UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Internacional

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

"GUERRA CONTRA EL TERRORISMO" Y TORTURA

Autores: Karen Contardo Bernal
Carolina Rivera Tobar

Profesora Guía: María Teresa Infante Caffi.

2007

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN 4

CAPÍTULO I: EL CONCEPTO INTERNACIONAL DE TORTURA SEGÚN LAS CONVENCIONES INTERNACIONALES Y LA JURISPRUDENCIA 16

1. LAS FUENTES INTERNACIONALES DEL DELITO DE TORTURA 16

1.1. Instrumentos especializados para prevenir y sancionar la tortura: 21

1.2. Otros instrumentos que contemplan normas contra la tortura: 22

2. EL CONCEPTO INTERNACIONAL DE TORTURA 22

2.1. Elementos que componen el concepto de tortura 25

2.1.1. El Elemento Material (La Conducta Típica) 25

2.1.2. El Elemento Teleológico (La Finalidad de la Tortura) 35

2.1.3. El sujeto activo en la tortura 39

3. LA DISTINCIÓN ENTRE TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS Y DEGRADANTES 45

4. TORTURA Y *JUS COGENS*. 53

CAPÍTULO II: TORTURA Y "GUERRA CONTRA EL TERRORISMO" 63

1. ANTECEDENTES 63

2. ESTADOS UNIDOS: TORTURA Y "GUERRA CONTRA EL TERRORISMO" 76

2.1. Memorando del Office of Legal Counsel de agosto de 2002 76

2.1.1. Los argumentos jurídicos del *Office of Legal Counsel* 79

- Interpretación de las secciones 2340 y 2340A del Título 18 del US Code 79

a) La intención especifica de causar sufrimiento o dolor mental o físico severo 81

b) Dolor o sufrimiento severo 83

c) "Dolor o Sufrimiento Mental Severo" 85

d) Daño Mental Prolongado 86

e) Daño causado por o como resultado de los actos enunciados en la sección 2340 (2). 88

- Interpretación de la Convención contra la Tortura de la ONU 92
- La jurisprudencia internacional 99

2.1.2. El memorando de 2002 y la justificación de la tortura 103

- Los poderes del Presidente como comandante en jefe 104
- Posibles argumentos para la defensa 106

2.2. El Memorando de diciembre de 2004 109

2.3. Avances y retrocesos 116

2.4. La Ley de Comisiones Militares de 2006 122

- 1. Definición poco clara de “combatiente enemigo ilegal”. 124
- 2. La MCA limita el acceso a revisiones judiciales para los no-ciudadanos que son mantenidos bajo la custodia de los Estados Unidos, legitimando en cierta medida las interrogaciones indefinidas y abusivas. 127
- 3. Violación del principio de irretroactividad de las leyes penales 129
- 4. Se legaliza la prueba obtenida bajo tortura 131
- 5. Negación de los derechos procesales mínimos a los detenidos 132
- 6. Se abre la puerta a la impunidad por crímenes de guerra 134
- 7. Limitación a las normas de Derecho internacional 136

CONCLUSIONES 141

BIBLIOGRAFÍA 148

- Textos 148
- Instrumentos normativos 155
- Jurisprudencia 158

INTRODUCCIÓN

En las primeras páginas de su libro "*Vigilar y Castigar. Nacimiento de la Prisión*"[1], Michel FOUCAULT relata el caso de Robert Damiens, acusado en 1757 de atentar con un cuchillo en contra de la vida de Luis XV. Dado que el crimen de Damiens (el intento de magnicidio) ha sido considerado desde siempre un delito de la mayor gravedad, el tribunal encargado de dictar su sentencia extremó su celo en la búsqueda de un medio para no sólo castigar a Damiens sino para dar además al resto de la sociedad de la época un ejemplo claro de que este tipo de hechos sería perseguido con la mayor de las crueldades. Es por ello que a Damiens se lo condena a ser torturado hasta la muerte, usando para ello numerosos métodos, ya que sólo uno se consideraba insuficiente. Así, aparte de someterlo al escarnio público, trasladándolo en un carro abierto por las calles de París para que todo mundo lo viera (práctica muy extendida en la época y usada hasta bien pasada la Revolución Francesa), una vez en el cadalso, fue fuertemente apresado con aros de hierro, y en su mano se puso el arma homicida, para proceder a quemarla con fuego de azufre. Posteriormente, con unas tenazas calentadas al rojo se procedió a arrancarle la carne en varias partes del cuerpo, y en las llagas que quedaron se le vertió una

---

[1] FOUCAULT, Michel, "*Vigilar y Castigar. Nacimiento de la Prisión*", Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2001.

mezcla de plomo, aceite, pez, cera y azufre. Dado que el anterior procedimiento causa un dolor extremo, pero sin embargo no provoca la muerte, Damiens fue luego amarrado a cuatro caballos para proceder a su descuartizamiento. Sin embargo, estos no fueron suficientes y hubo que sumarle otros dos para llevar a cabo el designio del tribunal, y además cortar los nervios y romperle a hachazos las coyunturas de los muslos. Según relata FOUCAULT, todo el procedimiento llevó muchas horas, y sólo bien entrada la noche, cuando la última de sus extremidades fue cercenada, Damiens expiró. Pero eso no era suficiente. Una vez muerto, su cuerpo fue quemado y sus cenizas esparcidas al viento[2].

El caso que relata FOUCAULT, es sólo un ejemplo de tantos que pueden encontrarse en la historia respecto al ejercicio sin limitaciones del *ius puniendi* en los cuerpos de las personas. Unos años después de ocurrido el caso Damiens, el Marqués de BECCARIA publicaría su conocido "*Tratado de los Delitos y de las Penas*", en donde propugnaba una humanización de los sistemas penales, limitando considerablemente las facultades punitivas del Estado. Y precisamente entre las propuestas de BECCARIA (que darían la base de establecimiento del Derecho Penal moderno) se encontraba la abolición de la tortura como mecanismo, tanto procesal como en su carácter de pena.

Sobre este punto decía BECCARIA:

---

[2] FOUCAULT, Michel, "*Vigilar y Castigar. Nacimiento de la Prisión*", cit., p. 11.

“Una crueldad consagrada por el uso entre la mayor parte de las naciones es la tortura del reo mientras se forma el proceso, o para obligarlo a confesar un delito, o por, las contradicciones en que incurre, o por el descubrimiento de los cómplices, o por no sé cuál metafísica e incomprensible purgación de la infamia, o finalmente por otros delitos de que podría ser reo, pero de los cuales no es acusado.

“Un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo que le fue concedida. ¿Qué derecho sino el de la fuerza, será el que dé potestad al juez para imponer pena a un ciudadano mientras se duda si es reo o inocente? No es nuevo este dilema; o el delito es cierto o incierto; si cierto no le conviene otra pena que la establecida por las leyes, y son inútiles los tormentos porque es inútil la confesión del reo: si es incierto, no se debe atormentar un inocente, porque tal es, según las leyes, un hombre cuyos delitos no están probados. Pero yo añado que es querer confundir todas las relaciones pretender que un hombre sea al mismo tiempo acusador y acusado, que el dolor sea el crisol de la verdad, como si el juicio de ella residiese en los músculos y fibras de un miserable. Este es el medio seguro de absolver los robustos malvados, y condenar los flacos inocentes.

> Veis aquí los fatales inconvenientes de este pretendido juicio de verdad; pero juicio digno de un Caníbal, que aún los bárbaros romanos por más de un titulo reservaban sólo a los esclavos, víctimas de una feroz demasiado loada virtud."[3]

Como expone BECCARIA, entre los romanos, al menos durante la época clásica, la tortura no era aceptada como medio habitual para ser usado entre iguales, sino que ésta sólo se la reservaba para los esclavos, los cuales eran considerados objetos y no personas. No obstante, incluso entre estos se encontraban voces que defendían la tortura. Por ejemplo, CICERÓN en su "*De partitione oratoria*"[4], escrita alrededor del año 45 A.C., aseveraba que: "Si el examen de testimonios obtenidos mediante tortura o la solicitud que este examen se realice pueden contribuir a resolver el caso, primero tenemos que defender esta institución y hablar de la eficacia del dolor y de la opinión de nuestros antepasados, los cuales, indudablemente, habrían rechazado todo esto si no lo hubiesen aprobado; y de las instituciones de los atenienses y de los rodios, pueblos muy cultos, entre los cuales incluso los hombres libres y los ciudadanos —por repugnante que esto sea— son sometidos a tortura; y también de las instituciones de nuestros compatriotas, personas de sabiduría suprema, que, aunque no permitían que los esclavos fuesen torturados para

---

[3] BECCARIA, Cesar Bonessana Marqués de, "*Tratado de los Delitos y de las Penas*", Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1993, pp. 87-88.

[4] CICERON, Marco Tulio, "De la Partición Oratoria", México: UNAM, 1987.

que testimoniasen contra sus amos, aprobaban el uso de la tortura en casos de incesto. Asimismo, el argumento utilizado habitualmente para invalidar el testimonio obtenido con tortura tiene que ser rechazado por ridículo y declarado irreal e infantil. Por tanto, debéis inspirar confianza en la corrección y la imparcialidad de la investigación, y valorar las declaraciones hechas bajo tortura con argumentos e inferencias".[5]

Aunque se la utilizaba, el uso sistemático de la tortura como mecanismo judicial no se masificaría sino hasta durante la Edad Media, con el paso del sistema acusatorio al inquisitivo, y particularmente con la aparición de las reglas y procedimientos utilizado por el Tribunal del Santo Oficio. Ahí la tortura se transformó en el medio por excelencia de averiguación de la verdad. Los procesados y sospechosos de brujería y/o herejía, eran sometidos a una serie de "pruebas" tendientes a fijar su responsabilidad criminal. En el mundo occidental, este tipo de prácticas se mantendría hasta que durante la Ilustración, las voces de BECCARIA, VOLTAIRE y otros, demandarían su abolición, lo que recién comenzaría a producirse durante el siglo XVIII. Así por ejemplo, el Rey Federico II de Prusia, en 1740, sólo 3 días después de asumido

---

[5] CICERON, Marco Tulio, "De la Partición Oratoria", cit., 34.117-18.

el trono, la suprimiría para la mayoría de los delitos, y en 1754 y 1756, lo haría para la generalidad de ellos.[6]

La abolición de la tortura se entendió como un paso necesario en el camino por humanizar el sistema criminal, donde también aparece la cárcel como medio preferente para imponer penas. Así, a partir del siglo XVIII se comienza a proscribir en la mayoría de los países del mundo occidental, por considerarse que era contraria a los principios democráticos en boga. Además se entendió que un aspecto fundamental para garantizar la libertad de los individuos lo constituía la necesidad de fijar límites claros al *ius puniendi* estatal, impidiendo que el Estado pudiera hacer uso de este como medio para restringir los derechos que muchas de las también nacientes constituciones amparaban.

Aunque su uso se hizo mucho más marginal, sería un error creer que a partir del siglo XVIII la tortura fue erradicada completamente. Durante el siglo XX, un buen número de regímenes hicieron uso de ella como herramienta para mantener el poder y para luchar contra las disidencias políticas. Así por ejemplo, en la Alemania Nazi, en el sistema comunista staliniano, y también en la mayoría (si no en todas) las dictaduras latinoamericanas, de las que Chile no fue una excepción. El recurso a este tipo de prácticas es un hecho más asociado a regímenes dictatoriales autoritarios, que a sistemas democráticos.

---

[6] RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel, Prólogo al libro "*Observaciones sobre la Tortura*" de Pietro VERRI, Buenos Aires: Depalma, 1977, p. XXVIII.

En estos últimos, si bien también se presentan casos de tortura (documentados por organismos como Amnistía Internacional), ellos son aislados y no parte de una política sistemática del Estado. Por tanto su conocimiento y persecución, puede seguir por los causes institucionales corrientes.

El problema se produce cuando no son regímenes autoritarios, sino Estados democráticos los que, apelando a supuestas situaciones "excepcionales", a contingencias de "emergencia", comienzan a relajar las protección de las garantías procesales y penales, permitiendo por esta vía que el uso de la tortura o de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, si bien no se acepten expresamente como parte de la política criminal general, al menos se toleren, o se haga vista gorda respecto de casos que bajo otras circunstancias serían considerados inaceptables. Así ha ocurrido en Europa, en donde países como Gran Bretaña, España e Italia, remecidos en sus cimientos por la amenaza terrorista que representaron el IRA, ETA y las Brigadas Rojas, recurrieron a legislaciones de emergencia, que tenían por objetivo luchar contra el enemigo interno, relativizando los principios garantistas reconocidos como pilar fundamental de los sistemas penales de los Estados democráticos. En todos estos casos, las medidas tomadas en función de las necesidades de la

lucha antiterrorista, siempre se miraron como excepcionales y de duración no permanente, sino mientras las circunstancias lo requirieran[7].

En la actualidad, y luego de los atentados perpetrados por la organización fundamentalista islámica Al Qaeda en septiembre de 2001 contra Estados Unidos, hubo un resurgimiento de tendencias que buscan en la legislación de emergencia que relativiza las garantías procesales y penales, la respuesta necesaria en la lucha antiterrorista. Sin embargo, la situación actual se diferencia de otras emergencias vividas en el pasado, por cuanto ahora estas son acompañadas por una elaboración doctrinaria que postula que en nuestras sociedades existiría una clase de individuos de los cuales no es posible esperar una certeza sobre su adhesión a las reglas fundamentales de nuestra vida en comunidad, por cuanto han roto y niegan el pacto social. Ello se ponen al margen total no sólo de la legalidad, sino de los valores básicos que inspiran la convivencia social. Respecto de ellos, es necesario elaborar, no sólo para hacer frente a la contingencia, sino con carácter permanente, una legislación penal especial, que los trate como "enemigos", haciéndoseles aplicables entonces el derecho de guerra. A su respecto, no sería exigible el respeto de los principios garantistas que los sistemas penales contemplan para tratar a los otros individuos, que si bien pueden transgredir ocasionalmente las

---

[7] Sobre las características de la legislación de emergencia en la lucha antiterrorista, principalmente referida al caso italiano, ver: BARATTA, Alessandro & SILVERNAGL, Michael, "La Legislación de Emergencia y el Pensamiento Jurídico Garantista". Revista Doctrina Penal, Buenos Aires: Depalma, Año 8, 1985, pp. 559-595

leyes, con ello no evidencian un abandono permanente del pacto social, como sí ocurre respecto de los llamados "enemigos". El principal impulsor de esta teoría es el alemán Gunther JAKOBS[8], quien sostiene que los "enemigos" no pueden ser considerados "personas", y por tanto no debe aplicárseles las mismas normas de derecho penal garantista pensadas para aquellas. A su juicio, tratándose de los "enemigos" el Derecho penal puede volver, sin afectar nuestra estabilidad democrática, a ser considerado pura fuerza, pura retribución, tratando a estos individuos como fuentes de peligro y no como ciudadanos.

Sin duda para JAKOBS el representante máximo de este "enemigo" es el terrorista, y respecto de estos sostiene que "su punición mucho antes de la producción de lesiones o su duro interrogatorio no cuadran en un Estado de Derecho perfecto; pero tampoco cuadra ahí el derribo de un avión de pasajeros. Ambas cosas pertenecen al derecho de excepción, del mismo modo que en su día se creó la incomunicación como derecho de excepción, al principio incluso *praeter legem."* Según el autor, el Estado no puede eludir el dilema renunciando a regular la excepción que se producirá de todos modos sin su intervención.[9] Este Derecho es el que denomina "Derecho penal del enemigo", el cual "tiene el

---

[8] Sobre la teoría del Derecho penal del enemigo, ver: JAKOBS, Gunther y CANCIO MELIA, Manuel, "Derecho Penal del Enemigo", Madrid: Civitas, 2ª edición, 2006

[9] JAKOBS, Gunther, *"¿Terroristas como Personas en Derecho?*", en JAKOBS, Gunther y CANCIO MELIA, Manuel, "Derecho Penal del Enemigo", Madrid: Civitas, 2ª edición, 2006, pp. 81-82.

cometido de garantizar seguridad, más que mantener la vigencia del ordenamiento jurídico. La lucha contra el terrorismo “no es sólo una palabra, sino un concepto; se trata de una empresa contra enemigos”.[10]

Ahora bien, dado que el terrorista es un “enemigo” una “no-persona” entonces podría argumentarse que respecto de ellos sería lícito aplicar cualquier tipo de medida, incluida la tortura. Aunque podría parecer que esto es extremar un poco el alcance del concepto de “enemigo”, existirían principalmente en Estados Unidos ciertos sectores que parecieran inclinarse por una interpretación de este tipo. Así podría desprenderse de algunas medidas administrativas y legislativas adoptadas en el marco de la llamada “guerra contra el terrorismo”, que pareciera tener por objetivo que ciertas conductas, que podrían entenderse como tortura, se puedan aplicar respecto de sujetos sospechosos de pertenecer o estar relacionado con Al Qaeda o con otras organizaciones afines a ella, a los cuales, según informes internacionales de la ONU, Amnistía Internacional y Human Right Watch, se ha aplicado apremios que bajo determinados aspectos podrían ser considerados tortura.

En esta memoria analizaremos cuáles son las medidas adoptadas por Estados Unidos en la “guerra contra el terrorismo”, y cómo se ha intentado restringir el alcance del concepto de tortura, a fin de que los funcionarios

---

[10] JAKOBS, Gunther, *“¿Terroristas como Personas en Derecho?”*, cit., pp. 71-74.

implicados en este tipo de hechos no se vean obligados a responder ante los tribunales de justicia.

En primer lugar analizaremos el concepto de tortura que se maneja tanto a nivel convencional, como por la jurisprudencia, deteniéndonos en ciertos elementos que sirven para caracterizar este tipo de conductas a objeto de sancionarlas penalmente. También nos referiremos al grado de obligatoriedad para los Estados.

En la segunda parte, expondremos la evolución de las medidas propuestas y adoptadas por el gobierno norteamericano en función de una interpretación de tortura que deje fuera a los medios de investigación para establecer la presunta responsabilidad de los sospechosos de participar en actividades terroristas, y que han ocurrido principalmente en las cárceles de Abu Gharib y Guantánamo. También se hará referencia a las modificaciones legales introducidas en ese país, y que para algunos analistas estarían legitimando el uso de la tortura como mecanismo procesal de averiguación de la verdad.

Finalmente, en las conclusiones de esta memoria, daremos nuestra opinión personal sobre este tema, e intentaremos demostrar que muchas de las medidas adoptadas por Estados Unidos en la guerra contra el terrorismo, se encuentran reñidas con los principios internacionales en esta materia, y que dicho país se encontraría incumpliendo las obligaciones que le exigen perseguir

criminalmente a los sospechosos de haber cometido tortura, y adoptar los mecanismos necesarios para prevenir que este tipo de hechos puedan llegar a producirse.

CAPÍTULO I: EL CONCEPTO INTERNACIONAL DE TORTURA SEGÚN LAS CONVENCIONES INTERNACIONALES Y LA JURISPRUDENCIA

1. Las Fuentes Internacionales del Delito de Tortura

Aunque la adopción por parte de Naciones Unidas de la Convención contra la Tortura en diciembre de 1984, ha constituido uno de los pasos más importantes dados por la comunidad internacional a objeto de perseguir con fuerza este tipo de conductas ilícitas, siendo particularmente relevante la definición de tortura que contiene el texto, no es el primer instrumento que contiene normas que buscan tipificar la tortura y otros tratos crueles e inhumanos como crimen. Así por ejemplo, el Código Lieber adoptado en Estados Unidos en 1863, cuyo objetivo era reglar el comportamiento de las Fuerzas Armadas de dicho país en campaña, fue el primer esfuerzo para codificar las leyes y costumbres de la guerra existentes en aquella época y su influencia ha sido tal que ha servido de fuente de casi todos los tratados adoptados con posterioridad que prohíben los crímenes de guerra. Su artículo 16 establece la prohibición de la tortura como método para extraer confesiones. Según dispuso este instrumento:

> «La necesidad militar no admite la crueldad, esto es, la producción de sufrimientos por el gusto de infligirlos, o por venganza, ni la práctica de mutilaciones o heridas fuera de combate, ni *la tortura para extraer confesiones*. No autoriza el uso de veneno, ni la devastación indiscriminada. Acepta la estratagema pero rechaza los actos de perfidia. En general, la necesidad militar excluye todo acto de hostilidad que haga innecesariamente difícil el retorno a la paz.»[11]

En igual sentido se pronuncia, aunque sin llegar a ser tan explícito como el Código Lieber, el Reglamento relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, adoptado en la Primera Conferencia de Paz de La Haya, de 1899, y que se incluiría con algunas modificaciones en el Convenio IV de La Haya, de 1907. El artículo 4º de este instrumento dispone que los presos de guerra «deben ser tratados con humanidad», recayendo en el Gobierno del Estado que los haya capturado el deber de velar por su situación, en cuanto se entiende que ellos están en poder del Gobierno enemigo, y no de los individuos o de los Cuerpos que lo hayan apresado.[12] Además, reafirma esta disposición el artículo 46, al señalar que «El honor y los Derechos de la familia, *la vida de los*

---

[11] ESTADOS UNIDOS: «*Instrucciones para la Conducción de los Ejércitos de los Estados Unidos en Campaña (Código Lieber)*». Preparado por Francis Lieber y proclamado por el Presidente Lincoln mediante la Orden General núm. 100 del Departamento de Guerra. Washington, D.C., 24 de abril de 1863. Artículo 16.

[12] Convenio (IV) Relativo a las Leyes y Usos de la Guerra Terrestre, firmado en La Haya el 18 de Octubre de 1907. Artículo 4º.

individuos y la propiedad privada, así como las creencias religiosas y el ejercicio de los cultos, deberán ser respetados».[13]

Con posterioridad, y en el marco de la nutrida normativa adoptada con ocasión de la II Guerra Mundial, la Carta de Londres que fijó el Estatuto del *Tribunal Militar Internacional de Nüremberg* por el que se juzgó a los criminales de guerra nazi (que habría de servir posteriormente de base para el Estatuto del *Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente*, o *Tribunal de Tokio*), si bien no mencionaba entre los delitos bajo su jurisdicción específicamente a la tortura, el concepto podía subsumirse en lo dispuesto por el artículo 6.c) (art. 5.c) del Estatuto del Tribunal de Tokio), que sin enumerar taxativamente los crímenes contra la humanidad, incluía dentro de estos: «el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación *y otros actos inhumanos* cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma»[14], quedando así comprendida la tortura entre esos «otros actos inhumanos» de que habla la disposición. Así lo han entendido autores como Cherif BASSIOUNI[15] y Daniel H.

---

[13] Convenio (IV) Relativo a las Leyes y Usos de la Guerra Terrestre, firmado en La Haya el 18 de Octubre de 1907. Artículo 46.

[14] Estatuto del Tribunal Internacional de Nüremberg, de 6 de octubre de 1945, art. 6, letra c). Igual redacción en lo pertinente tiene el artículo 5, letra c), de la Carta del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (Tribunal de Tokio), de 19 de enero de 1946.

[15] BASSIOUNI, Cherif, «*Crimes Against Humanity in International Law*», 2ª ed.; Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1999, p. 331;

DERBY[16]. Igual conclusión puede sacarse de lo señalado en el Principio Nº VI de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nüremberg, aprobados por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas en 1950, que de forma similar a la Carta de Londres, establece que son delitos contra la humanidad: «El asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación *y otros actos inhumanos* cometidos contra cualquier población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevadas a cabo al perpetrar un delito contra la paz o un crimen de guerra, o en relación con él.»[17]

Por otro lado, y a diferencia de los estatutos de los tribunales internacionales de Nüremberg y Tokio, la Ley Nº 10 del Consejo del Control Aliado (órgano legislativo provisional para toda Alemania), de diciembre de 1945, que habría de servir de base para el procesamiento de criminales de guerra en su propio país, y que no habían sido sometidos al Tribunal de Nüremberg, señaló expresamente que se entendía el delito de tortura como un crimen contra la humanidad. Así lo dispuso su artículo II, letra c): «Atrocidades y delitos que comprendan, sin que esta enumeración tenga carácter limitativo, el

---

[16] DERBY, Daniel H., «*Torture*», en BASSIOUNI, Cherif [ed.], «*International Criminal Law*», Vol. I, 2ª ed.; Transnational Publishers, New York, 1999, p. 721.

[17] ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, «*Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nüremberg*», aprobados por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas en 1950, Principio Nº VI, letra c).

asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación, el encarcelamiento, *la tortura*, las violaciones u otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, violen o no estos actos las leyes nacionales de los países donde se perpetran»[18].

Finalmente en el Proyecto de Código Penal Universal, presentado por la *International Bar Association* a su Congreso de 1950, también la concepción de delito contra la humanidad abarcaba el delito de tortura, en términos muy similares a los que se han manejado modernamente, disponiendo el artículo 32.4 del Proyecto que: «son crímenes contra la Humanidad, sin que esta enumeración sea exhaustiva ni siquiera limitativa: 4. La tortura y las penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes»[19].

Además de estos antecedentes, en el conjunto de instrumentos adoptados durante gran parte de la segunda mitad del siglo XX y que rigen hasta hoy, la consagración de la tortura como crimen internacional se ha transformado en una práctica habitual en la mayoría de los tratados referidos a temas de Derechos Humanos, aunque la inclusión no responda a esfuerzos por estatuir la tortura como crimen, sino que se limitan a reconocer una situación

---

[18] CONSEJO DEL CONTROL ALIADO, «Ley Nº 10», de 20 de diciembre de 1945, art. II, letra c).

[19] Citado por QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, «*Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*», Tomo II, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1955, p. 622.

sancionada en la costumbre internacional cual es, la de prohibir todo acto de tortura, sea que se produzca en tiempos de paz o con ocasión de un conflicto armado. Las normas de los tratados sólo estarían reafirmando una situación preexistente[20].

Entre los instrumentos que contienen normas destinadas a prohibir y sancionar el uso de la tortura, podemos mencionar:

1.1. Instrumentos especializados para prevenir y sancionar la tortura:

- La Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Convención contra la Tortura), de diciembre de 1984;
- La Declaración de la ONU sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Declaración contra la Tortura), 1975
- La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, 1985; y

[20] AMNISTÍA INTERNACIONAL, «*Acabar con la Impunidad: Justicia para las Víctimas de Tortura*», Editorial EDAI, Madrid, 2001, p. 32.

1.2. El Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, 1987Otros instrumentos que contemplan normas contra la tortura:

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 5);
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 7);
- La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 5);
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 5);
- El Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 3);
- La Carta Árabe de Derechos Humanos (art. 3);
- Convención sobre los Derechos del Niño (art. 37)
- Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia
- Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.
- Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional

2. El Concepto de Tortura en el Derecho Internacional

Aún cuando hasta 1984 en que se adoptó la Convención contra la Tortura, existían instrumentos internacionales que la sancionaban como delito, ninguno de ellos contenía una definición clara y de aplicación universal que determinara qué conductas eran abarcadas en dicho concepto. No fue hasta 1975, con la *Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la*

Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 3452 (XXX), de 9 de diciembre de ese año, que por primera vez se contaría con una definición de tortura emanada de un organismo internacional. El artículo 1º de esta Declaración señala que habría de entenderse como 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."[21]

Tomando como base lo dispuesto en esta Declaración , la Convención contra la Tortura de 1984, también la definiría en su artículo 1º de forma que hasta la fecha, constituye el referente más importante para delimitar el concepto de tortura en los diferentes contextos en los cuales aquel no ha sido definido. Señala el artículo 1º de la Convención, en términos muy similares a los de la

---

[21] ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 9 de diciembre de 1975, art. 1º.

Declaración, que es 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.”[22]

Finalmente, en nuestro medio también se ha definido la tortura por la vía convencional a través del art. 2º de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985. En esta se establece que es tortura a los efectos de la Convención “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

[22] ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Convención contra la Tortura y Otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984, art. 1º.

personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica." A continuación la misma disposición agrega, en su inciso 2º 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."[23]

2.1. Elementos que componen el concepto de tortura

Aunque con matices, las tres disposiciones convencionales trascritas definen la tortura en términos concordantes en cuanto a los elementos que la componen.

2.1.1. El Elemento Material (La Conducta Típica)

De acuerdo al art. 1º de la Convención de 1984, la conducta típica sancionada es determinada por el hecho de infligir a una persona intencionalmente dolores o sufrimientos graves, sean estos de naturaleza física o mental. De acuerdo con esto, para que un acto sea considerado tortura a los efectos de la Convención se requiere:

---

[23] ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, de 9 de diciembre de 1985, art. 2º.

a) **Que sea intencional**[24], es decir, se excluye todo dolor que pueda ser ocasionado sin que exista una intención positiva por parte de quien lo provoca.

b) **Quien padece el sufrimiento debe ser una persona**, es decir, un individuo de la especie humana, con lo que quedan excluidos del concepto de tortura los actos de crueldad perpetrados contra animales o cosas.

c) **Que los dolores o sufrimientos causados sean graves**. Sobre este punto cabe señalar que la Convención no define lo que deberá entenderse por "grave", por lo que será una cuestión de hecho el delimitar en cada caso la intensidad del sufrimiento que se inflinge, la duración de los apremios, los medios y métodos empleados, la edad, sexo y condición de la víctima, etc. Esto último es importante porque para determinar si los tratos han alcanzado el grado de severidad que exige la norma, habrá que atenderse a un baremo subjetivo que tenga en consideración la identidad de la víctima y su particular situación, por lo que la medida de la intensidad no será analizada de la misma forma si la víctima es un hombre o una mujer, o si se trata de un niño o un adulto. Así lo sostuvo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gómez Paquiyauri c. Perú, en donde aseveró, refiriéndose a la definición de tortura del art. 2 de

---

[24] COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, de 22 de octubre de 2002.

la Convención Interamericana, que: “aunque dicho artículo deja cierto margen de interpretación para definir si un hecho específico constituye tortura, ‘en el caso de niños debe tenerse en cuenta un estándar más alto al definir el grado de sufrimiento’, donde debe tomarse en cuenta factores como la edad, el sexo y ‘el efecto de la tensión y el miedo que se haya experimentado’, el estado de salud y la madurez”.[25] En igual sentido se pronunció en el caso de Luis Lizardo Cabrera c. República Dominicana, según el cual “la calificación [de la gravedad o intensidad] debe hacerse caso a caso, tomando en cuenta las peculiaridades del mismo, la duración del sufrimiento, los efectos físicos y mentales sobre cada víctima específica y las circunstancias personales de la víctima.”[26]

Un camino similar al que han seguido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha tomado la Corte Europea de Derechos Humanos. Ante la falta de una definición de tortura en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950, ha optado por hacer una calificación caso a caso, atendiendo a las características del hecho denunciado, para concluir si se está o no frente a una situación de tortura. Como en el

---

[25] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Gómez Paquiyauri c. Perú, Sentencia 8 de julio de 2004, Serie C, No. 110

[26] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso No, 10.832, Luis Lizardo Cabrera c. República Dominicana, de 7 de abril de 1998.

contexto interamericano, la Corte Europea ha sostenido que las variables a tener en cuenta son la duración, los efectos físicos y mentales, el sexo, edad y estado de salud de la víctima, la manera y el método de su ejecución.[27]

El hecho de que se recurra a un concepto ambiguo como la severidad o la intensidad del daño y/o el dolor, a nuestro juicio, le resta fuerza a las normas que buscan perseguir y sancionar la tortura, toda vez que su valoración habrá de depender del juicio o del criterio de los jueces o autoridades llamados a conocer del hecho, con perjuicio de la seguridad jurídica, toda vez que frente a hechos similares es muy posible que las decisiones adoptadas puedan ser dispares, y que se vean influenciadas por valoraciones que nada tengan que ver con lo jurídico, sino que respondan a posiciones ideológicas de quienes juzgan, o a contingencias políticas e históricas predominantes en un determinado contexto. Esto ha quedado de manifiesto, por ejemplo, en el ámbito europeo con lo acaecido en el caso Irlanda c. Reino Unido, de 1978, en el que la Corte llegó a la conclusión de que no había existido tortura en los hechos denunciados, sino sólo tratos inhumanos y degradantes, aunque se comprobó que en sus interrogatorios el Reino Unido había hecho uso de 5 técnicas o métodos combinados de privación sensorial:

---

[27] CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Irlanda c. Reino Unido, Sentencia de enero de 1978.

1) obligar a los detenidos a permanecer por períodos de algunas horas en una “posición forzada”;

2) colocar una capucha sobre la cabeza de los detenidos, excepto durante los interrogatorios;

3) el sometimiento a ruidos constantes y silbidos de alto volumen;

4) la privación del sueño en espera de los interrogatorios; y

5) someter a los detenidos a una alimentación reducida durante su estadía en el centro de detención.

A juicio de quienes conformaban la Corte, estas técnicas “profundas” de interrogatorio no ocasionaban a los detenidos un sufrimiento de intensidad y crueldad particulares, razón por la que no podía entenderse que se había hecho uso de la tortura, sino sólo de un trato inhumano (porque si bien no se habían provocado lesiones corporales reales, por lo menos si se había ocasionado un sufrimiento físico y mental intenso a las personas sometidas al mismo y dieron lugar a disturbios psiquiátricos agudos durante el interrogatorio) y degradante (por su característica, las técnicas despertaban en las víctimas sentimientos de temor, angustia e inferioridad capaces de humillarlos y degradarlos, quebrando tal vez su resistencia

física o moral).[28] No obstante, en decisiones más recientes, la Corte si bien ha mantenido el criterio de acudir a la intensidad del sufrimiento para distinguir entre actos inhumanos o degradantes y la tortura[29], parece haber bajado el umbral de severidad, o lo ha redefinido para decidir si un acto es o no constitutivo de tortura. Así por ejemplo, en el caso reciente: Chitayev y Chitayev c. Rusia, fallado el 18 de enero de 2007, la Corte sostuvo que los actos denunciados —consistentes en apremios ocurridos durante la detención y los interrogatorios en los cuales las víctimas (los hermanos Arbi Salaudiyevich Chitayev y Adam Salaudiyevich Chitayev) habían sido forzadas a mantenerse de pie por largos períodos con manos y pies separados del cuerpo, habían recibido electroshocks en varios lugares, incluidos la yema de los dedos y los oídos; sus brazos habían sido torcidos y golpeados con bastones de goma y botellas de plástico, habían sido asfixiados con cinta adhesiva, se los había amenazado con perros, etc.— constituían tortura. L Se concluyó que los hermanos Chitayev habían sido mantenidos en un estado de dolor físico y mental permanente, dada la ansiedad generada frente a su futuro incierto, y se los había

---

[28] CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Irlanda c. Reino Unido, Sentencia de enero de 1978.

[29] Sobre el particular ver: CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, Aksoy c. Turquía, Sentencia de 18 de diciembre de 1996; Aydin c. Turquía, Sentencia de 25 de septiembre de 1997; y Selmouni c. Francia sentencia de 28 de julio de 1999.

sometido a altos niveles de violencia.[30]. Ante esto, no sería aventurado sostener que de someterse hoy a la Corte hechos como los denunciados en el caso Irlanda c. Reino Unido, la solución podría ser muy distinta, calificándolos derechamente como tortura y no como trato inhumano y degradante. Esto podría tener apoyo de la misma Corte por cuanto en el caso Selmouni c. Francia, ha manifestado que "*inhuman and degrading treatment" as opposed to "torture" could be classified differently in the future. It takes the view that the increasingly high standard being required in the area of the protection of human rights and fundamental liberties correspondingly and inevitably requires greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies*"[31].

Es decir, actos que en el pasado fueron clasificados como de trato inhumano o degradante, podrían ser en el futuro calificados como tortura, por cuanto el estándar de tratamiento exigido como base para el respeto de la dignidad y la integridad de las personas va en continuo aumento, de manera paralela al perfeccionamiento de los sistemas democráticos.

---

[30] CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMNAOS, Caso Chitayev y Chitayev c. Rusia, Sentencia de 18 de enero de 2007.

[31] CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, Selmouni c. Francia sentencia de 28 de julio de 1999

Apoya esta tesis, en cuanto a que hechos como los conocidos en el caso Irlanda c. Reino Unido hoy en día deberían ser calificados como tortura, el Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos de la CIDH, el cual expresamente señala que: ”la Comisión y la Corte se han referido al análisis de la Corte Europea de Derechos Humanos en el Caso de Irlanda c. Reino Unido y han sugerido que técnicas similares a las consideradas por la Corte Europea están prohibidas en todo interrogatorio que realicen agentes de los Estados.” Además, agrega el documento que: “la Corte Interamericana ha especificado que todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario para asegurar una conducta adecuada de parte de los detenidos constituye un ataque a la dignidad de la persona, en violación del artículo 5 de la Convención Americana. De acuerdo con la Corte, no debe permitirse que las exigencias de la investigación y las dificultades innegables que se enfrentan en la lucha antiterrorista restrinjan la protección del derecho de la persona a la integridad física.”[32]

d) **Que el maltrato sea físico y/o psicológico**. Tanto la Convención contra la Tortura de 1984 como la Convención Interamericana, no se restringen a valorar sólo el sufrimiento físico para determinar si un determinado trato es o no constitutivo de tortura. Ambos instrumentos, siguiendo la línea de lo ya dispuesto por la Declaración de la ONU de

[32] COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, de 22 de octubre de 2002.

1975, incluyen también como formas de tortura los sufrimientos mentales o psicológicos que puede haber padecido la víctima. Incluso la Convención Interamericana va más allá, ya que su artículo 2 sostiene que también se entenderá 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.". Así, la Corte Interamericana en el caso de Maritza Urrutia c. Guatemala —en el que se comprobó que la víctima había sido amenazada de ser torturada físicamente, con matarla o asesinar a los miembros de su familia—, consideró que había existido tortura psicológica, por cuanto la víctima había sido sometida de manera intencional a un contexto de angustia y sufrimiento destinado a anular su personalidad.[33]

En ese caso, la Corte siguió expresamente lo establecido en el proceso de Cantoral Benavides c. Perú, asegurando que "de acuerdo a las circunstancias de cada caso en particular, algunos actos de agresión infligidos a una persona pueden calificarse como torturas psíquicas, particularmente los actos que han sido preparados y realizados deliberadamente contra la víctima para suprimir su resistencia psíquica y forzarla a autoinculparse o a confesar determinadas conductas delictivas o para someterla a modalidades de castigos adicionales a la privación de la

[33] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Maritza Urrutia c. Guatemala, sentencia de 27 de noviembre de 2003.

libertad en sí misma”[34]. En efecto, en el caso Cantoral Benavides, la Corte argumentó que como lo ha resuelto la Corte Europea de Derechos Humanos, es suficiente el mero peligro de que vaya a cometerse un acto prohibido por la Convención, para que pueda considerarse inflingida la prohibición, aún cuando el riesgo de que se trata debe ser real e inmediato. Así, amenazar a alguien con torturarlo puede constituir en determinadas circunstancias, por lo menos un trato inhumano.[35] La Corte Europea también ha estimado que a fin de determinar si se ha violado el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos, debe evaluarse no sólo el sufrimiento físico sino también la angustia moral[36].

En el contexto interamericano, tratándose del caso específico de los familiares de las víctimas de desapariciones y ejecuciones extrajudiciales, la Corte ha sido reiterativa en afirmar que pueden ser objeto de una violación del derecho a no ser sometidos a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes como consecuencia directa de los malos tratos

---

[34] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Maritza Urrutia c. Guatemala, sentencia de 27 de noviembre de 2003.

[35] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Cantoral Benavides c. Perú, sentencia de 18 de agosto de 2000. En el mismo sentido, casos: Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) c. Guatemala, sentencia de 19 de noviembre de 1999; Instituto de Reeducación del Menor c. Paraguay, sentencia de 2 de septiembre de 2004; 19 Comerciantes c. Colombia, sentencia de 5 de julio de 2004. y en el TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso Campbell y Cosans c. Reino Unido, sentencia de 25 de febrero de 1982.

[36] CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Soering c. Reino Unido, sentencia de 7 de julio de 1989.

sufridos por sus seres queridos, en cuanto ello afecta gravemente su estabilidad física y sicológica[37].

Finalmente, respecto de los apremios físicos, la Corte Interamericana ha resuelto en varios casos que todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario para asegurar el comportamiento adecuado de un preso constituye una violación de su derecho a la dignidad personal en la forma en que lo consagra el Artículo 5 de la Convención. Así por ejemplo, en Caesar c. Trinidad y Tobago, la Corte sostuvo que toda pena corporal es incompatible con las obligaciones emanadas de los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención, "por constituir, en cualquier circunstancia, un trato o pena cruel, inhumano o degradante."[38]

2.1.2. El Elemento Teleológico (La Finalidad de la Tortura)

Como señalan los instrumentos internacionales sobre la materia, un trato para ser considerado tortura, a más de ser deliberado, es menester que persiga la obtención de determinados fines. Así por ejemplo, en la Convención contra la Tortura de 1984, se dispone que para entenderse que ha existido tortura se requiere que los padecimientos provocados a una persona hayan sido "con el

---

[37] En este sentido: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, casos: Bámaca Velásquez c. Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2000; Blake c. Guatemala, sentencia de 24 de enero de 1998; Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) c. Guatemala, sentencia de 19 de noviembre de 1999.

[38] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMNAOS, caso Caesar c. Trinidad y Tobago, sentencia de 11 de marzo de 2005.

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"[39]. De acuerdo a esto, la Convención exige entonces que para que haya tortura el trato debe haber tenido una de las siguientes finalidades:

1. En la investigación: obtener información o una confesión, sea de quien sufre directamente la tortura o de un tercero;
2. El fin de castigo;
3. El fin de la intimidación o coacción;
4. Cualquier otro fin que tenga como antecedente la discriminación.

Por su parte, la Convención Interamericana, aunque mantiene en general los criterios utilizados en la Convención de la ONU para establecer los fines que configuran la tortura (investigación criminal, medio intimidatorio, medida preventiva o pena), agrega otros supuestos que hacen que, en nuestra opinión, el rango de conductas prohibidas se extienda considerablemente:

1. Según la parte final del inciso 1º del art. 2 de la Convención Interamericana, será constitutivo de tortura todo trato que implique

[39] ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Convención contra la Tortura y Otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984, art. 1º.

métodos que tengan como finalidad anular la personalidad de quien los padece o disminuir su capacidad física o mental, independiente si con estos se causa o no dolor físico o angustia mental. En este sentido, la Corte Interamericana, ha resuelto que "algunos actos de agresión infligidos a una persona pueden calificarse como torturas psíquicas, particularmente los actos que han sido preparados y realizados deliberadamente contra la víctima para suprimir su resistencia psíquica y forzarla a autoinculparse, o a confesar determinadas conductas delictivas, o para someterla a modalidades de castigos adicionales a la privación de la libertad en sí misma"[40]

2. De igual forma, la Convención además agrega que bastará que se inflija a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales "con cualquier otro fin", para que se entienda que hay tortura. Es decir, será suficiente cualquier objetivo que se pretenda alcanzar a través de la imposición de sufrimiento o angustia para que quede configurada la tortura, incluso bastaría con la sola intención de producir dolor, por mero sadismo, para que haya tortura, independiente de todo otro fin utilitario ulterior.

---

[40] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Cantoral Benavides c. Perú, sentencia de 18 de agosto de 2000.

Esto último resulta importante, toda vez que en el medio europeo se ha discutido acerca de la existencia de un fin como requisito para configurar la tortura. Así por ejemplo en el denominado Caso Griego, la Comisión Europea de Derechos Humanos sostuvo que para que haya tortura es menester la presencia de un tratamiento inhumano que tenga un propósito "el de obtener información o confesiones, o infligir castigo"[41] (haciendo recaer, en esa ocasión, precisamente la diferencia entre trato inhumano o degradante y la tortura en la existencia de este elemento teleológico). Con posterioridad la Corte Europea ha mantenido esa línea de razonamiento, y así ha quedado de manifiesto en ulterior jurisprudencia, como los casos Mahmut Kaya c. Turquía[42] y Salman c. Turquía[43], en donde este órgano conservó la idea de que la configuración de la tortura requiere la intervención de una voluntad dirigida con cierta finalidad: obtener información, intimidar o castigar.

Ahora bien, aunque en general en la doctrina y la jurisprudencia europea no se discute la necesidad de que exista la finalidad de producir daño como exigencia para que se pueda hablar con propiedad de tortura, no ocurre lo mismo tratándose del requerimiento de que se cumplan otros fines o propósitos

---

[41] COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, Caso griego, Resolución de 18 de noviembre de 1969.

[42] CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, caso Mahmut Kaya c. Turquía, sentencia de 28 de marzo de 2000.

[43] CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, caso Salman c. Turquía, sentencia de 27 de junio de 2000.

específicos. Se ha dicho, que si bien en muchas situaciones la tortura busca claramente satisfacer la consecución de fines determinados, en otros ella se puede llegar a ejercer por motivaciones puramente sádicas. Y así lo expuso en opinión separada el juez Fitzmaurice en el caso Irlanda c. Reino Unido, donde sostuvo que debe entenderse que la tortura es tal independientemente de cual sea su objeto, e incluso si no existe ningún otro que solamente causar daño[44]. A nuestro juicio esta discusión está fuera de duda en el contexto interamericano, toda vez que como anteriormente apuntamos, la Convención claramente establece que basta cualquier fin para que se configure la tortura, incluso el mero afán de producir sufrimiento.

2.1.3. El sujeto activo en la tortura

Siguiendo una tradición del Derecho internacional de los Derechos Humanos, la definición del artículo 1º de la Convención de la ONU establece que el autor de la tortura es un sujeto activo calificado, ya que sólo puede serlo un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas. Es decir, sólo podrían ser sujetos activos de este delito agentes del Estado y no individuos ajenos a la administración estatal, como sería un particular. De la forma en que está redactada la disposición se colige que exige que dicho sujeto actúe en uso de sus atribuciones como agente del Estado, y no como un

---

[44] BUENO, Gonzalo, "*El Concepto de Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*", en *Revista Nueva Doctrina Penal*, 2003/B, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003, p. 609.

ciudadano común. Es decir, un funcionario policial que custodia a los presuntos autores de un delito detenidos en un procedimiento en el que le tocó tomar parte, y que los golpea gravemente con el objeto de que estos confiesen su participación en los hechos, puede ser sujeto activo de la tortura. Pero ese mismo funcionario policial, que golpea gravemente a un sujeto para averiguar si es o no amante de su esposa, no constituiría tortura de acuerdo a la definición del art. 1º, y por tanto en ese caso este funcionario policial, que no ha actuado en su investidura de servidor público, no podría ser, en principio, perseguido como autor del delito de tortura, sino que sólo habría de juzgársele de acuerdo a la normativa común.

Las razones de esta distinción, se hayan precisamente en una razón histórica, porque cuando se comenzó a formar el Derecho internacional de los Derechos Humanos en su expresión más moderna, una vez acabada la II Guerra Mundial, lo que se quería era evitar las atrocidades producidas durante aquel conflicto y proteger a los individuos de las violaciones que el Estado, a través de sus órganos y representantes, pudieran ejercer sobre la población. A través de este tipo de disposiciones se busca evitar que un funcionario público, actuando como tal, pueda eludir la acción de la justicia alegando cierta inmunidad de que en ocasiones gozan este tipo de investiduras, por ejemplo tratándose de delitos comunes como la agresión con agravantes o el acto de

infligir lesiones corporales graves[45]. Asimismo, esta situación acarrea que, como se entiende que el Estado actúa a través de los actos de sus representantes, los hechos cometidos por estos pueden acarrear sanciones internacionales para el Estado en sí, sea por acción — por ejemplo, cuando los actos de tortura son parte de una política de Estado que los funcionarios sólo aplican— o por omisión —cuando el Estado no hizo nada para evitar que los actos de tortura se cometieran, o una vez estos ocurridos no haya adoptado todas las medidas a su alcance para proteger a las víctimas y sancionar a los responsables. Dado que los particulares no actúan en representación del Estado, al menos para la concepción clásica, entonces no podría perseguirse responsabilidad del Estado en los casos en que son sujetos particulares quienes cometen esta clase de ilícitos, en tanto no se daría cumplimiento a todos los requisitos que califican como la tortura que maneja la Convención de la ONU.

Esta concepción clásica ha ido siendo objeto de revisión y reformulaciones. Como señala Gonzalo BUENO, el mismo artículo 1º de la Convención de 1984 sugiere que también podrán ser sancionados por tortura individuos ajenos a la administración del Estado en aquellos casos en que hayan actuado a instigación o con el consentimiento o aquiescencia de un agente público. Es decir, con esta redacción es posible que caigan bajo la órbita

---

[45] AMNISTÍA INTERNACIONAL, «*Acabar con la Impunidad: Justicia para las Víctimas de Tortura*», Editorial EDAI, Madrid, 2001, p. 37.

de las conductas prohibidas por la Convención actos cometidos por individuos o grupos privados que actúen con el apoyo del Gobierno[46].

Esto último, queda aún mucho más claro en el caso de la Convención Interamericana. En esta, ampliando el rango de lo señalado por la Convención de la ONU, se señala expresamente que pueden ser responsables de tortura tanto los empleados o funcionarios públicos que la ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, la cometan directamente o que, pudiendo impedirla, no lo hagan; y también cualquier otro individuo, que a instigación de los funcionarios o empleados públicos ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, la cometan directamente o sean cómplices de ella.[47]

A su vez, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, interpretando el alcance del derecho a no sufrir tortura y malos tratos garantizado por el artículo 7 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y vinculándolo a la obligación de proporcionar protección, mediante medidas «legislativas y de otra índole», contra la tortura y los malos tratos infligidos por particulares, ha concluido que: "La finalidad de las disposiciones del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es proteger la dignidad y la integridad física y mental de la persona. El Estado Parte tiene el deber de

---

[46] BUENO, Gonzalo, "*El Concepto de Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*", en *Revista Nueva Doctrina Penal*, 2003/B, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003, p. 616.

[47] ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, art. 3º

brindar a toda persona, mediante medidas legislativas y de otra índole, la protección necesaria contra los actos prohibidos por el artículo 7, sean infligidos por personas que actúen en el desempeño de sus funciones oficiales, al margen de dichas funciones o incluso a título privado."[48] Es decir, el Estado tiene la obligación de velar por la integridad física y psíquica de sus ciudadanos y el derecho de estos a no ser objeto de torturas, incluso en los casos en que esta provenga no de un funcionario público, sino de un particular.

Interpretaciones similares a la del Comité de la ONU se han hecho en el ámbito jurisprudencial, tanto en el contexto europeo como en el interamericano. Así por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, conociendo de un asunto en que se denunciaba el caso de un niño sometido a constantes golpizas por parte de su padrastro, quien usaba para inflingirle el daño un tutor para plantas, y había sido absuelto por la justicia británica debido a ciertas normas existentes en esa jurisdicción que permiten a los padres dar a sus hijos un castigo físico "moderado y razonable", concluyó que ese tipo de comportamiento caía bajo la órbita de lo establecido por el artículo 3 de la Convención Europea, y que en este caso el Estado no había cumplido con su obligación de proteger a las personas y velar porque éstas no fueran sometidas a torturas ni a tratos o penas inhumanos o degradantes, incluidos los malos

---

[48] ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, 44º período de sesiones, 1992, Observación General 20 al Artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

tratos infligidos por personas a título privado, lo que en la situación en particular constituía una clara violación a la norma del art. 3º.[49]

Por su parte, la Corte Interamericana, conociendo del caso Velásquez Rodríguez c. Honduras, relativo a un estudiante desaparecido tras ser secuestrado por hombres relacionados con las fuerzas armadas de ese país, sostuvo que: "un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención."[50]

Como podemos observar, más allá de lo que establece la Convención de la ONU de 1984, o la Convención Interamericana, la tendencia es a evitar y sancionar no sólo los actos de tortura cometidos por funcionarios públicos, o por particulares a instigación de un funcionario público, sino también las omisiones que permiten la existencia de tortura o malos tratos realizados por personas a título individual. En este último caso, la obligación que recae sobre el Estado es implementar todos los mecanismos que sean necesarios, incluidos los

---

[49] AMNISTÍA INTERNACIONAL, "*Contra la Tortura. Manual de Acción*", Madrid: EDAI, 2003, p. 87.

[50] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Velásquez Rodríguez c. Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988

legislativos, para proteger a las personas bajo su jurisdicción, incurriendo en responsabilidad internacional en el caso de que ello no ocurra.

3. La distinción entre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes

El artículo 5º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establecen de manera absoluta la prohibición de someter a las personas a tortura, a tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, debiendo entenderse dichas disposiciones como un todo que acarrea una obligación única, ineludible, incuestionable e irrenunciable de proteger a sus ciudadanos frente a estas prácticas y perseguir a los responsables en los casos en que ellas lleguen a producirse.

Ninguna de las dos disposiciones establece definiciones, ni criterios objetivos en base a los cuales realizar una distinción entre las diversas formas de trato prohibido que pueden entenderse contenidas en la redacción de la norma. Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en algunos casos ha afirmado que los abusos infligidos al denunciante son equivalentes a «tortura» o a otros elementos de la formulación, como trato «degradante»; en otros casos, no se ha referido a elementos concretos, sino que simplemente ha

afirmado que ha existido una violación del artículo 7, lo que supone que el Estado es responsable.[51] No obstante, la distinción entre tortura y otros tratos inhumanos, adquiere relevancia en el contexto tanto de la Convención de 1984 de la ONU como de la Convención Interamericana, toda vez que en ambas las obligaciones para los Estados serán distintas dependiendo de los elementos en presencia.

Dada la falta de elementos claros y objetivos en los propios instrumentos que rigen la materia para distinguir entre ambos conceptos, la jurisprudencia internacional ha tenido la función de irlos delimitando. Han existido casos (como el citado Caso Griego en el contexto europeo) en que ha primado como criterio determinante para diferenciar la tortura de otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, el elemento teleológico, es decir, la finalidad perseguida con el acto que ha causado deliberadamente daño en otro. En la actualidad, existe acuerdo, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, tendiente a establecer que el umbral diferenciador entre la tortura y los otros comportamientos prohibidos se encuentra precisamente en la intensidad del sufrimiento[52]. Así lo ha resuelto la Corte Europea, en casos emblemáticos como el ya mencionado de Irlanda c. Reino Unido, en que el elemento central lo constituyó la discusión

---

[51] AMNISTÍA INTERNACIONAL, "*Contra la Tortura. Manual de Acción*", Madrid: EDAI, 2003, p. 75.

[52] MARTIN, Claudia y RODRÍGUEZ-PINZÓN, Diego, "*La Prohibición de la Tortura y los Malos Tratos en el Sistema Interamericano. Manual para Víctimas y sus Defensores*", Ginebra: Organización Mundial Contra la Tortura (OMCT), 2006, p. 105; AMNISTÍA INTERNACIONAL, "*Contra la Tortura. Manual de Acción*", Madrid: EDAI, 2003, pp. 77-78.

en torno a si las técnicas de investigación aplicadas por el Reino Unido habían sido capaces o no de provocar en las víctimas un sufrimiento de tal intensidad como para ser considerada tortura. Igual cosa, en el medio interamericano, la Comisión ha dicho expresamente que "El criterio esencial para distinguir la tortura de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes deriva de la intensidad del sufrimiento infligido"[53]. A igual conclusión ha arribado la Corte Interamericana, recurriendo para ello precisamente a la jurisprudencia del caso Irlanda c. Reino Unido[54].

No obstante lo anterior, la distinción entre tortura y los otros tratos prohibidos, está lejos de ser un tema zanjado. En efecto, aunque en el caso Caesar la Comisión Interamericana ha dicho que el nivel de sufrimiento es el criterio distintivo "esencial", de la misma redacción del párrafo se desprende que si bien aquel puede ser determinante, no es el único. En ese mismo caso, la Comisión aseveró que "la tortura es una forma agravada de trato inhumano perpetrada con el propósito de obtener información, confesiones o infligir un castigo"[55], es decir, además de requerir un nivel de sufrimiento superior respecto de otros tratos, ambas figuras se diferencian por el hecho de que se

---

[53] COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Caesar c. Trinidad y Tobago, Sentencia de 11 de marzo de 2005, (Serie C), No. 123.

[54] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso No, 10.832, Luis Lizardo Cabrera c. República Dominicana, de 7 de abril de 1998.

[55] COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Caesar c. Trinidad y Tobago, Sentencia de 11 de marzo de 2005, (Serie C), No. 123.

exige a la tortura que esté orientada a la consecución de un fin. En igual sentido, pareciera inclinarse el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, que en la causa Zejnil Delalic y otros, conocida como el "Caso Celibici", aseveró que la tortura "*is the most specific of those offences of mistreatment constituting "grave breaches" and entails acts or omissions, by or at the instigation of, or with the consent or acquiescence of an official, which are committed for a particular prohibited purpose and cause a* ***severe level of mental or physical pain or suffering****. The offence of willfully causing great suffering or serious injury to body or health is distinguished from torture primarily on the basis that the alleged acts or omissions need not be committed for a prohibited purpose such as is required for the offence of torture. […] all acts or omissions found to constitute torture or wilfully causing great suffering or serious injury to body or health would also constitute inhuman treatment.*"[56]

Lo anterior es concordante con el concepto contenido en la misma sentencia al definer el trato inhumano como "*an intentional act or omission that is, an act wish, judged objectively, is deliberate and not accidental, that causes serious mental or physical suffering or injury or constitutes a serius attack on human dignity*"[57].

---

[56] TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA, Prosecutor v. Delalic et al (Celibici Case), Case No. IT-96-21ª, sentencia de 16 de noviembre de 1998.

[57] TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA, Prosecutor v. Delalic et al (Celibici Case), Case No. IT-96-21ª, sentencia de 16 de noviembre de 1998.

En ambos casos el Tribunal optó por definir tanto la tortura como otros tratos inhumanos, como actos u omisiones en los que se causa intencionalmente un sufrimiento severo, sea este físico o psicológico, sin hacer mención a que para estar en presencia de una u otros habrá que determinar el umbral que deba traspasar dicho sufrimiento. Pareciera desprenderse de lo aseverado por el Tribunal, la distinción entre ambos ilícitos se encontraría más que nada en la finalidad con que ha sido cometido.[58] Esta definición es similar a la pronunciada por el Tribunal en el caso Prosecutor c. Kunarac y otros, de 22 de febrero de 2001.[59]

Por otra parte, en el caso Prosecutor c. Furundzija, luego de caracterizar a la tortura como un acto consistente en "*the infliction, by act or omission, of severe pain or suffering, whether physical or mental"* (es decir, en términos muy parecidos a la antes trascrita definición de trato inhumano), agrega que este requiere que éste haya sido con el objeto de "obtaining information or a confession, or at punishing, intimidating, humiliating or coercing the victim or a third person, or at discriminating, on any ground, against the victim or a third

---

[58] LONG, Debra, "*Aspects of the Definition of Torture In the Regional Human Rights Jurisdictions and the International Criminal Tribunals of the Former Yugoslavia and Rwanda*", en "*The Definition of Torture: Proceedings of an Expert Seminar*", Ginebra: Association for the Prevention of Torture, 2001, p. 58.

[59] TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA, caso Prosecutor c. Kunarac y otros, caso no. IT-96-23-T, 22 de febrero de 2001

person”[60]. A continuación, pronunciándose sobre si la violación puede o no constituir tortura, el tribunal concluye que ello es posible, dado que entre las hipótesis de posibles fines perseguidos a través de la tortura, se encuentra la humillación de la víctima.

De lo dicho, podemos inferir que al menos en el contexto del Tribunal para la ex-Yugoslavia, un mismo acto mediante el cual se inflige igual nivel de dolor, podrá ser calificado de tortura o trato inhumano, dependiendo de si existe tras él un fin de aquellos prohibidos, sin referencia específica a si se ha traspasado o no un determinado umbral de sufrimiento. A su vez, la Corte Interamericana ha indicado que la determinación de si un acto constituye tortura u otro trato inhumano es una cuestión compleja que debe llevar a evaluar distintos elementos, tanto endógenos como exógenos al acto mismo, que deberán ser demostrados en cada situación concreta[61]. Aunque la Corte ha establecido, siguiendo la jurisprudencia europea, que el nivel de sufrimiento es determinante a la hora de calificar la tortura, este no es necesariamente el único, y frente a actos con igual nivel de sufrimiento, puede que la opción por considerarlo como tortura u otro tipo de trato, haya que hacerla en función de los fines perseguidos por el acto mismo. Asimismo, esta evaluación deberá

---

[60] TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EXYUGOSLAVIA, caso Prosecutor c. Furundzija, Case no. IT-95-17/1-T, 10 de diciembre de 1998.

[61] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Loayza Tamayo c. Perú, Sentencia de 17 de septiembre de 1997.

hacerse en razón del contexto en que la situación se haya producido y de las normas aplicables a cada caso. Como vimos al exponer el concepto de tortura, los fines prohibidos varían bastante entre la Convención de la ONU de 1984 y la Convención Interamericana, teniendo esta última un rango mayor de "fines prohibidos" que la primera, pudiendo llegar a constituir tal fin el mero deseo de provocar dolor.

La definición de tortura es, a nuestro juicio, un concepto que necesariamente debe ser considerado vivo, particularmente atendiendo a que las definiciones existentes en los instrumentos no son del todo concluyentes, y que en algunos instrumentos que sancionan la tortura carecen de una definición de ésta. Si bien aquélla contenida en el artículo 1º de la Convención de la ONU es un marco de referencia, no es inamovible o indiscutible, pudiendo llegarse a otras, cuestión que la misma norma reconoce al determinar que "se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance"[62].

Si bien al incluir otros elementos como el teleológico, a la hora de diferenciar si un acto es tortura u otro tipo, pudiera pensarse que se restringe el

---

[62] Convención contra la Tortura y Otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984, art. 1º.

alcance de la normativa contra la tortura, creemos que no es del todo exacto. Ya antes hemos hecho mención a casos (como Irlanda c. Reino Unido) en que la sola referencia al umbral del sufrimiento producido ha llevado a concluir que actos considerados latamente como inaceptables, han quedado fuera de ser calificados de tortura, precisamente porque el umbral de sufrimiento se ha elevado considerablemente. A nuestro entender, toda interpretación del concepto de tortura debe ir encaminada a ampliar su campo de acción, protegiendo de la mejor forma los derechos y la integridad de las víctimas. Por eso la introducción del elemento teleológico puede coadyuvar a que frente a hechos que *per se* causan un sufrimiento considerable a las víctimas (como la violación) queden en la impunidad debido a que se exija a su respecto una barrera extremadamente alta de daño, que es muy difícil de cuantificar (especialmente tratándose del daño psicológico). Analizar los factores que inciden en una situación dada, y que en definitiva son los mismos que ya se encuentran contemplados por la definición del art. 1º de la Convención de 1984, puede permitir que por una parte se baje la barrera de sufrimiento requerida, y por otro no se afecte un principio básico de toda normativa penal (como es aquella que sanciona la tortura) en el sentido de que siempre debe ser la *ultima ratio* a que el sistema debe echar mano, y por tanto también se debe evitar que cualquier acto pueda ser constitutivo de tortura, incluso los más mínimos. Por ejemplo, apremios físicos y/o psicológicos aplicados a un detenido, determinadas privaciones sensoriales que en sí pueden ser considerados

aberrantes, no podrían quedar en la impunidad por no comprobarse que se trasgredió una determinada barrera de daños graves, si además se establece que esos sufrimientos fueron provocados con el claro objetivo de alcanzar uno de los fines prohibidos por la norma. En estas situaciones, tal y como concluyó el Tribunal Penal para la Ex-Yugoslavia respecto de la violación, ya el acto en sí puede ser considerado un tratamiento inhumano, y si además se concluye que fue producido con el objeto de humillar a la víctima, estaríamos entonces claramente frente a un acto de tortura, independiente del nivel de daño físico o psicológico que efectivamente la víctima haya sufrido.

4. Tortura y *jus cogens*.

Como se ha visto, la consagración de la tortura como crimen internacional se encuentra recogida en un conjunto de instrumentos internacionales, que obligan a los Estados no sólo a que tomen las medidas necesarias para evitar que ocurra, sino también a crear mecanismos efectivos a objeto de sancionar a los responsables.

Es importante determinar el valor jurídico y el grado de obligatoriedad que estas normas tienen en el ámbito internacional. Sobre este punto, quizá la declaración más esclarecedora es la que hiciera el Tribunal Penal Internacional

para la ex-Yugoslavia, en el caso Prosecutor c. Furundzija[63], donde aseveró que la normativa internacional contra la tortura tenía el carácter de *jus cogens* y que por tanto imponía obligaciones erga omnes

Como señalan MONCAYO, VINUESA Y GUTIÉRREZ POSSE, en el derecho internacional contemporáneo existen 2 tipos de normas obligatorias: normas dispositivas y normas imperativas. Las primeras constituyen la regla general en el derecho convencional, las cuales admiten acuerdo en contrario, es decir, "Los Estados que crean una norma dispositiva pueden modificarla o derogarla por medio de sus voluntades concordantes"[64].

Por su parte, las normas imperativas o de *jus cogens*, no aceptan su libre disposición por parte de los Estados: estos no pueden mediante una convención modificar lo estatuido a través de una de estas normas imperativas. Como señaló el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso Roach y Pinkerton c. Estados Unidos "El concepto de jus cogens se deriva de una 'orden superior' de normas legales establecidas en tiempos antiguos y que no pueden ser contravenidos por las leyes del hombre o de las naciones. Las normas de jus cogens han sido descritas por los publicistas como las que abarcan el 'orden público internacional.' Aquellas son 'las reglas que

---

[63] TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, caso Prosecutor c. Furundzija, Case no. IT-95-17/1-T, 10 de diciembre de 1998.

[64] MONCAYO, VINUESA Y GUTIERREZ POSSE, "*Derecho Internacional Público*", Tomo I, Buenos Aires: Zavalia Editor, 1990, p. 23

han sido aceptadas, o bien explícitamente en un tratado o tácitamente por costumbre, como necesarias para proteger el interés público de la sociedad de naciones o para mantener los niveles de moralidad pública reconocidos por ellos'."[65]

La noción moderna de *jus cogens* se encuentra en lo dispuesto por el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, la cual establece que "Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general." Además agrega, que una norma imperativa, es aquella "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"[66].

Por su parte, el artículo 64 de este mismo instrumento añade: "Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará"[67].

---

[65] COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe 3/87, Caso 9647, Roach y Pinkerton c. Estados Unidos.

[66] CONVENCIÓN DE VIENA, SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, de 23 de mayo de 1969, art. 53.

[67] CONVENCIÓN DE VIENA, SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, art. 64.

Aunque el artículo 53 de la Convención de Viena advierte que su definición de *jus cogens* tiene por objeto producir efecto en el derecho de los tratados, se ha reconocido que dada la importancia de este instrumento, al menos en lo que a esta materia se refiere se hace extensivo también a otros ámbitos en donde haya de interpretarse los alcances y el sentido de una norma que se pretenda reconocer como de *jus cogens*.

AGUILAR CAVALLO[68] ha señalado que para determinar cuándo se está en presencia de una norma de *jus cogens*, no es necesaria su proclamación (o sea una declaración reconociéndola expresamente como tal), o que concurra la aceptación formal de ella por parte de los Estados. El carácter de *jus cogens* no lo otorga un mero acto convencional, ni mucho menos una declaración unilateral, sino que el elemento decisivo para identificarlo es el reconocimiento de la imperatividad de la misma por el conjunto de la comunidad internacional, es decir, por la *opinio iuris cogentis*.[69] En atención a ello quien habrá en definitiva de establecer cuáles normas son de *jus cogens*, será el juez, que podrá servirse para llegar a su resolución tanto de la opinión de la doctrina, la práctica de los Estados, el Derecho convencional, etc.

---

[68] AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. "El reconocimiento jurisprudencial de la tortura y de la desaparición forzada de personas como normas imperativas de derecho internacional público". Ius et Praxis, 2006, vol.12, no.1, p.117-154.

[69] AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. "El reconocimiento jurisprudencial de la tortura y de la desaparición forzada de personas como normas imperativas de derecho internacional público", cit.

Como vemos, la especificación de las normas que tienen la naturaleza jurídica de *jus cogens*, no es un tema sencillo ni que en todos los casos pueda establecerse muy en abstracto. Así por ejemplo, un tratado podrá contener tanto normas imperativas como dispositivas, y será a través de la labor interpretativa que se llegará a separar aguas entre ambas, a objeto de determinar el rango de obligatoriedad que sus distintas disposiciones puede tener. En la doctrina existe cierto consenso en torno a considerar que al menos en términos generales, las normas fundamentales sobre Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, poseen este carácter (aunque no por ello todo lo contenido en un tratado sobre esta materia será necesariamente de *jus cogens*)[70].

Respecto de las normas que proscriben la tortura, existe acuerdo en cuanto a que ellas poseen la calidad de normas imperativas e inderogables por los Estados, y por tanto jus cogens[71]. Así por ejemplo se desprende de lo establecido por el artículo 4 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el cual dispone ciertas circunstancias excepcionales, que habilitan a los Estados a derogar algunas de las estipulaciones contenidas en el tratado, siempre y cuando se haga limitado a las necesidades específicas de la

---

[70] GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, "*El Jus Cogens Internacional. Estudio Histórico Crítico*", México: Universidad Autónoma de México, 2003, pp. 166 y ss.

[71] AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. "El reconocimiento jurisprudencial de la tortura y de la desaparición forzada de personas como normas imperativas de derecho internacional público", cit.

situación de emergencia. No obstante, esta misma disposición establece que existen derechos comprendidos en el Pacto, que ni aún en casos excepcionales pueden ser afectados, siendo uno de ellos los comprendidos en su artículo 7, es decir, el derecho a no sufrir tortura o penas o tratos crueles inhumanos y degradantes. En este caso las normas que proscriben la tortura, no pueden ser afectadas por los Estados ni aún en situaciones excepcionales de emergencia.

Tanto la Convención contra la Tortura, como el Estatuto de la Corte Penal Internacional, reconocen que sus disposiciones no afectan otras normas internacionales que pudieren contener regímenes de protección más amplios respecto de este delito. Esto por el carácter de *jus cogens* que dichas normas tienen, por lo que ni la Convención ni el Estatuto de Roma podrían alterar su calidad por tratarse de instrumentos meramente convencionales, los que no pueden modificaro derogar normas imperativas de derecho internacional (aunque nada impide que por la vía convencional se establezcan protecciones más amplias que las existentes).

Jean Pierre MATUS ha señalado que al ser la tortura un crimen contra la humanidad, se encuentra sometida a las reglas del derecho internacional público, y por tanto, su concepto y particularidades no están limitados por las regulaciones de los derechos internos de cada Estado. Es más, ni siquiera la Convención Contra la Tortura y otros tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes se ha planteado un propósito semejante al establecer las obligaciones de

punición y los principios de perseguibilidad que, según se señala en el párrafo final de su Preámbulo, permitan "hacer más eficaz la lucha contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en todo el mundo", están referidos a medidas de derecho interno y no internacional. Las modificaciones al derecho interno que impone iimpone la Convención no pueden a su vez, modificar unilateralmente el derecho internacional. Matus agrega: “Tampoco el Estatuto de Roma puede, en su carácter convencional, alterar el *ius cogens* sobre la calificación de *crimen contra la humanidad* de las torturas, dado que en su propio articulado, al definir los delitos sujetos a su competencia, se dispone que ‘nada de lo dispuesto en la presente parte se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe de alguna manera las normas existentes o en desarrollo del derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto’ (Art. 10)”.[72]

La jurisprudencia ha reconocido reiteradamente la naturaleza jurídica de *jus cogens* a las normas que prohíben la tortura. Así por ejemplo, lo ha hecho el Tribunal Internacional para la Ex-Yugoslavia, que en su resolución sobre el caso Furundzija, sostuvo que la prohibición de la tortura se ha convertido en uno de los principios básicos de la comunidad internacional alcanzando la

---

[72] MATUS A., Jean Pierre. “*El Informe Valech y la tortura masiva y sistemática como crimen contra la humanidad cometido en Chile durante el régimen militar. Su enjuiciamiento desde la perspectiva del derecho penal internacional: Apuntes a propósito de la obra del Prof. Dr. Kai Ambos, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2 ed., Duncker und Humblot, Berlín 2004, 1058 páginas*”. Ius et Praxis, 2005, vol.11, no.1, p.173-219.

categoría de *jus cogens* lo que le confiere un rango jerárquico superior no pudiendo ser derogada por tratados o costumbres internacionales.[73]

En igual sentido se pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos al pronunciarse sobre el caso Tibi c. Ecuador, en donde aseveró que "existe un régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura, tanto física como psicológica, régimen que pertenece hoy día al dominio del ius cogens. La prohibición de la tortura es completa e inderogable, aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas"[74].

Una postura similar ha sostenido la Corte Europea de Derechos Humanos, que en el caso Al-Adsani c. Reino Unido, mantuvo una opinión parecida a la del Tribunal para la Ex-Yugoslavia en el caso Furundzija, ubicando a las normas sobre la tortura en el más alto rango jerárquico del contexto

---

[73] TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EXYUGOSLAVIA, caso Prosecutor c. Furundzija, Case no. IT-95-17/1-T, 10 de diciembre de 1998.

[74] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Tibi c. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004.

internacional, por encima incluso de las disposiciones convencionales y de las normas consuetudinarias.[75]

La opinión mayoritaria, apoyada tanto por los instrumentos internacionales, como por la doctrina y la jurisprudencia, se inclina en torno a conceder a la normativa contra la tortura el carácter de normas imperativas de Derecho Internacional, es decir, de *jus cogens*. Esto se traduce en que ellas no se encuentran comprendidas dentro de las facultades de disposición de los Estados, no pudiendo ser limitadas o derogadas. Como veremos, pese a esta imperatividad de las normas contra la tortura, existen casos en que los países, recurriendo a interpretaciones de dudosa corrección jurídica, o apelando a circunstancias excepcionales, pretenden hacer caso omiso a las prohibiciones de tortura, o morigerar sus efectos, o redefinir su significado a objeto de evitar que sus connacionales puedan ser perseguidos por este delito. Eso es lo que ocurriría, por ejemplo, en el caso de la moderna "guerra contra el terrorismo" impulsada por Estados Unidos desde los atentados del 11 de septiembre de 2001, cuando se intenta atenuar los efectos de la imperatividad de las normas contra la tortura, y se recurre a cuestionables interpretaciones para que los funcionarios que participan en esta "guerra" no puedan ser sometidos a proceso por el trato que dan a los presuntos responsables de participar en actividades

---

[75] CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, caso Al Adsani c. Gran Bretaña (Application no.33763/97), sentencia de 21 de noviembre de 2001.

terroristas o de tener alguna vinculación con organizaciones terroristas, particularmente Al Qaeda.

5. TORTURA Y "GUERRA CONTRA EL TERRORISMO"ANTECEDENTES

Cuando el 9 de noviembre de 1989 caía el Muro de Berlín, muchos pensaron que se abría una nueva era, en donde se impondrían sin contrapesos las ideas de las democracias occidentales, basadas en el sistema de libertades, y que Estados Unidos sería un paradigma[76]. Esto pareció reafirmarse cuando en 1991, una coalición de la ONU liderada por Estados Unidos, intervino militarmente en el Medio Oriente, ante la agresión sufrida por el emirato de Kuwait proveniente del régimen del dictador iraquí Saddam Hussein. Posteriormente, Estados Unidos tendría una nueva oportunidad de demostrar su influencia y su poderío en el corazón mismo de la Europa oriental, al intervenir en los conflictos producidos entre las naciones desmembradas de la ex-Yugoslavia, ocasión en que lo hizo de mano de la OTAN, y con el beneplácito de la ONU.

Desaparecida la Unión Soviética, y el bloque que encabezaba, se desvaneció la única fuerza capaz de competir con la hegemonía

---

[76] Sobre el particular, ver por ejemplo: FUKUYAMA, Francis, "*El Fin de la Historia y el Último Hombre*", Buenos Aires: Editorial Planeta, 1994; y HUNTINGTON, Samuel, "*El Choque de Civilizaciones y la Reconfiguración del Orden Mundial*", Barcelona: Paidós, 1997.

norteamericana, y que podía representar un peligro real para su seguridad nacional. Asimismo, las posibilidades de intervención de Estados Unidos fuera de sus fronteras, y en defensa de sus intereses, también se ampliaron notoriamente, lo que queda de manifiesto con los dos conflictos citados anteriormente: la Guerra del Golfo, y el conflicto en la Ex-Yugoslavia.

Cuando el poderío y la hegemonía de Estados Unidos parecía algo incontrarrestable y fuera de toda discusión, un hecho que habría provenido del Medio Oriente, y de la mano de un individuo otrora aliado norteamericano en su cruzada contra el comunismo, habría de poner en entredicho esta situación.

El 11 de septiembre de 2001, miembros del grupo extremista islámico Al-Qaeda, en una acción que burló los dispositivos de seguridad existentes para el tráfico aéreo en el país más poderoso del mundo, lograron controlar cuatro aviones comerciales, los cuales utilizaron como armas para atacar importantes símbolos del sistema estadounidense: Dos de ellos, impactaron contra las Torres Gemelas, en el *World Trade Center* (Nueva York), destruyéndolas por completo; uno logró impactar contra el Pentágono, en Washington DC, provocándole serios daños; y sólo el cuarto, que iba destinado al Congreso, no fue capaz de alcanzar su objetivo, gracias a la acción no de las fuerzas de seguridad, sino de los mismos pasajeros, quienes se enfrentaron a los secuestradores, provocando que el avión se estrellara contra un campo abierto en Shanksville, Pensilvania.

19 hombres de origen árabe, educados y provenientes de familias acomodadas[77], premunidos de armas blancas, pusieron en jaque el sistema de seguridad estadounidense, con el fin entre otros, de destruir un símbolo de su poderío económico (las Torres Gemelas), dañar gravemente el símbolo de su poderío militar (el Pentágono), y poner en peligro el símbolo de su sistema político (el Congreso).

Según el Informe de la *National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States*[78] (también conocida como Comisión 11/S), basado en una investigación llevada adelante por el FBI, el cerebro tras los atentados del 11 de septiembre sería Osama Bin Laden, un multimillonario de origen saudí, fundador de la organización extremista islámica Al Qaeda.

Al momento de los atentados, Osama Bin Laden se encontraba amparado por el Gobierno de Afganistán, dominado entonces por el Talibán, movimiento de tendencia integrista islámico. Estados Unidos dirigió inmediatamente su reacción en contra de dicho país, exigiendo la inmediata entrega de Osama Bin Laden. Como el Gobierno de Kabul se negara a aceptar las exigencias norteamericanas, Estados Unidos, con el apoyo de la ONU y de gran parte de la comunidad internacional, inició el 7 de octubre de 2001 una

---

[77] ELCLARIN.COM, “Terroristas suicidas de clase media y alto grado de instrucción”, http://www.clarin.com/diario/2001/09/16/i-01215.htm

[78] NATIONAL COMMISSION ON TERRORIST ATTACKS UPON THE UNITED STATES, "9/11 Commission Report", 2004, http://www.9-11commission.gov/report/index.htm

operación denominada “*Libertad Duradera*”, cuyo objetivo era lograr la captura de Osama Bin Laden, y derrocar al régimen talibán, acusado de amparar actividades terroristas.

Si bien militarmente la Operación *Libertad Duradera* tuvo éxito, por cuanto la coalición internacional pudo ocupar Afganistán, y el 13 de noviembre de 2001, las tropas hacían ingreso a Kabul, no ocurrió lo mismo con el objetivo de capturar a Osama Bin Laden.

Atendiendo a lo infructuoso de todas las gestiones emprendidas para detener al líder de Al Qaeda, y presunto responsable intelectual de los atentados del 11/S, se puede asumir que el Gobierno norteamericano se dirigió hacia un nuevo potencial enemigo para la seguridad norteamericana, el régimen iraquí de Saddam Hussein, a quien se sindicaba como culpable de mantener relaciones con Al Qaeda y también de poseer armas de destrucción masiva y pretender usarlas contra occidente. La existencia de tales armasno logró ser probada.

Si bien Estados Unidos intentó por todos los medios obtener el apoyo de la ONU para esta nueva campaña (llegando a presentar incluso pruebas que con posterioridad se demostró que eran falsas), ello no fue posible. Emprendió una guerra contra Irak con el apoyo de una coalición internacional que él encabezaba, y donde sus principales aliados eran España y Gran Bretaña.

La invasión de Iraq comenzó mediante bombardeos el 20 de marzo de 2003. Como en la anterior guerra de Afganistán, el triunfo para los aliados fue también relativamente fácil, por cuanto Iraq no presentó la resistencia que preliminarmente se esperaba. El Presidente George W. Bush declaró la victoria de la coalición que encabezaba el 1º de mayo del mismo año, es decir, alrededor de 1 mes y medio después de iniciado la intervención.

Producto de ambas guerras, se detuvo a gran cantidad de personas sospechosas de haber participado en las hostilidades bélicas y/o de pertenecer o tener vinculación con la red terrorista de Al Qaeda. Ellos fueron internados en distintos centros de reclusión, de los cuales el tristemente célebre centro de Abu Gharib, en Iraq.

La cárcel de Abu Gharib se puso en el foco de la atención mundial particularmente cuando en abril de 2004, el programa de televisión de la cadena estadounidense CBS: "*60 Minutes II*", puso al aire una edición con una serie de hechos ocurridos en ella, sobre abusos y humillación contra los prisioneros a manos de las fuerzas de ocupación[79]. Quizá lo más impactante de este reportaje (que no narraba hechos totalmente nuevos, o desconocidos para la opinión pública, ya que Amnistía Internacional y la Cruz Roja anteriormente habían llamado la atención sobre las condiciones de detención y los derechos

---

[79] CBS NEWS, 60 MINUTES, "*Abuse Of Iraqi POWs By GIs Probed*", http://www.cbsnews.com/stories/2004/04/27/60II/main614063.shtml

de los prisioneros de Abu Gharib) estaba en las imágenes donde se mostraba con crudeza a soldados de la coalición sometiendo a vejámenes a los presos. Con posterioridad, *The New Yorker* publicó una serie de artículos escritos por el periodista *Seymour M. Hersh*, en donde reafirmaba los datos entregados por *60 Minutes II.*[80] La difusión mundial de las imágenes de Abu Gharib, hizo salir a la luz pública un informe encargado por el Ejército norteamericano, y elaborado por el Mayor General Antonio Taguba, el cual originalmente se había mantenido en secreto. En éste se daba cuenta de una serie de hechos calificados por Taguba como "malos tratos sádicos, flagrantes e injustificadamente criminales infligidos a diversos detenidos"; agregando que: "El maltrato sistemático e ilegal de los detenidos fue perpetrado intencionadamente por varios miembros de las fuerzas de guardia de la policía militar".[81]

Entre los distintos comportamientos que el informe describe, se encuentran:

a. Puñetazos, bofetadas y patadas a los detenidos; haciéndoles saltar sobre los pies descalzos;

---

[80] HERSH, Seymour M., *"Abu Gharib*", artículo aparecido en "The Guardian", el 23 de mayo de 2005. Disponible en: http://www.zmag.org/content/showarticle.cfm?SectionID=15&ItemID=7926

[81] US ARMY, "*Article 15-6 of the 800th Military Police Brigade, [prepared by Maj. Gen. Antonio M. Taguba]*". Disponible en: http://en.wikisource.org/wiki/US_Army_15-6_Report_of_Abuse_of_Prisoners_in_Iraq

b. Grabación en vídeo y fotografías de reclusos desnudos, hombres y mujeres;

c. Obligar por la fuerza a varios detenidos a adoptar posturas sexualmente explícitas para fotografiarles;

d. Obligar a los detenidos a despojarse de sus ropas, manteniéndolos desnudos durante varios días seguidos;

e. Obligar a prisioneros varones desnudos a vestir ropa interior de mujer;

f. Obligar a grupos de prisioneros varones a masturbarse mientras les sacaban fotos y les grababan en vídeo;

g. Colocar a prisioneros varones desnudos en un montón y saltar sobre ellos;

h. Situar a un prisionero desnudo en una Caja MRE, con un saco de arena en la cabeza y sujetando cables en sus dedos de las manos y los pies y el pene para simular una tortura eléctrica;

i. Escribir “Soy un Biolador” (sic) en la pierna de un prisionero del que se afirmaba que había violado a otro prisionero de 15 años, y después retratarlo desnudo.

j. Colocar una cadena o correa de perro alrededor del cuello de un detenido y hacer que un soldado posase para la fotografía.

k. Un guardia de la policía militar teniendo relaciones sexuales con una prisionera;

l. Utilizar perros de trabajo del ejército (sin bozal) para intimidar y aterrorizar a los prisioneros y, por lo menos en una ocasión, morder y herir gravemente a un detenido;

m. Tomar fotografías de detenidos iraquíes muertos.[82]

Además, el informe agregó que los prisioneros que habían sufrido este tipo de vejámenes habían sido intencionalmente ocultados de los inspectores de la Cruz Roja Internacional, a fin de evitar que pudieran denunciar estos hechos.

En su informe el Mayor General Taguba llegó a la conclusión de que no existían pruebas suficientes para sostener que estos hechos fueran parte de una política sistemática que promoviera los abusos. No obstante, estudios realizados por organismos independientes, referidos a otros centros de detención, sostuvieron que aunque los malos tratos a los prisioneros podían no ser parte de una política específica del Gobierno norteamericano, sí han sido

---

[82] US ARMY, "*Article 15-6 of the 800th Military Police Brigade, [prepared by Maj. Gen. Antonio M. Taguba]*", cit., p. 16-17.

una práctica bastante generalizada, en el marco de la guerra contra el terrorismo.

Por ejemplo, en su informe de 2004, *Human Rights Watch* señalaba que en el enclave que Estados Unidos mantiene en la Bahía de Guantánamo, Cuba, existían más de 700 personas detenidas que originalmente habían sido confinadas en jaulas improvisadas y luego en celdas en edificios prefabricados. Entre aquéllas, se hallaban incluso niños de entre 13 y 15 años, recluidos en instalaciones separadas, y jóvenes de 16 y 17 años mezclados con los prisioneros adultos.[83] Este organismo además denunciaba la prohibición que existía tanto para familiares como para observadores internacionales de entrevistarse con los presos. Sólo la Cruz Roja había sido admitida a verlos, pero las políticas de confidencialidad con que funcionaba este organismo impedían dar a conocer detalles de la situación real que se vivía en Guantánamo, aunque en octubre de 2004 declaró que había constatado "un deterioro preocupante en la salud mental de un gran número" de detenidos, donde 32 de ellos habían intentado suicidarse.[84]

Por su parte, un Informe de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, dado a conocer en febrero de 2006, sostuvo que varios prisioneros en la

---

[83] PARKER, Alison y FELLNER, Jamie "*Por Encima de la Ley: El Poder Ejecutivo después del 11 de septiembre en Estados Unidos*". Disponible en: http://hrw.org/spanish/inf_anual/2004/poder.html

[84] PARKER, Alison y FELLNER, Jamie "*Por Encima de la Ley: El Poder Ejecutivo después del 11 de septiembre en Estados Unidos*", cit.

Bahía de Guantánamo habían sido sometidos a tratos y técnicas de interrogatorio que podían ser considerados tortura, de acuerdo a la definición de la Convención. Además, aquéllos que se encontraban en huelga de hambre, habían sido obligados a alimentarse de manera brutal, introduciéndoles tubos por las fosas nasales, lo que les habría provocado dolor, sangrado y vómitos.[85]

Ante los antecedentes recabados en su investigación, los expertos de la ONU sostuvieron que dada las condiciones de los detenidos, el hecho de que en la mayoría de los casos se estaban violando los más mínimos principios procesales (como el derecho a defensa, o el ser llevado cuanto antes ante una Corte para que se decida sobre su caso), y que existían trasgresiones claras al Derecho Internacional Humanitario, era necesario instar para que el Gobierno norteamericano cerrara la cárcel de Guantánamo. En igual sentido se pronunció el Parlamento Europeo en su resolución de 16 de febrero de 2006, en cuyo texto se expresa claramente que este organismo: "Pide al Gobierno de los Estados Unidos que proceda al cierre del centro de detención de la Bahía de Guantánamo e insiste en que todos los prisioneros deben recibir un trato conforme a la legislación humanitaria internacional y ser juzgados en el plazo más breve posible tras una vista justa y pública a cargo de un tribunal competente, independiente e imparcial"; además agrega que: "la lucha contra el terrorismo, que es una de las prioridades de la Unión y un aspecto fundamental

---

[85] BBCMUNDO.COM, "*Guantánamo: ONU Denuncia Tortura*", en: http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/international/newsid_4710000/4710614.stm

de su acción exterior, sólo puede llevarse a cabo con éxito si se respetan plenamente los derechos humanos y civiles”[86].

En junio de 2006, el Parlamento Europeo reiteró su petición a Estados Unidos de cerrar cuanto antes Guantánamo. Esta vez fue mucho más explícito en sus exigencias que en la anterior resolución de febrero. Así por ejemplo, “Pide a las autoridades de los Estados Unidos que apliquen las recomendaciones del Comité de las Naciones Unidas contra la tortura y que velen porque no se recurra a «técnicas especiales de interrogatorio», como métodos que implican la humillación sexual, el llamado «submarino» (water-boarding), en que se hace creer al prisionero que se está ahogando, el encadenamiento al suelo con cadenas cortas que obligan a posturas humillantes (*short shackling*) y el uso de perros para crear miedo, que constituyen torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”; asimismo “Considera que la mejora de las condiciones de detención no soluciona el verdadero problema, es decir, que la verdadera preocupación es la violación del Estado de Derecho, del Derecho internacional y de las normas internacionales en materia de derechos humanos”. Además solicita que las autoridades “aseguren que todas las acusaciones de tortura y otros malos tratos contra

---

[86] PARLAMENTO AUROPEO, “*Resolución del Parlamento Europeo sobre Guantánamo*”, de 16 de febrero de 2006, en: http://www.derechos.org/nizkor/excep/gtmoesp.html

personal de los Estados Unidos sean objeto de una investigación civil rápida, profunda y creíble y que sean juzgados"[87]

En su Resolución, el Parlamento Europeo hizo referencia a la contradicción entre el constante referirse a la cruzada contra el terrorismo como una "guerra" por parte del Gobierno norteamericano, y negarse a respetar las normas de las Convenciones de Ginebra en el tratamiento a los detenidos.. Asimismo, aseguró que pese a las particularidades de la lucha contra el terrorismo, era necesario respetar el Derecho internacional, por cuanto aquélla "no puede librarse a expensas de los valores fundamentales comunes establecidos y compartidos, tales como el respeto de los derechos humanos y del Estado de Derecho"[88].

Los constantes informes, resoluciones, declaraciones y críticas dirigidas a la forma en que Estados Unidos ha llevado adelante su "guerra contra el terror", si bien no llevan a concluir necesariamente la existencia de una política estatal específica destinada a violar los derechos de los detenidos, como se expresa en el informe de 2004 del Mayor General Antonio Taguba, sí pueden llevar a inferir que no se trata sólo de situaciones y hechos aislados donde sólo

---

[87] PARLAMENTO AUROPEO, "*Resolución del Parlamento Europeo sobre los Detenidos en Guantánamo*", de 7 de junio de 2006, en: http://www.derechos.org/nizkor/excep/gtmoesp1.html

[88] PARLAMENTO AUROPEO, "*Resolución del Parlamento Europeo sobre los Detenidos en Guantánamo*", de 7 de junio de 2006, cit.

se rompe la cadena de mando, sino que sería parte de una situación mucho más general y extendida, y por tanto preocupante.

Esta conclusión se ve refrendada si los hechos descritos se cruzan con lo que han sido las medidas legales adoptadas y/o impulsadas por la administración Bush, en las que continuamente se hacen declaraciones en torno a la necesidad de evitar el mal trato a los detenidos y el respeto a la legislación internacional, pero en la práctica distan mucho de orientarse y materializarse claramente en este sentido. Esto se hace patente por ejemplo, al analizar los memoranda emanados del *Office of Legal Councel*, particularmente el de 2002, en donde existió un claro intento por redefinir el concepto de tortura dentro de la legislación norteamericana, y restringirlo de forma que permitiera comportamientos que podrían haber caído dentro de la definición de este delito según el derecho internacional, y al cual se ha referido el capítulo anterior. Otras medidas, como la llamada Enmienda MacCain de 2005, o la resolución de la Corte Suprema de 2006 (creo que es de 2004 en adelante)[89] que declaró ilegales los juicios llevados adelante por tribunales militares especiales (que han conocido los casos de los prisioneros de Guantánamo), si bien pueden parecer un avance a favor del pleno imperio del Derecho, al menos en el trato a

[89] En junio de 2004, la Corte Suprema de Estados Unidos resolvió que los tribunales de este país tenían jurisdicción para considerar las demandas sobre la ilegalidad de la detención de extranjeros relacionados con hostilidades, detenidos en el exterior, y que estaban encarcelados en Guantánamo. Hhtp://supremejustice.com

los presuntos terroristas, han sido opacadas por otras disposiciones, que parecieran dirigirse en sentido contrario.

6. Estados Unidos: Tortura y "Guerra contra el Terrorismo"

6.1. Memorando del Office of Legal Counsel de agosto de 2002

El 1 de Agosto de 2002, el *Office of Legal Counsel* del Departamento de Justicia de Estados Unidos —organismo que asesora al gobierno federal en temas legales de relevancia—, emitió un memorándum dirigido a Alberto R. González, entonces Consejero de Estado, y hasta el 17 de septiembre de 2007, Fiscal General (*Attorney General*) de los Estados Unidos. En dicho documento —originalmente secreto, y sólo dado a conocer a la opinión pública en el 2004—, se pronunciaba sobre un requerimiento proveniente de la Casa Blanca, en el que se le solicitaba revisar desde el punto de vista legal los alcances de los estándares de conducción de interrogatorios en el marco de lo dispuesto en el Titulo 18, sección 2340-2340A del *Unites States Code*, y a la luz de la normativa emanada de la Convención Internacional contra la Tortura de la ONU de 1984, de la cual Estados Unidos es signatario.

La llamada *Guerra contra el Terrorismo* impulsada principalmente por Estados Unidos, ha llevado a que ese país adopte ciertas medidas que bajo otras circunstancias habrían sido consideradas inaceptables en un sistema democrático. Si bien para el Gobierno norteamericano, pareciera existir certeza

en que los mecanismos empleados para llevar adelante esta cruzada, han sido correctos —o por lo menos necesarios en virtud del contexto—, ha existido cierta preocupación por parte de algunos organismos, particularmente la CIA y el Pentágono, en cuanto a los límites que se deben manejar a la hora de recabar en los detenidos información que resulte útil para su trabajo, a objeto de evitar que sus miembros pudieran ser posteriormente perseguidos por haber trasgredido la normativa vigente. Así por ejemplo, el requerimiento que la Casa Blanca hizo en 2002 al *Office of Legal Counsel,* nació a instancia de una consulta dirigida por la CIA al Gobierno a fin de que éste la instruyera respecto de cuáles técnicas de interrogatorio eran o no permitidas para ser aplicadas en personas sospechosas de ser miembros de Al Qaeda, o de tener información relevante respecto de dicha organización, detenidas fuera de las fronteras norteamericanas con posterioridad al 11 de septiembre de 2001. Respondiendo a la misma inquietud, el equipo legal del Pentágono hizo uso del razonamiento expuesto, mediante un informe evacuado en 2003, en que fija sus propias líneas de acción respecto de los detenidos en la prisión militar de Guantánamo.

En su memorándum, el *Office of Legal Counsel* llegó a la conclusión de que la tortura, tal y como se sanciona en las secciones 2340 y 2340 A del *Unites States Code*, no cubre cualquier medida represiva aplicada sobre los detenidos sino solo actos extremos. A su juicio, para que haya tortura la norma exige la presencia de un “dolor severo” infligido a la víctima, generalmente de la clase que difícilmente ésta pueda soportar. Cuando el dolor es físico, debe ser

de una intensidad similar a aquel que acompaña lesiones físicas serias, como la muerte o fallas orgánicas. Por su parte, el dolor mental severo requeriría de sufrimiento no solo al momento de infligirlo sino también la existencia de un daño psicológico duradero, como el que se ve en desordenes mentales, como el stress postraumático. Adicionalmente, el dolor mental severo sólo puede surgir de los supuestos enumerados en la sección 2340. Siguiendo esta lógica, y dado que para ser constitutivos de tortura, en su opinión, los actos deberían ser extremos, hay una gama amplia de otros comportamientos que, si bien constituyen tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, no logran elevarse al nivel de tortura.[90]

En el documento además se agrega, que bajo las actuales circunstancias de guerra contra Al Qaeda y sus aliados, la aplicación de la sección 2340 a los interrogatorios realizados en cumplimiento de los poderes del Presidente como Comandante en Jefe sería inconstitucional. Finalmente, incluso si un método de interrogación pudiera violar la sección 2340A, la necesidad o la defensa propia podrían proporcionar una justificación que eliminara toda responsabilidad criminal para quien llegara a cometer estos hechos.[91]

---

[90] US DEPARTMENT OF JUSTICE, Office of Legal Counsel, "*Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C*". Memorando para Alberto R. Gonzales, Counsel to the President, 1º de agosto de 2002.

[91] US DEPARTMENT OF JUSTICE, Office of Legal Counsel, "*Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C*". cit.

La interpretación sobre la legislación nacional e internacional referida a la persecución de la tortura hecha por el *Office of Legal Counsel,* se encuentra reñida en variados aspectos, o al menos no suficientemente acorde con lo que ha sido el desarrollo moderno contra este tipo de prácticas, ni con la evolución encaminada al manejo de un concepto cada vez más amplio de tortura, y que abarca un conjunto mayor de comportamientos prohibidos, cuestión que ha sido denunciada por variados organismos internacionales.

6.1.1. Los argumentos jurídicos del *Office of Legal Counsel*

— ***Interpretación de las secciones 2340 y 2340A del Título 18 del US Code***

La primera parte del Memorándum de 2002 del *Office of Legal Counsel* analiza las secciones 2340 y 2340A del US Code, a efectos de determinar el significado dado por la legislación interna norteamericana a la palabra tortura y de este modo establecer qué actos la constituyen a la luz del texto en comento. En este, se da especial énfasis al análisis de ciertas palabras claves dentro del concepto, por cuanto estas ayudan a diferenciar actos que si bien pueden constituir tratos calificados como crueles, inhumanos y degradantes, no llegarían a caer dentro del concepto de tortura manejado por el *corpus* legal estadounidense, por cuanto no cumplen con los requisitos, ya sea de intencionalidad o intensidad, que la norma exigiría.

La sección 2340, en su numeral primero define la tortura como: "*an act committed by a person acting under the color of law specifically intended to inflict severe physical or mental pain or suffering (other than pain or suffering incidental to lawful sanctions) upon another person within his custody or physical control.*"[92] Por su parte, la sección 2340A establece la tortura como una ofensa criminal al señalar que: "*Whoever outside the United States commits or attempts to commit torture shall be fined under this title or imprisoned not more than 20 years, or both, and if death results to any person from conduct prohibited by this subsection, shall be punished by death or imprisoned for any term of years or for life*."[93]

A juicio del *Office of Legal Counsel*, de la antedicha definición se desprenden los siguientes requisitos para que un acto sea considerado tortura y como tal penado por los tribunales norteamericanos:

1. Los actos de tortura deben realizarse fuera de Estados Unidos;
2. El acusado debe actuar bajo el imperio de la ley;
3. La victima se debe encontrar bajo la custodia o control físico del

---

[92] U.S.C., Titulo 18, Parte I. Capitulo 113C, Seccion 2340(1). "Acto cometido por una persona actuando bajo el imperio de la ley con la intención especifica de infligir un dolor o sufrimiento mental o físico severo (distinto al dolor o sufrimimiento incidental a sanciones legales) a otra persona que se halla bajo su custodia y control físico."

[93] U.S.C., Titulo 18, Parte I, Capitulo 113C, Seccion 2340A. "Cualquier persona fuera de los Estados Unidos que cometa o atente cometer tortura deberá ser multado bajo este titulo o encarcelado por no mas de 20 años, o ambos, y si, derivado de la conducta prohibida por esta subsección, resultare la muerte de cualquier persona, deberá ser castigado con la pena de muerte o encarcelado por una determinada cantidad de años o de por vida."

acusado;

4. El acusado debe tener la intención especifica de causar sufrimiento o dolor mental o físico severo; y

5. El acto debe infligir dolor o sufrimiento mental o físico severo.[94]

Dado que la consulta dirigida por la Casa Blanca, que dio origen al memorando de 2002 del *Office of Legal Counsel*, requería específicamente un pronunciamiento respecto de los requisitos 4 y 5 antes señalados, dicho organismo sólo se extendió sobre ellos en su informe.

a) La intención especifica de causar sufrimiento o dolor mental o físico severo

A juicio del *Office of Legal Counsel*, para que se viole la sección 2340 A, es menester que el dolor y sufrimiento severo sea infligido con la "intención específica" de causarlo. De este modo, para que un acusado pudiera ser penado bajo esta disposición, se requiere que haya tenido la voluntad positiva de lograr el acto prohibido, con el objetivo expreso de violar la ley, conforme jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos a que el memorando hace referencia[95].

---

[94] US Department of Justice, Office of Legal Counsel, "*Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C*", cit.

[95] "In order for a defendant to have acted with specific intent, he must expressly intend to achieve the forbidden act. See United States v. Carter, 530 U.S. 255, 269 (2000); Black's Law Dictionary at 814 (7th ed. 1999) (defining specific intent as "[t]he intent to

En opinión de este organismo, para configurar la tortura no sería suficiente la presencia de una mera “intención general” (entendiendo ésta como una forma de imprudencia o negligencia), sino otra norma que permitiera inferir que el acusado tenía conocimiento de que el acto material o la conducta podían constituir crimen (*actus reus*)[96]. Por tanto, si el acusado actúa sabiendo que de sus actos podrían producirse en víctima de un dolor y sufrimiento severo, pero no más que eso, este obraría con una intención general, no penada como tortura por la ley estadounidense, incluso en caso de que no haya actuado de buena fe.

Aún más, en el documento se señala que una defensa podría excluir el elemento de la intención especifica, probando que el individuo actuó de buena fe, es decir, creyendo que su conducta no produciría el resultado prohibido por la ley, incluso si tal creencia pudiese ser considerada no razonable. No obstante, también se advierte que mientras menos razonables sean las

---

accomplish the precise criminal act that one is later charged with”). For example, in Ratzlaf v. United States, 510 U.S. 135, 141 (1994), the statute at issue was construed to require that the defendant act with the “specific intent to commit the crime.” (Internal quotation marks and citation omitted). As a result, the defendant had to act with the express “purpose to disobey the law” in order for the mens rea element to be satisfied. Ibid (internal quotation marks and citation omitted)." US Department of Justice, Office of Legal Counsel, “*Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C*”, cit.

[96] "If the statute had required only general intent, it would be sufficient to establish guilt by showing that the defendant “possessed knowledge with respect to the actus reus of the crime.” Carter, 530 U.S. at 268. If the defendant acted knowing that severe pain or suffering was reasonably likely to result from his actions, but no more, he would have acted only with general intent. See id. at 269; Black’s Law Dictionary 813 (7th ed. 1999) (explaining that general intent “usu[ally] takes the form of recklessness (involving actual awareness of a risk and the culpable taking of that risk) or negligence (involving blameworthy inadvertence)”)." US Department of Justice, Office of Legal Counsel, “*Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C*”, cit.

impresiones en que el individuo ha basado su actuar, más difícil será que este sea absuelto por un tribunal norteamericano.[97] Dolor o sufrimiento severo

Para el Departamento de Estado norteamericano la frase clave a objeto de delimitar la definición de tortura, es aquella que señala que un acto la constituye cuando causa “dolor o sufrimiento físico o mental severo”. Según esto un dolor o sufrimiento, por si, no es constitutivo de tortura, sino que este debe ser “severo”, es decir, debe poseer una intensidad calificada.

Para los efectos de interpretar el significado de la palabra “severo”, y atendido que la sección 2340 no da una definición de ella, al elaborar su informe el organismo se basó, en primer lugar, en una interpretación literal del término, es decir, recurrió a su sentido ordinario y natural[98]. En virtud de ello, concluyó que el adjetivo “severo” conlleva que el dolor o sufrimiento debe ser de tan alto nivel e intensidad que para el sujeto sea difícil de soportar.[99]

---

[97] "As the Supreme Court noted in Cheek, “the more unreasonable the asserted beliefs or misunderstandings are, the more likely the jury ... will find that the Government has carried its burden of proving” intent." Página 5 del Memorando para Alberto R. Gonzales, Counsel to the President, elaborado por Office of Legal Counsel, Departamento de Justicia de los Estados Unidos, relativo a “Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C., seccions 2340-2340A.

[98] "In examining the meaning of a statute, its text must be the starting point. See INS v. Phinpathya, 464 U.S. 183, 189 (1984) (“This Court has noted on numerous occasions that in all cases involving statutory construction, our starting point must be the language employed by Congress, ... and we assume that the legislative purpose is expressed by the ordinary meaning of the words used.”) (internal quotations and citations omitted)." "The statute does not, however, define the term “severe.” “In the absence of such a definition, we construe a statutory term in accordance with its ordinary or natural meaning.” FDIC v. Meyer, 510 U.S. 471, 476 (1994)." US Department of Justice, Office of Legal Counsel, “*Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C*”, cit., p. 5.

[99] "The dictionary defines “severe” as “[u]nsparing in exaction, punishment, or censure” or “[I]nflicting discomfort or pain hard to endure; sharp; afflictive; distressing; violent;

Asimismo, para complementar su análisis y a fin de esclarecer el significado de la frase “dolor severo”, se recurrió además a otros pasajes del *US Code* en el cual se hace uso de ella (como el titulo 8, s. 136; y el titulo 42 s. 1395w-22; s.1395x, s. 1395dd, s. 1396b, s. 1396u-2). De acuerdo con estas, la frase “dolor severo” se emplearía en el *US Code* a objeto de caracterizar ciertas condiciones médicas de emergencia, que se manifiestan por síntomas agudos de una intensidad tal (incluyendo dolor severo) que una persona lega prudente, que posee un conocimiento estándar de salud y medicina, pueda razonablemente esperar que la ausencia de atención medica inmediata resultaría en: (i) un serio peligro para la salud del individuo (ii) serio impedimento de funciones corporales, o (iii) seria disfunción de cualquier órgano o parte del cuerpo.[100].

El documento hace notar que si bien estas normas tratan de una materia sustancialmente distinta (obtención de ciertos beneficios de salud atendiendo a la gravedad de la emergencia médica), concluye que ellas no dejan de ser útiles al momento de establecer qué constituye “dolor físico severo”. Como expusimos, en ellas se lo trata como indicativo de enfermedades que posiblemente resulten en un daño físico permanente y serio

---

extreme; as severe pain, anguish, torture.” Webster’s New International Dictionary 2295 (2d ed. 1935); see American Heritage Dictionary of the English Language 1653 (3d ed. 1992) (“extremely violent or grievous: severe pain”) (emphasis in original); IX The Oxford English Dictionary 572 (1978) (“Of pain, suffering, loss, or the like: Grievous, extreme” and “of circumstances ... hard to sustain or endure”)."US Department of Justice, Office of Legal Counsel, “*Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C*”, cit., p. 5.

[100] U.S.C. Titulo 42, section 1395w-22(d)(3)(B)

ante la ausencia de tratamiento medico inmediato. Tal daño debe llegar al nivel de producir la muerte, la falla de algún órgano, o el impedimento permanente de alguna función física significativa. Concluyendo en definitiva, que el dolor severo, tal como se usa en la sección 2340, debe llegar a un nivel similar para efectos de constituir tortura.

b) "Dolor o Sufrimiento Mental Severo"

Respecto del "Dolor o sufrimiento *mental* severo" el memorándum del *Office of Legal Counsel* (sección 2340 del Titulo 18 del US Code) es mucho más claro en cuanto a su delimitación, que respecto del sufrimiento físico. Así, la norma define al "dolor o sufrimiento mental severo" como:

> *"the prolonged mental harm caused by or resulting from—*
>
> *(A) the intentional infliction or threatened infliction of severe physical pain or suffering;*
>
> *(B) the administration or application, or threatened administration or application, of mind-altering substances or other procedures calculated to disrupt profoundly the senses or the personality;*
>
> *(C) the threat of imminent death; or*
>
> *(D) the threat that another person will imminently be subjected to death, severe physical pain or suffering, or the administration or*

application of mind-altering substances or other procedures calculated to disrupt profoundly the senses or personality."[101]

Por tanto para probar "dolor o sufrimiento mental severo" se requiere pruebas de un "daño mental prolongado" y que este fue "causado por o como resultado de uno de los actos anteriormente enumerados."[102]

c) Daño Mental Prolongado.

En este caso, el *Office of Legal Counsel* efectúa una interpretación literal de las palabras, señalando que "prolongar"[103] agrega una dimensión temporal al daño que se hace al individuo, es decir, el daño debe ser de aquellos que perduren por un período de tiempo, aunque este no sea permanente. A modo de ejemplo, se hace notar que la tensión mental experimentada por un individuo durante un interrogatorio largo e intenso —como el que podría llevar a cabo la policía local o estatal sobre un sospechoso de un crimen— no violaría la

---

[101] 18 U.S.C. s. 2340(2). "dolor o sufrimiento severo" significa el daño mental prolongado causado por o como resultado de:

(a) Infligir intencionalmente o amenazar infligir dolor o sufrimiento físico intenso;

(b) La administración o aplicación, o la amenaza de administrar o aplicar, sustancias que alteran la mente u otros procedimientos calculados para perturbar profundamente los sentidos o la personalidad;

(c) La amenaza de una muerte inminente; o

(d) La amenaza de que otra persona esté inminentemente sujeta a muerte, dolor o sufrimiento físico severo, o a la administración o aplicación de sustancias que alteren la mente u otros procedimientos calculados que trastornen profundamente los sentidos o la personalidad.18 U.S.C. s. 2340(2)

[102] US Department of Justice, Office of Legal Counsel, "*Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C*", cit.

[103] "To prolong is to "lengthen in time" or to "extend the duration of, to draw out." Webster's Third New International Dictionary 1815 (1988); Webster's New International Dictionary 1980 (2d ed. 1935)." US Department of Justice, Office of Legal Counsel, "*Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C*", cit., p. 7.

sección 2340. Por otro lado, el desarrollo de un desorden mental, como un síndrome postraumático, que puede durar meses incluso años, podría satisfacer el requisito de daño prolongado[104].

El organismo agrega que no basta que el daño sea prolongado, sino que además debe ser causado *por* o como *resultado de* algunos de los actos enumerados en la sección 2340(2) A-D.

Por otra parte, tomando como base los requisitos antes descritos, para los efectos de configurar el elemento subjetivo del delito, el *Office of Legal Counsel* concluyó que la tortura, dentro del significado dado por la norma, requiere de una intención específica de provocar un daño mental prolongado mediante alguno de los actos enumerados. Y que dicha voluntad positiva podría excluirse en los casos en que se demostrare que el acusado había actuado de buena fe, por ejemplo, sin la intención de amenazar a la víctima con una muerte inminente a objeto de provocarle un daño mental prolongado, cuestión que podría demostrarse en base a las providencias que el acusado pudiere tomar antes de llevar a cabo sus actos, y que lo condujeran al convencimiento de que

---

[104] "...the development of a mental disorder such as posttraumatic stress disorder, which can last months or even years, or even chronic depression, which also can last for a considerable period of time if untreated, might satisfy the prolonged harm requirement. See American Psychiatric Association, Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders 426, 439-45 (4th ed. 1994) ("DSM-IV") {LCCN: 94006304}. See also Craig Haney & Mona Lynch, Regulating Prisons of the Future: A Psychological Analysis of Supermax and Solitary Confinement, 23 N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change 477, 509 (1997) (noting that posttraumatic stress disorder is frequently found in torture victims); cf. Sana Loue, Immigration Law and Health § 10:46 (2001) (recommending evaluating for post-traumatic stress disorder immigrant-client who has experienced torture)." Department of Justice, Office of Legal Counsel, "*Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C*", cit., p. 7

de estos no iba a derivarse para la víctima un daño sicológico del tipo antes descrito: como haber consultado literatura profesional, haber consultado con expertos, o haber revisado evidencia obtenida de experiencias pasadas.

d) Daño causado por o como resultado de los actos enunciados en la sección 2340 (2).

La sección 2340(2) del *US Code* dispuso que había tortura en cuatro categorías básicas de supuestos que indica, enumeración que a juicio del *Office of Legal Counsel* tendría el carácter de restrictiva.

El primero de estos supuestos lo constituye: “el infligir intencionalmente o la amenaza de infligir dolor o sufrimiento físico severo”. Respecto de éste, el memorando señala que esta subsección se refiere a provocar dolor o sufrimiento físico severo cuando es *el medio* para provocar daño mental prolongado. Se hace este alcance por cuanto, como vimos, el estatuto ya establece que el infligir dolor o sufrimiento físico severo equivale a tortura *per se*.

Adicionalmente, la amenaza, implícita o explícita, de infligir tal dolor también es un supuesto contemplado en la norma. A objeto de determinar cuál es el carácter que debe revestir esta amenaza para encuadrarse dentro de la situación contemplada por el literal A) de la sección 2340(2), el *Office of Legal Counsel* ha señalado que ella lo será en los casos en que una persona razonable, bajo similares circunstancias, pudiera pensar que la amenaza de

padecer dolor o sufrimiento severo es posible de cumplirse, tal y como en materia criminal han sostenido reiteradamente los tribunales norteamericanos[105].

La segunda situación contemplada por la sección 2340(2) se refiere al daño mental prolongado, producido a causa de: “la administración o aplicación o la amenaza de administración o aplicación, de alguna sustancia que altere la mente u otros procedimientos calculados para trastornar profundamente los sentidos o la personalidad”.

Dado que la norma no da una definición de qué debe entenderse por *una sustancia que altere la mente*, concepto que tampoco se encuentra en otra secciones del estatuto o en algún diccionario, el *Office of Legal Counsel* sostiene que ello debe naturalmente interpretarse como referido al uso de drogas[106].

---

[105] "In criminal law, courts generally determine whether an individual’s words or actions constitute a threat by examining whether a reasonable person in the same circumstances would conclude that a threat had been made. See, e.g., Watts v. United States, 394 U.S. 705, 708 (1969) (holding that whether a statement constituted a threat against the president’s life had to be determined in light of all the surrounding circumstances); Sachdev, 279 F.3d at 29 (“a reasonable person in defendant’s position would perceive there to be a threat, explicit, or implicit, of physical injury”); United States v. Khorrami, 895 F.2d 1186, 1190 (7th Cir. 1990) (to establish that a threat was made, the statement must be made “in a context or under such circumstances wherein a reasonable person would foresee that the statement would be interpreted by those to whom the maker communicates a statement as a serious expression of an intention to inflict bodily harm upon [another individual]”) (citation and internal quotation marks omitted); United States v. Peterson, 483 F.2d 1222, 1230 (D.C. Cir. 1973) (perception of threat of imminent harm necessary to establish self-defense had to be “objectively reasonable in light of the surrounding circumstances”). Department of Justice, Office of Legal Counsel, “*Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C*”, cit., p. 9

[106] "The phrase “mind-altering substances” is found nowhere else in the U.S. Code nor is it found in dictionaries. It is, however, a commonly used synonym for drugs. See,

Ahora bien, el memorando de 2002 no excluye el uso de droga, sino sólo prohíbe el uso de aquellas que "trastornen profundamente los sentidos o la personalidad". Sobre este punto, el *Office of Legal Counsel* hace notar que si se lee el supuesto podría argumentarse que esta frase se aplica solamente para "otros Procedimientos", y no para la aplicación de sustancias que alteren la mente. No obstante rechaza dicha interpretación ya que a su juicio los términos de esta sección expresamente indican que tal frase calificativa aplica a ambos, tanto a "otros procedimientos" como a "sustancias que alteran la mente."[107]

El memorando concluye que para que las drogas u otros procedimientos lleguen a "trastornar profundamente los sentidos o la personalidad", estos deben producir un efecto extremo. Y al requerir que estos sean "calculados"

---

e.g.United States v. Kingsley, 241 F.3d 828, 834 (6th Cir.) (referring to controlled substances as "mind-altering substance[s]") cert. denied, 122 S.Ct. 137 (2001); Hogue v. Johnson, 131 F.3d 466, 501 (5th Cir. 1997) (referring to drugs and alcohol as "mind-altering substance[s]"), cert. denied, 523 U.S. 1014 (1998). In addition, the phrase appears in a number of state statutes, and the context {p.10} in which it appears confirms this understanding of the phrase. See, e.g., Cal. Penal Code § 3500(c) (West Supp. 2000) ("Psychotropic drugs also include mind-altering ... drugs. ..."); Minn. Stat Ann. § 260B201(b) (West Supp. 2002) ("'chemical dependency treatment'" define as programs designed to "reduc[e] the risk of the use of alcohol, drugs, or other mind-altering substances"). Department of Justice, Office of Legal Counsel, "*Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C*", cit. pp. 9-10

[107] As an adjective, "other" indicates that the term or phrase it modifies is the remainder of several things. See Webster's Third New International Dictionary 1598 (1986) (defining "other" as "the one that remains of two or more") Webster's Ninth New Collegiate Dictionary 835 (1985) (defining "other" as "being the one (as of two or more) remaining or not included"). Or put another way, "other" signals that the words to which it attaches are of the same kind, type, or class as the more specific item previously listed. Moreover, where statutes couple words or phrases together, it "denotes an intention that they should be understood in the same general sense." Norman Singer, 2A Sutherland on Statutory Construction § 47:16 (6th ed. 2000); see also Beecham v. United States, 511 U.S. 368, 371 (1994) ("That several items in a list share an attribute counsels in favor of interpreting the other items as possessing that attribute as well."). Department of Justice, Office of Legal Counsel, "*Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C*", cit., p. 10.

para producir tal efecto, la norma requiere que el acusado haya diseñado conscientemente estos actos para producir tal efecto. Sin embargo, el mero trastorno de los sentidos o de la personalidad por si solo es insuficiente para caer dentro del alcance del tipo dispuesto por la norma, sino que además se requiere que dicho trastorno sea profundo. Es decir, para que los actos constituyan tortura con ellos, se debe penetrar el centro mismo de la habilidad del individuo de percibir el mundo que le rodea, interferir sustancialmente con sus habilidades cognitivas, o alterar profundamente su personalidad[108].

El tercer supuesto en la lista enumerada por la sección 2340(2) lo constituye el amenazar a un prisionero con una "muerte inminente". Sobre el particular, el *Office of Legal Counsel* hace hincapié en que del texto se desprende que una amenaza de muerte por sí sola es insuficiente para constituir tortura; la amenaza debe indicar que la muerte es "inminente". Sobre este punto, afirma que en derecho comparado se define la inminencia requiriendo que la amenaza sea *inmediatamente próxima*. En contraste,

---

[108] "The word "profound" has a number of meanings, all of which convey a significant depth. Webster's New International Dictionary 1977 (2d ed. 1935) defines profound as: "Of very great depth; extending far below the surface or top; unfathomable[;] ... [c]oming from, reaching to, or situated at a depth or more than ordinary depth; not superficial; deep-seated; chiefly with reference to the body; as a profound sigh, wound, or pain[;] ... [c]haracterized by intensity, as of feeling or quality; deeply felt or realized; as, profound respect, fear, or melancholy; hence, encompassing; {p.11} thoroughgoing; complete; as, profound sleep, silence, or ignorance." See Webster's Third New International Dictionary 1812 (1986) ("having very great depth: extending far below the surface ... not superficial"). Random House Webster's Unabridged Dictionary 1545 (2d ed. 1999) also defines profound as "originating in or penetrating to the depths of one's being" or "pervasive or intense; thorough; complete" or "extending, situated, or originating far down, or far beneath the surface." Department of Justice, Office of Legal Counsel, "*Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C*", cit., pp. 9-10

amenazas que se refieran vagamente a cosas que puedan suceder en el futuro no satisfacen el requisito de la inminencia[109], y ello no porque sea muy remota en el tiempo, sino porque falta certeza de que ocurrirá. El documento agrega que, tal y como ocurre con el supuesto de amenazas del 2340(2)(A) la valoración de estas habrá de hacerse desde la perspectiva de un hombre razonable ante las mismas circunstancias.

Como cuarto supuesto, se considera la amenaza de realizar cualquiera de los actos anteriormente descritos, o efectivamente cometer tales actos contra una tercera persona. Sobre este punto. A juicio del *Office of Legal Counsel* el estatuto no requiere que exista una relación entre el prisionero y la tercera persona.

— ***Interpretación de la Convención contra la Tortura de la ONU***

Como se expresa en el Memorando de 2002, la inserción en las secciones 2340 y 2340A de la normativa destinada a penalizar la tortura, tuvo como objetivo dar cumplimiento a las obligaciones adquiridas al momento de suscribir las Convención contra la Tortura de 1984. A juicio del *Office of Legal Counsel*, la definición que del tipo penal "tortura" hacen las secciones 2340-

---

[109] "Common law cases and legislation generally define imminence as requiring that the threat be almost immediately forthcoming. 1 Wayne R. LaFave & Austin W. Scott, Jr, Substantive Criminal Law § 5.7, at 655 (1986). By contrast, threats referring vaguely to things that might happen in the future do not satisfy this immediacy requirement. See United States v. Fiore, 178 F.3d 917, 923 (7th Cir. 1999)." Department of Justice, Office of Legal Counsel, "*Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C*", cit.p 12.

2340A se encuentra conforme con la del artículo 1º de la Convención, al que habría seguido como modelo, toda vez que si bien esta última hace una enumeración de propósitos a la luz de los cuales se deben analizar los comportamientos sospechosos de constituir tortura, dicha enumeración según el *Office of Legal Counsel,* es meramente ilustrativa, y en ningún caso pretendió restringir el concepto sólo a esas situaciones.

El memorando pone énfasis en que al igual que en la sección 2340, la Convención establece que el dolor y sufrimiento debe ser severo para constituir tortura, reforzando así su interpretación de la sección 2340 en cuanto a que la tortura debe ser siempre un acto *extremo*. Por otro lado, también pone énfasis en que la Convención contra la Tortura distingue la tortura de los tratos o penas crueles inhumanas o degradantes, atendido a que en su artículo 16 se establece que los Estados partes se comprometerán a prevenir otros tratos crueles, inhumanos o degradantes que no equivalgan a tortura. Este artículo, como se interpreta por el *Office of Legal Counsel*, se refiere a una categoría de actos que no deben ser perpetrados y que los Estados deben prevenir, pero que no están obligados a criminalizar, quedando la tortura entre los actos no permisibles. De este modo, lo dispuesto por la Convención sería conforme con lo establecido por la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1975, en cuyo articulo 1.2 se establece “La tortura constituye una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumano o degradante.”

Sobre este punto, es importante hacer notar que la redacción en español del artículo 16 de la Convención difiere de su redacción en inglés, en cuanto en la primera se establece "Todo Estado Parte se comprometerá a prohibir..." mientras que la redacción en ingles señala "*Each State Party shall undertake to prevent…*" Si hacemos una traducción literal de la versión en inglés esta diría que cada Estado se comprometerá a "prevenir". Es por esta razón que la interpretación hecha en el informe señala que la Convención no obliga a las partes a establecer sanciones criminales para los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, sino solamente para la tortura, sustentado así su interpretación de que solo los actos extremos equivalen a tortura. Es decir, dado que la Convención dispondría que la obligación que recae sobre los Estados es la de únicamente *prevenir* que se cometan a su interior comportamientos constitutivos de trato o pena cruel, inhumano y degradante (sin especificar la forma para hacerlo) se encuentran exentos de la obligación de tipificar este tipo de comportamientos como delito (como sí ocurre respecto de la tortura, en donde la norma del artículo 1 de la Convención claramente dispone que: "*Each State Party shall take effective legislative, administrative, judicial or other measures to prevent acts of torture in any territory under its jurisdiction*") sólo deben desplegar todos los esfuerzos para prevenir que ellos lleguen a producirse, sin que necesariamente ello se traduzca en la adopción de una disposición que tipifique los tratos o penas crueles, inhumanos y degradante como delito. Esta última obligación recae sólo sobre los comportamientos

constitutivos de tortura y no sobre otro tipo de tratos. Como se asevera en el informe: "*CAT thus establishes a category of acts that are not to be committed and that states must endeavor to prevent, but that states need not criminalize, leaving those acts without the stigma of criminal penalties. CAT reserves criminal penalties and the stigma attached to those penalties for torture alone. In so doing, CAT makes clear that torture is at the farthest end of impermissible actions, and that it is distinct and separate from de lower level of 'cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment'.*" [110]

De acuerdo a lo anterior, en opinión de este organismo, la distinción entre tortura y otros tratos queda claramente establecida en la Convención, siendo la tortura el acto más extremo, y por tanto el único sobre el que existe la obligación de criminalizar, sin que ocurra lo mismo respecto de otros tratos, que también se deben evitar, pero no necesariamente se deben criminalizar tipificándolos como tales.

En el informe del *Office of Legal Counsel* se hace hincapié en el hecho de que en su opinión, la interpretación de la Convención contra la Tortura y de la sección 2340, en cuanto a considerar torturas sólo actos de naturaleza extrema, es acorde con la historia de la adopción de ese tratado y su incorporación dentro de la legislación norteamericana. Así, se hace mención a

---

[110] Department of Justice, Office of Legal Counsel, "*Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C*", cit., p 15.

una recomendación enviada al Congreso por la administración Reagan al iniciar los trámites para la ratificación de la Convención, en la que se expresaba que: "*an act must be a deliberate and calculated act of an extremely cruel and inhuman nature, specifically intended to inflict excruciating and agonizing physical or mental pain or suffering.*"[111]

Asimismo, el Gobierno señaló que la definición de tortura contenida en la Convención, se encontraba conforme con la línea seguida por los Estados Unidos e internacionalmente, donde la tortura se identificada con prácticas extremas deliberadas e inusualmente crueles. Por ejemplo, golpizas sistemáticas y sostenidas, aplicación de corriente eléctrica en partes sensibles del cuerpo y el amarrar o colgar en posiciones que causen dolor extremo[112]. La interpretación del Gobierno de Reagan, de que la tortura solo comprendía actos extremos, marcó una distinción entre la tortura y otros tratos crueles inhumanos o degradantes[113] Dada la naturaleza extrema de la tortura, se

---

[111] Department of Justice, Office of Legal Counsel, "*Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C*", cit., p 16.

[112] "The Reagan administration also determined that CAT's definition of torture fell in line with "United States and international usage, [where it] is usually reserved for extreme deliberate and unusually cruel practices, for example, sustained systematic beatings, application, of electric currents to sensitive parts of the body and tying up or hanging in positions that cause extreme pain. S. Exec. Rep. No. 101-30, at {p.17} 14 (1990) {August 30 1990}" Department of Justice, Office of Legal Counsel, "*Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C*", cit., p 16.

[113] "Based on this distinction, the administration concluded that "Torture' is thus to be distinguished from lesser forms of cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment, which are to be deplored and prevented, but are not so universally and categorically condemned as to warrant the severe legal consequences that the Convention provides in case of torture." S. Treaty Doc. 100-20, at 3 {May 23 1988}

concluyó que "*rough treatment as generally falls into the category of 'police brutality,' while deplorable, does not amount to 'torture.'*"

Según el memorando, la administración Reagan estaba preocupada de la vaguedad de la frase "tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes", la cual carecía de un significado universalmente aceptado. Expresó la inquietud de que a partir de esta frase se pudiera condenar actos no prohibidos por la Constitución de EE.UU.; por ello agregó el siguiente alcance: "*The United States understands the term, 'cruel, inhuman or degrading treatment or punishment,' as used in Article 16 of the Convention, to mean the cruel, unusual, and inhumane treatment or punishment prohibited by the Fifth, Eighth and/or Fourteenth Amendments to the Constitution of the United States.*"[114]:

De acuerdo a lo anterior, el trato o pena debe elevarse al nivel de acciones que las Cortes de EE.UU. hayan declarado en violación de la Constitución para que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Aquello que no llegue a tener este nivel, no puede considerarse tortura bajo la sección 2340.

El Senado norteamericano aprobó la Convención contra la Tortura, durante la administración de George H.W. Bush, y mantuvo el sentido general de lo expresado por la administración Reagan. Así, para asegurarse que el

---

[114] Department of Justice, Office of Legal Counsel, "*Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C*", cit., p 17.

alcance de la Convención estuviera bien delimitado, el Gobierno de Bush emitió un documento en el que se hacía la siguiente precisión:

"*The United States understands that, in order to constitute torture, an act must be specifically intended to inflict severe physical or mental pain or suffering and that mental pain or suffering refers to prolonged mental pain caused by or resulting from (1) the intentional infliction or threatened infliction of severe physical pain or suffering; (2) administration or application, or threatened administration or application, of mind altering substances or other procedures calculated to disrupt profoundly the senses or the personality; (3) the threat of imminent death; or (4) the threat that another parson will imminently be subjected to death, severe physical pain or suffering, or the administration or application of mind-altering substances or other procedures calculated to disrupt profoundly the senses or personality.*"[115]

Esta precisión tuvo dos finalidades. Primero, asegurar que el término "intencionalmente" fuera entendido como un requisito de intención especifica. Segundo, agregar forma y sustancia al concepto de dolor o sufrimiento mental, para asegurar que la severidad de la tortura fuera evaluada en el contexto de la tortura física.

---

[115] Department of Justice, Office of Legal Counsel, "*Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C*", cit., p 18.

El Senado ratificó la Convención contra la Tortura con estos alcances. En el memorando se destaca que si bien hubo diferencias retóricas entre las distintas administraciones, en ambas se enfatizó constantemente que, para que exista tortura, se requiere de actos extraordinarios o extremos.

— ***La jurisprudencia internacional***

A fin de reafirmar sus planteamientos, y la interpretación hecha tanto de la sección 2340 del *US Code*, como de la Convención contra la Tortura, el *Office of Legal Counsel*, apela a dos casos de jurisprudencia internacional que en su opinión, avalan sus dichos: el primero es el caso Irlanda c. Reino Unido, al que nos hemos referido anteriormente y que efectivamente, hace recaer la distinción entre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, en la graduación o intensidad del castigo infligido a la víctima como base para determinar si se está en presencia de una o de otras. Al respecto, no está de más recordar las controversias que este fallo ha generado en la doctrina y en el seno de algunos organismos internacionales (como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), lo que ha traído como consecuencia una cierta variación en la línea argumentativa planteada, por lo que si bien se ha ratificado el criterio respecto de que la distinción entre tortura y otros tratos vejatorios se encontraría (entre otros) en la intensidad del dolor provocado, también se ha sostenido que hechos como los controvertidos durante el caso Irlanda c. Reino Unido de 1978, hoy en día resultarían

inaceptables y por tanto sancionables como tortura. Y ello en consideración a la evolución que ha tenido el Derecho internacional de los Derechos Humanos desde aquella época, donde el concepto de tortura tiene cada vez un carácter más amplio, englobando un mayor número de conductas que abarcan no sólo hechos de extrema crueldad en el trato de las personas, sino también otros que, aunque de menor grado en cuanto al dolor infligido, no por ello dejan de ser reprobables como tortura.

El otro caso a que apeló el *Office of Legal Counsel* para fundamentar su informe, es una decisión del Tribunal Supremo de Israel, de septiembre de 1999, presentada al Comité contra la Tortura de la ONU en 2001[116]. Dicho fallo, se pronunciaba sobre un caso promovido por el "Comité Público Contra la Tortura en Israel" contra el Estado de Israel, donde se cuestionaban los métodos de investigación utilizados por el Servicio Israelí de Seguridad General (SISG) (posteriormente llamado Agencia de Seguridad de Israel [ASI]), y particularmente por las llamadas "cinco técnicas".[117]

---

[116] ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Comité Contra la Tortura, "*Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes de Conformidad con el Artículo19 de la Convención, Israel, U.N. Doc. CAT/C/54/Add.1 (2001)"*

[117] ISRAEL SUPREME COURT, "Judgments of the Israel Supreme Court: Fighting Terrorism within the Law", disponible en: http://www.mfa.gov.il/NR/rdonlyres/599F2190-F81C-4389-B978-7A6D4598AD8F/0/terrorirm_law.pdf

Estas “cinco técnicas” eran mecanismos utilizados por el SISG que a juicio del Comité Público contra la Tortura en Israel, eran constitutivos de Tortura. Estos consistían en:

1. “*Shaking*”: sacudir o zarandear vigorosamente el torso superior del sospechoso, para atrás y adelante, repetidamente, en una manera que causa que el cuello y la cabeza se balanceen y vacilen rápidamente.
2. “*Shabach*”: una combinación de métodos donde el detenido es sentado en una silla pequeña y baja, cuyo asiento está inclinado hacia delante, hacia el piso. Una mano es amarrada por detrás del sospechoso y ubicada dentro del espacio entre el asiento de la silla y el respaldo de la misma. Su otra mano es amarrada por detrás de la silla, contra el respaldo. La cabeza del sospechoso es cubierta con un saco opaco, que le llega a los hombros. Mientras, se toca música fuerte en el cuarto.
3. “*Frog crouch*” (Posición de la rana): consiste en mantener al prisionero agachado sobre la punta de los pies (en cuclillas) de manera consecutiva y periódica, por lapsos de a lo menos cinco minutos.
4. *Tensar excesivamente las esposas*: se refiere al uso de esposas más pequeñas que las muñecas de los sospechosos.

5. *Privación de sueño*: cuando el “shabach” era utilizado durante interrogatorios intensos sin parar.

En la decisión sobre este caso, la Corte Suprema Israelí concluyó que los actos antes señalados no eran constitutivos de tortura sino sólo equivalían a tratos crueles e inhumanos. No obstante, también argumentó que en ambos casos estas conductas se encontraban prohibidas y el SISG no podía seguir utilizándolas[118].

En su informe, el *Office of Legal Counsel* remarcó que la Corte Israelí fundamentó su falló en el hecho de que las “cinco técnicas” no alcanzaban el grado de intensidad requerido para ser consideradas tortura. Sin embargo, este organismo pasó por alto un hecho importante, cual es que el Comité contra la Tortura de la ONU, en sus observaciones finales relativas al segundo informe periódico de Israel (A/53/44, párrs. 232 a 242), concluyó que los interrogatorios que aplicaban los métodos a que se hace referencia más arriba infringen los artículos 1, 2 y 16 de la Convención y por tanto debían suspenderse de inmediato[119]. Es decir, contrario a lo sostenido por la Corte de Israel, y por tanto también contrario a lo argumentado por el *Office of Legal Counsel*, el uso de

---

[118] ISRAEL SUPREME COURT, "Judgments of the Israel Supreme Court: Fighting Terrorism within the Law", cit.

[119] ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Comité Contra la Tortura, "*Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes de Conformidad con el Artículo19 de la Convención, Israel, U.N. Doc. CAT/C/54/Add.1 (2001)"*

métodos de investigación de la naturaleza de las “cinco técnicas” sí constituyen tortura (violan el artículo 1º de la Convención), y debería ser sancionado.

6.1.2. El memorando de 2002 y la justificación de la tortura

Los argumentos analizados por el *Office of Legal Counsel* en su informe, han estado enfocados fundamentalmente a reconocer que, si bien la tortura se encuentra prohibida en Estados Unidos según lo dispuesto por las secciones 2340 y 2340A del *US.Code*, se debe distinguir entre ésta y otros tratos o penas crueles e inhumanos, a objeto de determinar la posibilidad de sanción a los responsables, distinción que se hace en función del nivel de intensidad del dolor producido, y de su extensión en el tiempo tratándose de los daños mentales. Aunque el límite a que apela el organismo norteamericano resulta demasiado restrictivo respecto del concepto de tortura, lo que no estaría de acuerdo con el sentido y el espíritu de la Convención de 1984, reconocemos que él va en función de lo que ha sido la discusión internacional sobre esta materia, producto del uso de términos vagos como el de “severidad” o “gravedad” que usa el texto de la Convención, y que ha llevado a distintas interpretaciones de estos, no siempre coincidentes entre sí, como vimos en el primer capítulo de esta memoria.

A continuación el *Office of Legal Counsel* hace uso de otros argumentos además de los vistos, para fundamentar una posible exclusión de responsabilidad para las personas sospechosas de haber cometido tortura, lo

que a nuestro juicio no sólo está reñido con el espíritu de la Convención, sino que la viola flagrantemente.

— ***Los poderes del Presidente como comandante en jefe***

Según señala el memorando, la Constitución de Estados Unidos, reconoce al Presidente, en cuanto Comandante en Jefe, una amplia discrecionalidad en la conducción de la guerra, que lo habilitaría para tomar decisiones sobre la forma de dirigir los interrogatorios contra las personas sospechosas de ser enemigos del Estado norteamericano. En virtud de ello, y teniendo como antecedente variadas resoluciones de la Corte Suprema[120] de

---

[120] "We have long recognized, and the Supreme Court has established a canon of statutory construction that statutes are to be construed in a manner that avoids constitutional difficulties so long as a reasonable alternative construction is available. See, e.g., Edward J. DeBartolo Corp. v. Florida Gulf Coast Bldg. & Constr. Trades Council, 485 U.S. 568, 575 (1988) (citing NLRB v. Catholic Bishop of Chicago, 440 U.S. 490, 499-501, 504 (1979)) ("[W]here an otherwise acceptable construction of a statute would raise serious constitutional problems, [courts] will construe [a] statute to avoid such problems unless such construction is plainly contrary to the intent of Congress."). This canon of construction applies especially where an act of Congress could be read to encroach upon powers constitutionally committed to a coordinate branch of government. See, e.g., Franklin v. Massachusetts, 505 U.S. 788, 800-1 (1992) (citation omitted) ("Out of respect for the separation of powers and the unique constitutional position of the President, we find that textual silence is not enough to subject the President to the provisions of the [Administrative Procedure Act]. We would require an express statement by Congress before assuming it intended the President's performance of his statutory duties to be reviewed for abuse of discretion."); Public Citizen v. United States Dep't of Justice, 491 U.S. 440, 465-67 (1989) (construing Federal Advisory Committee Act not to apply to advice given by American Bar Association to the President on judicial nominations, to avoid potential constitutional question regarding encroachment on Presidential power to appoint judges).

In the area of foreign affairs, and war powers in particular, the avoidance canon has special force. See, e.g., Dep't of Navy v. Egan, 484 U.S. 518, 530 (1988) ("unless Congress specifically has provided otherwise, courts traditionally have been reluctant to intrude upon the authority of the Executive in military and national security affairs."); Japan Whaling Ass'n v. American Cetacean Soc'y, 478 U.S. 221, 232-33 (1986) (construing federal statutes to avoid curtailment of traditional presidential prerogatives in foreign affairs). We do not lightly assume that Congress has acted to interfere with the President's constitutionally superior position as

Estados Unidos, el *Office of Legal Counsel*, llega a la conclusión que las normas estatuidas en las sección 2340 y 2340A no pueden ser aplicadas en contra de sujetos que hayan actuado bajo las órdenes directas del Presidente, por cuanto ello implicaría un conflicto de potestades entre una norma emanada directamente de la Constitución, y otra adoptada por el Congreso. A juicio del *Office of Legal Counsel*, este último carece de autoridad bajo el artículo I para establecer los términos y condiciones bajo los cuales el Presidente pueda ejercer su autoridad como comandante en jefe para controlar las conductas de operación durante una guerra.

Es decir, según la interpretación dada por este organismo, las decisiones del Presidente norteamericano son inatacables en virtud de las secciones 2340 y 2340A, por lo que las acciones realizadas por individuos actuando en virtud de dichas decisiones, aún cuando puedan abarcar actos considerados tortura bajo el US Code, no podrían ser sancionadas. Esto se contradice con lo dispuesto por la Convención contra la tortura, la cual expresamente señala que la única "excepción" que se acepta son los sufrimientos que sean consecuencia de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a ellas. Y en este caso, claramente no estamos en ninguno de dichos supuestos si el Presidente ordenare aplicar apremios ilegítimos en contra de los prisioneros. Aún más, las

---

Chief Executive and Commander in Chief in the area of military operations. See Egan, 484 U.S. at 529 (quoting Haig v. Agee, 453 U.S. 280, 293-94 (1981)). See also Agee, 453 U.S. at 291 (deference to Executive Branch is "especially" appropriate "in the area ... of ... national security")." Department of Justice, Office of Legal Counsel, "*Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C*", cit., p 34.

normas contra la tortura son de *jus cogens*, y por tanto no pueden ser renunciadas unilateralmente por los Estados, lo que ocurriría en caso de aceptarse que el Jefe de Estado de un país pudiera tomar decisiones en contra de lo estatuido por la Convención, que ha aceptado libremente.

— ***Posibles argumentos para la defensa***

En la última parte del memorando, el *Office of Legal Counsel*, precaviendo la posibilidad de que los anteriores argumentos no fueran atendidos, y que igualmente se pretendiera llevar ante un jurado a alguno de los agentes del Estado involucrados en la "lucha contra el terrorismo", por su participación en el presunto delito de tortura, expone dos líneas de defensa para ese caso:

- La primera dice relación con la "*necesidad*", entendida como: "*Conduct that the actor believes to be necessary to avoid a harm or evil to himself or to another is justifiable, provided that*:

(a) the harm or evil sought to be avoided by such conduct is greater than that sought to be prevented by the law defining the offense charged; and

(b) neither the Code nor other law defining the offense provides exceptions or defenses dealing with the specific situation involved; and

(c) a legislative purpose to exclude the justification claimed does not otherwise plainly appear."[121]

Es decir, la "*necesidad*" se entiende como la elección de un mal menor a objeto de evitar uno mayor. En este sentido, el informe señala que aunque no existe un estatuto federal que establezca la necesidad u otra justificación como defensa a las normas criminales federales, la Corte Suprema ha reconocido esa defensa. Asimismo, se sostiene que tanto la jurisprudencia como la literatura consideran que el objetivo detrás de la necesidad es uno de política pública[122]. De ahí que algunos autores afirmen que la ley debería promover la realización de valores superiores en desmedro de otros de menor valía. Así, aplicando la defensa por necesidad, se podría por ejemplo justificar el asesinato intencional de una persona para salvar a otras dos[123].

-La otra línea de defensa que a juicio del *Office of Legal Counsel* podría utilizarse es la "*defensa propia*". Para este organismo, aunque una corte

---

[121] Department of Justice, Office of Legal Counsel, "*Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C*", cit., pp. 39-40.

[122] "According to LaFave and Scott, "the law ought to promote the achievement of higher values at the expense of lesser values, and sometimes the greater good for society will be accomplished by violating the literal language of the criminal law." LaFave & Scott, at 629." Department of Justice, Office of Legal Counsel, "*Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C*", cit., p 40.

[123] "In particular, the necessity defense can justify the intentional killing of one person to save two others because "it is better that two lives be saved and one lost than that two be lost and one saved." Id. Or, put in the language of a choice of evils, "the evil involved in violating the terms of the criminal law (... even taking another's life) may be less than that which would result from literal compliance with the law (... two lives lost)." Department of Justice, Office of Legal Counsel, "*Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C*", cit., p 40.

encontrara que una violación a la sección 2340 no se justifica por necesidad, un acusado podría alegarla, por cuanto el derecho a la auto-defensa, incluyendo el uso de fuerza mortal, está bastante enraizado en el ordenamiento jurídico, tanto para individuos como para la nación como un todo. Esta sería una defensa basada en el derecho comparado aplicable a ofensas según la ley criminal federal y el texto, la estructura o la historia de la sección 2340, no excluirían su aplicación a los cargos de tortura.

Además, la doctrina de la defensa propia permite el uso de la fuerza para prevenir daño a otra persona. Así, si una persona cree que otra, incluso un extraño, puede ser objeto de algún daño producto de un acto ilegal de parte de un tercero, este puede hacer uso de la fuerza cuando lo crea conveniente para evitar tal daño. Incluso la fuerza *mortal* es permitida, siempre que la fuerza utilizada sea proporcional, es decir, se crea que efectivamente el agresor tiene la intención de propinar un daño mortal a la víctima.[124]

En opinión del *Office of Legal Counsel*, bajo las circunstancias actuales, de guerra contra Al Qaeda, un acusado de violar la sección 2340 A podría en

---

[124] "As LaFave and Scott explain, "one is justified in using reasonable force in defense of another person, even a stranger, when he reasonably believes that the other is in immediate danger of unlawful bodily harm from his adversary and that the use of such force is necessary to avoid this danger." (Como explican LaFave y Scout, “se justifica el uso de una fuerza razonable en defensa de otra persona, incluso un extraño, cuando razonablemente se cree que el otro esta en peligro inmediato de ser objeto de daño corporal ilegal de parte de su adversario, y que el uso de esta fuerza es necesario para evitar tal peligro.”). Department of Justice, Office of Legal Counsel, “*Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C*”, cit., p 42.

ciertas circunstancias, tener motivos para alegar la defensa de otro, por cuanto la amenaza de un ataque terrorista inminente amenaza las vidas de cientos, o miles de ciudadanos.

6.2. El Memorando de diciembre de 2004

Ante las numerosas críticas generadas por el memorando de 2002, de acuerdo al cual podía entenderse que en Estados Unidos se estaba legitimando el uso de la tortura, al menos en el marco de la guerra contra el terrorismo, el *Office of Legal Counsel* adoptó un nuevo memorando el 30 de diciembre de 2004, una vez que se había hecho público el memorando de 2002.[125]

El memorando de 2004 revoca totalmente el anterior de 2002, al menos en lo que dice relación con la interpretación del concepto de tortura.

En este nuevo memorando el *Office of Legal Counsel* enfatiza que la tortura es una conducta repudiada tanto por las normas y valores estadounidenses como por la normativa internacional. Asimismo, expresa que en el memorando del 2002 se había abordado una serie de temas que iban más allá de una interpretación estatutaria, particularmente los relativos a los poderes del Presidente de los Estados Unidos como comandante en jefe de la Fuerzas Armadas y el análisis de posibles defensas a utilizar a fin de evitar

---

[125] US DEPARTMENT OF JUSTICE, Office of Legal Counsel "*Memorandum del for James B. Comey, Deputy Attorney General, December 30, 2004. RE: Legal standards applicable under 18 U.S.C sections 2340-2340A*". Disponible en: http://www.usdoj.gov/olc/18usc23402340a2.htm

responsabilidades criminales bajo la aplicación de las secciones en secciones 2340 y 2340A. Sobre el particular, indica que esos dos puntos han sido eliminados del análisis en este nuevo memorando, por considerarse innecesarios y porque el examinar los límites de tal autoridad sería inconsistente con la directiva inequívoca ordenada por el Presidente de que el personal estadounidense no se involucre en actividades que signifiquen tortura[126].

Respecto de la definición de tortura, al igual que el informe de 2002, el de 2004 también se centra en varios conceptos ("*severo*"; "*dolor o sufrimiento físico severo*"; "*dolor o sufrimiento mental severo*"; e "*intención específica*") que a juicio del *Office of Legal Counsel* son centrales para esclarecer los alcances de la penalización de la tortura según la legislación norteamericana. No obstante, en su nuevo informe, este órgano llega a conclusiones muy distintas a las precedentes. Así por ejemplo, rechaza la interpretación del 2002 en cuanto a que se podía esclarecer el sentido del uso del término severo (base de la distinción entre tortura y otros comportamientos prohibidos) en función de otras partes del US Code, por referirse a temas distintos, y que el uso que se hace

---

[126] US Department of Justice, *Office of Legal Counsel* "*Memorandum for James B. Comey, Deputy Attorney General, December 30, 2004",* cit.

respecto de las emergencias médicas es sólo para denotar un elemento indicativo, sin llegar a definirlo[127].

A juicio del memorando de 2004, si bien la norma exige que para que haya tortura se debe estar en presencia de un dolor severo, ello no puede entenderse como equivalente a un dolor “insoportable y desesperante”, por cuanto este último, en el lenguaje de uso común, involucra una intensidad mayor que el término dolor “severo”, estableciendo que no existe evidencia conocida que pueda sostener que el estándar de intensidad haya sido elevado a un nivel mayor que el que se pueda entender latamente, en su sentido natural, por dolor “severo”[128].

---

[127] “The August 2002 Memorandum also looked to the use of "severe pain" in certain other statutes, and concluded that to satisfy the definition in section 2340, pain "must be equivalent in intensity to the pain accompanying serious physical injury, such as organ failure, impairment of bodily function, or even death." Id. at 1; see also id. at 5-6, 13, 46. We do not agree with those statements. Those other statutes define an "emergency medical condition," for purposes of providing health benefits, as "a condition manifesting itself by acute symptoms of sufficient severity (including severe pain)" such that one could reasonably expect that the absence of immediate medical care might result in death, organ failure or impairment of bodily function. See, e.g., 8 U.S.C. § 1369 (2000); 42 U.S.C. § 1395w-22(d)(3)(B) (2000); id. § 1395dd(e) (2000). They do not define "severe pain" even in that very different context (rather, they use it as an indication of an "emergency medical condition"), and they do not state that death, organ failure, or impairment of bodily function cause "severe pain," but rather that "severe pain" may indicate a condition that, if untreated, could cause one of those results. We do not believe that they provide a proper guide for interpreting "severe pain" in the very different context of the prohibition against torture in sections 2340-2340A. Cf. United States v. Cleveland Indians Baseball Co., 532 U.S. 200, 213 (2001) (phrase "wages paid" has different meaning in different parts of Title 26); Robinson v. Shell Oil Co., 519 U.S. 337, 343-44 (1997) (term "employee" has different meanings in different parts of Title VII).” US Department of Justice, *Office of Legal Counsel* “*Memorandum for James B. Comey, Deputy Attorney General, December 30, 2004”*, p. 8.

[128] “Although Congress defined “torture” under sections 2340-2340A to require conduct specifically intended to cause “severe” pain or suffering, we do not believe Congress intended to reach only conduct involving “excruciating and agonizing” pain or suffering. Although there is some support for this formulation in the ratification history of the CAT, a proposed

En cuanto a la definición especifica de “dolor o sufrimiento físico severo”, el informe señala que si bien este no es definido explícitamente (como sí se hace respecto del dolor o sufrimiento mental severo), existe cierto entendimiento en lo que se podría considerar como tal. A juicio del memorando de 2004, la dificultad estaría en determinar si la intención del Congreso fue prohibir una categoría de “sufrimiento físico severo” distinta al “dolor físico severo”. Sobre el particular, se concluye que bajo ciertas circunstancias “sufrimiento físico severo” puede constituir tortura incluso sin que involucre “dolor físico severo”, lo cual se diferencia claramente del memorando de 2002, en el cual se establecía que el “sufrimiento físico severo” bajo ninguna circunstancia podía ser distinto al “dolor físico severo”, bajo la aplicación del estatuto.

Señala este documento, que si bien es difícil determinar qué se incluye dentro del concepto de “sufrimiento físico severo”, al interpretar el contexto del estatuto, especialmente la distinción que éste hace entre el “dolor o sufrimiento físico”, y el “dolor o sufrimiento mental”, se puede concluir que la categoría de

express understanding to that effect was “criticized for setting too high a threshold of pain,” S. Exec. Rep. No. 101-30 at 9, and was not adopted. We are not aware of any evidence suggesting that the standard was raised in the statute and we do not believe that it was.” US Department of Justice, *Office of Legal Counsel* “*Memorandum for James B. Comey, Deputy Attorney General, December 30, 2004”,* cit., p. 8.

“sufrimiento físico” debiera incluir algo distinto a lo contemplado bajo el término “dolor o sufrimiento mental”.[129]

Por su parte, refiriéndose al significado de la frase “dolor o sufrimiento mental severo”, el memorando de 2004 (al igual que el memorando de 2002), concluye que el daño mental prolongado debe provenir de alguno de los supuestos contenidos en la norma, estableciendo que tal enumeración es exhaustiva, para los efectos de constituir tortura. Agrega que no basta la concurrencia de uno de dichos supuestos para resolver que se está en presencia de un delito de tortura, sino que además se debe probar la intención

---

[129] "We conclude that under some circumstances "severe physical suffering" may constitute torture even if it does not involve "severe physical pain." Accordingly, to the extent that the August 2002 Memorandum suggested that "severe physical suffering" under the statute could in no circumstances be distinct from "severe physical pain," id. at 6 n.3, we do not agree.

We begin with the statutory language. The inclusion of the words "or suffering" in the phrase "severe physical pain or suffering" suggests that the statutory category of physical torture is not limited to "severe physical pain." This is especially so in light of the general principle against interpreting a statute in such a manner as to render words surplusage. See, e.g., Duncan v. Walker, 533 U.S. 167, 174 (2001).

Exactly what is included in the concept of "severe physical suffering," however, is difficult to ascertain. We interpret the phrase in a statutory context where Congress expressly distinguished "physical pain or suffering" from "mental pain or suffering." Consequently, a separate category of "physical suffering" must include something other than any type of "mental pain or suffering." Moreover, given that Congress precisely defined "mental pain or suffering" in the statute, it is unlikely to have intended to undermine that careful definition by including a broad range of mental sensations in a "physical suffering" component of "physical pain or suffering." Consequently, "physical suffering" must be limited to adverse "physical" rather than adverse "mental" sensations." US Department of Justice, *Office of Legal Counsel* “*Memorandum for James B. Comey, Deputy Attorney General, December 30, 2004”, cit.*, pp. 10-11.

específica de producir daño mental prolongado mediante algunos de los enunciados de la sección 2340(2).[130]

En cuanto a lo que se entiende por “daño mental prolongado”, como en el 2002, el *Office of Legal Counsel* concluye que para constituir tortura el daño debe tener una determinada duración temporal (extenderse en el tiempo), siguiendo el significado natural y ordinario del término. No obstante, se diferencia de aquel en cuanto hace patente el desacuerdo con la interpretación de 2002, que daba a entender que la duración del daño debiera ser de meses e incluso años (haciéndose alusión como ejemplo de daño mental prolongado al causado por el desarrollo de un desorden mental como estrés postraumático). Sobre este punto, dicho organismo no fue de opinión de estipular un plazo específico para los efectos de determinar cuando se entiende que el daño es

---

[130] "Another question is whether the requirement of "prolonged mental harm" caused by or resulting from one of the enumerated predicate acts is a separate requirement, or whether such "prolonged mental harm" is to be presumed any time one of the predicate acts occurs. Although it is possible to read the statute's reference to "the prolonged mental harm caused by or resulting from" the predicate acts as creating a statutory presumption that each of the predicate acts always causes prolonged mental harm, we do not believe that was Congress's intent.

…Given this understanding, the legislative history, and the fact that section 2340(2) defines "severe mental pain or suffering" carefully in language very similar to the understanding, we do not believe that Congress intended the definition to create a presumption that any time one of the predicate acts occurs, prolonged mental harm is deemed to result." US Department of Justice, *Office of Legal Counsel* “*Memorandum for James B. Comey, Deputy Attorney General, December 30, 2004”,* cit., pp. 13-14.

prolongado, sino que ello deberá calificarse caso a caso de acuerdo al mérito de los antecedentes.[131]

Finalmente, respecto de la “intención especifica”, el informe hace notar que este elemento se configuraría si el acusado conscientemente desea que el acto realizado inflija dolor o sufrimiento físico o mental severo. Inversamente, sólo si un individuo actuó de buena fe, y ha llevado a cabo un análisis razonable que lo lleve a concluir que su conducta no infligiría daño o sufrimiento físico o mental severo, podría resultar exculpado por no configurarse la “intención específica” exigida por la sección 2340-2340A. Además, el memorando de 2004 hace énfasis en establecer que existe una diferencia entre la intención y el motivo, por cuanto, no existe en el estatuto excepción alguna que permita la tortura bajo “buenas razones”. Por lo mismo, bajo éste, los motivos del acusado son irrelevantes al momento de determinar si actuó con la intención específica requerida.[132]

---

[131] "The phrase "prolonged mental harm" does not appear in the relevant medical literature or elsewhere in the United States Code. The August 2002 Memorandum concluded that to constitute "prolonged mental harm," there must be "significant psychological harm of significant duration, e.g., lasting for months or even years.". Although we believe that the mental harm must be of some lasting duration to be "prolonged," to the extent that that formulation was intended to suggest that the mental harm would have to last for at least "months or even years," we do not agree." US Department of Justice, *Office of Legal Counsel* “*Memorandum for James B. Comey, Deputy Attorney General, December 30, 2004”,* cit., p. 14.

[132] "Two final points on the issue of specific intent: First, specific intent must be distinguished from motive. There is no exception under the statute permitting torture to be used for a "good reason." Thus, a defendant's motive (to protect national security, for example) is not relevant to the question whether he has acted with the requisite specific intent under the statute. See Cheek v. United States, 498 U.S. 192, 200-01 (1991). Second, specific intent to take a given action can be found even if the defendant will take the action only conditionally. Cf., e.g.,

6.3. Avances y retrocesos

Aunque el nuevo informe del *Office of Legal Counsel* pudo considerarse un avance en el camino por evitar que se aplique tortura a los presuntos responsables de cometer actos terroristas o participar de alguna forma en ellos, se entendió que era insuficiente, por cuanto este tipo de indicaciones realizadas por dicho organismo, sólo cumplen la función de asesoría a la Casa Blanca, pero carecen de fuerza vinculante. Es por ello que con ocasión de discutirse la *Ley de Gastos Militares para el 2006*, el senador por el Estado de Arizona, John McCain, promovió una enmienda orientada a prohibir todo trato inhumano hacia los prisioneros sospechosos de haber cometido actos terroristas, incluidos los recluidos en la Bahía de Guantánamo. Además, que todo interrogatorio realizado a éstos debía ajustarse plenamente a lo dispuesto por el manual que poseen al efecto las Fuerzas Armadas de Estados Unidos (*US Army Field Manual on Interrogation*).

Holloway v. United States, 526 U.S. 1,11 (1999) ("[A] defendant may not negate a proscribed intent by requiring the victim to comply with a condition the defendant has no right to impose."). See also id. at 10-11 & nn. 9-12; Model Penal Code § 2.02(6). Thus, for example, the fact that a victim might have avoided being tortured by cooperating with the perpetrator would not make permissible actions otherwise constituting torture under the statute. Presumably that has frequently been the case with torture, but that fact does not make the practice of torture any less abhorrent or unlawful." US Department of Justice, *Office of Legal Counsel* "*Memorandum for James B. Comey, Deputy Attorney General, December 30, 2004",* cit., p. 17.

Aunque en un primer momento, el Presidente George W. Bush se opuso a la Enmienda McCain[133], llegando a amenazar incluso con vetarla, el amplio apoyo que ella recibió en las dos cámaras del Congreso, incluyendo también a los miembros del partido republicano, finalmente aceptó su promulgación, y fue incluida en la *Department of Defense Appropriations Act, 2006*[134].

La enmienda McCain puede ser considerada un paso importante en la lucha contra la tortura; no obstante, también fue objeto de críticas, entre las que figuran:

1. La enmienda hace referencia a que todo interrogatorio a los prisioneros debe realizarse de acuerdo a las normas establecidas en el *US Army Field Manual on Interrogation*. Sin embargo, el 14 de diciembre de 2005, The New York Times[135] denunció que dicho manual había sido reformado por primera vez en 13 años, y que si bien el nuevo texto podía ser consultado *on-line*, poseía 10 páginas referidas a las técnicas de interrogación mantenidas en secreto, entre las que se presumía habría algunas que podrían constituir tortura. Con posterioridad esta crítica ha perdido

---

[133] RADIO COOPERATIVA, "*Republicanos criticaron a Bush por oponerse a enmienda que prohíbe torturas a detenidos*", en http://www.cooperativa.cl/p4_noticias/site/artic/20051106/pags/20051106185702.html

[134] UNITED STATES, "*Department of Defense Appropriations Act, 2006", http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c109:H.R.2863:*

[135] THE NEW YORK TIMES, "*New Army Rules May Snarl Talks With McCain on Detainee Issue*", http://www.nytimes.com/2005/12/14/politics/14detain.html?_r=1&oref=slogin

fundamento, toda vez que en la versión final del Manual[136], aparecida en septiembre de 2006, se excluyó la posibilidad de mantener en reserva partes de él, y se incluyeron referencias específicas a la Convención de Ginebra sobre el trato debido a los prisioneros, lo que no contemplaban los textos preliminares.[137]

2. Otra crítica se refiere al hecho de que la *Department of Defense Appropriations Act, 2006*, además de la enmienda McCain, fue objeto de otra enmienda, la "enmienda Graham-Levin", que a juicio de organizaciones como Human Rights Watch[138], junto con impedir a prisioneros como los de Guantánamo entablar acciones judiciales para revisar las condiciones de su detención (*Habeas Corpus*)[139], autoriza de manera implícita al Departamento de Defensa para considerar como prueba la información obtenida mediante apremios ilegítimos.

3. Antes de la firma de la ley, se le habrían introducido

---

[136] UNITED STATES, "US Army Field Manual on intelligence interrogations [Human Intelligence Collector Operations]", http://www.fas.org/irp/doddir/army/fm2-22-3.pdf

[137] JURIST, "*New US Army interrogation manual mandates Geneva rules*", http://jurist.law.pitt.edu/paperchase/2006/09/new-us-army-interrogation-manual.php

[138] HUMAN RIGHTS WATCH, "*Congress Would Allow Evidence Obtained by Torture*", http://hrw.org/english/docs/2005/12/16/usdom12311.htm

[139] "Except as provided in section 1005 of the Detainee Treatment Act of 2005, no court, justice, or judge shall have jurisdiction to hear or consider (1) an application for a writ of habeas corpus filed by or on behalf of an alien detained by the Department of Defense at Guantanamo Bay, Cuba". UNITED STATES, "*Department of Defense Appropriations Act, 2006", cit.,* Sec. 1005(e)(1).

modificaciones según las cuales podría entenderse que los funcionarios de las Fuerzas Armadas y los agentes de otros organismos (v. gr. la CIA) podrían alegar que su actuación había sido en cumplimiento de una orden superior como antecedente exculpatorio en el caso de verse envueltos en situaciones de tortura.[140]

4. Finalmente, también se ha criticado que al momento de firmar la ley, el Presidente G. W. Bush, hizo una declaración en el sentido de que "La rama ejecutiva interpretará el Título X de la División A de la ley, con respecto a los detenidos, en concordancia con la autoridad constitucional del presidente de supervisar la rama ejecutiva unitaria y como comandante en jefe, y de acuerdo con

---

[140] "Protection of United States Government Personnel- In any civil action or criminal prosecution against an officer, employee, member of the Armed Forces, or other agent of the United States Government who is a United States person, arising out of the officer, employee, member of the Armed Forces, or other agent's engaging in specific operational practices, that involve detention and interrogation of aliens who the President or his designees have determined are believed to be engaged in or associated with international terrorist activity that poses a serious, continuing threat to the United States, its interests, or its allies, and that were officially authorized and determined to be lawful at the time that they were conducted, it shall be a defense that such officer, employee, member of the Armed Forces, or other agent did not know that the practices were unlawful and a person of ordinary sense and understanding would not know the practices were unlawful. Good faith reliance on advice of counsel should be an important factor, among others, to consider in assessing whether a person of ordinary sense and understanding would have known the practices to be unlawful. Nothing in this section shall be construed to limit or extinguish any defense or protection otherwise available to any person or entity from suit, civil or criminal liability, or damages, or to provide immunity from prosecution for any criminal offense by the proper authorities." UNITED STATES, "*Department of Defense Appropriations Act, 2006", cit., Sec. 1004.*

los límites constitucionales sobre el poder judicial”[141]. Es decir, a través de esta declaración se reafirmaría lo enunciado en el memorando del 2002 del *Office of Legal Counsel*, en cuanto a que estaría dentro de las prerrogativas del Presidente, en su investidura de comandante en jefe de las Fuerzas Armadas, determinar cuál es la mejor forma de llevar adelante los interrogatorios a los prisioneros, hecho que no podría ser cuestionado por el poder judicial norteamericano.

No sólo en el Congreso norteamericano se han levantado voces de preocupación y crítica a la forma en que se ha llevado adelante el tratamiento de los detenidos en el marco de las acciones contra el terrorismo. También la Corte Suprema, en un fallo de gran relevancia, puso en tela de juicio la legalidad de los procesos en contra de las personas detenidas en Guantánamo, y del procedimiento utilizado en ellos.

El 13 de noviembre de 2001, el Presidente George W. Bush, firmó una orden ejecutiva en materia militar que permitía juzgar mediante comisiones especiales a los individuos que no fueren ciudadanos norteamericanos en calidad de sospechosos de estar implicados en terrorismo internacional. Organismos como Amnistía Internacional cuestionaron esta medida por

---

[141] WATTS, Phillip, “*La ley 'contra la tortura' que legaliza la tortura*", http://www.rwor.org/a/032/ley-contra-tortura-legaliza-tortura-s.htm

considerar que ella era discriminatoria ya que sería aplicada sólo a los extranjeros, mediante un grado de justicia inferior que a los nacionales estadounidenses, con menos garantías procesales, particularmente a nivel probatorio. También se cuestionó que en virtud de esta directiva, quienes fueran procesados por estos tribunales no tendrían derecho a apelar de sus resoluciones ante tribunales superiores civiles. Asimismo, sería el Presidente o el Secretario de Defensa quien tendría la prerrogativa de decidir no sólo quién podría ser llevado ante las Comisiones, sino también de determinar la conformación de estas, elegir la junta que revisaría las declaraciones de culpabilidad y las condenas, y tomar la decisión final en cualquier caso.[142]

El 28 de junio de 2006, la Corte Suprema de Estados Unidos, conociendo de un recurso presentado por el ciudadano de Yemen, Salim Ahmed Hamdan, (acusado, entre otros, de haber recibido entrenamiento militar en campamentos de Al Qaeda y de haber actuado como escolta y conductor de Osama Bin Laden) declaró ilegales estas comisiones formadas en virtud de la directiva presidencial de 2001, por cuanto el Presidente carecía de facultades para formar este tipo de tribunales[143].

---

[142] AMNISTÍA INTERNACIONAL, "*Estados Unidos: Las Comisiones Militares, Justicia de Segunda Clase*", http://web.amnesty.org/library/Index/ESLAMR510492002?open&of=ESL-2M4

[143] SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, "Hamdan v. Rumsfeld", sentencia de 28 de junio de 2006, disponible en: http://www.supremecourtus.gov/opinions/05pdf/05-184.pdf

En su fallo, la Corte Suprema desestimó un recurso presentado por el Gobierno norteamericano, en torno a que la *Detainee Treatment Act* de 2005 (el apartado de la *Department of Defense Appropriations Act, 2006,* que contiene las normas referidas al tratamiento de los detenidos introducidas por las enmiendas McCain y Graham-Levin) le negaba a este tribunal jurisdicción para revisar la decisión dictada por la Cámara Federal de Apelaciones de Columbia que había declarado procedente lo resuelto por la Comisión Militar que había juzgado a Hamdan, y se afirmaba que las Convenciones de Ginebra no eran susceptibles de implementación judicial en Estados Unidos. En opinión de la Corte, dicha interpretación contradecía los principios ordinarios de interpretación de las leyes, por cuanto ello no se encontraba claramente establecido en la *Detainee Treatment Act* de 2005.

Asimismo, refiriéndose al fondo del asunto, la Corte argumentó que la Comisión Militar sobre la que en la oportunidad se discutía, no estaba prevista en ninguna ley estadounidense vigente al momento de la decisión. Además, las facultades y el procedimiento violaban el *Uniform Code of Military Justice* (UCMJ) y las Convenciones de Ginebra de 1949. Por tanto, era ilegal conforme al sistema jurídico estadounidense.

6.4. La Ley de Comisiones Militares de 2006

Ante la resolución de la Corte Suprema, la Casa Blanca envió al Congreso un proyecto destinado a legislar sobre la posibilidad de que los

detenidos en el marco de la “guerra contra el terror” fuesen juzgados por tribunales especiales y no por jueces ordinarios.

Luego de ser estudiado rápidamente por ambas Cámaras, el proyecto se transformó en ley el 17 de octubre de 2006, pasando a denominarse: *Military Commissions Act* (MCA) de 2006[144].

Al promulgarla, el Presidente George W. Bush declaró: “Es rara la ocasión en que un Presidente puede promulgar un proyecto de ley que sabe que salvará vidas estadounidenses. Tengo tal privilegio esta mañana.

“La Ley de Comisiones Militares del 2006 es una de las leyes más importantes en la guerra contra el terrorismo. Esta ley permitirá que la CIA continúe su programa para interrogar a líderes y agentes terroristas clave como Khalid Sheikh Mohammed, el hombre que se cree fue el cerebro de los ataques del 11 de septiembre contra nuestro país. Este programa ha sido una de las más exitosas operaciones de inteligencia en la historia de Estados Unidos. Ha ayudado a evitar ataques contra nuestro país. Y la ley que promulgaré hoy garantizará que podamos continuar utilizando esta herramienta vital para proteger al pueblo estadounidense durante muchos años. Con esta ley, Estados Unidos reafirma su propósito de ganar la guerra contra el terrorismo. La Military

---

[144] UNITED STATES, “Military *Commissions Act of 2006”,* disponible en: http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=109_cong_public_laws&docid=f:publ366.109.pdf

Commissions Act (MCA) también nos permitirá encausar a los terroristas capturados por crímenes de guerra en juicios cabales e imparciales”[145].

Desde que esta nueva legislación fue propuesta al Congreso, surgieron críticas sobre ella, por cuanto algunos organismos consideraban que a través de ésta lo que se estaba haciendo era legalizar la tortura en Estados Unidos. Así por ejemplo lo ha entendido Amnistía Internacional, quien al momento de aprobarse la ley en el Congreso declaró: “Con la aprobación de la Ley sobre Comisiones Militares, el Congreso de Estados Unidos ha dado el visto bueno a las violaciones contra los derechos humanos cometidas por Estados Unidos en la ‘guerra contra el terror’ y ha convertido la mala política del Ejecutivo en mala legislación nacional.”[146]

Entre los puntos más cuestionados de esta nueva legislación se encuentran:

— ***1. Definición poco clara de “combatiente enemigo ilegal”.***

La MCA no está destinada a ser aplicada a cualquier persona, sino sólo a aquellas que se declare como combatiente enemigo ilegal (*Unlawful Enemy combatant*).

---

[145] BUSH, GEORGE W., “*Declaración al momento de promulgar la Military Commissions Act de 2006*”, en: http://www.whitehouse.gov/news/releases/2006/10/20061017-1.es.html

[146] AMNISTÍA INTERNACIONAL "El Congreso de EEUU da el visto bueno a las violaciones de derechos humanos en la 'guerra contra el terror'", en: http://web.amnesty.org/pages/stoptorture-060930-features-esl

De acuerdo a la definición dada en la sección 948a, estos son:

"(i) a person who has engaged in hostilities or who has purposefully and materially supported hostilities against the United States or its co-belligerents who is not a lawful enemy combatant (including a person who is part of the Taliban, al Qaeda, or associated forces); or

"(ii) a person who, before, on, or after the date of the enactment of the Military Commissions Act of 2006, has been determined to be an unlawful enemy combatant by a Combatant Status Review Tribunal or another competent tribunal established under the authority of the President or the Secretary of Defense."[147]

Esta definición es considerada, por sus detractores, demasiado amplia, toda vez que el término "*unlawful enemy combatant*" fue creado por la administración Bush y no existe una definición internacional al respecto, siendo esta normativa, la primera instancia en que se le define estatutariamente.[148]

Por otro lado, también se cuestiona el hecho de que la Sección 948a considera combatiente enemigo ilegal a una persona que se haya involucrado en hostilidades o que intencionalmente y materialmente haya apoyado actos hostiles contra los Estados Unidos, lo cual que no se condice con la definición

---

[147] UNITED STATES, "Military *Commissions Act of 2006", cit. sec. 948a.*

[148] CENTER FOR CONSTITUTIONAL RIGHTS. "Military Commissions Act Of 2006". http://www.ccr-ny.org/v2/gac/learnmore/Docs/MCA%20Summary.pdf.

legal que tradicionalmente se acepta de combatiente. Según las leyes de la guerra y el derecho internacional humanitario, un individuo debe ser clasificado apropiadamente bajo las normas de la Convención de Ginebra y dársele el trato que emana de tal calificación. No obstante, en virtud de la MCA, se consideran combatientes enemigos ilegales las personas que directamente participaron de las hostilidades, los cuales, de aplicárseles la Convención de Ginebra, deberían ser considerados prisioneros de guerra o personas protegidas, lo que no ocurriría en este caso. Además, las personas que solo han apoyado las hostilidades, pero que no han participado de ellas se consideran civiles, en el derecho humanitario internacional, no pudiendo ser objeto de ataque.

Asimismo, la MCA dispone que tendrán la calidad de combatientes enemigos ilegales quienes hayan sido declarados así por un *Combatant Status Review Tribunal* (Tribunal de Revisión de Status de Combatiente – juntas administrativas que revisan las detenciones en Guantánamo) o por un tribunal competente establecido bajo la autoridad del Presidente o del Secretario de Defensa[149]. Este hecho se cuestiona, por cuanto se entiende que queda a la discrecionalidad absoluta del Presidente o del Secretario de Defensa el determinar quién posee la calidad de combatiente enemigo ilegal, por cuanto no se establece qué criterios se deben seguir para atribuir dicho status.

---

[149] UNITED STATES, "Military *Commissions Act of 2006", cit. sec. 948d.*

Finalmente, también se critica el que la definición dada por la sección 948a no está limitada a los extranjeros, a diferencia de otras disposiciones de la MCA. En consecuencia, puede ser catalogado como combatiente enemigo ilegal un ciudadano estadounidense, si bien este no estaría sujeto a ser juzgado por una comisión militar o a las prohibiciones de hacer valer su derecho de petición de *habeas corpus*[150].

— ***2. La MCA limita el acceso a revisiones judiciales para los no-ciudadanos que son mantenidos bajo la custodia de los Estados Unidos, legitimando en cierta medida las interrogaciones indefinidas y abusivas.***

La MCA apunta a eliminar cualquier revisión judicial que pueda surgir producto de una acción que venga a cuestionar los aspectos de la detención y trato otorgado a los no-ciudadanos que hayan sido catalogados como combatientes enemigos o cuya determinación se encuentre pendiente.

Así señala que:

"(e)(1) No court, justice, or judge shall have jurisdiction to hear or consider an application for a writ of habeas corpus filed by or on behalf of an alien detained by the United States who has been determined by the United

---

[150] "The definition of 'unlawful enemy combatant' is not limited to aliens (even though U.S. citizens cannot be tried by military commissions, and are not covered by the bill's habeas-stripping provisions)". MARINER, Joanne, "*The Military Commissions Act of 2006: A Short Primer*", en: http://writ.news.findlaw.com/mariner/20061009.html

States to have been properly detained as an enemy combatant or is awaiting such determination.

"(2) Except as provided in paragraphs (2) and (3) of section 1005(e) of the Detainee Treatment Act of 2005 (10 U.S.C. 801 note), no court, justice, or judge shall have jurisdiction to hear or consider any other action against the United States or its agents relating to any aspect of the detention, transfer, treatment, trial, or conditions of confinement of an alien who is or was detained by the United States and has been determined by the United States to have been properly detained as an enemy combatant or is awaiting such determination.".[151]

Según lo establecido en la disposición, se persigue excluir del conocimiento judicial, tanto las peticiones de *habeas corpus* como cualquier otra acción, que se lleve adelante *por* o *a nombre de* algún detenido extranjero calificado de combatiente enemigo ilegal o en vías de serlo.

Algunos académicos y miembros del Congreso de los Estados Unidos, entre los que se encuentra el Senador por el Estado de Pensilvania, Arlen Spencer[152], han dicho que las disposiciones relativas al *habeas corpus*

---

[151] UNITED STATES, "Military *Commissions Act of 2006", cit.*

[152] "A number of legal scholars and members of Congress, including Senate Judiciary Committee Chairman Arlen Specter (R-Pa.), have said that the habeas provision of the new law violates a clause of the Constitution that says the right to challenge detention "shall not be suspended" except in cases of "rebellion or invasion." Historically, the Constitution has been interpreted to apply equally to citizens and noncitizens under U.S. jurisdiction." DE YOUNG,

contenidas en la MCA violarían la cláusula de la Constitución de los Estados Unidos que señala que el derecho a cuestionar las detenciones no debe ser suspendido, salvo en caso excepcionales de rebelión o invasión. Esta cláusula está contenida en el artículo 1, sección 9 de la Constitución, que señala: "*The privilege of the Writ of Habeas Corpus shall not be suspended, unless when in Cases of Rebellion or Invasion the public Safety may require it.*"

Sobre este punto, cabe destacar que dado que no se permite el cuestionamiento, por la vía judicial, de las detenciones o del trato dado a estos detenidos, serían inefectivas las normas relativas a la prohibición de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes existentes, por cuanto éstas no llegarían a conocimiento de los tribunales de justicia.

— *3. Violación del principio de irretroactividad de las leyes penales*

Otra crítica referida a la constitucionalidad de la MCA dice relación con que ésta violaría la cláusula de la Constitución que prohíbe la irretroactividad de las leyes.

Según dispone el articulo 1 sección 9 de dicho cuerpo legal: "*No Bill of Attainder or ex post facto Law shall be passed.*" Un *Bill of Attainder* es un acto legislativo que declara a una persona o grupo de personas culpable de algún

---

Karen, "*Court Told It Lacks Power in Detainee Cases*", disponible en: http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2006/10/19/AR2006101901692.html?nav=rss_nation/special

crimen y los castiga, sin el beneficio de un proceso; por su parte, *ex post facto law* es una ley que retroactivamente cambia las consecuencias de actos ya cometidos o el status legal de hechos y relaciones existentes previamente a la promulgación de la norma.

Abogados de derechos humanos señalan que en virtud de la MCA algunos acusados podrían ser condenados por actos que no eran ilegales al momento de su aprehensión[153], por cuanto la MCA establece expresamente la retroactividad de sus disposiciones al disponer que:

"*This Act shall take effect on the date of the enactment of this Act and shall apply retroactively, including to any aspect of the detention, treatment, or trial of any person detained at any time since September 11, 2001, and to any*

---

[153] "The MCA states that it does not create any new crimes, but simply codifies offenses "that have traditionally been triable by military commissions." This provision is meant to convince the courts that there are no ex post facto problems with the offenses that the bill lists. In Hamdan v. Rumsfeld, however, a plurality of the Supreme Court (four justices) found that conspiracy--one of the offenses enumerated in the MCA--was not a crime triable by military commission. The bill's statement that conspiracy is a traditional war crime, does not, by legislative fiat, make it so.

"Section 950v of the MCA names and defines 28 specific crimes that are triable by military commission. Besides conspiracy, they include murder of protected persons, murder in violation of the bill of war, hostage-taking, torture, cruel or inhuman treatment, mutilation or maiming, rape, sexual abuse or assault, hijacking, terrorism, providing material support for terrorism, and spying.

"Notably, the crime of "murder by an unprivileged belligerent" is not listed, although a number of Guantanamo detainees were charged with that offense during earlier military commission proceedings, and the offense was included in the draft military commissions bill that the Administration circulated in July. Murder by an unprivileged belligerent--in other words, murder committed by someone who does not have the right under international humanitarian law to participate in hostilities--has never been a criminal offense under international law, so Congress was wise not to include it as an offense in the new bill." MARINER, Joanne, "*The Military Commissions Act of 2006: A Short Primer*"

claim or cause of action pending on or after the date of the enactment of this Act."[154]

— ***4. Se legaliza la prueba obtenida bajo tortura***

El MCA permite las interrogaciones coercitivas y la tortura, limitando su revisión judicial, y permitiendo, que en ciertas circunstancias las declaraciones obtenidas por medios represivos sean declaradas admisibles.

Como se dijo precedentemente, al no poder accederse a una revisión judicial de la detención y del trato dado durante esta, se hace prácticamente imposible denunciar que se ha sido victima, ya sea de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Aún más, la sección 948r, señala ciertos casos en que las declaraciones obtenidas mediante la coerción, y que son autoincriminantes, pueden ser declaradas admisibles por las comisiones militares.

Sobre este punto, la norma distingue aquellas declaraciones obtenidas antes de la promulgación del "*Detainee Treatment Act*" del 2005 y las obtenidas con posterioridad a su entrada en vigencia. En el primero de los casos, serán admisibles, cuando habiendo existido coerción, el juez militar, atendiendo al mérito de la totalidad de las circunstancias, concluya que la declaración es confiable y posee suficiente valor probatorio; y, cuando se determine que la

---

[154] UNITED STATES, "Military *Commissions Act of 2006", op.cit.*

justicia será mejor aplicada si se admiten las declaraciones como validas.[155] En cuanto a las declaraciones obtenidas después de la promulgación del "*Detainee Treatment Act*", estas pueden ser declaradas admisibles si se dan los supuestos mencionados anteriormente y además los métodos de interrogación utilizados para obtener tales declaraciones no llegan a constituir trato cruel, inhumano y degradante, como lo prohíbe la sección 1003 del "*Detainee Treatment Act*".

— *5. Negación de los derechos procesales mínimos a los detenidos*

El MCA autoriza comisiones militares que no cumplen con los requisitos de debido proceso mínimos reconocidos tanto por normas nacionales como extranjeras. Así por ejemplo[156]:

a) Se le niega al acusado el derecho a ser informado prontamente, al momento de su detención, de los cargos de que se le acusa, por cuanto en la sección 948q, apartado (b) se señala que el acusado será informado de los cargos tan pronto como sea factible, sin

---

[155] "A statement obtained before December 30, 2005 (the date of the enactment of the Defense Treatment Act of 2005) in which the degree of coercion is disputed may be admitted only if the military judge finds that—

"(1) the totality of the circumstances renders the statement reliable and possessing sufficient probative value; and

"(2) the interests of justice would best be served by admission of the statement into evidence." UNITED STATES, "Military *Commissions Act of 2006", cit. sec. 948r.*

[156] CENTER FOR CONSTITUCIONAL RIGHTS. "Military Commissions Act Of 2006", cit.

señalar plazo dentro del cual debe hacerse o alguna sanción por el retardo del mismo.

b) Se permite que los juicios sean secretos. Se señala que un juez militar puede cerrar todo o parte de un proceso llevado por una comisión militar al público[157], además de disponer que un juicio puede continuar en ausencia del inculpado[158].

c) Se niega al acusado el derecho a comparecer ante un tribunal imparcial e independiente, por cuanto el procedimiento para nombrar jueces militares queda a discreción del secretario de defensa.[159]

d) Se niega al acusado al acceso de toda la evidencia exculpatoria que posee el gobierno.[160]

e) Se permite la admisibilidad de evidencias obtenidas mediante el uso de la fuerza, según lo ya antes dicho.

f) Se permite la presentación de evidencia de oídas y aquella obtenida sin una orden o sin causa probable.[161]

---

[157] UNITED STATES, "Military *Commissions Act of 2006", cit. sec.* 949d (d)

[158] UNITED STATES, "Military *Commissions Act of 2006", cit. sec.* 949d (e)

[159] UNITED STATES, "Military *Commissions Act of 2006", cit. sec.* Seccion 948j.

[160] UNITED STATES, "Military *Commissions Act of 2006", cit. sec.* 949c(b)(4), 949d(f), 949j(c), 949j(d).

g) Se permite que un inculpado sea condenado por una comisión militar en base a evidencia secreta. Dado que para estos es necesario proteger cierta información, solo se suministra al inculpado aquella que se considera desclasificada.[162]

h) No se provee de un sistema independiente de revisión de condenas y fallos.[163]

— ***6. Se abre la puerta a la impunidad por crímenes de guerra***

La MCA restringe el ámbito de aplicación de la *War Crimes Act*[164], de 1996, que permite la persecución criminal por las cortes estadounidenses de crímenes de guerra cometidos dentro o fuera de Estados Unidos cuando la víctima o el imputado es un ciudadano norteamericano o es miembro de las fuerzas armadas de dicho país.

Antes de la entrada en vigencia de la MCA, la *War Crimes Act* disponía que cualquier violación al artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra podía ser perseguida bajo su jurisdicción. Sin embargo, la entrada en vigencia de la MCA vino a limitar las ofensas que podían perseguirse al alero de dicha normativa, modificando esta última a fin de criminalizar solo ciertos

---

161 UNITED STATES, "Military *Commissions Act of 2006", cit. sec.* 949a(b)(2)(A), 949a(b)(2)(B), 949a(b)(2)(E).

162 UNITED STATES, "Military *Commissions Act of 2006", cit. sec.* 949d(f), 949j(c).

163 UNITED STATES, "Military *Commissions Act of 2006", cit. sec.* 950b, 950f.

164 United States Code, Titulo 18, Seccion 2441(a).

“incumplimientos graves” del articulo 3 como serían la tortura, tratos crueles e inhumanos, la realización de experimentos biológicos, asesinato, mutilación, causar intencionalmente lesiones corporales graves, la violación, el abuso sexual y la toma de rehenes. Cualquier otra violación al artículo 3 que no sea definida como “incumplimiento grave” queda excluida de la competencia del *War Crimes Act*.

Ciertamente las limitaciones establecidas por la MCA tienen por principal objetivo eximir de responsabilidad, relativa a crímenes de guerra, a ciertos oficiales estadounidenses que hayan utilizado o hayan ordenado técnicas coercitivas de interrogación, en el marco de la guerra contra el terrorismo, toda vez que las modificaciones hechas a la *War Crimes Act* por la MCA se aplican retroactivamente a Noviembre de 1997[165].

Asimismo, la MC otorga, retroactivamente, cierta inmunidad a oficiales estadounidenses que se han visto envueltos en acciones ilegales autorizadas por el ejecutivo, cuando los hechos hayan ocurrido entre el 11 de Septiembre del 2001 y la entrada en vigencia de la *Detainee Treatment Act* del 2005.[166]

A este respecto, la MCA hace retroactiva la sección 1004 de la *Detainee Treatment Act* a las persecuciones criminales relativas a actos ocurridos después de los atentados del 11 de septiembre. La citada sección protege al

---

165 UNITED STATES, “Military *Commissions Act of 2006”, cit. sec.* 6(b)(2).

166 UNITED STATES, “Military *Commissions Act of 2006”, cit. sec.* 8.

personal gubernamental estadounidense de una persecución criminal cuando se haya involucrado "*in specific operational practices, that involve detention and interrogation of aliens who the President or his designees have determined are believed to be engaged in or associated with international terrorist activity ... and that were officially authorized and determined to be lawful at the time that they were conducted...*"

— *7. Limitación a las normas de Derecho internacional*

Finalmente, la MCA también impone limitaciones al uso de normas internacionales en las cortes estadounidenses. Así por ejemplo, prohíbe a éstas invocar fuentes normativas internacionales o extranjeras para determinar si el artículo 3 de la Convención de Ginebra ha sido violado a la luz de la *War Crimes Act*.[167] Además, prohíbe que la Convención de Ginebra sea invocada como fuente de derechos en cualquier procedimiento civil o de *habeas corpus* por actos realizados por los Estados Unidos o sus oficiales gubernamentales, ya sea que tales acciones hayan sido presentadas por ciudadanos o no.[168] Asimismo, se prohíbe a cualquier detenido, que no sea ciudadano estadounidense, y que se encuentre sujeto a ser juzgado por una Comisión Militar, a invocar, como fuente de derechos, las Convenciones de Ginebra.[169]

---

[167] UNITED STATES, "Military *Commissions Act of 2006", cit. sec.* 6(a)(2) ().

[168] UNITED STATES, "Military *Commissions Act of 2006", cit. sec.* 5(a)

[169] UNITED STATES, "Military *Commissions Act of 2006", cit. sec* 948c, 948d (c).

Como podemos observar, aunque la sentencia de junio de 2006 de la Corte Suprema norteamericana, al declarar ilegales las comisiones militares, pareció indicar un avance en la protección de los derechos de las personas detenidas por presuntamente tener algún grado de participación o vinculación con organizaciones y/o actividades terroristas, en la práctica ha quedado en nada, por cuanto la MCA viene a reafirmar muchas de las situaciones que habían sido cuestionadas previamente, transformándolas en ley de la nación. Ssegún ha informado Amnistía Internacional[170], en septiembre de 2007 el Pentágono indicó que reanudaría los procedimientos llevados ante este tipo de instancias, luego de que ellos habían sido suspendidos en virtud de que dos jueces militares habían resuelto que estas comisiones carecían de jurisdicción para resolver sobre los casos del ciudadano canadiense Omar Ahmed Khadr (que tenía sólo 15 años cuando fue aprehendido) y el ciudadano yemení Salim Ahmed Hamdan, que previamente habían sido declarados "combatientes enemigos ilegales" por los Tribunales de Revisión del Estatuto del Combatiente (órganos de revisión administrativos establecidos por el Pentágono). Dichas resoluciones de los jueces militares fueron revocadas en apelación el 24 de septiembre de 2007, por el Tribunal de Revisión de las Comisiones Militares,

---

[170] AMINISTÍA INTERNACIONAL, "*Estados Unidos/Guantánamo: Las comisiones militares son incompatibles con la justicia*", disponible en: http://web.amnesty.org/library/Index/ESLAMR511472007

dando luz verde a que se continuara adelante con los juicios impetrados ante las comisiones militares estatuidas bajo el amparo de la MCA. Además, según información del 15 de junio de 2007, Estados Unidos tendría la intención de realizar nuevas audiencias, a fin de revisar el estatuto de combatiente enemigo ilegal del resto de los prisioneros de Guantánamo[171]

En la actualidad, en este enclave en la isla de Cuba, aún permanecen más de 300 personas recluidas, sin que pueda decirse que ellas han sido sometidas a un juicio justo e imparcial, en el que se respeten las garantías mínimas del debido proceso que se reconocen internacionalmente. Y pese a las declaraciones de buenas intenciones que continuamente se hacen, la situación pareciera que no va a mejorar prontamente. Al menos eso se puede derivar de las afirmaciones de quien fueral candidato a Secretario de Justicia, Michael Mukasey (que reemplazaría al depuesto Alberto Gonzáles), quien el 18 de octubre de 2007, en el proceso de ratificación ante la Cámara Alta, defendió los procedimientos empleados por el gobierno del Presidente George W. Bush, señalando que "el Ejecutivo tiene el derecho de actuar más allá de las leyes promulgadas por el Capitolio cuando está en juego la seguridad nacional." E incluso llegó a afirmar que "el presidente en su calidad de comandante en jefe

---

[171] AFP, "*EEUU podría reconsiderar las detenciones en Guantánamo*", http://afp.google.com/article/ALeqM5jiHsQD2CcShYZ_hD1aQa8wmwgTFw

de las Fuerzas Armadas tiene la potestad para reemplazar las leyes promulgadas por el Congreso."[172]

Sin duda aún queda mucho por decir en el caso de los detenidos en la guerra contra el terrorismo, y el futuro no se ve halagüeño. De hecho, según trascendidos que salen periódicamente a través de distintos medios, en Guantánamo, pese a todas las críticas que se han hecho, y pese a que amplios sectores están empeñados en su cierre como centro de detención, incluidos miembros del Congreso, la situación de los presos sigue siendo muy precaria. El ex Presidente James Carter, en una entrevista otorgada a la cadena de televisión CNN el 10 de octubre de 2007, afirmó categóricamente que Estados Unidos estaba torturando a los presos, y que los intentos por redefinir los Derechos Humanos y la tortura, no eran más que argucias para no reconocer algo que era evidente.[173]

La Corte Suprema de Estados Unidos está conociendo, por tercera vez, de recursos de habeas corpus relativos a las detenciones en Guantánamo. Se trata de los casos Al Odha v. United States, y Boumedienne v.

---

[172] PRENSA LATINA, "*Escándalo de tortura enfrenta a Senado y gobierno de EE.UU*", http://www.prensalatina.com.mx/Article.asp?ID=%7B4826E080-1A31-429F-9580-1F9A1C4D8D6F%7D&language=ES

[173] CNNPolitics.com, "*Carter says U.S. tortures prisoners*", http://www.cnn.com/2007/POLITICS/10/10/carter.torture/index.html

Bush[174], y su decisión será importante para determinar el alcance de esa nueva legislación y los límites del poder presidencial.

[174] //ccrjustice.org/ourcases/current-cases/al-odah-v.-united-states

CONCLUSIONES

Como señalamos en la introducción, en los últimos años y particularmente a partir de los atentados del 11 de septiembre de 2001, se ha intentado imponer una lógica de “guerra” para legitimar cualquier medida que tienda a garantizar la seguridad de los ciudadanos frente a la amenaza terrorista. Un ejemplo del curso que a este respecto han ido tomando los acontecimientos (aunque sin duda no es el único) es lo que ha sucedido en Estados Unidos. Un país que tradicionalmente ha enarbolado las banderas de la democracia y la libertad, pareciera aplicar tendencias que llevan a negar principios fundamentales en la protección de los Derechos Humanos. En esta senda, se ha seguido un camino errático y contradictorio, por cuanto, si bien por una parte se hacen continuas declaraciones en torno a que se respeta el Derecho Internacional, y particularmente las normas relativas a la prohibición de la tortura, por otra, se pretende redefinir algunos conceptos que a través de los años se han acrisolado en estas materias, con el objeto evitar que situaciones que pudieran entenderse que constituyen tortura sean sometidas a la justicia.

Creemos que no sólo cabe responsabilidad al Gobierno norteamericano, sino que es un tema para la comunidad internacional en su conjunto. La definición de tortura que recogen los instrumentos internacionales, y particularmente la Convención de la ONU de 1984, dista mucho de ser clara en

cuanto a las conductas que debieran ser objeto de sanción. En el primer capítulo se mostró que existen preceptos vagos como el de “dolor o daño severo”, que para algunos sectores parecen adecuados, en cuanto ellos permitirían una constante readecuación de ellos a las nuevas circunstancias, cuya determinación práctica recae en los jueces. Pero, no existe total certeza respecto de los hechos que comúnmente pudieren entenderse como tortura y perseguibles judicialmente.

Ejemplos de lo anterior hay varios y hemos mencionado algunos en esta exposición. Sentencias como las del caso Irlanda c. Reino Unido, o la emanada de la Corte Suprema de Israel, no son suficientemente adecuadas. Si bien ellas con el tiempo han sido enmendadas e incluso criticadas por órganos internacionales, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, no dejan de ser un precedente importante al cual se puede recurrir cuando se quiere restringir los alcances del concepto de tortura, como quedó de manifiesto en el memorando de 2002 del *Office of Legal Councel*. Ese documento, a nuestro juicio, incurrió en violaciones del Derecho Internacional y de los principios que informan los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. No sólo por la interpretación de los términos “dolor severo” y “daño mental severo” (cuestionables), sino porque además se puso en entredicho la validez de las normas internacionales y la fuerza que pudieran tener dentro de un Estado, cuestión que nunca ha sido aclarada totalmente.

Como se aseveró en ese documento, sectores de la administración actual de Estados Unidos, creería que el Presidente de la República, dada la emergencia de seguridad que ese país vive, podría tomar decisiones por sobre de las disposiciones legislativas y de obligaciones internacionales. Así lo expondría el memorando de 2002 del *Office of Legal Councel*, respecto de los poderes del Presidente en su calidad de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, para poder adoptar casi cualquier medida excepcional que le pareciera pertinente, incluso aquellas que pudieran restringir seriamente las libertades de sus habitantes e incluso las de personas de otras nacionalidades. Si bien el memorando de 2004 del mismo organismo dejó sin efecto el memorando de 2002 respecto a la interpretación de los alcances de las normativa sobre tortura, no se pronunció respecto al tema de los poderes especiales del Presidente; la opinión dada en el memorando de 2002 pareciera haber estado vigente si se consideran las declaraciones del candidato de la Casa Blanca a ocupar la secretaría de Justicia (aquí hay que identificar la fecha y el nombre) ¿la fuente está verificada?[175].

De aceptarse esa tesis, cualquier Estado podría invocar una situación de emergencia interna y/o externa y desentenderse de las obligaciones internacionales. Esto parece inaceptable, por cuanto significa negar toda

---

[175] PRENSA LATINA, "*Escándalo de tortura enfrenta a Senado y gobierno de EE.UU*", http://www.prensalatina.com.mx/Article.asp?ID=%7B4826E080-1A31-429F-9580-1F9A1C4D8D6F%7D&language=ES

eficacia a las normas internacionales. La situación es más grave aún, si las normas que se pretende negar son de aquellas consideradas *jus cogens*, y por tanto imperativas e inderogables por decisiones individuales, como sería el caso de disposiciones del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

Al término de este estudio, nos queda una interrogante sobre la razón por la cual, si existen antecedentes o denuncias que apuntan a que las fuerzas de Estados Unidos en las cárceles de Abu Gharib y Guantánamo aplican tortura, y si la ONU y el Parlamento Europeo se han pronunciado condenando lo que allí ocurre, ¿por qué no se ha presentado ante los tribunales internacionales una petición de aplicación de medidas en contra del Gobierno norteamericano?. Si esto afecta a normas imperativas y su transgresión acarrea responsabilidad internacional para el Estado, ¿por qué no se ha buscado hacer efectiva esa responsabilidad?

Esto lleva a cuestionarnos acerca de si el Derecho Internacional es efectivamente un orden jurídico aplicable en un plano de igualdad a todas las naciones, o es sólo una herramienta a la que se apela cuando los involucrados son naciones débiles y no poderes militares y económicos, como es Estados Unidos.

Ahora bien, el Gobierno norteamericano ha cometido errores, pero no se le puede dejar sólo a él la responsabilidad. La comunidad internacional también ha tenido su parte, y ha incurrido en omisiones imperdonables. Ya desde la

invasión a Iraq (que podría considerarse una agresión), la comunidad internacional, y particularmente la ONU ha decidido a mantener un silencio cómplice. Aunque dicho acto militar no contó con el apoyo del Consejo de Seguridad ni de la Asamblea General, en los hechos las condenas a esta operación han sido tibias y meramente formales, sin que hasta ahora se hayan materializado decisiones que dejen de manifiesto que existe la voluntad de evitar hacia futuro este tipo de situaciones.

Las últimas declaraciones del ex presidente de Estados Unidos, Jimmy Carter, Premio Nóbel de la Paz, indican que en cárceles como la de Guantánamo se está torturando, o al menos se están aplicando tratos inhumanos, crueles y degradantes. De hecho, el que el Gobierno norteamericano señale que legalmente sólo está obligado a perseguir los actos de tortura y que otros tratos ilegítimos sí pueden ser realizados cuando no lleguen al nivel de la tortura, parecen inaceptables. Reconocemos que se han hecho algunos esfuerzos por evitar este tipo de situaciones, incluso por parte de legisladores estadounidenses como el senador McCain, ellos parecen insuficientes, toda vez que las denuncias aún siguen sucediéndose, y en la actualidad hay más de 300 personas que no han contado con las garantías procesales mínimas para hacer valer sus derechos.

Cuando a mediados de los 80, el alemán Gunther JAKOBS esbozó por primera vez su teoría del “Derecho Penal del Enemigo”, nadie lo tomó muy en serio. Se pensó que sólo era una teoría más, que quedaría en el mero campo

intelectual y era imposible que en nuestras sociedades occidentales y democráticas tuviera una aplicación práctica. Sin embargo, el tiempo ha demostrado lo equivocado que se estaba. Creemos haber demostrado en esta memoria, que se ha ido imponiendo precisamente esta lógica de “enemigos”, adoptándose incluso normas destinadas a sancionar sólo a determinado tipo de personas, los presuntos terroristas, que son calificados de “combatientes enemigos ilegales”, categoría hasta ahora inexistente en el Derecho Internacional y que hace pensar en un “derecho penal de autor”. A estos, tal y como ha propuesto JAKOBS, se les han negado garantías mínimas, sustanciales y procesales, y han sido tratados como verdaderos “enemigos”, sin que hayan existido sentencias firmes que declaren su culpabilidad.

Es de esperar que en el corto plazo se enmiende el rumbo, y vuelva a restablecerse el imperio del Derecho. Es cierto que el fenómeno terrorista es un flagelo que amenaza la seguridad de todas las naciones del mundo, pero eso no puede ser argumento para negar los valores y principios que con tanto esfuerzo se ha logrado establecer. Por más criminales que sean los miembros de organizaciones terroristas, no dejan de ser personas, seres humanos y como tal deben ser tratados.

La normativa internacional contra la tortura debe ser revisada, en base a la experiencia del presente, a fin de elaborar normas más claras y precisas que no admitan interpretaciones de dudosa corrección jurídica, y que en lo hechos permiten la indefensión de personas.

También es necesario realizar más esfuerzos por establecer un sistema de persecución de responsabilidad que posea más facultades, para intervenir en este tipo de situaciones. Aunque obviamente, ningún procedimiento de esta naturaleza podrá ser efectivo si la comunidad internacional no asume la tarea de oponerse terminantemente y con vigor a toda violación de los Derechos Humanos, venga de donde venga, incluso cuando el victimario es una nación poderosa.

Santiago, Octubre de 2007

BIBLIOGRAFÍA

— ***Obras***

- AFP, "*EEUU podría reconsiderar las detenciones en Guantánamo*", http://afp.google.com/article/ALeqM5jiHsQD2CcShYZ_hD1aQa8wmwgTFw
- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. "El reconocimiento jurisprudencial de la tortura y de la desaparición forzada de personas como normas imperativas de derecho internacional público". Ius et Praxis, 2006, vol.12, no.1, p.117-154
- AMINISTÍA INTERNACIONAL, "*Estados Unidos/Guantánamo: Las comisiones militares son incompatibles con la justicia*", disponible en: http://web.amnesty.org/library/Index/ESLAMR511472007
- AMNISTÍA INTERNACIONAL "El Congreso de EEUU da el visto bueno a las violaciones de derechos humanos en la 'guerra contra el terror'", en: http://web.amnesty.org/pages/stoptorture-060930-features-esl
- AMNISTÍA INTERNACIONAL, "*Contra la Tortura. Manual de Acción*", Madrid: EDAI, 2003

- AMNISTÍA INTERNACIONAL, "*Estados Unidos: Las Comisiones Militares, Justicia de Segunda Clase*", http://web.amnesty.org/library/Index/ESLAMR510492002?open&of=ESL-2M4
- AMNISTÍA INTERNACIONAL, «*Acabar con la Impunidad: Justicia para las Víctimas de Tortura*», Editorial EDAI, Madrid, 2001

- AMNISTÍA INTERNACIONAL, «*Acabar con la Impunidad: Justicia para las Víctimas de Tortura*», Editorial EDAI, Madrid, 2001

- BARATTA, Alessandro & SILVERNAGL, Michael, "La Legislación de Emergencia y el Pensamiento Jurídico Garantista". Revista Doctrina Penal, Buenos Aires: Depalma, Año 8, 1985, pp. 559-595
- BASSIOUNI, Cherif, «*Crimes Against Humanity in International Law*», 2ª ed.; Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1999
- BBCMUNDO.COM, "*Guantánamo: ONU Denuncia Tortura*", en: http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/international/newsid_4710000/4710614.stm
- BECCARIA, Cesar Bonessana Marqués de, "*Tratado de los Delitos y de las Penas*", Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1993

- BUENO, Gonzalo, "*El Concepto de Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*", en *Revista Nueva Doctrina Penal*, 2003/B, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003
- BUSH, GEORGE W., "*Declaración al momento de promulgar la Military Commissions Act de 2006*", en: http://www.whitehouse.gov/news/releases/2006/10/20061017-1.es.html
- CBS NEWS, 60 MINUTES, "*Abuse Of Iraqi POWs By GIs Probed*", http://www.cbsnews.com/stories/2004/04/27/60II/main614063.shtmCENTER FOR CONSTITUCIONAL RIGHTS. "Military Commissions Act Of 2006". http://www.ccr-ny.org/v2/gac/learnmore/Docs/MCA%20Summary.pdf.
- CICERON, Marco Tulio, "De la Partición Oratoria", México: UNAM, 1987
- CNNPolitics.com, "*Carter says U.S. tortures prisoners*", http://www.cnn.com/2007/POLITICS/10/10/carter.torture/index.html
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, de 22 de octubre de 2002

- DE YOUNG, Karen, "*Court Told It Lacks Power in Detainee Cases*", disponible en: http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2006/10/19/AR2006101901692.html?nav=rss_nation/special
- DERBY, Daniel H., «*Torture*», en BASSIOUNI, Cherif [ed.], «*International Criminal Law*», Vol. I, 2ª ed.; Transnational Publishers, New York, 1999
- ELCLARIN.COM, "Terroristas suicidas de clase media y alto grado de instrucción", http://www.clarin.com/diario/2001/09/16/i-01215.htm
- FOUCAULT, Michel, "*Vigilar y Castigar. Nacimiento de la Prisión*", Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2001
- GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, "*El Jus Cogens Internacional. Estudio Histórico Crítico*", México: Universidad Autónoma de México, 2003, pp. 166 y ss.
- HERSH, Seymour M., *"Abu Gharib*", artículo aparecido en "The Guardian", el 23 de mayo de 2005. Disponible en: http://www.zmag.org/content/showarticle.cfm?SectionID=15&ItemID=7926

- HUMAN RIGHTS WATCH, "*Congress Would Allow Evidence Obtained by Torture*", http://hrw.org/english/docs/2005/12/16/usdom12311.htm
- ISRAEL SUPREME COURT, "Judgments of the Israel Supreme Court: Fighting Terrorism within the Law", disponible en: http://www.mfa.gov.il/NR/rdonlyres/599F2190-F81C-4389-B978-7A6D4598AD8F/0/terrorirm_law.pdf
- JAKOBS, Gunther y CANCIO MELIA, Manuel, "Derecho Penal del Enemigo", Madrid: Civitas, 2ª edición, 2006
- JURIST, "*New US Army interrogation manual mandates Geneva rules*", http://jurist.law.pitt.edu/paperchase/2006/09/new-us-army-interrogation-manual.php
- LONG, Debra, "*Aspects of the Definition of Torture In the Regional Human Rights Jurisdictions and the International Criminal Tribunals of the Former Yugoslavia and Rwanda*", en "*The Definition of Torture: Proceedings of an Expert Seminar*", Ginebra: Association for the Prevention of Torture, 2001
- MARINER, Joanne, "*The Military Commissions Act of 2006: A Short Primer*", en: http://writ.news.findlaw.com/mariner/20061009.html

- MARTIN, Claudia y RODRÍGUEZ-PINZÓN, Diego, "*La Prohibición de la Tortura y los Malos Tratos en el Sistema Interamericano. Manual para Víctimas y sus Defensores*", Ginebra: Organización Mundial Contra la Tortura (OMCT), 2006
- MATUS A., Jean Pierre. "*El Informe Valech y la tortura masiva y sistemática como crimen contra la humanidad cometido en Chile durante el régimen militar. Su enjuiciamiento desde la perspectiva del derecho penal internacional: Apuntes a propósito de la obra del Prof. Dr. Kai Ambos, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2 ed., Duncker und Humblot, Berlín 2004, 1058 páginas*". Ius et Praxis, 2005, vol.11, no.1, p.173-219.
- MONCAYO, VINUESA Y GUTIERREZ POSSE, "*Derecho Internacional Público*", Tomo I, Buenos Aires: Zavalia Editor, 1990
- NATIONAL COMMISSION ON TERRORIST ATTACKS UPON THE UNITED STATES, "9/11 Commission Report", 2004
- PARKER, Alison y FELLNER, Jamie "*Por Encima de la Ley: El Poder Ejecutivo después del 11 de septiembre en Estados Unidos*". Disponible en: http://hrw.org/spanish/inf_anual/2004/poder.html
- PRENSA LATINA, "*Escándalo de tortura enfrenta a Senado y gobierno de EE.UU*",

http://www.prensalatina.com.mx/Article.asp?ID=%7B4826E080-1A31-429F-9580-1F9A1C4D8D6F%7D&language=ES

- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, «*Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*», Tomo II, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1955
- RADIO COOPERATIVA, "*Republicanos criticaron a Bush por oponerse a enmienda que prohíbe torturas a detenidos*", en http://www.cooperativa.cl/p4_noticias/site/artic/20051106/pags/20051106185702.html
- RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel, Prólogo al libro "*Observaciones sobre la Tortura*" de Pietro VERRI, Buenos Aires: Depalma, 1977
- THE NEW YORK TIMES, "*New Army Rules May Snarl Talks With McCain on Detainee Issue*", http://www.nytimes.com/2005/12/14/politics/14detain.html?_r=1&oref=slogin
- US ARMY, "*Article 15-6 of the 800th Military Police Brigade, [prepared by Maj. Gen. Antonio M. Taguba]*". Disponible en: http://en.wikisource.org/wiki/US_Army_15-6_Report_of_Abuse_of_Prisoners_in_Iraq

- WATTS, Phillip, "*La ley 'contra la tortura' que legaliza la tortura*", http://www.rwor.org/a/032/ley-contra-tortura-legaliza-tortura-s.htm

— ***Fuentes Primarias***

- Carta del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (Tribunal de Tokio), de 19 de enero de 1946
- CONSEJO DEL CONTROL ALIADO, «Ley Nº 10», de 20 de diciembre de 1945
- CONVENCIÓN DE VIENA, SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, de 23 de mayo de 1969
- Convenio (IV) Relativo a las Leyes y Usos de la Guerra Terrestre, firmado en La Haya el 18 de Octubre de 1907
- ESTADOS UNIDOS: «*Instrucciones para la Conducción de los Ejércitos de los Estados Unidos en Campaña (Código Lieber)*». Preparado por Francis Lieber y proclamado por el Presidente Lincoln mediante la Orden General núm. 100 del Departamento de Guerra. Washington, D.C., 24 de abril de 1863
- Estatuto del Tribunal Internacional de Nüremberg, de 6 de octubre de 1945

- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, de 9 de diciembre de 1985
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, «*Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nüremberg*», aprobados por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas en 1950
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, 44º período de sesiones, 1992, Observación General 20 al Artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Convención contra la Tortura y Otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 9 de diciembre de 1975
- PARLAMENTO AUROPEO, "*Resolución del Parlamento Europeo sobre Guantánamo*", de 16 de febrero de 2006
- PARLAMENTO AUROPEO, "*Resolución del Parlamento Europeo sobre los Detenidos en Guantánamo*", de 7 de junio de 2006

- UNITED STATES, "US Army Field Manual on intelligence interrogations [Human Intelligence Collector Operations]", http://www.fas.org/irp/doddir/army/fm2-22-3.pdf
- UNITED STATES, "*Department of Defense Appropriations Act, 2006",* http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c109:H.R.2863*:*
- UNITED STATES, "Military *Commissions Act of 2006",* disponible en: http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=109_cong_public_laws&docid=f:publ366.109.pdf
- US DEPARTMENT OF JUSTICE *Office of Legal Counsel*, "*Memorandum for James B. Comey, Deputy Attorney General, December 30, 2004. RE: Legal standards applicable under 18 U.S.C sections 2340-2340A*".
- US DEPARTMENT OF JUSTICE, Office of Legal Counsel, "*Standards of Conducts for Interrogation under 18 U.S.C*". Memorando para Alberto R. Gonzales, Counsel to the President, 1º de agosto de 2002.
- ESTADOS UNIDOS: «*Instrucciones para la Conducción de los Ejércitos de los Estados Unidos en Campaña (Código Lieber)*». Preparado por Francis Lieber y proclamado por el Presidente

Lincoln mediante la Orden General núm. 100 del Departamento de Guerra. Washington, D.C., 24 de abril de 1863

- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Comité Contra la Tortura, "*Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes de Conformidad con el Artículo19 de la Convención, Israel, U.N. Doc. CAT/C/54/Add.1 (2001)"*

— ***Jurisprudencia***

- COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, Caso griego, Resolución de 18 de noviembre de 1969
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe 3/87, Caso 9647, Roach y Pinkerton c. Estados Unidos.
- CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Aksoy c. Turquía, Sentencia de 18 de diciembre de 1996
- CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, caso Al Adsani c. Gran Bretaña (Application no.33763/97), sentencia de 21 de noviembre de 2001.
- CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Aydin c. Turquía, Sentencia de 25 de septiembre de 1997

- CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Irlanda c. Reino Unido, Sentencia de enero de 1978.
- CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, caso Mahmut Kaya c. Turquía, sentencia de 28 de marzo de 2000.
- CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, caso Salman c. Turquía, sentencia de 27 de junio de 2000.
- CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Selmouni c. Francia sentencia de 28 de julio de 1999
- CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Soering c. Reino Unido, sentencia de 7 de julio de 1989.
- CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMNAOS, Caso Chitayev y Chitayev c. Rusia, Sentencia de 18 de enero de 2007.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso 19 Comerciantes c. Colombia, sentencia de 5 de julio de 2004
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Bámaca Velásquez c. Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2000
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Blake c. Guatemala, sentencia de 24 de enero de 1998

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Cantoral Benavides c. Perú, sentencia de 18 de agosto de 2000
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Gómez Paquiyauri c. Perú, Sentencia 8 de julio de 2004, Serie C, No. 110
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Loayza Tamayo c. Perú, Sentencia de 17 de septiembre de 1997
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso No, 10.832, Luis Lizardo Cabrera c. República Dominicana, de 7 de abril de 1998.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Velásquez Rodríguez c. Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) c. Guatemala, sentencia de 19 de noviembre de 1999 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Maritza Urrutia c. Guatemala, sentencia de 27 de noviembre de 2003.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Instituto de Reeducación del Menor c. Paraguay, sentencia de 2 de septiembre de 2004

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Tibi c. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Caesar c. Trinidad y Tobago, sentencia de 11 de marzo de 2005.
- SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, “Hamdan v. Rumsfeld”, sentencia de 28 de junio de 2006
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA, Prosecutor v. Delalic et al (Celibici Case), Case No. IT-96-21ª, sentencia de 16 de noviembre de 1998.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA, caso Prosecutor c. Furundzija, Case no. IT-95-17/1-T, 10 de diciembre de 1998
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA, caso Prosecutor c. Kunarac y otros, caso no. IT-96-23-T, 22 de febrero de 2001