

43

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

LETI S. PRÆVIDE ET PRO

Revista

Diciembre 2018

43

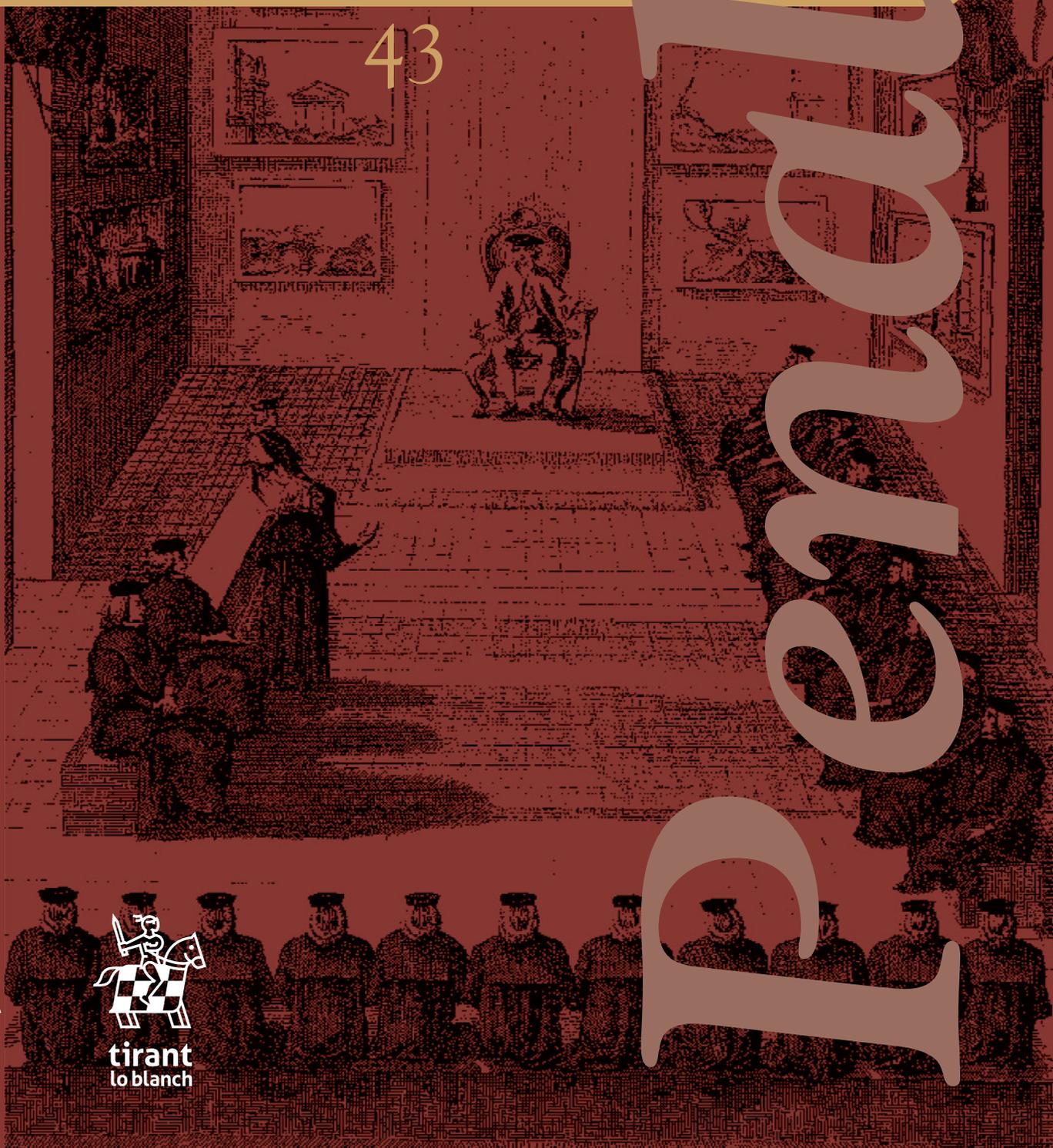
Revista Penal

Diciembre 2018



tirant
lo blanch

Penal



Revista Penal

Número 43

Sumario

Doctrina:

- Sistemas nacionales de justicia, persecución de crímenes internacionales y principio de complementariedad. Especial referencia a algunas experiencias latinoamericanas, por *Kai Ambos y Gustavo Urquizo* 5
- Normalización VS. perversión: a propósito del concepto de pornografía infantil, por *Viviana Caruso Fontán* 25
- Medidas que afligen como penas. La inhabilitación para delincuentes sexuales para profesiones de contacto con menores, por *Cristina Fernández-Pacheco Estrada* 46
- Derechos fundamentales afectados en el uso de confidentes policiales, por *Adrián Nicolás Marchal González*..... 64
- Una lectura del artículo 1 del Convenio contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes, a la luz de la práctica de Comités Internacionales y la jurisprudencia de Tribunales internacionales, por *Antonio Muñoz Aunión y Glorimar Alejandra León Silva*..... 89
- Valor probatorio de la autoinculpación ante la policía, no ratificada ante el órgano judicial, por *Francisco Muñoz Conde*..... 102
- La participación del asesor fiscal en el delito de defraudación tributaria, por *Fernando Navarro Cardoso*..... 116
- El primer paso fallido del Real Decreto-Ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el pacto de estado contra la violencia de género, por *Nieves Sanz Mulas* 137
- Personas especialmente vulnerables y personas indefensas en los delitos contra la vida humana independiente, por *José Luis Serrano González de Murillo*..... 156
- Stalking: el delito de acoso de acecho o predatorio (art. 172 ter cp). Problemas de delimitación del tipo penal en España, por *Patricia Tapia Ballesteros* 172
- The Law in the Process of Economic Globalization: Imperialism and Colonization of Legal Systems, por *Yú Wang*..... 195
- Dogmática funcionalista y política criminal: una propuesta fundada en los derechos humanos, por *Laura Zúñiga Rodríguez* 204

Sistemas penales comparados: Delitos contra la propiedad intelectual (Criminal Copyright infringement)..... 229

Jurisprudencia: La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso “La Manada”, por Francisco Muñoz Conde 290

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



UCLM
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD
PABLO DE OLAVIDE

am Arias Montano
Repositorio Institucional
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca,
Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jferreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Enzo Musco. Univ. Roma
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
George P. Fletcher. Univ. Columbia	Claus Roxin. Univ. München
Luigi Foffani. Univ. Módena	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume Iº	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Complutense) Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Morales (Brasil)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Jiajia Yu (China)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Frederico de Lacerda da Costa Pino (Portugal)
Elena Núñez Castaño (España)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Victor Lloyd y Theresa Griffiths (Estados Unidos)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Monica Roncati (Italia)	Sofía Lascano y Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)	

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>



Una lectura del artículo 1 del Convenio contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes, a la luz de la práctica de Comités Internacionales y la jurisprudencia de Tribunales internacionales

Antonio Muñoz Aunión
Glorimar Alejandra León Silva

Revista Penal, n.º 43. - Enero 2019

Ficha técnica

Autor: Antonio Muñoz Aunión / Glorimar Alejandra León Silva

Title: A reading of article 1 of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, in light of the practice of International Committees and the jurisprudence of international tribunals

Adscripción institucional: Antonio Muñoz Aunión es Catedrático de Derecho Internacional Público en la Universidad Autónoma de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1793-9308>

Glorimar Alejandra León Silva es Doctoranda y asistente de investigación, en el Instituto de Investigación en Derecho de la Universidad Autónoma de Chile.

Sumario: 1. A título de introducción. 2. La Definición de la Tortura en los dos instrumentos internacionales de ámbito universal y con un *ratione materiae* específico. 3. Examen de los elementos básicos de la definición. A) La naturaleza del acto. B) Intencionalidad. C) Finalidad. D. La participación de funcionarios públicos. 4. Actos que no son constitutivos de tortura. 5. Las Obligaciones estatales derivadas del artículo 1 del Convenio. A) La obligación de adoptar una legislación que criminalice la tortura. B) El deber de investigar los casos de tortura. C) La obligación de excluir las declaraciones obtenidas mediante tortura. D. La obligación de formar personal y establecer salvaguardias procedimentales. 6. La Interpretación Dinámica del artículo 1 del Convenio. 7. El derecho de la víctima a indemnización. 8. Análisis de la Jurisprudencia del Comité contra la Tortura a través del proceso de comunicaciones, observaciones generales respecto de informes estatales y procedimientos especiales. A) Comunicaciones individuales. B) Observaciones a informes estatales. C) Investigaciones especiales. 9. A modo de conclusión.

Summary: 1. As an introduction. 2. The Definition of Torture in the two international instruments of universal scope and with a specific *ratione materiae*. 3. Review of the basic elements of the definition. A) The nature of the act. B) Intentionality. C) Purpose. D) The participation of public officials. 4. Acts that are not constitutive of torture. 5. The state obligations derived from article 1 of the agreement. A) The obligation to adopt a legislation that criminalizes torture. B) The duty to investigate the cases of torture. C) The obligation to exclude the declarations obtained through torture. D) The obligation to train staff and establish procedural safeguards. 6. The Dynamic Interpretation of Article 1 of the Convention. 7. The right of the victim to compensation. 8. Analysis of the Jurisprudence of the Committee against Torture through the communications process, general observations regarding state reports and special procedures. A) Individual Communications. B) Observations To State Reports. C) Special Investigations. 9. By way of conclusion.

Resumen: La lucha contra la tortura a través de instrumentos internacionales es un ejemplo de la eficacia del Derecho Internacional a la hora de crear normas de *hard law* y mecanismos para la supervisión de su cumplimiento que se superponen a la noción clásica del dominio reservado y la exclusividad de la soberanía nacional. Este trabajo pondrá de manifiesto como esta política gradual de eliminación de actos de tortura y de malos tratos se sostiene incluso en tiempos convulsos donde la razón de Estado invoca a medidas de excepción para hacer frente a amenazas reales, hipotéticas o creadas en virtud de una sinergia de factores de difícil control y los límites de la responsabilidad son difusos. Este estudio muestra como aún en situaciones de necesidad los filtros de control siguen vigilantes para visibilizar estos actos, impedir su repetición, sancionar y educar en la cultura de prevención.

Palabras clave: Actos de tortura, imputación al Estado, responsabilidad del individuo, crimen internacional, lucha contra la impunidad, reparación de las víctimas de torturas, prevención, jurisprudencia

Abstract: The struggle against torture by means of international instruments is an example of the effectiveness of International Law playing the role of building up norms of hard law and mechanisms to oversee their coercion overriding the classic notion of domain reserve and exclusivity of national sovereignty. This analysis highlights how this gradual policy of barring torture and ill-treatment is pervasive even in convoluted times where the reason of the State calls for exceptional measures in order to put an end to threats whereas real, hypothetical or created by a synergy of factors of elusive grip and where the limits of state & individual responsibility are blurred. The study shows that even in times of want and fear, the filters of control remains on call to visualize the evil of the act, to impede its repetition, to sanction and to educate in a prevention culture.

Key words: Acts of torture, State liability, individual responsibility, international crime, fighting impunity, treatment of victims of torture, prevention, case – law

Rec: 15-10-2018 **Fav:** 28-10-2018

1. A título de introducción

La tortura representa una de las violaciones más crueles de los derechos humanos y representa un ataque directo al núcleo de la dignidad humana¹. Ya en el siglo XVII, en los debates que mantuvieron Bacon y Coke, éste último mantuvo que la utilización de la tortura para fines de interrogación conculcaba la dignidad humana y no podía justificarse como medio para obtener declaraciones fidedignas, e incluso —en el caso de que el individuo fuera culpable— su dignidad prevalecía al interés estatal de conocer la verdad². Nagans y Atkins, sostienen que “...la tortura ataca la autoridad y legitimidad del Estado, provoca o intensifica el conflicto social, debilita la noción de paz, y en su afirmación tácita de control social irrestricto, confronta la misma idea del imperio de la ley”³.

El antiguo relator de Naciones Unidas, Prof. Kojimas señaló que la tortura es la plaga de la segunda mitad del siglo XX “y habría que añadir que la llegada del siglo XXI ha aumentado esa percepción, a raíz de las guerras asimétricas que se suceden en el mundo, y los instrumentos legales existentes se muestran ineficaces frente a su expansión”⁴, no obstante, ser la prohibición de tortura una norma de Derecho Internacional perentoria o de *ius cogens*⁵. Asimismo, afirmó que “...la tortura nunca es un fenómeno aislado, no comienza en las celdas de tormento del mundo sino mucho antes, en concreto, cuando el respeto de la dignidad humana que tiene todo ser humano, y el derecho al reconocimiento de esta dignidad se diluye hasta desaparecer”⁶. Son varios los textos internacionales que incluyen el derecho a no sufrir tortura, partiendo por su mención en el artículo

1 La tortura representa la manifestación más extrema y desagradable del poder del hombre sobre otros hombres, la disposición máxima del cuerpo, de la vida y de la integridad de otro ser humano al que cosifica y deshumaniza por completo. En Díaz, E.; *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid. Taurus pp. 29-55; Villa Durán, C. “La Convención contra la tortura y su contribución a la definición del derecho a la integridad física y moral en el Derecho Internacional” REDI vol. XXXVII n. 2 1985 pp. 377-421.

2 En general, Sir Edward Coke, *The Third Part of the Institutes of the Laws of England 1641* (Williams S Hein Co. 1986).

3 – “The International Law of Torture: From Universal Proscription to Effective application and enforcement” 14 Harv. Hum. Rts J. 87, 90 (2001).

4 Como muestra la práctica de las entregas extraordinarias y la tortura por agentes de terceros Estados ante la difícil exigencia de las garantías diplomáticas. Sobre el primero, cfr., Satterthwaite, M.; “Rendered Meaningless: Extraordinary Rendition and the Rule of Law,” *George Washington Law Review*, Vol. 75, agosto 2007, p. 1333; Weissbrodt, D.; Bergquist, A.; “Extraordinary Rendition and the Torture Convention”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 46, 2006, p. 585; sobre la segunda, cfr.; Sánchez Legido, A.; “Garantías diplomáticas, no devolución y prohibición de la tortura”.

5 En la doctrina chilena, el profesor Matus, en su comentario a la obra de Kai Ambos, confirma la naturaleza de *ius cogens* de la prohibición de la tortura, véase, en Matus, Jean Pierre. 2005. “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 profesor Dr. Kai Ambos, *Der Allgemaine teil des Völkerstrafchts*, 2ª ed., Duncker und Humblot, Berlin 2004, 1058 páginas”, en *Ius et Praxis*, vol. 11, núm. 1, pp. 183 y 217.

6 *Ibid.*

5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁷. El más representativo de estos textos internacionales es el *Convenio para la sanción y represión de la tortura*, que además es el único que contiene una exposición de los elementos constitutivos del crimen de tortura, sobre lo cual existe además una amplia base jurisprudencial y prácticas de organismos internacionales, a raíz del funcionamiento del sistema de protección internacional de los derechos humanos y la gradual expansión del Derecho Penal internacional. Pero dos últimos sistemas aún no convergen en lo que se refiere a la conducta de tortura, dado que el principio de legalidad penal es más estricto mientras que la cultura de los derechos humanos está más desarrollada, incluyendo como conducta de tortura, ciertos comportamientos que los redactores del Convenio no hubieran concebido como tales, especialmente una vez que se acogió la observación del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) en la que se indicaba que una interpretación estricta de la definición no ayudaría a prestar protección efectiva a las víctimas de tortura, y sólo sería un banco de pruebas para la brutalidad irrestricta de los victimarios.

2. La Definición de la Tortura en los dos instrumentos internacionales de ámbito universal y con un *ratione materiae* específico

La Declaración Contra la Tortura de Naciones Unidas de 1975 en su Art. 1 define la tortura como todo acto por el cual se inflige intencionalmente un intenso dolor o sufrimiento, físico o mental por, o a instigación de un funcionario público a una persona para fines tales como obtener de ella o de una tercera persona información o confesión, castigarla por un acto que ha cometido o intimidarla, a ella o a otras personas. Este artículo es muy similar a la definición del Convenio, sólo que hace un añadido respecto a que no se estimará

como tortura aquellas penas que sean consecuencia de una privación legítima de la libertad o accesoria a esta en la medida en que sean compatibles con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos⁸.

Por su parte, el Convenio⁹ en su Art. 1 define la tortura en los siguientes términos: a los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas¹⁰.

Nótese *primero* que, a diferencia de la definición contenida en la Declaración, esta definición no sólo recoge la autoría del sujeto activo o su instigación, sino también el consentimiento o aquiescencia, y *segundo*, la ampliación de los objetivos perseguidos por el acto de tortura mediante el añadido de “...o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación”.

Se acepta comúnmente que son cuatro (4) los elementos, no acumulativos de la definición que, por otra parte, constituye una de las más completas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; a saber; la naturaleza del acto, la intención del ejecutor, su objetivo y la participación de un funcionario público. Según el antiguo Relator de Naciones Unidas¹¹ Manfred Nowak estos elementos son los que diferencian a la tortura de

7 Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 cuyo texto lee: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. Véase, Jelline, G.; La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, Trad. Carbonell, M.; México. Editorial UNAM 2003

8 El objetivo de estas, era fijar principios y reglas para una buena organización penitenciaria y buenas prácticas en el trato de los presos. Adoptadas en el Primer Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención y Trato de delincuente aprobadas en Ginebra el 30 de agosto de 1955 y confirmadas por el ECOSOC en resoluciones 663 C (XXIV) en 1957 y resolución 2076 (LXII) en 1977. En su artículo 31 se declara: “las penas corporales, encierro en celda oscura, así como toda sanción cruel, inhumana o degradante quedarán completamente prohibidas como sanciones disciplinarias”.

9 La Convención fue elaborada a instancias de varios Estados miembros, liderados por el gobierno sueco tras años de presiones por parte de Organizaciones no gubernamentales como Amnistía Internacional, el Comité Suizo contra la Tortura o la Asociación Internacional de Derecho Penal.

10 El conocido como Asunto Griego de 1969 fue la fuente principal de inspiración para el artículo, la Comisión Europea de Derechos Humanos sostuvo que la no entrega de agua, comida, calefacción en invierno, instalaciones sanitarias, vestimenta, cuidados médicos y dentales a los prisioneros representa un acto de tortura que viola el artículo 3 del CEDH 12 Yearbook of the European Commission, 504.

11 En 1985, en su resolución 1985/33 la Comisión decidió nombrar a un Relator Especial sobre la tortura. El Relator Especial está encargado de solicitar y recibir información creíble y fidedigna sobre cuestiones relativas a la tortura y de responder sin demora a esas informaciones. En resoluciones ulteriores la Comisión ha seguido renovando el mandato del Relator Especial.

otros tipos de tratos o penas degradantes¹². Por su parte, Nigel Rodley lo reduce a tres elementos, a saber: intensidad del daño, objetivos, y el estatuto público del victimario¹³.

3. Examen de los elementos básicos de la definición.

A) La naturaleza del acto

Si bien queda claro del texto de la disposición que la tortura debe resultar de un acto, se ha interpretado que una omisión también puede derivar en un daño mental y/o física constitutivo de tortura en el contexto del artículo 1. Esto ha sido validado por decisiones judiciales y organismos de supervisión de los derechos humanos. Así, la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos mantuvo que la privación de alimentos era constitutiva de un acto de tortura. De igual forma, en el paradigmático asunto *Irlanda c. Reino Unido*, el Tribunal declaró que la *privación de alimentos y agua* implicaba un comportamiento por omisión que representaba una violación del artículo 3 del Convenio. El Comité contra la Tortura¹⁴ también ha dejado claro que un Estado parte en el Convenio resulta responsable de actos y omisiones de sus funcionarios¹⁵ y de aquellos otros que actúen de forma oficial o en nombre del Estado, por lo que, si se considerara que un *acto* excluye la omisión, los Estados podrían hábilmente evadir sus responsabilidades bajo el Convenio. De ahí que toda interpretación

del texto se realice por un órgano imparcial de buena fe y a la luz de su objeto y propósito. En esta misma línea, el Comité ha estimado en sus observaciones sobre Chile que la no prestación de asistencia médica también representa una violación del Convenio. En todo caso, los Estados están impedidos de fomentar la tortura ya sea por comisión u omisión.

El Convenio prohíbe tanto la tortura física como la mental y tanto el TEDH¹⁶ como el Comité de Derechos Humanos¹⁷ han sostenido que la intimidación y las amenazas de tortura son equiparables. Una interpretación similar se deduce de la práctica del Comité contra la Tortura¹⁸. Sin embargo se trata de un criterio cambiante. En el *Asunto Selmouni c. Francia* de 1999 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró:

“Algunos actos que en su momento fueron clasificados como «inhumanos y degradantes» oponiéndolos a los actos de «tortura» pueden ser catalogados de forma distinta en el futuro. El alto estándar en permanente incremento que se requiere en el ámbito de la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de forma inevitable necesita una mayor firmeza a la hora de valorar las violaciones de los valores fundamentales de las sociedades democráticas”¹⁹.

En la actualidad nos encontramos ante situaciones extremas en la conducción de interrogatorios (técnicas de interrogatorios avanzados) que se acercan a la definición de tortura y entrarían dentro de las infracciones graves del cuarto Convenio de Ginebra, conculcando

12 En la doctrina en lengua castellana, véase, sobre la diferenciación, Rodríguez Mesa, M.J.; *La Tortura y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*. Ed. Comares 2000.

13 – “The definition(s) of Torture in International Law, Current Legal Problems 467, 468 M.D.A Freeman ed. 2002

14 El Comité contra la Tortura supervisa el cumplimiento de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Está compuesto de diez expertos elegidos por su “gran integridad moral y reconocida competencia en materia de derechos humanos”. De conformidad con el artículo 19 de la Convención contra la Tortura, los Estados Partes deben presentar al Comité, por conducto del Secretario General, informes sobre las medidas que hayan adoptado para dar efectividad a los compromisos contraídos en virtud de la Convención. El Comité examina en qué medida las disposiciones de la Convención se han incorporado a la legislación nacional y cómo esto funciona en la práctica. El Comité examina cada informe y puede formular comentarios y recomendaciones generales, e incluir esta información en su informe anual a los Estados Partes y a la Asamblea General. Estos procedimientos se desarrollan en reuniones públicas. En más detalle, Mariño Menéndez, F.; “El Comité contra la tortura de Naciones Unidas. Apunte para un análisis de situación” *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* n. 35 2014 pp. 13-27.

15 Por ejemplo, la decisión del Comité contra la Tortura en el caso *Hajrizi Dzemajil et al. C. Yugoslavia* n.161/2000 Doc. A/58/44, p. 101 “... el Comité considera que los reclamantes han demostrado suficientemente que la policía (agentes públicos), aunque habían sido informados del riesgo inmediato que los reclamantes estaban corriendo, y habían estado presentes en la escena de los acontecimientos, no tomaron las medidas apropiadas para protegerlos, lo que implica aquiescencia en el sentido del artículo 16 del Convenio”.

16 Asunto *Campbell y Cosans c. Reino Unido* 1982, sentencia de 22 de febrero.

17 El Comité de Derechos Humanos fue establecido de conformidad con el artículo 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos con la función de vigilar la aplicación del Pacto por los Estados Partes. El Comité se compone de 18 expertos independientes

18 Respecto del primero, véase, Asunto *Schedko v. Bielorusia* 886/99 donde el Comité consideró que situaciones fácticas podían tener el efecto de intimidar o castigar a las familias de forma intencional, dejándolas en un estado de incertidumbre y estrés emocional; por cuanto al segundo, véase, Asunto *Dzemajil et al. v. Yugoslavia* (CAT 161/00) donde la mayoría de los miembros del Comité estimó que el incendio intencionado y destrucción de asentamientos de poblaciones gitanas realizado con una intención racista era constitutivo de un trato cruel, inhumano o degradante, y un grupo minoritario de jueces considero que la destrucción de propiedad y el ataque racista tenía el efecto de un daño mental grave equiparable a un trato inhumano.

19 Gran Sala, fallo de 28 de julio de 1999 EHRR 403 ¶101.

las leyes de guerra y violando en último término las garantías de la Convención contra la Tortura²⁰.

B) Intencionalidad.

La Tortura también es considerada como un acto que intencionalmente se inflige a una víctima para causarle un daño o sufrimiento físico o mental. Así, la intencionalidad es uno de los componentes básicos que conforman el concepto internacional de tortura²¹, resultando esencial que los Estados partes respeten este elemento a la hora de desarrollar la definición del tipo en las respectivas legislaciones penales²². Se ha discutido en los informes por los representantes estatales, si una negligencia culpable podría ser detonante para calificar un acto de tortura, al ser un elemento subjetivo de la responsabilidad penal del individuo presente en la mayoría de sistemas penales del Derecho comparado. Siendo este uno de los factores que ha retrasado su adecuación en las legislaciones penales nacionales, lo relevante en esta situación no es tanto la motivación subjetiva —sea por parte del individuo o del Estado—, dado que hay que entender la intención de éste en forma objetiva por cuanto a las necesidades cuasi-criminales y humanitarias del Convenio y su interpretación *pro homine*.

C) Finalidad

El elemento de la finalidad es central para la definición de la tortura según la práctica de los órganos internacionales y también sirve para diferenciar a la tortura de la figura de los malos tratos. La jurisdicción penal internacional ha señalado que la tortura se diferencia de otras acciones conscientemente dirigidas a causar un grave daño o sufrimiento en base al elemento de finalidad. Así en el *Asunto Delalic*, la Sala de Primera Instancia manifestó que "...la tortura se distingue de otros delitos donde intencionalmente se provoca un gran sufrimiento o daño grave, principalmente sobre la

base de su elemento finalista, a los efectos de construir la violación de mujeres como actos de torturas"²³ y en el *Asunto Akayesu*, el Tribunal de Ruanda lo planteó de manera más enfática al declarar que "...al igual que la tortura, la violación se utiliza con los propósitos de intimidación, degradación, humillación, discriminación, castigo o destrucción de una persona. Al igual que la tortura, la violación es un quebrantamiento de la dignidad personal, y de hecho constituye delito de tortura cuando es cometida por un funcionario público y otra persona en el ejercicio de funciones públicas, o a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia"²⁴.

Para que se cumpla la prohibición del artículo 1, la conducta debe realizarse con la intención de *extraer una confesión, obtener información* de una víctima o tercera persona; como *castigo, intimidación, coerción* o como *acto de discriminación*, siendo lo anterior una enumeración más ilustrativa que exhaustiva. En un primer momento resultó problemática la expresión "*con el fin de obtener*" en su versión inglesa: "*for such purposes as*", que permitía una interpretación abierta a los motivos que lleven a un acto de tortura. Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos ha mantenido que esto podría incluir actos que no tuviesen conexión con un acto de Estado, lo cual parece contrario a la noción de tortura existente en el Convenio, de ahí que, si bien no es una lista exhaustiva, la interpretación de los fines se tiene que realizar de forma natural con los fines mencionados²⁵. Por todo lo anterior, para el Convenio Universal, todo fin debe ser vinculado a los intereses y acciones del Estado o de sus órganos y aquí la conexión política ha sido evidente, donde se han considerado actos de tortura a aquellos daños infligidos por motivos políticos tales como la participación en actividad política de un partido de oposición, apoyar a líderes de la oposición, o simplemente ser opositor al partido gubernamental. Muy diferente es lo que ocurre con el Convenio Interamericano para prevenir y sancionar la tortura, cuyo artículo 2 incluye la expresión "*con cual-*

20 El Comité contra la Tortura ha señalado expresamente que inmovilizar a los detenidos en posturas dolorosas, encapucharlos, amenazarlos e impedirles dormir son métodos de interrogatorio que incumplen la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes.

21 Así en el asunto *Ilhan c. Turquía*, el TEDH mantuvo que, junto a la gravedad del trato, existe un elemento intencional que reconoce el Convenio contra la Tortura de Naciones Unidas ... que define ésta en términos de la producción de un grave daño o sufrimiento intencional con el objetivo *inter alia*, de obtener información a través del castigo o la intimidación Comunicación No. 22277/93 TEDH 2000-VII, sentencia de 27 de junio de 2000 § 85.

22 Comité contra la Tortura, Observación General n. 2, p. 14 par. 9.

23 Asunto N. IT-96/21/T, Sentencia de 16 de noviembre 1998. En el asunto *Fiscal c. Jean Paul Akayesu*, el Tribunal estimo que la violación era equiparable a la tortura "porque al igual que esta, la violación puede ser utilizada para fines de intimidación, degradación, humillación, discriminación, castigo, control o destrucción de una persona. De igual forma que la tortura, la violación es una afrenta a la dignidad personal, y en realidad la violación es sinónimo de tortura cuando se produce por la instigación o el consentimiento de un funcionario público u otra persona actuando en capacidad estatal". Asunto No. TPIR 96-4-T 2 septiembre 1998.

24 Asunto N. ICTR-96/4/T Párrafo, 597.

25 El TEDH en una ocasión, asunto *V c. Reino Unido* mantuvo que la ausencia de propósito alguno no puede llevar de forma categórica a no admitir que ha existido una violación del artículo 3 del CEDH.

quier otro fin” —en versión inglesa, “*any other purpose*”—, de ahí que esta sea una definición más amplia y expansiva²⁶ en la que tampoco se alude a la gravedad del daño, y esto se entiende como una forma de reacción ante una problemática que en su época fue muy persistente en América Latina.

D) La participación de funcionarios públicos

En primer lugar resulta imperativo determinar quiénes son los sujetos activos de un acto de tortura. A pesar de numerosas reuniones en los grupos de trabajo no se llegó a consenso sobre la definición de “funcionario público”, por lo cual fue necesario esperar a un mayor grado de madurez en la jurisprudencia del Comité contra la Tortura para vislumbrar cierta claridad de la figura²⁷. En principio, se refiere al control que ejerce el gobierno de *iure*, para después evolucionar hacia el control *de facto*. Sobre los actores no estatales y el control que ejercen sobre el territorio, el Comité ha dictado opiniones en ocasiones contradictorias, pero fundadas en los informes y pruebas existentes. Así, en el *asunto GRB c. Suecia*, consideró que las sevicias sufridas por la víctima debido a la acción de Sendero Luminoso no representaban un acto de tortura según el artículo 1; y en otro caso, el *asunto Elmi c. Australia*, el Comité estimó que en ausencia de un gobierno central en Somalia, un verdadero Estado fallido, “...los señores de la guerra que operaban los grupos enfrentados resultaba en una institucionalidad cuasi gubernamental que ejercían ciertas prerrogativas que lo asemejaban a las que realizarían cualquier otro gobierno”. Regresando poco después a un veredicto más conservador en el *asunto H.M.H.I v. Australia* donde ante la existencia de un gobierno provisional, entendió que los actos de entidades, grupos, o facciones que no estuvieran sujetos a la autoridad o tolerancia de este gobierno, no recaían en la definición de tortura según el artículo 1.

En segundo lugar, por cuanto a la responsabilidad de los actores estatales dejando de lado la autoría, un ámbito más vinculado al Derecho Penal nacional y al

Derecho Penal Internacional, el Derecho Internacional de los derechos humanos incide más en otras categorías de participación, por ejemplo, la instigación que lleva a la responsabilidad estatal cuando los agentes —directa o indirectamente— participan en actos de tortura, y se activa cuando se realiza cualquier acto de participación. En la actualidad, la guerra contra el terrorismo ha llevado a un estado de paroxismo de incitación permanente a través de la separación de dignidad humana del adversario para convertirlo en objetivo sobre el que lanzar la defensa del Estado. Ejemplo de ello, son los memorándums de la CIA justificando o ilustrando formas de comisión de tortura. En el mismo orden de ideas, encontramos otras figuras participativas como la subrogación de la tortura a terceros y en lugares fuera de la jurisdicción estatal siempre con la aquiescencia o consentimiento expreso del país mandante, que también activan la responsabilidad estatal según el artículo 1.

El Comité contra la Tortura elaboró su concepto de consentimiento o aquiescencia de funcionarios públicos si bien respecto de tratos inhumanos. En el *asunto Dzemajil c. Yugoslavia*²⁸ se consideró que la autoridad policial no había adoptado las medidas necesarias para impedir la destrucción de campamentos de personas de etnia gitana a pesar de que conocían la situación de riesgo que enfrentaban, basando su decisión en el artículo 16 del Convenio, argumento que se ha repetido en otras ocasiones, y que el hecho de que el Estado parte no hubiera formalizado —ni a los autores del delito ni a funcionarios públicos— representaba una violación del artículo 12²⁹.

En el ámbito más general de protección de derechos humanos, el Tribunal de Estrasburgo ha declarado que un Estado viola sus obligaciones del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos cuando no toma las medidas adecuadas que puedan impedir la comisión de actos de tortura por actores no estatales³⁰, extensible a otras situaciones de violencia doméstica cuando se demuestra que el Estado tenía conocimiento de la

26 Asunto de los Hermanos Gómez Paquiyauri c Perú, se afirmó: “en el caso de violaciones masivas de los derechos humanos, la finalidad del uso sistemático de la tortura es intimidar a la población, cuando los actos de tortura son repetidos también se cumple con el requisito de la finalidad”. Sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C. no. 160 par. 116, y Asunto Tibi c. Ecuador donde la Corte entendió que “la ejecución reiterada de estos actos violentos tenía como fin disminuir las capacidades físicas y mentales de la víctima y anular su personalidad. ...” Sentencia de 7 de noviembre de 2004, serie C No. 114, par. 148.

27 En el derecho internacional humanitario, sobre el problema de la imputación en relación al concepto de “control efectivo” como “control global”, véase, la sentencia del Tribunal Penal internacional para la antigua Yugoslavia en el asunto Tadic de 15 de julio de 1999

28 N. 161/2000 Doc. A/56/44 p. 101.

29 Para una mayor comprensión y eficiencia en la aplicación del Convenio, el Comité desarrolló su Observación General n.2, en el 39º período de sesiones de 2007, en concreto, puntos 15, 16, 17 y 18, Cfr.; https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CAT/00_5_obs_grales_CAT.html.

30 Véase, *asunto A. v. Reino Unido* No. Aplicación 25599/94, sentencia de 23 de septiembre de 1999, en el ámbito de malos tratos en las relaciones paterno filiales.

comisión de los mismos y no adoptaba medidas de protección, y de sanción para el victimario³¹.

En el ámbito americano, la paradigmática sentencia que abrió la vía de la jurisdicción contenciosa, por cuanto a las denuncias estatales, resolvió el *asunto Vélez Rodríguez c. Honduras* encontrando que el Estado era responsable del acto de una persona privada en razón de la violación de su debida diligencia a la hora de impedir o interferir en actos de tortura.

Este consentimiento implícito del Estado o su ineficacia sistémica para hacer frente a actos de tortura o malos tratos, nos permite preguntarnos si no sería útil a los efectos del fortalecimiento de los derechos humanos presumir que un comportamiento privado de esta naturaleza conllevaría la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de sus obligaciones derivadas de la ratificación de estos textos.

De una lectura del artículo 1 sobresale la naturaleza oficial, pero acaso ¿no sería ello equiparable al mal funcionamiento de los servicios estatales, la discriminación, el desprecio por la dignidad humana, o la falta de medios como constituyentes de una “obtención de” un sentimiento como la sumisión, el terror o pánico que impide el empoderamiento y el fortalecimiento de la sociedad civil a través del Estado? Ciertamente la tortura no se refiere a los actos de crueldad humana, pero aislando estos a mentes con graves padecimientos psiquiátricos queda una *cifra oscura* de criminalidad donde el Estado puede verse como responsable último. Así se ha indicado en dos sentencias anteriores relativas a los malos tratos en el ámbito doméstico en dos países tan dispares como el Reino Unido y Turquía.

Una postura distinta, pero basada principalmente en una ausencia de vínculo, fue la que adoptó la Corte Interamericana en el *asunto Campos algodóneros c. México*, donde se estimó que los agentes estatales no tenían conocimiento de los sujetos que cometían los asesinatos y desapariciones de mujeres y niñas en Ciudad Juárez, quedando sin probar grado alguno de aquiescencia del Estado con los perpetradores señalan que desconocían que las denunciadas corrían el riesgo de ser torturadas³². En su Observación general n.2, el Comité ha sido más explícito a la hora de pedir mayor

involucración de los Estados a través de la adopción de medidas efectivas para impedir que las autoridades puedan consentir o tolerar cualquier forma de tortura.

Asimismo, es de resaltar la adopción de un Protocolo optativo a la Convención³³ que establece un sistema complementario dual de control, entre sus medidas empuja a la creación de un Mecanismo nacional de Prevención de la tortura que interaccione con un Subcomité internacional compuesto por 10 miembros, como mecanismo de prevención preferible a la sanción³⁴. Este Protocolo es un instrumento innovador para reducir los actos de tortura, y aborda la tortura con un enfoque radicalmente diferente a la Convención.

De la revisión anterior se deduce que, a resultas de la amplia y diversa jurisprudencia existente, sería deseable que el Comité contra la Tortura forjara un Comentario general conjunto de los artículos 1 sobre tortura y 16 sobre tratos inhumanos y degradantes, a los efectos de una mayor clarificación y para aumentar la capacidad preventiva del Convenio.

4. Actos que no son constitutivos de tortura

A diferencia del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 1 del Convenio describe como excepción a la prohibición de la tortura, aquellas sufrimientos o dolor que derivan de forma inherente o incidental a una sanción legítima³⁵. Esta cláusula fue insertada tras la insistencia de algunos países del islam y la delegación de Estados Unidos, que justifican castigos físicos y/ o la pena de muerte. Tanto el Comité de Derechos Humanos como el Comité contra la Tortura, carecen de una interpretación al respecto y sólo en la Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes adoptada en 1975 por la Asamblea General de Naciones Unidas en su artículo 1, último párrafo se afirma que la sanción legítima debe corresponderse con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. El Relator de Naciones Unidas considera que sanción legítima debe entenderse como toda privación de libertad dictada por un tribunal lo que es común a todos los sistemas penales del mundo.

31 véase, *Asunto Opuz c. Turquía*, No, Aplicación 33401/02 Sentencia 879, de 9 de junio de 2009.

32 Sin embargo, si se obligó al Estado de México por falta de diligencia en la represión de los hechos de desaparición y asesinato de tres mujeres a adoptar en el área de Ciudad Juárez medidas de reparación transformadora de la situación allí existente considerada por la Corte como discriminatorio por razón de género.

33 Protocolo facultativo a la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes adoptado el 18 de diciembre de 2002 por la Asamblea General de Naciones Unidas, en vigor desde el 22 de junio de 2006 tras la ratificación de 20 países.

34 Evans, M.; Haenni Dale, C.; “Preventing torture? The development of the Optional Protocol to the UN Convention Against Torture” *Human Rights Law Review* vol. 4 2004 pp. 18-44.

35 Véase, Van Zyl Smit, D.; Snacken, S.; *Principles of European Prison Law and Policy. Penology and Human Rights* Oxford University Press 2009, existe traducción en lengua castellana, *Principios de Derecho y Política penitenciaria europea* Tirant lo Blanch 2013, (coord) Muñoz Aunió, A.; Muñoz Morales, M.

No obstante, el cumplimiento formal de la sanción sí puede recaer en un comportamiento contrario al artículo 1 del Convenio, por ejemplo, los azotes, lapidación o amputación de miembros, no pueden considerarse legítimos a pesar de ser refrendados por un procedimiento interno y de acuerdo con el principio de derecho internacional de los Estados, estos últimos no pueden invocar su legislación interna como justificación en su inobservancia de las obligaciones internacionales.

Los órganos de monitorización han puesto en evidencia qué sanciones legales en el orden interno no se corresponden automáticamente como una sanción legítima en el sentido del artículo 1. Así el comité de Derechos humanos en el *asunto Osborne c. Jamaica* (759/97) apuntó que la legalidad de toda sanción tendrá que ser determinada por referencia a la normativa nacional e internacional. En el *asunto Voullanne c. Finlandia* (265/87) se indicó que la privación de libertad a la que el demandante estaba sometido no representaba una violación del artículo 7, sino una medida disciplinaria legítima. Por el contrario, en casos de pena de muerte, el Comité si ha encontrado violación del artículo 7 del Pacto.

Situación similar acontece en la práctica del Comité para la sanción de la tortura (CAT), en el *asunto Nikolov c. Bulgaria* (261/2005), se consideró que el daño o sufrimiento incidental a una sanción legítima sólo es admisible cuando sea proporcional. En el *asunto A. S v. Suecia* (149/99) el Comité estableció que la sanción de “lapidación” era constitutiva de tortura bajo el artículo 1, de lo que se entiende que las sanciones legítimas tienen que ser interpretadas de forma restrictiva de conformidad con los propósitos y objetivos del Convenio.

5. Las Obligaciones estatales derivadas del artículo 1 del Convenio

Los tratados internacionales de derechos humanos ofrecen a los individuos un catálogo de garantías vinculadas a unos derechos y cada uno de estos comporta una obligación del Estado. El elemento fundacional es que el derecho humano representa la articulación normativa de reglas fundamentales que articula la relación del órgano de la sociedad organizada —en general el Estado—, y el individuo miembro de la sociedad. En este caso, el Convenio para la sanción y prevención de la tortura impone obligaciones a los Estados, no al individuo. El Comité en su Observación general n.2 apuntó que los Estados debían adherirse a la definición de tortura del artículo 1 a los efectos de establecer la obligación estatal.

A) La obligación de adoptar una legislación que criminalice la tortura

En el artículo 4 del CAT se afirma de forma explícita que los Estados miembros deben aprobar la legislación interna para sancionar penalmente actos de tortura incluida la tentativa de la misma, y esto implica transponer en su legislación interna la definición de la tortura según el artículo 1 del CAT³⁶. El Comité CAT examina si las definiciones que adoptan los Estados son compatibles con el tenor del Convenio a través de las observaciones sobre informes de los Estados partes, tratando de eliminar las discrepancias entre la definición convencional y la que utiliza la norma penal nacional que pudieran dejar terreno abierto a la impunidad. Por ejemplo, nos encontraríamos ante un incumplimiento del convenio si un Estado persigue sólo como actos de malos tratos situaciones que contienen elementos de tortura. Además, el Comité ha mostrado su preocupación por cuanto a las penas adecuadas para sancionar la tortura, pero no indica una pena mínima que pueda condecirse con la gravedad del delito. A excepción del *asunto Kepa Urdi c. España*, en el que el Comité estimó que existía una violación del artículo 4(2) debido a la imposición de leves penas a tres miembros de las fuerzas de seguridad que habían sido encontrados culpables de tortura.

B) El deber de investigar los casos de tortura

En el *asunto Velasquez Rodriguez*, con fallo del 29 de julio de 1988, la Corte de San José sostuvo que el Estado está obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca —en cuanto sea posible— a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción.

Este deber de investigar se encuentra tanto en el artículo 12 como el art. 13 del Convenio, que establece el derecho a presentar una queja a la autoridad competente la cual debe ser atendida con celeridad y a través de una investigación imparcial. A este deber de celeridad e imparcialidad el Comité ha añadido el requisito de la efectividad, exhaustividad, imparcialidad del investigador quien debe contar con suficiente experiencia, el hecho de que la investigación llegue a determinar tanto la naturaleza del acto denunciado como la identidad del victimario. Resulta evidente que todo lo anterior va a depender del escenario concreto y de la situación fáctica del país en cuestión. Así en el *Asunto Blanco Abad c.*

36 Vid. supra.

España, el Comité consideró la infracción del artículo 12 por entender *excesivo*, el plazo de 18 días entre la denuncia inicial de malos tratos y el inicio de la investigación. Sin embargo, en el *asunto Saadia v. Túnez*, este plazo se amplió a 23 meses para que fuera estimada la misma violación del artículo 12.

C) *La obligación de excluir las declaraciones obtenidas mediante tortura*

El artículo 15 del Convenio afirma que los Estados miembros se aseguraran de que toda declaración que quede probada que se realizó como resultado de la tortura no será invocada como prueba en procedimiento alguno y el artículo 14. (3) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos establece que nadie será obligado a testificar contra sí mismo, o a confesar culpabilidad, de lo que se infiere que toda declaración obtenida mediante tortura es inadmisibles. El Comité de Derechos Humanos ha reforzado esta obligación en su Observación general n. 20, señalando que "...es importante para desincentivar violaciones del artículo 7 que la legislación interna prohíba la admisibilidad en los procesos judiciales de declaraciones o confesiones obtenidas mediante tortura u otro trato prohibido"³⁷, en base a la teoría conocida en la mayoría de culturas jurídicas del mundo como "los frutos podridos del árbol venenoso", que sin embargo, se ha puesto en suspenso como daño colateral de la lucha contra el terrorismo. La denominada guerra contra el terrorismo ha supuesto un retroceso en los avances conseguidos hasta la fecha, y las normas de excepción establecidas de forma unilateral suponen un alto precio a pagar en razón de la pérdida de libertades civiles. Sería deseable que, si es ineludible pagar un precio, este se destine a diseñar propuestas que minimicen el riesgo de limitar la libertad, en lugar de pergeñar un sistema complejo de legitimación judicial de la tortura que en última instancia conculca la dignidad humana.

Por cuanto al ámbito de aplicación del artículo 15, en el *asunto P. E. c. Francia*, (193/01) el Comité mantuvo que toda declaración de la víctima sobre sí mismo o una tercera persona quedaría sujeta a la prohibición que se extendería a toda información o prueba de declaración conseguida por medio de la tortura, y la obligación del Estado de asegurarse de que ningu-

na información es extraída con tortura, y de prestar a las personas con el derecho a recurrir la legalidad de toda prueba que se sospeche haya sido obtenida por tortura.

D) *La obligación de formar personal y establecer salvaguardias procedimentales.*

En la mayoría de casos, la tortura se produce cuando una persona esta privada de libertad, ya sea de forma judicial o administrativa. El Convenio en sus artículos 10 y 11 se refiere a estas obligaciones. Según el primer artículo de los nombrados, se debe formar al personal que puede entrar en contacto con detenidos, lo que se extiende a situaciones de retención en hospitales, centros educativos o similares³⁸. Los programas de formación se tienen que centrar en las disposiciones del Convenio y en este sentido, el Protocolo de Estambul³⁹ debe ser parte esencial de la enseñanza en el que los Estados deben evaluar el índice de efectividad y el impacto de la formación en la incidencia de actos de tortura.

En relación al artículo 11, este contempla el deber de los Estados partes de revisar sus reglas, instrucciones, métodos y prácticas de interrogación, así como las instalaciones de custodia de personas detenidas. El Comité considera que para cumplir con el artículo 11 es necesario adoptar los estándares internacionales, a saber, *las Reglas de Estándares Mínimos para el trato de los presos, y el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas bajo cualquier forma de detención o condena privativa de libertad*⁴⁰. Así se entendió en el *asunto Barakat c. Túnez* en el que la violación del artículo 11 se determinó tras la muerte de un detenido bajo custodia policial⁴¹.

Sin embargo, más allá de todas las anteriores obligaciones derivadas del contenido de la Convención, se hace notorio que la erradicación de la tortura y de los tratos inhumanos por parte de los Estados miembros de la comunidad internacional, no depende de la ratificación de ningún tratado, pero a través de esta se consolida en el orden jurídico internacional la percepción de que el Estado acepta los mecanismos internacionales de control.

37 General Comment 20, Article 7 (Forty-fourth session, 1992), Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 30 (1994).

38 Committee Against Torture, General Comment 2, Implementation of article 2 by States Parties, U.N. Doc. CAT/C/GC/2/CRP. 1/Rev.4 (2007) http://hrlibrary.umn.edu/cat/general_comments/cat-gencom2.html

39 Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, 2004 <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training8Rev1sp.pdf> (última consulta, 20 noviembre 2006)

40 Vid. infra.

41 CAT Comunicación No. 60/1996, 10 de noviembre de 1999.

6. La Interpretación Dinámica del artículo 1 del Convenio

La concepción clásica de la tortura se centra en ocasionar daños y sufrimientos en el transcurso de investigaciones criminales o en el contexto de la reclusión, pero la práctica de las instituciones internacionales ha permitido ir más lejos, y si bien el CAT en su momento fue criticado por no considerar actos de tortura fuera del contexto custodial, recientemente ha comenzado a reconocer la gravedad del daño. Históricamente, la tortura en ambientes no custodiales, por ejemplo, la violencia contra la mujer —violencia de género⁴², violaciones, asesinatos por honor, asesinatos por dote, o la mutilación genital⁴³—, la tortura en el ámbito de los servicios médicos —la negación de los derechos reproductivos o impedir el aborto⁴⁴—, violencia contra los menores⁴⁵, desapariciones forzadas⁴⁶ o el tráfico de seres humanos⁴⁷ eran considerados como asuntos privados que ocasionaban daños sin intervención de agentes estatales, y por ende, no eran equiparables a actos de tortura. Sin embargo, el Comité ha mantenido que la tortura también puede acontecer en ámbitos no custodiales, acarreado la responsabilidad estatal del artículo 1 cuando sean tolerados por la autoridad estatal, argumento que se reafirmó en su Observación general n.2 que establece la posibilidad de responsabilidad del Estado cuando su omisión de intervención fomenta, o aumenta el peligro de sufrir daños por particulares.

7. El derecho de la víctima a indemnización

Uno de los derechos más importantes de las víctimas de la tortura es su derecho a obtener compensación. Así

el artículo 14 del Convenio sobre la sanción de la tortura obliga a los Estados miembros a asegurar que sus sistemas legales contemplan el derecho de la víctima a alegar actos de tortura y a que exista una compensación adecuada. En un primer momento, pareciera que esta disposición era atribuible en exclusiva a los actos de tortura como se determinó en el *asunto Dzemajil c. Yugoslavia*⁴⁸, si bien en la Observación general núm. 3 (2012) sobre la aplicación del artículo 14 por los Estados partes, lo extendió a los tratos crueles, degradantes o inhumanos.

Bajo el término “reparación” del artículo 14 que es un artículo esencial en la lucha contra la tortura, se engloba un remedio efectivo de indemnización que según el Comité va más allá de la compensación económica para incluir la restitución, rehabilitación, satisfacción y la garantía de no repetición. Así en su comunicación *Kepa Urria Guridi v. España*⁴⁹ el Comité explicó que el artículo 14 debería cubrir todos los perjuicios sufridos por la víctima, lo que incluiría entre otras medidas, la restitución, compensación y rehabilitación de la víctima así como la garantía de no repetición del comportamiento. Así, las obligaciones de los Estados son tanto procedimentales como sustantivas. Las primeras se refieren a la necesidad de establecer mecanismos legales para cumplir con el Convenio, y a crear un órgano imparcial e independiente de investigación, respecto de las segundas, a asegurar a las víctimas la reparación plena y efectiva⁵⁰. En el *asunto Assanidze c. Georgia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reafirmó el alcance de la obligación estatal de asegurar compensación a las víctimas de malos tratos⁵¹.

42 Observación general sobre Ecuador 2010

43 Observación General sobre Camerún 2004, y Observación General sobre Togo, 2006. Si bien, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer en sus Observaciones generales n. 14 y 19 consideran estos episodios como actos de discriminación y de violencia contra la mujer pero no las etiqueta como forma de tortura o malos tratos.

44 Observación General sobre Irlanda 2011

45 El Convenio sobre derechos de los menores no prohíbe los castigos corporales de los menores, es por esto que la prohibición de la tortura y de los tratos o penas inhumanas gradualmente se aplica para proteger a los menores en la esfera privada inclusive considerando el abandono paterno como un acto degradante e inhumano, por ejemplo, en el Asunto Y y otros c. Reino Unido

46 En el asunto Quinteros c. Uruguay, el Comité de derechos humanos sostuvo que Uruguay había violado el artículo 7 del PIDCP no sólo por la desaparición de la Señora Elena Quinteros sino también respecto de su madre, debido a “la angustia y stress que se le causa por la preocupación constante por el destino y paradero de su hija. La madre tenía derecho a conocer qué le había ocurrido a su hija”.

47 Observación General sobre Alemania 2011

48 Comunicación No. 161/2000, U.N. Doc. CAT/C/29/D/161/2000 (2002).

49 Communication No. 212/2002, U.N. Doc. CAT/C/34/D/212/2002 (2005).

50 Por víctima también se entenderá a la familia inmediata o a las personas a cargo de la víctima, así como las personas que hayan sufrido daños al intervenir para socorrer a una víctima o para impedir su victimización.

51 Un fallo en el cual se considera que el Estado ha incumplido con su obligación jurídica según el artículo 46 de poner fin a la violación y reparar los daños. Si por otro lado, la legislación nacional no permite – o sólo de forma parcial, la reparación por las consecuencias de la infracción, el artículo 41 faculta a la Corte prestar a la parte ofendida con la satisfacción que considere apropiada. De esto se infiere, inter alia, que una sentencia de la Corte que encuentra una violación del Convenio o de sus Protocolos impone al Estado infractor la obligación jurídica no sólo de pagar a las víctimas las cantidades concedidas como justa satisfacción sino además de elegir sujeto a la supervisión del Consejo de Ministros, la medida general, o si fuera necesaria, individual de adaptar su orden jurídico nacional para poner

Evidentemente este artículo entra en escena luego de ocurrido el daño, aun así, las reparaciones tienen un efecto preventivo y disuasorio en relación a futuras violaciones, y a esta indemnización estatal el CAT le añade un fondo especial de asistencia a las víctimas que se compone de contribuciones voluntarias ingresadas por los Estados, por víctimas hay que entender también a los familiares directos de éstas.

8. Análisis de la Jurisprudencia del Comité contra la Tortura a través del proceso de comunicaciones, observaciones generales respecto de informes estatales y procedimientos especiales

Las decisiones del Comité contra la Tortura se producen bien por procedimiento de quejas, observaciones generales a informes nacionales y a través de procedimientos especiales⁵². En todos ellos, el Comité ha aplicado un estándar básico de dolo concluyendo que los actos específicos llevados a cabo eran constitutivos de tortura sin necesidad de que se cumpliera un dolo específico, por ejemplo en casos de golpizas por parte de fuerzas de seguridad. Para ello al Comité le bastó con basarse en la producción dolosa de un daño o sufrimiento para un fin ilícito, y esto ha sido seguido por tribunales penales internacionales y otros organismos jurisdiccionales. El principio de legalidad se cumple en función de los hechos y las circunstancias que rodean el caso.

A) comunicaciones individuales

La mayoría se han centrado en la violación del principio de *non-refoulement* que se encuentra en el artículo 3, y en las ocasiones en las que se alegaron actos específicos del artículo 1, por ejemplo, *asuntos Dimitrijevic, Dimitrov y Danilo c. Serbia y Montenegro*⁵³, el Comité respondió a la existencia de actos de tortura, y en el *asunto Saadia Ali v. Túnez*, se estableció la tortura de las circunstancias y evidencias que

rodeaban al caso⁵⁴, estas pueden ser determinadas por pruebas forenses por cuanto a heridas y marcas en el cuerpo⁵⁵.

B) Observaciones a informes estatales

En la década de 2000 a 2010, la cuestión de la intencionalidad (dolo) para cometer tortura sólo se presentó en un caso, por cuanto a actos ocurridos en Colombia en 2009. En su respuesta al Informe, el Comité se mostró preocupado respecto de la definición en Colombia de tortura, por cuanto "...dejar abierta la posibilidad de una errónea definición asimilando la tortura a otros delitos menos graves, por ejemplo, el de lesiones que no requiere prueba de la intención del victimario", llevaba a un registro infra representado de casos de tortura y conllevaba la impunidad para esos crímenes. El Comité indicó que consideraba "la intencionalidad" como un factor transcendental para diferenciar la tortura de otros crímenes, lo cual demuestra la importancia que la Convención otorga al criterio de la intencionalidad.

En una paradigmática respuesta al informe de Israel en 1997, el Comité fue más lejos al declarar algunos métodos de interrogación como propiamente actos de tortura, a saber; (a) la reclusión en condiciones extremas, b) la utilización de capuchas en circunstancias determinadas, c) el empleo de música a través de parlantes por períodos prolongados; d) la privación del sueño asimismo por extensos períodos; e) las amenazas, incluidas las de muerte; f) sacudidas violentas; g) la utilización de aire frío para llevar al congelamiento. Estos actos si se cometen con la aquiescencia de funcionarios públicos para propósitos del interrogatorio son suficientes para que el Comité establezca que se ha producido tortura.

C) Investigaciones especiales

El Comité ha llevado a cabo varias investigaciones confidenciales desde su establecimiento en 1988⁵⁶, en

fin a la violación encontrada por la Corte y realizar toda reparación posible de las consecuencias en todo lo posible para restaurar a la situación existente previo el incumplimiento. Comunicación n. 71503/01 ECHR 2004-II sentencia de 8 de abril de 2004.

52 Las decisiones del Comité carecen de valor jurídico vinculante pero los Estados deben en principio acatarlos ya que al ratificar el Convenio se han comprometido a aplicar de buena fe las obligaciones asumidas en virtud de la misma.

53 Todas relativas a ciudadanos serbios de origen gitano que habían sido golpeados por la policía durante la investigación de un delito, en todos el Comité dedujo la intencionalidad de las circunstancias que se alegaron. En concreto, se estableció que el grado de dolor o sufrimiento causado conscientemente y los graves insultos por su origen étnico, por parte de funcionarios públicos en el contexto de una investigación policial eran de tal naturaleza como para ser considerado tortura.

54 cfr. Asunto Falcón Ríos v. Canadá por torturas cometidas por el Ejército mexicano. Sobre la base de una denuncia de una mujer franco-tunecina que alegó haber sido detenida y golpeada por haber realizado una declaración ante un secretario judicial que la mando detener. Cfr. U.N. Doc. CAT/C/41/D/291/2006 (Nov. 26, 2008).

55 Numerosas quemaduras y heridas cortantes eran suficiente prueba e impedía su devolución a México. U.N. Doc. CAT/C/33/D/133/1999 (Nov. 23, 2004).

56 El Comité está facultado para llevar a cabo una investigación confidencial si recibe información sobre datos fundados de que la tortura se practica de forma sistemática en el territorio de un Estado parte.

estas el Comité no se centró en analizar actos individuales de tortura sino más sobre denuncias de tortura sistemática⁵⁷. A título de ejemplo tomamos la realizada a Brasil en la que se examinaron las condiciones de las prisiones y centros de detención, en la que se constató que existían "...graves problemas de hacinamiento y condiciones inaceptables por cuanto a la privación de libertad", pero que las mismas se derivaban de una complejidad de factores lo que no podría equiparse a una situación de tortura dado que las autoridades trataban de mejorar las condiciones de las instalaciones. No encontrándose prueba de "grave daño o sufrimiento" o un "propósito prohibido", el carácter extensivo de la situación que afecta al conjunto de la población carcelaria, unido a la ausencia de agresiones físicas o psicológicas, falta de objetivos punitivos y la ausencia de un propósito específico que define a la tortura, y que el Estado reconoce la situación y toma medidas para su subsanación⁵⁸.

9. A modo de conclusión

Primero, si bien son varios los textos internacionales que declaran el derecho a no sufrir tortura, sigue siendo el Convenio contra la tortura el que presta un derecho más detallado frente a la tortura. Y es el único que ofrece una definición de tortura a través de sus cuatro elementos constitutivos que son una guía útil para comprobar si los actos son de tortura o de malos tratos, además funciona como un Convenio universal de extradición basándose en el principio represor de *aut dedere aut iudicare*.

Segundo, la erradicación de la tortura y de los tratos inhumanos no depende de la ratificación de ningún tratado, pero a través de esta se consolida en el orden jurídico internacional la percepción de que el Estado acepta los mecanismos internacionales de control que incluyen la presentación y el debate público de informes periódicos, el examen de reclamaciones realizadas por las víctimas y regímenes de visitas y realización de encuestas, su eliminación no será sólo una cuestión de tiempo sino que requiere una perspectiva transcivilizacional, utilizando la afortunada expresión de Yasuaki Onuma, en su curso de la Academia de Derecho Internacional de La Haya en 2009.

Tercero, a resultados de la amplia y diversa jurisprudencia existente, sería deseable que el Comité contra la

Tortura forjara un Comentario general conjunto de los artículos 1 sobre tortura y 16 sobre tratos inhumanos y degradantes, a los efectos de una mayor clarificación y para aumentar la capacidad preventiva del Convenio.

Cuarto, la denominada guerra contra el terrorismo ha supuesto un retroceso en los avances conseguidos hasta la fecha, y las normas de excepción establecidas de forma unilateral supone un alto precio a pagar en razón de la pérdida de libertades civiles, es deseable como afirma en su obra Dempsey, J.; que si es ineludible pagar un precio, este se destine a diseñar propuestas que minimicen el riesgo de limitar la libertad, en lugar de pergeñar un sistema complejo de legitimación judicial de la tortura que en última instancia conculca la dignidad humana.

BIBLIOGRAFÍA

- BARRET, J.; *The Prohibition of Torture under International Law*, part. 2. The normative content en "The International Journal of Human Rights" Frank Cass Pub. Londres, vol. 5 n. 2 2001.
- BASSIOUNI, M.C.; DERBY, D.; "The Crime of torture" en m. C Bassiouni, *International Criminal Law*, vol. 1 Crimes, Dobbs Ferry pp. 363 y ssgs.
- CASSESE, A.; "Prohibition of torture and inhuman or degrading Treatment or Punishment" en R.St.J MacDonald, Matscher, F.; y Petzold (eds) *The European System for the Protection of Human Rights* Dordrecht, 1993.
- CONDE PÉREZ, E.; TEDH – Sentencia de 28.02.2008, Saadi c. Italia 37201/06 – artículo 3 CEDH – Prohibición de torturas y penas o tratos inhumanos o degradantes – terrorismo v. tortura. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 32 (2009) pp. 275-290.
- DANELIUS, H.; *Protection against torture in Europe and the World* en "The European System for the Protection of Human Rights" Ed. R. St. J. MacDonald, F. Matscher, y H Petzold, Martinus Nijhof Pub. Dordrecht, Holanda 1993.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.; *El delito de tortura*, Barcelona 1990.
- DEMPSEY, J.; "Civil liberties in a time of Crisis" 29 *Human Rights* 8, 8 (2002).

57 Según el anterior Relator Especial contra la tortura, T. VAN BOVEN al sostener que existen prácticas sistemáticas de tortura "cuando los actos de tortura no ocurren fortuitamente en un caso particular o en un momento particular, sino que se cometen habitual, amplia y deliberadamente en, al menos, una parte considerable del territorio del país en cuestión". *Informe provisional del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, sometido de acuerdo con la Resolución de la Asamblea General 58/164*, § 36.

58 Una postura distinta fue la tomada en el examen de Turquía Segundo en 1992 el Comité consideró que la reclusión solitaria en lo que se conocían como "ataúdes" representaba una "forma de tortura" Informe U.N GAOR 48 Sess. UN. Doc A/48/44/Add.1 (1993)

- EINOLF, “The Fall and Rise of Torture: a comparative and Historical analysis” *Sociological Theory* 25.5 junio 2007.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, R.; *El control internacional de la prohibición de la tortura y otros tratos o penas inhumanos o degradantes*, Universidad de Granada, 1998.
- GORLICK, B.; “The Convention and the Committee against Torture: A Complementary Protection regime for refugees” *International Journal of Refugee Law* vol. 11(3) 1999 pp. 479-493.
- HATHAWAY, O.; NOWLAN, A.; SPIEGEL, J.; “Torture reasoning: The intent to torture under international and domestic law” 2012 Faculty Scholarship Series, Paper 4723 pp. 791-837.
- JOSEPH, S.; y otros; *Seeking remedies for torture victims: a Handbook on the individual complaints procedures of the un treaty bodies* 207 (2006).
- MARIÑO MENÉNDEZ, F.; “La prohibición internacional de la tortura” ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/29/19/03marino.pdf.
- “La Convención contra la Tortura” en Gómez Isa, F. (dir.) y Pureza, J.M, *La Protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Deusto, 2004 pp. 243-277.
- “La tortura y los tratos inhumanos en el conflicto iraquí” en *El Conflicto de Iraq y el Derecho Internacional: El caso Couso/ coord.*, Albert Galinsoga Jordá, 2013, pp. 335-346.
- “La erradicación de la tortura como objetivo jurídico: Luces y sombras de la contribución del Derecho Internacional” *Eunomia, Revista en Cultura de la Legalidad* n. 1 septiembre 2011- febrero 2012 pp. 97-106.
- MORGAN Y EVANS, *Preventing Torture*, Clarendon Press, Oxford 1998.
- NOWAK, M.; “Torture and Enforced Disappearance” en Krause, C.; Scheinin, M.; (eds) *International Protection of Human Rights: A Textbook*. Turku Institute for Human Rights 2009.
- NOWAK, M.; “Torture: Perspective from UN Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment” *NTU Rev.* 7 (2012) 465.
- RIBOTTA, S.; “Sobre el Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y la regulación en el Derecho español. Mejor prevenir que castigar” *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales* n. 85 enero-abril 2012 pp. 153-180.
- RODLEY, N.S.; *The Treatment of Prisoners under International Law* (2ed. Oxford, 1999).
- VAN ZYL SMIT, D.; SNACKEN, S.; *Principios de Derecho y Política Penitenciaria Europea*, Tirant lo Blanch 2016.
- Páginas webs consultadas.
International Rehabilitation Council for Torture Victims <http://www.ircct.org/>.