

LA NOCIÓN DE TORTURA, TRATOS CRUELES, INHUMANOS Y DEGRADANTES EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: CONSIDERACIONES A PROPÓSITO DEL CASO “BEATRIZ VS. EL SALVADOR

POR MARÍA CARMELINA LONDOÑO LÁZARO¹

1. Introducción

La prohibición absoluta de la tortura es una de las pocas normas que la comunidad internacional ha reconocido como imperativa, inexcusable y de alcance universal, por lo que hay un consenso convencional universal y regional sobre el núcleo de su contenido, su alcance y su carácter de *ius cogens*. Esa jerarquía normativa es una verdadera conquista del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), marco en el que se ha desarrollado un *corpus iuris* tendiente a la prevención y sanción de la tortura y de todo otro trato cruel, inhumano y degradante.

A pesar del amplio consenso internacional sobre las prácticas proscritas como tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes, últimamente, se ha intentado difundir una retórica que busca extender estas nociones a situaciones que no se ajustan a las exigencias prescritas convencionalmente, con lo cual parece una creación argumentativa orientada a imponer posiciones ideológicas sobre debates sociales altamente sensibles como el caso del aborto.

1. Abogada (Universidad de La Sabana, Colombia). LLM (Universidad de Queensland, Australia). Doctora en derecho *summa cum laude* (Universidad Austral, Argentina). Profesora e investigadora de La Universidad de La Sabana. Consultora experta para agencias nacionales colombianas y organismos internacionales en asuntos de Derecho Internacional y Derechos Humanos. Miembro fundadora de la Academia Colombiana de Derecho Internacional y de la Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional. Ex Viceministra de Asuntos Multilaterales del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia. Desde 2017, ha sido designada perito ante la Corte IDH en diversos casos. Correo electrónico: maria.londono1@unisabana.edu.co.

Esta modalidad discursiva se ha hecho presente en el caso “Beatriz vs. El Salvador”, que se refiere a la prohibición del aborto en el derecho doméstico del Estado y que involucra a una mujer con una enfermedad de base, embarazada de una niña que padecía de anencefalia y que falleció pocas horas después de su nacimiento. De hecho, el propio “Informe de fondo” producido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) “declaró la vulneración de los arts. 1 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura”² por parte de El Salvador.

Mientras la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) delibera, parece necesario reflexionar seriamente acerca de la noción de tortura y de los tratos crueles, inhumanos y degradantes en el DIDH, de los elementos que deben estar presentes en un acto para que pueda recibir esa tacha, así como de los riesgos que podría conllevar la extensión de dichos conceptos a otros supuestos que materialmente no corresponden y, además, no cuentan con respaldo de la *opinio juris* consistente de la comunidad internacional.

Con tal objetivo, en las siguientes páginas, se abordará primero el concepto, elementos constitutivos y exigencias de la tortura (parte 1), y luego de los tratos crueles, inhumanos y degradantes en el derecho internacional (parte 2); también, se explicitará la relación de la tortura con los tratos crueles, inhumanos y degradantes (parte 3). Segundo, se mostrarán las oportunidades y alertas que representa el caso “Beatriz” para la consolidación de un *ius commune interamericano* fiel a los valores y principios del DIDH (parte 4); finalmente, se propondrán unas conclusiones generales (parte 5)³.

1. La tortura en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: concepto, elementos constitutivos y exigencias

1.1. El concepto de tortura

1.1.1. Génesis y desarrollo de la tortura como prohibición absoluta en el derecho internacional

2. CIDH, Informe No. 9/20, Caso 13.378, Fondo, Beatriz, El Salvador, 3 de marzo de 2020, párr. 215.

3. Este trabajo se formuló sobre la base del peritaje presentado ante la Corte IDH en el caso “Beatriz”, según lo dispuesto en la Resolución del presidente de la CORTE IDH, en el caso “Beatriz y otros vs. El Salvador”, del 21 de febrero de 2023, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/beatriz_y_otros_21_02_2023.pdf (fecha de consulta 14/8/2023).

Pocos conceptos en el DIDH han recibido tanta atención como la tortura. Un análisis cronológico del despliegue que ha tenido esta grave conducta en instrumentos internacionales permite observar la importancia cardinal dada por la comunidad internacional y el núcleo auténtico de protección que ha sido acordado en los ámbitos universal y regional, según se observa en el siguiente cuadro⁴:

Instrumentos internacionales vinculantes	
Instrumento Internacional	Concepto de tortura y elementos esenciales
Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984)	<p>Artículo 1.</p> <p>“1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionalmente 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”.</p>

4. El resaltado y subrayado del cuadro es añadido.

<p>Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985)</p>	<p>Artículo 2. “Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. 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”.</p>
<p>Convención Europea para Prevenir la Tortura y las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (1987)</p>	<p>Artículo 1 “1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término ‘tortura’ todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”.</p>

<p>Estatuto de Roma (1998)</p>	<p>Artículo 7 (2) (e). “Por ‘tortura’ se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas”.</p>
<p>Instrumentos de <i>soft law</i></p>	
<p>Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1975)</p>	<p>“1. A los efectos de la presente Declaración, se entenderá por tortura todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras. 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 (...)”.</p>
<p>Declaración de Tokio de la Asociación Médica Mundial. Normas directivas para médicos con respecto a la tortura y a otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, impuestos sobre personas detenidas o encarceladas (1975)</p>	<p>“Para fines de esta Declaración, la tortura se define como el sufrimiento físico o mental infligido en forma deliberada, sistemática o caprichosamente por una o más personas, que actúan solas o bajo las órdenes de cualquier autoridad, para forzar a otra persona a entregar informaciones, hacerla confesar o por cualquier otra razón. (...)”.</p>

<p>Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente, los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1982)</p>	<p>Principio 4 “Es contrario a la ética médica el hecho de que el personal de salud, en particular los médicos: a) Contribuyan con sus conocimientos y pericia a interrogatorios de personas presas y detenidas, en una forma que pueda afectar la condición o salud física o mental de dichos presos o detenidos y que no se conforme a los instrumentos internacionales pertinentes 2/; b) Certifiquen, o participen en la certificación, de que la persona presa o detenida se encuentra en condiciones de recibir cualquier forma de tratamiento o castigo que pueda influir desfavorablemente en su salud física y mental y que no concuerde con los instrumentos internacionales pertinentes, o participen de cualquier manera en la administración de todo tratamiento o castigo que no se ajuste a lo dispuesto en los instrumentos internacionales pertinentes”.</p>
<p>Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (1988)</p>	<p>Principio 6 “Ninguna persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será sometida a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No podrá invocarse circunstancia alguna como justificación de la tortura o de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.</p>

<p>Protocolo de Estambul. Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1999)</p>	<p>“A los efectos del presente Manual se define la tortura con las mismas palabras empleadas en la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984”.</p> <p>Tortura psicológica</p> <p>“Párrafo 234. La mayor parte de los médicos e investigadores están de acuerdo en que el carácter extremo de la experiencia de tortura es suficientemente poderoso por sí mismo como para surtir consecuencias mentales y emocionales”.</p> <p>“Párrafo 235: Uno de los objetivos fundamentales de la tortura es reducir a la persona a una situación de desvalimiento y angustia extremos que puede producir un deterioro de las funciones cognitivas, emocionales y conductuales”.</p>
--	--

La relevancia del concepto y de su uso resultan evidentes, y se confirman con las palabras del Relator especial sobre la tortura, en el año 2010, quien sintetiza el carácter preeminente de la normativa internacional y la necesidad de evitar la desfiguración de la noción:

“43. El término ‘tortura’ no debe emplearse en sentido sensacionalista, sino exclusivamente para referirse a una de las peores violaciones posibles de los derechos humanos y de abuso que los seres humanos pueden infligirse unos a otros. Acarrea, por lo tanto, un particular estigma. Ocupa, pues, un lugar especial en el derecho internacional: la tortura queda absolutamente prohibida y esta prohibición es inderogable [...] Según la definición consignada en la Convención contra la Tortura, para que un acto pueda ser calificado como tal, son precisos cuatro elementos: Primero, debe infligir dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales; segundo, debe ser intencional; tercero, debe tener un propósito concreto; cuarto, debe intervenir, o al menos prestar su aquiescencia, un funcionario del Estado”.

“44. Solo los actos que causan dolores o sufrimientos graves se consideran tortura. La gravedad no debe ser necesariamente equivalente en intensidad al dolor propio de una lesión física grave, como la falla de un órgano, la merma de las funciones biológicas o incluso la muerte. Otro

elemento que distingue la tortura de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes es la impotencia de la víctima. La tortura se inflige principalmente a personas privadas de su libertad por cualquier razón, por lo que resultan particularmente vulnerables a los abusos”⁵.

Como vemos, primero, los distintos instrumentos vinculantes coinciden en reservar la calificación de tortura para los más graves actos cometidos por funcionarios públicos (o con su auspicio, instigación, consentimiento o aquiescencia) que de manera intencionada provocan sufrimientos severos a la víctima, amparados en una finalidad que, de suyo, es contraria a derecho o ilegítima.

En segundo lugar, si bien no existe una lista exhaustiva de las situaciones prohibidas como tortura, también es verdad que, de los textos convencionales y de las fuentes que auténticamente representan el consenso universal y regional sobre la tortura, se pueden inferir los contornos de la realidad que la comunidad internacional quería prevenir y regular bajo esta norma de *ius cogens*, la cual justamente en virtud de esta naturaleza especial y superior, no ha sido concebida para que se preste a ambigüedades.

De tal modo, conviene enunciar los escenarios que la comunidad internacional ha reconocido de manera consistente como tortura. En esa línea, en el informe que acoge la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el año 2018, con ocasión del *Septuagésimo aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos: Confirmación e intensificación de la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, se identificaron como formas típicas de tortura y tratos crueles: “la violencia, intimidación y humillación policial al interrogatorio coercitivo, de la denegación del contacto con familiares o el tratamiento médico a la instrumentalización de los síntomas de la abstinencia de drogas, y de las condiciones de detención inhumanas y degradantes a la reclusión abusiva en régimen de aislamiento”⁶.

1.1.2. La Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura

La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST) fue adoptada el 12 de septiembre de 1985 y ha sido ratificada, hasta

5. Véase el Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas inhumanos, crueles o degradantes, MANFRED NOWAK, 2010, párrs. 43 y 44.

6. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Septuagésimo aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos: Confirmación e intensificación de la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, A/73/207, párr. 7.

la fecha, por dieciocho Estados del continente. Como se recoge en el cuadro del acápite anterior, el artículo 2 define el concepto y los elementos esenciales de la tortura. De este texto se desprenden las siguientes conclusiones:

- i. el acto de tortura es intencional, es decir, se requiere demostrar la intencionalidad de infligir sufrimiento, si bien no hay una gradación de ese dolor o sufrimiento como ocurre con la Convención de las Naciones Unidas;
- ii. esa intención puede estar motivada por diversos fines, pero en todo caso requiere un fin que no está justificado por el derecho, puesto que se excluyen de ser tortura las penas o sufrimientos que sean consecuencia de medidas legales o inherentes a ellas;
- iii. dentro de los supuestos de tortura, se incluye la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental.

1.1.3. La Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes

La Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CNUCT) fue adoptada por la Asamblea General en 1984 y ha sido ratificada por 173 Estados. Se trata del instrumento más completo del derecho internacional que prohíbe la tortura en cualquier circunstancia. Como se observa en el cuadro, del artículo 1º se desprenden las siguientes conclusiones:

- i. el acto de tortura que genere el dolor o sufrimiento ha de ser intencional;
- ii. dicha intencionalidad está fundamentada en alguno de los propósitos indicativos propuestos por el artículo o en cualquier otra razón ilegítima, siempre y cuando se demuestre que está fundada en un tipo de discriminación;
- iii. los sufrimientos han de ser graves, por lo que es necesario probar una cierta gradación;
- iv. es necesaria la intervención de un funcionario público ya sea por su instigación, consentimiento o aquiescencia.

El carácter absoluto, sin excepciones, de la prohibición de tortura surge también del artículo 2 del cual se desprende que el delito de tortura nunca

está permitido ni justificado, ni siquiera en casos de emergencia, inestabilidad política, amenaza de guerra o incluso estado de guerra. Asimismo, de los artículos 5 y 6 resulta que los Estados tienen la obligación de tomar medidas eficaces para prevenir los actos de tortura en cualquier territorio bajo su jurisdicción y de juzgar a los responsables de dicho delito sin importar el lugar donde se encuentren.

1.1.4. El núcleo duro del derecho protegido por la prohibición absoluta de la tortura

La tortura es una agresión abominable contra la dignidad del ser humano y contra su integridad física y mental, porque consiste en infligir deliberadamente dolores o padecimientos graves a una víctima reducida a la impotencia, persiguiendo un fin contrario a derecho o ilegítimo⁷. De esta descripción conceptual, más o menos homogénea en los instrumentos internacionales relevantes, se desprende cuál es el núcleo duro protegido por la normativa internacional. La prohibición absoluta de la tortura es una exigencia jurídica necesaria y coherente con el reconocimiento de la dignidad humana como principio fundacional del DIDH y de la integridad personal como un bien humano básico infranqueable.

El núcleo de protección de la prohibición de la tortura se remonta a las mismas raíces del DIDH, tal como lo establece la propia Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)⁸: “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el *reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana*”⁹, la comunidad internacional reconoce como una exigencia inherente a esa dignidad que “[n]adie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”¹⁰. En la lógica de la DUDH y de todos los instrumentos subsiguientes, el pilar central que ocupa la dignidad hu-

7. Además de los instrumentos internacionales citados, véase el Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas inhumanos, crueles o degradantes, MANFRED NOWAK, 2010, párr. 60.

8. Prueba esta afirmación el propio preámbulo de la Convención de Naciones Unidas que reproduce casi idénticamente la DUDH en este punto y en términos análogos lo hace el preámbulo de la CIPST.

9. Declaración Universal de los Derechos Humanos, Preámbulo, párr. 1º, la itálica es añadida.

10. Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 5, la itálica es añadida.

mana en el andamiaje normativo del DIDH define la condición (ontológica) de todo ser humano, de la que derivan todas las exigencias que le son inherentes e innegociables. El principio de la dignidad humana justifica que “todo ser humano tiene un valor moral igual, inherente, incondicional e inalienable”¹¹.

La directa relación entre el principio de dignidad humana y la prohibición de la tortura se muestra evidente y respalda dos tesis centrales. En primer lugar, la realidad a la que apela la comunidad internacional cuando condena la tortura de manera absoluta es una realidad específica particularmente grave, que cuenta con amplísimo consenso internacional¹² y que se predica únicamente respecto de un núcleo concreto y delimitado. Las situaciones que configuran tortura –y que, por tanto, desconocen la dignidad inherente de todo ser humano– se definen por la grave afectación a la integridad física o mental de una persona como consecuencia de acciones deliberadas de funcionarios del Estado (o con su consentimiento, instigación o aquiescencia) que causan un sufrimiento severo e injustificado a la víctima para alcanzar una finalidad que en sí misma es contraria al orden legal y la justicia –fines ilegales o ilegítimos–.

Los tratados internacionales sobre la materia y la jurisprudencia internacional reflejan ese repudio generalizado a la tortura verificada en situaciones más o menos análogas a las siguientes, en las cuales, generalmente, el Estado tiene una posición de control y la víctima se encuentra en situación de subordinación o indefensión: graves abusos, maltratos o medidas abiertamente contrarias a la dignidad humana en perjuicio de personas que se encuentran en custodia, arresto, prisión o cualquier otra forma de sometimiento o restricción de la libertad¹³. Si bien es cierto que no existe una lista exhaustiva de actos prohibidos por constituir tortura, los textos convencionales manifiestan y delimitan muy concretamente la realidad que los Estados pretendían regular al prohibir la tortura de manera imperativa y absoluta.

Por otro lado, esa misma relación de *causa - efecto* en el DIDH, que explica que la dignidad humana es el principio que *causa* y *justifica* la prohibición absoluta de la tortura, tiene otra consecuencia igualmente fundamental:

11. CAROZZA, PAOLO G., “Human Dignity”, en SHELTON, DINAH (eds.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, pp. 345-359. Véase también: SNEAD, O. CARTER, *What it means to be human: The case for the body in public bioethics*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 2022.

12. Véase, por ejemplo, *La Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, Informe del Relator Especial, Sr. E. KOUIJMAN, nombrado en cumplimiento de la resolución 1985/33 de 3-a Comisión de Derechos Humanos, párr. 3.

13. Véase, por ejemplo, COMITÉ CONTRA LA TORTURA, Observación General No. 2 CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008, párrs. 13 y 14.

en un sistema jurídico coherente, los principios jurídicos no pueden excluirse, sino que deben armonizarse en abstracto y en concreto, mediante la ponderación¹⁴. No es posible exigir jurídicamente a un Estado dos acciones opuestas derivadas del mismo principio de dignidad humana.

En consecuencia, no puede ser válida una interpretación de la normativa de tortura que pretenda contradecir o cercenar otras exigencias igualmente inherentes del principio de dignidad humana, también claras y expresas en los instrumentos internacionales de derechos humanos vinculantes para el Estado.

1.2. *Los elementos esenciales de la tortura*

En las convenciones internacionales, la jurisprudencia de las cortes regionales y la doctrina del Sistema Universal de Derechos Humanos (SUDH) se pueden identificar las siguientes condiciones o elementos esenciales para que se constituya un acto de tortura: (i) severidad de los sufrimientos físicos o mentales; (ii) la intención con la que se infligen esos sufrimientos; y (iii) una finalidad –ilegal o ilegítima– que motiva la conducta prohibida por el derecho internacional.

1.2.1. La severidad de los sufrimientos físicos o mentales

La Corte IDH ha establecido que la tortura se configura tanto mediante actos de violencia física como a través de actos que produzcan sufrimiento psíquico o moral. Ahora bien, para determinar la severidad de los sufrimientos físicos o mentales debe partirse de las circunstancias particulares de cada caso, atendiendo a factores endógenos y exógenos.

Los factores endógenos hacen referencia a las características del trato: la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los padeci-

14. ALEXY, ROBERT, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993. En similar sentido, véase HESSE, KONRAD, *Escritos de Derecho Constitucional*, Villalón, PEDRO CRUZ (trad. y ed.) y AZPITARTE SÁNCHEZ, MIGUEL (ed.), Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2011; BERNAL PULIDO, CARLOS, “La racionalidad de la ponderación”, *Revista Española de derecho constitucional*, No. 77 (mayo/agosto 2006), pp. 51-75; URBINA, FRANCISCO, *A Critique of Proportionality and Balancing*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017; CIANCIARDO, JUAN, *El conflictivismo de los Derechos Fundamentales*, Navarra, Universidad de Navarra, 1999.

mientos, así como los efectos físicos y mentales que estos tienden a causar¹⁵. Mientras, los exógenos se refieren a las condiciones de la persona que padece dichos sufrimientos, entre ellos la edad, el sexo, el estado de salud, así como toda otra circunstancia personal¹⁶.

Al respecto, la Corte IDH ha destacado que las características personales pueden cambiar la percepción de la realidad del individuo y por ende incrementar el sufrimiento y el sentido de humillación cuando son sometidas a ciertos tratamientos¹⁷. En este orden, ha reiterado que el sufrimiento es una experiencia propia de cada individuo y en esa medida dependerá de una multiplicidad de factores que hacen a cada persona un ser único¹⁸.

Por otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha determinado que el sufrimiento que constituye tortura puede ser físico o mental y que para establecer la configuración del grave sufrimiento debe atenderse a las circunstancias del caso, como la duración del tratamiento, sus efectos físicos o mentales y, en algunos casos, el sexo, la edad y el estado de salud de la víctima, entre otros¹⁹.

Por último, en el SUDH se ha reiterado que los sufrimientos no equivalen únicamente al dolor físico y que, dado que la tortura puede adoptar diferentes formas, la valoración del sufrimiento deberá determinarse caso a caso²⁰.

1.2.2. La intencionalidad que genera responsabilidad internacional al Estado

La Corte IDH ha precisado que los actos que constituyen tortura son cometidos de manera deliberada en contra de la víctima, por lo que no pueden ser categorizados como tal aquellos que son producto de una conducta imprudente, un accidente o un caso fortuito²¹. En términos generales, puede obser-

15. CORTE IDH, caso “Omeara Carrascal y otros vs. Colombia”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 21 de noviembre de 2018, Serie C No. 368, párr. 193.

16. *Idem*.

17. CORTE IDH, caso “Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 5 de febrero de 2018, Serie C No. 346, párr. 173.

18. *Idem*.

19. TEDH, “Petrosyan v. Azerbaijan”, 2021, párr. 68; TEDH, “Al Nashiri v. Poland”, 2014, párr. 508; TEDH, “Salman v. Turkey [GC]”, 2000, párr. 114.

20. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observación General No. 20. 44º período de sesiones, 1992.

21. Véase, por ejemplo, CORTE IDH, caso “Bueno Alves vs. Argentina”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 11 de mayo de 2007, párr. 81.

varse que los órganos internacionales, al razonar sobre este elemento encuentran, ordinariamente, escenarios de violencia física o psicológica provocados directamente contra la víctima por agentes públicos, o con su consentimiento, instigación o aquiescencia²². El elemento de intencionalidad ha sido reiterado por la jurisprudencia y la doctrina internacional²³.

1.2.3. La finalidad de la conducta prohibida por el derecho internacional

De la jurisprudencia y doctrina internacional que ha razonado sobre la finalidad se deduce que el nivel de gravedad que representa la tortura en el orden internacional se debe, en buena medida, al fin ilegítimo y perverso que motiva al agresor para infligir el sufrimiento a la víctima, aun cuando no siempre logre probarse específicamente en el caso concreto²⁴. En general, puede evidenciarse en los casos que permiten observar un examen específico del órgano o tribunal internacional sobre este elemento, que la ilicitud del comportamiento estatal deviene de las razones que explican el trato otorgado a la víctima, en muchas ocasiones, forzar una confesión²⁵, buscar informa-

22. Véase, CORTE IDH, caso “Gomes Lund y Otros (‘Guerrilha Do Araguaia’) vs. Brasil”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2010, párr. 122.

23. CORTE IDH, caso “Fernández Ortega y otros vs. México”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C No. 215, párr. 121; CORTE IDH, caso “Rosendo Cantú y otros vs. México”, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C No. 212, párrs. 111 y 115; CORTE IDH, caso “Espinoza González y otros vs. México”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 20 de noviembre de 2014, párrs. 143 y 193; CORTE IDH, caso “Urrutia vs. Guatemala”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de noviembre de 2003, párr. 94; COMITÉ CONTRA LA TORTURA, Observación General No. 2, párr. 9; TEDH, “Gäfgen v. Alemania”, caso No. 22978/05, sentencia del 1 de junio de 2010, párr. 95.

24. CORTE IDH, caso “Espinoza Gonzáles vs. Perú”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 20 de noviembre de 2014, párr. 143; CORTE IDH, caso “J. vs. Perú”, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de noviembre de 2013, 364; CORTE IDH, caso “Penal Miguel Castro vs. Perú”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 317; CORTE IDH, caso “Bueno Alves vs. Argentina”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 11 de mayo de 2007, Serie C No. 164, párr. 79.

25. Entre otros, CORTE IDH, caso “Bueno Alves vs. Argentina”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 11 de mayo de 2007, párr. 82; COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, “The Greek Case”, 1969, Y.B: Eur. Conv. on HR, 12, p. 18; COMITÉ CONTRA LA TORTURA, “Deollal v. Guyana”, Comunicación No. 912/2000, 1 de noviembre de 2004.

ción²⁶, imponer un castigo²⁷, intimidar o coaccionar²⁸, o humillar a la víctima en virtud de su condición²⁹, cualquiera que sea (sexo, edad, raza, religión, etc.). En este sentido también obran las convenciones regional y universal³⁰.

1.3. Las exigencias derivadas del estatus de la tortura como una norma imperativa en el derecho internacional

La prohibición absoluta de la tortura, tanto física como psicológica, pertenece al dominio del *ius cogens* internacional³¹. Y si los tribunales internacionales han reconocido ese carácter imperativo, bastante excepcional en la normativa internacional, es porque se trata de una conducta acotada a los límites de su naturaleza y elementos constitutivos. No conviene, entonces, desdibujarla para que no pierda, justamente, el rigor jurídico que respalda su absoluta obligatoriedad y la jerarquía excepcional que le ha sido reconocida por la comunidad internacional. Dicho de otro modo, subestimar o

26. CORTE IDH, caso “Fernández Ortega y Otros vs México”, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 30 de agosto de 2010, párrs. 82, 108 y 127; COMITÉ CONTRA LA TORTURA, “Enrique Falcon Ríos v. Canada”, CAT/C/33/D/133/1999, 17 de diciembre de 2004; TEDH, “Al Nashiri v. Polonia”, caso 28761/11, sentencia del 27 de julio de 2014.

27. CORTE IDH, caso “Caesar vs. Trinidad y Tobago”, fondo, reparaciones y costas, sentencia 11 de marzo de 2005, párrs. 71 y 73; CORTE IDH, caso “Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México”, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 28 de noviembre de 2018, párr. 222.

28. CORTE IDH, caso “Bedoya Lima y Otra vs. Colombia”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de agosto de 2021, párrs. 103 y 104; TEDH, “El-Masri vs. Ex-República Yugoslava de Macedonia”, caso no. 39630/09, sentencia del 13 de diciembre de 2012, párrs. 202 y 211.

29. CORTE IDH, caso “Azul Rojas Marín vs. Perú”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 12 de marzo de 2020, párr. 163; COMITÉ CONTRA LA TORTURA, CAT/C/AUT/CO/4-5, 20 de mayo de 2010, párr. 22; TEDH, “Cestaro v. Italia”, caso No. 6884/11, sentencia del 7 de julio de 2015. párrs. 77, 158, 177 y 190.

30. Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, art. 1; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, art. 2.

31. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), párr. 99; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Case East Timor (Portugal v. Australia)”, reports 1995, pp. 90, 102. En la CORTE IDH, numerosos casos, entre otros, caso “Maritza Urrutia vs. Guatemala”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de noviembre de 2003, Serie C No. 103, párr. 92; caso “Miguel Castro Castro vs. Perú”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 271; caso “Espinoza González vs. Perú”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 20 de noviembre de 2014, Serie C No. 289, párr. 141; caso “López Soto y Otros vs. Venezuela”, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre de 2018, párr. 183.

desconocer el papel que juegan cada uno de los elementos de la tortura –y en particular la finalidad que se persigue con la conducta lesiva– pone en grave riesgo los frutos del esfuerzo que hasta ahora se ha hecho desde la DUDH por identificar y condenar las más graves violaciones a la dignidad humana.

1.3.1. La prohibición de la tortura como una norma de *ius cogens* obliga a un ejercicio de extrema prudencia de la judicatura internacional para calificar estas conductas, so pena de debilitar su jerarquía normativa

Como lo ha planteado la propia Corte IDH, la prohibición absoluta de la tortura está justificada por la protección de valores o bienes trascendentales de la comunidad internacional, por lo que se requiere la activación de medios, instrumentos y mecanismos nacionales e internacionales para su persecución efectiva y la sanción de sus autores, con el fin de prevenirlas y evitar que queden en la impunidad.

Es que la gravedad de este delito exige el deber de juzgar a los responsables, a la luz de las normas de derecho internacional consuetudinario y convencional³². La radicalidad de esta valoración, absolutamente consecuente con el objeto y fin de las convenciones internacionales que proscriben la tortura, genera una especial responsabilidad al juzgador internacional. La definición de lo que es tortura en un caso concreto conlleva una serie de consecuencias jurídicas respecto de las cuales la comunidad internacional no ha sido condescendiente³³.

El nivel de rigurosidad jurídica exigido al razonamiento judicial que determina la responsabilidad internacional de un Estado por la comisión de actos de tortura se eleva cuando las situaciones que se someten a juicio, a todas luces, están por fuera del núcleo duro de protección acordado en las convenciones internacionales. Así, interpretaciones laxas, que desdibujen el sentido original de la proscripción absoluta de la tortura, acarrearán graves riesgos para sistema internacional de protección de derechos humanos.

32. Entre otros, CORTE IDH, caso “Goiburú vs. Paraguay”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 22 de septiembre de 2006, Serie C No. 153, párr. 128. También, COMITÉ CONTRA LA TORTURA, Observación General No. 2 CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008.

33. Entre otros, en este sentido, véase COMITÉ CONTRA LA TORTURA, Observación General No. 2 CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008.

1.3.2. El *test* de responsabilidad internacional del Estado por el delito de tortura

La atribución de responsabilidad al Estado por actos de tortura requiere que se pruebe el hecho ilícito: (i) la severidad de los sufrimientos físicos o mentales; (ii) la intención con la que se infligen esos sufrimientos; y (iii) una finalidad ilegal o ilegítima que motiva la conducta prohibida por el derecho internacional. Además, se requiere probar la conexión entre ese hecho ilícito y el Estado, a la luz de las reglas de atribución de responsabilidad, siguiendo la lógica del régimen general de responsabilidad, así como las exigencias específicas que cada convención demande.

1.3.3. La responsabilidad internacional del Estado por el delito de tortura en el ámbito médico

A la luz del debate que supone el caso “Beatriz”, debe hacerse un análisis específico sobre la protección de los individuos frente a actos de tortura que puedan provocarse en el ámbito médico o con ocasión de tratamientos médicos. Veamos.

Del artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura se desprende la obligación del Estado de educar e informar respecto de la prohibición de la tortura, a todas las personas que participen en la custodia, o cualquier otro tipo de tratamiento, relacionado con una persona que se encuentre bajo alguna forma de arresto o detención, en particular a través del personal médico que esté a cargo de su cuidado.

Asimismo, las declaraciones internacionales reconocen expresamente la importancia de la tarea del personal médico en la prevención de la tortura, su compromiso con la dignidad humana y la protección de la salud e integridad personal. Por ejemplo, las *Normas Directivas para Médicos con respecto a la Tortura y a otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes* expresan:

“El médico tiene el privilegio y el deber de ejercer su profesión, al servicio de la humanidad, preservar y restituir la salud mental y corporal sin perjuicios personales y aliviar el sufrimiento de sus pacientes. Él debe mantener el máximo respeto por la vida humana, aún bajo amenaza, y jamás utilizar sus conocimientos médicos contra las leyes de la humanidad”³⁴.

34. ASAMBLEA MÉDICA MUNDIAL TOKIO, *Normas Directivas para Médicos con respecto a la Tortura y a otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, impuestos*

Esas *Normas Directivas* ponen un especial énfasis en las situaciones en las que los médicos están encargados del cuidado de personas privadas de la libertad o bajo algún tipo de detención. Una regulación similar, aunque tampoco es vinculante para los Estados, se encuentra en los *Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*. El primero de estos principios, efectivamente, consagra que el personal de salud “tiene el deber de brindar protección a la salud física y mental de dichas personas y de tratar sus enfermedades al mismo nivel de calidad que brindan a las personas que no están presas o detenidas”. Para ello, prohíbe a los médicos contribuir en interrogatorios o cualquier tipo de procedimientos coercitivos que puedan afectar la integridad de los detenidos, así como proveer a las autoridades alguna clase de certificación de la salud de un interno para probar su aptitud de ser sujeto de castigos o tratos que puedan desmejorar su capacidad física o mental, entre otras disposiciones.

De lo anterior se deduce que los Estados pueden ser responsables internacionalmente por actos de tortura, generados por las acciones u omisiones de funcionarios públicos, e incluso por el comportamiento de particulares que actúen bajo el amparo de la ley (como el personal médico), ya sea en entidades públicas o privadas³⁵, pero para eso debe probarse que la conducta cumple con los elementos esenciales de la tortura.

Con el fin de asegurar la prevención de la tortura en los escenarios descritos, se han definido jurisprudencialmente tres criterios para que las intervenciones médicas no generen afectaciones o sufrimientos que puedan derivar en actos de tortura por ser ilegítimos en su propósito, a saber: i) el desconocimiento de la capacidad jurídica y dignidad humana de la víctima; ii) la situación de impotencia generada por una mala ponderación de la doctrina de necesidad médica; y iii) la estigmatización de una determinada población.

sobre personas detenidas o encarceladas, adoptada por la 29ª Asamblea Médica Mundial Tokio, Japón, octubre 1975 y revisada en su redacción por la 170ª Sesión del Consejo Divonne-les-Bains, Francia, mayo 2005 y por la 173ª Sesión del Consejo Divonne-les-Bains, Francia, mayo 2006, disponible en: <https://www.wma.net/es/policias-post/declaracion-de-tokio-de-la-amm-normas-directivas-para-medicos-con-respecto-a-la-tortura-y-otros-tratos-o-castigos-crueles-inhumanos-o-degradantes-impuestos-sobre-personas-detenidoas-o-encarceladas/> (fecha de consulta 2/8/2023).

35. CORTE IDH, caso “Ximenes Lopes vs. Brasil”, sentencia del 4 de julio de 2006, párrs. 90 y 107.

El primero de estos criterios hace referencia a la necesidad de que exista, en todo procedimiento médico de una persona legalmente capaz, un consentimiento informado que refleje una decisión libre y voluntaria que demuestre el acopio de la información suficiente para tomar dicha decisión³⁶.

Por otro lado, el TEDH en el caso “Herczegfalvy v. Austria”³⁷, expuso la denominada tesis de necesidad médica. Dicha tesis implica que no se está ante un desconocimiento de la prohibición de tortura en el ámbito médico cuando el tratamiento discutido es necesario y ajustado a las prácticas médicas permitidas en el momento de los hechos. Si bien esta tesis ha sido contrastada por el CAT, no ha sido descartada del todo al admitirla únicamente cuando los fines del tratamiento no comprendan la coacción y la discriminación del paciente³⁸.

Por último, corresponde reseñar el criterio que contempla a aquellas conductas que pueden ser reputadas como tortura porque tienen como base la estigmatización de ciertas poblaciones, de modo que la asistencia médica resulta discriminatoria y violenta.

2. Los tratos crueles, inhumanos y degradantes en el DIDH

2.1. Aproximación conceptual

El SIDH no tiene un instrumento convencional que defina lo que son los tratos inhumanos, crueles y degradantes. En efecto, la CADH determina en su artículo 5.2 que: “[n]adie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”, más no indica en qué consisten concretamente.

La Corte IDH ha establecido que el análisis para discernir si existen afectaciones al derecho a la integridad personal y discriminar su denominación debe partir de un análisis casuístico en el que las “secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta”³⁹.

36. Véase el Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes JUAN E. MÉNDEZ, 2013, párr. 32.

37. TEDH, “Herczegfalvy v. Austria”, sentencia del 21 de abril de 1992.

38. Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes JUAN E. MÉNDEZ, 2013, párr. 35.

39. CORTE IDH, caso “Caesar vs. Trinidad y Tobago”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 11 de marzo de 2005, Serie C No. 123, párr. 69.

Del desarrollo jurisprudencial del tribunal regional surge que pueden constituir tratos inhumanos, crueles o degradantes, las siguientes conductas: i) amenazas reales e inminentes que tienen afectaciones psíquicas que pueden perdurar en el tiempo⁴⁰; ii) la falta de comunicación con la familia y el mundo exterior⁴¹; y iii) la falta de atención médica en centros de detención bajo la custodia del Estado⁴².

La CIDH, por su parte, ha sostenido que se configura un trato inhumano cuando se causa un sufrimiento mental o psicológico que es injustificable. Además, ha considerado que el trato puede ser degradante si la víctima es gravemente humillada frente a otros o es obligada a actuar contra sus deseos o su conciencia, en contextos en los que la persona está detenida, privada de la libertad o bajo la autoridad de alguna autoridad estatal⁴³.

En el Sistema Universal, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General N° 20, determinó sencillamente que las distinciones entre las diferentes formas de castigo o malos tratos dependen exclusivamente de la índole, el propósito y la severidad del trato aplicado; de modo que solo una visión integral y de conjunto de las circunstancias del caso permitiría la calificación de la conducta. Tal fue el criterio más común en ese ámbito; sin embargo, la posición del Relator Especial sobre la tortura parece desmarcarse y contrastar, por su laxitud, con la visión más generalizada propuesta por los órganos del Sistema Universal.

Como se ha visto, no cualquier sufrimiento físico o corporal que padezca un ser humano está protegido bajo la prohibición imperativa del derecho internacional que se analiza en este estudio. Por eso, resulta más conveniente

40. CORTE IDH, caso “Valle Jaramillo y otros vs. Colombia”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C No. 192, párr. 108.

41. CORTE IDH, caso “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, fondo, sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párr. 156; CORTE IDH, caso “Espinoza González vs. Perú”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 20 de noviembre de 2014, serie C No. 289, párr. 187.

42. CORTE IDH, caso “Vera Vera y otra vs. Ecuador”, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 19 de mayo de 2011, Serie C No. 226, párr. 44.

43. CIDH, Informe de Fondo No. 64/12, caso 12.271, “Benito Tide Mendez y Otros v. República Dominicana”, 22 de octubre de 2012); CIDH, Informe No. 71/05, Petición 1241/98, “Michael Gayle vs. Jamaica”, 13 de octubre de 2005, disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2005sp/Jamaica12418sp.htm> (fecha de consulta: 3/8/2023); OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, 22 de octubre de 2002, disponible en: <http://www.cidh.org/terrorism/span/indice.htm> (fecha de consulta 2/8/2023).

atender a la presencia de los elementos esenciales en el caso concreto para enmarcar las situaciones a las que se refieren los tratos prohibidos.

En el Sistema Europeo de Derechos Humanos, el artículo 2 del CEDH establece que “[n]adie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”. Al interpretar esta cláusula en casos concretos, el TEDH ha indicado que un trato puede considerarse inhumano cuando, entre otras circunstancias, fue premeditado, se aplicó durante varias horas seguidas y causó lesiones corporales reales o sufrimiento físico y mental intenso⁴⁴. Por otro lado, el trato degradante se relaciona con escenarios que despiertan en las víctimas sentimientos de miedo, angustia e inferioridad con la capacidad de humillarlas o de quebrantar su resistencia moral y física, de tal manera que se atenta contra su dignidad humana⁴⁵.

Según el TEDH, para que los malos tratos estén comprendidos dentro de la prohibición deben alcanzar un nivel de gravedad mínimo, cuya evaluación exige considerar factores como “la duración de un tratamiento, sus efectos físicos y psíquicos y, en algunos casos, el sexo, la edad y el estado de salud de la víctima”⁴⁶.

Sobre este aspecto, para que un sufrimiento o humillación se comprenda en la prohibición de tratos inhumanos y degradantes, deberá superar el umbral del sufrimiento o humillación que resultan inevitables en relación con un trato o castigo legítimo. Ahora bien, respecto del elemento de la finalidad, existe una cierta laxitud en la jurisprudencia al haber permitido que no se descarte *per se* la configuración del trato prohibido cuando no se tiene enteramente acreditada la finalidad inmediata de la conducta⁴⁷.

En materia probatoria, el TEDH ha establecido que la prueba del trato inhumano requiere cumplir con un estándar de prueba “más allá de toda duda razonable”, aunque esta puede resultar de la coexistencia de inferencias suficientemente fuertes, claras y concordantes o de presunciones de hecho similares no refutadas⁴⁸.

44. TEDH, “Labita v. Italia”, sentencia del 6 de abril del 2000, párr. 120; TEDH, “Kudla vs. Polonia”, sentencia del 26 de octubre de 2000, párr. 92.

45. TEDH, “Gäfgen v. Alemania”, sentencia de 1 de junio de 2010, párr. 89; TEDH, “M.S.S. v. Bélgica y Grecia”, sentencia del 21 de enero de 2011, párr. 220.

46. TEDH, “M.S.S. v. Bélgica y Grecia”, sentencia del 21 de enero de 2011, párr. 219.

47. TEDH, “Gäfgen v. Alemania”, 2010, párr. 89; TEDH, “M.S.S. v. Bélgica y Grecia”, 2011, párr. 220.

48. TEDH, “Salman v. Turkey”, 27 de junio de 2000, párr. 100; TEDH (GRAND CHAMBER), “Bouyid v. Belgium”, 28 de septiembre de 2015, párr. 82.

De todo lo anterior, se puede concluir que los tratos crueles, inhumanos y degradantes son aquellos propiciados por agentes del Estado —o bajo su instigación, consentimiento o aquiescencia— que causan intensos sufrimientos a la víctima sin justificación legítima alguna, que la humillan o le causan un miedo tal que se doblega su voluntad. En relación con los elementos de intención y finalidad, si bien los estándares probatorios entre los tratos prohibidos y la tortura son bien distintos, no desaparecen por completo del escenario de valoración de los malos tratos, sino que no operan las más estrictas exigencias que se requieren para probar la tortura. Ese margen más amplio de apreciación del juzgador le exige una valoración integral, caso a caso, de los tres elementos (sufrimientos, intencionalidad y finalidad).

2.2. Los tratos crueles, inhumanos y degradantes y su diferencia con la tortura

Conviene resaltar que la determinación de los criterios diferenciales entre la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes no ha sido pacífica. En general, podría decirse que hay dos posiciones principales que explican las diferencias entre los dos tipos de conductas prohibidas, según el elemento en el que se hace énfasis: (i) el nivel de gravedad del sufrimiento causado o, (ii) la ausencia de propósito o intención.

La primera posición es más propia del TEDH⁴⁹, la Corte IDH⁵⁰ y la CIDH⁵¹, según los cuales los malos tratos se diferencian de la tortura, principalmente, en que en los primeros hay un menor grado de sufrimiento, mientras que la tortura exige un alto nivel de severidad o gravedad.

Sin embargo, cabe destacar que, pese a que la Corte IDH le da un rol preponderante al grado de sufrimiento, ello no significa que los elementos perversos de estas conductas (intención y finalidad) se desestimen por completo. De hecho, los escenarios de control estatal como centros de detención

49. TEDH, “Ireland v. the United Kingdom”, sentencia del 18 de enero de 1978, párr. 167.

50. Así, la Corte IDH ha diferenciado la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes partiendo de una diferenciación en el grado de las afectaciones causadas a la integridad personal, cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos de cada situación concreta. Véase, CORTE IDH, caso “Loayza Tamayo vs. Perú”, fondo, sentencia del 17 de septiembre de 1997, Serie C No. 33, párr. 57.

51. CIDH, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, 2002, párr. 158.

y prisiones, en los que resulta manifiesta la particular indefensión de las víctimas, siguen siendo la regla general⁵².

La segunda posición es la más propia del Relator Especial sobre la tortura, quien ha planteado que lo que distingue a los malos tratos de la tortura es que, en el primer caso, los sufrimientos no tienen ningún objetivo o propósito. Este criterio parece fundarse más en una cuestión probatoria de la intención y la finalidad, que en la gradación del sufrimiento:

“[S]i bien la tortura siempre involucra la intención de infligir dolor o sufrimiento deliberadamente a una persona indefensa, otras formas de trato o penas crueles, inhumanos o degradantes también comprenden el hecho de infligir dolor o sufrimientos **sin intención deliberada (por ejemplo, como efecto incidental previsto o imprevisto) o sin instrumentalizar dicho dolor y sufrimiento con un propósito determinado**”⁵³.

Según se dijo, esta postura es criticable y no es consistente con la jurisprudencia del TEDH, que ha dejado un margen de valoración relativamente amplio en relación con los elementos de intencionalidad y finalidad como factores que diferencian los dos tipos de conductas prohibidas en el derecho internacional.

En suma, para que pueda declararse responsabilidad internacional del Estado por la comisión de tratos crueles, inhumanos o degradantes, se requiere demostrar en cada juicio particular los elementos esenciales del hecho ilícito internacional y el vínculo de atribución al Estado.

No puede presumirse que cualquier situación de sufrimiento o dolor que padezca una persona sea, por sí misma, un trato prohibido por el derecho internacional cuando no se alcanza a demostrar el umbral exigente de la tortura. Por el contrario, no porque se haya descartado la tortura automáticamente puede condenarse al Estado por cometer malos tratos, sino porque las circunstancias del caso particular permiten demostrar que el sufrimiento causado a la víctima por un agente público (o con su mediación), es inaceptable e injustificado al degradar, humillar o instrumentalizar a la víctima, por lo que trasgrede no solo su integridad sino su propia dignidad.

52. CORTE IDH, caso “Suárez Rosero vs. Ecuador”, sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C No. 35, párr. 91 y caso “19 comerciantes vs. Colombia”, sentencia de 5 de julio de 2004, Serie C No. 109, párr. 149.

53. Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. A/72/178, 20 de julio de 2017, disponible en: <https://documents.un.org/prod/ods.nsf/home.xsp> (buscar por referencia A/72/178) (fecha de consulta 13/8/2023). El resaltado es añadido.

3. La tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes y su relación con el aborto

3.1. Análisis de pronunciamientos en la materia y la necesidad de un estudio caso a caso

El siguiente cuadro identifica pronunciamientos generales y decisiones de órganos internacionales que resultan representativos del reducido conjunto de casos contenciosos en los que se vincula legislación o políticas que prohíben el aborto, o negativas de practicar un aborto, con la práctica de la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes.

PRONUNCIAMIENTO	CONSIDERACIONES
CAT/C/PER/CO/4, 25 de julio de 2006	“[E]l Comité ha recibido información de que personal médico, empleado por el Estado, se niega a suministrar atención médica requerida para que las mujeres embarazadas no recurran a abortos ilegales que ponen en riesgo su vida. La legislación actual restringe severamente el acceso a interrupciones voluntarias del embarazo, incluso en casos de violación, lo cual ha resultado en graves daños, incluso muertes innecesarias de mujeres. Las alegaciones recibidas indican la omisión del Estado Parte en la prevención de actos que perjudican gravemente la salud física y mental de las mujeres y que constituyen actos crueles e inhumanos” (párr. 23).

<p>Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes A/HRC/22/53, 1 de febrero de 2013</p>	<p>“Para muchas víctimas de violación, el acceso a un procedimiento de aborto sin riesgo es prácticamente imposible debido a un laberinto de trabas administrativas y a la negligencia y la obstrucción oficiales. En la decisión histórica de K. N. L. H. c. el Perú, el Comité de Derechos Humanos consideró la denegación del aborto terapéutico una violación del derecho de la persona a no ser víctima de malos tratos. En la demanda P. and S. v. Poland, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró que ‘el estigma asociado al aborto y a la violencia sexual... caus[aba] mucha angustia y sufrimiento, tanto física como mentalmente’” (párr. 49).</p> <p>“El Comité contra la Tortura ha expresado reiteradamente su preocupación por el hecho de que las restricciones en el acceso al aborto y las prohibiciones absolutas con respecto al mismo conculcan la prohibición de la tortura y los malos tratos [...] El Comité de Derechos Humanos señaló explícitamente que las violaciones del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos incluían el aborto forzoso, así como la denegación del acceso a un aborto en condiciones seguras a las mujeres que han quedado embarazadas a raíz de una violación y manifestó su inquietud acerca de los obstáculos impuestos al aborto cuando era legal” (párr. 50).</p>
<p>Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 5 de enero de 2016, A/HRC/31/57</p>	<p>“La existencia de leyes muy restrictivas, que prohíben los abortos incluso en casos de incesto, violación, deficiencia fetal o cuando está en riesgo la vida o la salud de la madre, vulneran el derecho de las mujeres a no ser sometidas a tortura o malos tratos [...]” (párr. 43)</p> <p>“Denegar el acceso al aborto seguro y someter a las mujeres y niñas a actitudes humillantes y sentenciosas en esas situaciones de extrema vulnerabilidad y en las que es esencial acceder en el plazo debido a la asistencia sanitaria equivale a tortura y malos tratos. Los Estados tienen la obligación afirmativa de reformar las leyes restrictivas sobre el aborto que perpetúan la tortura y los malos tratos al negar a las mujeres el acceso al aborto y la asistencia en condiciones de seguridad” (párr. 44).</p>

<p>Comité de Derechos Humanos, caso “KL v. Perú”. Comunicación 1153/2003</p>	<p>El caso se refiere a una joven que quedó en estado de embarazo a los 17 años en el Estado de Perú, donde el aborto estaba prohibido con la excepción del terapéutico. En un momento dado, un médico le diagnosticó al feto una anencefalia que provocaría la muerte del bebé pocas horas después de su nacimiento. La joven inmediatamente solicitó el procedimiento de aborto, que le fue negado por el poco contenido normativo de la figura que no incluía dicha causal.</p> <p>“La omisión del Estado, al no conceder a la autora el beneficio del aborto terapéutico, fue, en la opinión de Comité, la causa del sufrimiento por el cual ella tuvo que pasar. El Comité ha señalado en su Observación General No.20 que el derecho protegido en el artículo 7 del Pacto no solo hace referencia al dolor físico, sino también al sufrimiento moral y que esta protección es particularmente importante cuando se trata de menores. Ante la falta de información del Estado parte en este sentido, debe darse el peso debido a las denuncias de la autora” (párr. 6.3).</p>
<p>Comité de Derechos Humanos, caso “LMR v. Argentina”. Comunicación 1608/07</p>	<p>El caso se refiere a la negación de un aborto por parte de un hospital y las autoridades argentinas frente a la solicitud de una joven en condición de discapacidad, cuyo embarazo fue producto de una violación aun estando amparada por el artículo 86, inc. 2 del Código Penal, que eximía la punición de abortos en dichos supuestos. Así, según el Comité, la omisión del Estado constituyó un trato cruel e inhumano, que expresamente determinó que no se configura como tortura, puesto que generó afectaciones psíquicas severas a la persona.</p> <p>“[E]l Comité considera que la omisión del Estado, al no garantizar a L.M.R. el derecho a la interrupción del embarazo conforme a lo previsto en el artículo 86, inc. 2 del Código Penal cuando la familia lo solicitó, causó a L.M.R. un sufrimiento físico y moral contrario al artículo 7 del Pacto, tanto más grave cuanto que se trataba de una joven con una discapacidad. En este sentido el Comité recuerda su Observación General n° 20 en la que señala que el derecho protegido en el artículo 7 del Pacto no sólo hace referencia al dolor físico, sino también al sufrimiento moral” (párr. 9.2).</p>

<p>TEDH, “Ty-siac v. Polonia”, sentencia del 20 de marzo de 2007</p>	<p>En este caso, la víctima padecía de una miopía severa que podía derivar en ceguera si continuaba con su tercer embarazo. Si bien las normas en Polonia permitían abortos si se acreditaba médicamente la necesidad de su interrupción, los médicos se negaron en repetidas oportunidades a practicar el proceso. El Tribunal sostuvo que “el hecho de que el Estado no hiciera posible un aborto legal en circunstancias que amenazaban su salud, ni estableciera el mecanismo procesal necesario para permitirle hacer efectivo este derecho, significó que la demandante se vio obligada a continuar con un embarazo durante seis meses sabiendo que estaría casi ciega en el momento de dar a luz [...]” (párr. 65). Sin embargo, siendo fiel a su jurisprudencia, determinó que no se encontraban las circunstancias fácticas necesarias para acreditar que se desarrolló una violación a la prohibición de tortura o tratos inhumanos crueles y degradantes sino una violación al derecho a la vida privada.</p>
<p>TEDH, “A, B and C v. IRELAND” (Application no. 25579/05) sentencia del 16 de diciembre de 2010</p>	<p>Las demandantes, todas indeterminadas y con causales diferentes para abortar, alegaron en el caso de una violación de las obligaciones positivas y negativas del artículo 3 del Convenio. Esto porque todas debieron realizar un viaje al extranjero para realizarse el procedimiento en vistas de que en su país (Irlanda) estaba tajantemente prohibido. Sostuvieron, además, que la penalización del aborto era discriminatoria, afrentaba la dignidad de la mujer y estigmatizaba a la mujer, aumentando los sentimientos de angustia. Las demandantes argumentaron que las dos opciones abiertas a las mujeres –superar los tabúes para abortar en el extranjero y la atención posterior en el hogar o mantener el embarazo en su situación– eran degradantes y una afrenta deliberada a su dignidad. El Tribunal consideró que viajar al extranjero para realizarse un aborto fue arduo tanto psicológica como físicamente para cada una de las demandantes. También fue económicamente oneroso para una de las solicitantes (párr. 127 y 128). Sin embargo, el Tribunal reiteró su jurisprudencia en el sentido de que los malos tratos deben alcanzar un nivel mínimo de gravedad para estar comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 3. La evaluación de este mínimo depende de todas las circunstancias del caso, como la duración del tratamiento, sus efectos físicos o mentales y, en algunos casos, el sexo, la edad y el estado de salud de la víctima. En las circunstancias fácticas del caso, el Tribunal estimó que no se acreditaba un nivel mínimo de sufrimiento necesario para que se acreditase una violación al artículo 3 (párr. 164).</p>

Un análisis detenido de los pronunciamientos y algunas decisiones reseñadas permite advertir varias falencias argumentativas y algunas conclusiones preliminares:

- i. Los pronunciamientos de los órganos del Sistema Universal tienden a generalizar una postura favorable al aborto, pero desconocen un análisis pormenorizado de cada uno de los elementos esenciales de la tortura para que se configure en el caso concreto, por lo que se advierte una posición más ideológica que jurídica.
- ii. Se trasladan directamente a los casos pronunciamientos del Relator Especial sobre la Tortura realizados en abstracto, y claramente partidarios de una visión ideológica que favorece al aborto, pero que no representan en absoluto los acuerdos alcanzados por la comunidad internacional sobre el crimen de tortura.
- iii. En las decisiones del Comité de Derechos Humanos se evade un análisis riguroso de la tortura y se concluye, de manera general, que se ha configurado una violación del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- iv. Esa conclusión apresurada conlleva otro error de ambigüedad, pues se engloba la condena al Estado como “tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes”, pero no se distingue entre los dos tipos de actos que son fenómenos distintos.
- v. Aún en la decisión en la que el Comité de Derechos Humanos determinó la configuración de tratos crueles, inhumanos y degradantes la argumentación que sustenta esta conclusión es deficiente por no demostrar que los sufrimientos se encuadran en este tipo de tratos ni cómo alcanzan el umbral de gravedad.
- vi. El enfoque adoptado por el Relator Especial y por el Comité, en cuanto pretende ampliar el contenido esencial protegido por la prohibición imperativa de la tortura, no es fiel a los acuerdos convencionales ni representa el consenso internacional alcanzado sobre lo que constituye el crimen de tortura. Esta conclusión se refrenda con un balance reciente que se presenta a la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre los desarrollos de la prohibición de la tortura a partir de la DUDH, en el que efectivamente se mantiene incólume el espíritu y consenso universal y en el cual no se incluye la visión completamente parcializada y contradictoria que pretende que la sola existencia de leyes que protegen a los que están por nacer constituyan actos de tortura.

- vii. Además de lo anterior, se resaltan los pronunciamientos del TEDH en los que se descarta la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes ante la negativa de las autoridades de practicar un aborto. Si bien el tribunal reconoce que estas situaciones pueden causar afectaciones físicas o psicológicas, ni en abstracto, ni en las circunstancias del caso, ese solo hecho demuestra que se alcanza el umbral necesario para determinar la existencia de tortura o tratos crueles, inhumanos y degradantes.

De estos casos se extraen otras conclusiones complementarias: i) de la sola prohibición o negativa de un aborto no puede derivarse la configuración de un acto de tortura o un trato cruel, inhumano o degradante; y ii) las exigencias de la tarea judicial demuestran la imperiosa necesidad de realizar un análisis caso a caso, que permita establecer si las afectaciones físicas o psicológicas pueden alcanzar el umbral de gravedad de la tortura o de los otros tratos prohibidos en el derecho internacional.

En definitiva, existen pronunciamientos de órganos internacionales en instrumentos no vinculantes que al hacer un ejercicio poco riguroso de la tortura incluyen el establecimiento de leyes generales como actos de tortura, lo que implica una seria contradicción con el consenso internacional. De extenderse tal criterio, podría vaciarse de contenido la prohibición internacional de tortura. Por otro lado, el TEDH ha encontrado en algunas de sus decisiones que la sola denegación del aborto no constituye tortura⁵⁴.

3.2. El aborto como un acto de tortura o un trato cruel, inhumano y degradante: algunas voces silenciadas

Llama la atención que, de las muchas voces que alimentan el debate, parece que solo tuvieron eco en los órganos internacionales aquellas que proponen la responsabilidad de los Estados por la presunta configuración de tortura o tratos crueles, inhumanos y degradantes ante la prohibición de la práctica de abortos o la negativa a practicarlos, pero se descartan las voces científicas que plantean que es el propio aborto un acto de tortura o un trato cruel, inhumano y degradante. Aquí se repasan esos argumentos brevemente.

54. TEDH, “Tysiac v. Polonia”, 2007, párr. 66; TEDH, “A, B and C v. IRELAND”, 2010, párr. 164.

Todos los seres humanos abortados atraviesan intensos dolores hasta que se termina definitivamente con su vida. Como se ha expuesto, un elemento esencial para la configuración de la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes es la ejecución de actos que produzcan sufrimiento físico o mental de forma injustificada. Esa es precisamente la circunstancia que atraviesan todos los miembros de la familia humana que son abortados: intensos dolores hasta que se termina definitivamente con su vida.

En la práctica, cualquiera de las modalidades de aborto causa gran sufrimiento fetal, pues implica que los no nacidos: (i) mueren desangrados; (ii) mueren ahogados por falta de oxígeno; (iii) mueren desgarrados, o; (iv) mueren por inyección de KCL⁵⁵.

Señalan los expertos médicos que, desde la semana 12 de gestación, el ser humano por nacer es capaz de sentir dolor a través de la subcapa cortical⁵⁶. Incluso, desde la semana 7 de gestación, se desarrolla la primera etapa de las vías del dolor en la que las estructuras nerviosas periféricas captan y llevan el estímulo de dolor desde la piel hasta la médula espinal, y la conexión nerviosa que se genera en este momento es capaz de ocasionar “una respuesta fisiológica al dolor a través del sistema nervioso autónomo, incluyendo reflejos de retirada, aumento de la frecuencia cardiaca (taquicardia) y aumento de la presión arterial (hipertensión arterial)”⁵⁷. Los mecanismos abortivos, en tanto buscan acabar con la vida del feto, le generan respuestas de dolor, cuyo sufrimiento puede constituir tortura o tratos crueles teniendo en cuenta el grado de sufrimiento que generan.

55. OMS, *Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud*, 2012. Cabe destacar que dicha sustancia genera un dolor tan insoportable que se ha prohibido incluso en la aplicación de la pena de muerte (HUMAN RIGHTS WATCH, EE.UU, “Negligencia en el empleo de inyecciones letales”, 23 de abril de 2006, disponible en: <https://www.hrw.org/es/news/2006/04/23/eeuu-negligencia-en-el-empleo-de-inyecciones-letales> (fecha de consulta 13/8/2023); HUMAN RIGHTS WATCH, “Florida, California: La inyección letal bajo ataque”, 15 de diciembre de 2006, disponible en: https://www.hrw.org/legacy/spanish/docs/2006/12/18/usdom14895_txt.htm (fecha de consulta 13/8/2023). Asimismo, la Asociación Americana de Veterinaria ha recomendado que no se use en animales (AMERICAN VETERINARY MEDICAL ASSOCIATION, “Guidelines for the Euthanasia of Animals: 2020 Edition”, 2020, M2. 9., disponible en: <https://www.avma.org/sites/default/files/2020-02/Guidelines-on-Euthanasia-2020.pdf> (fecha de consulta 13/8/2023)).

56. COPE, HEIDI; GARRETT, MELANIE; GREGORY, SIMON Y ASHLEY-KOCH, ALLISON, “Pregnancy continuation and organizational religious activity following prenatal diagnosis of a lethal fetal defect are associated with improved psychological outcome”, *Prenat Diagn*, 2015, 35(8), pp. 761-768, DOI: 10.1002/pd.4603.

57. GOTME, KEMEL, Intervención ante la Corte Constitucional de Colombia, Proceso D0013956.

También es claro que para que un sufrimiento se encuadre en el acto de tortura debe existir la intención de causar el daño: esto definitivamente ocurre en los casos de aborto intencional, en los que la finalidad indiscutiblemente es terminar con la vida del feto.

Por último, debe existir una finalidad ilegítima. Este es, quizás, uno de los elementos que mayores discusiones puede suscitar. Al respecto, debe señalarse que cualquier finalidad que implique el desconocimiento y anulación absoluta del derecho a la vida del no nacido necesariamente va a constituir un fin ilegítimo, con lo que se podría tener por configurada la tortura.

3.3. Del texto y espíritu de las convenciones internacionales contra la tortura resulta imposible deducir que las legislaciones nacionales que protegen a los que están por nacer puedan considerarse actos de tortura

Sobre este punto, vale la pena hacer una distinción entre los abortos –procedimientos que están dirigidos directamente a causar la muerte del feto– y los procedimientos de terminación del embarazo (de forma anticipada) que buscan salvaguardar la vida de la madre.

Un tratamiento médico que busca salvar la vida biológica de la madre, y que implica la terminación del embarazo, incluso si la terminación puede causar incidentalmente la muerte del que está por nacer, no tiene finalidad ilegítima. Por el contrario, la muerte del ser humano en gestación es entendida como un efecto negativo, pero no intencional (es decir, no querido), del tratamiento médico. Del texto y espíritu de las convenciones internacionales contra la tortura resulta imposible deducir que las legislaciones nacionales que protegen a los que están por nacer puedan considerarse actos de tortura, pues falta el elemento de la finalidad ilegítima.

El contenido y alcance de las convenciones universal e interamericana contra la tortura contienen una prohibición absoluta e inderogable. Su contenido y gravedad se deducen si se recuerda que esta norma imperativa aplica aún en los contextos 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.

Una interpretación que pretenda hacer decir que un Estado que expida legislación o políticas para proteger a los que están por nacer prohibiendo el aborto comete un acto de tortura es absolutamente irrazonable por las siguientes razones:

- i. La legislación busca proteger fines imperativos del derecho internacional: proteger la vida de todos los integrantes de la familia humana.
- ii. No tiene la finalidad de causar sufrimientos, castigar u otro fin ilegítimo a la luz del derecho internacional.
- iii. El análisis de los casos de tortura exige un estudio caso a caso. Por tanto, la consideración de una legislación general y abstracta como tortura es simplemente contraria a los desarrollos internacionales sobre esta conducta. Todavía más, de los pronunciamientos del Relator Especial sobre la Tortura no puede inferirse que las leyes antia-borto constituyan *per se* un acto de tortura, pues en todo caso tendría que probarse en el caso concreto que la víctima ha recibido abusos y malos tratos en el contexto de la asistencia sanitaria.
- iv. Hay casos en los que el aborto persigue claramente fines prohibidos por el derecho internacional, como en los casos de abortos selectivos por discapacidad o sexo. Así las cosas, su prohibición no solo protege a los seres humanos en gestación, sino que permite garantizar el cumplimiento de obligaciones internacionales relacionadas con grupos especialmente vulnerables.
- v. Tal hermenéutica provocaría una banalización de la conducta de tortura, contraria a las décadas de consenso internacional tendiente a prohibir actos que resultan abiertamente contrarios a la dignidad humana.

4. Las oportunidades y alertas que representa el caso “Beatriz” para la consolidación de un *ius commune* interamericano acorde con los valores y principios del DIDH

4.1. Un campo de batalla ideológico que necesita armonizarse

4.1.1. La importancia de demostrar imparcialidad y congruencia de los órganos del SIDH

El caso “Beatriz” requiere de especial pericia para evitar una contradicción que desproteja a los más débiles. Una decisión de la Corte IDH que condene a un Estado por cometer tortura, por el solo hecho de contener legislación que protege al que está por nacer, aun habiendo garantizado los tratamientos médicos para el cuidado de la madre gestante, sitúa a los Estados parte frente a una encrucijada insuperable: equivocadamente les exige

una elección inexistente entre los derechos de las madres y los derechos de los hijos que están por nacer, como si fueran opuestos e irreconciliables. Un escenario semejante presionaría a los Estados a abandonar cualquier esfuerzo por garantizar la vida y bienestar de los que están por nacer –aun siendo una obligación expresa en el artículo 4.1 de la CADH–, para evitar ser etiquetados como Estados que torturan o para que no recaiga sobre ellos la necesidad de investigar y condenar a médicos, personal sanitario y servidores públicos por tortura.

4.1.2. Una prueba de fidelidad a los principios y fines del DIDH y del SIDH

Condenar por tortura a un Estado que protege en su legislación la vida de los que están por nacer contribuiría a generar un hecho ilícito internacional, pues es claro que los Estados bajo los artículos 1.1, 2 y 4 CADH están obligados a crear todas las condiciones necesarias para garantizar y proteger el derecho a la vida de todo ser humano “en general, a partir del momento de la concepción”.

El planteamiento que propone una contradicción entre la prohibición de la tortura y protección del que está por nacer parte del presupuesto falaz que plantea la incompatibilidad entre derechos humanos, cuando en realidad su característica más fuerte es que son derechos indivisibles e interdependientes. Una interpretación que pretenda condenar a un Estado por tortura, cuando ha querido proteger tanto al no nacido como a la madre, resulta contraria a las exigencias de los principios de interpretación auténtica, de buena fe, teleológica, sistemática y conforme con el fundamento y contexto al cual responden todos los instrumentos de derechos humanos: el reconocimiento de la igual dignidad y derechos de todos los seres humanos.

Una interpretación sistemática de la DUDH, como piedra angular del DIDH, a la luz de la buena fe, el objeto y el fin, así como el contexto histórico dentro del cual se inscribe, nos lleva a concluir que el no nacido es reconocido como sujeto de protección y derechos.

En tal sentido, corresponde reseñar que el término “todo individuo” del artículo 3, que consagra el derecho a la vida, en consonancia con el artículo 2, que prohíbe la discriminación por razones de edad, necesariamente incluye niños antes y después del nacimiento, porque su única diferencia es la edad y el correlativo desarrollo que esta conlleva. Esta misma interpretación la confirma el preámbulo de la Declaración de los Derechos de los Niños adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1959, y la propia Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, instrumentos en los que expresamente

se prescribe que la protección jurídica del niño debe ser garantizada “tanto antes como después de su nacimiento”⁵⁸. La elección del lenguaje reafirma la igual protección que merecen uno y otro.

Si la DUDH reconoce que los niños deben ser protegidos antes y después de nacer, una lógica hermenéutica consistente indica que todo instrumento internacional que en su preámbulo haga referencia a la DUDH, como su marco normativo, debe ser interpretado a la luz de ella. En este orden de ideas, el PIDCP obliga a los Estados parte a tomar *medidas positivas* para proteger el derecho a la vida antes y de después del nacimiento. Así, el Derecho Internacional protege al niño antes de su nacimiento, no solo por la interpretación sistemática de la DUDH, de la Declaración y la Convención de los Derechos de los Niños, sino porque otros instrumentos internacionales de carácter vinculante protegen implícita o explícitamente a los niños en gestación.

Por otro lado, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) reconoce que los Estados parte tienen la obligación de garantizar el derecho a la salud más alto posible y eso incluye: “a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños”. Para asegurar que el derecho a la salud incluye evitar la muerte de niños no nacidos, es lógicamente necesario aceptar que los niños no nacidos son titulares del derecho a la salud y a la vida, y que el aborto no puede ser un servicio de salud porque contradice uno de los componentes del derecho a la salud contenido en el citado artículo 12.

En esta línea, en el Comentario General No. 9 del Comité de Derechos del Niño, sobre derechos de los niños con discapacidad, se “recomienda que los Estados Parte introduzcan y fortalezcan la atención prenatal para los niños y aseguren una asistencia de calidad durante el parto”⁵⁹. No tendría sentido garantizar la salud antes del nacimiento de los niños si estos no fueran sujetos del derecho a la vida y la salud.

En suma, la aplicación de los principios de interpretación de los tratados de derechos humanos y, en particular, la conjugación del principio de dignidad humana e interpretación evolutiva, con el mayor beneficio para los seres humanos (principio *pro personae*), exigen al tribunal regional un delicado ejercicio de juicio con el que se exalte la unidad y coherencia del sistema internacional de derechos humanos.

58. La itálica es añadida.

59. NACIONES UNIDAS, COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación General No. 9, Derechos de los niños en condición de discapacidad, UN Doc. CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007, párr. 53.

4.2. Los peligros de criminalizar como tortura las legislaciones nacionales que protegen a los que están por nacer

4.2.1. El peligro de contradicción

En un sistema jurídico coherente, los principios jurídicos –y las exigencias que de ellos derivan– no pueden excluirse, sino que deben armonizarse.

En concreto, el SIDH no puede exigir a los Estados cumplir dos exigencias que se contraponen y que derivan de la dignidad humana. Para el caso objeto de debate, la consecuencia más evidente es que no puede ser válida una interpretación de la normativa de tortura que pretenda contradecir o cercenar otras exigencias igualmente inherentes al principio de dignidad humana, también claras y expresas en los instrumentos internacionales de derechos humanos vinculantes para el Estado. Así, no puede exigirse internacionalmente que un Estado cumpla con sus obligaciones generales en relación con el derecho a la vida (art. 4.1 de la CADH) y a la vez que esté obligado a suprimir esas mismas leyes que protegen al que está por nacer, so pena de ser condenado por la comisión de tortura o tratos crueles o degradantes.

4.2.2. El peligro de minar las conquistas alcanzadas en la lucha internacional contra la tortura

El documento de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 2018 sirve para alertar sobre el peligro al que se enfrenta la Corte IDH si su decisión en “Beatriz” debilitara el consenso regional y universal sobre lo que se entiende por tortura. En primer lugar, el informe recoge una mirada histórica y evolutiva de la proscripción de la tortura en el derecho internacional, con pretensión de universalidad, lo que permite observar el consenso más generalizado sobre el alcance de la tortura⁶⁰. Es sugerente que el texto no contenga ninguna referencia, siquiera somera, a que las leyes que protegen a los que están por nacer constituyan actos de tortura ni malos tratos, lo que reafirma el núcleo esencial protegido con la norma internacional.

En segundo lugar, el mismo informe prueba que la manipulación de los textos convencionales sobre tortura, para desincentivar la protección de los

60. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Septuagésimo aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos: Confirmación e intensificación de la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, 2018.

más débiles, es apenas una propuesta individual de algunos relatores⁶¹ que no representa la visión más universal sobre lo que constituye tortura y malos tratos, ni sobre el carácter ilícito de la legislación que protege a los que están por nacer.

De tal modo, el caso “Beatriz” coloca en manos de la Corte IDH la posibilidad de reivindicar la universal condena de un crimen de contornos bien claros. Pero, visto desde otro ángulo, esa misma oportunidad constituye un gran peligro: implica ceder ante argumentos que bien pueden apelar a nuestras emociones, pero que están lejos de reivindicar la justicia que demanda el DIDH erigido sobre el principio de la igual dignidad de todos los miembros de la familia humana.

5. Conclusiones

Según se ha visto, los instrumentos internacionales vinculantes coinciden en reservar la calificación de tortura para los más graves actos cometidos por funcionarios públicos (o con su auspicio, instigación, consentimiento o aquiescencia) que, de manera intencionada, provocan sufrimientos severos a la víctima, amparados en una finalidad que, de suyo, es contraria a derecho o ilegítima. Dentro de esa visión universal consensuada no se encuentra el supuesto de la legislación que protege a los que están por nacer y que restringe o prohíbe el aborto. Ningún instrumento vinculante, ni ningún instrumento de *soft law* con pretensión de universalidad –al menos mínimamente democrático en virtud del órgano de origen–, siquiera sugiere que una exigencia de la prohibición absoluta de la tortura supone que los Estados liberalicen o promuevan el aborto.

El enfoque adoptado por el Relator Especial sobre la Tortura y por el Comité de Derechos Humanos, en el sentido de querer ampliar el contenido esencial protegido por la prohibición imperativa de la tortura y desdibujarlo, no es fiel a los acuerdos convencionales ni representa el consenso internacional alcanzado sobre lo que constituye el crimen de tortura. Ningún principio de interpretación legítimo en el DIDH puede “hacer decir” a las con-

61. CAT, Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención, CAT/C/PER/CO/4, 2006, párr. 23. Véase también: Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, JUAN E. MÉNDEZ, 2013, párrs. 46-50 y también, el Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 2016, párrs. 14, 43, 51.

venciones sobre tortura que la legislación nacional que protege al que está por nacer, constituye por sí misma un acto de tortura. Tampoco podría ser legítima una interpretación que, en contra de la vía hermenéutica histórica, evolutiva, teleológica y sistemática, pretenda inferir, de los textos convencionales y la costumbre internacional que prohíben la tortura, que la negativa del aborto –siendo incluso un debate ético jurídico vigente– contradice una de las normas imperativas con mayor aceptación en el mundo entero.

En un sistema jurídico coherente, las exigencias inherentes que derivan de un mismo principio jurídico no pueden excluirse ni contradecirse. No puede exigirse internacionalmente y al mismo tiempo, que un Estado cumpla con sus obligaciones generales en relación con el derecho a la vida, el cual “estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción” (art. 4.1 CADH) y a la vez que esté obligado a suprimir esas mismas leyes que protegen al que está por nacer, so pena de ser condenado por tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Los riesgos para la seguridad jurídica, no solo de los Estados, sino principalmente de los derechos de los individuos, es muy alta.

El peligro que entraña la aceptación de la postura de la CIDH y de la representación de las presuntas víctimas en el caso “Beatriz” puede impactar los consensos básicos sobre los que se ha construido el sistema internacional de los derechos humanos. Así las cosas, el considerar como tortura las leyes que protegen la vida prenatal en general, las acciones que protegen a los seres humanos en gestación con discapacidades severas, y las conductas del personal de salud que busca proteger a sus dos pacientes –madre y ser humano en gestación– podría implicar que el concepto de tortura se desdibuje y, colateralmente, se afecte su jerarquía normativa.