidas por medidas coercitivas con escasa o nula tortura y, si regula que una declaración hecha antes de la promulgación de la Ley de Tratamiento de Detenidos de 2005 tiene “un grado de coerción en disputa”, un juez militar debe dictaminar si la totalidad de las circunstancias hacen la declaración confiable y poseedora de un valor probativo suficiente; además de si el interés de la justicia se verá beneficiado de corroborarse que la afirmación sirve como evidencia; y, finalmente, si la interrogación para obtener la declaración no fue hecha a través de métodos crueles, inhumanos o de tratamiento denigrante prohibido por la Ley de Tratamiento de los Detenidos del 2005.

Finalmente, la administración Bush fue más allá en sus intentos por legitimar el trato que efectivamente le dispensaban a los detenidos en Guantánamo y otras bases militares y llegó a plantear que la CAT no le era aplicable a los Estados Unidos sino en los términos definidos por su propia constitución, puesto que en su ratificación se contempló una reserva que establecía que la obligación de prevenir la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes sólo le era aplicable en la medida que dichos conceptos fueran entendidos en los términos de la Quinta, Octava y/o Décimo cuarta Enmienda Constitucional. Basándose en esta remisión, el Abogado Asistente envió un memorando al Consejero de la Casa Blanca, Alberto González, donde argumentaba que la definición de la tortura proscriba en la sección 2340 requería de una intención específica de infligir dolor o sufrimiento severo ya sea físico o mental, por lo que, al carecer los interrogadores de tal intención, no estarían incumpliendo la prohibición aun cuando existiera daño o sufrimiento como consecuencia no intencionada. Del mismo modo, el memorando volvía a hacer extensible el estado de necesidad como forma de legitimar la tortura y los otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, pero esta vez a la potestad misma del Presidente de los Estados Unidos en su calidad de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas.

En síntesis, podemos afirmar que a todos estos intentos subyace el fin último de legitimar situaciones de hecho que los gobiernos, o bien necesitan justificar, o bien buscan hacerlo, para así contar con herramientas jurídicas eficaces en la lucha contra el terrorismo. Sin embargo, proveerse de tales herramientas, en especial de la tortura o de otras técnicas susceptibles de ser adscritas a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, implica necesariamente contravenir obligaciones internacionales adquiridas en virtud de cualquiera de los instrumentos internacionales que hemos visto con anterioridad. Por ende, la batalla jurídica se ha librado y, como veremos, se sigue librando, en un terreno técnico interpretativo, que insiste en buscar los espacios hermenéuticos apropiados que permitan, a la vez, cumplir con los compromisos internacionales y dotar a las fuerzas armadas, a las policías, a los servicios de inteligencia

---

<sup>20</sup> STEINER, Henry J., ALTON, Philip, GOODMAN, Ryan. 2008. op. Cit: 259.

y, en general, a las fuerza de orden y seguridad de los Estados de herramientas adecuadas que potencien su espectro de posibilidades y que gocen de legitimidad internacional.

Y es que el fenómeno del terrorismo internacional ha devenido en una preocupación fundamental para todos los Estados del mundo contemporáneo, ya que por más de diez años ha estado evolucionado hacia un fenómeno inaprehensible por los marcos normativos vigentes, causando la desarticulación y desorientación de los servicios a los que el Estado encomienda la tarea de velar por el orden y seguridad de los ciudadanos. En efecto, para muchos, los acontecimientos del 9/11 fueron la cristalización de un fenómeno que venía desarrollándose progresivamente desde hace al menos 10 años antes, fenómeno que tanto especialistas jurídicos como miembros de todos gobiernos y agencias de inteligencia venían debatiendo con fervor hace décadas y que obligó a las naciones a adoptar un cambio de enfoque, puesto que la evolución de este proceso ya había cobrado la vida de miles de personas y se temía que el panorama no podía sino empeorar. A continuación, pasaremos a revisar brevemente este proceso evolutivo para así obtener un panorama adecuado de la verdadera magnitud del fenómeno y, con ello, tratar de entender sus características y esbozar una definición.

### **3.2. Breve historia de los ataques terroristas de Al-Qaeda**

La organización terrorista conocida como Al-Qaeda<sup>21</sup> había asestado ya diversos golpes en contra de los Estados Unidos antes del 9/11. En efecto, ya en 1992 personal militar norteamericano que transitaba por Adén, en Yemen, y que actuaba en calidad de fuerzas de paz, fue atacado directamente. Al año siguiente, nuevamente más fuerzas de paz norteamericanas, esta vez desplegadas en Somalia para apoyar la misión humanitaria de Naciones Unidas, fueron víctimas de una emboscada llevada a cabo por guerrillas entrenadas por Al-Qaeda, costándole la vida a dieciocho Rangers<sup>22</sup>, además de otros tantos soldados heridos o mutilados y la pérdida de dos helicópteros Black Hawk. El mismo año, el World Trade Center de Nueva York fue atacado por primera vez con un coche bomba, ataque que culminó con la muerte de ocho personas y que forzó la evacuación de miles de empleados que fueron víctimas de severos casos de inhalación de humo y otras heridas.

Posteriormente, en 1995, el centro de entrenamiento militar de Riyadh, en Arabia Saudita, fue atacado causando la muerte de cinco soldados norteamericanos y más de sesenta heridos. Al año siguiente, fueron atacadas las barracas militares de las Torres Khobar, en Arabia Saudita, mediante un coche bomba, matando al menos a diecinueve norteamericanos y causando más de trescientos heridos.

También en 1995, Al Qaeda planeó bombardear once aviones comerciales de aerolíneas norteamericanas en el Pacífico y logró una exitosa prueba desarrollando una

---

<sup>21</sup> De hecho lo único que verdaderamente se conoce con exactitud es su nombre, algunos de sus miembros, y que fue formada en 1988 por Osama bin Laden con el propósito de reclutar, financiar, transportar y entrenar a miles de guerrilleros de distintos países para unirse a la resistencia Afgana en contra de las Unión Soviética. GLOBAL SECURITY ORGANIZATION. [en línea] <<http://www.globalsecurity.org/military/world/para/al-qaida.htm>> [consulta: 25 enero 2010].

<sup>22</sup> Miembros de elite del Ejército de los Estados Unidos.

bomba de nitroglicerina indetectable que fue transportada por partes a bordo de un avión Filipino, lo que le costó finalmente la vida a pasajeros japoneses. El proyecto recibió el nombre de “Bojinka” y fue únicamente interceptado accidentalmente debido a un incendio que se produjo en el departamento de Ramzi Yousef, un miembro de Al-Qaeda, en Manilla, donde los bomberos encontraron los equipos y planes del grupo<sup>23</sup>.

Además, la organización terrorista llevó a cabo planes para bombardear los túneles Lincoln y Holland en Manhattan, Nueva York, buscando atrapar y ahogar a cientos de autos y sus pasajeros bajo las aguas de los ríos East y Hudson. Asimismo, planearon también explotar el edificio de Naciones Unidas mediante camiones bomba estacionados en el garaje del inmueble, proyectos todos que fueron interceptados únicamente gracias a la exitosa labor de informantes infiltrados en sus células terroristas<sup>24</sup>.

En 1996 el gobierno de Sudán ofreció a Washington entregar a Bin Laden al gobierno de Arabia Saudita o incluso al mismo gobierno norteamericano, pero la oferta fue rechazada y Bin Laden simplemente reinstaló su base de operaciones en Afganistán. La oferta fue rechazada debido a que el entonces director del FBI, Louis Freeh, afirmó que no existían pruebas suficientes como para arrestar y llevar adelante un juicio en contra de Bin Laden<sup>25</sup>.

Luego, en 1998, vinieron los horrores del ataque a las embajadas norteamericanas en Tanzania y Kenya, donde murieron más de doscientas personas y otras cuatro mil quinientas quedaron seriamente heridas. La mayoría de estas víctimas fueron africanas, principalmente, musulmanes. En respuesta, los Estados Unidos enviaron al FBI a recolectar evidencia forense a Dar er Salaam y Nairobi. Además, el presidente Clinton organizó una operación militar simbólica denominada “alcance infinito” que tenía como objetivo atacar los campos de entrenamiento de Al-Qaeda en Afganistán y destruir la planta farmacéutica de Al Shifa en Khartoum, Sudán, ya que se presumía que ahí la organización terrorista desarrollaba armas químicas, puesto que su dueño tenía conexiones financieras con Bin Laden y habían sido descubiertos contactos telefónicos con el antiguo jefe del programa de armas químicas de Irak. Sin embargo, la destrucción de Al Shifa trajo serias consecuencias políticas y los ataques a los campos de entrenamiento fueron inefectivos debido al retraso de varias horas que sufrieron por la necesidad de evitar daños colaterales. Posteriormente, una orden de captura internacional fue emitida por los Estados Unidos en contra del Bin Laden por el bombardeo a las embajadas<sup>26</sup>.

Por último, en octubre del año 2000, fue bombardeado el USS Cole, un destructor de la armada estadounidense, nuevamente en el puerto de Adén, mediante un pequeño bote cargado con explosivos que casi logró hundir el barco causando la muerte de diecisiete infantes de marina. Este fue el segundo atentado de Al-Qaeda en contra de barcos de la armada norteamericana en Adén, ya que, anteriormente, en enero, otro

---

<sup>23</sup> WEDGWOOD, Ruth. *Countering Catastrophic Terrorism: An American View*. En: BIANCHI, Andrea. *Enforcing International Law Norms Against Terrorism*. 1° Edición. Estados Unidos. Hart Publishing. 2004. pp. 105.

<sup>24</sup> *Ibíd.*

<sup>25</sup> WEDGWOOD, Ruth. 2004. op. Cit: 106.

<sup>26</sup> WEDGWODD, Ruth. 2004. op. Cit: 107.

ataque dirigido en contra del USS Sullivans resultó frustrado porque el bote cargado con explosivos se hundió antes de impactar al destructor<sup>27</sup>.

Ahora bien, la actividad de Al-Qaeda no se detuvo con los atentados del 9/11, muy por el contrario, a éste le siguieron una decena de atentados menores donde perecieron más de cuatrocientas cincuenta personas en países como Túnez, Bangladesh, Bali, Arabia Saudita, Marruecos, Rusia, Irak, India y Turquía. Ello hasta que el 11 de marzo de 2004 explotaron trece bombas en cuatro trenes en la capital española, causando la muerte de ciento noventa y un individuos e hiriendo a más de mil ochocientos<sup>28</sup>. Ese mismo año, Rusia fue víctima de la peor crisis de rehenes en su historia; un grupo de chechenos armados se apoderaron de un colegio ruso en el pueblo de Beslan. El enfrentamiento terminó con la muerte de más de 300 civiles, de los cuales la mayoría eran niños. Al año siguiente, el 7 de julio, volvieron a explotar bombas, esta vez en trenes subterráneos y buses de la ciudad de Londres, Inglaterra, provocando la muerte de cincuenta personas y dejando más de setecientos heridos. Ese mismo año, en octubre, sesenta personas perecieron en Nueva Delhi, India, víctimas de un nuevo atentado con artefactos explosivos. En el 2006, se registraron dos nuevos atentados terroristas en la India, los cuales dejaron doscientos veinticuatro muertos y setecientos catorce heridos en Mumbai y también en Sri Lanka, el cual arrojó un total de ciento tres muertos. Luego, en el 2007, se registraron dos nuevos atentados en la India, esta vez con un saldo de ciento once víctimas fatales, así como nuevos atentados en Pakistán que afectaron a más de trescientas personas de las cuales ciento treinta y nueve perdieron la vida. Finalmente, en el 2008, se registraron otros tres atentados en la India, el último en el mes de noviembre, llevado a cabo por Muyaidines del Deccan que dispararon contra grandes hoteles de la ciudad de Mumbai matando a más de cien personas.

Estos hechos hablan por sí mismos y, al momento de escribir estas líneas, los intentos por desarticular esta red terrorista se han volcado sobre una posible intervención en Paquistán. Y si bien existe información de que no pocos atentados han sido desarticulados a tiempo, es indudable que actualmente existen varias células operativas diseminadas por el mundo entero que están planificando su próximo ataque. De ahí, entonces, la gravedad y la urgencia de este asunto, puesto que no en vano afirmamos que el fenómeno del terrorismo es ubicuo, toda vez que afecta a las naciones de todo el mundo en virtud de un principio de selectividad arbitrario y azaroso y que es, por tanto, una realidad omnipresente que acecha, afecta y preocupa a la comunidad internacional en su conjunto.

### **3.3. El terrorismo en América Latina**

El fenómeno del terrorismo no es nuevo en América Latina, por tanto, la preocupación de los Estados de la región por este problema no es reciente. Sin embargo, el tipo de terrorismo verificado en la región durante la segunda mitad del siglo XX no guarda estricta correlación con los casos anteriormente descritos. Y es que parte

---

<sup>27</sup> WEDGWODD, Ruth. 2004. op. Cit: 108.

<sup>28</sup> SANDELL, Richard y FERNÁNDEZ, Lucía. Cronología de atentados terroristas internacionales. Área de Demografía, Población y Migraciones Internacionales. En: Real Instituto Elcano. [en línea] <<http://www.realinstitutoelcano.org/especiales/atentados/docs/cronologia.doc>> [consulta: 2 de febrero 2010].

importante de su población ha solido canalizar históricamente sus conflictos sociales intestinos mediante la creación de grupos subversivos organizados para luchar contra quienes detentaban, para uno u otro propósito, el control de las relaciones de poder sobre un determinado territorio.

En efecto, debido principalmente a la polarización política del siglo XX, en el contexto de la guerra fría, surgieron en gran parte de estos países dictaduras militares con el propósito de contener a diversas fracciones revolucionarias que propugnaban un vuelco radical hacia la izquierda y el comunismo, muchas de las cuales abrazaron el *modus operandi* contemplado por el terrorismo.

Sin embargo, frente a las acciones de estos grupos subversivos, vino luego, en la década de los años 70 y 80, una fuerte -y muchas veces desproporcionada- reacción por parte de las fuerzas armadas de las naciones afectadas, quienes se instalaron por la fuerza en los aparatos estatales, quebrantando la institucionalidad democrática para luchar contra la así llamada “amenaza socialista”, en tanto enemigo en una supuesta “guerra contra el terrorismo”. Estas florecientes y noveles dictaduras militares desplegaron violencia y represión sistemática en la población con el objeto de paralizar cualquier actividad política disidente asociada con la extrema izquierda. En sus versiones más cruentas y radicalizadas, los grupos de poder militarizados llegaron a desplegar un verdadero terrorismo de Estado,<sup>29</sup> mediante la implementación de sofisticados sistemas de represión, en los cuales participaron con entusiasmo los ejércitos y las policías, involucrando incluso técnicas ilegítimas, tales como la detención arbitraria, la tortura y las desapariciones forzadas.

No obstante, una vez recuperada la institucionalidad republicana en la región, en la década de los 90, el terrorismo en América Latina volvió a adquirir su forma de extremismo político, a partir de expresiones sociales de protesta de grupos radicalizados. En la actualidad, algunos de estos grupos subsisten y mantienen como objetivo primordial desestabilizar el sistema democrático, a través de movilizaciones rupturistas cuyo común denominador es ahora un cuestionamiento radical al neoliberalismo que engendraría miseria y marginalidad<sup>30</sup>.

Con todo, la atención regional en los últimos años ha estado centrada en dos casos concretos, a saber, el de Colombia y el de la Zona de la Triple Frontera, denominada así por el lugar donde convergen Argentina, Brasil y Paraguay. En efecto, Colombia ha sido víctima del terrorismo nacional a gran escala durante varios decenios, principalmente por parte de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y otros grupos narcoterroristas como el Ejército de Liberación Nacional (ELN) y las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), todos los cuales han sido designados por Estados Unidos como organizaciones terroristas extranjeras. Estos grupos han sido responsables en los últimos diez años de numerosos ataques terroristas de mayor o menor envergadura entre los que se cuentan múltiples atentados con coches bomba,

---

<sup>29</sup> Entendemos el terrorismo de Estados como “la utilización sistemática de la violencia del aparato estatal con fines de intimidación a los adversarios o disidentes, afectando a veces a la generalidad de la población”. CHUMBITA, Hugo. *Terrorismo*. En: DI TELLA, Torcuato S. et. al. *Diccionario de Ciencias Sociales y políticas*. 1° Edición. Argentina. Emecé. 2001. pp. 692.

<sup>30</sup> BENAVENTE, Andrés. *Entrevista de Carlos Saldivia*. En: *Revista Qué Pasa*. 10 de Enero de 2002.

secuestros, asesinatos políticos, uso indiscriminado de minas terrestres y sabotaje económico dirigido principalmente contra la infraestructura y oleoductos del país<sup>31</sup>.

Por su parte, la zona de la triple frontera ha operado por largo tiempo como un centro regional para las actividades de recaudación de fondos de Hizbollah y Hamas, así como una zona de tráfico de armas y drogas, paso de contrabando, falsificación de documentos y moneda, lavado de dinero y fabricación y transporte de bienes pirateados. Más aún, hasta el año 2003, diversos informes de contrainteligencia norteamericana señalaban la presencia de Al Qaeda en la zona. Para combatir esta amenaza, Estados Unidos creó un foro permanente denominado “3+1” (los tres países de la Triple Frontera más Estados Unidos), cuyo objetivo es alentar la cooperación entre los cuatro países en la lucha contra el terrorismo y su prevención.

En dicho marco, el gobierno argentino se ha comprometido institucionalmente en todos los esfuerzos de antiterrorismo internacionales propiciados por el Diálogo del Antiterrorismo de los “3+1”, a fin de fortalecer la seguridad y buscar las redes de apoyo al terrorismo, especialmente en la zona de la Triple Frontera. Y aunque no se han registrado atentados de terrorismo internacional en territorio argentino en los últimos años, cabe recordar la explosión en la Embajada de Israel en 1992, en la que perecieron veintinueve personas, y la explosión en 1994 en la Asociación Mutual Israelita Argentina (AMIA), proclamada por Hizbollah, que dejó un saldo de ochenta y seis muertos.

Brasil, por su parte, ha dado todo su apoyo práctico a las actividades de antiterrorismo de la región, cooperando principalmente con el análisis de documentos de cientos de personas sospechosas de tener vínculos con organizaciones terroristas. Y aunque la falta de recursos y capacitación a veces ha entorpecido su respuesta, ello no ha sido óbice para que haya oficiado de anfitrión de varias reuniones de trabajo del Diálogo contra el Terrorismo de los “3+1”. Entre muchas otras actividades llevadas a cabo por el gobierno brasileño, destacan la tipificación del delito de financiamiento de actividades terroristas y la aprobación de un proyecto de ley para la penalización del delito cibernético con el objeto de prevenir ataques de terroristas contra los sistemas de computadoras. Por su parte, las fuerzas de seguridad brasileñas continúan investigando la existencia de posibles vínculos entre grupos criminales nacionales, especialmente narcotraficantes, y organizaciones terroristas internacionales. Algunos acontecimientos destacables en la zona fueron los ataques registrados a zonas turísticas y comerciales de Río de Janeiro y los ataques sistemáticos a varias comisarías en Sao Paulo, todos perpetrados con la intención de erosionar la decisión del gobierno de combatir a estos grupos extremistas. Asimismo, también el gobierno brasileño ha informado de algunas incursiones de las FARC en el noroeste de Brasil.

Paraguay, en tanto, también ha colaborado activamente con la coalición mundial contra el terrorismo mediante la ratificación de varios tratados y convenciones internacionales, además de su firme apoyo, en la ONU y la OEA, a la lucha contra el terrorismo. Actualmente, es miembro activo del CICTE y ha oficiado también de anfitrión de las reuniones de Diálogo Antiterrorista de los “3+1”. La principal tarea de Paraguay ha sido el desarrollo de una legislación antiterrorista avocada a la penalización de actividades

---

<sup>31</sup> Seguiremos los lineamientos del Informe sobre el terrorismo en América Latina. DEPARTAMENTO DE ESTADO DE ESTADOS UNIDOS. [en línea] <<http://www.derechos.org/nizkor/terror/usterror2.html>> [consulta: 23 febrero 2010].

de recaudación de fondos para terroristas y lavado de dinero, legislación que les ha permitido enjuiciar estas actividades directamente y no ya por la vía de la evasión tributaria o actividades financieras ilegales. De esta forma, han podido enjuiciar a dos conocidos recaudadores de fondos para la organización terrorista de Hezbollah, Sobhi Fayad y Ali Nizar Dahroug, los cuales fueron sentenciados a largas condenas de prisión en noviembre de 2002 y agosto de 2003, respectivamente.

En síntesis, es posible dilucidar dos etapas consecutivas y superpuestas en las diversas manifestaciones del terrorismo en el continente sudamericano, siendo más peculiar y característica la primera en tanto se aleja, respecto de sus objetivos, de aquellas desplegadas por organizaciones como Al-Qaeda, cuestión que, como veremos adelante en profundidad, representó una especial dificultad en la búsqueda de consensos para definir al terrorismo.

Sin embargo, excluyendo las variantes del terrorismo de Estado y aquellas confrontadas con éstas por objetivos eminentemente políticos, tal vez aún vigentes pero ya en franca retirada, podemos afirmar que, aun cuando no se hayan registrado eventos idénticos a los perpetrados por Al-Qaeda en Estados Unidos, Europa y Asia, la región ha entrado a formar parte del espacio indeterminado sobre el cual se despliega el terrorismo internacional en virtud de un principio de selectividad arbitrario y azaroso ya descrito.

### **3.4. Hacia una definición conceptual del terrorismo global**

Las diversas formas o manifestaciones que ha adoptado el terrorismo en el tiempo y en las distintas regiones del planeta es síntoma inequívoco de la necesidad de distinguir conceptualmente entre los múltiples fenómenos que actualmente son atribuibles a actividades terroristas, para luego intentar determinar cuáles de ellas corresponden efectivamente al fenómeno que ha cuestionando la prohibición internacional de la tortura.

Sin embargo, la delimitación misma del fenómeno ha sido una de las aristas conceptuales más problemáticas y polémicas, principalmente porque a la fecha no ha sido posible obtener el consenso suficiente para definirlo. Y es que dicho concepto es siempre una descripción unilateral hecha desde el poder, es decir, es más una etiqueta que una definición, ya que nunca ha sido voluntariamente aceptada por ningún grupo o individuo. Cuando hablamos de terroristas, siempre lo hacemos desde nosotros y no desde quienes buscamos definir. Más aún, el epíteto de terroristas es casi siempre utilizado por los Estados que sufren sus ataques. De hecho, en toda definición de terrorismo, desde la más coloquial a la más técnica, caben, normalmente, conceptos tales como crímenes de guerra y acciones militares.

Intuitivamente, podemos afirmar que el fenómeno del terrorismo, que hemos descrito en los apartados anteriores, es originario y característico del siglo XX, y nace en el preciso momento en que, dentro de las estrategias bélicas, aparece la idea no ya de atacar el cuerpo del enemigo sino su medio ambiente. Y es que sólo atacando el entorno del enemigo resulta factible suprimir los prerrequisitos básicos para su subsistencia, cuestión que delimitaría los contornos de un concepto moderno del terror llevado a una

era post-hegeliana<sup>32</sup>.

Esta transición de la guerra convencional al terrorismo opera principalmente en la obsolescencia del clásico choque de espadas entre rivales equivalentes. El terror opera más allá del ingenuo nivel de los conflictos armados entre tropas enemigas; implica reemplazar las clásicas formas de batalla por ataques a las condiciones medio ambientales que propician o facultan la forma de vida del enemigo. Lo que gobierna este cambio en el paradigma de la guerra y los enfrentamientos armados es la emergencia de encuentros entre oponentes vastamente disímiles en cuanto a fuerza, potencia y proporciones, tal y como se puede apreciar en los actuales enfrentamientos entre las fuerzas armadas de los Estados y ciertos agentes no estatales<sup>33</sup>.

El descubrimiento del medio ambiente como blanco u objetivo de ataques militares tuvo lugar en las trincheras de la Primera Guerra Mundial. Allí, los soldados de ambos frentes se hicieron tan inaccesibles a las balas y las bombas, que fue necesario recurrir a armas químicas tales como el gas mostaza, para que las debilidades biológicas del enemigo comenzaran a ser entendidas como legítimos blancos de ataques<sup>34</sup>.

Bajo esta perspectiva, el terrorismo de nuestro tiempo respondería al nacimiento de una técnica de destrucción que pasa necesariamente por una teoría del medio ambiente, toda vez que si el cuerpo del enemigo ya no puede ser liquidado por medios directos, el atacante se ve forzado a destruir la continuidad de su existencia mediante su inmersión en un medio ambiente invivible por un periodo suficiente de tiempo<sup>35</sup>. En este aspecto, el terrorismo toma la forma de un ataque a las condiciones medio ambientales de la vida misma del enemigo, comenzando con un veneno que ataca al elemento ambiental más inmediato, el aire que respira, sin perjuicio de que existan infinitas otras formas de infligir violencia a las condiciones de existencia de la humanidad.

Así, el terrorismo moderno logra superar la distinción entre violencia contra las personas y violencia contra las cosas, puesto que comprende una forma de violencia en contra de las cosas indispensables del medio ambiente humano, es decir, justamente aquellas cosas sin las cuales las personas no pueden seguir ya siendo personas<sup>36</sup>. Este terrorismo moderno no es tanto un oponente como un *modus operandi*, una técnica de combate que puede ser utilizada por combatientes de cualquier bando, una voluntad para operar en una zona de guerra extendida donde el enemigo deviene en un objeto del ambiente cuya remoción se torna vital para la subsistencia del sistema.

Ahora bien, en tanto táctica, técnica, mecanismo o estrategia, es necesario dotar al concepto de un propósito, es decir, a la acción de una motivación, con el objeto de circunscribir el campo semántico de la definición. Para estos efectos, el científico político Sunil Khilnani ha definido al terrorismo como “una táctica, un método, una moderna forma de agenciamiento político cuyo objetivo es amenazar la habilidad del Estado para

---

<sup>32</sup> SLOTERDIJK, Peter. Terror from the air. 1° Edición. Estados Unidos. 2009. pp.14-15.

<sup>33</sup> SLOTERDIJK, Peter. 2009. op. Cit: 16.

<sup>34</sup> SLOTERDIJK, Peter. 2009. op. Cit: 18.

<sup>35</sup> SLOTERDIJK, Peter. 2009. op. Cit: 16.

<sup>36</sup> SLOTERDIJK, Peter. 2009. op. Cit: 25.

asegurar la seguridad de sus ciudadanos<sup>37</sup>. En tanto método o *modus operandi*, el terrorismo tendría por propósito atacar a los Estados para minar la legitimidad de su poder soberano.

Si observamos la gran mayoría de las definiciones que se han planteado en ámbitos legislativos y administrativos, es posible afirmar que todas toman en consideración el hecho de que el terrorismo es en definitiva un *modus operandi* que tiene por propósito desestabilizar la legitimidad del poder del Estado. En efecto, en los Estados Unidos, en una ley de 1987, se definió el término de actividad terrorista como toda “organización, participación o instigación de un indiscriminado o injustificado acto de violencia con extrema indiferencia al riesgo de causar la muerte o daño severo a individuos que no participen de actividades hostiles<sup>38</sup>. Posteriormente, este concepto fue ampliado a “la amenaza del uso o el uso calculado de la violencia para inculcar miedo, con la intención de intimidar o coartar a la sociedad o a sus gobiernos<sup>39</sup>. Por su parte, en la legislación sobre el terrorismo de 1984 del Reino Unido, encontramos una definición donde se le entiende como “el uso de la violencia para fines políticos e incluye el uso de la violencia para el propósito de infringir miedo en la población o en cualquier sector de la población<sup>40</sup>, concepto posteriormente actualizado como “la amenaza del uso o el uso de la violencia contra cualquier persona o propiedad, con el propósito de llevar adelante un curso de acción política, religiosa o ideológica<sup>41</sup>”.

Sin embargo, estas definiciones sólo gozan de coherencia con los ataques del 9/11 y otros de similar naturaleza, ataques propios de un tipo particular de terrorismo que ha sido denominado por los especialistas como terrorismo global, y que es posible diferenciar de otras conductas semejantes, pero que no guardan una estrecha correlación con el propósito de operar como una técnica de deslegitimación estatal<sup>42</sup>. Y es que la dificultad intrínseca para definir el terrorismo radica principalmente en la necesidad de distinguir entre diversas formas de violencia y entre distintas formas de conflicto. Ello porque si la definición del terrorismo es igualmente aplicable tanto a las guerras convencionales como a las guerras de guerrillas, el concepto se vuelve inútil y pierde aplicación práctica, puesto que se convierte simplemente en el sinónimo de intimidación violenta en contextos políticos, transformándose así en un concepto negativo que se limita a describir el aspecto maligno de todos los tipos y formas de conflictos armados<sup>43</sup>.

En consecuencia, una primera distinción debe propender a distinguir la violencia perpetrada por individuos o grupos antes que por Estados, y que tiene lugar en tiempos de paz antes que durante un conflicto bélico convencional. De esa forma, podemos

---

<sup>37</sup> TOWNSHEND, Charles. *Terrorism. A Very Short Introduction*. 1° Edición. Estados Unidos. Oxford University Press, Inc. 2002. pp. 5.

<sup>38</sup> DUPUY, Pierre-Marie. *State Sponsors of Terrorism: Issues of International Responsibility*. En: BIANCHI, Andrea. *Enforcing International Law Norms Against Terrorism*. 1° Edición. Estados Unidos. Hart Publishing. 2004. pp. 5 y 6.

<sup>39</sup> DUPUY, Pierre-Marie. 2004. op. Cit: 3.

<sup>40</sup> DUPUY, Pierre-Marie. 2004. op. Cit: 5- 6.

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> HABERMAS, Jürgen. *Reconstruir el Terrorismo*. En: BORRADORI, Giovanna. *La Filosofía en una época de terror*. 1° Edición. Argentina. Editorial Taurus. 2004. pp. 94 y ss.

<sup>43</sup> SCALABRINO, Michelangela. *Fighting Against International Terrorism: The Latin American Response*. En: BIANCHI, Andrea. *Enforcing International Law Norms Against Terrorism*. 1° Edición. Estados Unidos. Hart Publishing. 2004. pp. 168.

diferenciar la así denominada guerra de guerrillas no discriminativa, cuyos principales exponentes serían agrupaciones tales como Hamas, ETA y las FARC, todas las cuales tendrían como objetivo la búsqueda de legitimarse retrospectivamente mediante el propósito de formar Estados autónomos u obtener el control sobre un determinado territorio. Este concepto en particular apunta a identificar ciertas organizaciones que actúan bajo el *modus operandi* del terrorismo, y cuyos ataques se despliegan sobre una masa indefinida de personas puesto que no distinguen entre civiles y militares o entre combatientes y no combatientes.

Estas guerras de guerrillas pueden ser identificadas con tipos más difusos de guerra, en donde se libran batallas en pequeños grupos, optando siempre por un combate prolongado consistente en muchas pequeñas batallas. Y si bien el terrorismo es también una estrategia de combate prolongado, la guerra de guerrillas es básicamente una estrategia de enfrentamiento físico. Tácticamente, las guerrillas llevan a cabo la guerra de la misma forma que los ejércitos convencionales, mientras las estrategias del terrorismo, por el contrario, no luchan por un control territorial efectivo sino, como vimos, por desarticular el poder estatal<sup>44</sup>. En este esquema, el terrorismo global devendría entonces “un método para llevar a cabo sistemáticamente acciones violentas, utilizado por individuos o grupos clandestinos o semi clandestinos, por razones políticas, criminales o idiosincráticas, donde, en contraposición al asesinato, los blancos de la violencia no son los objetivos principales. De hecho, las víctimas humanas más inmediatas son seleccionadas generalmente al azar o selectivamente de un conjunto de la población, y sirven como generadores de mensajes”<sup>45</sup>.

Existen también otras diferencias importantes entre ambas estrategias, diferencias relacionadas, por ejemplo, con el tamaño de las unidades, las armas y los tipos de operaciones. Las guerrillas normalmente combaten en pelotones y a veces incluso hasta en batallones o brigadas. Los terroristas, por su parte, tienden a operar en unidades pequeñas o células. En cuanto a las diferencias en el armamento, las guerrillas normalmente utilizan armamento militar mientras que los terroristas utilizan armas tales como bombas caseras, coches bomba y detonadores barométricos diseñados para explotar en aviones en vuelo. Además, los terroristas no tienen base territorial, a diferencia de la guerrilla, cuestión que los lleva a permanecer inmersos dentro de la población civil, por lo que normalmente no llevan uniformes, mientras que las guerrillas sí.

Estas estrategias dan origen también a una segunda clasificación, superpuesta a la anterior. De acuerdo a T.P. Thornton, las formas de guerras de guerrillas cabrían dentro de lo que él denomina *enforcement terror*<sup>46</sup>, cuyas funciones estarían limitadas a la preservación de la seguridad de la organización terrorista ejerciendo una constante amenaza sobre los ciudadanos para que no revelen información alguna a las fuerzas de seguridad estatales. El ejemplo más claro de este tipo de guerra de guerrillas lo encontraríamos en los conflictos bélicos que tuvieron lugar en durante los años 20 y 21 en Irlanda, durante 1945 a 1950 en Vietnam, durante 1950 en Algeria y durante 1936 a 1939 en Palestina. Por su parte, el terrorismo global se correspondería con lo que el autor llama *agitational terror*, el cual tendría objetivos más extensos y radicales tales como la revolución, la liberación nacional y la guerra santa o Jihad, todos los cuales en definitiva

---

<sup>44</sup> SCALABRINO, Michelangela. 2004. op. Cit: 170

<sup>45</sup> SCALABRINO, Michelangela. 2004. op. Cit: 169.

<sup>46</sup> TOWNSHEND, Charles. 2002. op. Cit: 13.

apuntan concretamente a deslegitimar la autoridad del Estado. Finalmente, este terrorismo agitacional también podría clasificarse como auxiliar o absoluto, siendo éste último aquél capaz de definirse como tal por la obtención de fines políticos únicamente a través del uso sistemático del terror. Y es que el terrorismo puro o terrorismo global resolvería la contradicción inherente entre el poder destructivo de la violencia y la obtención de sus objetivos políticos en algo que algunos autores han llamado la “sacralización de la violencia”<sup>47</sup>.

Sin embargo, la diferencia esencial del terrorismo global con otras estrategias de conflictos es que, además de representar una amenaza permanente y abstracta, tiene como único objetivo explotar la vulnerabilidad de sistemas complejos mediante la deslegitimación del principio de soberanía estatal, ya que a pesar de no expresar objetivos políticos realistas o concretos, triunfa cuando hace tambalear la autoridad del Estado. Ello porque la aprehensión de su mensaje directo es siempre abstracta, compleja o inconclusa. A diferencia de las otras estrategias, en tanto despliegan actos terroristas que apuntan a alcanzar objetivos delimitados tales como liberar miembros de la organización o alguna otra concesión política, el terrorismo global tiene objetivos abstractos y revolucionarios en esferas sociales, espirituales, étnicas y políticas. La ideología profunda que sustentaría semejantes cursos de acción no es más que un rechazo definitivo a la clase de modernidad y secularización, asociada a la tradición filosófica de la Ilustración, entendida no como período histórico del siglo XVIII sino como afirmación de la democracia y de la separación del poder político y las creencias religiosas.

Una última característica del terrorismo global está dada no ya por sus técnicas, propósitos o ideología, sino por la condición de sus perpetradores y por el objeto de su destrucción, cuestiones que lo diferencian sustancialmente de los esquemas tradicionales de interpretación de los conflictos bélicos tradicionales y que impiden además, la aplicación indiscutida de categorías normativas propias del Derecho Internacional Humanitario. Y es que, si bien es innegable que la guerra y el terrorismo global están íntimamente ligados, al punto de que el segundo nace dentro del primero, requerimos de categorías distintas para dar cuenta de sus respectivas lógicas.

En esencia, lo que distingue al terrorismo global de la guerra en tanto técnica o estrategia bélica, es que el primero carece justamente de aquél proceso que define al segundo: el combate. En efecto, desde esta perspectiva la esencia del terrorismo global es la negación del combate, ya que sus blancos son atacados de forma tal que quedan irremediabilmente inhibidos de cualquier forma de defensa. Más aún, sus objetivos pueden ser incluso seleccionados al azar: un mercado, una tienda, un bar, un autobús, un edificio. Y es aquí donde las distinciones clásicas del Derecho Internacional Humanitario dejan de ser útiles. Distinciones tales como grupos beligerantes y neutrales, combatientes y no combatientes, blancos legítimos o ilegítimos, pierden su sentido por provenir de una forma distinta de entender los conflictos bélicos, de una lógica no compatible con aquella que opera en el terrorismo global.

Observamos entonces como esta versión de terrorismo se despliega sobre grupos no combatientes utilizados como blancos objetos de violencia. Es atacando objetivos

---

<sup>47</sup> El Concepto apunta a una señalar una creencia casi mística en el poder transformador de la violencia. TOWNSHEND, Charles. 2002. op. Cit: 15.

indefensos como el terrorismo global genera sus efectos políticos, cuestión que nos permite distinguir entre los objetivos o blancos concretos, a saber, las víctimas inocentes, y la masa resonante, es decir, la ciudadanía dolida y expectante, siendo esta última la que generaría la presión política y el convencimiento que llegaría en definitiva a quebrantar el principio de soberanía estatal. Por consiguiente, existen dos lógicas que subyacen a cada uno de estos fenómenos, toda vez que “la guerra opera bajo una lógica coercitiva, mientras que el terrorismo opera bajo una lógica impresiva. La guerra es física, el terrorismo es mental, ya que el poder físico de destrucción del terrorismo puede ser en principio, minúsculo”<sup>48</sup>. De hecho, a diferencia de la guerra, los ataques terroristas del 9/11 tuvieron un efecto destructivo aislado y en términos cuantitativos bastante reducidos.

En síntesis, aun cuando no sea fácil determinar un concepto para el terrorismo global, hemos visto que la raíz del fenómeno, en tanto estrategia de combate, puede ser trazada en los albores del siglo XX como una manifestación evolutiva de los conflictos bélicos, evolución que puede entenderse como el tránsito desde la guerra convencional entre Estados, hacia una guerra contra el Estado. Esta nueva forma de enfrentamiento al poder soberano puede ser caracterizada tanto por la desigualdad de los contendientes, y en ella en la necesidad del más débil de atacar el medio ambiente de su enemigo -su sustrato social o legitimidad- como por el desplazamiento de los campos de batalla desde la geografía a la sociología, trasladándose de forma abstracta al tejido social mismo del enemigo.

Definido entonces como técnica o *modus operandi*, el terrorismo incorpora rápidamente los cambios paradigmáticos de la modernidad y sus avances tecnológicos y deviene en una sofisticada estrategia ofensiva contra el Estado moderno con el único propósito y alcance de socavar sus bases de legitimidad cuestionando la habilidad de asegurar la seguridad de sus ciudadanos y explotando algunas de las múltiples vulnerabilidades que presentan los sistemas sociales de alta complejidad.

Sin embargo, en este proceso evolutivo, el terrorismo global desarrollará una característica única que lo distinguirá para siempre de su origen bélico tradicional, y que nos obligará, consecuentemente, a buscar nuevas categorías conceptuales para referirse y normar el fenómeno. Y es que la guerra se caracteriza por la presencia del fenómeno central del combate, el enfrentamiento, el choque de fuerzas, mientras que al terrorismo global lo define la ausencia del combate, puesto que no existe en él un enfrentamiento de esta naturaleza y, por tanto, no existirán nunca más combatientes, batallas, ni victorias, cuestión que arrastra a la obsolescencia las categorías clásicas del Derecho Internacional Humanitario y transforma al terrorismo global esencialmente en una amenaza permanente, soterrada y abstracta al principio de la soberanía estatal, triunfando cada vez que logre hacer tambalear la autoridad del Estado.

---

<sup>48</sup> TOWNSHEND, Charles. 2002. op. Cit: 15.

## CAPÍTULO 4

### Análisis jurídico del terrorismo global

#### 4.1. Instrumentos del Derecho Internacional

En el Derecho Internacional, el problema de definir el terrorismo global tiene una larga historia. El primer intento de llegar a una definición aceptable que gozara del consenso internacional fue llevado a cabo en el borrador del tratado que dio origen a la Liga de las Naciones de 1937, donde se le definió como “toda actividad criminal dirigida en contra de un Estado con la intención de crear un estado de terror en la mente de determinadas personas, grupo de personas o del público en general”<sup>49</sup>. Sin embargo, pese a que dicho convenio fue aprobado, nunca llegó a entrar en vigor.

Luego de este fracaso, sobrevino un largo período de estancamiento de la discusión en el foro internacional propiciado por Naciones Unidas, principalmente debido a problemas de índole política, puesto que las naciones en desarrollo se negaban a aceptar que el concepto de terrorismo incluyera actos de violencia perpetrados por los así llamados “rebeldes libertarios”<sup>50</sup>. Paralelamente, las naciones desarrolladas no concordaban en rol del “terrorismo de Estado” dentro de esta definición ni tampoco aceptaban la excepción de los rebeldes libertarios, lo que llevó a un estancamiento en la discusión y a una sintomática falta de consenso que parecía no tener solución hasta que sobrevino el episodio de las Olimpiadas de 1972<sup>51</sup>, cuyo impacto fecundó la posibilidad de generar una nueva aproximación al problema.

En términos generales, el giro dado por la comunidad internacional estribó en abandonar cualquier intento por abordar el problema del terrorismo en términos generales u omnicomprensivos y, en su lugar, fue considerado más conducente avocarse a suprimir ciertos actos o conductas terroristas específicas, actos en los que existía ya cierto consenso. De esa forma, la gran mayoría de los miembros de Naciones Unidas optaron por redactar convenciones que prohíben un conjunto de conductas aisladas y que obvian cualquier definición del terrorismo como conducta generalizada.

En virtud de este enfoque sectorial, se gestaron desde 1963 una miríada de instrumentos jurídicos universales -cada uno avocado a una forma específica de

---

<sup>49</sup> REINISH, August. *The Action of the European Union to Combat International Terrorism*. En: BIANCHI, Andrea. *Enforcing International Law Norms Againsts Terrorism*. 1º Edición. Estados Unidos. Hart Publishing. 2004. pp. 145

<sup>50</sup> Concepto traducido de la voz anglosajona “*Freedom Fighters*” que hace referencia a individuos o grupos de individuos que luchan por su derecho a la auto-determinación. CASSESE, Antonio. *Terrorism as an International Crime*. En: BIANCHI, Andrea. *Enforcing International Law Norms Againsts Terrorism*. 1º Edición. Estados Unidos. Hart Publishing. 2004. pp. 214 y ss.

<sup>51</sup> El 5 de septiembre de 1972 un grupo de terroristas palestinos asesinaron a dos atletas israelíes, y tomaron a otros nueve como rehenes. Tras un frustrado intento de rescate, los rehenes y terroristas, con excepción de tres, acabaron muertos y los juegos prosiguieron su curso normal.

terrorismo- generando narrativas jurídicas fragmentarias y muchas veces disonantes<sup>52</sup>, en una red de tratados que podrían ser unificados fácilmente listando los distintos actos y conductas que prohíben e incorporando en ellos un elemento de jurisdicción universal. Esta red de tratados está conformada por una serie de convenios, convenciones y protocolos que conforman lo que podríamos denominar el Sistema Universal, puesto que junto a ellos nuevamente existe también una serie de instrumentos de aplicación regional.

El Sistema Universal está conformado por el Convenio sobre las Infracciones y Ciertos Otros Actos Cometidos a Bordo de las Aeronaves<sup>53</sup>, celebrado en 1963 en la ciudad Tokio, más conocido como Convenio sobre Seguridad en la Aviación; el Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves<sup>54</sup>, conocido como Convenio de La Haya, celebrado en 1970; el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil<sup>55</sup>, conocido como Convenio de Montreal y celebrado en 1971; la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, Inclusive los Agentes Diplomáticos<sup>56</sup>, celebrada en 1973;

---

<sup>52</sup> KOLB, Robert. *The Exercise of Criminal Jurisdiction over International Terrorists*. En: BIANCHI, Andrea. *Enforcing International Law Norms Against Terrorism*. 1º Edición. Estados Unidos. Hart Publishing. 2004. pp.229.

<sup>53</sup> ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Convenio sobre Infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las Aeronaves. Tokyo, Japón. 1963. [en línea] <<http://www.un.org/spanish/terrorism/index.shtml>> [consulta: 15 marzo 2010]. El tratado se aplica a los actos que afecten a la seguridad durante el vuelo, y autoriza al comandante de la aeronave a imponer medidas razonables, de carácter coercitivo, contra toda persona que le dé motivos para creer que ha cometido o está a punto de cometer un acto de esa índole, siempre que sea necesario para proteger la seguridad de la aeronave; y exige que las partes contratantes asuman la custodia de los infractores y devuelvan el control de la aeronave a su legítimo comandante.

<sup>54</sup> ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves. La Haya, Holanda. 1970. [en línea] <<http://www.un.org/spanish/terrorism/index.shtml>> [consulta: 15 marzo 2010]. El tratado considera delito que una persona que esté a bordo de una aeronave en vuelo “ilícitamente, mediante la fuerza o la amenaza del uso de la fuerza, o cualquier forma de intimidación, se apodere de la nave o ejerza control sobre ella” o intente hacerlo. Además Exige que las partes en el convenio castiguen los secuestros de aeronaves con “penas severas” y que las partes que hayan detenido a infractores extraditen al infractor o lo hagan comparecer ante la justicia. Por último, exige además que las partes se presten asistencia mutua en los procedimientos penales incoados con arreglo al convenio.

<sup>55</sup> ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil. Montreal, Canadá. 1971. [en línea] <<http://www.un.org/spanish/terrorism/index.shtml>> [consulta: 15 marzo 2010] El Convenio establece que comete delito quien ilícita e intencionalmente perpetre un acto de violencia contra una persona a bordo de una aeronave en vuelo si ese acto pudiera poner en peligro la seguridad de la aeronave; coloque un artefacto explosivo en una aeronave; o intente cometer esos actos; o sea cómplice de una persona que perpetre o intente perpetrar tales actos. Además, exige que las partes en el convenio castiguen estos delitos con “penas severas”; y que las partes que hayan detenido a los infractores extraditen al infractor o lo hagan comparecer ante la justicia.

<sup>56</sup> ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos. Nueva York, Estados Unidos. 1973. [en línea] <<http://www.un.org/spanish/terrorism/index.shtml>> [consulta: 15 marzo 2010]. La convención define a la “persona internacionalmente protegida” como un Jefe de Estado, Ministro de Relaciones Exteriores, representante o funcionario de un Estado o una organización internacional que tenga derecho a protección especial en un Estado extranjero y sus familiares; y exige a las partes que tipifiquen como delito “la comisión de un homicidio, secuestro u otro atentado contra la integridad física o la libertad de una persona internacionalmente protegida,

la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes<sup>57</sup> de 1979; la Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares<sup>58</sup> de 1980; el Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos de Violencia en los Aeropuertos que Presten Servicio a la Aviación Civil Internacional<sup>59</sup>, Protocolo Complementario del Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil suscrito en 1988; el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima<sup>60</sup> de 1988; el Protocolo de 2005<sup>61</sup> del Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima; el Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la

---

la comisión de un atentado violento contra los locales oficiales, la residencia particular o los medios de transporte de tal persona; la amenaza de cometer tal atentado”, y de todo acto que “constituya participación en calidad de cómplice” y los castiguen “con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su carácter grave”.

<sup>57</sup> ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Convención internacional contra la toma de rehenes. Nueva York, Estados Unidos. 1979. [en línea] <<http://www.un.org/spanish/terrorism/index.shtml>> [consulta: 15 marzo 2010]. La Convención dispone que “toda persona que se apodere de otra o la detenga, y amenace con matarla, herirla o mantenerla detenida a fin de obligar a un tercero, a saber, un Estado, una organización internacional intergubernamental, una persona natural o jurídica o un grupo de personas, a una acción u omisión como condición explícita o implícita para la liberación del rehén, comete el delito de toma de rehenes en el sentido de la presente Convención”.

<sup>58</sup> ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Convención sobre la protección física de los materiales nucleares. Nueva York, Estados Unidos. 1980. [en línea] <<http://www.un.org/spanish/terrorism/index.shtml>> [consulta: 15 marzo 2010]. Esta tipifica la posesión ilícita, la utilización, la transferencia y el robo de materiales nucleares, y la amenaza del empleo de materiales nucleares para causar la muerte o lesiones graves a una persona o daños materiales sustanciales.

<sup>59</sup> ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional. Nueva York, Estados Unidos. 1988. [en línea] <<http://www.un.org/spanish/terrorism/index.shtml>> [consulta: 15 marzo 2010]. Este instrumento amplía las disposiciones del Convenio de Montreal para incluir los actos terroristas cometidos en los aeropuertos que prestan servicios a la aviación civil internacional.

<sup>60</sup> ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima. Nueva York, Estados Unidos. 1988. [en línea] <<http://www.un.org/spanish/terrorism/index.shtml>> [consulta: 15 marzo 2011]. Este instrumento establece un régimen jurídico aplicable a los actos cometidos contra la navegación marítima internacional parecido a los regímenes establecidos respecto de la aviación internacional, y dispone que comete delito la persona que ilícita e intencionalmente se apodere de un buque o ejerza control sobre éste por medio de la fuerza, la amenaza o la intimidación, cometa un acto de violencia contra una persona que se encuentra a bordo de un buque si dicho acto pudiera poner en peligro la seguridad de la navegación del buque, coloque un artefacto o sustancia destructivos a bordo de un buque, y perpetre otros actos contra la seguridad de los buques.

<sup>61</sup> ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Protocolo Complementario al Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima. Nueva York, Estados Unidos. 2005. [en línea] <<http://www.un.org/spanish/terrorism/index.shtml>> [consulta: 15 marzo 2011]. Éste instrumento tipifica la utilización de un buque como instrumento para favorecer la comisión de un acto de terrorismo, así como el transporte a bordo de un buque de diversos materiales a sabiendas de que se pretende utilizarlos para causar o para amenazar con causar muertes, heridas graves o daños, a fin de favorecer la comisión de un acto de terrorismo. Tipifica también el transporte a bordo de un buque de personas que han cometido actos de terrorismo, e introduce procedimientos para regular el embarque en un buque sospechoso de haber cometido un delito previsto por el Convenio.

Seguridad de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental<sup>62</sup>, suscrito en 1988; el Protocolo de 2005<sup>63</sup> del Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental; el Convenio sobre la Marcación de Explosivos Plásticos para los Fines de Detección<sup>64</sup>, suscrito en 1991; el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas<sup>65</sup> de 1997, el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo<sup>66</sup> de 1999; y, finalmente, el Convenio Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear<sup>67</sup>, suscrito el 2005, pero que a la fecha de esta investigación,

---

<sup>62</sup> ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental. Nueva York, Estados Unidos. 1988. [en línea] <<http://www.un.org/spanish/terrorism/index.shtml>> [consulta: 15 marzo 2010]. El protocolo establece un régimen jurídico aplicable a los actos realizados contra plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental similar a los regímenes establecidos respecto de la aviación internacional.

<sup>63</sup> ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Protocolo del Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental. Nueva York, Estados Unidos. 2005. [en línea] <<http://www.un.org/spanish/terrorism/index.shtml>> [consulta: 15 marzo 2010]. Esta adapta los cambios en el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima al contexto de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental.

<sup>64</sup> ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección. Nueva York, Estados Unidos. 1991. [en línea] <<http://www.un.org/spanish/terrorism/index.shtml>> [consulta: 15 marzo 2010]. Su objetivo es controlar y limitar el empleo de explosivos plásticos no marcados e indetectables (negociado a raíz de la explosión de una bomba en el vuelo 103 de Pan Am en 1988). En virtud de este instrumento las partes están obligadas a asegurar en sus respectivos territorios un control efectivo de los explosivos plásticos “sin marcar”, es decir los que no contengan uno de los agentes de detección enumerados en el anexo técnico del tratado.

<sup>65</sup> ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas. Nueva York, Estados Unidos. 1997. [en línea] <<http://www.un.org/spanish/terrorism/index.shtml>> [consulta: 15 marzo 2010]. Este crea un régimen de jurisdicción universal respecto de la utilización ilícita e intencional de explosivos y otros artefactos mortíferos en, dentro de o contra diversos lugares de uso público definidos con la intención de matar u ocasionar graves lesiones físicas o con la intención de causar una destrucción significativa de ese lugar.

<sup>66</sup> ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo. Nueva York, Estados Unidos. 1999. [en línea] <<http://www.un.org/spanish/terrorism/index.shtml>> [consulta: 15 marzo 2010]. Como ya vimos, este instrumento insta a las partes a que adopten medidas para prevenir y contrarrestar la financiación de terroristas, ya sea directa o indirectamente, por medio de grupos que proclamen intenciones caritativas, sociales o culturales o que se dediquen también a actividades ilícitas, como el tráfico de drogas o el contrabando de armas. Además, compromete a los Estados a exigir responsabilidad penal, civil o administrativa por esos actos a quienes financien el terrorismo, y prevé la identificación, congelación y confiscación de los fondos asignados para actividades terroristas, así como la distribución de esos fondos entre los Estados afectados, en función de cada caso.

<sup>67</sup> ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Convenio Internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear. Nueva York, Estados Unidos. 2005. [en línea] <<http://www.un.org/spanish/terrorism/index.shtml>> [consulta: 15 marzo 2010]. Este instrumento contempla una amplia gama de actos y posibles objetivos, incluidas las centrales y los reactores nucleares, además de contemplar la amenaza y la tentativa de cometer dichos delitos o de participar en ellos, en calidad de cómplice. Establece también que los responsables deberán ser enjuiciados o extraditados, y alienta a los Estados a que cooperen en la prevención de atentados terroristas intercambiando información y prestándose asistencia mutua en las investigaciones penales y procedimientos de extradición. Finalmente también contempla tanto las situaciones de

aún no entra en vigor dado que aún no ha sido ratificado por los 22 Estados miembros. Cabe mencionar que, en 2005, la comunidad internacional introdujo cambios sustantivos en tres de estos instrumentos universales, a fin de que tuvieran específicamente en cuenta la amenaza del terrorismo global<sup>68</sup>.

Por último, es necesario destacar que en virtud de la Resolución N°1373, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas estableció el Comité de Contra-terrorismo (CTC)<sup>69</sup>, órgano internacional que nació con el objeto de monitorear las implicaciones de la resolución que le dio origen<sup>70</sup>. Por su parte, en los niveles regionales, donde los lazos políticos y culturales parecen permitir menos restricciones en el accionar y en la gestación de los consensos, los esfuerzos por acordar instrumentos que se desvíen del enfoque sectorial propio del Sistema Universal, parecen haber dado mejores resultados.

La organización regional pionera en suscribir un tratado sobre el terrorismo fue la OEA, organización que abrió el camino con la adopción de la Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo Configurados en Delitos contra las Personas y la Extorsión Conexa cuando estos tengan Trascendencia Internacional<sup>71</sup>, convención celebrada en Washington en 1971. Posteriormente, para enfrentar de forma coordinada este fenómeno, los gobiernos del hemisferio occidental llevaron a cabo una serie de reuniones multilaterales en las que adquirieron el compromiso de prevenir, combatir y eliminar el terrorismo<sup>72</sup>. Dentro de estas reuniones, destaca la Segunda Conferencia Especializada en Terrorismo de 1998, donde se acordó la adopción del llamado Compromiso de Mar del Plata, el cual urgía al establecimiento, dentro de la OEA, de un órgano regional especializado en el tema del terrorismo global, compuesto por las autoridades nacionales competentes de sus Estados miembros. Este esfuerzo fue posteriormente reafirmado por los jefes de Estado del hemisferio a través de un Plan de Acción surgido en el contexto de la Segunda Cumbre de las Américas, celebrada en Chile ese mismo año.

De acuerdo a sus propios estatutos, este Comité Interamericano contra el Terrorismo (CICTE) tiene como propósito principal “promover y desarrollar la cooperación entre los Estados Miembros para prevenir, combatir y eliminar el terrorismo, de acuerdo con los principios de la Carta de la OEA, con la Convención Interamericana contra el

---

crisis (prestación de asistencia a los Estados para resolver la situación) como las situaciones posteriores a la crisis (disposición del material nuclear por conducto del Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA) a fin de garantizar su seguridad).

<sup>68</sup> El 8 de julio de ese año, los Estados aprobaron las Enmiendas a la Convención sobre la protección física de material nuclear; el 14 de octubre aprobaron el Protocolo de 2005 del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y el Protocolo de 2005 del Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental.

<sup>69</sup> Siglas en inglés correspondientes a *Counter-Terrorism Committee*.

<sup>70</sup> STEINER, Henry J., ALTON, Philip, GOODMAN, Ryan. op. Cit: 381.

<sup>71</sup> ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo Configurados en Delitos contra las Personas y la Extorsión Conexa cuando estos tengan Trascendencia Internacional. Washington. D.C., Estados Unidos. 1971. [en línea] <<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-49.html>> [consulta: 25 marzo 2010].

<sup>72</sup> Nos referimos a la Primera Cumbre de las Américas, celebrada en 1994, la Primera Conferencia Especializada en Terrorismo, celebrada en Lima en 1996, y una Segunda Conferencia Especializada en Terrorismo, celebrada en Mar del Plata en 1998.

Terrorismo, y con pleno respeto a la soberanía de los países, al Estado de derecho y al Derecho Internacional, incluidos el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional de los refugiados”<sup>73</sup>. Sin lugar a dudas, ha sido este órgano internacional el que, desde su creación, ha marcando la pauta entre las instituciones regionales para coordinar y materializar la campaña internacional contra el terrorismo global a largo plazo.

Junto al CICTE, es necesario destacar también la creación de la Convención Interamericana contra el Terrorismo<sup>74</sup>, cuyos orígenes se remontan a la 24 Reunión de Consulta de los Ministros de Relaciones Exteriores de los Estados de América, instancia en donde se aprobó la resolución “Amenaza Terrorista en las Américas”, documento que incluía una serie de acciones programáticas<sup>75</sup>, dentro de las cuales se contemplaba la redacción de este tratado. Esta Convención Interamericana contra el Terrorismo fue finalmente suscrita el 3 de junio del año 2002 por treinta Estados Miembros durante la Asamblea General de la OEA en Bridgetown, Barbados, y entró en vigencia en julio de 2003. A esta fecha, 21 Estados miembros son parte de la Convención<sup>76</sup>.

Por su parte, en el viejo continente encontramos la Convención Europea sobre la Eliminación del Terrorismo<sup>77</sup>, celebrada en Estrasburgo en 1977, que enmarcada dentro el enfoque sectorial descrito, tampoco establece una definición clara de terrorismo, sino que se limita a prohibir ciertos tipos de conductas particulares. Para encontrar definiciones ciertas en esta región, tenemos que dirigirnos específicamente a una Decisión Referencial adoptada formalmente por el Consejo de Europa el año 2002, donde se definió el concepto de terroristas como “un grupo estructurado de más de dos personas, establecido durante un período de tiempo que actúan concertadamente para cometer actos de

---

<sup>73</sup> Página web del CICTE [en línea] [<http://www.cicte.oas.org/rev/es/>] [consulta: 20 marzo 2010].

<sup>74</sup> ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Convención Interamericana contra el Terrorismo. Bridgetown, Barbados. 2002. [en línea] [[http://www.oas.org/xxxiiga/espanol/documentos/docs\\_esp/agres1840\\_02.htm](http://www.oas.org/xxxiiga/espanol/documentos/docs_esp/agres1840_02.htm)] [consulta: 20 marzo 2010].

<sup>75</sup> La declaración contiene asuntos tales como:

- Exhortar a todos los Estados Miembros a reforzar la cooperación, en los planos regional e internacional, para perseguir, capturar, enjuiciar, sancionar y cuando corresponda, acelerar la extradición de los perpetradores, organizadores y patrocinadores de actos terroristas, así como fortalecer la cooperación judicial recíproca y el intercambio oportuno de información.
- Instruir al Consejo Permanente para que convoque lo antes posible una reunión del Comité Interamericano Contra el Terrorismo, a fin de que identifique acciones urgentes dirigidas a fortalecer la cooperación interamericana para prevenir, combatir y eliminar el terrorismo en el hemisferio.
- Encomendar al Consejo Permanente la elaboración de un proyecto de Convención Interamericana contra el Terrorismo, con miras a presentarlo a la próxima Asamblea General de la OEA. Asimismo, instar a los estados a estudiar la repercusión jurídica internacional de la conducta de las autoridades gubernamentales que apoyan con financiamiento, protección o amparo a personas y grupos terroristas.

<sup>76</sup> Estados Partes de la Convención a la fecha son Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Grenada, Guatemala, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Paraguay, Panamá, Perú, República Dominicana, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

<sup>77</sup> CONSEJO DE EUROPA. Convención Europea sobre la Eliminación del Terrorismo. Estrasburgo, Francia. 1977. [en línea] <<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/090.htm>> [consulta: 20 marzo 2010].

terrorismo”<sup>78</sup>, y a una resolución del Parlamento Europeo de 1996, donde se define a los actos terroristas como “cualquier acto cometido por individuos o grupos, que involucre el uso de amenazas o violencia, en contra de un país, sus instituciones, su población en general o individuos específicos, que tenga por propósito crear un estado de terror entre las agencias públicas, ciertos individuos o grupos de la sociedad o en el público en general, y cuyos motivos sean el separatismo, el extremismo ideológico, el fanatismo religioso u otros factores irracionales subjetivos”<sup>79</sup>.

Por último, en otras regiones del mundo encontramos la Convención para la Eliminación del Terrorismo de la Asociación Asiática de Cooperación Regional, celebrada en Katmandú en 1986, la Convención Árabe por Eliminar el Terrorismo, celebrada en El Cairo en 1998 por los países de la Liga Árabe, el Tratado de Cooperación de los Estados Independientes de la Commonwealth para Combatir el Terrorismo, celebrado en Minsk el año 1999 y la Convención Africana para Prevenir y Combatir el Terrorismo celebrada en Argelia el mismo año.

## 4.2. Definiciones en el Derecho Internacional

A pesar de este enfoque sectorial, prolífero en convenciones y tratados que prohíben un conjunto conductas aisladas y que obvian cualquier definición del terrorismo como conducta generalizada, podemos constatar también ciertas iniciativas paralelas que han procurado brindar definiciones operativas del terrorismo global como concepto general. En efecto, producto del giro en el clima político de la comunidad mundial que siguió a la caída de los regímenes socialistas, así como el gradual desprecio a las guerras de liberación nacional, se gestó un nuevo consenso internacional apto ahora para lograr acuerdos más amplios que gradualmente fueron incorporando definiciones generales que no contemplaban excepciones.

Así, surgieron instrumentos internacionales tales como la resolución 48/122, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1993, resolución que definió al terrorismo como “actividades cometidas por cualquier persona y en cualquier lugar, que tengan por objetivo la destrucción de los Derechos Humanos, libertades fundamentales y la democracia, amenazando la integridad territorial y la seguridad del Estado, desestabilizando a gobiernos legítimamente constituidos, socavando el pluralismo de la sociedad civil y con consecuencias adversas para el desarrollo económico y social del Estado”<sup>80</sup>. En esta línea, al año siguiente, este mismo órgano aprobó la resolución 49/60, en la cual se definió al terrorismo como “todo acto, método o práctica, cometido por cualquier persona en cualquier lugar, de índole criminal e injustificable, llevado a cabo con la intención o propósito de provocar un estado de terror en el público general, un grupo de personas en particular o ciertas personas con propósitos políticos, no importando las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra naturaleza que sean invocadas”<sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> REINISH, August. 2004. op. Cit: 143.

<sup>79</sup> REINISH, August. 2004. op. Cit: 144.

<sup>80</sup> SCALABRINO, Michelangela. 2004. op. Cit: 165.

<sup>81</sup> ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Resolución 48/60 sobre Medidas para Combatir el Terrorismo Internacional. Nueva York, Estados Unidos. 1994. [en línea] <<http://www.un.org/documents/ga/res/49/a49r060.htm>> [consulta: 15 de Abril de 2010].

Sin embargo, el paso más claro hacia una definición jurídica internacional del terrorismo tuvo lugar en 1999 con la adopción de la Convención Internacional para la Supresión del Financiamiento del Terrorismo, la cual prohíbe el financiamiento de todas las actividades prohibidas por las convenciones anti-terroristas existentes listadas en un anexo, más otros actos de terrorismo. Estos otros actos están circunscritos al artículo 2 de la Convención que entiende por acto terrorista “cualquier acto dirigido o encaminado a causar la muerte o daños corporales severos a civiles, o a cualquier otra persona que no participe de las hostilidades en un conflicto armado, cuando tenga por propósito, ya sea por su naturaleza o contexto, intimidar a la población o compeler a un gobierno o a cualquier organización internacional a hacer o no hacer algo”<sup>82</sup>.

Sobre esa base, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas introdujo en agosto del 2004, la Resolución N° 1566 que tuvo por objetivo, en gran medida, expandir el trabajo de un Comité del Consejo de Seguridad más allá de Al Qaeda y del Talibán abriendo un nuevo camino en la definición del terrorismo, recordando que “los actos criminales, incluidos los efectuados contra civiles, cometidos con el objeto de causar la muerte o grave daño físico o tomar prisionero; con el propósito de invocar un estado de terror en la población, a un grupo de personas o a alguien en particular, intimidando a la población o para obligar a un gobierno o una organización internacional a hacer o retenerse de hacer algún acto en específico, y cualquier otro acto que constituya ofensas en el ámbito de, y como es definido en los protocolos y convenciones internacionales relacionadas con el terrorismo, bajo ninguna circunstancia justificable por consideraciones tanto políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o cualquiera otra de esta naturaleza”<sup>83</sup>. Sin embargo, la definición se vale de conceptos tan amplios que incluso defensores de Derechos Humanos o activistas políticos pacíficos, podrían caer fácil e involuntariamente víctimas de las medidas defendidas en la Resolución. Es más, ella ni siquiera requiere que dicho acto sea contribuyente a “actos terroristas”, tales como abastecer alojamiento sin saberlo. Por el contrario, basta con que sea hecha con la intención o con el consentimiento de que están asistiendo al crimen.

Y es justamente el recurrir a tal excepcionalmente amplio lenguaje, lo que impide en gran medida obtener el consenso general necesario para acordar y adoptar una definición operativa sobre el terrorismo, puesto que definiciones como la de la Resolución citada, apelan eventualmente a adoptar medidas que no permiten que los individuos prevean si sus actos son legales o no, requerimiento básico para el Derecho Penal<sup>84</sup>. En términos prácticos, la adopción de definiciones amplias ha llevado a algunos Estados a implementar la legitimidad internacional conferida por la autorización del Consejo de Seguridad para definir al terrorismo y así reprimir o deslegitimizar a oponentes políticos asociándolos con Al-Qaeda. De esa forma, China acusó a los separatistas uigures en Xinjiang de ser terroristas, Rusia declaró que los rebeldes chechenos eran terroristas, aun cuando muchos están batallando en un conflicto interno, e India rara vez hace la distinción entre militares y terroristas en Kashmir. Asimismo en Indonesia, las insurgencias en Aceh y en Papú Occidental han sido catalogadas y confrontadas como actos terroristas, tal como la insurgencia maoísta en Nepal y los movimientos islámicos en Marruecos<sup>85</sup>,

---

<sup>82</sup> CASSESE, Antonio. 2004. op. Cit: 215.

<sup>83</sup> CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS. Resolución 1566 (2004). op. Cit.

<sup>84</sup> STEINER, Henry J., ALTON, Philip, GOODMAN, Ryan. 2008. op. Cit: 380.

<sup>85</sup> STEINER, Henry J., ALTON, Philip, GOODMAN, Ryan. 2008. op. Cit: 381.

cuestión que también ha tenido ciertas repercusiones en nuestro país a propósito del conflicto mapuche.

De ahí, entonces, que no podamos afirmar con propiedad que exista un consenso suficiente respecto de la definición legal de terrorismo, puesto que a pesar de diversos intentos, la comunidad internacional aún no han sido capaz de acordar una definición estricta y operativa, condición *sine qua non* para la eventual promulgación de una convención comprensiva que reemplace a las trece Convenciones existentes a la fecha<sup>86</sup>. Actualmente, los Estados miembros de Naciones Unidas están negociando un decimocuarto tratado internacional, un proyecto de convenio general sobre el terrorismo global que complementarí­a el marco actual de instrumentos internacionales de la lucha contra el terrorismo internacional. Este proyecto se basa en los principios rectores fundamentales ya presentes en los recientes convenios contra el terrorismo, es decir, en la importancia de penalizar los crímenes terroristas, en establecer condenas por ley, exigir el enjuiciamiento o la extradición de los perpetradores, y en la necesidad de eliminar cualquier legislación que establezca excepciones a esa penalización por motivos políticos, filosóficos, ideológicos, raciales, étnicos, religiosos o de cualquier otra índole. Además, el proyecto constituye un enérgico llamamiento a los Estados miembros para que adopten medidas de prevención para actos terroristas y hagan hincapié en la necesidad de cooperar en el intercambio de información y la prestación mutua de mayor asistencia en lo relativo a la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de actos terroristas<sup>87</sup>.

Ahora bien, a pesar de la multiplicidad de conductas y elementos que contienen las escasas definiciones legales del terrorismo consagradas en instrumentos internacionales, tanto en el Sistema Universal como en los regionales, así como en sus múltiples inexactitudes y dispersión normativa, teóricamente es factible delimitar algunos de sus elementos estructurales. En efecto, siguiendo el enfoque multidimensional de Skubiszewski<sup>88</sup>, podemos señalar que dicho concepto siempre podrá ser caracterizado por: i) sus efectos, entendidos como la creación de un peligro común o generalizado, temor o miedo en la población; ii) sus medios, entendidos como una estrategia de violencia simbólica; iii) sus víctimas, en tanto corresponden a un número indiscriminado y azaroso de personas comunes o civiles; y iv) sus autores, en tanto siempre se trata de individuos y nunca de Estados.

Otros autores, como Oppermann<sup>89</sup>, prefieren identificar estos cuatro elementos según variables de carácter más subjetivo, entendiendo que lo que en realidad caracteriza al terrorismo global es: i) su filosofía, ajustada siempre al esquema de que el fin justifica los medios; ii) sus autores, dado que siempre se trata de grupos marginales; iii) sus motivaciones, pudiendo ser éstas de carácter político, religioso, social o militar; y iv) sus objetivos, en tanto apuntan a la transformación de la actual distribución del poder. Finalmente, para Herzog<sup>90</sup> la cadena de elementos que definiría al terrorismo global estaría compuesta por: i) la amenaza de llevar a cabo actos de violencia de extrema gravedad, ii) que sea llevada a cabo por individuos que no actúan en nombre de un Estado; iii) la consecución de objetivos políticos definidos en forma vaga; iv) la intención

---

<sup>86</sup> SCALABRINO, Michelangela. 2004. op. Cit: 163.

<sup>87</sup> ASABLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Nueva York, Estados Unidos. 2011. [en línea] <<http://www.un.org/spanish/terrorism/index.shtml>> [consulta: 15 abril 2010].

<sup>88</sup> KOLB, Robert. 2004. op. Cit: 240.

<sup>89</sup> KOLB, Robert. 2004. op. Cit: 240.

<sup>90</sup> *Ibíd.*

de provocar un estado de terror; y v) que dicha amenaza tenga lugar en el marco de una estrategia a largo plazo.

Existirían, entonces, al menos cuatro elementos sobre los cuales fundar una definición jurídica y operativa del terrorismo global. En primer lugar, la naturaleza de sus autores o calidad del sujeto activo, la cual siempre podrá ser identificada con un grupo u organización autónoma en tanto necesariamente sólo responderá a sí misma, y que aun cuando pueda actuar en coordinación con algunas entidades públicas o estatales, no detendrá vínculos de subordinación ni dependencia con ninguna entidad estatal. Un segundo elemento fundacional serán los medios de los cuales se valdrá esta organización para alcanzar sus fines, en tanto siempre estarán vinculados a la generación de un estado de terror en la población mediante cualquier estrategia de violencia simbólica o coerción abstracta capaz de generar un peligro común o generalizado de destrucción, muerte, caos, desorden o cualquier otra manifestación de anomia sociológica.

En tercer lugar, este sujeto activo deberá desplegar dichos medios en contra de un tipo particular de víctimas; en efecto, elemento fundacional del terrorismo global también es el factor de que sus ataques sean siempre dirigidos contra un número indiscriminado y azaroso de personas comunes o civiles y no en contra de objetivos particulares. Y es que el principio de selectividad de sus objetivos opera precisamente para alcanzar la máxima indiferencia en la calidad de las víctimas, con el fin de maximizar exponencialmente el proceso de sustitución necesario para alcanzar la identificación total de la población con las víctimas. Máxima indiferenciación opera entonces como máxima identificación puesto que con atacar a una parte cualquiera se amenaza al todo.

Finalmente, un cuarto elemento constitutivo del fenómeno del terrorismo global son sus objetivos, los cuales, siendo siempre abstractos y sólo ocasionalmente manifestados, apuntan indefectiblemente a la transformación de la actual distribución del poder, transformación de resultados desconocidos, pero transformación al fin y al cabo. No es posible aún enmarcar este objetivo en un planteamiento efectivo, en una alternativa modeladora de índole política, religiosa o cultural, sino únicamente interpretar los ataques al Estado como una manifestación destructiva del modo de poder por el cual se modela y articula nuestra sociedad actual.

De esta forma, actores, medios, víctimas y objetivos determinarán cualquier eventual definición jurídica que pretenda llevar adelante una regulación integral del fenómeno del terrorismo global, cuestión que si bien aún no se materializa, si existen claros indicios de iniciativas para su concreción.

### **4.3. Regulación jurídica del terrorismo global**

A pesar de todos los instrumentos internacionales y regionales que regulan y proscriben sectorialmente las conductas más comunes adoptadas por el terrorismo, desde el comienzo de la así llamada “guerra contra el terrorismo”, especialistas en Derecho Internacional han estado debatiendo si el rango de los instrumentos jurídicos internacionales vigentes en cada campo particular son o no adecuados para abarcar los desafíos que presenta el fenómeno del terrorismo global. De hecho, ha sido recalcado por

muchos que ello no es así y que la aplicación de los actuales marcos jurídicos del Derecho Internacional resulta ser insuficiente o incluso contra productiva<sup>91</sup>.

En efecto, todavía para gran parte de la doctrina, los ataques terroristas deben ser entendidos como simples delitos penales perpetrados por individuos o grupos de individuos y, como tales, los responsables deben ser procesados de acuerdo a las leyes penales nacionales donde el atentado haya tenido lugar. En esta misma línea, algunos afirman que tales crímenes deben ser sometidos al Derecho Penal Internacional y, consecuentemente, a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. No obstante, dado que la comunidad internacional no ha sido capaz de acordar aún una definición formal y operativa de terrorismo global, resulta imposible penalizar internacionalmente el fenómeno. Por esta razón, actualmente sólo es factible considerar bajo el Derecho Penal Internacional algunas manifestaciones específicas del terrorismo global, todas las cuales necesariamente deben estar prescritas en algunos de los tratados internacionales que hemos revisado, como, por ejemplo, el secuestro de aviones, los atentados terroristas en contra de personas protegidas por el Derecho Internacional tales como agentes diplomáticos, la toma de rehenes, los atentados terroristas en contra de la seguridad en la navegación, los ataques terroristas con bombas, el financiamiento de actividades terroristas, etc.<sup>92</sup>.

Para solucionar este problema de falta de competencia de la Corte Penal Internacional, se requeriría reformar su estructura jurisdiccional, de modo de ampliar el criterio de atribución de responsabilidad penal internacional con el fin de que pueda accionarse respecto de los atentados terroristas. Y es que de acuerdo a su competencia actual, la Corte Penal sólo puede conocer delitos de terrorismo cuando constituyen a la vez delitos de genocidio, de crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad, toda vez que son los únicos tipos penales sobre los cuales tiene jurisdicción. Y si bien se han formulado propuestas para incluir el tipo penal de terrorismo *per se* dentro de su jurisdicción, todas ellas fueron rechazadas en el proceso de negociación del tratado de Roma, en parte, debido a las desavenencias existentes entre los Estados respecto de la definición del terrorismo<sup>93</sup>.

Sin embargo, podría ser factible salvar estas limitaciones por vía interpretativa, puesto que, dadas las especiales características del terrorismo global, podríamos primero catalogarlo como crimen de guerra conforme a lo establecido en el artículo 33 de la Cuarta Convención de Ginebra<sup>94</sup>. Y, en segundo lugar, los atentados terroristas podrían

---

<sup>91</sup> CONDORELLI, Luigi, y NAQVI, Yasmin. *The War Againsts Terrorism and Jus in Bello: Are the Geneva Conventions Out of Date?* En: BIANCHI, Andrea. *Enforcing International Law Norms Againsts Terrorism*. 1º Edición. Estados Unidos. Hart Publishing. 2004. pp. 25.

<sup>92</sup> CASSESE, Antonio. 2004. op. Cit.: 214.

<sup>93</sup> MORRIS, Madeline. *Arresting Terrorism: Criminal Jurisdiction and International Relations*. En: BIANCHI, Andrea. *Enforcing International Law Norms Againsts Terrorism*. 1º Edición. Estados Unidos. Hart Publishing. 2004. pp. 70.

<sup>94</sup> Estas características serían: a) Despersonalización de la víctima, dado que los perpetradores no atacan a personas específicas, sino que personas al azar; b) debe tener un nexo con algún conflicto armado internacional o con un conflicto armado interno, es decir un enfrentamiento entre dos Estados o entre grupos armados en un mismo Estado, o adquirir la magnitud de un conflicto de estas características para que pueda presentar los rasgos de un crimen contra la humanidad, o bien debe involucrar a autoridades estatales y presentar una dimensión transnacional, esto es, no debe permanecer confinado al territorio de un estado sino que expandirse poniendo en peligro la

también llegar a ser tipificados como crímenes contra la humanidad, en todos los casos que alcancen sus rasgos fundamentales, esto es, que se trate de un acto más en una campaña de ataques sistemáticos a civiles, y que los responsables sean conscientes del hecho de que sus actos son parte de un patrón general y sistemático de conducta<sup>95</sup>. Así, ciertos actos de terrorismo global podrían llegar a ser entendidos como crímenes internacionales y, por tanto, quedarían bajo la jurisdicción de la Corte Penal Internacional cuando: i) sus efectos no se limiten a un Estado en particular sino que trasciendan las fronteras nacionales<sup>96</sup>; y ii) sean llevados a cabo con el apoyo, la tolerancia o aquiescencia de un Estado, en tanto sea incapaz para erradicar la organización terrorista en cuestión.

Otra alternativa es volver sobre el marco normativo del Derecho Humanitario, o, por supuesto, generar un conjunto de normas enteramente nuevo y desvinculado de los dos anteriores. En consecuencia, y producto de la falta de consenso sobre las alternativas más idóneas para enfrentar al fenómeno, no podemos sino concluir que existen múltiples cuerpos normativos susceptibles de ser utilizados como paradigmas interpretativos y regulatorios del fenómeno del terrorismo global.

El mismo Consejo de Seguridad de Naciones Unidas ha experimentado esta ambivalencia paradigmática en sus propias resoluciones. En efecto, primero sostuvo que cada atentado terrorista en particular tenía que ser considerado como un crimen al cual debían serle aplicables las normativas nacionales respectivas. Sin embargo, ya en su primera respuesta a los ataques del 9/11<sup>97</sup>, el órgano vinculó por primera vez los ataques con el inherente derecho a la auto defensa individual o colectiva de acuerdo a la Carta de Naciones Unidas, al catalogarlos como una amenaza a la paz y seguridad internacional, enlazando indefectiblemente el derecho a la autodefensa con actos de terrorismo global<sup>98</sup>. No obstante, el Consejo deliberadamente se abstuvo de definir los ataques del 9/11 como “ataques armados”, sabiendo perfectamente que, de acuerdo al artículo 51 de la Carta, la existencia de tales ataques es una condición necesaria para la auto defensa<sup>99</sup>. Y es que este artículo se cimienta en el supuesto de que la auto defensa es una respuesta inmediata del Estado agredido que tiene por objeto repeler un ataque armado de un Estado agresor, en otra palabras, que se trata de una acción necesaria de acuerdo a las circunstancias, y tolerable únicamente hasta que el Consejo de Seguridad tome las medidas necesarias para restaurar la paz de acuerdo con la Carta<sup>100</sup>.

---

seguridad de otros estados.; y c) los perpetradores deben ser individuos actuando como privados, normalmente como en tanto miembros de una organización terrorista, o bien como funcionarios públicos. CASSESE, Antonio. 2004. op. Cit: 220.

<sup>95</sup> CASSESE, Antonio. 2004. op Cit: 222.

<sup>96</sup> Esta transcendencia no solo estaría dada por un principio de ejecución territorial sino que también comprendería las nacionalidad de las personas involucradas (víctimas y perpetradores), los medios y la escala de violencia involucrada.

<sup>97</sup> CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS. Resolución 1368 (2001). Nueva York, Estados Unidos. 2001. [en línea] <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/533/82/PDF/N0153382.pdf?OpenElement>> [consulta: 15 de Abril de 2010].

<sup>98</sup> FASSBENDER, Bardo. *The UN Security Council and International Terrorism*. En: BIANCHI, Andrea. *Enforcing International Law Norms Against Terrorism*. 1° Edición. Estados Unidos. Hart Publishing. 2004. pp. 83 y ss.

<sup>99</sup> FASSBENDER, Bardo. 2004. op Cit: 87.

<sup>100</sup> FASSBENDER, Bardo. 2004. pp Cit: 93.

Esta dualidad marcó el inicio de una necesidad interpretativa entre los fenómenos que se querían caracterizar, y aquellos que efectivamente habían sido regulados, ya sea por los cuerpos normativos o por la costumbre internacional. Y es que el Consejo de Seguridad hizo notar que los ataques no podían ser vistos únicamente como fenómenos aislados, aceptando atribuirles un rasgo más general con el fin de permitir respuestas sistemáticas coordinadas. Sin embargo, entendía también el peligro de concederles el rango de ataques armados, cuestión que habría puesto en marcha los mecanismos jurídicos reservados por la Organización para la guerra defensiva.

Sin embargo, la ambigüedad de la resolución y su potencial interpretativo permitió que muchos consideraran al 9/11 como verdaderos actos de guerra llevados a cabo en contra de los Estados Unidos dentro de la continua campaña de Al Qaeda en contra de objetivos norteamericanos. En efecto, a la luz de la magnitud de los eventos que se sucedían y a la falta de cuerpos normativos que regularan directamente situaciones como las que se estaban desarrollando, tempranamente se abandonó la idea de que la persecución penal sería suficiente como única estrategia, y se instaló la idea de que sólo en virtud de una intervención militar podría ponerse fin a las actividades de Al Qaeda<sup>101</sup>, convicción que vino a ser refrendada y potenciada por la decisión del Consejo de Seguridad de vincular el derecho a la autodefensa con estos actos de terrorismo global.

De hecho, no fue sólo el Consejo de Seguridad quien adoptaría un punto de vista poco convencional al vincular los ataques al derecho a la autodefensa; muy por el contrario, esta perspectiva sería primero rápidamente adoptada por Washington y, posteriormente, corroborada por la OTAN, los miembros del Tratado de Río y los socios del Pacto ANZUS, en sendas resoluciones y declaraciones que catalogaron los ataques de Al Qaeda derechamente como actos de guerra, invocando así las provisiones colectivas de defensa propia de los respectivos tratados<sup>102</sup>. En efecto, por primera vez en 50 años, el Consejo de la OTAN invocaba los poderes del artículo 5 del Tratado sobre una petición de defensa mutua. Asimismo, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas autorizaba el uso de la fuerza armada en una respuesta inmediata a los ataques<sup>103</sup> y además fijaba nuevos y rigurosos estándares regulatorios demandando a los Estados que negaran cualquier forma de asilo, ayuda financiera, logística o de inteligencia a los grupos terroristas internacionales<sup>104</sup>. En efecto, actuando bajo los poderes anexos del Capítulo VII, el Consejo de Seguridad solicitó en esta ocasión a todos los Estados tomar medidas regulatorias, financieras, penales y otras de la misma índole en contra de individuos y organizaciones involucradas en actividades terroristas<sup>105</sup>.

De esa forma, se gestaría el consenso y la aceptación suficiente como para generar una respuesta de carácter militar a los ataques del 9/11, respuesta en principio justificada en alusión a la legítima defensa, pero que posteriormente fue llevada adelante

---

<sup>101</sup> WEDGWOOD, Ruth. 2004. op. Cit:110 y ss.

<sup>102</sup> STEINER, Henry J., ALTON, Philip, GOODMAN, Ryan. 2008. op. Cit: 380.

<sup>103</sup> CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS. Resolución 1373 (2001). Nueva York, Estados Unidos. 2001. [en línea] <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/557/43/PDF/N0155743.pdf?OpenElement>> [Consulta: 24 abril 2010].

<sup>104</sup> WEDGWOOD, Ruth. 2004. op. Cit: 111.

<sup>105</sup> STEINER, Henry J., ALTON, Philip, GOODMAN, Ryan. 2008. op. Cit: 381.

en defensa de los valores de la civilización occidental<sup>106</sup>, retórica que venía forjándose desde los ataques del presidente Clinton a las plantas químicas en Sudán<sup>107</sup>. De esa forma, la administración Bush declaró una “Guerra Global contra el Terrorismo” que, en términos jurídicos, implicaba que los Estados Unidos estaban en un “conflicto armado” con Al-Qaeda y sus aliados, postura estratégica que implicó la adopción de un “modelo de guerra” para el trato con el terrorismo en contraste con el “modelo de leyes criminales” que se venía forjando décadas atrás. La adopción de este modelo de guerra implicó el empleo de instrumentos de guerra tales como las intervenciones armadas, las fuerzas armadas y la violencia militar, consecuentemente al abandono del modelo de leyes criminales que emplea sólo los instrumentos de aplicación de la ley, de las policías y de persecución criminal<sup>108</sup>.

#### 4.4. Coalición de voluntarios

Con todo, y más allá de lo apropiado o errado en la declaración misma de guerra, en la práctica, la respuesta llevó a la aparición del fenómeno de la *coalition of the willing*<sup>109</sup>. En efecto, la declaración de guerra al terrorismo en sí, por parte de Estados Unidos llevó al desarrollo de una coalición de Estados que sirvió de plataforma política para articular las estrategias de combate necesarias para enfrentar esta nueva forma de conflicto bélico.

En términos generales, la *coalition of the willing* no es más que una alianza militar *ad hoc* por parte de un grupo de países liderados por los Estados Unidos, cuyo objetivo específico era desarmar y derrocar el régimen que Saddam Hussein detentaba en Iraq. Sin embargo, la coalición militar contra Iraq no fue la primera, ni mucho menos la última *coalition of the willing* que ha aparecido en la escena internacional<sup>110</sup>, lo cual conlleva que el esquema adoptado para articular la respuesta internacional no fue creado especialmente al efecto, toda vez que la herramienta ya se encontraba disponible para ser utilizada. Sin embargo, su elección como plataforma jurídica para llevar adelante una guerra contra el terrorismo representa, a todas luces, un desafío para las formas y procesos sobre lo que todavía está basado el orden internacional.

---

<sup>106</sup> PRESIDENCIA DE ESTADOS UNIDOS. The National Security Strategy of the United States of America. Washington D.C., Estados Unidos. 2010. [en línea] <[http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/rss\\_viewer/national\\_security\\_strategy.pdf](http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/rss_viewer/national_security_strategy.pdf)> [Consulta: 24 abril 2010].

<sup>107</sup> WEDGWOOD, Ruth. 2004. op. Cit. 2002, página 119.

<sup>108</sup> STEINER, Henry J., ALTON, Philip, GOODMAN, Ryan. 2008. op. Cit: 383.

<sup>109</sup> A la fecha no existe un término comúnmente aceptado en español, lo cual refleja su reciente recepción en el discurso público y en el mundo académico hispanohablante. Suele ser traducido como “coaliciones voluntarias”, “de buena voluntad”, “de voluntarios” o “de los dispuestos”. Los primeros tres términos deben ser descartados definitivamente, pues no transmiten la intención del concepto en inglés. “Coaliciones de los dispuestos” es, sin duda, una traducción correcta, aunque no convence totalmente, en tanta que “alianzas *ad hoc*” sólo transmite parcialmente la ideal. RODILES, Alejandro. *Coalitions of the Willing: Coyuntura, Contexto y Propiedades. Un Primer Esbozo*. En: Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Vol VII. 2007. pp. 678. [en línea] <<http://www.bibliojuridica.org/estrev/pdf/derint/cont/7/cmt/cmt19.pdf>> [Consulta: 24 abril 2010].

<sup>110</sup> RODILES, Alejandro. 2007. op. Cit: 681.

Este tipo de alianzas o coaliciones se enmarcan en lo que algunos autores han denominado un *multilateralismo selectivo* o *multilateralismo a la carte*<sup>111</sup>, basado en un enfoque de escoger, caso por caso, a los miembros del club, según un criterio de “*pick and choose approach*”. Sin embargo, el marco sigue siendo demasiado amplio como para dar cuenta de sus características propias, ya que la extensión del concepto podría llegar a integrar al modelo desde organismos privados como la Agencia Mundial Antidopaje, pasando por organizaciones no gubernamentales (ONG) como la Asociación por el Trabajo Justo (FLA), hasta organismos internacionales convencionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

Es necesario agregar entonces que un primer elemento distintivo de las *coalition of the willing* es su informalidad. Ello implica que generalmente no nacen de un tratado o algún otro instrumento jurídico que deje constancia de determinados principios, mecanismos, objetivos o métodos sobre los cuales habrá de operar la organización naciente. De hecho, en tanto alianzas informales, éstas serían en la mayoría de los casos meras coordinaciones de esfuerzos entre “Estados afines” o *like-minded states*<sup>112</sup>, afinidad que estaría dada por el Estado que tenga la mayor capacidad de reunir a los demás partícipes en una coalición determinada. De esta forma, el nexo común que uniría a los Estados en torno a la coalición no sería ya un instrumento jurídico del Derecho Internacional, sino que la mera afinidad para con el Estado gestor de la coalición. Así, se desprende del discurso oficial de la administración Bush respecto de la *coalition of the willing* para enfrentar al terrorismo, que los Estados Unidos se conciben a sí mismos como el núcleo natural que atrae a los países “capaces y dispuestos” de defender las mismas causas<sup>113</sup>; no se trata entonces de alianzas entre iguales, sino de agrupaciones reunidas en torno a un líder.

Una segunda característica esencial de las *coalitions* es que “representan vías alternativas a las institucionales, concretamente a las organizaciones internacionales”<sup>114</sup>. Aquí nuevamente la afinidad juega un rol fundamental ya que en definitiva se expresaría no sólo en los fines para los cuales la coalición fue creada, sino que, y ante todo, en la aceptación de los medios para su implementación. En consecuencia, las coaliciones representarían no sólo una forma alternativa de entender el multilateralismo, sino que más importante aún, de practicarlo, “lo cual implica un desafío más que un apoyo decidido a los procesos formales internacionales, como la celebración y ratificación de tratados”<sup>115</sup>.

En tercer lugar, podríamos señalar que los Estados no son los únicos partícipes posibles de las *coalitions of the willing*. En efecto, al carecer de una estructura jurídica determinada que establezca ciertas condiciones o requisitos de membresía, cualquier organización que comparta la afinidad de los principios y objetivos propuestos originalmente por el líder podría hacerse parte. En consecuencia, ya no podríamos hablar exclusivamente de agrupaciones de Estados afines, sino que habría que desplazar la definición inicial hacia agrupaciones de actores reunidos sobre una base *ad hoc* o, simplemente, de “agrupaciones *ad hoc*”. De hecho, en el caso particular que aquí nos ocupa, es decir en el ámbito de las coaliciones dedicadas a la lucha contra el terrorismo

---

<sup>111</sup> RODILES, Alejandro. 2007. op. Cit: 678.

<sup>112</sup> RODILES, Alejandro. 2007. op. Cit: 684.

<sup>113</sup> PRESIDENCIA DE ESTADOS UNIDOS. The National Security Strategy of the United States of America. op. Cit.

<sup>114</sup> RODILES, Alejandro. 2007. op. Cit: 685.

<sup>115</sup> RODILES, Alejandro. 2007. op. Cit: 693.

internacional, cuestión propia de las funciones coactivas del Estado dado su carácter bélico-militar, existe una tendencia a incorporar a actores del sector privado, tal y como lo demuestran los planes que existen respecto de la GICNT (Iniciativa Global para el Combate al Terrorismo Nuclear) o bien la misma la PSI (Proliferation Security Initiative) presentada por Bush en la cumbre del G-8 en Cracovia en mayo de 2003<sup>116</sup>. De esta forma, las *coalitions* podrían llegar a potenciar una configuración tal que permita la articulación de amplias redes que agrupen a gobiernos nacionales, ONG, empresas y hasta al sector académico. Ello presenta ventajas no sólo en el hecho de dotarse de una enorme flexibilidad en la toma de decisiones en tanto formas de cooperación, dado los engorrosos y lentos sistemas de adopción, ratificación y puesta en vigor de alianzas y tratados propios del Derecho Internacional público, sino que también posibilitaría una rápida y eficaz implementación de mecanismos de intercambio de información entre agencias nacionales, de armonización de las legislaciones domésticas y de adopción de una serie de principios por parte de los Estados y actores no-estatales que permitan desarrollar una estrategia efectiva en la lucha contra el terrorismo.

Por último, una cuarta característica de estas formas de organización internacional sería una especial carencia de dotación jurídica regular, pudiendo adoptar en algunos casos las formas de personas de derecho privado (CCI, CEI, ISO, etc.) y en otras prescindiendo definitivamente de toda clase de personalidad jurídica<sup>117</sup>. Esta falta de formalidad jurídica no se agotaría en su constitución, sino que se extendería además a sus funciones. Las *coalitions* no serían fuente de normas jurídicas principalmente porque no es ese su objetivo. Incluso respecto de la costumbre internacional cabría tener cuidado, ya que “al no expresar intención respecto a la generación de reglas vinculantes, es muy difícil extraer el convencimiento jurídico sobre las prácticas de los Estados que algunas de ellas generan”<sup>118</sup>. En consecuencia, estaríamos frente a un fenómeno jurídico pero que gozaría de una naturaleza más bien política. Sin embargo, ello no implica que las *coalitions* sean indiferentes al Derecho Internacional, muy por el contrario, ellas inciden en el sistema de fuentes del Derecho Internacional pues todas consisten, de alguna u otra forma, en mecanismos difusos de regulación internacional. El punto es que no se valen del pensamiento formal sobre el que está basado el Derecho, entendido como proceso que regula su propia creación, sino que utilizan un mecanismo informal basado en el consenso político y la libre voluntad de los participantes, quienes se atribuyen la capacidad moral de recomendar la incorporación de estándares normativos en las legislaciones nacionales de todo el mundo. Y para tales propósitos, los integrantes de estas *coalitions* parten de la presunción de “una especie de validez universal de dichos estándares, parecida al discurso de los Derechos Humanos pero sin contar con la amplia aceptación de éste por la comunidad internacional”<sup>119</sup>.

Desde una perspectiva jurídica normativa, ello implicaría necesariamente un desdibujamiento paulatino de las distinciones clásicas entre Derecho y política internacional, lo cual a su vez eliminaría la distinción fundamental entre tener una obligación y estar obligado, afectando así la propia noción de lo jurídico. No obstante, si adoptamos una perspectiva más bien pragmática, las *coalitions* parecen ser la única herramienta disponible para llevar a cabo el tránsito del Derecho Internacional clásico a

---

<sup>116</sup> RODILES, Alejandro. 2007. op. Cit: 689.

<sup>117</sup> RODILES, Alejandro. 2007. op. Cit: 693.

<sup>118</sup> RODILES, Alejandro. 2007. op. Cit: 694.

<sup>119</sup> RODILES, Alejandro. 2007. op. Cit: 699.

un estado de derecho cosmopolita<sup>120</sup>. Y ello porque la construcción de estas coaliciones de alcance mundial en contra del terrorismo son en la práctica, la única forma de controlar eficazmente las corrientes financieras sospechosas y las conexiones bancarias internacionales, así como también la única forma de coordinar la red de flujos de información cruciales de los servicios secretos nacionales y de las correspondientes investigaciones policiales<sup>121</sup>. Siguiendo a Habermas, podríamos concluir que justamente aquella tensión entre una orientación de la acción más bien realista o pragmática, basada en criterios políticos, y otra de corte más fuertemente normativista, basada en criterios propiamente jurídicos, podría resolverse cuando “los grandes regímenes continentales como la Unión Europea, el NAFTA y ASEAN se conviertan en actores con capacidad de acción para hacer acuerdos transnacionales y para asumir la responsabilidad de un tejido transnacional más cohesionado de organizaciones, congresos y prácticas. Sólo con ese tipo de *global players*, capaces de formar un contrapeso político contra los mercados huidizos, la ONU encontraría una infraestructura que garantice la implementación de programas y políticas magnánimas”<sup>122</sup>.

#### 4.5. Núcleo de derechos

Lo que siguió a las campañas militares desplegadas primero en Afganistán y luego en Irak, fue lógicamente la aplicación del Derecho Humanitario como marco jurídico regulatorio de los conflictos armados<sup>123</sup>. No obstante, como hemos afirmado en reiteradas oportunidades, el conflicto se dio en formas no tradicionales que tensionaron las categorías clásicas de este marco normativo, haciendo imposible su aplicación extensiva y abriendo la discusión sobre su verdadera correspondencia y legitimidad.

No obstante, como vimos antes, las Convenciones de Ginebra podrían proporcionar todavía un sistema jurídico eficaz para la persecución y castigo de los terroristas, puesto que todo acto de terrorismo global llevado a cabo en el contexto de un conflicto armado podría ser catalogado como “crimen de guerra”, cuestión que, además, lo haría susceptible de ser conocido por la Corte Penal Internacional<sup>124</sup>. Más aún, llevando esta perspectiva a sus últimas consecuencias, cualquier violación a las prohibiciones establecidas en los artículos 3, 4, 13 o 51 de las Convenciones podrían ser caracterizadas como “crímenes de guerra” conforme a la costumbre internacional.

Sin embargo, estas aproximaciones continúan siendo insuficientes para enfrentar a un grupo de militantes que se ve a sí mismo como comprometido en una guerra mundial en contra de Occidente, utilizando además como armas, ataques suicidas, experimentando con armas de destrucción masiva y complotando para la lograr la muerte de civiles inocentes con el fin de producir los mayores efectos de ruptura y choque en la civilización occidental<sup>125</sup>. Por ello es que se ha requerido buscar eventuales respuestas para subsanar la inadecuación estructural del Derecho Humanitario, una de las cuales

---

<sup>120</sup> BORRADORI, Giovanna. 2004. op. Cit: 55.

<sup>121</sup> BORRADORI, Giovanna. 2004. op. Cit: 59.

<sup>122</sup> HABERMAS, Jürgen. 2004. op. Cit: 73.

<sup>123</sup> STEINER, Henry J., ALTON, Philip, GOODMAN, Ryan. 2008. op. Cit: 383.

<sup>124</sup> CONDORELLI, Luigi, y NAQVI, Yasmin. 2004. op Cit.: 29.

<sup>125</sup> WEDGWOOD, Ruth. 2004. op. Cit: 109.

podría encontrarse en la aplicación de un núcleo de derechos compuesto por normas de Derechos Humanos y normas de Derecho Humanitario<sup>126</sup>.

En efecto, en situaciones de conflictos bélicos, las protecciones que ofrecen el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Humanitario podrían complementarse y reforzarse mutuamente, dado que comparten un mismo núcleo de derechos inderogables, así como el mismo propósito de promocionar la vida y dignidad humana. La conformación de este núcleo o efecto simbiótico entre ambos cuerpos normativos se articularía jurídicamente sobre el precepto básico de la cláusula Martens, disposición común en numerosos tratados de Derecho Humanitario, entre ellos la Convención de la Haya de 1899 y 1907 acerca de las leyes y costumbres de las guerras terrestres. En virtud de esta cláusula, las personas que no entran en la protección de dichos tratados u otro tipo de tratado internacional, gozan igualmente de la protección de los principios del Derecho Internacional entre naciones, como resultado de su utilización por gente civilizada, de acuerdo a las leyes de la humanidad y los dictados de la conciencia pública<sup>127</sup>.

No obstante, la vía de un núcleo común para ambos cuerpos normativos no parece ser una respuesta enteramente aceptada, puesto que para muchos continúa siendo en teoría insustentable y, en la práctica, inadecuada, fundamentalmente por el hecho de que los instrumentos internacionales de Derechos Humanos se aplican en todo tipo de circunstancias, es decir en periodos de paz y de guerra, mientras que los de Derecho Humanitario sólo cobran vigencia en periodos de guerra<sup>128</sup>. Por tanto, de existir una base común entre los dos regímenes, ésta no podría ser más que un fundamento compartido sobre la idea de la humanidad, concepción demasiado vaga para justificar cualquier intento de complementar ambos sistemas normativos. Y es que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos pretende reflejar la cohesión y armonía de la sociedad humana y, por tanto, debe ser diferente y opuesto al Derecho, que busca regular la conducta de las relaciones hostiles entre Estados u otras organizaciones armadas así como las rebeliones internas. En consecuencia, la naturaleza humanitaria de las leyes modernas de la guerra no justificaría ni dispararía la confusión con los derechos humanos<sup>129</sup>.

Sin embargo, recientemente algunos Estados (entre ellos EE.UU) se han abierto a discutir la posibilidad de que el derecho internacional de los derechos humanos debiera suplementar o complementar la aplicación del Derecho Humanitario en los conflictos armados. Sobre este punto, la Corte Internacional de Justicia ha aportado consideraciones relevantes en virtud de la Opinión Consultiva pronunciada respecto de la cuestión sobre la Legalidad de la Amenaza y Uso de Armas Nucleares<sup>130</sup>. Aquí, la Corte debió lidiar con una multiplicidad de argumentos respecto de la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en diversas situaciones, como, por ejemplo, el hecho de si la posesión, amenaza o uso de armas nucleares violaba o no el derecho a la vida establecido por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, postura respaldada por un Comentario General del Comité de Derechos Humanos de 1984. Asimismo, también debió resolver la cuestión de si el Pacto protege los Derechos Humanos únicamente en periodos pacíficos. Sobre este aspecto, algunos Estados, tales como Holanda, Reino

---

<sup>126</sup> STEINER, Henry J., ALTON, Philip, GOODMAN, Ryan. 2008. op. Cit: 397.

<sup>127</sup> STEINER, Henry J., ALTON, Philip, GOODMAN, Ryan. 2008. op. Cit: 407.

<sup>128</sup> STEINER, Henry J., ALTON, Philip, GOODMAN, Ryan. 2008. op. Cit: 406.

<sup>129</sup> STEINER, Henry J., ALTON, Philip, GOODMAN, Ryan. 2008. op. Cit: 398.

<sup>130</sup> STEINER, Henry J., ALTON, Philip, GOODMAN, Ryan. 2008. op. Cit: 399.

Unido y Estados Unidos, defendían la postura que el Derecho Internacional Humanitario representaba un verdadero escudo para los Estados que entrarán en conflictos armados, de forma tal que cualquier acción que diera como resultado la muerte, en todos los casos en que ello no involucrara violaciones al Derecho Humanitario, no podrían ser consideradas como privaciones “arbitrarias” del derecho de vida. Sobre el particular, la Corte declaró que la protección del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no cesa en tiempos de guerra, exceptuando al artículo 4 del Pacto, por el cual ciertas provisiones pueden ser derogadas en una emergencia nacional, aun cuando el derecho a la vida –así como el derecho a no ser objeto de torturas- no es una de aquellas provisiones<sup>131</sup>.

Confrontado los dos sistemas normativos y existiendo disposiciones sobre el derecho a la vida en ambos, la Corte optó por recurrir al principio de *lex specialis derogat lex generali* para reconciliarlos, sosteniendo que las disposiciones del Pacto sobre el derecho a la vida debían ser interpretadas haciendo un *renvoi* al Derecho Humanitario, superponiendo entonces las disposiciones específicas a las generales, estatuto interpretativo ampliamente aceptado en tanto principio general tanto en los sistemas internacionales como nacionales<sup>132</sup>. De esa forma, en todas las circunstancias en que la prueba para evaluar la observación de un derecho en particular, como, por ejemplo, el de la libertad personal, deba aplicarse de manera distinta en periodos de paz respecto de los periodos bélicos, será necesario deducir las normas aplicables en referencia al Derecho Internacional Humanitario en tanto sea entendido como *lex specialis*.

Sin embargo, este razonamiento, aun cuando parece ser consistente para interpretar el contenido preciso de ciertos derechos, no puede ser necesariamente generalizado para todas las relaciones entre el Derecho Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, puesto que este último en ocasiones puede ser más preciso en algunos aspectos que el primero. Por ello, esta relación de interpretación debería poder operar en ambos sentidos.

#### 4.4. Síntesis

Podemos afirmar, entonces, que el terrorismo global posee complejidades políticas intrínsecas que han entrampado la búsqueda de consensos normativos e intelectuales. Y si bien es cierto que existe claridad respecto a que nos enfrentamos a un fenómeno con particularidades propias, no es menos cierto que aún nos encontramos en el proceso de elaborar las herramientas conceptuales necesarias para abordarlo. Hemos visto que la especial naturaleza de la categoría de terrorismo que nos ocupa es un fenómeno relativamente nuevo, cuyo nacimiento puede ser retrotraído al cambio de paradigma que sufrieron los enfrentamientos armados. En efecto, es en la transición de la guerra convencional hacia la adopción de técnicas más eficaces para paliar la inconmensurable desigualdad de los rivales, donde aparece el terrorismo global como una estrategia viable para vencer al enemigo atacando sus condicionantes existenciales.

Y es que al acrecentar los Estados sus arsenales y baterías de maquinarias bélicas, producto de la carrera armamentista de la Guerra Fría y el desarrollo de

---

<sup>131</sup> *Ibíd.*

<sup>132</sup> STEINER, Henry J., ALTON, Philip, GOODMAN, Ryan. 2008. op. Cit: 399.

tecnologías mortales cada vez más eficaces, éstos llevaron al absurdo la posibilidad del enfrentamiento armado tradicional, abriendo así los espacios para la generación de nuevas técnicas capaces de desplegar la violencia al margen de las tradicionales batallas de campo. Al hacerse inviable la guerra en términos tradicionales, debido a la magnitud y potencia de los ejércitos estatales contemporáneos, surgió consecuentemente una estrategia indirecta y soterrada, cimentada fundamentalmente en el anonimato e indiferenciación de las víctimas. Y es que al igual que el sacrificio, el conflicto social es parte estructural de la sociedad y, por tanto, jamás podría haber sido erradicado por vía disuasiva. Muy por el contrario, al cerrar las vías tradicionales de canalización de la violencia, la sociedad contemporánea ha debido buscar nuevos caminos para replantear los conflictos sociales y mantenerlos vigentes. El fin de la guerra, entonces, en tanto nuevo triunfalismo de la modernidad, no es más que el fin de la guerra convencional, aquella en la cual se ha invertido tal vez más energía, conocimientos y recursos que en ninguna otra manifestación social. De esa forma, el conflicto social sale de los márgenes del campo de batalla, negándose a sí mismo como tal y extendiéndose a una zona indeterminada que alcanza todos los confines de la sociedad. Y en sociedades como la nuestra, donde la globalización ha incrementado exponencialmente sus niveles de complejidad e interconexión, los puntos vulnerables también se han multiplicado, ofreciendo cada vez más blancos virtualmente aptos para deslegitimar el principio de soberanía estatal.

Más aún, del mismo modo como hemos visto que han surgido instituciones e instrumentos internacionales articulados sobre el campo del Derecho Internacional, se ha desarrollado también una economía criminal global principalmente impulsada por el tráfico de drogas, el crimen organizado, el lavado de dinero y la corrupción política. Estos fenómenos necesariamente vuelven a repercutir sobre el principio de soberanía en cuanto llevan al Estado a diezmar nuevamente aquél componente esencial de legitimidad: su capacidad de imponer la ley y el orden, cuestión que lo ha llevado recurrente e ineficazmente a la implementación de diversas medidas que tienden a restringir las libertades democráticas y a reforzar las fronteras nacionales, generando un repliegue sobre sí mismo antes que privilegiando la cooperación internacional en el marco institucional que proporciona el Derecho Internacional.

Y es que la nueva articulación planetaria propiciada por la globalización, entendida como “el proceso resultante de la capacidad de ciertas actividades de funcionar como unidad en tiempo real a escala planetaria”<sup>133</sup>, y no ya como sinónimo de internacionalización, ha traído aparejada una serie de cambios políticos y sociales que, en definitiva, han disminuido significativamente las herramientas que los gobiernos disponían para controlar el tráfico de personas, bienes y dinero a través de sus fronteras, propiciando con ello no sólo el desarrollo del terrorismo global, sino también del tráfico de drogas, de la corrupción, del blanqueo de capitales, del deterioro del medio ambiente, de la propagación de ciertas enfermedades contagiosas y del crimen organizado. Como consecuencia de estas transformaciones, las relaciones internacionales han comenzado a operar bajo lógicas distintas, lo cual ha llevado a la necesidad de reconocer una etapa de transición en el Derecho Internacional clásico, aún anclado en el modelo decimonónico del Estado nación, hacia un nuevo orden cosmopolita en el cual las instituciones multilaterales y las alianzas continentales lleguen a ser los actores políticos principales.

---

<sup>133</sup> CASTELLS, Manuel. Globalización, desarrollo y democracia: Chile en el contexto mundial. 1. Edición. Chile. Fondo de Cultura Económica. 2005. pp. 15

En el ámbito de lo práctico, esta transición puede requerir la creación de nuevas instituciones, pero es indudable que el primer paso es fortalecer las instituciones actuales, poner en obra su alcance diplomático y respetar sus deliberaciones. En el ámbito de lo teórico, en cambio, el otorgamiento de poder a nuevos actores internacionales exige principalmente una reevaluación crítica del significado de la soberanía junto a una reafirmación del valor de una ciudadanía mundial y un derecho cosmopolita anclado en las raíces de la Ilustración, cuyo sustento básico sigue siendo el planteamiento kantiano. En efecto, para Kant, la Ilustración marca la liberación de la humanidad de la obediencia ciega a la autoridad, ganada mediante la autoafirmación racional, por cuanto ella misma consistiría precisamente en “la libertad de hacer un uso público de la propia razón, en cualquier dominio”<sup>134</sup>. El proyecto ilustrado trata entonces de alcanzar una comunidad universal en la cual todos los miembros tengan el derecho “a ofrecer su compañía, fundados en la común posesión de la superficie de la tierra”<sup>135</sup>, bajo el entendido que la única forma legítima de articular políticamente la identidad de una nación, con o sin un pasado indomitable, sería a través de un “patriotismo constitucionalista”<sup>136</sup>, en el cual la lealtad a la constitución da fe de la participación consensual de todos los ciudadanos. Esta lealtad expresaría también la lealtad a la idea de los Derechos Humanos, los cuales serían la condición fundamental para la coexistencia de los seres humanos, particularmente en una sociedad compleja y multicultural.

Sin embargo, aunque nos gustaría que el Derecho actúe siempre de forma proactiva o anticipativa, dirigiendo o modelando lo que denominamos sus fuentes materiales, regularmente lo hace de forma reactiva, adecuándose a los cambios que es capaz de verificar en la sociedad. Y parece ser que, al igual que con el cambio climático, con el terrorismo global, la comunidad internacional aún emprende la búsqueda de dimensionar las magnitudes y complejidades del fenómeno. No obstante, hemos constatado cómo ésta se ha reunido en foros idóneos, ha creado órganos y ha adoptado acuerdos, instituciones e instrumentos que, si bien aún no parecen ser una respuesta enteramente suficiente y efectiva, han sentado las bases para una regulación internacional que sistematice la materia a nivel global.

---

<sup>134</sup> BORRADORI, Giovanna. 2004. op. Cit: 18.

<sup>135</sup> *Ibíd.*

<sup>136</sup> HABERMAS, Jürgen. 2004. op. Cit: 88.

**TERCERA PARTE**  
Jurisprudencia

## CAPITULO 5

### Órganos internacionales de Derechos Humanos

#### 5.1. Recapitulación

En las dos primeras partes de este trabajo hemos intentado realizar una aproximación histórica y conceptual a los fenómenos de la tortura y del terrorismo. Siguiendo un método que podríamos calificar de arqueológico<sup>1</sup>, hemos dado cuenta de lo que creemos son los principales hitos y dificultades que ambos conceptos presentan a las ciencias jurídicas.

En la primera parte identificamos los elementos estructurales del concepto de tortura, elementos que nos permitieron dilucidar los factores que determinan su aplicación como categoría normativa a casos concretos. Puesto que el derecho opera regulando conductas específicas a partir de normas abstractas y generales, los conceptos y definiciones contenidos en los instrumentos internacionales normalmente se desdibujan en el tránsito de lo general a lo particular. De ahí entonces que hayamos intentado “aterrizar” el análisis desde un mundo platónico de ideas y conceptos a realidades aristotélicas de fenómenos, casos, problemas y conductas particulares de seres humanos reales. Puesto que la variabilidad de conductas que pueden vulnerar el bien jurídico de la integridad personal es ontológicamente infinita, hemos intentado trazar hitos, señales, puntos de referencia en la cartografía jurídica, que sirvan como herramientas para reconocer cuándo una determinada conducta puede entenderse como tortura y cuándo como trato cruel, inhumano o degradante.

Vimos que, conceptualmente, no es indiferente subsumir una determinada conducta bajo una u otra categoría, puesto que de tal operación se derivan distintas consecuencias substantivas y procesales. Luego, no es trivial reconocer con certeza cuándo nos enfrentamos a torturas y cuándo no, distinción para la cual creemos haber entregado los instrumentos analíticos necesarios, proporcionando los elementos estructurales del concepto y aplicando sobre ellos un análisis categorial capaz de dar cuenta de los factores que pueden tensionar sus límites.

Empero, la materia prima de toda norma jurídica es siempre el lenguaje, recurso natural imposible de monopolizar, puesto que en la inagotable cantera del discurso, el hermeneuta siempre tendrá espacio para seguir explotando las desavenencias entre fonema y sentido, entre significante y significado. La discusión entonces continúa, y nada definitivo puede nunca quedar establecido.

En la segunda parte, siguiendo la misma metodología arqueológica, tratamos de reconocer las particularidades de una forma especial de terrorismo que adjetivamos como global. Vimos cómo a causa de este fenómeno surgieron diversos emprendimientos para relativizar la prohibición internacional de la tortura, primero en Israel y luego en Estados Unidos, y atestiguamos la inadecuación de las categorías normativas tradicionales para frenar los intentos interpretativos que tenían por objetivo instrumentalizar la categoría de

---

<sup>1</sup> FOUCAULT, Michel. La arqueología del saber. 18° Edición. México. 1997. Siglo XXI Editores.

tratos crueles, inhumanos o degradantes como técnica legítima de interrogatorio.

Y es que antes del 9/11 y la aparición pública a escala mundial del terrorismo global, los Estados nacionales modernos venían culminando un largo proceso de suscripción de tratados internacionales que comenzó en las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial, contrayendo obligaciones prohibitivas de toda forma de tortura o maltrato. Obligaciones que dieron origen a lo que hoy se conoce con el nombre de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y que ha definido, en cierto modo, un estándar común de civilización para todas las naciones del planeta, pero que, además, maniató las tradicionales fuentes discrecionales de que gozaban los Estados para lidiar con los problemas que afectaron su seguridad y supervivencia.

Constreñidos por instrumentos que prohíben genéricamente cualquier forma de opresión física o psíquica a los detenidos, prisioneros o individuos bajo cualquier otra forma de cautiverio, las fuerzas de orden y seguridad estatales se vieron necesitadas de una fuente de legitimación jurídica suficiente como para justificar ciertas prácticas de interrogatorios que efectivamente implementaban, o que buscan implementar para llevar a cabo sus objetivos. Y no faltaron quienes asumieran esta tarea desde un flanco interpretativo, que luego fue llevado al terreno político donde, hasta el momento, ha logrado ser contenido.

No obstante, una vez más la porfiada realidad continúa desafiando las fronteras de la esfera de protección que ofrecen los Derechos Humanos, puesto que el terrorismo no ha dejado de ser una amenaza omnipresente. Vimos la historia previa al acontecimiento fundacional del 9/11, así como los verificados con posterioridad, y vimos también cómo ni siquiera territorios virtualmente marginados de los núcleos centrales de poder que son el blanco primordial del terrorismo global, escapan hoy a su campo de acción. Y es que, si bien podría argumentarse que aún no se han verificado atentados de gran magnitud en América Latina, si es posible vislumbrar cómo las redes de financiamiento y operatividad de distintas organizaciones terroristas se asientan en suelo sudamericano, siendo igualmente factible suponer estrechos lazos entre éstas y las formas vernáculas del terrorismo en la región.

Finalmente, dimos cuenta de las respuestas que ha sido capaz de articular la comunidad internacional y de cómo los juristas han intentado definir el terrorismo en un proceso que, por falta de consensos políticos, llevó a un enfoque sectorial en curso de ser superado. Ahora bien, originalmente nos planteamos abordar el problema central de la relativización de la prohibición internacional de la tortura desde dos dimensiones analíticas. La primera buscaba determinar qué conductas podían caber dentro de la categoría de tortura, y cuáles eran adscribibles a los tratos crueles, inhumanos o degradantes. Y ello con razón de verificar las consecuencias de su aplicación en cada caso.

En adelante, nos centraremos en lo que afirmamos sería una segunda dimensión analítica, la cual definimos antes como la instrumentalización de la tortura frente a casos de terrorismo global. Sin embargo, para tal efecto nos valdremos de lo que podríamos denominar un proceso de ingeniería inversa, partiendo por el análisis de los casos concretos con que la jurisprudencia internacional ha debido lidiar, para terminar, finalmente, develando los sistemas de pensamiento que subyacen a cualquier intento por relativizar la prohibición internacional de la tortura.

Necesario será, entonces, adentrarse en el territorio de la jurisprudencia, puesto que es sólo en los tribunales donde los conflictos sociales reales se encarnan en palabras que administran pacíficamente la violencia. El propósito aquí será dar cuenta de los acontecimientos a los que han debido enfrentarse algunos de los órganos de control de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Y si bien no podremos dar cuenta de fallos ni análisis de casos específicamente asociados al terrorismo global tal y como lo hemos expuesto en el capítulo anterior, puesto que existe un desfase jurisdiccional entre la competencia territorial de los órganos de control y los Estados en donde han acontecido los principales casos de terrorismo global –Estados Unidos e Israel-, podremos adentrarnos efectivamente en la lógica con que los órganos jurisdiccionales entienden el fenómeno de la tortura.

Antes mencionamos que tres instrumentos internacionales de aplicación general habían dado origen a distintos órganos de control a los cuales los Estados les otorgaron las competencias suficientes para observar la aplicación y vigencia de las normas contenidas tanto en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, como en la Convención Americana de Derechos Humanos y el Convenio Europeo. En efecto, estos tres instrumentos internacionales contemplan normas orgánicas y procedimentales que configuran los sistemas judiciales y cuasi judiciales de observancia de los Derechos Humanos tanto en el así denominado Sistema Universal como en los dos sistemas regionales más relevantes del ordenamiento jurídico internacional.

## **5.2. Órganos y alcances**

Como mencionamos en la primera parte de este trabajo, tres son los principales órganos internacionales competentes para conocer de casos donde pueda verse vulnerado el bien jurídico de la integridad personal. En primer lugar, encontramos al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas<sup>2</sup>, órgano convencional formado por expertos independientes que vigila el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por los Estados que lo han ratificado, y que forma parte de lo que antes denominamos Sistema Universal. Sus miembros son elegidos por los Estados cada cuatro años, pero ejercen sus funciones a título personal y no en representación de su elector<sup>3</sup>.

El Comité desempeña tres tipos de funciones, dentro de las cuales se cuentan la redacción de “observaciones generales”, en las que sistematiza las interpretaciones que sus integrantes han hecho del Pacto, el examen de informes que cada cuatro años deben remitir los Estados que han ratificado el Pacto y, finalmente, conoce también de denuncias concretas formuladas por otros Estados parte, o bien por individuos que se consideren víctimas de la violación de alguno de los derechos consagrados en el Pacto. Las Observaciones Generales pueden tratar sobre un derecho en concreto, donde se desarrolle su contenido y alcance, o bien sobre cuestiones de procedimiento. A la fecha, el Comité ha publicado treinta y una Observaciones Generales, siendo las números siete y veinte de especial relevancia puesto que tratan exclusivamente de los alcances del

---

<sup>2</sup> En adelante, el Comité.

<sup>3</sup> SALADO, Ana. *Textos básicos de Naciones Unidas relativos a Derechos Humanos y estudio preliminar*. 1ª Edición. España. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla. 2004.

artículo 7 del Pacto, relativo a la prohibición sobre torturas y malos tratos, Observaciones que veremos en detalle más adelante.

Por su parte, para el examen de los informes, el Comité realiza sesiones públicas con los representantes de los distintos Estados, sesiones en las que realiza preguntas y que finalmente llevan a la elaboración de unas “Observaciones Finales” en las que hace constar los aspectos positivos y negativos resultantes del diálogo y finalmente formula una serie de recomendaciones.

Por último, el Comité conoce también de denuncias por violaciones al Pacto que cualquier Estado puede formular en virtud del artículo 41, cuando las partes han ratificado su competencia, o bien de denuncias por violaciones a los Derechos Humanos hechas por personas, las cuales pueden ser conocidas por el Comité en virtud de la ratificación que hayan hecho los Estados del Primer Protocolo Facultativo de 1976. Este procedimiento cuasi-contencioso se tramita en dos fases; primero, una de admisibilidad, donde se evalúa si el Estado infractor ha suscrito o no el Primer Protocolo, así como si se han agotado efectivamente todos los recursos ante los tribunales nacionales y si existe otro tribunal internacional conociendo del mismo asunto; y, en segundo lugar, un examen de fondo en virtud del cual el Comité emite su opinión sobre si se ha producido o no una violación a alguno de los derechos consagrados en el Pacto. Las opiniones de fondo del Comité no son vinculantes por sí mismas, ya que no tienen la naturaleza de sentencia. No obstante, dado que por el artículo 2 del Pacto, los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas necesarias para la efectividad de los derechos reconocidos, el organismo entiende que sus observaciones, que contienen propuestas de medidas concretas de reparación, deben ser acatadas, puesto que, de lo contrario, se incurriría en el incumplimiento de dicho artículo.

En segundo lugar, podemos encontrar dos órganos propiamente jurisdiccionales con competencias regionales; nos referimos a la Corte Europea de Derechos Humanos<sup>4</sup> y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ambos representan los pilares jurisprudenciales de los Sistemas Europeo y Americano respectivamente.

La Corte Europea fue creada en 1959 y operaba antiguamente en conjunto con una Comisión, la cual era el órgano a cargo de llevar las denuncias de violaciones al, en ese entonces, Tribunal, puesto que los individuos carecían de legitimación activa. Sin embargo, en 1998, el sistema europeo fue reformulado para otorgarle legitimación activa a los individuos, dejando de existir la Comisión y el antiguo Tribunal para ser reemplazados por una Corte Europea de Derechos Humanos, órgano que actualmente representa la máxima autoridad judicial para garantizar los Derechos Humanos consagrados en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, conocido también con el nombre de Convención Europea de Derechos Humanos.

La Corte Europea está compuesta por representantes de cada uno de los países que forman el Consejo de Europa, actualmente integrado por 47<sup>5</sup> de los 49<sup>6</sup> Estados del

---

<sup>4</sup> En adelante, la Corte Europea.

<sup>5</sup> Estados miembros del Consejo de Europa: Bélgica, Dinamarca, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Suecia, Reino Unido, Grecia, Turquía, Islandia, Alemania, Austria, Chipre, Suiza, Orden de Malta, Malta, Portugal., España, Liechtenstein, San Marino, Finlandia,

continente europeo. Para operar, la Corte Europea se organiza en cuatro secciones, que a su vez constituyen comités de tres jueces y salas de siete miembros.

La Corte Europea conoce de denuncias hechas por Estados o por cualquier persona que considere haber sido víctima de una violación de los derechos reconocidos por la Convención Europea o cualquiera de sus Protocolos Adicionales, bajo condición de que tal violación haya sido perpetrada por un Estado miembro del Consejo de Europa, y que haya agotado sin éxito los recursos judiciales disponibles por dicho Estado.

Finalmente, nos encontramos con el Sistema Interamericano, el cual presenta actualmente la misma organización que el Sistema Europeo, previo a la reforma de 1998, es decir, consta de dos órganos, una Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>7</sup> y una Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>8</sup>.

La Comisión fue creada en 1959, en la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, celebrada en Santiago de Chile, y se le dio la tarea de “promover la observancia y la defensa de los Derechos Humanos y servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia”<sup>9</sup>. Actualmente, esta Comisión actúa en virtud de las facultades que le otorgan tanto la Carta de la OEA como sus propios Estatutos y Reglamento, los cuales le atribuyen jurisdicción sobre todos los Estados miembros de la Organización, y tiene por función: “i) promover los Derechos Humanos en todos los países miembros de la OEA, ii) examinar la situación general de los Derechos Humanos en esos mismos países; y iii) examinar las comunicaciones individuales presentadas en contra de los países miembros de OEA que no son parte de la Convención, como de los que sí lo son”<sup>10</sup>. En consecuencia, la Comisión puede fiscalizar la observancia de los preceptos establecidos en la Convención respecto de todos los Estados partes, facultades que adquiere por norma expresa en la propia Convención.

La Comisión tiene atribuciones para publicar informes, realizar visitas *in loco* o emitir comunicados de prensa. Asimismo, puede también tramitar y resolver casos individuales de violación de Derechos Humanos y, en caso de incumplimiento de sus recomendaciones por parte de los Estados, puede decidir llevarlos a la Corte Interamericana en ciertos casos. Adicionalmente, en ejercicio de este mandato, la Comisión puede ordenar la adopción de medidas cautelares o solicitar a la misma Corte Interamericana la adopción de medidas provisionales. Por último, puede también celebrar

---

Hungría, Polonia, Bulgaria, Estonia, Lituania, Eslovenia. República Checa, Eslovaquia, Rumania, Andorra, Letonia, Albania, Moldova, Macedonia, Ucrania, Rusia, Croacia, Georgia, Armenia, Azerbaiyán, Bosnia-Herzegovina, Serbia, Mónaco y Montenegro.

<sup>6</sup> Sólo no son miembros Bielorrusia y Kazajstán ya que no cumplen los requisitos democráticos exigidos para la membresía.

<sup>7</sup> En adelante, la Comisión.

<sup>8</sup> En adelante, la Corte o la Corte Interamericana.

<sup>9</sup> PULIDO, María Claudia y BLANCHARD, Marisol. *La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y sus mecanismos de protección aplicados a la situación de los refugiados, apátridas y solicitantes de asilo*. En: Biblioteca del Alto Comisionado de Naciones Unidas para Refugiados [online]. 1º Edición. 2001. pp. 2 y ss. [en línea] <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3191.pdf>> [consulta: 25 mayo 2010].

<sup>10</sup> MEDINA, Cecilia. *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia*. 1º Edición. Costa Rica. Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. 2005. pp. 3.

audiencias sobre diferentes aspectos relacionados con el trámite de los casos o sobre situaciones generales o específicas.

Por su parte, la Corte Interamericana es un órgano judicial de la Organización de Estados Americanos que goza de autonomía frente a los demás órganos de la OEA y que tiene dos funciones principales. Primero, interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y aplicarla, o función consultiva, en virtud de la cual la Corte Interamericana responde aquellas consultas que le formulan los Estados miembros de la OEA o los órganos de la misma, sobre temas atinentes a la interpretación de la Convención Americana o de otros tratados concernientes a la protección de los Derechos Humanos en las Américas. Y, segundo, una función jurisdiccional en virtud de la cual determina si un Estado ha incurrido en responsabilidad internacional por haber violado alguno de los derechos consagrados o estipulados en la Convención Americana.

Dos son las diferencias fundamentales entre ambas funciones. La primera es que en uso de la función jurisdiccional, “la Corte declara la verdad de los hechos en un caso concreto que es exigible al Estado Parte responsable, mientras que la función consultiva responde a preguntas hipotéticas cuyas respuestas no pueden ser ejecutadas, pese a que son obligatorias por constituir una interpretación de la Convención hecha por el órgano jurisdiccional que dispone la propia Convención”<sup>11</sup>. La segunda guarda relación con la competencia, en cuanto a que la función jurisdiccional está abierta únicamente para aquellos Estados que han ratificado o adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mientras que la función consultiva está abierta a todos los Estados miembros de la OEA.

Actualmente, la Organización de Estados Americanos está compuesta por treinta y cuatro<sup>12</sup> de los treinta y seis Estados que conforman el continente americano, de los cuales sólo veintitrés<sup>13</sup> han ratificado la Convención. Y si bien todos los Estados latinoamericanos lo han hecho, la gran mayoría de los Estados del Caribe, así como Estados Unidos y Canadá, se mantienen al margen del sistema. No obstante, como vimos antes, no basta la sola ratificación para que estos Estados puedan ser demandados ante la Corte ya que, además deben haber aceptado su competencia contenciosa y, entre ellos, sólo se cuentan 22<sup>14</sup>. Especial mención merece el caso de Trinidad y Tobago, el

---

<sup>11</sup> VENTURA, Manuel. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Camino hacia un tribunal permanente*. En: Biblioteca del Alto Comisionado de Naciones Unidas para Refugiados [online]. 1° Edición. 2001. pp. 2 y ss. [en línea] <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3191.pdf>> [consulta: 25 mayo 2010].

<sup>12</sup> Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas (*Commonwealth de las*), Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica (*Commonwealth de las*), Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela

<sup>13</sup> Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay y Venezuela.

<sup>14</sup> Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos y aceptado la competencia contenciosa de la Corte: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El

cual denunció la Convención Americana para marginarse de la competencia de la Corte Interamericana, aunque se mantiene como parte de la Convención.

En cuanto su composición, la Corte Interamericana está conformada por siete jueces nacionales de los Estados miembros de la OEA y no puede haber más de un juez de la misma nacionalidad. Éstos son electos para un mandato de seis años, el cual sólo consta de una reelección.

Puesto que el objetivo de revisar la totalidad de los casos asociados al terrorismo global en la contundente y profusa jurisprudencia de estos tres órganos es virtualmente imposible para el autor, ya que sobrepasan por mucho el alcance de este trabajo, centraremos nuestra atención en el último de ellos, tanto por razones lingüísticas como porque, en sus fallos, la Corte Interamericana ha sido capaz de desarrollar, lenta pero coherentemente, una aproximación jurisprudencial consistente respecto del derecho a la integridad personal, así como diversas interpretaciones, precisiones y alcances a la aplicabilidad de las normas que lo consagran tanto en la Convención Americana como en otros instrumentos internacionales sometidos a su control.

En efecto, en este poco más de cuarto de siglo, la Corte ha dictado un número considerable de sentencias que han creado una jurisprudencia significativa sobre diferentes temas asociados al bien jurídico de la integridad personal, jurisprudencia en la que se destacan tanto criterios en derecho sustantivo tales como “detención preventiva, presunción de inocencia y prisión provisional; torturas, penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes; desapariciones forzadas de personas; principio de tipicidad de leyes y garantías judiciales; derecho a recurrir ante un juez o tribunal superior; derecho a la vida; suspensión de derechos y estados de excepción; violación a los derechos de los niños, libertad sindical; libertad de expresión, derecho de propiedad; derecho a un recurso judicial rápido y efectivo; independencia e imparcialidad del juez; medidas provisionales”<sup>15</sup>, como también en materias de derecho adjetivo tales como “agotamiento de los recursos; ampliación del concepto de víctima, declaración de competencia; declaración de invalidez de un proceso; declaratoria de ineffectividad de leyes de amnistía, ampliación de la protección de presuntas víctimas a través de medidas provisionales: pruebas; y reparaciones”<sup>16</sup>.

Además, en su ejercicio, la Corte Interamericana se ha valido constantemente de la jurisprudencia internacional, en especial de aquella de la Corte Europea y del Comité, órganos con los cuales ha tratado siempre de guardar coherencia y armonía. No obstante, ello no es óbice para que pueda disentir respecto de ciertas apreciaciones debido a los contextos particulares de las realidades que le toca analizar, o bien que pueda también abrir camino en ciertos temas pioneros para los Derechos Humanos, cuestión que la ha transformado indiscutiblemente en uno de los referentes mundiales más importantes en este ámbito.

---

Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay y Venezuela.

<sup>15</sup> BECERRA, Manuel. *Introducción. Veinticinco años de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una vida fructífera y un futuro prometedor*. En: La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento. 1º Edición. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2007 pp. XXII. [en línea] <<http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2496/3.pdf>> [consulta: 25 mayo 2010].

<sup>16</sup> *Ibíd.*

## Capítulo 6

### Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

#### 6.1. Tortura

A lo largo de su historia, la Corte Interamericana ha debido enfrentarse en diversas ocasiones al conocimiento de casos relacionados con torturas y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. De hecho, desde sus inicios a la fecha de esta investigación, le han sido presentados cincuenta y un casos<sup>17</sup>, en los que directa o indirectamente se ha visto afectado el bien jurídico de la integridad personal protegido por el artículo 5<sup>18</sup> de la Convención. Muchos de estos casos han estado relacionados directamente con el fenómeno del terrorismo ya que, como hemos visto, éste no es ajeno al continente.

En esta profusa jurisprudencia, la Corte Interamericana ha desarrollado diversas tesis respecto de las formas de afectación de la integridad personal, así como definiciones

---

<sup>17</sup> Caso Velazquez Rodríguez Vs. Honduras, caso Godinez Cruz Vs. Honduras, caso Loayza Tamayo Vs. Perú, caso Castillo Páez Vs. Perú, caso "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala, caso Suárez Rosero Vs. Ecuador, caso "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, caso Benavides Ceballos Vs. Ecuador, caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú, caso Cantoral Benavides Vs. Perú, caso del Caracazo Vs. Venezuela, caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia, caso Bamaca Velazquez Vs. Guatemala, caso Barrios Altos Vs. Perú, caso Constantine y otros Vs. Trinidad y Tobago, caso Hilaire Vs. Trinidad y Tobago, caso Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago, caso de los 19 Comerciantes Vs. Colombia, caso Humberto Sánchez Vs. Honduras, caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala, caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala, caso Molina Theissen Vs. Guatemala, caso Tibi Vs. Ecuador, caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala, caso Lori Bereson Mejia Vs. Perú, caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador, caso Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay, caso Hermanos Gomez Paquiyauri Vs. Perú, caso Ximenes López Vs. Brasil, caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia, caso Raxcaco Reyes Vs. Guatemala, caso Blanco Romero y otros Vs. Venezuela, caso de la Masacre de "Mapiripan" Vs. Colombia, caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago, caso López Álvarez Vs. Honduras, caso La Cantuta Vs. Perú, caso de la Masacre de "Pueblo Bello" Vs. Colombia, caso Baldeon García Vs. Perú, caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia, caso Servellon García y otros Vs. Honduras, caso Goiburú y otros Vs. Paraguay, caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, caso García Prieto y Otro Vs. El Salvador, caso Gómez Palomino Vs. Perú, caso Cantoral Huamani y Garcia Santa Cruz Vs. Perú, caso de la Masacre de la Rochela Vs. Colombia, caso Bueno Alves Vs. Argentina, caso Escue Zapata Vs. Colombia, caso Boyce y otros Vs. Barbados, caso Chaparro Álvarez y Lapo Iniguez Vs. Ecuador, y caso Bayarri vs. Argentina.

<sup>18</sup> El artículo 5 prescribe: "1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. 3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente. 4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas. 5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento. 6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados". ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica. 1969. [en línea] <<http://www.oas.org/Juridico/spanish/tratados/b-32.html>> [consulta: 10 octubre 2009].

conceptuales e interpretaciones vinculantes de los conceptos jurídicos que la Convención contiene. Empero, nos limitaremos a destacar los elementos básicos que ya han sido desarrollados en la primera parte de este trabajo a efectos de verificar tanto su existencia, como para reconocer las diversas alternativas, precisiones o alcances que éste y los otros órganos de control han realizado en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales y cuasi judiciales.

En primer lugar, es necesario hacer presente que la Corte Interamericana reconoce explícitamente la existencia de tres de los cuatro elementos que identificamos conforman el concepto de tortura. En efecto, la Corte Interamericana entiende que los elementos constitutivos de la tortura son: “a) un acto intencional; b) que cause severos sufrimientos físicos o mentales, y c) que se cometa con determinado fin o propósito”<sup>19</sup>. Podemos reconocer, entonces, el elemento denominado intencionalidad, entendido como el hecho de que los actos cometidos en contra de la víctima hayan sido inflingidos deliberadamente y no sean producto de una conducta imprudente, accidental o fortuita; el efecto, entendido como el sufrimiento padecido por la víctima y, finalmente, el propósito o finalidad, elemento que apunta al objeto de la conducta en tanto forzar una confesión o infringir un castigo.

Llama la atención el hecho de que la Corte Interamericana no haya incluido el elemento del agente en su definición de tortura, lo cual podría llegar a significar que maneja un concepto más amplio, toda vez que no sería necesario que el sujeto activo de la conducta sea un funcionario público que actúe en tal calidad o bien por mandato o con la aquiescencia del Estado. Sin embargo, constatamos que éste último elemento se encuentra implícitamente contenido en el elemento de la finalidad, puesto que comprende “una aceptación del Estado”<sup>20</sup>, aludiendo directamente a la aquiescencia necesaria para cumplir con el requisito de la calidad del agente.

En consecuencia, podemos reconocer que la Corte Interamericana recoge los mismos cuatro elementos que hemos presentado como constitutivos de toda definición de tortura, y aun cuando este reconocimiento sea más bien nuevo en su jurisprudencia<sup>21</sup>, es plenamente concordante tanto con las elaboraciones doctrinarias ya revisadas como con sus anteriores fallos.

Ahora bien, tomando la definición del artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura<sup>22</sup>, la Corte Interamericana ha incorporado el elemento abstracto ahí presente a los otros cuatro ya antes descritos. En efecto, valiéndose de esta noción, ha establecido que todo acto de tortura tiene por fin “anular la voluntad de la víctima con el objeto de obtener ciertos fines, como información de una

---

<sup>19</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Bueno Alves Vs. Argentina. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164. Párrafo 79 y ss.; y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Bayarri vs. Argentina. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Párrafo 81

<sup>20</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Bueno Alves Vs. Argentina. op. Cit: 82.

<sup>21</sup> El caso data del año 2008.

<sup>22</sup> Artículo 2. ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Washington D.C., Estados Unidos. 1985. [en línea] <<http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/a-51.html>> [consulta: 10 octubre 2009].

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”<sup>23</sup>. No obstante, vemos cómo la Corte no sigue una interpretación literal del artículo 2, puesto que éste se refiere a la aplicación de “métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”<sup>24</sup>, fórmula que interpretamos en la primera parte como que buscaba incorporar ciertos casos de laboratorio que vinculamos al propósito de coerción antes que al de intimidación. Por el contrario, la Corte se ha valido aquí del concepto de anulación de voluntad como fórmula general para describir un propósito más amplio de intimidación. De acuerdo a lo anterior, y en atención a las circunstancias de cada caso, podrán calificarse como torturas físicas y psíquicas todos aquellos actos que han sido “preparados y realizados deliberadamente contra la víctima para suprimir su resistencia psíquica y forzarla a auto inculparse o a confesar determinadas conductas delictivas o para someterla a modalidades de castigos adicionales a la privación de la libertad en sí misma”<sup>25</sup>.

Luego, la manera de entender esta fórmula por parte de la Corte Interamericana no es más que una consecuencia del efecto de la conducta como parte estructural de la definición de tortura, puesto que la anulación de la voluntad de la víctima aquí pretende referirse al factor de intensidad en el sufrimiento que establecimos en nuestro primer análisis categorial. Efectivamente, el sometimiento de la voluntad ajena por efecto del poder, en el caso de la tortura, pasa necesariamente por la implementación de un sufrimiento físico o psíquico capaz de generar un padecimiento tal que arrastre irremediablemente a la víctima a adoptar cualquier instrucción o conducta impuesta desde el exterior. La anulación aquí pretende aludir a que el grado de sufrimiento, sea dolor o angustia, a que se somete a la víctima, debe ser de tal magnitud, que efectivamente derogue su voluntad, imponiéndose a ella otra externa. Y es que si el grado de sufrimiento no desencadena este padecimiento extremo o conlleva en sí una amenaza suficiente, la víctima podría aún oponerse, ofreciendo resistencia y afirmando en ello su propia existencia. Se estaría entonces reafirmando indirectamente que la tortura debe implicar un padecimiento de tal magnitud que, por causa de dolor o angustia, provoque la supresión de cualquier forma de autonomía en la víctima.

En esta misma línea interpretativa, la Corte Interamericana también ha sido generosa en proporcionar elementos para diferenciar las técnicas de torturas físicas de las psíquicas, otorgándoles a estas últimas un alto grado de certeza jurídica mediante una serie de apreciaciones que tienden a delimitar y comprender su rango de aplicación. En términos generales, se entenderá por tales a “las amenazas y el peligro real de someter a una persona a lesiones físicas [en tanto éstas] producen, en determinadas circunstancias, una angustia moral de tal grado que puede ser considerada ‘tortura psicológica’ ”<sup>26</sup>. La

---

<sup>23</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Párrafo: 91.

<sup>24</sup> Artículo 2. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Op. Cit.

<sup>25</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Tibi Vs. Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Párrafo 146; y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Sentencia del 25 de noviembre de 2006. Párrafo 317.

<sup>26</sup> Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. op. Cit: 92; caso Tibi Vs. Ecuador. op. Cit: 147; y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Baldeón García Vs. Perú. Sentencia de 6 de abril de 2006. Párrafo: 119.

noción que entrega la Corte Interamericana de tortura psicológica es concordante con la jurisprudencia internacional, toda vez que los otros órganos internacionales también han reconocido su existencia en términos muy similares. En efecto, la Corte Europea ha establecido que “es suficiente el mero peligro de que vaya a cometerse alguna de las conductas prohibidas por el artículo 3 de la Convención Europea para que pueda considerarse infringida la mencionada disposición, aunque el riesgo de que se trata debe ser real e inmediato”<sup>27</sup>. Del mismo modo, el Comité también ha calificado la amenaza de hacer sufrir a una persona una grave lesión física como una “tortura psicológica”<sup>28</sup>.

Tales precisiones son concordantes tanto con las definiciones consagradas en los instrumentos internacionales ya vistos como con el análisis teórico elaborado en la primera parte. Señalamos ahí que el sufrimiento, analizado en sede de efecto, podía provenir tanto del dolor provocado por la implementación de violencia física sobre el cuerpo de la víctima, como también de la angustia provocada por la amenaza de desplegar violencia física sobre el cuerpo de la víctima o de terceros vinculados, entre otros. Indicamos también que respecto de ambos, el sufrimiento debía ser de gran magnitud, es decir, dolor severo o angustia profunda, para que las conductas asociadas pudieran ser calificadas de torturas y no ya de otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. Y no es algo distinto aquello que los órganos de control afirman, puesto que incorporan en sus consideraciones elementos magnificadores de la gravedad de la conducta, ya sea al señalar que la angustia moral debe ser de tal grado que el riesgo de que se trata ha de ser real o inmediato, o que la amenaza debe implicar hacer sufrir una lesión grave.

No obstante, ha sido la Corte Interamericana la que ha ido más lejos en cuanto a definir las torturas psicológicas se refiere, puesto que ha llegado a afirmar 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...”<sup>29</sup>. En estricto rigor, esta definición amplía el espectro de las conductas que podrían ser catalogadas de torturas psíquicas hacia la categoría de los otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, puesto que no contempla el factor de magnitud del sufrimiento para delimitar sus características. Por el contrario, la definición vincula las torturas psicológicas a los otros dos factores analizados previamente, intencionalidad y propósito, aunque siguiendo nuestra interpretación de lo que implica suprimir la resistencia psíquica, podríamos afirmar que el elemento efecto, en tanto magnitud del sufrimiento, estaría contenido en esta expresión. Lo importante aquí es resaltar que la Corte Interamericana, si bien ha reconocido los elementos de la definición de tortura, no utiliza los parámetros que la diferencian de la categoría de los otros tratos crueles, inhumanos o degradantes de forma explícita, concordante y única, cuestión que verificaremos más adelante.

Dos serían, entonces, las precisiones adicionales que se pueden vislumbrar en la jurisprudencia de la Corte Interamericana al concepto de tortura. Por una parte, una referencia abstracta al propósito de anular la voluntad de la víctima como finalidad más

---

<sup>27</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Sentencia del 18 de agosto de 2000. Párrafo 102.

<sup>28</sup> Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. op. Cit: 279.

<sup>29</sup> Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. op. Cit: 93.

amplia que la intimidación y que, entendemos, busca reafirmar el factor de intensidad en el sufrimiento propio del elemento efecto. Y por otra, un intento por precisar las técnicas psicológicas de torturas asociadas a la generación de sufrimiento por la vía de la angustia. Dicho intento nos lleva a entender que bastaría la amenaza de desplegar violencia física para que se configure una conducta atentatoria de la integridad personal, pero que también desdibuja la distinción entre la tortura y los otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. Y es que cada vez que exista una amenaza real e inminente de que ocurra una conducta prohibida por el artículo 5 de la Convención Americana, se entenderá que existe una transgresión a dicha norma, puesto que siempre deberá tomarse en cuenta no sólo el sufrimiento físico sino también la angustia psíquica y moral.

## **6.2. Segundo análisis categorial**

Hemos visto antes que la integridad personal es un bien jurídico que puede violentarse de diversas maneras en cuanto existe una multiplicidad de conductas que pueden afectar irreversiblemente las capacidades físicas y psíquicas de una persona. Por ello, resulta primordial reconocer el ámbito de aplicación de esta definición en relación a las otras formas de afectación de la integridad personal. En la primera parte realizamos un análisis categorial donde sometimos los cuatro elementos estructurales de la definición de tortura a la tensión de casos concretos para evaluar su factibilidad y comportamiento ante múltiples realidades.

La Corte Interamericana ha discurrido en consideraciones análogas, puesto que la Convención Americana consagró en el artículo 5 una fórmula que prohíbe tanto las torturas como los otros tratos crueles, inhumanos o degradantes sin estipular mayores distinciones, con el objeto de incluir en la prohibición todo el amplio espectro de conductas lesivas a la integridad personal.

Para estos efectos, la Corte Interamericana, al igual que otros tribunales internacionales, se ha inclinado por reconocer la gradualidad progresiva en las categorías, reservando las torturas para las formas de afectación más severas a la integridad personal y dotando a los tratos crueles, inhumanos o degradantes de un carácter residual amplio, que permita incluir en él una pluralidad de conductas atentatorias a modo de norma de clausura.

Sin embargo, a diferencia de la Corte Europea, la Corte Interamericana ha utilizado la categoría de los otros tratos crueles, inhumanos o degradantes en forma íntegra e unívoca -como un todo- puesto que no ha establecido distinciones particulares entre los tres conceptos que la conforman. En efecto, la Corte Interamericana no reconoce diferencias de gradualidad en la intensidad específica de cada una de las categorías, aplicándolas todas de forma residual para cubrir con ellas cualquier otra conducta que no pueda considerarse como tortura. Por el contrario, como vimos anteriormente, la Corte Europea entiende que existiría una gradualidad progresiva entre cada uno de los elementos que conforman la categoría, gradualidad que tendría a los tratos crueles como la primera parte de una escala creciente y a los tratos y penas degradantes como su culminación.

Sin perjuicio de haber reconocido que la infracción a la integridad personal, tanto en su forma física como psíquica, es una clase de violación que tiene “diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otros tipos de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes”<sup>30</sup>, la Corte Interamericana ha señalado que en orden a establecer si se han cometido o no torturas y cuáles serían sus alcances, “deben tenerse presentes todas las circunstancias del caso, como, por ejemplo, la naturaleza y el contexto de las agresiones de que se trata, la manera y método de ejecutarlas, su duración, sus efectos físicos y mentales y, en algunos casos, el sexo, la edad y el estado de salud de las víctimas”<sup>31</sup>. Con ello, la Corte Interamericana apunta a la necesidad de privilegiar los análisis caso a caso antes que las elaboraciones teóricas o doctrinarias preestablecidas. Cuestión fundamental, entonces, será el juicio de ponderación que se haga para cada caso concreto, puesto que serán las circunstancias específicas –el contexto- las que definirán en definitiva la aplicación de una categoría u otra.

Para tales efectos, la Corte Interamericana ha identificado dos variables que servirían para analizar las circunstancias específicas de cada caso. En primer lugar, el grado de severidad del sufrimiento experimentado por la víctima en el despliegue de las conductas lesivas a la integridad personal y, en segundo lugar, la gravedad de las conductas o técnicas utilizadas. Estas dos variables serán denominadas factores endógenos u objetivos, vale decir, aquellos propios del contexto y de las formas en que fueron desplegadas las conductas que produjeron el sufrimiento en la víctima, mientras que los factores exógenos o subjetivos serán los asociados a las características propias y personales de la víctima. De esta forma, se determinará si una conducta es o no tortura o trato cruel, inhumano o degradante conforme al examen que se realice de estas dos variables contextuales, las cuales deberán ser analizadas en cada situación concreta.

#### 6.2.1. Factores endógenos

Los factores endógenos buscan, entonces, referirse a “las características del trato, tales como la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los padecimientos, así como los efectos físicos y mentales que éstos tienden a causar”<sup>32</sup>. Ahora bien, estos factores también pueden estructurarse en virtud de una gradualidad en la gravedad de la conducta desplegada, lo cual implica nuevamente que también podrían ubicarse en una escala de afectación que, de acuerdo a su posición, determinará si se está frente a torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Sin embargo, estos factores operan por sí mismos o de forma externa, como si fueran engranajes que determinan movimientos ascendentes o descendentes en el posicionamiento de la conducta en relación a la escala de afectación, por lo que aún se requiere de puntos estáticos que fijen el inicio y el término de la escala, y la división entre una y otra categoría.

Estos puntos de inicio y término serán los que establecerán los niveles mínimos de severidad o gravedad que inaugurarán la categoría de los tratos crueles, inhumanos o

---

<sup>30</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Sentencia del 17 de septiembre de 1997. Párrafo 57.

<sup>31</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros versus Guatemala). Sentencia del 19 de noviembre de 1999. Párrafo 74.

<sup>32</sup> Caso Bueno Alves Vs. Argentina. op. Cit: 83.

degradantes, y el nivel máximo que dará cuenta del término de las conductas que pueden ser comprendidas como torturas, así como también la frontera entre una y otra categoría.

Respecto del punto mínimo de los elementos endógenos u objetivos, la Corte Europea sólo ha sostenido que “la evaluación de este nivel mínimo es relativa y depende de las circunstancias de cada caso, tales como la duración del trato y de sus consecuencias físicas y mentales”<sup>33</sup>. Sin embargo, la Corte Interamericana ha sido más explícita y contundente en la determinación de este margen mínimo estableciendo el límite inferior de la escala a través de una verdadera línea de base que estaría dada por “todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida”<sup>34</sup>. Luego, todo uso de la fuerza que sea utilizado con un objetivo distinto al de detener y mantener detenida a esa persona se entenderá como que sobrepasa el límite mínimo de afectación respecto de las conductas desplegadas, pasando a ser parte integrante de los tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Llevando esta idea un paso más allá en su elaboración, la Corte Interamericana ha fallado, en un caso concreto, que la cuña sobre la cual se podría fundar la categoría de los tratos crueles, inhumanos o degradantes en cuanto a la gravedad de las conductas desplegadas es la sujeción, entendiendo por tal “cualquier acción que interfiera con la capacidad de una [persona] de tomar decisiones o que restrinja su libertad de movimiento”<sup>35</sup>. Para este órgano, la sujeción sería, entonces, una de las medidas más agresivas a que puede ser sometida una persona, por lo que para que esté en conformidad con el respeto a la integridad psíquica, física y moral que consagra el artículo 5 de la Convención Americana, debe ser empleada como medida de último recurso.

Fijar el umbral mínimo de afectación en la sujeción guarda estrecha concordancia con lo que identificamos en nuestro análisis previo en sede de agente como el grado de sometimiento de la víctima. Por lo tanto, necesariamente habría de aplicársele el principio de proporcionalidad para dilucidar cuándo y dónde estaría operando como umbral de afectación. Luego, replicando el juicio de ponderación requerido en cada caso, ahora es el agente quien deberá realizar también un balance entre el propósito de su acción y el grado de afectación de la integridad personal del sujeto en cuestión.

Es por ello que la Corte Interamericana ha señalado que este supuesto vértice inferior en la escala de afectación no puede considerarse como un punto fijo o estático. Apoyándose nuevamente en la jurisprudencia internacional, ha señalado que ciertos actos que fueron calificados en el pasado como tratos inhumanos o degradantes, y no como torturas, “podrían ser calificados en el futuro de una manera diferente, es decir, como torturas, dado que a las crecientes exigencias de protección de los derechos y de las libertades fundamentales, debe corresponder una mayor firmeza al enfrentar las infracciones a los valores básicos de las sociedades democráticas”<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Párrafo 67.

<sup>34</sup> Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. op. Cit:57.

<sup>35</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Ximenes López Vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006. Párrafo 133.

<sup>36</sup> Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. op. Cit: 99.

Por su parte, respecto de un posible umbral máximo de afectación en los factores endógenos, no encontramos pronunciamientos explícitos en la jurisprudencia internacional que nos permitan determinar un límite definitivo. Sin embargo, es posible inferir del tratamiento procesal que la Corte Interamericana hace de la afectación de cada uno de los derechos que alegan haberse violado en los casos sometidos a su conocimiento, que el límite máximo estaría dado por la muerte de la víctima.

En efecto, son múltiples los casos en que ésta ha establecido la afectación simultánea de distintos derechos consagrados en la Convención Americana, entre ellos, la integridad personal y el derecho a la vida. Sin embargo, cuando ello acontece, la Corte Interamericana los trata de forma sistemática y aislada, estableciendo así una clara distinción entre la afectación de un derecho u otro. Luego, en los casos en que ha existido violación de la integridad personal y del derecho a la vida, la Corte Interamericana ha optado por analizar cada uno por separado, pudiéndose inferir de ello que el límite de uno está en el comienzo del otro. En consecuencia, es factible afirmar que el límite máximo en la escala de afectación a la integridad personal respecto de sus elementos endógenos podría estar dado por la muerte de la víctima, toda vez que dicho resultado conlleva la afectación de un bien jurídico distinto al de la integridad personal.

Resta, entonces, definir la frontera que delimita a ambas categorías a lo largo de esta escala de afectación de factores endógenos, es decir, dilucidar cuándo se trata de torturas y cuándo de tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Como hemos visto, la Corte Interamericana ha sostenido que la mera amenaza de que ocurra una conducta prohibida por el artículo 5 de la Convención Americana, cuando sea suficientemente real e inminente, puede en sí misma estar en conflicto con la norma de que se trata. Cuestión que también ha sido planteada por la Corte Europea, la cual concuerda en que la mera amenaza de efectuar una conducta prohibida por el precepto consagrado en el artículo 3 de la Convención Europea, basta para que se entienda que existe un trato inhumano o degradante<sup>37</sup>.

En consecuencia, en principio podríamos diferenciar ambas categorías en el paso desde la potencialidad hacia la efectividad de la conducta, donde toda amenaza de tortura será entendida como una conducta subsumible bajo la categoría de trato cruel, inhumano o degradante, y toda tortura efectivamente implementada será catalogada como tal<sup>38</sup>. Más aún, no sólo la amenaza de torturas podría constituir objeto de afectaciones a la integridad personal en tanto trato cruel, inhumano o degradante, sino también las amenazas de muerte. Luego, cada vez que verifiquemos intimidaciones a las víctimas, ya sea de poner en seria amenaza su vida, o bien de ser sometidas a torturas, en tanto estas se lleven a cabo en un contexto de violencia, se entendería que se está frente a tratos crueles, inhumanos o degradantes<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros versus Guatemala). op. Cit: 165.

<sup>38</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Sentencia de 5 de julio de 2004. Párrafo 149; y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006. Párrafo 255.

<sup>39</sup> Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. op. Cit: 256 y 259.

Sin embargo, hemos visto que esta distinción tampoco es perfecta, puesto que podría darse el caso de que ciertas amenazas de afectación alcancen la categoría de torturas. En efecto, en nuestro primer análisis categorial vimos, en sede de efecto, que cuando la amenaza desencadene en la víctima una angustia de extrema intensidad, bien podría catalogarse de tortura y no sólo de trato cruel, inhumano o degradante. No obstante, en términos casuísticos podríamos afirmar que dicha variante posee escasa factibilidad, puesto que no es fácil concebir una amenaza que llegue a provocar un sufrimiento moral equivalente al dolor físico provocado por el tormento del cuerpo. Sin embargo, la posición de la Corte Interamericana es consistente con que dicha posibilidad requiere ser contemplada, ya que siempre dependerá de la serie de factores establecidos por el contexto particular, por lo que debemos limitarnos a utilizar esta distinción siempre a la luz de la ponderación que se haga en cada caso de la magnitud de la angustia, entendida como sufrimiento moral.

En esta intrincada búsqueda por delimitar ambas categorías, la Corte Interamericana también ha reconocido que existen ciertas conductas que deben ser necesariamente atribuidas a torturas y, respecto de las cuales, no cabría su catalogación como tratos crueles, inhumanos o degradantes, cuestión que destacamos también en nuestro análisis categorial bajo el concepto de presunciones de voluntariedad. Y es que los ejercicios de ponderación y análisis de contextos antes destacados parecen fútiles en casos donde los hechos adquieren una preponderancia intrínseca imposible de eludir. Es justamente en los casos en que de la conducta desplegada puede presumirse una voluntad que no puede sino tener por objetivo torturar, dada la sistematicidad, prolijidad y sofisticación que ésta requiere para hacerse efectiva, que los órganos jurisdiccionales han adoptado invariablemente por aplicar la categoría de tortura.

Luego, cada vez que nos enfrentemos a conductas que tiendan a disminuir las capacidades físicas y mentales de la víctima y a anular su personalidad mediante actos violentos<sup>40</sup>, tales como las mutilaciones de orejas y lengua, incineración o extracción de ojos, aplicación corporal de líquido hirviendo<sup>41</sup>, golpes de puño en el cuerpo y en el rostro, quemaduras en las piernas con cigarrillos y descargas eléctricas en los testículos, ataduras con alambres y azotes<sup>42</sup>, golpes con objetos contundentes o inmersiones en un tanque de agua<sup>43</sup>, obligación de permanecer de pie y desnudo por horas mientras se derraman encima baldes de agua fría, ataduras a una cama metálica sin colchón para luego recibir descargas eléctricas o enrollar con alambre dedos y genitales para luego aplicarles corriente eléctrica mientras se le derraman baldes de agua sucia<sup>44</sup>, debemos concluir que nos enfrentamos a conductas asociadas a la categoría de tortura.

Por su parte, cada vez que los órganos de control se enfrenten a casos que traten de amenazas y hostigamientos, ya sea de muerte o de torturas, optarán invariablemente por entender que se han verificado conductas atribuibles a la categoría de tratos crueles, inhumanos o degradantes<sup>45</sup>, con las salvedades que hemos mencionado. Ello en tanto

---

<sup>40</sup> Caso Tibi Vs. Ecuador. op. Cit:149.

<sup>41</sup> Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros versus Guatemala). op. Cit: 159.

<sup>42</sup> Caso Baldeón García Vs. Perú. op. Cit: 123.

<sup>43</sup> Caso Tibi Vs. Ecuador. op. Cit: 148.

<sup>44</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. Comunicación N° 322/1998. Uruguay. Sentencia del 9 de agosto de 1994. Párrafo 2.1.

<sup>45</sup> Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. op. Cit: 269; y caso Tibi Vs. Ecuador. op. Cit: 149.

tales amenazas y hostigamientos sean la causa de un sufrimiento moral o angustia, susceptible de derogar la voluntad de la víctima, cuestión reafirmada por la Corte Europea, órgano que ha manifestado que “el carácter degradante se expresa en un sentimiento de miedo, ansia e inferioridad con el fin de humillar, degradar y de romper la resistencia física y moral de la víctima”<sup>46</sup>, elemento útil a la hora de llevar adelante la debida correspondencia en la multiplicidad de conductas que pueden registrarse en la práctica con las categorías antes descritas.

Finalmente, podemos establecer, como último elemento diferenciador de ambas categorías, la forma en que se manifiesta la conducta lesiva, puesto que la violación de la integridad personal, conforme a los criterios de los tratos crueles, inhumanos o degradantes puede llevarse cabo por acciones u omisiones, mientras que, respecto de las torturas, sólo cabrían conductas activas efectivamente desplegadas. Cuestión que observamos en la opinión emitida por la Cámara de Juicio del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia en el caso Celebici, donde se analizaron una serie de estándares normativos del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos, sobre cuya base se definió el trato inhumano o cruel como “un acto u omisión intencional, que [...] juzgado objetivamente, es intencionado y no accidental, que causa graves sufrimientos o daños mentales o físicos, o constituye un serio ataque a la dignidad humana”<sup>47</sup>. Afirmación de la cual podemos concluir que, al incorporar la omisión como conducta facultativa de ser catalogada como trato inhumano y degradante, en virtud de una interpretación a *contrario sensu*, toda tortura será siempre una acción en su sentido estricto.

#### 6.2.2. Factores exógenos

Siguiendo la distinción hecha por la Corte Interamericana, podemos afirmar que los factores exógenos o subjetivos se “remiten a las condiciones de la persona que padece dichos sufrimientos, entre ellos la edad, el sexo, el estado de salud, así como toda otra circunstancia personal”<sup>48</sup>.

La Corte Interamericana ha establecido que éstos siempre deben ser tomados en cuenta al momento de determinar si la integridad personal ha sido o no vulnerada, ya que tales características “pueden cambiar la percepción de la realidad del individuo y, por ende, incrementar el sufrimiento y el sentido de la humillación”<sup>49</sup>. No obstante, no es posible aquí establecer elementos que nos permitan determinar puntos máximos y mínimos en una escala de severidad del sufrimiento, ya sea físico o moral, puesto que éste es por naturaleza inconmensurable e inaprensible por categorías predeterminadas, toda vez que la intensidad con la cual se experimente siempre estará determinada por una multiplicidad de factores propios de la historia de vida de cada persona.

Sin embargo, es factible reconocer ciertas condiciones que deben ser contempladas necesariamente en el análisis que se haga de los elementos exógenos,

---

<sup>46</sup> CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Irlanda versus Reino Unido. Sentencia del 18 de enero de 1978. Serie A N° 25. Párrafo 167.

<sup>47</sup> Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago. op. Cit: 68.

<sup>48</sup> Caso Bueno Alves Vs. Argentina. op. Cit: 83.

<sup>49</sup> Caso Ximenes López Vs. Brasil. op. Cit: 127.

condiciones entre las cuales destacan ciertas características propias de la víctima tales como el sexo, la edad y el estado de salud<sup>50</sup>, así como también una serie de elementos tendientes a determinar las relaciones de la víctima con sus familiares o las gestiones que éstos han debido realizar buscando salvaguardar sus derechos. En efecto, la Corte Interamericana ha señalado, en reiteradas oportunidades, que los familiares de las víctimas de violaciones de Derechos Humanos pueden ser, a su vez, víctimas<sup>51</sup>. Y es que, cuando tales acontecimientos afectan a parientes cercanos, ello los puede llevar a experimentar “sufrimiento y angustia, además de un sentimiento de inseguridad, frustración e impotencia ante la abstención de las autoridades públicas de investigar los hechos”<sup>52</sup>.

La Corte Europea también ha aceptado esta tesis<sup>53</sup> y, recientemente, desarrolló aún más el concepto, resaltando que entre las variables a ser consideradas en el análisis de estos factores exógenos o subjetivos se cuentan “la proximidad del vínculo familiar, las circunstancias particulares de la relación con la víctima, el grado en el cual el familiar fue testigo de los eventos relacionados con la desaparición, la forma en que el familiar se involucró respecto a los intentos de obtener información sobre la desaparición de la víctima y la respuesta ofrecida por el Estado a las gestiones incoadas”<sup>54</sup>. En el mismo sentido, el Comité también ha afirmado que los familiares de detenidos desaparecidos deben ser considerados como víctimas, entre otras violaciones, por malos tratos<sup>55</sup>.

Desarrollando esta idea, la Corte Interamericana considera como una violación al derecho a la integridad psíquica y moral de los familiares de las víctimas el sufrimiento adicional que éstos han padecido como producto de las circunstancias particulares de las violaciones perpetradas contra sus seres queridos<sup>56</sup>. Luego, cada vez que nos enfrentemos a casos en que se lleven a cabo detenciones violentas, ilegales y arbitrarias ante la presencia de parientes, o cuando se verifiquen amenazas y hostigamientos hacia ellos por parte de agentes del Estado, incluso cuando tales afrentas produzcan enfermedades a causa del sufrimiento, angustia, inseguridad, frustración e impotencia que

---

<sup>50</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Párrafo 113; caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. op. Cit: 316; caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros versus Guatemala). op. Cit.:74; y caso Bueno Alves Vs. Argentina. op. Cit: 83.

<sup>51</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Sentencia del 25 de noviembre del 2000. Párrafo 160; caso Cantoral Benavides Vs. Perú. op. Cit: 105; caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros). op. Cit: 175; caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú, op. Cit: 118; y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gómez Palomino Vs. Perú. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Párrafo 60.

<sup>52</sup> Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. op. Cit: 160; y caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros versus Guatemala). op. Cit: 171.

<sup>53</sup> Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. op. Cit: 162.

<sup>54</sup> Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. op. Cit: 163.

<sup>55</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. Comunicación N° 1159/2003. Burkina Faso. Sentencia del 11 de abril de 2006. Párrafo 12.2. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. Comunicación N° 887/1999. Belarus. Sentencia del 24 abril de 2003. Párrafo 9.2. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. Comunicación N° 886/1999. Belarus. Sentencia del 28 de abril de 2003. Párrafo 10.2; y COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. Comunicación N° 959/2000. Uzbekistan. Sentencia del 8 de agosto de 2006. Párrafo 8.5.

<sup>56</sup> Caso Gómez Palomino Vs. Perú. op. Cit: 60.

esta situación genere<sup>57</sup>, debemos entender que nos enfrentamos a tratos crueles, inhumanos o degradantes. La misma situación será aplicable a los casos en que sean testigos presenciales de ejecuciones de sus familiares<sup>58</sup>, o cuando deban recoger los cuerpos de sus seres queridos para enterrarlos, sin poder dar a sus familiares una sepultura acorde con sus tradiciones, valores o creencias<sup>59</sup>, o incluso cuando deban realizar búsquedas por hospitales, comisarías, centros de reclusión y morgues, con la expectativa de encontrarlos vivos<sup>60</sup>.

Finalmente, un último elemento que destaca en el análisis jurisprudencial que hace la Corte Interamericana de los factores exógenos, es el sufrimiento causado por la pérdida violenta del patrimonio. En efecto, este órgano ha levantado la tesis de que las conductas que tengan por resultado la pérdida de pertenencias en un contexto de extrema violencia pueden ser también catalogadas como tratos crueles, inhumanos o degradantes<sup>61</sup> y, por tanto, caen en el espectro de la prohibición del artículo 5. Al respecto, la Corte Interamericana ha afirmado que la destrucción de viviendas, en la medida en que ello obligue a los afectados a desplazarse por haber perdido sus hogares y todas sus pertenencias o patrimonio<sup>62</sup>, son elementos suficientes como para entender que ha existido un trato cruel, inhumano o degradante.

Nuevamente esta tesis cuenta con el respaldo de la Corte Europea, la cual consideró como trato inhumano el que las casas y las posesiones de las víctimas hayan sido quemadas delante de sus ojos, privándoles de su cobijo, refugio y sustento, y teniendo en cuenta que esto les obligó a abandonar el lugar de su residencia para rehacer sus vidas en otro lugar, cuestión que les causó angustia, tanto a ellas como a sus familiares<sup>63</sup>. Igualmente, ha considerado que la destrucción de la vivienda de las víctimas, cuando es perpetrada por agentes de las fuerzas de seguridad del Estado, constituye un trato inhumano<sup>64</sup>. Finalmente, también ha considerado como trato inhumano la destrucción de casas y, por ende, del sustento de las víctimas, cuando éste haya tenido por efecto su desplazamiento<sup>65</sup>.

### 6.3. Factores de vulnerabilidad

Hemos establecido los elementos que la jurisprudencia considera necesarios para analizar si una conducta puede ser entendida como tortura o como trato cruel, inhumano o

---

<sup>57</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Sentencia de 7 de junio de 2003. Párrafo 101; y COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. Comunicación N° 687/1996. Colombia. Sentencia del 16 de mayo de 2001. Párrafo. 2.1, 3.1 y 10.5.

<sup>58</sup> Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. op. Cit: 258.

<sup>59</sup> Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. op. Cit: 260.

<sup>60</sup> Caso Gómez Palomino Vs. Perú. op. Cit: 67.

<sup>61</sup> Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. op. Cit: 270

<sup>62</sup> Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. op. Cit: 271 y 274.

<sup>63</sup> CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Ayder vs. Turquía. Sentencia del 8 de Enero de 2004.

<sup>64</sup> CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Bilgin vs. Turquía. Sentencia del 17 de Junio de 2001.

<sup>65</sup> CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Selçuk vs. Turquía. Sentencia del 24 de Abril de 1998.

degradante y, por tanto, comprendida dentro de la prohibición universal de la tortura y de los otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. Hemos visto también que la determinación de una categoría u otra dependerá de una serie de factores asociados a la severidad del sufrimiento o a la gravedad de las conductas desplegadas en una escala progresiva de menor a mayor intensidad.

Ahora bien, fruto de la experiencia acumulada en la multiplicidad de casos a los que los órganos de control se han visto enfrentados, podemos identificar diversas situaciones propias del contexto, que actúan como agravantes tanto de las conductas desplegadas, como del sufrimiento experimentado, incrementado así el nivel de sensibilidad de la gradación en la escala de afectación de la integridad personal. Cuestión que puede, eventualmente, llevar a que una conducta normalmente atribuible a trato cruel, inhumano o degradante pueda ser considerada como tortura sin necesidad de la concurrencia de los demás factores analizados, o bien que una conducta normalmente no atentatoria de la integridad personal llegue a ser calificada como trato cruel, inhumano o degradante.

Estos verdaderos vectores de sensibilización de los contextos pueden encontrarse tanto en los factores endógenos como en los exógenos. En efecto, dentro de los factores endógenos u objetivos, se ha señalado que tanto las situaciones de detención como las de encarcelamiento pueden determinar en gran medida el análisis de la afectación de la integridad personal. Por su parte, dentro de los factores exógenos o subjetivos, se ha destacado que los contextos de discapacidades, las diferencias de sexo y las condiciones de salud pueden operar como factores que determinarán la intensidad en la conculcación del bien jurídico violentado.

Estos factores de vulnerabilidad representan contextos preestablecidos en los que, por el sólo hecho de su constatación, se alcanzaría tanto el nivel mínimo de gravedad exigido para situarse dentro de la categoría de los tratos crueles, inhumanos o degradantes, como el exceso en su nivel máximo que llevaría a la conducta a ser concebida derechamente como tortura. En consecuencia, cada vez que se verifique la presencia de las situaciones descritas a continuación, se entenderá indefectiblemente que, al menos, nos enfrentamos a una forma de trato cruel, inhumano o degradante, puesto que en ella están contenidos todos los elementos necesarios para gatillar la configuración de esta primera categoría de afectación de la integridad personal.

Por su parte, cuando tales circunstancias se verifiquen conjuntamente con la presencia de otras afectaciones a la integridad personal que normalmente puedan ser consideradas como maltratos, podremos concluir que estamos frente a torturas, puesto que el agravante contextual resortará la aplicación de esta última categoría. De esta forma, los factores de vulnerabilidad operarán como plataformas de análisis sobre las cuales bastará verificar su concurrencia para, o bien tener por transgredida la prohibición, o bien, sobre tal supuesto, entender que la conducta analizada corresponde a la forma más grave de afectación contemplada.

### 6.3.1 Detenciones ilegales e incomunicación

La Corte Interamericana ha establecido, en diversas oportunidades, que una “persona ilegalmente detenida se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, de la cual surge un riesgo cierto de que se le vulneren otros derechos, como el derecho a la integridad física y a ser tratada con dignidad”<sup>66</sup>. Lo anterior nos lleva a entender que no serán idénticas las consideraciones a realizar respecto de las conductas desplegadas por los agentes de seguridad sobre una persona capturada clandestinamente o aprehendida a la fuerza<sup>67</sup>, que sobre otra detenida públicamente y conforme a la ley. Y es que la sola circunstancia de ser aprehendido de forma ilegal no sólo priva al sujeto de diversos derechos consagrados en todos los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, sino que además lleva a empoderar a los agentes de seguridad para que actúen con entera independencia de los límites trazados por estos mismos instrumentos.

En consecuencia, cada vez que se verifique una detención ilegal, es decir, sin que sea el fruto de un procedimiento judicial previo, los órganos de control entenderán que se ha dispensado un trato cruel, inhumano o degradante, aun cuando la detención haya sido del todo pacífica y exenta de violencia física o moral. El contexto de la detención ilegal opera aquí como agravante principalmente porque, al ser la víctima detenida en forma clandestina o ilegal, y no existir un registro, una instrucción o una orden de un superior jerárquico al cual hacer responsable de cualquier resultado perjudicial o incluso fatal en la detención, la víctima queda situada en un margen legal indeterminado desprovisto de toda protección jurídica y, por tanto, enteramente dependiente de la voluntad de los agentes de seguridad a su cargo.

Situaciones de detenciones ilegales como éstas también han sido verificadas por el Comité, el cual ha constatado en diversas oportunidades detenciones efectuadas por funcionarios policiales, pero sin los debidos mandamientos judiciales, cuestión que, en definitiva, ha propiciado instancias de torturas tales como aplicaciones de corriente eléctrica o simulacros de ahogamientos<sup>68</sup>.

Por su parte, el factor de vulnerabilidad operará elevando la gravedad de la conducta hasta la categoría de tortura, en todos los casos en que se verifiquen detenciones ilegales que además hayan sido llevadas a cabo con cualquiera de las manifestaciones propias de los tratos crueles, inhumanos o degradantes. De esta forma, cuando se analicen detenciones que se hayan llevado a cabo en forma violenta, o donde se hayan verificado amenazas desencadenantes de angustia y que además no cuenten con un respaldo legal suficiente, podrá concluirse que se han llevado a cabo conductas susceptibles de ser catalogadas de torturas.

---

<sup>66</sup> Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. op. Cit: 87; caso Tibi Vs. Ecuador. op. Cit: 147; caso Baldeón García Vs. Perú. op. Cit: 119; y caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros versus Guatemala). op. Cit: 166.

<sup>67</sup> Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros versus Guatemala). op. Cit: 162.

<sup>68</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. Comunicación N° 1058/2002. Perú. Sentencia del 16 de noviembre de 2005. Párrafo 2.1; y COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. Comunicación N° 563/1993. Colombia. Sentencia del 13 de noviembre de 1995. Párrafo 2.1, 2.2 y 8.4.

Por otro lado, junto a las detenciones ilegales, la Corte Interamericana ha sido enfática en afirmar que aislar a la persona detenida del mundo exterior, negándole la posibilidad de comunicarse con sus parientes o con sus representantes legales, constituye también un factor de sensibilización del enjuiciamiento de afectación de la integridad personal, puesto que nuevamente se estaría situando a la persona en una situación de particular vulnerabilidad. Y es que todo aislamiento prolongado e incomunicación coactiva produce en cualquier persona sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas agudas, por lo que siempre serán considerados en sí mismos tratamientos crueles e inhumanos lesivos de la integridad psíquica y moral de la persona<sup>69</sup>. Tesis que ha sido refrendada por el Comité, el cual en reiteradas ocasiones ha indicado que “la detención en régimen de incomunicación en un lugar de detención desconocido, sin ningún contacto con el mundo exterior durante un período prolongado, se considera por sí sola un acto de tortura y que el trato cruel e inhumano constituye una violación de los artículos 7 y 10 del Pacto”<sup>70</sup>.

La incomunicación coactiva y el aislamiento total de las víctimas detenidas también constituyen entonces, por sí mismas, conductas susceptibles de ser adscritas a los otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, aun cuando los demás factores a considerar en las condiciones de detención, no sean propicios para ser catalogados de tales. En términos análogos al caso de la detención ilegal, si la incomunicación coactiva es complementada con otras conductas atentatorias de la integridad personal, como, por ejemplo, la intimidación por la vía de amenazas de muerte o la privación de sueño o alimento, podría entenderse que se está frente a torturas.

Sin embargo, respecto de este último punto es necesario volver a trazar un parámetro, puesto que la incomunicación necesariamente está vinculada a un plazo. No obstante, la Corte Interamericana no ha sido clara en determinar el lapso de tiempo que debe mediar entre la detención y la comunicación del detenido con sus familiares, representantes o autoridades judiciales para que se configure la situación de vulnerabilidad antes descrita. Al respecto, sólo ha afirmado que “basta con que la detención ilegal haya durado breve tiempo para que se configure, dentro de los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, una conculcación a la integridad psíquica y moral”<sup>71</sup>. Nuevamente, entonces, nos vemos forzados a trazar límites basados en el criterio, ya que aun cuando la incomunicación sea necesaria para salvaguardar el curso de la investigación que se esté llevando a cabo, ésta sólo podrá

---

<sup>69</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Sentencia del 30 de mayo de 1999. Párrafo 194; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Sentencia del 25 de Noviembre de 2004. Párrafo 103 y 104; caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. op. Cit: 87; y caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros versus Guatemala). op. Cit: 163 y 164.

<sup>70</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. Comunicación N° 542/1993. República Democrática del Congo. Sentencia del 16 de abril de 1996. Párrafo 5.5.; COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. Comunicación N° 540/1993. Perú. Sentencia del 16 de abril de 1996. Párrafo 8.5; COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. Comunicación N° 950/2000. Sri Lanka. Sentencia del 31 de julio de 2003. Párrafo 9.5. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. Comunicación N° 1196/2003. Algeria. Sentencia del 27 de abril de 2006. Párrafo 9.6; COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. Comunicación N° 1297/2004. Algeria. Sentencia del 9 de agosto de 2006. Párrafo 3.2; y COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. Comunicación N° 458/1991. Camerún. Sentencia del 10 de Agosto de 1994. Párrafo 9.4.

<sup>71</sup> Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. op. Cit: 87.

utilizarse de forma excepcional y acotada, puesto que siempre deberán tomarse en cuenta los graves efectos que ésta genera y la especial situación de vulnerabilidad en que coloca a los detenidos.

### 6.3.2. Condiciones de encarcelamiento

Una tercera situación de especial vulnerabilidad respecto al derecho a la integridad personal se presenta con las condiciones de encarcelamiento. Al respecto, la Corte Interamericana ha afirmado que todos los Estados Partes tienen el deber de garantizar a los reclusos la existencia de condiciones que respeten el artículo 5 de la Convención y cumplan con los estándares mínimos internacionales en esta materia, puesto que son ellos los garantes de los derechos de toda persona bajo su custodia.

Luego, como responsables de los establecimientos de detención, los Estados deben garantizar a los reclusos la existencia de condiciones que dejen a salvo sus derechos, puesto que toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en situación de detención compatible con su dignidad personal. Esto implica el deber del Estado de “salvaguardar la salud y el bienestar de los reclusos y garantizar que la manera y el método de privación de libertad no exceda el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención”<sup>72</sup>. En consecuencia, circunstancias tales como “la detención en condiciones de hacinamiento, el aislamiento en celda reducida, con falta de ventilación y luz natural, sin lecho para el reposo ni condiciones adecuadas de higiene, el uso del balde de recolección, tener que estar en una celda veintitrés horas al día y la incomunicación o las restricciones indebidas al régimen de visitas”<sup>73</sup> serán todas constitutivas de afectaciones a la integridad personal por sí mismas en tanto tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Esta tesis ha sido reafirmada en múltiples oportunidades por el Comité, el cual ha señalado que “mantener detenida a una persona en una celda reducida, veintitrés horas al día, aislada de los demás presos, en oscuridad, sin tener en qué ocuparse y sin que se le permita trabajar ni estudiar, constituye una violación a su derecho a ser tratado humanamente y con el debido respeto a la dignidad inherente al ser humano”<sup>74</sup>. De esta forma, al igual que en los casos anteriores, cada vez que verifiquemos el contexto descrito, podremos constatar la conculcación del derecho a la integridad personal en virtud de un trato cruel, inhumano o degradante, o bien en virtud de torturas si es que dicho contexto es acompañado de otras conductas igualmente atentatorias al bien jurídico aquí analizado.

Conforme a estos parámetros, la Corte Europea se ha pronunciado respecto de otro fenómeno bastante recurrente en los recintos penitenciarios, a saber, el llamado

---

<sup>72</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Boyce y otros vs. Barbados. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Párrafo: 88.

<sup>73</sup> Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. op. Cit: 315; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala. Sentencia del 15 de septiembre de 2005. Párrafo 95; caso Boyce y otros vs. Barbados. op. Cit: 94; caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. op. Cit: 102; caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. op. Cit: 195; y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Sentencia del 21 del Julio del 2002. Párrafo 164.

<sup>74</sup> Comunicación N° 458/1991. Camerún. op. Cit.

fenómeno del corredor de la muerte o *death row phenomenon*<sup>75</sup>. Este consiste en el período de espera del condenado a muerte previo a su ejecución, período durante el cual sufre de severa angustia mental además de otras circunstancias a las que el condenado es expuesto que incluyen, entre otras, “la forma en que se impuso la condena; la no consideración de las características personales del acusado; la desproporción entre la pena y el delito cometido; las condiciones de detención a la espera de ejecución; las demoras en las apelaciones o en la revisión de su pena de muerte durante las cuales la persona está sujeta a una tensión extrema y a trauma psicológico; el hecho de que el juez no tome en consideración la edad o el estado mental de la persona condenada, así como la constante espera de lo que será el ritual de su propia ejecución”<sup>76</sup>. En consecuencia, todos los sufrimientos provenientes de estas circunstancias también serán considerados como afectaciones a la integridad personal en tanto tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Ahora bien, bajo ciertas condiciones bastaría sólo la colocación del encarcelado en las dependencias penitenciarias donde regularmente se lleva a cabo este procedimiento para que se configure el trato cruel, inhumano o degradante, aun cuando éste no sea posteriormente ejecutado. Y es que la mera exposición a este fenómeno, cuando media la convicción del afectado de ser conducido a su propia ejecución, o bien cuando se le ponga en contacto con los reclusos en espera de su ejecución, será causal suficiente para materializar la afectación del bien jurídico protegido. Por ello, la Corte Interamericana ha señalado que la falta de separación de reclusos o bien la inexistencia de un sistema de clasificación de los detenidos en el centro penitenciario que lleve a los procesados a convivir con las sentenciados puede considerarse en sí misma una violación de la integridad personal<sup>77</sup>.

Sin embargo, la tesis de que el fenómeno del corredor de la muerte por sí sólo pueda ser considerado como un factor de vulnerabilidad suficiente como para gatillar la afectación de la integridad personal por ser considerado en sí mismo un trato cruel, inhumano y degradante, no es plenamente compartida por el Comité. Por el contrario, éste ha sostenido reiteradamente que “un procedimiento judicial prolongado no constituye en sí un trato cruel, inhumano y degradante y que, en casos de pena de muerte, incluso unos períodos prolongados de detención en el pabellón de los condenados a muerte no pueden en general considerarse que constituyan un trato cruel, inhumano o degradante”<sup>78</sup>. Y es que para el Comité no es suficiente la mera exposición del recluso al pabellón de los condenados a muerte por un tiempo prolongado, sino que deben mediar además otras circunstancias calificadas como de peso, para que tal exposición sea considerada efectivamente como una violación al artículo 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. La gravedad de estas circunstancias estaría definida más por los efectos reales que puedan llegar tener sobre el detenido que por un patrón o parámetro objetivo de

---

<sup>75</sup> CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Soering vs. Reino Unido. Sentencia del 7 de Julio de 1989.

<sup>76</sup> Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. op. Cit: 167.

<sup>77</sup> Caso Tibi Vs. Ecuador. op. Cit: 158.

<sup>78</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. Comunicación N° 529/1993. Jamaica. Sentencia del 19 de agosto de 1997. Párrafo 5.3; COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. Comunicación N° 373/1989. Jamaica. Sentencia del 18 de Octubre de 1995. Párrafo 9.4; y COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. Comunicaciones N° 270/1988 y 271/1988. Jamaica. Sentencia del 30 de marzo de 1992. Párrafo 8.4.

gravedad. Así, por ejemplo, bastaría que se tratara de una tensión psicológica suficiente como para afectar a la salud mental del prisionero, para que se le otorgue el nivel de seriedad que demanda el Comité<sup>79</sup>.

La diferencia entre ambos órganos de control estriba, principalmente, en que, para el Comité, el fenómeno del corredor de la muerte no puede ser considerado un contexto en sí mismo atentatorio de la integridad personal, puesto que requiere de un análisis y ponderación de los factores subjetivos o exógenos antes indicados. En efecto, al afirmar que la situación requerirá además de otras circunstancias calificadas, el Comité resalta la necesidad del juicio de ponderación en este contexto para poder establecer la transgresión, cuestión que desvirtúa la objetividad con que la Corte Interamericana ha entendido esta situación. Es, entonces, sobre la presunción de gravedad o severidad del sufrimiento que el fenómeno del corredor de la muerte implicaría -la vinculación necesaria entre contexto y resultado- donde ambos órganos difieren. Diferencias que posiblemente se deban a la casuística a que ambos órganos se han enfrentado y que, probablemente, ha llevado al Comité a establecer que el fenómeno en sí mismo puede no representar una violación a la integridad personal por el hecho de haber constatado en ciertos casos<sup>80</sup> que la exposición a este contexto no ha desencadenado angustias o sufrimientos profundos.

Resta decir entonces que, si bien respecto del fenómeno del corredor de la muerte no puede afirmarse con entera propiedad que se trate de un factor de vulnerabilidad según lo hemos expuesto, puede afirmarse que, respecto de las detenciones ilegales, cabe entenderlo como tal y, por tanto, operará objetivamente como un contexto en virtud del cual se establecerá una violación a la integridad personal, ya sea por sí mismo, en tanto trato cruel, inhumano o degradante, o bien como agravante que eleve la gravedad de las conductas desplegadas al rango de torturas.

### 6.3.3. Condicionantes de salud

Un cuarto factor de sensibilización del análisis de la afectación de la integridad personal está dado por las condicionantes genéticas o de salud de la víctima. En efecto, vimos antes que entre los factores exógenos o subjetivos que determinan la severidad del sufrimiento se encontraban las condiciones de salud de la víctima. Pues bien, estas condiciones de salud se refieren tanto a la existencia de una enfermedad que pueda poner en riesgo la vida de la persona o bien que incremente el grado de sufrimiento durante el período de detención, como también a una condición de salud permanente como la deficiencia mental u otras condiciones tales como síndrome de Down, Párkinson o Alzheimer, que operen como modificadores de la percepción del dolor o sufrimiento.

Y es que si hemos de adentrarnos en las condiciones subjetivas propias de la naturaleza o psicología de la persona afectada a objeto de determinar la severidad del sufrimiento experimentado en la vivencia de que se trate, debemos necesariamente tomar en consideración cualquier condición física o mental que pueda determinar o modificar los parámetros propios de la normalidad.

---

<sup>79</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. Comunicación N° 606/1994. Jamaica. Sentencia del 3 de Agosto de 1995. Párrafo 9.2.

<sup>80</sup> Comunicación N° 529/1993. Jamaica. op. Cit: 5.3; comunicación N° 373/1989. Jamaica. op. Cit: 9.4; y Comunicaciones N° 270/1988 y 271/1988. Jamaica. op. Cit: 8.4.

En cuanto a las condiciones de salud, la Corte Interamericana ha señalado que “las lesiones, sufrimientos, daños a la salud o perjuicios sufridos por una persona mientras se encuentra privada de libertad pueden llegar a constituir una forma de pena cruel cuando, debido a las condiciones de encierro, exista un deterioro de la integridad física, psíquica y moral, estrictamente prohibido por el inciso 2 del artículo 5 de la Convención, que no es consecuencia natural y directa de la privación de libertad en sí misma”<sup>81</sup>. Luego, cada vez que se registren lesiones o agravamientos de condiciones de salud a raíz o durante el período de detención, se entenderá que existe una vulneración directa a la integridad personal, toda vez que no se preste la asistencia médica requerida.

Es esta, entonces, una de las formas de vulneración de la integridad personal por omisión, tal y como señalamos antes, y, por tanto, susceptible de ser catalogada únicamente como un trato cruel, inhumano o degradante. En efecto, la Corte Interamericana ha sentenciado que toda falta de atención médica adecuada que ocasione sufrimiento psicológico y físico adicional, o que dé lugar a padecimientos crónicos, estará transgrediendo la prohibición absoluta del artículo 5 de la Convención<sup>82</sup>.

Por su parte, el Comité también ha sostenido que la detención de un preso con otras personas, en condiciones que representan un peligro serio para su salud, constituye una violación del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Más aún, este órgano ha considerado que en casos en que la víctima ha resultado ser alérgica al polvo y pintura utilizada en ciertas cárceles, cuando estas alergias hayan provocado ataques de asma y escozor en los ojos y no se hayan dispensado tratamientos o atención médica especializada, se entenderá que tal omisión constituye una violación al artículo 7<sup>83</sup>. Con todo, este órgano ha afirmado sin vacilaciones que la denegación de atención médica adecuada representa un trato cruel e inhumano en el sentido del artículo 7<sup>84</sup>.

Concordancias y discordancias; concordancia en que la omisión de prestaciones médicas, cuando la víctima lo requiera, operará igual que los demás contextos objetivos que hemos definido aquí como factores de vulnerabilidad. Discordancia en que de esta omisión no cabría el agravamiento que podría elevarla al rango de tortura, puesto que ésta será siempre una acción concreta desplegada sobre la víctima.

Sin embargo, esta discordancia se refiere únicamente a la naturaleza de la manifestación de la conducta del agente, en tanto ésta se exteriorice por la vía de una conducta activa o pasiva, cuestión que no opera respecto de la persona misma de la víctima. En efecto, la Corte Interamericana ha señalado que, en cuanto a las condiciones genéticas o psicológicas de la víctima, existiría un factor de vulnerabilidad intrínseco en las personas con discapacidades mentales<sup>85</sup>, por lo que en todos los casos en que se registren condiciones de esta naturaleza, será necesario considerar a estos sujetos

---

<sup>81</sup> Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. op. Cit: 314.

<sup>82</sup> Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. op. Cit: 302.

<sup>83</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. Comunicación N° 732/1997. Jamaica. Sentencia del 19 de agosto de 1998. Párrafo 9.4.

<sup>84</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. Comunicación N° 255/1987. Jamaica. Sentencia del 22 de Octubre de 1992. Párrafo 8.5.

<sup>85</sup> Caso Ximenes López Vs. Brasil. op. Cit: 106.

particularmente sensibles a ser víctimas de torturas u otras formas de trato cruel, inhumano o degradante.

#### 6.3.4. Género

El género como atribución cultural de los individuos también puede llegar a constituir un factor de sensibilización del análisis en los casos en que el mecanismo de afectación se vincule estrechamente a esta condición. En efecto, cuando se está frente a mujeres que reciben tratos violentos en virtud de su género, es decir, aquella violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada, y que abarca actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, o bien amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de libertad, se entenderá que se está frente a un contexto de vulnerabilidad propicio para resortar por sí mismas las categorías de torturas o de tratos crueles, inhumanos o degradantes.

A este respecto, la Corte Interamericana no ha escatimado en afirmar que las mujeres detenidas o arrestadas no deben sufrir discriminación y deben ser protegidas de todas las formas de violencia o explotación. Asimismo, ha indicado que las detenidas deben ser supervisadas y revisadas por oficiales femeninas, y que las mujeres embarazadas o en período de lactancia deben ser provistas de condiciones especiales durante su detención<sup>86</sup>. Dos serán las clases de conductas que pueden generarse por el no cumplimiento de estas u otras normas de conducta prescritas en función de la condición de género de la mujer, a saber, la violencia sexual y la violación.

En primer lugar, la violencia sexual se configura con “acciones de naturaleza sexual que se cometen en una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno”<sup>87</sup>. Pueden comprender, entonces, acciones tales como forzarlas a exponerse desnudas por un tiempo prolongado ante un grupo de hombres que las observen constantemente<sup>88</sup>, o incluso a no permitirles asearse o utilizar los servicios sanitarios sin la compañía de un guardia armado que no les permita cerrar la puerta mientras hagan sus necesidades fisiológicas<sup>89</sup>.

Por su parte, por violación, la Corte Interamericana entiende “actos de penetración vaginales o anales, sin consentimiento de la víctima, mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la penetración bucal mediante el miembro viril”<sup>90</sup>. Este es un concepto amplio que no limita la violación a una relación sexual sin consentimiento por vía vaginal, como se ha considerado tradicionalmente. De esta forma, la Corte Interamericana ha podido concluir que una “inspección” vaginal dactilar, realizada por varias personas encapuchadas a la vez, con suma brusquedad, bajo el pretexto de revisarla<sup>91</sup> es conducta suficiente para entenderse como violación sexual.

---

<sup>86</sup> Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. op. Cit: 303.

<sup>87</sup> *Ibíd.*

<sup>88</sup> *Ibíd.*

<sup>89</sup> *Ibíd.*

<sup>90</sup> Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. op. Cit: 309.

<sup>91</sup> *Ibíd.*

Luego, cada vez que se constate la presencia de violencia sexual en el trato dispensado por los victimarios, ésta constituirá por sí misma una conducta susceptible de ser catalogada como trato cruel, inhumano o degradante, aun cuando los demás factores a considerar en las conductas analizadas no sean propicios para ser entendidos como tales. Y, siguiendo la misma lógica, si se verificasen otras conductas igualmente atentatorias a la integridad personal, pero que en ausencia de la violencia sexual normalmente sólo podrían ser entendidas como tratos crueles, inhumanos o degradantes, verificándose la presencia de ésta última como contexto de vulnerabilidad basal, no existiría impedimento conceptual alguno para resortar la categoría de tortura.

Por su parte, e indistintamente, cada vez que nos enfrentemos a conductas donde se ha verificado una violación, podremos entender, sin necesidad de un análisis que pruebe la constatación de los demás requisitos que hemos determinado para la categoría de tortura, que se han verificado torturas en contra de la víctima, aun cuando los demás factores a considerar no sean propicios para ser catalogados de tales.

#### **6.4. Consideraciones complementarias**

Hemos visto cómo la prohibición internacional de la tortura comprende, en términos jurisprudenciales, los dos propósitos o finalidades contemplados en su definición, a saber, el campo de las técnicas para recobrar información y el ámbito de los tormentos coactivos para la ejecución de castigos o penas. Sin embargo, en este trabajo nos hemos centrado más profundamente en el primero, principalmente por su relación con el terrorismo como caso potencial en virtud del cual podrían manifestarse las conductas atentatorias a la integridad personal.

No obstante, es posible distinguir una variante de este propósito que no hemos analizado antes. En efecto, la afectación a la integridad personal mediante esta finalidad puede manifestarse tanto como por el objetivo de obtener cierta información, como también por la finalidad más precisa de obtener la suscripción de confesiones forzadas o auto inculpaciones, mediante el ejercicio de presión física o psicológica.

Al respecto, el Comité ha afirmado que toda persona tiene derecho a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable, cuestión que ha de interpretarse en el sentido amplio de que las autoridades investigadoras no deben ejercer presión alguna ni directa ni indirecta, física o psicológica, sobre el imputado a fin de hacerle confesar su culpabilidad. Por lo tanto, toda amenaza de muerte o coacción física o mental cuyo fin sea obtener o suscribir una declaración preparada de antemano por funcionarios del Estado<sup>92</sup> se entenderá necesariamente como atentatoria al precepto contenido en el artículo 7 del Pacto.

Y es que son comunes los casos en el sistema internacional donde se han denunciado todo tipo de tratos crueles, inhumanos o degradantes, así como también

---

<sup>92</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. Comunicación N° 330/1988. Jamaica. Sentencia del 26 de abril de 1994. Párrafo 11.7; y COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. Comunicación N° 1117/2002. Tajikistan. Sentencia del 25 de Agosto de 2004. Párrafo 2.5.

torturas desplegadas por agentes del Estados que hayan tenido por finalidad la obtención de una confesión de culpabilidad<sup>93</sup>. Técnicas entre las que se cuentan los golpes, incluso con porras, puntapiés, violaciones, suspensiones con las manos atadas a la espalda y amenazas de violaciones a esposas o arrestos de padres<sup>94</sup>, todas conductas desplegadas con el objeto de obligar a las víctimas a confesar.

Cabe destacar que en la mayoría de los casos en los que se han obtenido confesiones de culpabilidad bajo torturas, se ha producido luego una retractación de las mismas por parte del imputado al llegar éste ante cualquier tribunal competente, cuestión que ha sido interpretada muchas veces como prueba de que han sido obtenidas bajo coacción<sup>95</sup>, aun cuando tal retractación haya sido desestimada por los jueces<sup>96</sup>. De hecho, existen casos documentados en los que, al no haber retractación posterior de las víctimas, se ha constatado que, poco después de obtenida la confesión, los agentes del Estado han colocado cuerdas, jabón y hojas de afeitar en las celdas de los detenidos para incitarlos al suicidio<sup>97</sup>. En busca de evitar éstas y otras circunstancias similares, el Comité ha resuelto imponer la carga de la prueba de la libre voluntad de la confesión a los agentes del Estado cada vez que existen alegaciones de parte de las víctimas de que una confesión ha sido extraída mediante la coacción<sup>98</sup>.

En segundo lugar, tampoco hemos dado cuenta de cómo la jurisprudencia ha considerado como violaciones a la integridad personal el segundo propósito que hemos indicado que pueden perseguir las torturas y los otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. En efecto, en el campo de la utilización de tormentos para la ejecución de sentencias podemos señalar que la jurisprudencia internacional siempre ha considerado que todo castigo corporal es incompatible con las garantías internacionales contra la tortura y los otros tratos crueles, inhumanos o degradantes<sup>99</sup>. El Comité, por ejemplo, ha afirmado que “cualesquiera que fueran la índole del delito que se hubiera de castigar y su grado de brutalidad, [éste está] absolutamente convencido de que el castigo corporal constituye un trato cruel, inhumano o degradante que contraviene el artículo 7 del Pacto”<sup>100</sup>. Luego, todas las condenas tales como golpes o azotes con una vara de

---

<sup>93</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. Comunicación N° 907/2000. Uzbekistan.. Sentencia del 18 de noviembre de 2005. Párrafo 5.5. y 6.2.; COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. Comunicación N° 1208/2003. Tajikistan. Sentencia del 19 de abril de 2006. Párrafo 3.1; COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. Comunicación N° 964/2001. Tajikistan. Sentencia del 20 de agosto de 2004. Párrafo 3.1; y COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. Comunicación N° 1348/2005. Tajikistan. Sentencia del 3 de mayo de 2007. Párrafos 3.1 y 6.2.

<sup>94</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. Comunicación N° 915/2006. Uzbekistan. Sentencia del 19 de abril de 2006. Párrafo 2.2.

<sup>95</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. Comunicación N° 1043/2002. Uzbekistan. Sentencia del 03 de mayo de 2007. Párrafo 7.2.

<sup>96</sup> Comunicación N° 964/2001. Tajikistan. op. Cit: 6.2.

<sup>97</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. Comunicación N° 1044/2002. Tajikistan. Sentencia del 26 de mayo de 2006. Párrafo 2.3; y comunicación N° 1208/2003. Tajikistan. op. Cit: 6.3.

<sup>98</sup> *Ibíd.*

<sup>99</sup> Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago. op. Cit: 60 y 70.

<sup>100</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. Comunicación N° 928/2000. Trinidad y Tobago. Sentencia del 8 de noviembre de 2001. Párrafo 4.6.

tamarindo<sup>101</sup> o de abedul<sup>102</sup>, o bien cualquiera otra forma de castigo mediatizado por penas corporales representará siempre una violación a la prohibición<sup>103</sup>.

A mayor abundamiento, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Tortura ha declarado que el artículo 31 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos refleja la prohibición internacional de los tratos crueles, inhumanos o degradantes, y ha establecido, más ampliamente, que “los castigos corporales son incompatibles con la prohibición de la tortura, y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes contenida, *inter alia*, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes”<sup>104</sup>.

La Corte Europea, por su parte, también se ha referido a la incompatibilidad de las penas corporales con el derecho a un trato humano establecido en el artículo 3 de la Convención Europea de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Al respecto, la Corte ha señalado que “la naturaleza misma de la pena corporal implica que un ser humano inflija violencia física sobre otro ser humano. Además, se trata de violencia institucionalizada, que, en este caso, está permitida por la ley, ordenada por las autoridades judiciales del Estado y llevada a cabo por sus autoridades policiales”<sup>105</sup>, por lo que será siempre contraria al derecho consagrado en el artículo 3 la Convención Europea.

Por lo demás, toda forma de pena corporal también está absolutamente prohibida en el Derecho Internacional Humanitario, dado que se prohíben absolutamente tanto la imposición de castigos corporales en situaciones de conflictos armados como en tiempos de paz<sup>106</sup>.

Mayores complejidades que las penas corporales representan los casos en que las condiciones de encarcelamiento puedan a veces desencadenar afectaciones a la integridad personal. Y es que, si bien los órganos de control conciben las sanciones penales como expresiones legítimas de la potestad punitiva del Estado y, en tanto tales,

---

<sup>101</sup> Comunicación N° 928/2000. Trinidad y Tobago. op. Cit: 3.10; COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. Comunicación N° 793/1998. Jamaica. Sentencia del 13 de mayo de 2004. Párrafos 3.1 y 4.2.; y COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. Comunicación N° 759/1997. Jamaica. Sentencia del 13 de mayo de 2000. Párrafo 9.1.

<sup>102</sup> CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Tyrer vs. Reino Unido. Sentencia del 25 de Abril de 1978.

<sup>103</sup> El numeral 5 de la Observación General 20 señala que “La prohibición enunciada en el artículo 7 se refiere no solamente a los actos que causan a la víctima dolor físico, sino también a los que causan sufrimiento moral. Es más, a juicio del Comité, la prohibición debe hacerse extensiva a los castigos corporales, incluidos los castigos excesivos impuestos por la comisión de un delito o como medida educativa o disciplinaria. A este respecto, conviene subrayar que el artículo 7 protege, en particular, a los niños, a los alumnos y a los pacientes de los establecimientos de enseñanza y las instituciones médicas”. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. Observación General N° 20. 1992.

<sup>104</sup> Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago. op. Cit: 61.

<sup>105</sup> Caso Tyrer vs. Reino Unido. op. Cit.

<sup>106</sup> Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago. op. Cit: 65.

se colige de ellas que implican necesariamente un menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas como consecuencia de una conducta ilícita, cabe la posibilidad de que puedan también llegar a afectar la integridad personal. Ello acontecerá, por ejemplo, cuando, debido a las condiciones de encierro, se registre un deterioro de la integridad física, psíquica y moral, en tanto, durante dicho período, se produzcan lesiones, sufrimientos u otros daños a la salud o perjuicios sufridos por la persona. Para la Corte Interamericana, estas situaciones son contrarias a la finalidad esencial de las penas privativas de la libertad, la cual no es otra que “la reforma y la readaptación social de los condenados”<sup>107</sup>.

Por último, los órganos de control también se han visto en la disyuntiva de resolver si la pena de muerte representa o no una violación a la integridad personal. Al respecto, han señalado que, si bien la pena capital en sí misma no es contraria a la prohibición de la tortura y de otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, puede llegar a serlo según los métodos que el Estado utilice en su implementación.

En consecuencia, para determinar si un caso concreto vulnera o no la prohibición, los órganos de control deberán tener en cuenta nuevamente tanto los factores personales pertinentes relacionados con el autor, como el método de ejecución propuesto. Respecto de este último, para que no entre en conflicto con la prohibición, deberá entenderse como el más benigno posible en términos del dolor infringido en su ejecución.

De esta forma, para que se aplique la pena capital de conformidad al artículo 7 del Pacto, por ejemplo, el Comité ha señalado que dicha pena “deberá ser ejecutada de manera que cause los menores sufrimientos físicos o morales posibles”<sup>108</sup>. Luego, cada vez que se esté frente a un mecanismo de ejecución que inflija sufrimiento o dolor físico o psicológico, se entenderá que se está vulnerando el derecho del condenado a no ser objeto de torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. De esta forma, es factible establecer, por ejemplo, que una ejecución mediante asfixia por gas “puede causar sufrimientos y agonía prolongados y no lleva a la muerte lo más rápidamente posible, ya que la asfixia por gas cianuro puede durar más de 10 minutos”<sup>109</sup>, por lo que no satisface el criterio de los menores sufrimientos físicos o morales posibles, y constituye un trato cruel e inhumano, en violación de lo dispuesto en el artículo 7 del Pacto.

## 6.5. Síntesis

En este capítulo hemos analizado de forma sistemática el tratamiento jurisprudencial dado por los órganos internacionales de control a ciertos casos donde se han verificado violaciones del derecho a la integridad personal. Tomando en consideración las argumentaciones que la Corte Interamericana ha elaborado para ciertos casos concretos, obtuvimos tanto una adecuación a la configuración del concepto de tortura, como nuevos elementos para diferenciarlo de la categoría de los otros tratos crueles, inhumanos o degradantes en su aplicación práctica.

---

<sup>107</sup> Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. op. Cit: 101.

<sup>108</sup> Observación General N° 20. 1992. op. Cit: 6.

<sup>109</sup> COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS. Comunicación N° 469/1991. Canadá. Sentencia del 7 de enero 1994. Párrafo 16.3.

Confirmamos que en la base, tanto la Corte Interamericana como los demás órganos de control internacionales, se valen de los cuatro elementos que identificamos como estructurales para el concepto de tortura en su aplicación a determinados contextos, sin perjuicio de la incorporación de ciertas precisiones conceptuales para el caso de las amenazas o torturas psicológicas. Y a pesar de que algunos de los órganos de control han manifestado expresamente la necesidad de no establecer distinciones ni definiciones de los conceptos de torturas y tratos crueles, inhumanos o degradantes<sup>110</sup>, hemos logrado identificar ciertas constantes de las cuales extrajimos nuevos elementos para diferenciar las aplicaciones concretas de las categorías de torturas y de tratos crueles, inhumanos o degradantes, así como también verificamos la existencia de los factores teóricos descritos en la primera parte de este trabajo.

Vimos que la aplicación de ambas categorías estará siempre supeditada al caso concreto y al contexto en que éste se desenvuelva, y que debemos realizar una doble lectura y ponderación de las circunstancias. Primero, respecto de todos aquellos eventos, circunstancias, condicionantes e incidentes que determinen la gravedad del comportamiento propiciado por el agente, factores que llamamos endógenos u objetivos por ser inherentes a la conducta; y segundo, respecto de todos aquellos elementos que podemos identificar como inherentes a la persona de la víctima, factores que denominamos exógenos o subjetivos por no estar vinculados directamente a la conducta desplegada.

Observamos también que la ponderación de estos elementos principia con la sujeción, siendo ésta la primera conducta necesaria de evaluar para constatar la factibilidad de aplicar la categoría del trato cruel, inhumano o degradante, umbral desde el cual deberán ser consideradas una a una las acciones llevadas a cabo por los agentes hasta una eventual muerte de la víctima, puesto que dicho evento marcaría la transgresión de un derecho diverso, a saber, el derecho a la vida. Así, en sede de factores endógenos, la jurisprudencia tenderá a analizar y ponderar todas las conductas que se desarrollen entre la sujeción y la muerte de la víctima, evaluando si en cada una de ellas se ha vulnerado el derecho a la integridad personal, ya sea mediante tratos crueles, inhumanos o degradantes, o bien por medio de torturas. Y para distinguir entre estas últimas, vimos que podría ser útil verificar si la conducta ha sido efectivamente ejercida en contra de la víctima, o bien ésta no ha superado el umbral de las potencialidades, manifestándose únicamente como amenazas. De ser éste el caso, normalmente podríamos reconocer la aplicación de la categoría de los tratos crueles, inhumanos o degradantes, sin perjuicio de que puedan verificarse casos en que la angustia provocada por las amenazas alcance tal magnitud que lleve a la víctima a experimentar un sufrimiento moral susceptible de ser calificado como tortura.

Del mismo modo, constatamos cómo este umbral entre conducta potencial y conducta efectiva puede analizarse desde la variante de la conducta omisiva y la efectiva, puesto que cuando la transgresión tenga su origen en una omisión, difícilmente podrá alcanzar el rango de tortura, restringiéndose a la aplicación de la categoría de los tratos crueles, inhumanos o degradantes. Finalmente, pudimos identificar ciertas conductas en

---

<sup>110</sup> El numeral 4 de la Observación General N° 20 señala que “El Pacto no contiene definición alguna de los conceptos abarcados por el artículo 7, ni 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”. Observación General N° 20. 1992. op. Cit.

las que se presume una voluntad de torturar, razón por la cual han sido invariablemente calificadas de tales sin necesidad de analizar detenidamente los elementos contextuales configurados por los factores exógenos.

Desafortunadamente, no pudimos realizar una operación análoga respecto de los factores exógenos o subjetivos, puesto que éstos nos arrojan nuevamente a la problemática de cuantificar el sufrimiento. No obstante, extendimos el análisis de estos factores contextuales tanto a ciertas condicionantes inherentes a la víctima, como también a los vínculos afectivos con terceros y a los vínculos de propiedad con el patrimonio que puedan verse afectados.

Posteriormente, expusimos cuatro contextos objetivos a los cuales denominamos como factores de vulnerabilidad, en virtud de los cuales los órganos de control casi invariablemente han aplicado las categorías de torturas y de tratos crueles, inhumanos o degradantes, entendiendo que tales circunstancias operan siempre como catalizadores de violaciones a la integridad personal y, como tales, hacen aplicables recurrentemente la categoría de los tratos crueles, inhumanos o degradantes, y podrían llevar incluso a que otras conductas, que en contextos diversos no serían consideradas normalmente como torturas, alcancen la magnitud o grado de severidad requerido para su aplicación.

Finalmente, proporcionamos una serie de consideraciones aisladas que tenían por objeto complementar la sistematicidad del análisis en aspectos tales como la duplicidad de propósitos en la finalidad de la intimidación y la aplicación de las categorías de torturas y tratos crueles, inhumanos o degradantes a los propósitos de coacción manifestados en los casos de penas corporales y las condiciones de encarcelamiento, particularmente en el fenómeno del corredor de la muerte y de la pena de muerte.

Sin embargo, todos estos elementos y precisiones son el producto de un ejercicio hermenéutico sistemático que los mismos órganos de control meticulosamente han obviado realizar, puesto que toda distinción en la aplicación de estas categorías implica necesariamente asumir el riesgo de proporcionar argumentos que posteriormente podrían ser utilizados para restringir su aplicación. Y es que los órganos de control, para llevar a cabo su misión, también han debido instrumentalizar la prohibición internacional de la tortura con el objeto de hacerla extensiva a cualquier eventualidad que pueda ofrecer el próximo caso. En efecto, al ser la variabilidad de la realidad por definición infinita, los órganos de control han requerido hacer de la prohibición internacional de la tortura y de los otros tratos crueles, inhumanos o degradantes una herramienta progresiva, moldeable o, incluso, si se quiere, evolutiva.

Y a pesar de que el Derecho siempre ha estado consciente de que los estándares normativos de que se vale y crea, están engarzados en concepciones morales variables - puesto que los sistemas culturales son dinámicos y no siguen patrones evolutivos comunes- los órganos de control han demostrado responder a una lógica progresista persistente, que opera extendiendo las fronteras de sus estándares normativos para hacerlos aplicables a realidades cada vez más complejas. Y si bien se han mostrado reacios a establecer deslindes para la aplicabilidad de las categorías de torturas y tratos crueles, inhumanos y degradantes -puesto que podrían mañana transformarse en obstáculos- es posible identificar un núcleo desde el cual éstos se posicionan para llevar adelante el movimiento centrípeto con que buscan extender las fronteras hermenéuticas de ambas categorías.

Este núcleo no es otro que la concepción de que la prohibición internacional de la tortura es absoluta, inderogable e inmodificable. En efecto, en estrecha concordancia con la ideología progresista que ha acompañado al Derecho Internacional de los Derechos Humanos desde su nacimiento, los órganos de control se han valido fundamentalmente de una concepción absoluta de la prohibición para extender en cada caso los estándares normativos con que aplican las categorías de torturas y de los tratos crueles, inhumanos o degradantes. En términos técnicos, el que sea absoluta, implica que la prohibición no puede ser sometida a ningún tipo de restricción ni tampoco suspensión. Y es que muchos de los Derechos Humanos consagrados por los instrumentos internacionales contemplan suspensiones temporales o restricciones a ciertos derechos por causas calificadas, conforme a un procedimiento preestablecido.

En efecto, el Derecho Internacional, en ciertas ocasiones, permite a los Estados limitar o suspender parte de sus obligaciones legales y, en consecuencia, restringir ciertos derechos. Con este fin, algunos de los recursos disponibles para los Estados contienen la inclusión de cláusulas de limitaciones y sistemas de derogación codificados en varios tratados, o accesibles a través de normas del Derecho Internacional consuetudinario<sup>111</sup>. Cabe destacar que suspensiones y limitaciones poseen diferencias sustanciales, puesto que las primeras operan como verdaderas derogaciones de las obligaciones contratadas, toda vez que han sido diseñadas para ser únicamente aplicadas en los casos excepcionales de constarse graves amenazas a la sobrevivencia y seguridad de una nación y, por tanto, deben siempre implementarse como medidas temporales. En contraposición, las cláusulas de limitaciones pueden ser aplicadas en un amplio espectro de situaciones que comprende desde el mantenimiento diario del orden público y las estrategias policiales para resguardar la seguridad nacional hasta acciones militares de gran escala<sup>112</sup>.

Y si bien los tres instrumentos internacionales que hemos analizado contemplan la inclusión de estas cláusulas, divergiendo entre los enfoques de enumeración general a los de definiciones precisas<sup>113</sup> así como también en la forma de definir los derechos que nunca deben ser sometidos a suspensión, los tres contemplan la inderogabilidad de la prohibición de la tortura, el castigo o el tratamiento inhumano o degradante.

Y es que el derecho a la integridad personal forma parte de un núcleo inderogable<sup>114</sup>, que no puede ser suspendido ni restringido bajo circunstancia alguna<sup>115</sup>, cuestión que ha sido enfáticamente afirmada por la Corte en tanto éste es un derecho que

---

<sup>111</sup> STEINER, Henry J., ALTON, Philip, GOODMAN, Ryan. *International Human Rights in Context*. 3<sup>o</sup> Edición. Estados Unidos. Oxford University Press, Inc. 2008. pp. 385.

<sup>112</sup> STEINER, Henry J., ALTON, Philip, GOODMAN, Ryan. 2008. op. Cit: 385.

<sup>113</sup> Los proponentes de una enumeración general son favorecen la redacción del respectivo documento con definiciones positivas de los derechos y sin excepciones o restricciones aparte de una cláusula de limitaciones generales, similar al Artículo 29 de la Declaración Universal. Por el otro lado, los proponentes de definición precisa no sólo desean cláusulas de limitaciones específicas, en muchas provisiones definiendo algunos derechos particulares, sino que también un artículo sobre la derogación en caso de emergencias, dado que estas cláusulas prevendrían el abuso de suspensiones o negaciones de derechos. STEINER, Henry J., ALTON, Philip, GOODMAN, Ryan. 2008. op. Cit: 386

<sup>114</sup> Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. op. Cit: 274.

<sup>115</sup> Véase caso Ximenes López Vs. Brasil. op. Cit: 126.

“no es susceptible de suspensión o, en casos de guerra, peligro público, [convulsión interna]<sup>116</sup> u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados Partes”<sup>117</sup>. No existiría, entonces, causa alguna que justifique o legitime cualquier suspensión o restricción a la vigencia permanente del derecho a la integridad personal del cual son titulares todos los individuos sin excepción, aun cuando esta causa sea la seguridad de la ciudadanía, la vida de miles de potenciales víctimas inocentes o incluso el mayor grado de felicidad para el mayor número de personas. Y es que esta ideología responde a la máxima ética de que prevalezca la integridad personal aunque por ello “perezca el mundo”.

Ni siquiera es concebible una supuesta falta de recursos económicos por parte de los Estados para cumplir y respetar el carácter absoluto de este derecho, cuestión que ha sido otras veces esgrimida respecto de otros derechos de índole más social o cultural, como, por ejemplo, el derecho a la educación o a la salud. De hecho, respecto de éste último, cuando por omisión pueda llegar a afectarse la integridad personal, la Corte Interamericana ha destacado especialmente que no corresponde invocar una posible o potencial privación económica<sup>118</sup> para justificar cualquier forma de vulneración. Más aún, tampoco es compatible con la esfera de protección del Derecho, el considerar la falta de recursos económicos como una justificación, por ejemplo, para excusar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en esta área y, por tanto, que no respeten la dignidad del ser humano, toda vez que cualquier falta en su cumplimiento puede resultar en una violación de la prohibición absoluta contra tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes<sup>119</sup>.

En efecto, la Corte Interamericana ha afirmado en reiteradas oportunidades que “la prohibición de la tortura es completa, 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”<sup>120</sup>. Más aún, para los órganos de control, el carácter absoluto de la prohibición de la tortura no es sólo positiva, sino más bien moral y, como tal, universal e incuestionable. Y es que si bien todos los Tratados Internacionales de Derechos Humanos institucionalizan la prohibición de la tortura en términos absolutos, tal carácter existiría con independencia de las normas que efectivamente lo consagran, toda vez que emanaría de un cierto núcleo de normas perentorias del Derecho Internacional que no aceptarían ningún tipo de modificación.

Núcleo de normas que definimos antes como normas de *ius cogens* o aquellas que son parte de un conjunto de normas inderogables que conforman el orden público internacional y que, como tales, no pueden ser derogadas o modificadas por la sola voluntad de las partes. Núcleo conformado más que por normas legales consagradas en instrumentos internacionales, por principios que reflejan valores superiores para la humanidad, y que delimitan un cierto umbral mínimo de civilización, principios estructurales e imperativos que reflejan un conjunto de valores fundamentales aceptados

---

<sup>116</sup> Véase caso *Bámaca Velázquez Vs. Guatemala*. op. Cit: 155.

<sup>117</sup> Véase caso del Penal *Miguel Castro Castro Vs. Perú*. op. Cit: 274.

<sup>118</sup> Caso *Boyce y otros vs. Barbados*. op. Cit: 88.

<sup>119</sup> *Ibíd.*

<sup>120</sup> Caso *Tibi Vs. Ecuador*. op. Cit:143; caso *Caesar Vs. Trinidad y Tobago*. op. Cit: 59; y caso *Baldeón García Vs. Perú*. op. Cit: 117.

por la comunidad internacional y que obligan a los Estados con independencia de su voluntad, actuando como verdaderas fronteras al principio de soberanía nacional.

Y es justamente en esta lucha de principios –el de las normas *ius cogens* versus el de soberanía- donde se articula la discusión sobre la instrumentalización de la prohibición de la tortura como herramienta para combatir al terrorismo global, pugna fundamental que requerirá de un sustantivo ejercicio conceptual de ponderación para concluir, ya sea en una afirmación condicional, o bien en una negación recursiva. Y es justamente en este ejercicio de ponderación argumentativa hacia donde debemos introducirnos a continuación, para dar cuenta del enfrentamiento dialéctico entre dos grandes sistemas de pensamiento fundados sobre consideraciones fundamentales opuestas.

**CUARTA PARTE**  
Conclusiones

## **CAPITULO 7**

### **Instrumentalización de la prohibición internacional de la tortura**

#### **7.1. Juicios de ponderación**

Hemos visto que el carácter absoluto de la prohibición internacional de la tortura es enteramente extensible a la guerra contra el terrorismo global, cuestión expuesta en diversas consideraciones de los órganos de control y que puede ejemplificarse latamente en afirmaciones tales como que “las necesidades de la investigación y las dificultades innegables del combate contra el terrorismo no deben acarrear restricciones a la protección de la integridad física de la persona”<sup>1</sup> o en aquellas que señalan que “circunstancias tales como la guerra, la amenaza de guerra, el estado de sitio o emergencia, cualquier forma de conmoción o conflicto interior, inestabilidad política interna u cualquiera otra emergencia o calamidad pública, y la lucha contra el terrorismo, no pueden ser invocadas para justificar restricciones y suspensiones a la prohibición de la tortura”<sup>2</sup>. Apegados al *iusracionalismo* fundacional, los órganos de control han fallado consistente y coherentemente de conformidad con el núcleo de valores morales que cohesiona al sistema internacional de Derechos Humanos y que lo hace, al mismo tiempo, irreconciliable con cualquier relativización o instrumentalización de la prohibición internacional de la tortura.

En efecto, tanto la Corte Interamericana como el Comité de Derechos Humanos y la Corte Europea han articulado irrestrictamente sus consideraciones fundamentales sobre un núcleo de valores universales inherentes a la naturaleza humana, núcleo de valores irradiados desde su dignidad de ser humano y que sería, por tanto, anterior al contrato social y al Estado. Núcleo compuesto justamente por el conjunto de derechos humanos que han sido consagrados en el Derecho Internacional, y del cual forma parte estructural la prohibición internacional de la tortura. En este sentido, los Derechos Humanos operan justamente como herramienta jurídico-política que, elaborada sobre una base moral, permitiría establecer ciertos límites al poder soberano sobre el individuo. Por tanto, es coherente que la jurisprudencia sea consistente respecto al carácter absoluto de la prohibición de la tortura y a que, bajo ninguna circunstancia, podría ser moralmente aceptable o jurídicamente legítimo cualquier tipo de relativización o flexibilización de la misma. De hecho, ninguno de estos órganos ha siquiera planteado en forma hipotética la posibilidad de autorizar la utilización de la tortura en circunstancias excepcionales.

Y es que tras cada fallo, los órganos de control actualizan esta problemática en virtud de un juicio de ponderación que vuelve a reafirmar la preeminencia del carácter absoluto de la prohibición internacional de la tortura por sobre el principio de soberanía.

---

<sup>1</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Sentencia del 17 de septiembre de 1997. Párrafo 57.

<sup>2</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Párrafo 111.

Son estos juicios de ponderación, entonces, los que operan como plataformas conceptuales para tensionar directamente los principios fundamentales que conforman el núcleo de normas de *ius cogens* de los Derechos Humanos, puesto que para que la prohibición internacional sirva de barrera de contención o escudo y pueda obligar efectivamente a los Estados con independencia de la voluntad de los gobiernos que los conducen, debe primero necesariamente contraponerse o enfrentarse directamente al principio de soberanía. Y no podría ser de otro modo, puesto que en este ejercicio de ponderación de principios se cristaliza precisamente todo el nacimiento y desarrollo de los Derechos Humanos, como herramientas jurídico-políticas limitantes de la soberanía estatal. En efecto, es precisamente en este ejercicio de ponderación donde el terrorismo global y la prohibición internacional de la tortura cobran relevancia como antecedentes argumentativos para reformular las variables y así optar a volver sobre los términos con que, tradicionalmente, se ha establecido un principio por sobre el otro y, en especial, sobre la posibilidad de instrumentalizar la prohibición internacional de la tortura en virtud de un principio de relativización que actúe facultativamente como mediador permitiendo su utilización en determinados contextos.

Así es como, tras los escollos de los acontecimientos del 9/11, se ha planteado la posibilidad de legitimar ciertas formas reguladas de torturas, instrumentalización centrada principalmente en la interrogación de sospechosos y detenidos para derribar redes terroristas, llevar a la justicia asesinos de masas y prevenir ataques terroristas que salvarían a miles, si no, millones de vidas<sup>3</sup>. Este juicio de ponderación ha sido perfectamente ilustrado con el denominado caso de la bomba de tiempo<sup>4</sup>, caso hipotético referido a una variación de un escenario discutido por diversos filósofos tales como Michael Walzer, Jean-Paul Sartre y Jeremy Bentham y que, a pesar de ser ampliamente criticado, continua siendo el eje sobre el cual se articula la problematización sobre la instrumentalización de la prohibición internacional de la tortura para casos de terrorismo global. Y es que aun cuando se le tilde de improbable o ficticio<sup>5</sup>, sigue guardando un potencial heurístico significativo para redefinir e ilustrar los conceptos sobre los que se sostienen las ponderaciones de un principio por sobre el otro.

Los rasgos fundamentales de este paradigmático caso hipotético son los siguientes: la policía tiene detenido a un sujeto del cual están absolutamente seguros que ha instalado una bomba de destrucción masiva en algún concurrido centro comercial. La bomba puede explotar en cualquier momento y no hay tiempo suficiente para evacuar el lugar. Luego, si la bomba explota, cientos de personas morirán. La única pista que tiene la policía para localizar la bomba es la persona que se encuentra detenida, pero el individuo se niega a revelar la ubicación de la bomba. La policía de investigaciones está segura, más allá de toda duda razonable, de que la única forma de obtener la información de dicho individuo es torturándolo. Además, la policía está

---

<sup>3</sup> STEINER, Henry J., ALTON, Philip, GOODMAN, Ryan. *International Human Rights in Context*. 3° Edición. Estados Unidos. Oxford University Press, Inc. 2008. pp. 226.

<sup>4</sup> El caso es comúnmente conocido por designación en inglés de "*the ticking time bomb case*"

<sup>5</sup> SCARRY, Elaine. *Five Errors in the Reasoning of Alan Dershowitz*. En: SANFORD, Levinson. *Torture. A Collection*. 1° Edición. Estados Unidos. Oxford University Press, Inc. 2004. pp. 281-290.

segura de que, bajo la aplicación de torturas, el individuo les entregará la información correcta de la ubicación de la bomba, lo cual le daría al escuadrón antibombas la oportunidad de desarmarla antes de que explote<sup>6</sup>.

Surge, entonces, la pregunta de si podemos o no autorizar la aplicación de torturas a dicho individuo con el sólo objeto de que revele la información necesaria para desactivar la bomba a tiempo, cuestión enteramente proscrita por todos los instrumentos de Derechos Humanos que hemos revisado. Claro está que este modelo hipotético se construye a partir de tres supuestos; primero, que la aplicación de torturas será suficiente aliciente para que el terrorista revele la información que efectivamente se está buscando. Ello implica que las técnicas de tortura aplicables serán necesariamente estímulo suficiente para doblegar la voluntad del individuo, voluntad que, en ciertos casos, puede presentarse como indeleble y, por tanto, hacer de la tortura una herramienta fútil. No obstante, aun cuando el resultado final sea insatisfactorio, dada la gravedad de la situación, bastaría la sola posibilidad de alcanzar la información necesaria para detener el desastre, para que el caso hipotético conserve su vigencia.

Segundo, el caso descansa sobre el supuesto de que llegado el punto en que el detenido revele cualquier información, ésta será correcta y fidedigna, y permitirá evitar el desastre. Esto último nos devuelve a las críticas formuladas ya hace más de tres siglos respecto a la utilización de la tortura como herramienta procesal capaz de alcanzar la verdad, críticas que si bien todavía conservan su validez, no anulan la vigencia de la tortura como técnica de interrogatorio toda vez que quepa la posibilidad de volver sobre ella cuantas veces sea necesario para obtener la información requerida. Sin embargo, esto último nos lleva a plantearnos un tercer supuesto, a saber, que las técnicas de torturas aplicables no serán letales, es decir, que nunca tendrán por resultado la muerte del terrorista.

Ahora bien, el caso de la bomba de tiempo busca enfrentarnos a un dilema moral, por lo que puede presentarse en una multiplicidad de fórmulas. Algunas de ellas son, por ejemplo, plantear que “una epidemia amenaza con aniquilar a la población de un país. Para frenar su progresión, es necesario recurrir a medidas que violan algunos derechos juzgados fundamentales: restricción de las libertades de base, ataque a los derechos humanos, etc.”<sup>7</sup>, o bien que “en un pueblo sudamericano, veinte indios van a ser fusilados por el ejército, como escarmiento. Jim, un Americano de paso, recibe del jefe del pelotón el siguiente trato: si el mata a uno de los indios, los diecinueve restantes serán perdonados.”<sup>8</sup> Luego, frente a estos escenarios cabe plantearse la cuestión de si el bienestar de todos, e incluso su supervivencia, justifica o no el sacrificio.

---

<sup>6</sup> Cit. en GROSS, Oren. *Prohibition on Torture and the Limits of the Law*. En: SANFORD, Levinson. *Torture. A Collection*. 1° Edición. Estados Unidos. Oxford University Press, Inc. 2004. pp. 229-253.

<sup>7</sup> DUPUY, Jean-Pierre. *El Sacrificio y la Envidia*. 1° Edición. España. Editorial Gedisa. 1998. pp. 124.

<sup>8</sup> DUPUY, Jean-Pierre. 1998. op. Cit: 135.

Dos grandes clases de doctrinas morales se enfrentan sobre este tipo de cuestiones. Por una parte, las doctrinas deontológicas, las cuales dan una prioridad absoluta a lo justo sobre el bien pues “como las exigencias de lo primero tienen un peso infinito, no es cuestión de sustraerse a ellas en nombre del bien colectivo. Un acto injusto no podría ser legitimado por el hecho de que sus consecuencias contribuyan al aumento del interés general”<sup>9</sup>. Y, por otra, las doctrinas teleológicas, las que realizan la elección inversa y subordinan lo justo a lo correcto, puesto que “estando lo correcto previa e independientemente definido, una acción justa es aquella cuyas consecuencias contribuyen a la maximización de lo que está bien (se dice a veces de estas doctrinas que son ‘consecuencialistas’)”<sup>10</sup>. Y es en ellas donde nace el riesgo de que la pérdida de libertad de algunos pueda ser justificada en el nombre de un bien más alto que alcanzaría a los demás. Esta es, entonces, la discusión que debemos abordar cuando planteamos la relativización de la prohibición internacional de la tortura, razón por la cual tendremos que adentrarnos en los sistemas de pensamiento desde donde se construyen estas dos clases de doctrinas morales.

Por sistema de pensamiento entendemos el conjunto de enunciados básicos o principios y reglas que, articuladas mediante racionalizaciones conceptuales y cadenas de argumentaciones lógicas concatenadas en forma coherente, conforman una herramienta intelectual aplicable a múltiples realidades con el objeto de procesarlas para su interpretación e identificación, y así establecer determinadas premisas respecto a sus causas, funcionamiento, relaciones y proyección. Se trata, entonces, de paradigmas<sup>11</sup> científicos y filosóficos y, dentro de la infinidad de relaciones y variantes –o desviaciones- que han sido identificadas por la historia de la filosofía y de la ciencia, podemos reconocer cómo sobre esta problemática interactúan dos sistemas de pensamiento como soportes o plataformas conceptuales en el juicio de ponderación, sistemas de pensamiento que propiciarán el desarrollo de las argumentaciones que sostienen la prevalencia del principio de soberanía por sobre los principios de *ius cogens* y, viceversa, en relación directa a la prohibición internacional de la tortura.

En efecto, en este juicio de ponderación, el sistema de pensamiento que establecerá como premisa la anteposición de los principios de *ius cogens* por sobre la autonomía soberana estará siempre emparentado, de una u otra forma, a lo que denominaremos el contractualismo deontológico, sistema de pensamiento construido principalmente en la filosofía de Kant y, posteriormente, desarrollado y llevado a su máxima expresión por los intelectuales contractualistas clásicos<sup>12</sup>, siendo John Rawls su más actual y potente expresión. Por su parte, cada vez que nos encontremos con premisas que logran inclinar el juicio de ponderación en favor del principio de soberanía, y, por tanto, conciben la factibilidad de instrumentalizar la prohibición

---

<sup>9</sup> *Ibíd.*

<sup>10</sup> *Ibíd.*

<sup>11</sup> Nos referimos al concepto de paradigma acuñado por T.S. Kuhn. KUHN, Thomas. La estructura de las revoluciones científicas. 1° Edición. México. Fondo de Cultura Económica. 1993.

<sup>12</sup> Nos referimos a principalmente a Thomas Hobbes y Jean Jacques Rousseau puesto que John Locke, para estos efectos, representa una variante radicalmente lejana a la filosofía Kantiana.

internacional de la tortura en los casos de terrorismo global, entendemos que nos enfrentamos a un sistema de pensamiento tributario del utilitarismo teleológico, sistema filosófico argumentativo construido principalmente en la filosofía de Jeremy Bentham y John Stuart Mill, y cuyo máximo exponente actual podría decirse que es el filósofo judío norteamericano Michael Walzer.

Ambos sistemas de pensamiento representan la base teórica –el conjunto nuclear de ideas- sobre la cual realizar el juicio de ponderación para resolver el enfrentamiento entre los principios de soberanía y de *ius cogens*, tal y como los hemos expresado anteriormente. De ahí, entonces, la necesidad de revisarlos brevemente, para poder entender la coherencia de cada uno y la lógica en virtud de la cual se podrá establecer la primacía de un principio por sobre el otro.

## 7.2. Sistemas de pensamiento

Dos son, entonces, los sistemas de pensamiento que trasuntan la formulación del juicio de ponderación de principios que podrían resolver, de una u otra forma, la cuestión de la instrumentalización de la prohibición internacional de la tortura, a saber, el contractualismo deontológico y el utilitarismo teleológico. Ambos sistemas de pensamiento llegan coherentemente a distintas concepciones de justicia en virtud de las cuales podrán afirmar o negar la legitimidad del carácter absoluto de la prohibición internacional de la tortura. Luego, dependerá de dónde nos posicionemos o, más bien, de qué sistema de reglas y principios utilicemos para resolver el juicio de ponderación, el resultado que obtengamos para resolver las interrogantes planteadas por el caso de la bomba de tiempo.

Sin embargo, y como es obvio, cualquier examen -por muy somero que éste sea- de un sistema de pensamiento es en sí un objeto de estudio suficiente como para realizar un trabajo investigativo acabado, razón por la cual nos limitaremos en las páginas siguientes a exponer uno o dos rasgos estructurales de cada sistema de pensamiento, rasgos que a nuestro juicio son los fundamentales para comprender las distintas respuestas, variables y matices que pueden arrojar en este juicio de ponderación.

### 7.2.1. El contractualismo deontológico<sup>13</sup>

Uno de los rasgos fundamentales del contractualismo deontológico para entender la premisa de la resultante preeminencia del principio de *ius cogens* es la subordinación jerárquica que éste realiza de la política a la moral. En efecto, cuando ambas esferas de la acción entran en conflicto, como, por ejemplo, en el caso de la

---

<sup>13</sup> Por contractualismo deontológico entendemos la corriente de pensamiento inaugurada por la filosofía política de pensadores como Hobbes y Rousseau en los siglos XVIII, y principalmente el pensamiento de Kant, posteriormente reformulado por John Rawls. DUNOFF, Jeffrey, RATNER, Steven, WIPPMAN, Davis. *International Law. Norms, actors, process. A problem-Oriented Approach*. 2º Edición. Estados Unidos. Editorial Aspen. 2006. pp. 446.

bomba de tiempo, la moral deberá resolver siempre el conflicto devaluando el principio material o resultado de la acción y concentrándose en el principio puramente formal del deber. De esta forma, cada vez que nos veamos enfrentados a una situación donde estén en juego valores frente a resultados, el contractualismo deontológico optará siempre por superponer los primeros, resolviendo el conflicto entre la política y la moral por la simple subordinación de la primera a la segunda.

Pero para que ello sea efectivo, deben ser sólo valores universales los que guíen la acción, valores universales que gobernarán en términos lógicos, aun cuando los hombres no sean iguales en dignidad, constriñendo a que deban necesariamente ser tratados como si lo fueran, a pesar de que en la práctica existan diferencias sustantivas entre ellos. Y es que el derecho de cada individuo a ser tratado como un igual no nace del hecho empírico de que efectivamente exista esta igualdad en el plano político, sino en el deber de tratar a todos los hombres como iguales en un plano moral. Es el deber la verdadera fuente de las obligaciones para este sistema de pensamiento y, con ella, del Derecho, y no ya el reconocimiento de una realidad dada o preexistente, por evidente que ella parezca ser. Pero ¿qué es entonces este deber? ¿Cuál es su contenido? Para Kant el deber es “la necesidad práctica de actuar de acuerdo con el principio de reciprocidad, que da expresión no sólo a la igualdad de los seres humanos en dignidad, sino a su base en la racionalidad”<sup>14</sup>. Por reciprocidad, aquí debemos entender el principio que articula el deber en tanto fuente de la acción, teniendo por ésta un principio de interacción entre seres racionales, agentes todos que adaptarían sus relaciones entre sí con objetividad.

Este desplazamiento desde el plano político hacia el moral se logra a través de la construcción del imperativo categórico, el cual no es otra cosa que la universalización subjetiva, en el campo de la acción, de las normas de conducta, es decir, una hipóstasis de la reciprocidad bajo el supuesto necesario de la racionalidad. La fórmula se lee en el siguiente axioma: “obra sólo según aquella máxima por la cual puedas querer que al mismo tiempo se convierta en ley universal”<sup>15</sup>. De acuerdo a lo anterior, toda conducta efectivamente adoptada debiera ser guiada por el afán de vivir conforme a las leyes que dicta la razón y, al ser ésta un bien común a la humanidad, operaría como nexo entre las distintas subjetividades coordinando la acción de todas ellas bajo un mismo esquema. Luego, cada vez que nos enfrentemos a una disyuntiva en el campo de la acción, debemos actuar conforme a la generalización de nuestra conducta como ley universal, cuestión que, en definitiva, nos llevaría a establecer sistemáticamente un vínculo entre todos los demás seres racionales. De este principio práctico objetivo pueden deducirse todas las leyes de la voluntad y fundar en ello una doctrina política de los derechos del hombre sobre una base moral.

El punto es que, al evaluar los valores morales intrínsecos de las cosas con independencia de sus consecuencias, la tortura representará siempre una conducta inherentemente mala, un mal que nunca podría ser justificado o excusado. Y es que al

---

<sup>14</sup> HASSNER, Pierre. *Inmanuel Kant*. En: STRAUSS, Leo y CROPSEY, Joseph. Historia de la filosofía política. 1º Edición. México. Fondo de Cultura Económica. 2006. pp. 558.

<sup>15</sup> KANT, Immanuel. Fundamentación para una metafísica de las costumbres. 1º Edición. España. Editorial Alianza. 2006. pp. 104.

violación de la integridad física o mental de la persona, se le estaría negando su propia autonomía y humanidad, privándola de su dignidad humana al reducirla a un mero objeto, a un cuerpo del cual es necesario extraer determinada información mediante la coerción. Por lo tanto, bajo ninguna circunstancia podría ser moralmente aceptable o políticamente legítimable, toda vez que se violaría directamente el imperativo de que “el hombre y en general todo ser racional existe como un fin en sí mismo, no simplemente como un medio para ser utilizado discrecionalmente por esta o aquella voluntad, sino que tanto en las acciones orientadas hacia sí mismo como en las dirigidas hacia otros seres racionales el hombre ha de ser considerado siempre al mismo tiempo como un fin”<sup>16</sup>.

Como sistema de pensamiento, el contractualismo deontológico se estructura, entonces, sobre el supuesto de la existencia de un conjunto de seres racionales que actúan de modo de que tratan a la humanidad siempre como un fin en sí mismo y nunca como un simple medio. Supuesto que sería violado cada vez que instrumentalizamos a otros seres racionales y los tratamos no ya no como seres capaces de participar ellos mismos en los fines de la acción de que se trate. En Kant, cada quien tiene derecho a ser respetado por cualquier otro hombre y, a su vez, debe respeto a todos ellos, no importando las circunstancias en que se lleva a cabo su enjuiciamiento. Luego, todo reproche o condenación provocada por el vicio, aunque sea merecido, nunca “debe conducir a un completo desprecio hacia el hombre depravado ni a negarle todo valor moral; pues entonces se le supondría incapaz hasta de mejorarse a sí mismo, lo que es irrenconciliable con la idea del hombre que, como tal, como ser moral, nunca puede perder toda la inclinación a lo que es bueno”<sup>17</sup>.

De esa forma, el contractualismo deontológico puede afirmar “nunca” siguiendo la máxima moral que articula este sistema de pensamiento al afirmar “que prevalezca la justicia aunque por ello perezca el mundo”<sup>18</sup>, conclusión lógica de una concepción de justicia que se construye a partir del principio de racionalidad. Es, entonces, este principio de racionalidad, la piedra angular sobre la cual el contractualismo deontológico construirá una concepción de justicia, concepción que, en Rawls, cobrará la denominación de justicia como imparcialidad y que elevará, a la categoría, de rasgo esencial de la teoría contractualista. Pero ¿qué debemos entender entonces por racionalidad? Para Rawls, la racionalidad “tiene que ser interpretada, en lo posible, en el sentido estrictamente tradicional de la teoría económica, según la cual se emplean los medios más efectivos para fines dados”<sup>19</sup>. La racionalidad, entonces, nos obliga pensar en términos trascendentales, puesto que la concatenación de fines y medios deberá siempre establecer de manera coherente la máxima del imperativo categórico, imponiéndose a sí mismo siempre el fin de la justicia por sobre cualquier otro fin mediato.

Luego, entendemos que el contractualismo deontológico puede establecer la

---

<sup>16</sup> KANT, Immanuel. 2006. op. Cit: 116.

<sup>17</sup> HASSNER, Pierre. 2006. op. Cit: 556.

<sup>18</sup> *Ibíd.*

<sup>19</sup> RAWLS, John. Teoría de la Justicia. 2° Edición. México. Fondo de Cultura Económica. 2006. pp. 26.

premisa de la preeminencia de los principios de *ius cogens* en el juicio de ponderación sobre la instrumentalización de la prohibición internacional de la tortura en virtud del concepto de justicia que es capaz de construir, el cual, a su vez, no es más que la consecuencia lógica del principio de racionalidad llevado a su expresión universal a través del imperativo categórico. Justicia que, en Rawls, adquirirá un carácter puramente procedimental y abstracto, al entenderla como el conjunto de “principios que las personas libres y racionales interesadas en promover sus propios intereses aceptarían en una posición inicial de igualdad como definitorios de los términos fundamentales de su asociación”<sup>20</sup>, y que han de regular todos los acuerdos posteriores de la comunidad, especificando, además, los tipos de cooperación social que se pueden llevar a cabo y las formas de gobierno que pueden establecerse. Justicia racional y, por tanto, universal que permitirá determinar que lo moral es previo a lo político y a lo instrumental o utilitario, simplemente porque lo justo es previo al bien. De esta forma, el pensamiento coloca “ciertos límites iniciales a lo que es bueno y a las formas de carácter que son moralmente valiosas y, con ello, al tipo de personas que los hombres deben ser”<sup>21</sup>.

Llevada a una esfera política, esta concepción racional de la justicia relegará naturalmente al principio de soberanía estatal, en tanto autonomía interna, a un universalismo moral entendido como base de racionalidad sobre la cual articular cualquier sistema de relaciones complejas. De esa forma, el Derecho Internacional pasa a ser concebido como un Derecho de Gentes donde “el Estado como organización política de su pueblo ya no es el autor de sus propios poderes”<sup>22</sup> puesto que al reformular los poderes de soberanía a la luz de un razonable Derecho de Gentes, es factible negar a los Estados los tradicionales derechos a la guerra y a la irrestricta autonomía interna. Esta reformulación de los poderes soberanos se habría dado, precisamente, en las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial con el nacimiento de los Derechos Humanos, cambio drástico y reciente experimentado en el Derecho Internacional público que ahora “tiende a restringir el derecho del Estado a la guerra a los casos de autodefensa o de defensa de los intereses colectivos, y tiende también a limitar su derecho a la soberanía interna”<sup>23</sup>. Así, vemos cómo, para el contractualismo deontológico, la función de los derechos humanos es justamente este esfuerzo por definir y limitar la soberanía interna del Estado.

En efecto, para este sistema de pensamiento, los Derechos Humanos son concebidos como la condición necesaria de cualquier sistema de cooperación social en tanto encarnan una “razonablemente justa concepción política liberal de la justicia y que forman un conjunto de derechos y libertades que se garantizan a todos los ciudadanos libres e iguales en una democracia constitucional”<sup>24</sup>. De hecho, cuando éstos se violan de manera habitual, como por ejemplo mediante una autorización de aplicación de torturas en ciertos casos y contextos, nos enfrentáramos

---

<sup>20</sup> RAWLS, John. 2006. op. Cit: 24.

<sup>21</sup> RAWLS, John. 2006. op. Cit: 42.

<sup>22</sup> RAWLS, John. El Derecho de Gentes. 1º Edición. España. Ediciones Paidós Ibérica. 2001.pp. 39.

<sup>23</sup> RAWLS, John. 2001. op. Cit: 39.

<sup>24</sup> RAWLS, John. 2001. op. Cit: 82

necesariamente a órdenes coercitivos o sistemas esclavistas donde no existiría ninguna clase cooperación. Para este Derecho de Gentes –o Derecho Internacional-, los Derechos Humanos constituyen “una clase especial de derechos urgentes, como la libertad con respecto a la esclavitud y la servidumbre, la libertad de conciencia y la protección de los grupos étnicos frente al genocidio y la masacre”<sup>25</sup>, obteniendo un papel muy especial al operar como restricciones a las justificaciones para librar la guerra o regular su conducción, pero principalmente para establecer límites a la autonomía interna. En tal sentido, reflejan los dos cambios básicos e históricos en la concepción de los poderes de soberanía desde la Segunda Guerra Mundial; primero, el hecho de que “la guerra ya no es aceptable como medio de política gubernamental y se justifica sólo en casos de autodefensa o intervención en graves crisis de Derechos Humanos. Y, segundo, hoy la autonomía interna del gobierno está limitada”<sup>26</sup>, puesto que los Derechos Humanos efectivamente establecen un paradigma necesario pero no suficiente de decencia en las instituciones políticas y sociales del ámbito doméstico.

#### 7.2.2. El utilitarismo teleológico

Nada más ajeno para Jeremy Bentham que esta concepción de Derechos Humanos. Por el contrario, el padre fundador del utilitarismo no busca sino desembarazar al pensamiento de toda posibilidad de derechos naturales o de bienes jurídicos objetivos<sup>27</sup>, de todo punto de sustancia, por el hecho de que, tras cualquier llamado a derechos fundamentales, no habría más que intereses egoístas, bien o mal disimulados. Para el utilitarismo, la oposición del contractualismo deontológico al principio de utilidad se explica por el simple hecho de que los exponentes de este sistema de pensamiento habrían adoptado un principio de ascetismo, principio propio de un grupo de moralistas motivados por la esperanza entendida como perspectiva del placer, donde “la esperanza es lo que nutre el orgullo filosófico, la esperanza de obtener honores y reputación entre los hombres”<sup>28</sup>. Así, le resulta fácil defender la utilidad que podría llegar a tener el uso de técnicas coactivas de interrogatorio bajo ciertas circunstancias. Y es que, si es posible probar que la tortura es útil en casos como el de la bomba de tiempo, será también justa en la medida en que dicha utilidad reporte una mayor felicidad a la mayor cantidad de personas.

Desde una perspectiva puramente utilitarista, “no hay razón por la cual las mayores ganancias de algunos no han de compensar las menores pérdidas de otros o, lo que es más importante, por qué la violación de la libertad de unos pocos no pudiera

---

<sup>25</sup> RAWLS, John. 2001. op. Cit: 93

<sup>26</sup> RAWLS, John. 2001. op. Cit: 94

<sup>27</sup> Según Bentham, la felicidad humana no puede determinarse por referencia a un bien objetivo o a derechos naturales como los que fueron proclamados en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos o en la Declaración del Hombre y del Ciudadano, en Francia. FULLER, Timothy. *Jeremy Bentham y James Mill*. En: STRAUSS, Leo y CROPSEY, Joseph. Historia de la filosofía política. 1º Edición. México. Fondo de Cultura Económica. 2006. pp. 647.

<sup>28</sup> BENTHAM, Jeremy. Los principios de la moral y la legislación. 1º Edición. Argentina. Editorial Claridad. 2008. pp. 18.

ser considerada correcta por un mayor bien compartido por muchos<sup>29</sup>. En consecuencia, resulta plenamente legítimo y justo expropiar el derecho a la integridad personal del terrorista cautivo en tanto que, mediante la implementación de torturas, sea factible incrementar la cantidad marginal de satisfacción de la comunidad al extraerle la información necesaria para la supervivencia de una cantidad indeterminada de víctimas inocentes. De este modo, usando la misma definición de racionalidad como cálculo económico, y en todos los casos ejemplificados por el de la bomba de tiempo, será factible concluir coherentemente que el beneficio social neto de la tortura excede su costo marginal, puesto que, en definitiva, la práctica en sí es moralmente neutra si es que es juzgada sólo por sus resultados.

Y es que el principio de utilidad “aprueba o desaprueba cualquier acción de que se trate, según la tendencia que parece tender a aumentar o disminuir la felicidad de la parte cuyo interés está en juego; o, en otras palabras, promover u oponerse a ella<sup>30</sup>. Bajo esta perspectiva, la utilidad alude a las propiedades inherentes a cualquier objeto o acción que tienda a producir un beneficio, ventaja, placer, bien o felicidad o, a *contrario sensu*, a impedir que produzca un daño, dolor, mal o infelicidad a la parte cuyo interés se considera. Desprovistos de un anclaje moral sobre el cual juzgar las conductas de los individuos –un imperativo categórico-, el utilitarista debe limitarse a verificar los resultados de determinadas conductas y, en cuanto éstas reporten una mayor cantidad de bien al estado de cosas anterior a su despliegue, entenderemos que dichas conductas son justas. Toda acción debe juzgarse, entonces, por sus consecuencias y no por sus intenciones ni por sus motivos, y es que cuando se coopera para lograr la mayor felicidad del mayor número, poco importan las razones que a ello puedan impulsar: “ya fuesen filantrópicas o egoístas, nobles o mezquinas, benévolas o envidiosas, respetuosas de la ley y de los compromisos adquiridos o delictivas y pérdidas, sólo cuentan los efectos<sup>31</sup>. Luego, no hay intención ni motivo que sea malo en sí mismo.

En este sentido, el mismo Bentham se hizo cargo de establecer cuáles habrían de ser las reglas de aplicación de la tortura, aplicación que procuró diferenciar de la del castigo, reservando esta última para cuando a una persona se le provoque cualquier tipo de dolor físico para así lograr que éste haga algo en especial o para que éste desista de hacer algo. Para Bentham, la diferencia sustancial entre castigo y tortura estaría en que una vez que el torturado haga lo que se le pide o desista de hacerlo, el dolor físico que se le ha infringido debe detenerse inmediatamente<sup>32</sup>. Y es que Bentham sólo se ocuparía de regular el abuso de la tortura, mas no su uso, puesto que, para su sistema de pensamiento, la utilización de la tortura es un recurso enteramente legítimo si es que a través de ella se logra obtener un resultado que maximice el bienestar social. En efecto, para el utilitarismo, la gran objeción respecto de la utilización de la tortura es que fácilmente puede caerse en abusos, es decir, que puede verificarse el caso en que se abuse significativamente de la tortura sin generar con ello resultado alguno, cuestión que se busca resolver o subsanar mediante un

---

<sup>29</sup> RAWLS, John. 2006. op. Cit: 37.

<sup>30</sup> BENTHAM, Jeremy. 2008. op. Cit: 12.

<sup>31</sup> DUPUY, Jean-Pierre. 1998. op. Cit: 128.

<sup>32</sup> STEINER, Henry J., ALTON, Philip, GOODMAN, Ryan. 2008. op. Cit: 228.

conjunto de reglas para evitar que la tortura sea empleada de manera impropia<sup>33</sup>. Este sistema de reglas se erige como un verdadero manual de administración de la tortura, cuya orientación fundamental apunta a regular su utilización en virtud de los resultados que ésta genere, de forma tal de asegurar la maximización de los beneficios producidos, al mismo tiempo que la minimización de la cantidad de sufrimiento en que se incurre; simple mecánica algebraica.

Ahora bien, el principio de utilidad no sólo es aplicable a acciones o conductas individuales, muy por el contrario, éste es enteramente aplicable a lo que Bentham llama las medidas de gobierno, es decir, todas aquellas decisiones que afecten al conjunto de la comunidad, siendo la decisión política correcta una cuestión esencialmente de administración eficiente. En efecto, para el utilitarismo, no existe una diferencia cualitativa en la aplicación del principio de utilidad a los intereses individuales y a los comunitarios, cuestión por la cual es aplicable tanto en el campo subjetivo como en el ámbito político. Entre ambos ordenes sólo existiría una diferencia de grado, la cual es fácilmente salvable bajo una simple operación aritmética, donde el interés de la comunidad será “la suma de los intereses de los diversos miembros que la componen”<sup>34</sup>. Así, cada uno tiene el deber moral de buscar en todas las ocasiones aumentar la utilidad general o, en otros términos, contribuir a la mayor felicidad del mayor número, de modo que el bien común, designado como utilidad, “es la suma

---

<sup>33</sup> Bentham distingue dos conjuntos de reglas para la aplicación de torturas. El primero es aplicable a los casos en que se pretende extraer información de la víctima, casos en los cuales deben seguirse las siguientes reglas: 1ª Regla: Ante todo no debe ser empleada sin tenerse evidencia suficiente de que el prisionero puede hacer lo que se le requiere; 2ª Regla: Esta evidencia debe ser tan verídica como lo es requerido para inducirlo en un castigo de igual calibre que al de mayor grado de sufrimiento que puede ser expuesto; 3ª Regla: Debe ser empleada únicamente en casos en los cuales no se pueden aceptar demoras; en ocasiones en las cuales si no se actúa con rapidez hay una altísima posibilidad de que, de ser empleado, sea en vano; 4ª Regla: En los casos en que es admitido atrasar un método de coacción aparentemente menos severo y, por lo tanto, más popular; debería ser, preferentemente, atrasado; 5ª Regla: Incluso en ocasiones que no es admitido atrasar, no debe ser empleando, con excepción de los casos que el beneficio producido al hacer lo que es requerido es tal, que puede garantizar el empleo de tal extremista solución; 6ª Regla: Con el fin de que la menor cantidad posible de miseria sea incurrida inútilmente, la tortura empleada debe ser tal que sea lo más aguda posible durante el tiempo que dure y que al término de la aplicación el sufrimiento se vaya lo antes posible. El segundo conjunto de Reglas pretende ser aplicado más generalmente a los casos en que ésta puede ser aplicada para los mismo objetivos pero no necesariamente dentro de la persecución penal. Las reglas son: Regla N°1: La tortura no debe ser empleada excepto en Casos que las exigencias no esperaran un método de coacción menos severo; Regla N°2: No debe ser empleada excepto en ocasiones que la seguridad de todo el Estado este bajo peligro por la falta de esa información que se procura obtener; Regla N°3: El poder de emplearlo no debe recaer en ninguna mano, exceptuando las que por la actividad de su oficina, están mejor calificadas para juzgar de esa necesidad: y de la dignidad de emplearlo siendo perfectamente responsable en el caso de hacer un mal uso de su poder; Regla N°4: Independientemente de las manos en la cual el poder recae, se deberían efectuar, consistentemente, la mayor cantidad de inspecciones eficaces que se puedan hacer al ejercicio de ésta, con el propósito para el cual son conferidas. STEINER, Henry J., ALTON, Philip, GOODMAN, Ryan. 2008. op. Cit: 229.

<sup>34</sup> BENTHAM, Jeremy. 2008. op. Cit: 13.

algebraica de los placeres y de las penas sentidas por el conjunto de los miembros de la sociedad<sup>35</sup>, de modo que lo justo dependerá siempre de la racionalidad instrumental, de la lógica de los fines y de los medios. En consecuencia, el verdadero eje sobre el cual pivota todo enjuiciamiento moral no es otro que la felicidad o bienestar de la comunidad. De acuerdo a lo anterior, una decisión de gobierno será racional<sup>36</sup> en la medida que concuerde con el principio de utilidad, esto es, en cuanto tienda a aumentar la felicidad de la comunidad, por lo que no existirían límites reales al uso del poder del gobierno y, por extensión, al principio de soberanía estatal. Por el contrario, la idea principal aquí es que “cuando las instituciones más importantes de la sociedad están dispuestas de tal modo que obtienen el mayor equilibrio neto de satisfacción distribuido entre todos los individuos pertenecientes a ella, entonces la sociedad está correctamente ordenada y es, por tanto, justa<sup>37</sup>”.

Nuevamente vemos cómo la premisa resultante de la preeminencia del principio de soberanía en el juicio de ponderación sobre la instrumentalización de la prohibición internacional de la tortura descansa en la concepción de justicia que el sistema de pensamiento es capaz de construir. Y en el utilitarismo teleológico, la justicia se entiende como la proyección puramente formal de un principio de racionalidad individual consistente en que cada hombre, al favorecer sus propios intereses, es ciertamente libre de equilibrar sus propias pérdidas con sus propias ganancias. Consecuencialmente, cada hombre es libre para imponerse un sacrificio momentáneo con el objeto de obtener después una ventaja mayor. Luego, una persona actúa de manera correcta y, por tanto, justa, cuando trata de obtener el mayor beneficio posible y de alcanzar sus propios fines conforme a la misma racionalidad económica planteada por el contractualismo deontológico.

Ahora bien ¿por qué entonces la sociedad no habría de actuar conforme al mismo principio aplicado al grupo, considerando, por tanto, que aquello que es racional para un hombre lo es también para una asociación de hombres? De hecho, así “como el bienestar de una persona se forma a partir de las diferentes satisfacciones que siente en distintos momentos durante el curso de su vida, así, casi del mismo modo, el bienestar de la sociedad ha de construirse a partir de la satisfacción de los sistemas de deseos de los muchos individuos que pertenecen a ella. Puesto que el principio para un individuo es promover tanto como sea posible su propio bienestar, esto es, su propio sistema de deseos, el principio para la sociedad es promover tanto como sea posible el bienestar del grupo, esto es, realizar en la mayor medida el sistema general de deseos al que se llega a partir de los deseos de sus miembros. Del mismo modo en que un individuo equilibra ganancias presentes y futuras con pérdidas presentes y futuras, de ese modo una sociedad puede equilibrar satisfacciones e insatisfacciones entre individuos diferentes<sup>38</sup>”.

---

<sup>35</sup> DUPUY, Jean-Pierre. 1998. op. Cit: 127.

<sup>36</sup> La racionalidad misma se define según la adecuación de la conducta al principio de la utilidad, por lo que en la medida que tanto las leyes como las acciones de gobierno estén formadas con referencia este principio, las personas se someterán voluntariamente a ellas y las criticarán en la medida en que no lo están. FULLER, Timothy. 2006. op. Cit: 678 y ss.

<sup>37</sup> RAWLS, John. 2006. op. Cit: 34.

<sup>38</sup> RAWLS, John. 2006. op. Cit: 35.

De esa forma se alcanza de modo natural el principio de utilidad: una sociedad está correctamente ordenada y, por tanto es justa, cuando sus instituciones maximizan el equilibrio neto de satisfacción. El principio de elección para una asociación de hombres es interpretado como una extensión del principio de elección de un solo hombre y la justicia no es más que el principio de racionalidad aplicado a una concepción colectiva del bienestar del grupo. Es lógico, entonces, pensar que la racionalidad es maximizar algo y que, en moral, tendrá que ser maximizar el bien. Así pues, “no hay en principio razón por la cual las mayores ganancias de algunos no han de compensar las menores pérdidas de otros o, lo que es más importante, por qué la violación de la libertad de unos pocos no pudiera ser considerada correcta por un mayor bien compartido por muchos”<sup>39</sup>. Luego, una medida como la aplicación de torturas en casos como el de la bomba de tiempo, en tanto sus efectos maximicen la felicidad de la comunidad, será considerada justa y, como tal, enteramente racional.

Y es que el Derecho, para el utilitarismo, no es sino una herramienta más disponible para la sociedad, herramienta que podrá ser destinada a que ésta se organice de un modo u otro, cuestión que habla de un pensamiento positivista que no requiere de enraizamiento alguno en concepciones morales para legitimarse, por el contrario, al ser además una doctrina teleológica, le resulta natural definir la justicia en términos formales como la maximización del bien para la mayoría. Vemos, entonces, cómo para el utilitarismo teleológico la justicia “no es más que la extrapolación de un principio de elección construido en el nivel del individuo, según el cual un placer simple, una satisfacción inmediata, se debería sacrificar al beneficio de un placer o una satisfacción más grandes, aunque distantes”<sup>40</sup>. Y es que, así como para un hombre es racional maximizar la satisfacción de su sistema de deseos, para una sociedad es justo maximizar el equilibrio neto de satisfacción obtenido por todos sus miembros.

En síntesis, el objeto general que debiera tener toda ley que aspire a la justicia, es el incremento algebraico de la felicidad de la comunidad, por lo que el deber de no torturar, si bien puede ser generalmente deseable y laudable, bien podría no aplicarse en ciertas circunstancias excepcionales como el caso de la bomba de tiempo o, aun cuando sea aplicable, podría ser invalidado, cancelado o superado por valores superiores.

### **7.3. La doctrina de la emergencia suprema**

Si hemos presentado ambos sistemas de pensamiento como antagónicos, ello ha sido con el sólo propósito de, a través del contraste, dar cuenta de los supuestos y principios estructurales sobre los cuales éstos se construyen y articulan para dar respuestas alternativas y excluyentes al juicio de ponderación sobre la instrumentalización de la prohibición internacional de la tortura. Sin embargo, es evidente que este propósito no es más que pedagógico, puesto que desde Bentham y Kant ha pasado bastante tiempo, lapso en el que la historia ha sido generosa en

---

<sup>39</sup> RAWLS, John. 2006. op. Cit: 37.

<sup>40</sup> RICOEUR, Paul. Lo Justo. 1º Edición. Chile. Editorial Jurídica. 1997. .pp. 72.

acontecimientos que recurrentemente han llevado a un desacoplamiento entre la teoría y la realidad y, entre ellos, particularmente el atentado del 9/11, suceso fundacional y nuclear de todas las consideraciones hasta ahora expuestas. Por tanto, plantearnos en términos excluyentes y forzarnos en ello a adscribir cabalmente a uno u otro sistema de pensamiento parece ya un tanto innecesario, en especial porque la realidad con que lidiamos continúa estando revestida de aquél carácter urgente y desafiante. Luego, no debemos plantearnos ya en términos de que el “mundo exterior está determinado por el Derecho divino o natural, o por una concepción de los Derechos Humanos, o por un cálculo utilitarista en el que se deben contar los intereses de todos”<sup>41</sup>, sin antes al menos dejarnos transitar, aunque sea a tientas, por la huella resultante del enfrentamiento y los radicalismos recalcitrantes.

Es precisamente esta senda la que intenta transitar Michael Walzer al proponer una aplicación eventual y complementaria de ambos sistemas de pensamiento. Haciendo una analogía con las ciencias físicas, podríamos decir que Walzer busca describir la realidad cotidiana en coordenadas contractualistas deontológicas, del mismo modo que la realidad material inmediata es perfectamente inteligible en términos mecánicos. Sin embargo, al igual que la física de Newton resulta ser inaplicable en la descripción de ciertos fenómenos del mundo material que, por efectos de lo diminuta o inmensa de su magnitud o escala, no obedecen a las leyes de la mecánica clásica, existirán también fenómenos del mundo social que, por su complejidad o magnitud, no pueden ser comprendidos en coordenadas contractualistas deontológicas. Y es respecto de estos fenómenos donde surge en las ciencias físicas la necesidad de cambiar de paradigma y utilizar la mecánica cuántica y la teoría de la relatividad, al igual que resulta necesario volcarse al utilitarismo teleológico para comprender ciertas realidades del mundo social como la guerra y el terrorismo global.

Así, del mismo modo como opera el cambio de un sistema de pensamiento a otro en la física respecto de estos fenómenos, Walzer propone una aplicación complementaria de ambos sistemas de pensamientos conforme a la escala o magnitud de los fenómenos a que nos veamos enfrentados en el mundo social. Debemos entender, entonces, en coordenadas contractualistas deontológicas las manifestaciones más cotidianas e inmediatas del conflicto social, es decir, aquellas que se presentan preferentemente en tiempos de paz y, consecuentemente, desplazarnos de sistema de pensamiento hacia coordenadas utilitaristas cuando nos enfrentamos a conflictos sociales de extrema complejidad y cuya magnitud, en términos históricos, alcance un umbral crítico de urgencia y necesidad. Estas manifestaciones críticas del conflicto social corresponden a las así llamadas emergencias supremas, acontecimientos históricos que se producen “cuando nuestros valores más arraigados y nuestra supervivencia colectiva se hallan en peligro inminente”<sup>42</sup>, puesto que al enfrentarnos a ellos, todas nuestras limitaciones morales perderían eventualmente su peso. Luego, aun cuando en cada sistema de pensamiento la moral ocupe un posicionamiento radicalmente distinto en el respectivo sistema de principios, se entiende que ambos paradigmas son necesarios para entender más y mejor y que, por

---

<sup>41</sup> WALZER, Michael. Reflexiones sobre la guerra. 1° Edición. España. Ediciones Paidós Ibérica. 2004. pp. 47.

<sup>42</sup> WALZER, Michael. 2004. op. Cit: 53.

mucho que naturalmente nos impulsen en direcciones opuestas, esta doctrina de la emergencia suprema podría operar como una bisagra para articular el tránsito de uno a otro.

La doctrina de la emergencia suprema viene a confirmar aquello que hemos analizado a propósito de la existencia de dos formas opuestas de entender la moralidad, donde “la primera refleja el absolutismo de la teoría de los derechos, según la cual nunca se puede atacar de manera intencional a seres humanos inocentes. La inocencia es su escudo, y aunque no es más que un escudo verbal, de papel, y no una defensa contra bombas y balas, es impenetrable al razonamiento moral. La segunda forma de entender la moral refleja la radical flexibilidad del utilitarismo, según el cual la inocencia no es más que un valor que se debe considerar ante otros valores en la búsqueda del mayor bien para el mayor número de personas”<sup>43</sup>. Luego, resulta necesario aceptar esta dualidad para entender que no podemos optar por un sistema de pensamiento y negar el otro, puesto que ninguno de ellos alcanza por sí mismo la fuerza explicativa suficiente como para refutar al otro en todas las posibles manifestaciones del conflicto social. Y aun cuando el contractualismo deontológico representa «la negación de la existencia de todo cuanto pudiera merecer el calificativo de “terreno intermedio”», puesto que la moralidad por definición no es negociable y de conformidad a ella debemos actuar justamente sean cuales fueren las consecuencias -hágase justicia y húndase el cielo-, cabe hacerse la pregunta de si “¿podemos mantener nuestra resistencia incluso cuando se avecina el desastre, cuando realmente el cielo está a punto de hundirse?”<sup>44</sup>. Y es que no hacérsela implica, más que una postura, un rechazo a pensar qué significa realmente que el cielo se hunda, y la historia del siglo XX es suficiente argumento para que semejante rechazo sea muy difícil de justificar, de otra forma “¿cómo podríamos, con nuestros principios y prohibiciones, permanecer impassibles y contemplar la destrucción del mundo moral en el que tales principios y prohibiciones se sustentan?”<sup>45</sup>.

La respuesta más sensata, entonces, no es sólo determinar con precisión cuáles serían estas situaciones que alcanzarían el umbral de urgencia de las emergencias supremas, sino que además sincerar las bases de cálculo que necesitamos para medir las magnitudes de los fenómenos en virtud de los cuales obtendremos la autorización y legitimidad para modificar el posicionamiento de la moral en nuestro sistema de pensamiento. Y es que, si bien ambos paradigmas están estructurados sobre la base de la racionalidad económica, el análisis de costo-beneficios que realiza el utilitarismo para calcular la justicia de una determinada decisión política en base a sus resultados, no deja de parecer especulativo y arbitrario puesto que “nos hace asignar valores más allá donde no hay valoraciones consensuadas, ninguna jerarquía de valores, ningún mecanismo de mercado para determinar el valor positivo o negativo de diferentes acciones y resultados”<sup>46</sup>. En efecto, al no disponer de una unidad de medida y no existir en nuestra cultura una escala común o uniforme de valoraciones que determinen con precisión y legitimidad

---

<sup>43</sup> WALZER, Michael. 2004. op. Cit: 55.

<sup>44</sup> WALZER, Michael. 2004. op. Cit: 56.

<sup>45</sup> WALZER, Michael. 2004. op. Cit: 57.

<sup>46</sup> WALZER, Michael. 2004. op. Cit: 58.

suficiente la maximización de la felicidad de la comunidad, el cálculo utilitarista nos arroja devuelta a la necesidad de depender de ciertos valores mínimos para que operen como puntos de referencia o limitaciones a la circularidad, ya que, de lo contrario, estaríamos construyendo un sistema de valores *ad hoc* para cada situación a la que nos veamos enfrentados.

De esa forma, podríamos concebir un utilitarismo de las situaciones extremas<sup>47</sup> aplicable sólo frente a la “emergencia suprema”, concepto que busca principalmente aludir a “aquellos raros momentos en los que el valor negativo que asignamos, que no podemos evitar asignar, al desastre que se cierne sobre nosotros devalúa la propia moralidad y nos deja libres para hacer lo que sea militarmente necesario para evitar el desastre, en la medida en que lo que hagamos no desencadene una catástrofe aún mayor”<sup>48</sup>. La emergencia suprema, así concebida, operaría como principio de legitimidad para derogar la posición que ocupa la moralidad en el contractualismo deontológico, bajo condición de que el cálculo que hagamos de la inminencia del desastre y de sus consecuencias opere “del mismo modo que un jurado en un caso de pena de muerte no busca un 51% de probabilidades de culpabilidad, sino una certeza abrumadora”<sup>49</sup>. En consecuencia, sólo podríamos adoptar una concepción de justicia construida en coordenadas utilitaristas una vez constituida la certidumbre necesaria para atribuirle a la manifestación del conflicto social a que nos enfrentamos, una magnitud superior al eventual daño que cause la medida que se adopte para subsanarlo.

Para Walzer este supuesto de hecho se verifica cada vez que está en juego la continuidad intergeneracional de la comunidad, puesto que “cuando nuestra comunidad está amenazada, no sólo en lo que se refiere a su extensión territorial, estructura gubernamental, prestigio y honor actuales, sino en lo que podríamos definir como su continuidad, nos enfrentamos a una pérdida mayor que cualquier otra cosa que podamos imaginar, exceptuando la destrucción de la propia humanidad”<sup>50</sup>. Y es que, en este escenario, nos enfrentamos a la extinción moral y también física de la comunidad, al fin de un estilo de vida y de un conjunto de vidas determinadas, a la desaparición de personas comunes y corrientes, y es sólo entonces cuando podemos vernos impulsados a transgredir los límites morales que normalmente observamos y respetamos.

Sin embargo, aun cuando la doctrina de la emergencia suprema se refiera principalmente a la guerra como manifestación ejemplar del conflicto social capaz de traspasar el umbral de la continuidad intergeneracional de la comunidad, aplicada al caso de la bomba de tiempo en relación al fenómeno del terrorismo global, ésta produce el mismo efecto de legitimación. En efecto, si bien Walzer afirma que para

---

<sup>47</sup> Para Walzer la unión de ambos sistema de pensamiento capta la fuerza de las formas antagónicas de entender la moral y asigna a cada una de ellas su lugar apropiado. Si bien no se puede reconciliar a ambas perspectivas, la oposición sigue en pie, y ésta sería una característica de nuestra realidad moral. WALZER, Michael. 2004. op. Cit: 59.

<sup>48</sup> WALZER, Michael. 2004. op. Cit: 60.

<sup>49</sup> *Ibíd.*

<sup>50</sup> WALZER, Michael. 2004. op. Cit: 62.

combatir al terrorismo “debemos actuar sin rebasar las restricciones impuestas por la democracia constitucional”<sup>51</sup>, reconoce también que ello es un proceso largo, y que “las urgencias de la ‘guerra’ contra el terrorismo pueden requerir una acción más inmediata. En los casos en que esto sea cierto, si es que es cierto, no parece moralmente injusto convertir directamente en blanco a los militantes de Al Qaeda para capturarlos, si es posible, pero también para matarlos”<sup>52</sup>. Para implementar esta política, debemos valernos de la base de cálculo y del grado de certeza anteriormente expuestos, de modo de “estar tan seguros como sea posible, sin juez ni jurado, de que las personas a las que estamos convirtiendo en blanco son realmente militantes de Al Qaeda o, de modo más general, debemos asegurarnos que están implicadas en la planificación y la realización de los atentados terroristas”<sup>53</sup>. Adicionalmente, y con miras a maximizar la efectividad de la medida, debiéramos, del mismo modo, “estar tan seguros como sea posible de que tenemos la capacidad de alcanzar a la persona convertida en blanco sin matar a las personas inocentes que se encuentren en las proximidades de él (o ella)”<sup>54</sup>.

Ahora bien, a pesar de contar con criterios de certeza y umbrales de urgencia, finalmente cualquier desplazamiento desde un sistema de pensamiento a otro, es decir, cualquier autorización para abandonar, ante la emergencia suprema, el concepto de justicia construido por el contractualismo deontológico y centrarse en aquél desarrollado por el utilitarismo, será necesariamente el fruto de una decisión política, y las decisiones de esta naturaleza -por muy técnicas que sean- sólo nacen de individuos concretos. Luego, por muy cuidadosos y precisos -aspiración lejana para estas problemáticas- que sean los criterios que cualquier doctrina pueda establecer o proporcionar a la entidad sobre la cual recaiga en última instancia la decisión, ésta seguirá siendo una decisión política adoptada por personas reales. Por tanto, estos u otros criterios sólo serán de utilidad para determinar si la decisión efectivamente adoptada se ajusta o no a los parámetros previamente establecidos, y en virtud de esta eventual correlación o disconformidad, analizar el grado de responsabilidad de la entidad decisional.

#### **7.4. Alternativas de instrumentalización jurídica ante emergencias supremas**

Una vez verificado el desplazamiento de sistema de pensamiento, y ya operando en coordenadas utilitaristas, resulta legítimo incorporar la tortura en casos de terrorismo global como el que pretende ejemplificar la bomba de tiempo, así como en otros análogos que alcancen el umbral de urgencia y necesidad antes descrito. Sin embargo, una cosa es obtener una autorización en términos morales, en tanto se puede afirmar que tal o cual decisión es justa, y otra muy distinta es que esta decisión goce de legitimidad en términos jurídicos. Pues bien, para obtener tal legitimidad el ordenamiento jurídico cuenta con dos herramientas conceptuales susceptibles de ser empleadas en la implementación de la tortura en los casos antes descritos,

---

<sup>51</sup> WALZER, Michael. Terrorismo y Guerra Justa. 1º Edición. España. Katz Editores. 2008. pp. 31.

<sup>52</sup> WALZER, Michael. 2008. op. Cit: 39.

<sup>53</sup> WALZER, Michael. 2008. op. Cit: 40.

<sup>54</sup> *Ibíd.*

mecanismos que difieren entre sí en función de la instancia en que se busque obtener tal legitimación.

En efecto, una primera herramienta jurídica es someter la prohibición internacional de la tortura a una condición resolutoria en el ámbito normativo mediante la implementación de un mecanismo judicial que resuelva sobre la verificación de los contextos preestablecidos –la emergencia suprema- autorizando su derogación; la segunda, en cambio, no actuaría ya en el campo normativo sino en el de la antijuridicidad de la conducta en virtud de eximentes de responsabilidad. La primera nos permite instaurar un mecanismo capaz de determinar la legitimidad de la instrumentalización de la tortura *ex ante* y en casos o contextos previamente calificados; la segunda, establecer la legitimidad de esta instrumentalización *ex post facto*, sometiendo a los perpetradores a un proceso cuyo fin es calificar caso a caso la legitimidad de la violación de la prohibición.

Ambas herramientas requieren, entonces, de una instancia jurisdiccional; la primera de un tribunal con competencia para autorizar la aplicación de torturas al terrorista cautivo; la segunda, de un tribunal o jurado con competencia para determinar si concurren o no en el caso concreto los eximentes de responsabilidad contemplados en la ley. En consecuencia, ambas concuerdan en procurar una autorización jurídica para derogar la prohibición internacional de la tortura ante emergencias supremas como la del caso de la bomba de tiempo. Y es que si la tortura está siendo efectivamente utilizada por las fuerzas de seguridad y policía de ciertos gobiernos, o bien es factible reconocer que ésta será posiblemente implementada en casos como el de la bomba de tiempo, se hace necesario regular su utilización. De lo contrario, se estarían tolerando prácticas que tendrían lugar fuera del marco legal o bajo la pantalla del radar<sup>55</sup>, es decir, sin fiscalización ni responsabilidad o más allá de las fronteras donde reina el imperio del Derecho.

Hemos visto cómo, posicionados en el sistema de pensamiento del utilitarismo teleológico, podemos realizar un simple análisis de costo-beneficio en virtud del cual afirmar que el costo social de la tortura no excede los beneficios que reportaría su implementación en casos como el de la bomba de tiempo. Sobre este simple cálculo, sería necesario implementar, en el ámbito normativo, un sistema normado de reglas claras para administrar eficientemente su utilización en contextos previamente delimitados que operen como la verificación de una condición resolutoria capaz de derogar la vigencia de la prohibición internacional. Ello favorecería no sólo un uso racional de la misma, sino que llevaría a transparentar las prácticas que, en la actualidad, hacen los distintos gobiernos de ella. De esta forma, se estaría incrementando su visibilidad y, por ende, la responsabilidad que en su utilización recae. Esta implementación en el ámbito normativo no es otra cosa que un sistema de autorizaciones judiciales<sup>56</sup> para el uso de la tortura por parte de las fuerzas de seguridad<sup>57</sup>. Semejante mecanismo implica que un tribunal deba verificar si se

---

<sup>55</sup> DERSHOWITZ, Alan. *Tortured Reasoning*. En: SANFORD, Levinson. *Torture. A Collection*. 1° Edición. Estados Unidos. Oxford University Press, Inc. 2004. pp. 257-280.

<sup>56</sup> Traducción del concepto anglosajón de *torture warrants*.

<sup>57</sup> DERSHOWITZ, Alan. 2004. op. Cit.

constatan o no los supuestos de hecho establecidos en la norma para que opere la condición resolutoria de la prohibición internacional necesarios para otorgar legítimamente una autorización judicial para torturar, cuestión que exigiría que se “ensucie la manos”<sup>58</sup> al otorgar tales autorizaciones o bien que enfrente la responsabilidad por no haberla otorgado. Esta doctrina de las manos sucias implica que “un líder moralmente fuerte es alguien que comprende por qué está mal matar inocentes y se niega a hacerlo, se niega una y otra vez, hasta que los cielos están a punto de hundirse. Y entonces se convierte en un criminal moral (como el “asesino justo” de Albert Camus) que sabe que no puede hacer lo que tiene que hacer, y al final lo hace”<sup>59</sup>. Así entendido, el argumento de la emergencia suprema operaría reforzando la ética profesional y proporcionando una descripción de cuándo es permisible o necesario que nos ensuciamos las manos.

De esa forma, se estaría incorporando en la legislación la posibilidad de que un tribunal otorgue autorizaciones fundadas a las agencias de seguridad para que éstas impartan torturas no letales en los casos que se ajusten a los requisitos y condiciones previamente definidos en la ley. Luego, mediante la implementación de este sistema a nivel normativo, se le estaría otorgando legitimidad a la tortura, lo cual a su vez llevaría a una supervisión efectiva de la misma por parte de la judicatura. Así, probablemente se reduciría su frecuencia y regularía su severidad, puesto que toda autorización judicial requiere necesariamente de un examen previo en un nivel superior al de las propias agencias de seguridad. Un mecanismo de esta naturaleza debiera necesariamente ser desarrollado por los órganos legislativos, ya que son ellos, en definitiva, quienes tienen por misión ponderar bienes jurídicos tales como la seguridad y la integridad personal en el nivel normativo. Entonces, si concordamos en que puede llegar a ser necesario utilizar la tortura en casos como el de la bomba de tiempo, debemos inevitablemente reformular nuestros sistemas jurídicos para acomodarlos a esta práctica, puesto que, de otra forma, estaríamos pidiendo que nuestros gobiernos actúen fuera del marco de la ley. Y en una democracia gobernada por el imperio del Derecho, nunca debiéramos optar porque nuestros líderes o fuerzas de seguridad tomen cursos de acción que nosotros juzguemos como equívocas o ilegales, y menos aún que dichos cursos de acción se lleven a cabo a espaldas de la ciudadanía.

La crítica que con recurrencia se le formula a esta perspectiva es que el costo social a largo plazo de permitir el uso de la tortura *ex ante*, siempre será mayor a los beneficios inmediatos que pueda reportar, dado que su utilización siempre traería costos sistémicos mediatos tales como su aplicación sobre personas inocentes o en casos no adscritos a los tipos preestablecidos pero en los que, a juicio de las autoridades, podría llegar a reportar ciertos beneficios inmediatos. Luego, cualquier análisis económico que lleve a una conclusión contraria, estaría necesariamente basado en un error de cálculo provocado por una distorsión en el foco utilizado para casos aislados que ignoran las implicancias de largo alcance y sistémicas de determinados cursos de acción.

---

<sup>58</sup> WALZER, Michael. *Political Action. The Problem of Dirty Hands*. En: SANFORD, Levinson. *Torture. A Collection*. 1° Edición. Estados Unidos. Oxford University Press, Inc. 2004. pp 61-75.

<sup>59</sup> WALZER, Michael. 2004. op. Cit: 64.

El segundo mecanismo jurídico para incorporar la tortura al ordenamiento jurídico como práctica legítima se basa en mantener el carácter absoluto de la prohibición internacional, es decir, no incorporar una condición resolutoria aun cuando ésta sea efectivamente utilizada. Este planteamiento apunta a conservar en el campo normativo la prohibición y, cuando la tortura sea efectivamente implementada en casos como el de la bomba de tiempo, buscar en los eximentes de responsabilidad que proporciona el Derecho Penal para eximir a los perpetradores de cualquier sanción judicial. Para ello es posible valerse de dos herramientas jurídicas comúnmente utilizadas, a saber, el estado de necesidad y la legítima defensa. Así, se determinaría la legitimidad de la conducta *ex post facto* mediante la aplicación de elementos jurídicos que justificarían la conducta sustrayéndole el carácter de antijuridicidad.

En cuanto al estado de necesidad, puede decirse que éste actúa eliminando la responsabilidad de quienes lleven a cabo un interrogatorio que involucre coacción física, pero sólo en la medida en que se acredite que dicha coacción fue utilizada para prevenir un daño mayor y que no existía otra alternativa para prevenirla o remediarla. Y es que esta excepcionalidad del estado de necesidad nace sólo cuando la materialización del peligro es realmente efectiva y cuando no existe ningún otro medio alternativo para prevenirla. Constatándose ambas condicionantes, nacería el deber moral de emplear todos los medios necesarios para combatir la amenaza terrorista, en la medida en que pongan en peligro la vida de cientos de inocentes, especialmente para las autoridades estatales, dado que son ellas las que cargan la responsabilidad de salvaguardar la paz pública.

En términos abstractos, el estado de necesidad faculta a los individuos a violar la ley cuando éstos se ven compelidos a ello para prevenir un daño mayor que el provocado por su conducta. Opera, entonces, como una verdadera autorización al individuo para que éste actúe como si no existiera ley. En otras palabras, “como la sociedad ha quebrantado su parte del contrato social en cuanto a que ésta debe ofrecer protección a sus miembros, se colige que se extingue también la obligación del individuo de obedecer al contrato social, a saber, de obedecer al Derecho”<sup>60</sup>. En este sentido, provee de un intersticio legal que viene a llenar una laguna dejada por la incompletitud de la legislatura. Y es que el estado de necesidad plantea una verdadera “delegación temporal y extraordinaria de la potestad legislativa para determinar cursos de acción a los ciudadanos para que éstos elaboren respuesta *ad hoc*”<sup>61</sup>.

El problema estriba en que el estado de necesidad sólo puede ser utilizado en casos excepcionales y nunca permite eximir de responsabilidad respecto de prácticas sistemáticas implementadas en un largo período de tiempo. Y es que no puede suplir a una política claramente definida por el legislador para las agencias de seguridad enfrentadas a un problema sistémico de largo alcance como lo es el terrorismo. De lo contrario, lo que en definitiva se estaría haciendo sería entregarles a los agentes de seguridad una potestad discrecional para que decidan en su momento al margen de la ley, ejercicio a través del cual pondrían en riesgo su propia libertad tratando de adivinar cómo un tribunal podría llegar a decidir finalmente la cuestión. En efecto, al dejar la

---

<sup>60</sup> DERSHOWITZ, Alan. 2004. op. Cit: 260.

<sup>61</sup> DERSHOWITZ, Alan. 2004. op. Cit: 262.

determinación de la legitimidad de la tortura *ex post facto*, estaríamos forzando a las agencias de seguridad a resolver el dilema moral de utilizar la tortura recurriendo a medidas *ad hoc*, secretas y faltas de toda fiscalización, ya que carecerán de la certeza jurídica que imprime una autorización judicial basada en la evidencia disponible en ese momento.

Por su parte, la legítima defensa también está pensada para ser utilizada en aquellos casos en que un agente de seguridad actúe bajo el férreo convencimiento de que la tortura no letal es el único medio disponible para salvar vidas ante un peligro inminente. Y es que no se encuentra limitada a la esfera de acción del sujeto afectado, por el contrario, como herramienta jurídica es perfectamente aplicable en relación a terceros cuando se constata la existencia de un ataque en su contra. Sin embargo, difiere del estado de necesidad en que restringe el campo de acción resultante de la ponderación de bienes jurídicos contrapuestos. Estando ambas herramientas jurídicas acordes al principio de utilidad antes descrito, la legítima defensa delimita la afectación del bien jurídico comprometido exclusivamente a los perpetradores que han sido la causa directa del mal o peligro infligido. En contraposición, el estado de necesidad sólo reconoce como límite que el resultado final de la acción de que se trate sea positivo, pudiendo afectar los bienes jurídicos de cualquier individuo y en cualquier magnitud para lograr dicho resultado.

En la legítima defensa, entonces, el Derecho establece cursos de acción determinados, acotando las posibilidades y negándose a entregar la decisión de cómo actuar a la libre voluntad del agente; en el estado de necesidad, el curso de acción queda enteramente entregado al individuo<sup>62</sup>. En consecuencia, la legítima defensa no involucra el posible sacrificio de intereses de personas inocentes ya que sólo autoriza la afectación de los bienes jurídicos del atacante que ilegalmente creó el peligro. En este sentido, tendría fundamentos morales más sólidos que el estado de necesidad, ya que nunca podría legitimar la aplicación de torturas sobre quienes no puedan defenderse, sino sólo sobre la persona que ilegalmente creó el peligro y que, por tanto, está en condiciones de evitar el sacrificio de sus intereses mediante la cesación del ataque<sup>63</sup>.

Estas dos herramientas jurídicas, sumadas a las autorizaciones judiciales, representan las alternativas conceptuales que ofrece actualmente el ordenamiento jurídico para legitimar la instrumentalización de la tortura en casos como el de la bomba de tiempo, sobre la base de un principio de aceptación utilitarista.

---

<sup>62</sup> DERSHOWITZ, Alan. 2004. op. Cit: 261.

<sup>63</sup> GUR-ARYE, Miriam. *Can the War against Terror Justify the Use of Force in Interrogations? Reflexions in Light of the Israeli Experience*. En: SANFORD, Levinson. *Torture. A Collection*. 1ª Edición. Estados Unidos. Oxford University Press, Inc. 2004. pp. 183-198.

## **CAPITULO 8**

### **Tortura, terrorismo, violencia y sacrificio**

#### **8.1. Ciencia jurídica y antropología**

Hemos recorrido un largo camino para intentar dilucidar dos cuestiones fundamentales; primero, tratar de entender qué es la tortura y, segundo, si podemos utilizarla como una herramienta legítima dentro del ordenamiento jurídico. Sin embargo, cabe hacer una última reflexión respecto de su eventual aceptación como una herramienta de interrogatorio, es decir, sobre su instrumentalización para casos de terrorismo global. Afirmamos antes que, para aceptar la tortura como una herramienta legítima, debemos pensar en coordenadas utilitaristas, cuestión que conlleva necesariamente trabajar con un concepto particular de justicia y, a su vez, con un posicionamiento especial de la moral dentro del sistema de pensamiento.

Sin embargo, los distintos posicionamientos de la moral y la justicia en los sistemas de pensamiento constituidos por el contractualismo deontológico y el utilitarismo son también el producto de una discusión más profunda y arcaica, una discusión que indefectiblemente ha trasuntado todo el desarrollo por el que, hasta ahora, hemos discurrido, pero que ha logrado mantenerse oculta y soterrada. Y es que existen ciertas problemáticas que normalmente resultan invisibles al pensamiento jurídico, puesto que al no ser éste más que una prolija elaboración del sentido común, tienden normalmente a ocultarse entre lo obvio y lo incuestionable. En efecto, al estar sólidamente estructurado sobre las edificaciones culturales del sentido común, el pensamiento jurídico es ciego ante determinadas problemáticas que le resultan demasiado evidentes, posiblemente por su aparente veracidad o por su carácter de premisa bien asentada, por lo que no le merecen mayor atención y, mucho menos, le resultan dignas de ser objeto de cualquier clase de cuestionamiento. No obstante, es precisamente sobre tales obviedades, donde normalmente se erigen todas las construcciones racionales que requerimos para explicarnos los fenómenos que experimentamos y, con ellos, tratar de entender las realidades que nos interpelan.

Y, en la discusión sobre la instrumentalización de la prohibición internacional de la tortura para casos de terrorismo global, dos son los elementos conceptuales que han estado persistentemente tensionando los puntos de vista y que han llevado al pensamiento jurídico a construir sistemas racionales antagónicos para aprehender a una misma problemática. Estos dos elementos son la violencia y el sacrificio, en tanto instituciones culturales estructurales<sup>64</sup>, pertenecientes a niveles existenciales de naturaleza antropológica, y que repugnan al pensamiento jurídico porque le aparecen normalmente como cuestiones del pasado, propias de un estado de civilización menos

---

<sup>64</sup> GIRARD, René. La violencia y lo sagrado. 3° Edición. España. Editorial Anagrama. 1995; y MORANDÉ, Pedro. Cultura y modernización en América Latina. 1° Edición. Madrid. Ediciones Encuentro. 1987. pp. 89 y 90 y Nota al pie N° 80.

evolucionado, o bien como enteramente irracionales y propias de manifestaciones sociales externas a la esfera de control del Estado como ente monopolizador de la economía de la venganza y las represalias.

Sin embargo, a pesar de la fortaleza del Leviatán<sup>65</sup> y de su eficacia para eliminar, de la ecuación social, la guerra del todos contra todos, la violencia intestina generada por las disensiones, las rivalidades, los celos y la envidia, todos productos inevitables de la interacción social, continúa desafiando porfiadamente a la racionalidad y a toda la gran arquitectura social de instituciones jurídicas especialmente creadas para administrar la violencia de la comunidad. Y es que, al regirse el derramamiento de sangre por el principio de la reciprocidad, haciendo de la venganza un proceso infinito e interminable, la única solución que la modernidad ha sido capaz articular, para contener su poder entrópico, es el poder coercitivo y monopolizador del Estado. Y, si bien es cierto que le debemos al sistema judicial el privilegio de haber roto el círculo vicioso de la violencia, laberinto en el que la sangre derramada sólo puede vengarse satisfactoriamente con nuevos derramamientos de sangre, no es menos cierto que el monopolio administrativo del Estado no ha sido capaz de suprimir la violencia, sino de limitarla “efectivamente a una represalia única, cuyo ejercicio queda confiado a una autoridad soberana y especializada en esta materia”<sup>66</sup>. Luego, aun cuando nuestro sistema judicial pueda parecernos más racional que violento, ello se debe exclusivamente a que éste, en lugar de ocuparse de impedir la venganza, de moderarla, de eludirla, o de desviarla hacia un objetivo secundario, la racionaliza, aislándola y limitándola, manipulándola sin peligro, cuestión que lo convierte “en una técnica extremadamente eficaz de curación y, secundariamente, de prevención de la violencia”<sup>67</sup>. Semejante operación de racionalización de la venganza descansa, evidentemente, en la eficacia del principio de soberanía, en virtud del cual se erige la legitimidad e independencia que necesita la autoridad judicial para que sus decisiones no sean cuestionadas. En efecto, al no representar a ningún grupo especial, es decir, al no ser otra cosa que ella misma, la autoridad judicial no depende de nadie en particular, y está, pues, al servicio de todos y todos se inclinan ante sus decisiones. El sistema judicial, entonces, es el único que jamás vacila en aplicar la violencia en su centro vital porque posee, sobre la venganza, el monopolio absoluto y es gracias a este monopolio que consigue, normalmente, sofocar la venganza en lugar de exasperarla, de extenderla o de multiplicarla.

De acuerdo a lo anterior, las decisiones de la autoridad judicial siempre se afirman como la última palabra de la venganza, cuestión que extingue la contagiosa acción del principio de reciprocidad en virtud del cual ésta se reproduce exponencialmente. Sin embargo, el sistema judicial no es aún omnipotente y existen demasiadas manifestaciones violentas del conflicto social que escapan a su control. En efecto, si bien vemos como los derramamientos de sangre por regla general son controlados, no es menos cierto que en todos los niveles persisten manifestaciones esporádicas de violencia en nuestras sociedades. Violencia de género contra la mujer,

---

<sup>65</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatán, o de la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. 2ª Edición. México. Fondos de Cultura Económica. 1998.

<sup>66</sup> GIRARD, René. 1995. op. Cit: 23.

<sup>67</sup> GIRARD, René. 1995. op. Cit: 30.

violencia étnica o racial, violencia etaria o social, violencia política, violencia mediática, violencia callejera, violencia contra la naturaleza, violencia contra el cuerpo o contra la psicología de las personas, etc. Sin embargo, dentro de estas múltiples manifestaciones violentas, para efectos de identificar aquellas manifestaciones respecto de las cuales es capaz de ocuparse el sistema judicial, y aquellas que escapan a su control, necesitamos distinguir primero entre la venganza pública<sup>68</sup>, o aquella clase de violencia que estará al alcance del control estatal y que podrá efectivamente ser desterrada de la comunidad en virtud de la aplicación del proceso entendido como mecanismo heterónomo de resolución de conflictos, en virtud de un conjunto de reglas procedimentales; y la venganza privada, o aquella que antes llamamos intestina, y que continúa reproduciéndose más allá de los márgenes del poder de control del Estado.

Ahora bien, aun cuando no existe entre ambas clases de venganza ninguna diferencia en cuanto a su naturaleza, puesto que es el mismo principio de reciprocidad violenta, de la retribución, el que interviene en ambos casos, sí existe una enorme diferencia en el plano social puesto que, en la venganza pública, la violencia ya no es vengada sino que concluye con el proceso, desapareciendo, entonces, el peligro de la escalada mimética<sup>69</sup>. Y si bien esta diferencia es la condición de existencia de nuestras comunidades, puesto que impide que se desencadene la guerra del todos contra todos, demuestra, también, la equivalencia entre ambos tipos de venganza, en tanto ellos no difieren más que en su régimen de administración, constatando, además, la presencia de la violencia como un principio estructural de la sociedad. Si bien el Leviatán ha demostrado gozar –aún- de la fuerza suficiente como para controlar la venganza pública y contener la acción mimética del principio de reciprocidad con que se reproduce la violencia, la violencia intestina que representa la venganza privada ha debido evolucionar para expresarse en formas cada vez más complejas y sofisticadas, capaces ahora de alcanzar magnitudes significativas –como el derrumbamiento de las torres gemelas- manteniéndose siempre fuera de la esfera pública y, por tanto, del control estatal.

En efecto, el terrorismo global no es más que otra de las tantas manifestaciones de la venganza privada, violencia intestina de envergadura y magnitudes nunca antes vistas, y que ha logrado, eficientemente, mantenerse al margen de los sistemas judiciales. De hecho, todo el trabajo analítico y hermenéutico que hemos hecho en estas páginas no es más que una prueba fehaciente de los esfuerzos de la razón pública<sup>70</sup> para penetrar en el desafiante relicto de violencia privada. Dijimos antes que el terrorismo irrumpe, precisamente, como una evolución de la violencia ante la posibilidad de su eliminación por disuasión, y que su nacimiento podía remontarse al cambio de paradigma que sufrieron los enfrentamientos armados, donde la guerra no es más que la cristalización de la manifestación más virulenta de la violencia. Es, entonces, en la transición de la guerra convencional hacia la adopción de técnicas más eficaces y sofisticadas para salvar la inconmensurable desigualdad de la rivalidad, donde aparece el terrorismo global como una estrategia para enfrentar al enemigo

---

<sup>68</sup> GIRARD, René. 1995. op. Cit: 44.

<sup>69</sup> GIRARD, René. 1995. op. Cit: 23.

<sup>70</sup> RAWLS, John. Liberalismo Político. 1° Edición. México. Fondo de Cultura Económica. 2003.

atacando sus condicionantes existenciales. Y es que, al acrecentarse exponencialmente el poderío y control que tienen los Estados de la venganza pública, en virtud, fundamentalmente, de nuevas y más eficaces tecnologías de monitoreo y control social<sup>71</sup>, se gatilla el proceso evolutivo –el genio perverso- para que la violencia se exprese y reproduzca en esferas privadas e intestinas mediante estrategias indirectas y soterradas basadas fundamentalmente en el anonimato e indiferenciación de sus víctimas. Y es precisamente en este proceso evolutivo de los conflictos sociales donde aparece el terrorismo global como una sofisticada expresión violenta de la venganza privada.

El problema del terrorismo global, entonces, radica en que, si bien somos acreedores de una intrincada y poderosa infraestructura institucional capaz de terminar con la expansión mimética del principio de reciprocidad con que opera la violencia en la esfera pública, necesitamos encontrar una herramienta análoga al sistema judicial capaz de enfrentar y combatir esta nueva expresión de venganza privada, a saber, la violencia intestina. Y es aquí donde aparece el sacrificio como elemento conceptual para responder a esta clase de violencia. En efecto, el sacrificio tiene, precisamente, “la función de apaciguar la violencia intestina e impedir que estallen los conflictos”<sup>72</sup>, mientras que su principal objetivo es restaurar “la armonía de la comunidad y reforzar la unidad social”<sup>73</sup>. Existe, entonces, una correlación estricta o relación inversamente proporcional entre el sacrificio y el sistema judicial, relación que se verifica claramente en la historia de la civilización occidental puesto que la acción del primero desaparece en los lugares donde se establece el segundo, especialmente en Grecia y Roma. Y es que ante la existencia de un sistema institucional capaz de monopolizar y administrar la venganza en forma eficiente, el sacrificio pierde su razón de ser y pasa a sobrevivir como una institución social en un estado de forma casi vacía. No en vano, en las sociedades primitivas, sociedades en permanente amenaza de sucumbir al principio de la reciprocidad violenta, el sacrificio es la única institucionalidad capaz de mantener a raya a la venganza. Esta hipótesis se confirma: “en las sociedades desprovistas de sistemas judiciales y, por ello, amenazadas por la venganza, es donde el sacrificio y el rito deben desempeñar un papel esencial”<sup>74</sup>. Sin embargo, no podemos afirmar que el sistema judicial reemplaza al sacrificio, sino simplemente que lo desplazada hacia las esferas de la venganza privada, relegándolo a expresiones de carácter preferentemente simbólicas.

Así pues, el sistema judicial y el sacrificio tienen, a fin de cuentas, la misma función y, aunque el sistema judicial es infinitamente más eficaz, éste depende siempre de la existencia de un poder político realmente fuerte, el cual “al igual que todos los progresos técnicos, constituye un arma de doble filo, tanto de opresión como de liberación”<sup>75</sup>. Por su parte, en el sacrificio esta concentración de poder se manifestará en lo que se ha denominado la unanimidad violenta<sup>76</sup>, la cual no es otra cosa que la

---

<sup>71</sup> FOUCAULT, Michel. Vigilar y Castigar. 25ª Edición. España. Siglo XXI Editores. 1996.

<sup>72</sup> GIRARD, René. 1995. op. Cit: 22.

<sup>73</sup> GIRARD, René. 1995. op. Cit: 16.

<sup>74</sup> GIRARD, René. 1995. op. Cit: 26.

<sup>75</sup> GIRARD, René. 1995. op. Cit: 30.

<sup>76</sup> GIRARD, René. 1995. op. Cit.

transformación de la comunidad toda en cómplices de la muerte de una víctima inocente. Pero, más allá del requerimiento de una base de sustentación cuantitativa que legitime ambas instituciones mediante la participación de los miembros de la comunidad en una u otra, la verdadera fuerza y eficacia de ambas instituciones descansa fundamentalmente en el plano simbólico, hacia donde únicamente podemos penetrar a través del discurso y la reflexión. Y es precisamente porque el sacrificio opera en el plano simbólico, bajo el mismo principio de sustitución mimética con que opera el terrorismo global, que logra transformarse en una herramienta eficaz para erradicar la violencia intestina. En efecto, la eficacia simbólica del terrorismo global descansa en el hecho de que sus víctimas son cualquier víctima, es decir, en que sus blancos son azarosos, al punto de que cualquier miembro de la sociedad es en definitiva una víctima potencial; el sacrificio, por su parte, opera bajo el mismo principio de sustitución en tanto se basa en la identidad de las víctimas actuales con las víctimas potenciales, identidad articulada sobre la inocencia inherente al concepto de víctima.

Luego, ambas manifestaciones de la violencia intestina operan en el plano simbólico en función de la sustitución de sus víctimas a nivel de la colectividad, donde la víctima no sustituye a tal o cual individuo especialmente amenazado, no es ofrecida a tal o cual individuo especialmente sanguinario, sino que sustituye y se ofrece a un tiempo a todos los miembros de la sociedad por todos los miembros de la sociedad. De esa forma, es la comunidad entera la que se ve amenazada por el terrorismo global, de la misma forma que es la comunidad toda la que protege el sacrificio de los efectos de su propia violencia; en ambos casos, es la comunidad entera la que es desviada hacia unas víctimas que le son exteriores. Y si bien vimos ya como el terrorismo global se propaga y amenaza a la comunidad con esparcir su germen de violencia intestina en forma recíproca y exponencial, ¿cómo podría el sacrificio extinguir esta misma clase de violencia?

La respuesta a esta pregunta dependerá del plano sociológico en el que se plantee, pudiendo articularse respuestas funcionales tanto para el plano de la acción social efectiva, como para el de la acción comunicativa<sup>77</sup>, siendo, para nosotros, especialmente relevante este último, puesto que es precisamente ahí donde nos encontraremos con los sistemas de pensamiento en virtud de los cuales hemos dado una u otra respuesta a la pregunta por la instrumentalización de la prohibición internacional de la tortura.

## **8.2. El principio sacrificial del utilitarismo**

Cuando decimos que el sacrificio es la única institución social capaz de hacer frente en forma efectiva a la violencia intestina, es decir, de frenar el ciclo mimético de su reproducción, debemos entonces entender que éste está presente en el plano discursivo de todo sistema de pensamiento que se refiera y pretenda dar cuenta de las manifestaciones de la venganza privada. Y es que “el sacrificio pertenece tanto a la esfera ritual y de la praxis, como a la esfera del discurso, de la conciencia, de la

---

<sup>77</sup> HABERMAS, Jürgen. Facticidad y Validez. 2º Edición. España. Editorial Trotta. 2000.

ideología”<sup>78</sup>, de forma tal es capaz de instalarse tanto en la prácticas rituales como en los discursos con que los distintos actores de la sociedad moderna intentan legitimar su autoridad o poder. Y, al ser el terrorismo global una más de estas manifestaciones, entonces no debemos extrañarnos al constatar la presencia del sacrificio como eje articulador de los sistemas de pensamiento que hemos revisado a propósito de la instrumentalización de la prohibición internacional de la tortura.

Para descifrar esta presencia en el utilitarismo teleológico, debemos remontarnos, primero, a la extensión que éste realiza del principio de elección de cada hombre hacia la colectividad, toda vez que hace aplicable el principio de utilidad tanto al campo subjetivo como al ámbito político mediante una simple operación matemática donde el interés de la comunidad no es más que la suma aritmética de los intereses de los diversos miembros que la componen<sup>79</sup>. Recordemos que, para el utilitarismo, el bienestar de una persona se forma a partir de las diferentes satisfacciones que siente en los distintos momentos del curso de su vida y, exactamente de la misma forma, el bienestar de la sociedad se construye a partir de la satisfacción de los sistemas de deseos de los muchos individuos que pertenecen a ella.

Conforme a esta operación, del mismo modo en que un individuo equilibra ganancias presentes y futuras con pérdidas presentes y futuras o, lo que es lo mismo, se impone un sacrificio momentáneo con el objeto de obtener después una ventaja mayor, así también una sociedad podría equilibrar satisfacciones e insatisfacciones entre individuos diferentes, sacrificando así los derechos de una minoría cada vez que esta inmolación sea compensada con un mayor nivel de ganancias para el conjunto de la sociedad. Y es que en el utilitarismo no hay ninguna razón por la cual las ganancias de algunos no han de compensarse con las pérdidas de otros o, lo que es más importante, por la que la violación de la libertad de unos pocos no pueda ser considerada correcta por un mayor bien compartido por muchos. Cuestión posible por ser el utilitarismo un sistema de pensamiento teleológico, es decir, que interpreta la justicia como la maximización de un bien imposible de ser determinado de antemano.

---

<sup>78</sup> El sacrificio involucra a todas las actividades que la diferenciación funcional de la sociedad ha ido institucionalizando a lo largo de la historia. Desde las reglas sexuales y la fantasía erótica hasta la distribución del excedente económico, desde el lenguaje y el raciocinio hasta las maneras de comer en la mesa, desde el aprovechamiento tecnológico de la energía de la naturaleza hasta la creación poética que nos quiere reconciliar con ella, desde la relación de paternidad y autoridad en el seno de la familia hasta la legitimación del poder en la Polis. El sacrificio pertenece a todos estos ámbitos y no se agota en ninguno de ellos. Los sobrepasa y, sin embargo, los pone en relación. Tanto a nivel del discurso racional como al nivel de la “eficacia” no discursiva de los símbolos, el sacrificio nos remite a la manera que tiene cada cultura de enfrentar y comprender la contradicción entre la vida y la muerte. Pero, a su vez, esta contradicción es tomada como material simbólico para expresar, por medio de ella, la contradicción entre naturaleza y cultura, es decir, el tránsito de la animalidad a la humanidad y, por tanto, finalmente, para expresar la contradicción entre immanencia y trascendencia y, por tanto, el problema del sentido de la vida humana. MORANDÉ, Pedro. 1987. op. Cit: 89-90.

<sup>79</sup> Para muchos, el pecado original del utilitarismo es saltar sobre la pluralidad humana, extendiendo al problema de la buena sociedad los principios de la elección racional válidos para un individuo único. DUPUY, Jean-Pierre. 1998. op. Cit: 125.

Por el contrario, al depender la definición del bien o lo bueno de la agregación de múltiples sistemas de deseos, la justicia representará siempre un valor subordinado como regla secundaria, puesto que sólo se podrá articular preceptos de justicia carentes de todo valor absoluto. En el utilitarismo, la satisfacción de cualquier deseo tiene un valor en sí, valor que deberá tomarse en cuenta al decidir lo que es justo. Luego, al calcular el equilibrio mayor de satisfacción no importa excepto indirectamente, de qué son los deseos, sino que simplemente interesa ordenar las instituciones de modo que se obtenga la mayor suma de satisfacciones.

Entonces, en el utilitarismo el bienestar social depende directa y únicamente de los niveles de satisfacción e insatisfacción de los individuos. Luego, si los hombres obtienen cierto placer al discriminarse unos a otros, o en someter a otros a menor libertad como medio de aumentar su respeto propio, entonces la satisfacción de estos deseos debe ser sopesada en nuestras deliberaciones de acuerdo con su intensidad o lo que sea, al igual que otros deseos. Y si la sociedad decide negarles satisfacción, o suprimirlos, es sólo porque aquellos deseos tienden a ser socialmente destructivos y porque un bienestar mayor puede obtenerse de otras maneras. En efecto, “el utilitarismo sólo excluye aquellos deseos y predisposiciones que, en caso de ser alentados o permitidos conducirán, en vista de la situación, a un menor equilibrio neto de satisfacción”<sup>80</sup>. Entonces, cualquier restricción a la ejecución de un determinado deseo de la colectividad será siempre en buena medida formal y, dada la imposibilidad ontológica del conocimiento para aprehender un número infinito de circunstancias en cada sociedad, el utilitarismo jamás podría proporcionar mayores indicaciones respecto de cuáles son o serán estos deseos y predisposiciones.

La visión global de la sociedad que puede construirse a partir de esta premisa es la de una sociedad compuesta por una pluralidad de personas, cada una con sus propias finalidades, intereses y concepciones particulares del bien, y organizada tanto mejor cuando esté gobernada por principios que no presuponen ninguna concepción particular del bien. Por el contrario, los conceptos de lo justo serán definidos de forma totalmente independiente de cualquier concepción del bien, de modo que la conducta sea siempre gobernada por principios que no presuponen ningún fin particular. Y es precisamente aquí donde aparece el abismo ético que existe entre la concepción teleológica del utilitarismo y la concepción de la justicia del contractualismo deontológico, puesto que al extrapolar desde el individuo hacia el todo social, como lo hace el utilitarismo, la noción de sacrificio cobra un giro temible ya que “ya no se sacrifica un placer privado sino toda una capa social”<sup>81</sup>. Siguiendo este razonamiento, podemos observar cómo el utilitarismo incorpora tácitamente un principio sacrificial, ya que es “en la medida en que los elementos del todo social son sustituibles los unos por los otros como algunos pueden ser sacrificados a ese todo”<sup>82</sup>, cuestión que permite legitimar la lucha contra la venganza privada –en nuestro caso, la lucha contra el terrorismo–, al no existir imposibilidad moral alguna para sacrificar al menos favorecido en una división desigual de las ventajas, puesto que no existe en definitiva el

---

<sup>80</sup> RAWLS, John. 2006. op. Cit: 42.

<sup>81</sup> RICOEUR, Paul. 1997. op. Cit: 72.

<sup>82</sup> DUPUY, Jean-Pierre. 1998. op. Cit: 137.

impedimento lógico de tratar a la víctima potencial de la distribución como un medio y no como un fin en sí.

Por el contrario, en una sociedad abiertamente utilitarista, “a los menos favorecidos se les pediría que considerasen el bienestar más elevado del conjunto como razón suficiente para legitimar su infortunio”<sup>83</sup>, cuestión que los obligaría a aceptar verse a sí mismos y ser vistos por los demás como las víctimas sacrificables del sistema. Es precisamente por ello que un sistema de pensamiento utilitarista es incapaz de satisfacer la regla de la publicidad y exponer abiertamente este principio sacrificial implícito, puesto que, dada su brutalidad, debe permanecer oculto para ser eficaz. Este es el argumento decisivo del utilitarismo, a saber, que es preciso estar dispuesto a sacrificar a algunos individuos o grupos desfavorecidos si el bien de la mayoría lo requiere, cuestión sólo concebible a partir de la extrapolación del individuo a la sociedad. Argumento que además, a la luz del caso de la bomba de tiempo, podemos reformular afirmando que es preciso estar dispuesto a torturar a los terroristas cada vez que se requiera para salvar a la mayoría, puesto que, de acuerdo al principio sacrificial expuesto, no existe inconveniencia moral alguna en que ciertos individuos sean tratados como medios y no como fines en sí mismos<sup>84</sup>. El “pecado original” del utilitarismo “sería pues legitimar toda violación de los Derechos Humanos a partir de que sea considerado necesario para la realización del bien común”<sup>85</sup>, cálculo racional para el cual, además de la aplicación de torturas para los terroristas en casos como el de la bomba de tiempo, podemos concebir otros ejemplos que van desde la moral revolucionaria que hace de cada militante un simple medio al servicio de un fin que le sobrepasa, hasta los modelos de desarrollo de países del tercer mundo que sacrifican generaciones enteras a la edificación de una potencia económica, pasando por todas las manifestaciones de totalitarismo. En efecto, el concepto de “costo social”<sup>86</sup> no representa sino un eufemismo para referirse al sacrificio de determinados sectores de la población que deben ofrendar su vida, parte de sus ingresos, su cultura o la calidad de su subsistencia para permitir el progreso de los restantes sectores, en el entendido de que de la destrucción física o simbólica de la persona u objeto que representa socialmente el papel de víctima, se puede obtener un beneficio para la comunidad.

En definitiva, en el utilitarismo teleológico se puede justificar la aplicación de torturas porque el sacrificio es parte integrante del sistema de pensamiento en virtud del cual éste construye su concepción de justicia, entendiendo y aceptando que “en ciertos contextos sociales se puede autorizar la violación de los derechos fundamentales de algunos (incluyendo la pérdida de su vida) en el nombre de un mayor bien de los restantes”<sup>87</sup>.

---

<sup>83</sup> RICOEUR, Paul. 1997. op. Cit: 85.

<sup>84</sup> RICOEUR, Paul. 1997. op. Cit: 89.

<sup>85</sup> DUPUY, Jean-Pierre. 1998. op. Cit: 135.

<sup>86</sup> MORANDÉ, Pedro. 1987. op. Cit: 84.

<sup>87</sup> DUPUY, Jean-Pierre. 1998. op. Cit: 167.

### 8.3. El principio antisacrificial del contractualismo

Siguiendo la antítesis ya esbozada que sobre este respecto plantea el contractualismo deontológico, podríamos adelantar que este sistema de pensamiento se articula precisamente sobre un principio antisacrificial<sup>88</sup>, principio que, en la teoría de Rawls, tiene por objetivo justamente precaver que “el que podría ser la víctima no debe ser sacrificado ni siquiera en aras del bien común”<sup>89</sup> y, consecuentemente, impedir la violación de los Derechos Humanos de cualquier miembro de la comunidad. Es retomando la máxima de Kant, que el contractualismo deontológico, ahora en su variante de “justicia como imparcialidad”<sup>90</sup>, conmina al pensamiento a trabajar sobre la hipótesis de que cada individuo debe ser considerado como un fin en sí mismo y, con ello, a prohibir su vehiculización como medio para los fines de terceros, logrando así construir un concepto de justicia distinto al del utilitarismo teleológico<sup>91</sup>. Máxima que llevará a la teoría a dar un giro epistemológico tal en la construcción del concepto de justicia, que le permitirá desprenderse de la extrapolación que hace el utilitarismo desde la persona a la sociedad.

En efecto, es sólo mediante la construcción de un concepto distinto de justicia, que el contractualismo deontológico puede trabajar sobre el supuesto de que la mayor suma de ventajas no se alcanza sacrificando a las minorías, puesto que no habría ya ninguna razón “para suponer que los principios que debieran regular una asociación de hombres sean simplemente una extensión del principio de elección de un solo hombre”<sup>92</sup>. Ahora bien, para poder construir este concepto de justicia apto para definir lo bueno sin tener que recurrir a concepciones sustantivas ontológicas, la teoría de la justicia como imparcialidad sustituye cualquier solución fundacional de la cuestión de lo justo por una solución procesal, construyendo así una concepción de justicia procesal que representa “una alternativa ante la justicia sustantiva reglamentada por supuestos compartidos concernientes al bien común”<sup>93</sup>. De esta forma, la justicia se construye a partir de un procedimiento equitativo o *fair*, obviando la necesidad filosófica de tener en cuenta ciertos criterios objetivos de lo justo y evitando así la reintroducción en última instancia de supuestos trascendentales concernientes al bien. De esa forma, la solución al problema de la justicia se obtiene a través de un mecanismo puramente procesal que introduce un procedimiento equitativo con miras a constituir un ordenamiento justo de las instituciones.

Este giro epistemológico en la construcción del concepto de justicia, de la teoría de la justicia como imparcialidad, alcanza a concederle a cada miembro de la sociedad

---

<sup>88</sup> Principio antisacrificial planteado por DUPUY en RICOEUR, Paul. 1997. op. Cit: 83.

<sup>89</sup> La noción es utilizada por Ricoeur sobre el pensamiento de Dupuy a propósito de la teoría de Rawls. RICOEUR, Paul. 1997. op. Cit: 105.

<sup>90</sup> El concepto anglosajón es *Justice as Fairness* en RAWLS, John. 2006. op. Cit.

<sup>91</sup> Ricoeur entiende que Rawls busca enlazar el principio de la autonomía kantiana, en virtud del cual el hombre en tanto ser racional se da a sí mismo la ley como regla de universalización de sus propias máximas de acción, con el contrato social, en tanto acto por el cual un multitud abandona su libertad externa con miras a recobrarla en cuanto miembros de una república.

<sup>92</sup> RAWLS, John. 2006. op. Cit: 39 y 40.

<sup>93</sup> RAWLS, John. 2006. op. Cit: 79.

una inviolabilidad fundada precisamente en la justicia –o en lo que podría ser una versión moderna del derecho natural- puesto que ninguno de sus miembros puede ya ser anulado ni siquiera para alcanzar el bienestar de cada uno de los demás. Muy por el contrario, es el concepto mismo de justicia el que “niega que la pérdida de libertad para algunos se justifique por el hecho de que un bien mayor sea así compartido por otros”<sup>94</sup>, puesto que excluye del sistema de pensamiento la posibilidad de ponderar las pérdidas y ganancias de diferentes personas como si fuesen una sola, entendiendo así que la sociedad justa es aquella en que las libertades básicas se dan por sentadas y donde los derechos asegurados por la justicia no pueden estar sujetos al regateo político ni al cálculo de intereses sociales. Cada persona posee, entonces, una inviolabilidad fundada en la justicia, inviolabilidad que no puede ser transgredida ni siquiera en el nombre del bienestar del conjunto de la sociedad. Y es por esta razón que la justicia prohíbe que la pérdida de libertad de algunos pueda estar justificada por la obtención, por otros, de un mayor bien, ya que estructuralmente no puede admitir que los sacrificios impuestos a un pequeño número de individuos puedan ser compensados por medio de la argumentación de las ventajas de que disfruta la mayor parte.

Así, en una sociedad justa, un individuo que se dé cuenta de que disfruta viendo a otras personas en una posición de menor libertad, entiende que no tiene derechos de ninguna especie sobre este goce y que el placer que obtiene de las privaciones de los demás es malo en sí mismo, puesto que la justicia impone un límite al número de satisfacciones posibles que tienen verdadero valor. Y es que la justicia así concebida “impone restricciones al número de conceptos razonables del bien propio”<sup>95</sup>, toda vez que ninguna pérdida de libertad, sea cual fuere su grado, podría ser compensada por un crecimiento de eficacia económica, ya que jamás podría alcanzarse el bienestar común a expensas de la libertad. Sólo así puede refutarse la hipótesis utilitarista que sostiene encubiertamente que la posición menos favorecida es siempre objeto de victimización sacrificial, para, finalmente, poder concebirla como una posición asociada en términos igualitarios<sup>96</sup>.

Sin embargo, ¿es esta una superación verdadera de la lógica sacrificial?, ¿es efectivamente la solución procedimental pura el triunfo definitivo de la modernidad sobre el sacrificio? Si antes afirmamos que el sacrificio goza de una dimensión social compulsiva y, por tanto, de una condición de inevitabilidad, es decir, de un estatus conceptual de “fenómeno social total”<sup>97</sup>, entonces, ¿qué enlace argumentativo de este sistema de pensamiento se estaría articulando sobre la lógica sacrificial? Es claro que la respuesta a esta pregunta no aparece con el mismo grado de transparencia que en el utilitarismo teleológico, pues en el contractualismo la lógica sacrificial permanece

---

<sup>94</sup> RAWLS, John. 2006. op. Cit: 39.

<sup>95</sup> RAWLS, John. 2006. op. Cit: 42.

<sup>96</sup> Para Dupuy todo el esfuerzo de Rawls consiste en probar que el poseedor de la posición menos favorable es, en el utilitarismo, una víctima sacrificial, pero que la concepción de la justicia que defiende le convierte en societario de pleno derecho. DUPUY, Jean-Pierre. 1998. op. Cit: 157.

<sup>97</sup> MAUSS, Marcel. Ensayo sobre el don. Forma y función del intercambio en las sociedades arcaicas. 1° Edición. Argentina. Katz Editores. 2009.

más oculta y compenetrada con el principio antisacrificial que es capaz de construir. Sin embargo, siguiendo el método arqueológico que hemos utilizado hasta ahora, al descender un par de niveles más en la estratigrafía del pensamiento contractualista, podemos observar, una vez más, cómo el principio sacrificial continua articulando la concatenación de racionamientos con que el contractualismo construye el concepto de justicia.

El primer síntoma de esta soterrada presencia puede ser vislumbrado en las limitantes contextuales de la teoría de la justicia como imparcialidad, en tanto ésta deja de operar en situaciones de crisis, entendidas éstas como aquellos momentos en que la comunidad es sacudida por eventos de tal envergadura –como el 9/11- que por sí mismos, o por la reverberancia comunicacional que puedan tener, despiertan en los individuos pasiones violentas y contagiosas, tales como la envidia y el odio, de tal suerte que atribuyen todos los males de la comunidad a un individuo cuya expulsión devuelva el orden y la paz –Osama Bin Laden, Sadam Hussein o el Talibán-. Es el mismo indicio descrito antes por Walzer, respecto de la necesidad de pensar en términos utilitaristas para la doctrina de las emergencias supremas, en tanto situaciones sacrificiales donde el contractualismo deontológico pierde toda eficacia heurística. Y es que “los principios de justicia de Rawls no se aplican, y no fueron concebidos para aplicarse, a las situaciones sacrificiales”<sup>98</sup>, muy por el contrario, aplicados éstos a una situación sacrificial, “los principios de justicia de John Rawls justifican la lógica sacrificial”<sup>99</sup> puesto que cuando la comunidad es presa de pasiones miméticas como la envidia, la concepción de justicia del contractualismo se desestabiliza cediendo paso al utilitarismo.

Luego, si bien la teoría de la justicia como imparcialidad logra demostrar la superioridad de la razón antisacrificial sobre la razón sacrificial, esta demostración se basa en la exclusión de las situaciones sacrificiales, revelando con ello que el ethos de las sociedades liberales democráticas reposa sobre una exclusión: “la exclusión de estas situaciones sacrificiales que la teoría excluye precisamente de su campo”<sup>100</sup>, campo de acción limitado y excluyente. Y es que el aparente triunfo del contractualismo sobre el sacrificio no es tal, puesto que si bien “en períodos de gran estabilidad funciona efectivamente el mecanismo habitual de corrección del desequilibrio funcional”<sup>101</sup>, éste sólo opera cuando se trata de amenazas atomizadas y particularizadas frente a un orden social suficientemente estructurado, pero “basta que la crisis se presente con caracteres más generalizados para que se abandonen los mecanismos racionales propios del nivel de la funcionalidad y se recurra al manejo simbólico de la misma mediante el espectáculo de la muerte vicaria”<sup>102</sup>. Lo único que ha hecho, entonces, este sistema de pensamiento es politizar la lógica sacrificial, es decir, ponerla al servicio de una estructura particular de intereses.

Y aun así, dejando de lado las emergencias supremas o crisis sacrificiales, es

---

<sup>98</sup> DUPUY, Jean-Pierre. 1998. op. Cit: 170.

<sup>99</sup> DUPUY, Jean-Pierre. 1998. op. Cit: 161.

<sup>100</sup> DUPUY, Jean-Pierre. 1998. op. Cit: 172.

<sup>101</sup> MORANDÉ, Pedro. 1987. op. Cit: 97.

<sup>102</sup> *Ibíd.*

decir, aun cuando nos centremos en el contexto de normalidad o campo de acción en el que el contractualismo efectivamente logra erigir el principio antisacrificial, ¿podemos afirmar realmente que ha sido superado el sacrificio?, ¿podemos decir que las diferencias serán llevadas a la esfera política donde podremos, como individuos conscientes y racionales, sentarnos a una mesa para discutir razonablemente nuestras discrepancias y así llegar a acuerdos viables?

Si nos detenemos un momento más en el concepto de justicia construido por el contractualismo, podremos observar cómo éste no ha logrado aún desembarazarse del todo de la lógica sacrificial, sino sólo transfigurarla introyectando el sacrificio como un supuesto necesario para la construcción de la subjetividad del individuo antes que un mecanismo de victimización social para la construcción y refundación de la comunidad. En efecto, al definir la justicia en virtud de un mecanismo puramente procesal que, en términos jurídicos, asegure un igual trato ante la ley sin privilegios de ningún tipo, la justicia deja de tener cualquier contenido en términos de una filosofía del ser para transformarse en un principio formal de reciprocidad de las conductas. La consecuencia de la aplicación de este principio formal es que toda formulación social debe plantearse necesariamente en términos puramente racionales, obligando con ello al individuo a desprenderse de sus prejuicios para poder comportarse en la vida práctica de manera puramente racional, es decir, calculando los efectos de sus acciones en las conductas de los otros y de las eventuales respuestas de los otros a la conducta propia. Naturalmente, “nadie puede asegurar que toda la gente se comportará racionalmente, pero las instituciones sociales pueden concebirse de tal manera que sea el comportamiento racional quien reciba la mayor gratificación inhibiendo los restantes e incluso castigándolos si ellos amenazan la probabilidad del intercambio”<sup>103</sup>. De esa forma, se construye un concepto de justicia sobre la aceptación pretérita de un conjunto de conductas racionales, conductas que representan una parte –a veces ínfima- del espectro conductual de cualquier individuo, el cual deberá, primero, aceptar racionalmente el rol, estatus, posición social y función que la sociedad le ha encomendado, entendido éste como el punto de partida que marca su nacimiento más el conjunto finito –a veces agobiantemente estrecho- de posibilidades que ésta le ofrece, y, segundo, sacrificar cualquier otra conducta que no se ajuste a esta racionalidad.

La idea básica que está detrás del concepto de justicia construido por el contractualismo es que “todos somos víctimas para todos dentro de los marcos específicos de cada una de las funciones sociales que desempeñamos y que nos son asignadas desde la más temprana socialización”<sup>104</sup>, de forma tal que la victimización se fragmenta hasta el infinito alcanzando a todos y cada uno de los miembros de la sociedad, debiendo éstos asumir la función vicaria en virtud de la renuente aceptación de la asignación de roles que realiza la sociedad. Así, todos tenemos ahora la obligación de sacrificarnos para que el sistema funcione, dado que para que la institucionalidad adquiera vigencia práctica, hay que devolverle al sistema lo que él ha hecho por cada uno. Y es que “fuera de proporcionar los bienes y servicios indispensables para la subsistencia de los actores sociales en el estatus social que les

---

<sup>103</sup> MORANDÉ, Pedro. 1987. op. Cit: 114.

<sup>104</sup> MORANDÉ, Pedro. 1987. op. Cit: 125.

corresponde, les ha dado los conceptos, los ha equilibrado y coordinado entre sí, les ha dado las definiciones de lo que son y de lo que pueden esperar, y como contraprestación sólo les pide que estén dispuestos a representar cada uno su papel y que renuncien a interpretar otro distinto a aquel que les fue asignado”<sup>105</sup>. Entonces, el principio antisacrificial de la teoría de la justicia como imparcialidad sólo se alcanza introyectando el sacrificio, introyección que opera mediante la dispersión de la victimización, la cual, a su vez, es el supuesto estructural para la articulación de un concepto de justicia que descansa en la autoinmolación de cada uno de los miembros de la sociedad, puesto que todos ellos deberán sacrificar cualquier germen de conflicto en aras del cumplimiento del deber y, ojalá, con el mayor grado de sobriedad.

En este contexto, la autoinmolación implica que cada cual debe asumir el papel que se le ha sido asignado en el sistema social, cuestión que implica sacrificar también “las propias convicciones morales en aras de los superiores intereses de la funcionalidad del sistema”<sup>106</sup>, puesto que nunca más podremos olvidar que los individuos pasan y el sistema, en cambio, permanece. Así, vemos cómo la gran ironía del contractualismo deontológico es que “en su misma lucha por superar la obligatoriedad del sacrificio, acaba por imponerlo generalizadamente en la sociedad y, esta vez, con carácter permanente”<sup>107</sup>, no pudiendo los individuos ahora sustraerse ningún instante a los efectos inmediatos del sacrificio, puesto que la sociedad ha introyectado en cada ciudadano el papel de la víctima.

#### **8.4. Sacrificio y Derechos Humanos**

Vemos confirmada, entonces, nuestra hipótesis primera de que el sacrificio está realmente relacionado con todos los aspectos de la existencia humana, y que es el pensamiento mismo el que no puede prescindir de él. En definitiva, ambos sistemas de pensamiento no realizan más que una economía diferenciada del sacrificio, es decir, distintos planteamientos administrativos y, aun cuando se propongan erradicarlo, no hacen más que transfigurarle otorgándole una u otra alternativa para exteriorizarse o manifestarse.

Pero, ¿cuál es la razón de esta imposibilidad?, ¿por qué no podemos pensar racionalmente una omisión de las exclusiones?, ¿por qué no podemos construir un concepto de justicia que opere sin sacrificar, simbólica o efectivamente, la existencia de ciertos individuos, es decir, que pueda prescindir de los mecanismos de la victimización o de la autoinmolación? La pregunta no sólo marca un tremendo desafío, sino que además dirige una crítica urgente al concepto mismo de Derechos Humanos, puesto que, en definitiva, es su condición de existencia la que requiere dar respuesta a esta pregunta. Y no estando dentro de nuestros objetivos levantar hipótesis capaces de responderla, puesto que originalmente nos propusimos sólo dar cuenta de la presencia del sacrificio en los sistemas de pensamiento que problematizan acerca de la relativización de la prohibición internacional de la tortura para los casos de terrorismo

---

<sup>105</sup> *Ibíd.*

<sup>106</sup> MORANDÉ, Pedro. 1987. *op. Cit.*: 130.

<sup>107</sup> MORANDÉ, Pedro. 1987. *op. Cit.*: 133.

global, además de dejar planteada la cuestión para futuros desarrollos, intentaremos esbozar algunas ideas.

Con la erradicación o exilio de Dios del pensamiento moderno, la racionalidad eliminó la única variable exterior a sí misma que podía responder o definir ciertas cuestiones que le parecían anómalas, contradictorias o carentes de sentido. Desde la Ilustración a nuestros días, el pensamiento racional ha logrado, paulatinamente, prescindir de las explicaciones que le ofrecían el mito, la tradición o la religión como principios estructuradores del sentido para entender las arbitrariedades consustanciales a la vida en sociedad: la desigualdad, el sufrimiento, la injusticia, la tragedia, la ironía, etc. Al no jugar éstos ya un papel en el proceso explicativo del orden social, el pensamiento racional toma conciencia de que depende nada más que de sí mismo construir sistemas argumentativos capaces de explicar el ordenamiento social y, consecuentemente, comprenderlo y modelarlo.

De esa forma, la arbitrariedad, es decir, la falta de sentido, deja de ser comprendida en términos mitológicos, religiosos o tradicionales y pasa a reemplazar a Dios como principio de exterioridad. La sociedad comienza, entonces, a ser entendida como un sistema cerrado autopoietico<sup>108</sup>, donde el Estado pasa a representar la totalización de la vida humana encarnada en estructuras sociales<sup>109</sup>. En este contexto, la problemática de los derechos fundamentales anteriores y superiores al Estado se resuelve fácilmente, puesto que en verdad tales derechos no existen, ya que no existe nada anterior o superior al Estado, por el contrario, “lo único que el Leviatan puede afirmar es solamente el espíritu de su constitución institucional”<sup>110</sup>. Entonces, el postulado mismo de los derechos fundamentales no es más que una afirmación de “que su ordenamiento jurídico-institucional tiene como sentido el que existan derechos individuales anteriores y superiores al Estado”<sup>111</sup>. Es sólo el espíritu de su propia ley y no un principio de apertura e indeterminación frente a una exterioridad absoluta el que permite afirmar la existencia de derechos fundamentales anteriores al Estado. En otras palabras, “es un principio de falsa transcendencia, puesto que la única transcendencia real para esta ideología es la muerte”<sup>112</sup>. En estos términos, más allá del Estado sólo es concebible la muerte, por lo que la verdadera problemática para el pensamiento racional será ahora explicar el sentido de la arbitrariedad.

Lo arbitrario, en coordenadas sociales, es la lotería natural, “las contingencias de las circunstancias sociales que hacen que se nazca dotado de un cierto número de dones o de ciertas deficiencias, en un medio familiar más o menos bien situado en la jerarquía social”<sup>113</sup>, desigualdades inevitables debidas las unas como las otras a las

---

<sup>108</sup> RODRÍGUEZ, Darío y ARNOLD, Marcelo. *Sociedad y Teoría de Sistemas*. 2º Edición. Chile. Editorial Universitaria. 1990.

<sup>109</sup> Fuera del Leviatán no hay nada: solo muerte o caos. La muerte del Leviatán es la muerte de todos y, por ello, su razón de ser es la lucha por la vida entendida como negación del caos. MORANDÉ, Pedro. 1987. op. Cit: 96.

<sup>110</sup> MORANDÉ, Pedro. 1987. op. Cit: 97.

<sup>111</sup> *Ibíd.*

<sup>112</sup> *Ibíd.*

<sup>113</sup> DUPUY, Jean-Pierre. 1998. op. Cit: 189.

casualidades del azar y de la herencia: “la naturaleza produce las primeras, la institución de la familia y la influencias del medio social alimentan las segundas”<sup>114</sup>. Ambas desigualdades, aquella frente a la herencia de fortuna y aquella frente a la herencia de inteligencia, presentan el mayor desafío al pensamiento racional para construir un concepto de justicia capaz de articular un ordenamiento social que las haga comprensibles y razonables.

Son precisamente estas desigualdades las que arrancan las pasiones más destructoras de la sociedad, la envidia y el resentimiento y, con ellas, el proceso mimético de la reproducción de la violencia con todo su poder destructivo. Pero para explicar estas desigualdades, el pensamiento moderno ya no puede valerse de las soluciones tradicionales, por el contrario, al no existir un principio estructurador que trascienda el orden social, éste entiende que son los hombres los únicos responsables de la organización social, tomando así consciencia de que “el problema de una sociedad que se hubiera emancipado de toda tutela respecto a cualquier exterior, es que no ofrecería ninguna posibilidad a los que allí se encontrarán en estado de inferioridad para atribuir su infortunio a una causa situada fuera de su esfera personal”<sup>115</sup>. Luego, estas arbitrariedades son, para el pensamiento moderno, lo que el orden necesario de las cosas es a la tradición: “lo que escapa al dominio, de lo que no se tiene que responder, de lo que no podemos apropiarnos: el lugar de la exterioridad”<sup>116</sup>.

El problema estriba, entonces, en que, en el desafío por aprehender el sentido de la arbitrariedad, en tanto presencia ubicua de la sociedad, la racionalidad requiere alcanzar un grado de abstracción suficiente como para proyectarse sobre la unanimidad, es decir, necesita construir una teoría de la justicia capaz de hacerse cargo y explicar el amplio espectro de desigualdades que existen o pueden incluso llegar a existir en una sociedad. Y es que al prescindir del potencial heurístico del mito, la religión o la tradición para proporcionar los múltiples sentidos conceptuales que articulan el contenido de una teoría de la justicia basada en un principio de exterioridad, sentidos tales como la fatalidad, la predestinación, la resurrección o la impermanencia, el pensamiento moderno requiere construir una teoría de la justicia puramente argumentativa, capaz de dar una respuesta racional a la desigualdad y, en ello, dar un sentido a la existencia de los más desfavorecidos. Pero para alcanzar este nivel explicativo, debe necesariamente remitirse a la unanimidad, a la generalización máxima que permita entender la situación de cada individuo por muy lejana o distinta que ésta sea. De hecho, el concepto mismo de Derechos Humanos es una referencia directa al principio de la unanimidad, puesto que, conceptualmente, siempre plantea el desafío de alcanzar un grado de aplicación unánime, es decir, para todos y cada uno de los miembros de la sociedad.

Y es justamente aquí donde se cuele el sacrificio, puesto que el principio de la unanimidad concluye necesariamente en la lógica sacrificial<sup>117</sup>. En efecto, por sí solo, el

---

<sup>114</sup> *Ibíd.*

<sup>115</sup> DUPUY, Jean-Pierre. 1998. op. Cit: 206.

<sup>116</sup> DUPUY, Jean-Pierre. 1998. op. Cit: 207.

<sup>117</sup> DUPUY, Jean-Pierre. 1998. op. Cit: 161.

concepto de unanimidad implica la necesidad del sacrificio, toda vez que “referirse a la voluntad general es *ipso facto* levantar el altar de los holocaustos. El todo social es una divinidad implacable que, desde que se la nombra o se la representa, exige su lote de víctimas”<sup>118</sup>. Y es que a escala societal, la unanimidad sólo es alcanzable mediante el sacrificio, puesto que es conceptualmente inevitable sacrificar variabilidades para alcanzarla.

Para el caso de los Derechos Humanos, hemos visto cómo su legitimación efectivamente está vinculada al principio de la unanimidad y, por ello, a la lógica sacrificial. En efecto, si pensamos sobre el supuesto de minimizar la cantidad total de violaciones de los Derechos Humanos, no existe imposibilidad racional para consentir algunas violaciones si de ello resultara una disminución de su número global. Asimismo, si pensamos sobre el supuesto de que nadie debe actuar violando los derechos fundamentales de sus pares, estaríamos prohibiendo aquellas acciones que, violando los derechos de algunos, impedirían violaciones todavía mayores. Y es que en definitiva, “el sacrificio y el bien común, el todo social y su lote de víctimas, se legitiman el uno al otro, se definen el uno al otro, se prueban el uno al otro. Si no existen, no existen ni el uno ni el otro [...] si existen, existen conjuntamente”<sup>119</sup>. No es, entonces, el pensamiento utilitarista el que concluye en la racionalidad del sacrificio, así como tampoco el contractualismo desemboca en la autoinmolación, sino, más fundamentalmente, es el principio de la unanimidad que ambos sistemas de pensamiento incorporan y, en consecuencia, todos los principios compatibles con él<sup>120</sup>.

A nuestro juicio, esta conclusión revela inevitablemente una crítica fundamental al discurso de la democracia y a los cimientos racionales de nuestra institucionalidad, puesto que nos obliga a tomar conciencia de que el problema político, al parecer, es filosóficamente insondable. Nace entonces una incomodidad acérrima respecto de una eventual aceptación de condicionantes estructurales y, a la vez, una crítica asertiva a la racionalidad en tanto se articule sobre el principio de la unanimidad. Y, tal vez, una posible salida a esta problemática, en tanto pensemos que una “sociedad justa no es una sociedad indiferenciada [y que] la justicia es compatible con las diferencias, y hasta con las desigualdades<sup>121</sup>”, y sobre esta posibilidad reconstruyamos un concepto de justicia fractal con la versatilidad suficiente como para interpretar la arbitrariedad desde múltiples puntos de vista y la capacidad para hacerlos compatibles entre sí.

---

<sup>118</sup> DUPUY, Jean-Pierre. 1998. op. Cit: 126.

<sup>119</sup> DUPUY, Jean-Pierre. 1998. op. Cit: 139.

<sup>120</sup> Para Dupuy el principio de unanimidad por sí solo concluye en la racionalidad del sacrificio. DUPUY, Jean-Pierre. 1998. op. Cit: 169.

<sup>121</sup> DUPUY, Jean-Pierre. 1998. op. Cit: 181.

## **I. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.**

ABI-SAAB, Georges. *The Proper Rol of International Law in Combating Terrorism*. En: BIANCHI, Andrea. *Enforcing International Law Norms Againts Terrorism*. 1° Edición. Estados Unidos. Hart Publishing. 2004. pp. xiii-xxii.

AGUILAR, Gonzalo. *El reconocimiento jurisprudencial de la tortura y de la desaparición forzada de personas como normas imperativas de derecho internacional público*. En: *Ius Et Praxis* [online]. 2006. vol. 12. no. 1. pp. 117-154.

BECERRA, Manuel. *Introducción. Veinticinco años de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una vida fructífera y un futuro prometedor*. En: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*. 1° Edición. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2007.

BENAVENTE, Andrés. *Entrevista de Carlos Saldivia*. En: *Revista Qué Pasa*. 10 de Enero de 2002.

BENTHAM, Jeremy. *Los principios de la moral y la legislación*. 1° Edición. Argentina. Editorial Claridad. 2008.

BORELLI, Silvia. *The Treatment of Terrorist Suspects Captured Abroad: Human Rights and Humanitarian Law*. En: BIANCHI, Andrea. *Enforcing International Law Norms Againts Terrorism*. 1° Edición. Estados Unidos. Hart Publishing. 2004. pp. 39-61.

CASSESE, Antonio. *Terrorism as an International Crime*. En: BIANCHI, Andrea. *Enforcing International Law Norms Againts Terrorism*. 1° Edición. Estados Unidos. Hart Publishing. 2004. pp. 213-225.

CASTELLS, Manuel. *Globalización, desarrollo y democracia: Chile en el contexto mundial*. 1. Edición. Chile. Fondo de Cultura Económica. 2005.

CASTELLS, Manuel. *La Era de la Información. Economía, Sociedad y Cultura. Vol I: La Sociedad Red*. 5° Edición. México. Siglo XXI Editores. 2004.

CASTELLS, Manuel. *La Era de la Información. Economía, Sociedad y Cultura. Vol II: El Poder de la Identidad*. 4° Edición. México. Siglo XXI Editores. 2003.

CASTELLS, Manuel. *La Era de la Información. Economía, Sociedad y Cultura. Vol III: Fin del Milenio*. 4° Edición. México. Siglo XXI Editores. 2004.

CONDORELLI, Luigi, y NAQVI, Yasmin. *The War Againts Terrorism and Jus in Bello: Are the Geneva Conventions Out of Date?* En: BIANCHI, Andrea. *Enforcing International Law Norms Againts Terrorism*. 1° Edición. Estados Unidos. Hart Publishing. 2004. pp. 25-37.

CORTE SUPREMA DE ISRAEL. *Judgment Concerning the Legality of the General Security Service's Interrogation Methods*. En: LEVINSON, Sanford. *Torture. A*

Collection. 1° Edición. Estados Unidos. Oxford University Press, Inc. 2004. pp. 165-181.

COUSIÑO, Carlos. Razón y Ofrenda. 1° Edición. Cuadernos del Instituto de Sociología. Pontificia Universidad Católica de Chile. 1990.

CHUMBITA, Hugo. *Terrorismo*. En: DI TELLA, Torcuato S. *et. al.* Diccionario de Ciencias Sociales y políticas. 1° Edición. Argentina. Emecé. 2001. pp. 692-710.

DEPARTAMENTO DE ESTADO DE ESTADOS UNIDOS Informe sobre el terrorismo en América Latina. 2002.

DERSHOWITZ, Alan. *Tortured Reasoning*. En: SANFORD, Levinson. Torture. A Collection. 1° Edición. Estados Unidos. Oxford University Press, Inc. 2004. pp. 257-280.

DUMONT, Louis. Homo Aequalis. Génesis y apogee de la ideología económica. 1° Edición. Madrid. Grupo Santillana de Ediciones. 1999.

DUMONT, Louis. Essays on Individualism. 1° Edición. The University of Chicago Press. Ltd. 1986.

DUNOFF, Jeffry, RATNER, Steven, WIPPMAN, Davis. International Law. Norms, actors, process. A problem-Oriented Approach. 2° Edición. Estados Unidos. Editorial Aspen. 2006.

DUPUY, Pierre-Marie. *State Sponsors of Terrorism: Issues of International Responsibility*. En: BIANCHI, Andrea. Enforcing International Law Norms Against Terrorism. 1° Edición. Estados Unidos. Hart Publishing. 2004. pp. 3-16.

DUPUY, Jean-Pierre. El Sacrificio y la Envidia. 1° Edición. España. Editorial Gedisa. 1998.

DUPUY, Jean-Pierre. El Pánico. 1° Edición. España. Editorial Gedisa. 1999.

FASSBENDER, Bardo. *The UN Security Council and International Terrorism*. En: BIANCHI, Andrea. Enforcing International Law Norms Against Terrorism. 1° Edición. Estados Unidos. Hart Publishing. 2004. pp. 83-102.

FOUCAULT, Michel. Vigilar y Castigar. 25° Edición. España. Siglo XXI Editores. 1996

FOUCAULT, Michel. La arqueología del saber. 18° Edición. México. Siglo XXI Editores. 1997.

FULLER, Timothy. *Jeremy Bentham y James Mill*. En: STRAUSS, Leo y CROUSEY, Joseph. Historia de la filosofía política. 1° Edición. México. Fondo de Cultura Económica. 2006. pp. 668-688.

GIRARD, René. *La violencia y lo sagrado*. 3° Edición. España. Editorial Anagrama. 1995.

GIRARD, René. *El Chivo Expiatorio*. 2° Edición. España. Editorial Anagrama. 2002.

GIRARD, René. *Veo a Satán caer como el Relámpago*. 1° Edición. España. Editorial Anagrama. 2002.

GROSS, Oren. *Prohibition on Torture and the Limits of the Law*. En: SANFORD, Levinson. *Torture. A Collection*. 1° Edición. Estados Unidos. Oxford University Press, Inc. 2004. pp. 229-253.

GUERRERO, Manuel. *Elementos para problematizar el fenómeno de la tortura como hecho determinado socialmente*. En: POZO, Nelson y BENITÉZ, Jorge. *Los otros derechos. Derechos humanos del Bicentenario*. 1° Edición. Chile. Editorial ARCIS. 2008, pp. 129-148.

GUR-ARYE, Miriam. *Can the War against Terror Justify the Use of Force in Interrogations? Reflexions in Light of the Israeli Experience*. En: SANFORD, Levinson. *Torture. A Collection*. 1° Edición. Estados Unidos. Oxford University Press, Inc. 2004. pp. 183-198.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*. 2° Edición. España. Editorial Trotta. 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Reconstruir el Terrorismo*. En: BORRADORI, Giovanna. *La Filosofía en una época de terror*. 1° Edición. Argentina. Editorial Taurus. 2004.

HOBBS, Thomas. *Leviatán, o de la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. 2° Edición. México. Fondos de Cultura Económica. 1998.

HASSNER, Pierre. *Inmanuel Kant*. En: STRAUSS, Leo y CROPSEY, Joseph. *Historia de la filosofía política*. 1° Edición. México. Fondo de Cultura Económica. 2006. pp. 549-584.

KANT, Immanuel. *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*. 1° Edición. España. Editorial Alianza. 2006.

KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. 4° Edición. Argentina. Editorial Eudeba. 2003.

KELSEN, Hans. *La Paz por medio del Derecho*. 1° Edición. Madrid. Editorial Trotta. 2003.

KOLB, Robert. *The Exercise of Criminal Jurisdiction over International Terrorists*. En: BIANCHI, Andrea. *Enforcing International Law Norms Againsts Terrorism*. 1° Edición. Estados Unidos. Hart Publishing. 2004. pp.227-281.

KUHN, Thomas. La estructura de las revoluciones científicas. 1° Edición. México. Fondo de Cultura Económica. 1993.

LANGBEIN, John H. *The Legal History of Torture*. En: LEVINSON, Sanford. *Torture. A Collection*. 1° Edición. Estados Unidos. Oxford University Press, Inc. 2004. pp. 93-103.

LÉVI-STRAUSS, Claude. Las estructurales elementales del parentesco. 3° Edición. España. Ediciones Paidós Ibérica S.A. 1991.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *Antropología Estructural*. 2° Edición. España. Ediciones Paidós Ibérica S.A. 1992.

MAUSS, Marcel. Ensayo sobre el don. Forma y función del intercambio en las sociedades arcaicas. 1° Edición. Argentina. Katz Editores. 2009.

MEDINA, Cecilia. La Convención Americana: Teoría y jurisprudencia. 1° Edición. Costa Rica. Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. 2005.

MÉNDEZ, Juan E. *Seguridad Internacional y Derechos Humanos*, en *Derechos Humanos Hoy. Balance Internacional*. Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, 2008. Santiago, pp. 81-91.

MORANDÉ, Pedro. *Cultura y modernización en América Latina*. 1° Edición. Madrid. Ediciones Encuentro. 1987.

MORRIS, Madeline. *Arresting Terrorism: Criminal Jurisdiction and International Relations*. En: BIANCHI, Andrea. *Enforcing International Law Norms Against Terrorism*. 1° Edición. Estados Unidos. Hart Publishing. 2004. pp. 63-79.

NASH, Claudio. Alcance del Concepto de Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes. M.S.

NÍ AOLÁIN, Fionnuala. *The European Convention on Human Rights and Its Prohibition on Torture*. En: LEVINSON, Sanford. *Torture. A Collection*. 1° Edición. Estados Unidos. Oxford University Press, Inc. 2004. pp. 213-227.

NOWAK, Manfred, y McARTHUR, Elizabeth. *The distinction between torture and cruel, inhuman or degrading treatment*, En: *TORTURE*. [online] 2006. Vol. 16. no 3. pp. 147-151.

OSIEL, Mark. *The Mental State of Torturers: Argentina's Dirty War*. En: SANFORD, Levinson. *Torture. A Collection*. 1° Edición. Estados Unidos. Oxford University Press, Inc. 2004. pp. 129-141.

POGGE, Thomas. *La Pobreza en el Mundo y los Derechos Humanos*. 1° Edición. Madrid. Ediciones Paidós Ibérica S.A. 2005.

POLANGY, Karl. La Gran Transformación. Los orígenes Políticos y Económicos de Nuestro Tiempo. 2° Edición. México. Fondo de Cultura Económica. 2003.

PULIDO, María Claudia y BLANCHARD, Marisol. *La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y sus mecanismos de protección aplicados a la situación de los refugiados, apátridas y solicitantes de asilo*. En: Biblioteca del Alto Comisionado de Naciones Unidas para Refugiados [online]. 1° Edición. 2001.

PRESIDENCIA DE ESTADOS UNIDOS. The National Security Strategy of the United States of America. Washington D.C., Estados Unidos. 2010.

RAWLS, John. El Derecho de Gentes. 1° Edición. España. Ediciones Paidós Ibérica. 2001.

RAWLS, John. Liberalismo Político. 1° Edición. México. Fondo de Cultura Económica. 2003.

RAWLS, John. Teoría de la Justicia. 2° Edición. México. Fondo de Cultura Económica. 2006.

REINISH, August. *The Action of the European Union to Combat International Terrorism*. En: BIANCHI, Andrea. Enforcing International Law Norms Against Terrorism. 1° Edición. Estados Unidos. Hart Publishing. 2004. pp. 119-162.

RICOEUR, Paul. Lo justo. 1° Edición. Chile. Editorial Jurídica. 1997.

RICOEUR, Paul. Lo justo 2. 1° Edición. Madrid. Editorial Trotta. 2008.

RODRÍGUEZ, Darío y ARNOLD, Marcelo. Sociedad y Teoría de Sistemas. 2° Edición. Chile. Editorial Universitaria. 1990.

RODLEY, Nigel S. The Treatment of Prisoners Under International Law. 2° Edición. Estados Unidos. Oxford University Press, Inc. 2002.

RODILES, Alejandro. *Coalitions of the Willing: Coyuntura, Contexto y Propiedades. Un Primer Esbozo*. En: Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Vol VII. 2007. pp. 678-711.

SALADO, Ana. Textos básicos de Naciones Unidas relativos a Derechos Humanos y estudio preliminar. 1° Edición. España. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla. 2004.

SANDELL, Richard y FERNÁNDEZ, Lucía. Cronología de atentados terroristas internacionales. Área de Demografía, Población y Migraciones Internacionales. En: Real Instituto Elcano.

SCALABRINO, Michelangela. *Fighting Against International Terrorism: The Latin American Response*. En: BIANCHI, Andrea. *Enforcing International Law Norms Against Terrorism*. 1° Edición. Estados Unidos. Hart Publishing. 2004. pp. 163-210.

SCARRY, Elaine. *Five Errors in the Reasoning of Alan Dershowitz*. En: SANFORD, Levinson. *Torture. A Collection*. 1° Edición. Estados Unidos. Oxford University Press, Inc. 2004. pp. 281-290.

STEINER, Henry J., ALTON, Philip, GOODMAN, Ryan. *International Human Rights in Context*. 3° Edición. Estados Unidos. Oxford University Press, Inc. 2008.

SUSSMAN, David. *Defining Torture*. En: *Forward: Torture and the War on Terror*. [online]. 2005. vol. 37. pp. 225-230.

SLOTERDIJK, Peter. *Terror from the air*. 1° Edición. Estados Unidos. 2009.

TOWNSHEND, Charles. *Terrorism. A Very Short Introduction*. 1° Edición. Estados Unidos. Oxford University Press, Inc. 2002.

VENTURA, Manuel. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Camino hacia un tribunal permanente*. En: Biblioteca del Alto Comisionado de Naciones Unidas para Refugiados [online]. 1° Edición. 2001.

WALZER, Michael. *Political Action. The Problem of Dirty Hands*. En: SANFORD, Levinson. *Torture. A Collection*. 1° Edición. Estados Unidos. Oxford University Press, Inc. 2004. pp 61-75.

WALZER, Michael. *Reflexiones sobre la guerra*. 1° Edición. España. Ediciones Paidós Ibérica. 2004.

WALZER, Michael. *Terrorismo y Guerra Justa*. 1° Edición. España. Katz Editores. 2008.

WEBER, Max. *La Ética Protestante y el Espíritu del Capitalismo*. 1° Edición. Ediciones ISTMO S.A. Madrid. 1998.

WEDGWOOD, Ruth. *Countering Catastrophic Terrorism: An American View*. En: BIANCHI, Andrea. *Enforcing International Law Norms Against Terrorism*. 1° Edición. Estados Unidos. Hart Publishing. 2004. pp. 103-117.

## **II. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL.**

### **2.1. Corte Interamericana de Derechos Humanos**

- a. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Sentencia del 17 de septiembre de 1997.
- b. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Sentencia del 30 de mayo de 1999.

- c. Caso "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Sentencia del 19 de noviembre de 1999.
- d. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Sentencia del 18 de agosto de 2000.
- e. Caso Bamaca Velazquez Vs. Guatemala. Sentencia del 25 de noviembre del 2000.
- f. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Sentencia del 21 del Julio del 2002.
- g. Caso Humberto Sánchez Vs. Honduras. Sentencia de 7 de junio de 2003.
- h. Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Sentencia de 27 de noviembre de 2003.
- i. Caso de los 19 Comerciantes Vs. Colombia. Sentencia de 5 de julio de 2004.
- j. Caso Hermanos Gomez Paquiyauri Vs. Perú. Sentencia del 8 de Julio de 2004.
- k. Caso Tibi Vs. Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004.
- l. Caso Lori Bereson Mejia Vs. Perú. Sentencia del 25 de Noviembre de 2004.
- m. Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago. Sentencia de 11 de marzo de 2005.
- n. Caso Raxcaco Reyes Vs. Guatemala. Sentencia del 15 de septiembre de 2005.
- o. Caso Gómez Palomino Vs. Perú. Sentencia de 22 de noviembre de 2005.
- p. Caso Baldeon García Vs. Perú. Sentencia de 6 de abril de 2006.
- q. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006.
- r. Caso Ximenes López Vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006.
- s. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Sentencia de 22 de septiembre de 2006.
- t. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Sentencia del 25 de noviembre de 2006.
- u. Caso Bueno Alves Vs. Argentina. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164.
- v. Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Sentencia de 20 de noviembre de 2007.
- w. Caso Bayarri vs. Argentina. Sentencia de 30 de octubre de 2008.

## **2.2. Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas**

- a. Comunicación N° 270/1988, Jamaica. Sentencia del 30 de marzo de 1992.
- b. Comunicación N° 271/1988, Jamaica. Sentencia del 30 de marzo de 1992.
- c. Comunicación N° 255/1987, Jamaica. Sentencia del 22 de Octubre de 1992.
- d. Comunicación N° 469/1991, Canadá. Sentencia del 7 de enero 1994.
- e. Comunicación N° 330/1988, Jamaica. Sentencia del 26 de abril de 1994.
- f. Comunicación N° 458/1991, Camerún. Sentencia del 21 de Julio de 1994.
- g. Comunicación N° 322/1998, Uruguay. Sentencia del 9 de agosto de 1994.
- h. Comunicación N° 458/1991, Camerún. Sentencia del 10 de Agosto de 1994.
- i. Comunicación N° 606/1994, Jamaica. Sentencia del 3 de Agosto de 1995.
- j. Comunicación N° 373/1989, Jamaica. Sentencia del 18 de Octubre de 1995.
- k. Comunicación N° 563/1993, Colombia. Sentencia del 13 de noviembre de 1995.
- l. Comunicación N° 542/1993, República Democrática del Congo. Sentencia del 16 de abril 04 de 1996.
- m. Comunicación N° 540/1993, Perú. Sentencia del 16 de abril de 1996.
- n. Comunicación N° 598/1994, Jamaica. Sentencia del 25 Julio de 1996.
- o. Comunicación N° 529/1993, Jamaica. Sentencia del 19 de agosto de 1997.
- p. Comunicación N° 732/1997, Jamaica. Sentencia del 19 de agosto de 1998.
- q. Comunicación N° 759/1997, Jamaica. Sentencia del 13 de mayo de 2000.
- r. Comunicación No 687/1996, Colombia. Sentencia del 16 de mayo de 2001.

- s. Comunicación N° 928/2000, Trinidad y Tobago. Sentencia del 8 de noviembre de 2001.
- t. Comunicación N° 887/1999, Belarus. Sentencia del 24 abril de 2003.
- u. Comunicación N° 886/1999, Belarus. Sentencia del 28 de abril de 2003.
- v. Comunicación N° 950/2000, Sri Lanka. Sentencia del 31 de julio de 2003.
- w. Comunicación N° 793/1998, Jamaica. Sentencia del 13 de mayo de 2004.
- x. Comunicación N° 964/2001, Tajikistan. Sentencia del 20 de agosto de 2004.
- y. Comunicación N° 1117/2002, Tajikistan. Sentencia del 25 de Agosto de 2004.
- z. Comunicación N° 1058/2002, Perú. Sentencia del 16 de noviembre de 2005.
- aa. Comunicación N° 907/2000, Uzbekistan. Sentencia del 18 de noviembre de 2005.
- bb. Comunicación N° 1159/2003, Burkina Faso. Sentencia del 11 de abril de 2006.
- cc. Comunicación N° 1196/2003, Algeria. Sentencia del 27 de abril de 2006.
- dd. Comunicación N° 915/2006, Uzbekistan. Sentencia del 19 de abril de 2006.
- ee. Comunicación N° 1208/2003, Tajikistan. Sentencia del 19 de abril de 2006.
- ff. Comunicación N° 1044/2002, Tajikistan. Sentencia del 26 de mayo de 2006.
- gg. Comunicación N° 959/2000, Uzbekistan. Sentencia del 8 de agosto de 2006.
- hh. Comunicación N° 1297/2004, Algeria. Sentencia del 9 de agosto de 2006.
- ii. Comunicación N° 1348/2005, Tajikistan. Sentencia del 03 de mayo de 2007.
- jj. Comunicación N° 1043/2002, Uzbekistan. Sentencia del 03 de mayo de 2007.

### **2.3. Corte Europea de Derechos Humanos**

- a. Caso Irlanda v. Reino Unido, sentencia del 18 de Enero de 1978. Serie A N° 25.
- b. Caso Tyrer vs. Reino Unido en sentencia del 25 de Abril de 1978.
- c. Caso Soering vs. Reino Unido, sentencia del 7 de Julio de 1989. N° 14038/88.
- d. Caso Selçuk vs. Turquía en sentencia del 24 de Abril de 1998.
- e. Caso Bilgin vs. Turquía en sentencia del 17 de Junio de 2001.
- f. Caso Ayder vs. Turquía en sentencia del 8 de Enero de 2004.

### **2.4. Corte Suprema de Estados Unidos**

- a. Caso Hamdi et. Al v. Rumsfeld, secretary of defense, et Al. Fallo de Octubre de 2003.
- b. Caso Hamdam v. Rumsfeld. Secretary of defense, et Al. Fallo de octubre de 2005.

## **III. Instrumentos Internacionales.**

### **3.1. Asamblea General de Naciones Unidas**

#### **3.1.1. Tratados Internacionales.**

- a. Declaración Universal de Derechos Humanos. Nueva York, Estados Unidos. 1948.
- b. Convención para la Prevención y la Sanción del Delito Genocidio. Nueva York, Estados Unidos. 1948.
- c. Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud. Nueva York, Estados Unidos. 1956.

- d. Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. Nueva York, Estados Unidos. 1965.
- e. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Nueva York, Estados Unidos. 1966.
- f. Convenio sobre Infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las Aeronaves. Tokyo, Japón. 1963.
- g. Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves. La Haya, Holanda. 1970.
- h. Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil. Montreal, Canadá. 1971.
- i. Convención Internacional sobre la Represión y Castigo del Apartheid. Nueva York, Estados Unidos. 1973.
- j. Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos. Nueva York, Estados Unidos. 1973.
- k. Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. Nueva York, Estados Unidos. 1975.
- l. Convención internacional contra la toma de rehenes. Nueva York, Estados Unidos. 1979.
- m. Convención sobre la protección física de los materiales nucleares. Nueva York, Estados Unidos. 1980.
- n. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes. Nueva York, Estados Unidos. 1984.
- o. Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima. Nueva York, Estados Unidos. 1988.
- p. Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional. Nueva York, Estados Unidos. 1988.
- q. Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental. Nueva York, Estados Unidos. 1988.
- r. Convención sobre los Derechos del Niño. Nueva York, Estados Unidos. 1989.
- s. Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección. Nueva York, Estados Unidos. 1991.
- t. Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas. Nueva York, Estados Unidos. 1997.
- u. Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo. Nueva York, Estados Unidos. 1999.
- v. Convenio Internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear. Nueva York, Estados Unidos. 2005.
- w. Protocolo Complementario al Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima. Nueva York, Estados Unidos. 2005.
- x. Protocolo del Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental. Nueva York, Estados Unidos. 2005.

### 3.1.2. Resoluciones

- a. Resolución 48/60 sobre Medidas para Combatir el Terrorismo Internacional. Nueva York, Estados Unidos. 1994.

### **3.2. Consejo de Seguridad de Naciones Unidas**

- a. Resolución 1368. Nueva York, Estados Unidos. 2001.
- b. Resolución 1373. Nueva York, Estados Unidos. 2001.
- c. Resolución 1535. Nueva York, Estados Unidos 2004.
- d. Resolución 1566. Nueva York, Estados Unidos 2004.

### **3.3. Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas**

- a. Observación General número 7. Nueva York, Estados Unidos. 1982.
- b. Observación General número 20. Nueva York, Estados Unidos. 1992.

### **3.4. Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos**

- a. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Washington D.C., Estados Unidos. 1948.
- b. Convención Americana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica. 1969.
- c. Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo Configurados en Delitos contra las Personas y la Extorsión Conexa cuando estos tengan Trascendencia Internacional. Washington. D.C., Estados Unidos. 1971.
- d. Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Washington D.C., Estados Unidos. 1985.
- e. Convención Interamericana contra el Terrorismo. Bridgetown, Barbados. 2002.

### **3.5. Consejo de Europa**

- a. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Roma, Italia. 1950.
- b. Convención Europea sobre la Eliminación del Terrorismo. Estrasburgo, Francia. 1977.
- c. Convenio Europeo para Prevenir la Tortura y Otros Tratos Inhumanos y Degradantes. Estrasburgo, Francia. 1987.

### **3.6. Unión Africana**

- a. Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos. Banjul, Gambia. 1979.

### **3.7. Centro Internacional de Viena**

- a. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Viena, Austria. 1969.

### **3.8. Cruz Roja Internacional**

- a. Convenciones de Ginebra. 1949.