VOTO RAZONADO DEL JUEZ A.A. CANÇADO TRINDADE

1. Mediante su presente Sentencia en el caso *Tibi versus Ecuador*, para cuya adopción he concurrido con mi voto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre un nuevo caso que bien retrata las contingencias de la condición humana, y la importancia de la realización de la justicia y de la garantía de no-repetición de los hechos lesivos de los derechos humanos como medida de reparación. Dadas las inquietudes que el presente caso despierta, y la relevancia de la materia tratada por la Corte, me veo en la obligación de dejar constancia, en el presente Voto Razonado, de mis reflexiones personales como fundamentación de mi posición al respecto de la materia aquí tratada. Centraré mis reflexiones en cuatro puntos básicos, a saber: a) el impacto de la detención arbitraria y la condición carcelaria en la conciencia humana; b) la autorehabilitación como defensa y *reparatio* de los insultos del mundo; c) la reacción del Derecho *ratione personae* (la posición central de los victimados en el orden jurídico); y d) la reacción del derecho *ratione materiae* (la prohibición absoluta de la tortura).

I. El Impacto de la Detención Arbitraria y la Condición Carcelaria en la Conciencia Humana.

2. D.D. Tibi, al igual que Josef K., fue detenido sin saber por qué. "Alguién debía haber calumniado a Josef K.", - escribió Franz Kafka al puro inicio de *El Proceso* (1925), - "pues sin que el hubiera hecho cualquier mal fue detenido cierta mañana" (capítulo I). D.D. Tibi tuvo mejor suerte que el bancario Josef K., pero ambos padecieron lo incomprensible, si no lo absurdo. A Josef K. no le restó sino aguardar su ejecución sumaria, poco antes de la cual exclamó: "Dónde estaba el juez que nunca había visto? Dónde estaba el alto tribunal ante el cual nunca compareciera?" (capítulo X). Del inicio al fín de su saga, sus esfuerzos fueron inútiles ante la arbitrariedad de una "justicia" cruelmente virtual y desesperadora.

3. D.D. Tibi fue menos desafortunado que el personaje kafkiano, pues recuperó su libertad, y, además, vive en una época en que, a la par de los tribunales nacionales (con sus idiosincracias), existen también los tribunales internacionales de derechos humanos. La presente Sentencia que viene de adoptar la Corte Interamericana puede contribuir a que recupere su fe en la justicia humana. Su caso, un retrato del cotidiano en las cárceles no sólo en América Latina sino en todo el mundo, da testimonio elocuente de la insensibilidad, indiferencia e irracionalidad del mundo que nos circunda a todos.

4. Pocos testimonios de los padecimientos resultantes de la detención arbitraria han sido tan elocuentemente narrados como las célebres *Cartas de la Cárcel* (1926-1936) de Antonio Gramsci. De forma inclusive literaria, escribió él que, en el período inicial de su detención, ya le parecía que el tiempo tenía más peso, por cuanto el espacio ya no existía más para él; y describió la rosa que "renació completamente", que en el año siguiente daría más flores, no se excluyendo siquiera que alguna otra "rosita tímida" floreciera durante el año en curso (así esperaba), y confesaba sentir como "carne de su carne" el ciclo de las estaciones. Cuando tomó un tren, después de 10 años de detenido, "lanzado al margen del mundo", y después de no haber visto por años sino los mismos techos, las mismas murallas, las mismas "faces turvas", que "terrible impresión experimentó" al ver que "durante este tiempo el vasto mundo había continuado a existir

con sus prados, sus bosques, la gente común, los grupos de niños, ciertos árboles"; que terrible impresión experimentó sobre todo al ver a sí mismo en el espejo después de tanto tiempo[1].

5. Tres décadas antes de Gramsci, a fines del siglo XIX, Oscar Wilde dejó para la historia del pensamiento universal su propio testimonio personal del dolor generado por su encarcelamiento, en su célebre *De Profundis* (1897). Desde la cárcel de Reading, escribió que, para los indebidamente detenidos,

> "sólo hay una estación, la estación del dolor. Es como si hasta el sol y la luna nos hubieran quitado. Afuera el día podrá ser azul y oro, pero la luz que se filtra por el grueso vidrio del ventanuco enrejado que tenemos encima es gris y miserable. En la celda siempre es atardecer, como en el corazón es siempre medianoche. Y en la esfera del pensamiento, no menos que en la esfera del tiempo, ya no hay movimiento"[2].

6. Es posible que el *étranger* D.D. Tibi tenga experimentado la misma sensación del *étranger* Mersault, de que los asuntos de la detención y del proceso eran tratados "con prescindencia" del detenido, reflejando la "tierna indiferencia" del mundo exterior (capítulos IV-V). Al igual que Gramsci, también al *étranger* de Albert Camus (*L'étranger*, 1949) el pasar del tiempo era casi todo lo que le restaba; con la "alternación de la luz y de la sombra", era "el mismo día que se desarrollaba sin cesar en la celda", siendo la peor hora aquella en que "los ruidos de la noche subían desde todos los pisos de la cárcel en un cortejo de silencio" (capítulo II). A Mersault también le restaban los recuerdos de una vida que ya no más le pertenecía (capítulo IV). Para él, todos los días transcurrían "mirando en su rostro el declinar de los colores que llevan del día a la noche", siendo esta última "como una trégua melancólica" (capítulo V).

7. En sus páginas críticas sobre la condición carcelaria, inmortalizadas en sus célebres *Recuerdos de la Casa de los Muertos* (1862), F.M. Dostoievski ponderó que

> "le fameux système cellulaire n'atteint, j'en suis convaincu, qu'un but trompeur, apparent. Il suce la sève vitale de l'individu, l'énerve dans son âme, l'affaiblit, l'effraie, puis il vous présente comme un modèle de redressement, de repentir, une momie moralement desséchée et à demi folle. (...) Les souffrances morales pèsent plus lourdement que les tourments physiques[3]".

De ahí la importancia y apremiante necesidad, - agregó el gran escritor universal, - de un trato humano de los detenidos:

> "(...) un détenu, un réprouvé, il connaît les distances qui le séparent de ses supérieurs, mais ni les chaînes, ni les marques de

---

[1]. A. Gramsci, *Cartas do Cárcere*, Rio de Janeiro, Edit. Civilização Brasileira, 1966 (reed.), pp. 135-136 y 370.

[2]. O. Wilde, *De Profundis*, Madrid, Ed. Siruela, 2000 (reed.), p. 54.

[3]. F.M. Dostoievski, *Souvenirs de la maison des morts*, Paris, Gallimard, 1977 (reed.), pp. 51 y 115.

> flétrissure ne lui font oublier qu'il est un homme. (...) Un traitement *humain* peut relever jusqu'à ceux chez qui l'image de la divinité semble obscurcie! C'est précisément avec ces `malheureux' qu'il faut se comporter le plus humainement possible, pour leur salut et pour leur joie"[4].

II. La Autorehabilitación como Defensa y *Reparatio* de los Insultos del Mundo.

8. De lo anteriormente señalado no resulta necesariamente que no haya antídoto alguno contra la crueldad del absurdo y de la indiferencia. En medio a la omnipresencia del sufrimiento, puede uno refugiarse en la vida interior intensificada, en el recuerdo de los seres queridos y de los momentos de luz del pasado; el ser humano es capaz de aceptar su sufrimiento y su destino en la medida en que éstos conllevan, aún en las circunstancias más adversas, a "añadir a su vida un sentido más profundo"[5]. El recuerdo tiene efectivamente "un valor ético en y por sí mismo. (...) La creencia de que la memoria es una acción ética yace en lo más profundo de nuestra naturaleza humana (...). La insensibilidad y la amnesia parecen ir juntas"[6].

9. Al escribir sobre las condiciones de su detención y sus esfuerzos por huir tanto del dolor como de la degeneración del espíritu, Oscar Wilde, refiriéndose al "*Zeitgeist* de una época que no tiene alma", ponderó que el tiempo y el espacio son "meras condiciones accidentales del pensamiento", y que, en la cárcel, lo que el pasó a tener ante sí era tan sólo su pasado[7]. Subsiste siempre la posibilidad del refugio en la propia vida interior. En las expresiones de Wilde, los desgraciados, "cuando los meten en la cárcel, aunque despojados de la belleza del mundo, al menos están a salvo, en alguna medida, de los golpes más mortíferos del mundo", pues

> "pueden ocultarse en lo oscuro de sus celdas, y de su propia desgracia hacer como un santuario. El mundo, una vez que ha conseguido lo que quería, sigue su camino, y a ellos les deja sufrir en paz"[8].

10. En sus meditaciones penetrantes en *De Profundis*, Wilde no dejó de tomar en cuenta la necesidad de rehabilitación de los victimados en la cárcel:

> "(...) No hay una sola degradación del cuerpo que no deba tratar de convertir en espiritualización del alma. (...) Me aconsejan que cuando salga intente olvidar que alguna vez estuve encarcelado. Sé que eso sería

---

[4]. *Ibid*., p. 174.

[5]. Cf. V.E. Frankl, *El Hombre en Busca de Sentido*, 22a. ed., Barcelona, Herder Edit., 2003, pp. 63-65 y 101, y cf. pp. 102, 156 y 158.

[6]. S. Sontag, *Ante el Dolor de los Demás*, Bogotá, Alfaguara, 2003, p. 134.

[7]. O. Wilde, *De Profundis*, *op. cit. supra* n. (2), pp. 113 y 127.

[8]. *Ibid*., pp. 62-63.

> igualmente fatal. Significaría estar siempre obsesionado por una sensación intolerable de ignominia, y que esas cosas que están hechas para mí como para todos los demás - la belleza del sol y de la luna, el desfile de las estaciones, la música del amanecer y el silencio de las grandes noches, la lluvia que cae entre las hojas o el rocío que se encarama a la hierba y la baña de plata, - se contaminarían todas para mí, y perderían su poder de curar y su poder de comunicar alegría. (...) Así como el cuerpo absorbe cosas de todas clases, cosas vulgares y sucias (...), así el alma, a su vez, tiene también sus funciones nutritivas, y puede transformar en estados de pensamiento nobles, y pasiones de alto valor, lo que en sí es bajo, cruel y degradante: más aún, puede encontrar en eso sus modos más augustos de afirmación, y a menudo alcanzar su revelación más perfecta mediante aquello que iba orientar a profanar o a destruir.
>
> El hecho de haber sido preso común de un presidio común yo lo tengo que aceptar francamente (...), debo aceptar el hecho de que a uno se le castiga por el bien lo mismo que por el mal que hace. (...) La sociedad se arroga el derecho de infligir castigos atroces al individuo, pero también tiene el vicio supremo de la superficialidad, y no alcanza a darse cuenta de lo que ha hecho. Cuando el castigo del hombre termina, la sociedad le deja a sus recursos: es decir, le abandona en el preciso momento en que empieza su deber más alto para con él. La verdad es que se avergüenza de sus propias acciones, y rehúye a aquellos a los que ha castigado (...). (...) Si yo comprendo lo que he sufrido, la sociedad debe comprender lo que me ha infligido, y (...) no debe haber ni amargura ni odio por ninguna de las partes"[9].

11. Estas reflexiones, de más de un siglo atrás, son hoy día más contemporáneas que nunca, y son motivadas por recurrentes abusos que siguen ocurriendo en las cárceles en todo el mundo. En la cárcel, en la gran mayoría de los casos, al contrario de lo que parece suponer el medio social, no se aprende a distinguir entre el bien y el mal, sino se aprende a convivir con creciente intimidad con el mal de la brutalización impuesta por la indiferencia del mismo medio social. En un impresionante testimonio publicado en 1996 de inspecciones *in loco* realizadas en cárceles europeas, un ex-Presidente de la Comisión Europea para la Prevención de la Tortura y Trato o Sanción Inhumana o Degradante[10] señaló que

> "conditions of detention are still very backward in most European States. (...) No European country is blameless. Many have overcrowded jails, with inadequate sanitation (...). In other cases solitary confinement is applied far too frequently. (...) What is a prison? It is a place where one loses not only one's liberty, but one's dignity, too. (...) In other States it is the police stations that invite criticism (...). In other States the detention centres for immigrants or for asylum seekers are unhygienic and inhuman. (...) In some (only three perhaps) torture is embedded in police methods; in others the police tend sporadically to ill-treat and brutalize their detainees; in other States the prisons reveal aspects censurable as inhuman or degrading; elsewhere single instances of arbitrary behaviour by law enforcement officers can be discerned, or there are single cases of unacceptable treatment or conditions in prisons or hospitals. Despite the

---

[9]. *Ibid*., pp. 69-71.

[10]. Del Consejo de Europa en Estrasburgo.

> many different degrees of substandard treatment, not one European State fully conforms to the parameters of the best and most enlightened traditions and the more recent studies in criminology"[11].

12. Es este un mal que no conoce fronteras, y que refleja la indiferencia y brutalización del mundo que nos circunda. Los personajes de Kafka y Camus se encuentran hoy dispersos y olvidados dentro de las cárceles de todos los continentes. Muchos de los detenidos son inocentes, y los que no lo son, de victimarios se transforman en nuevas víctimas. Su sobrevida ya no tiene la dimensión espacial, y la temporal es la que quizás logren divisar en las profundidades recónditas de su vida interior. De todo modo, su vida, en relación con los demás, ya no les pertenece. Y sobreviven en una creciente intimidad con el mal y con la brutalización avasalladora que les son impuestos. El Derecho no puede mantenerse indiferente a todo ésto, a la indiferencia del mundo, y en particular de las sociedades patéticamente autointituladas "post-modernas".

13. En realidad, los abusos de la detención y contra los detenidos no son un fenómeno reciente. En su obra clásica *De los Delitos y de las Penas* (1764), Cesare Beccaria advertía para el hecho de que "el castigo es muy a menudo superior al crimen", y los "suplicios refinados" concebidos por el entendimiento humano "parecen haber sido inventados más bien por la tiranía que por la justicia"[12]. Con el pasar del tiempo, se reconoció la necesidad de control y supervisión, por vía tanto administrativa y legislativa como judicial (revistiéndose este último de particular importancia), de las condiciones de detención, - control éste que del plano del derecho interno se trasladó al del derecho internacional a mediados del siglo XX.

III. La Reacción del Derecho *Ratione Personae*: La Posición Central de los Victimados en el Orden Jurídico.

14. Era la reacción del Derecho que pasaba a ganar cuerpo, para la cual ha contribuído decisivamente el impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Existe hoy, v.g., una vasta jurisprudencia sobre el artículo 5 de la Convención Europea de Derechos Humanos, afirmando el carácter de *ordre public* de la supervisión, bajo la Convención Europea, de todas las medidas capaces de violar el derecho a la libertad y seguridad de la persona humana; la detención - a ser necesariamente determinada por la ley - sólo se justifica por referencia a uno de los prerequisitos establecidos en el artículo 5(1) de la Convención[13]. Paralelamente, con base en la experiencia acumulada por la Comisión Europea para la Prevención de la Tortura y Trato o Sanción Inhumana o Degradante, ha sugerido Antonio Cassese que, cuando una persona ha sido detenida y puede contar con cuatro derechos (los de ser prontamente informada de sus derechos básicos, de tener sus familiares prontamente notificados de su detención, de tener acceso a un abogado, y de ser prontamente visto por un médico),

---

[11]. A. Cassese, *Inhuman States - Imprisonment, Detention and Torture in Europe Today*, Cambridge, Polity Press, 1996, pp. 125-126.

[12]. C. Beccaria, *De los Delitos y de las Penas* (con el comentario de Voltaire), 11a. reimpr., Madrid, Alianza Ed., 2000 (reed.), p. 129, y cf. p. 149.

[13]. J.L. Murdoch, *Article 5 of the European Convention on Human Rights - The Protection of Liberty and Security of Person*, Strasbourg, Council of Europe, 1994, pp. 7-55.

> "then there is an objective chance that the police will find it difficult to inflict inhuman or degrading treatment on him or her. On the other hand, if these rights, or some of them, are not enshrined in legislation or are not applied in practice, we know we have entered a `danger zone': the objective defences are lacking that make ill-treatment less likely"[14].

15. Hay otra consideración que me suscita el presente caso *Tibi versus Ecuador*, que es un microcosmo de lo que pasa en el cotidiano de las cárceles en diferentes latitudes. En las condiciones carcelarias infrahumanas prevalecientes en tantos paises del mundo, los detenidos - incluídos los victimarios, - como ya indicado, frecuentemente se transforman en "víctimas institucionales", aumentando la espiral de violencia emanada de un "orden social patológico", que penaliza sobre todo a los marginados[15]. La justicia punitiva, en las condiciones en que se ejecuta, se revuelve, así, en un siniestro círculo vicioso[16], - como se desprende del presente caso, entre tantos otros.

16. En una amplia dimensión, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha contribuído al rescate de la posición central de la figura de la víctima[17] en el ordenamiento jurídico. En el ámbito de la propia criminología, se ha intentado dedicar mayor atención a la víctima (y no sólo al agente violador de sus derechos), pero los esfuerzos en ese sentido no logran trascender el enfoque de la víctima como sujeto pasivo del delito, - cuando habría que ir más allá[18]. En el universo conceptual del Derecho Internacional de los Derechos Humanos el rol de la víctima efectivamente trasciende la figura del sujeto pasivo del delito, pues aquí la víctima asume el rol de auténtico sujeto activo de la acción judicial internacional en defensa de los derechos que le son inherentes como ser humano.

17. Como anteriormente indicado, es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y no el derecho penal (nacional o internacional) que rescata el papel central de la víctima como sujeto de derecho - y sujeto activo de la relación jurídica - en el orden jurídico internacional. Mientras el derecho penal - en los planos tanto nacional como internacional - se orienta sobre todo hacia la figura del delincuente, relegando la víctima a una posición marginal, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en cambio, restaura la posición central de la víctima, inclusive como sujeto activo de la acción internacional para la implementación de la responsabilidad del Estado por la lesión de sus derechos.

18. La labor de protección internacional de los derechos humanos pronto evidenció que era de su propia esencia la contraposición a los Estados demandados de los

---

[14]. A. Cassese, *Inhuman States...*, *op. cit. supra* n. (11), p. 21.

[15]. *Ibid.*, pp. 139-140.

[16]. *Ibid.*, pp. 140 y 150.

[17]. Al igual que la victimología, en un plano bien más circunscrito; cf., v.g., G. Landrove Díaz, *Victimología*, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 1990, pp. 22-23 y 25-26.

[18]. L. Rodríguez Manzanera, *Victimología - Estudio de la Víctima*, 8a. ed., México, Ed. Porrúa, 2003, pp. 25 y 67.

individuos demandantes. Fue precisamente en este dominio de protección que se operó, - como lo destaqué en mi Voto Concurrente en el caso *Castillo Petruzzi y Otros versus Perú* (Excepciones Preliminares, Sentencia del 04.09.1998), "el *rescate histórico* de la posición del ser humano como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dotado de plena capacidad procesal internacional" (párr. 5). Este rescate se instrumentalizó mediante la consagración del derecho de petición individual internacional, otorgado en los más amplios términos, a cualquier persona, por el artículo 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

19. Este derecho ha efectivamente sido ejercido, bajo la Convención Americana, por personas que sobreviven en la más completa adversidad (pobres y marginados, "niños de la calle", personas encarceladas, familiares de desaparecidos, entre otras). Es sobre todo en circunstancias como estas que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos alcanza su plenitud y realiza su fin último. La protección de los victimados, y las reparaciones por los daños por éllos sufridos, constituyen su *raison d'être*. Este notable desarrollo, - me permití agregar en mi supracitado Voto Concurrente en el caso *Castillo Petruzzi y Otros*, - acarreó una verdadera transformación del propio orden jurídico internacional, en medio al reconocimiento de

> "la necesidad de que todos los Estados, para evitar nuevas violaciones de los derechos humanos, respondan por la manera como tratan todos los seres humanos que se encuentran bajo su jurisdicción. Esta prestación de cuentas simplemente no hubiera sido posible sin la consagración del derecho de petición individual, en medio al reconocimiento del carácter objetivo de las obrigaciones de protección y a la aceptación de la garantía colectiva de cumplimiento de las mismas. Es este el real sentido del *rescate histórico* del individuo como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos" (párr. 12).

20. Los propios victimados (la parte ostensivamente más débil *vis-à-vis* el poder público) pasaron a tomar la iniciativa de mover la acción internacional en defensa de sus derechos. Como ponderé en mi citado Voto en el caso *Castillo Petruzzi y Otros*,

> "En las audiencias públicas ante la Corte Interamericana, en distintos casos, (...) me ha llamado particularmente la atención el señalamiento, cada vez más frecuente, por parte de las víctimas o de sus familiares, en el sentido de que, si no fuese por el acceso a la instancia internacional, jamás se hubiera hecho justicia en sus casos concretos. (...) El derecho de petición individual abriga, en efecto, la última esperanza de los que no encontraron justicia a nivel nacional. No me omitiría ni vacilaría en acrecentar, - permitiéndome la metáfora, - que el derecho de petición individual es indudablemente la estrella más luminosa en el firmamento de los derechos humanos" (párr. 35).

El próximo paso a ser dado, en el marco del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, consiste - como vengo sosteniendo hace varios años, - en asegurar la evolución del *locus standi in judicio* al *jus standi* de los individuos ante la propia Corte Interamericana, consolidándose así su capacidad jurídico-procesal internacional plena[19].

---

[19]. Sobre este punto, cf. A.A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Bilbao/España, Universidad de Deusto, 2001, pp. 9-104; A.A. Cançado Trindade, *Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer Su*

IV. La Reacción del Derecho *Ratione Materiae*: La Prohibición Absoluta de la Tortura.

21. La práctica de la tortura, en toda su perversión, no se limita a los padecimientos físicos infligidos a la víctima, busca el aniquilamiento de la víctima en su identidad e integridad. Causa disturbios psicológicos crónicos, que se prolongan indefinidamente en el tiempo, discapacitando la víctima a seguir viviendo normalmente como antes. Agrava su vulnerabilidad, causa pesadillas, genera pérdida de confianza en los demás, hipertensión y depresión. Así han unánimemente manifestado varios peritajes al respecto, rendidos ante esta Corte en distintos casos a lo largo de los últimos años. Un torturado en la cárcel pierde la dimensión del espacio y del propio tiempo.

22. Aún más, la práctica de la tortura (sea para obtener confesión o información o para generar un temor social), genera una carga emocional desintegradora que se transmite a los familiares de la víctima, que, a su vez, la proyectan en las personas de su convivencia. La práctica generalizada de la tortura, aunque ocurrida dentro de las cárceles, termina por contaminar todo el tejido social. La práctica de la tortura deja secuelas no solamente en los victimados por ella, sino en amplios sectores del medio social afectado. Genera daños psicosociales y, en determinadas circunstancias, puede llevar a una verdadera descomposición social.

23. Me parecen, así, verdaderamente espantosos los intentos contemporáneos, de los dueños del poder y sus cooptados subservientes, de relativizar la prohibición de la tortura en ciertas circunstancias, como el combate al narcotráfico y la llamada "guerra contra el terrorismo"[20]. En momento oportuno ha advertido la Corte Interamericana, tanto en la reciente Sentencia en el caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri versus Perú* (del 08.07.2004, párrs. 111-112), como en la presente Sentencia en el caso de *Tibi versus Ecuador*, que

---

Mecanismo de Protección, vol. II, 2a. ed., San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, pp. 1-64. **[cf.]**

[20]. Para este fin hay convenciones internacionales, que hay que aplicar, para combatir estos males *dentro del Derecho*. Aquellos intentos (de los autoproclamados "realistas") ignoran más de un siglo de evolución del Derecho, y muestran el camino de vuelta a la barbarie. Como bien señaló Jean Pictet, de modo visionario, - si no profético, - ya en 1966, "sería un paso desastrosamente retrógrado para la humanidad intentar luchar contra el terrorismo con sus propias armas". J. Pictet, *The Principles of International Humanitarian Law*, Geneva, ICRC, 1966, p. 36. - Para un ejemplo reciente de la actual y alarmante desconstrucción del Derecho (inclusive en la tierra del *habeas corpus*, del *due process of law* y la presunción de inocencia), en medio a la aparente indiferencia o inconciencia de los círculos jurídicos en tantos países, cf.: "*Antiterrorisme: une cour de Londres légitime des `preuves' obtenues sous la torture*", *in Le Monde*, Paris, 14.08.2004 (a propósito de "pruebas" obtenidas en interrogatorios de diez detenidos extranjeros efectuados en la base norteamericana de Guantánamo, y de la derogación por el Reino Unido del artículo 5 de la Convención Europea de Derechos Humanos).

> "existe un régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura, tanto física como psicológica, régimen que pertenece hoy día al dominio del *jus cogens*. La prohibición de la tortura es completa e inderrogable, aún en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, `lucha contra el terrorismo' y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas" (párr. 145).

24. La práctica de la tortura es un infierno a amenazar la propia civilización. Uno de los criterios infalibles de la civilización reside efectivamente en el tratamento dispensado por las autoridades públicas de cualquier país a las personas detenidas o encarceladas. Es lo que, ya en el siglo XIX, advertía F.M. Dostoievski, en sus ya citados *Recuerdos de la Casa de los Muertos* (1862), para quien el grado de civilización alcanzado por cualquier medio social se puede evaluar al entrar en sus cárceles y centros de detención[21]. La tortura es una violación particularmente grave de los derechos humanos, por cuanto, en sus distintas formas, tiene por objetivo último anular la propia identidad y personalidad de la víctima, minando su capacidad de resistencia física o mental; trata, así, el victimado como "simple medio" (en general para obtener una confesión), en flagrante violación del principio básico de la dignidad de la persona humana (el cual expresa la concepción kantiana del ser humano como "fin en sí mismo"), degradándole, de forma perversa y cruel[22], y causándole un daño verdaderamente irreparable.

25. Contra la tortura se insurge el principio básico de humanidad, arraigado en la conciencia humana. La tortura encuéntrase claramente prohibida, como una violación grave de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario, por la conciencia jurídica universal. Es esta una conquista definitiva de la civilización, que no admite retrocesos. Se ha efectivamente conformado, hoy día, un verdadero régimen jurídico internacional contra la tortura[23]. Lo conforman las Convenciones de Naciones Unidas (de 1984, y su reciente Protocolo de 2002) e Interamericana (1985) y Europea (1987) contra la Tortura, además del Relator Especial contra la Tortura (desde 1985) de la Comisión de Derechos Humanos (CDH) de Naciones Unidas, y del Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria (desde 1991) de la misma CDH (atento a la prevención de la tortura)[24]. Las tres Convenciones coexistentes supracitadas de combate a la tortura son básicamente complementarias[25].

---

[21]. Cf. F.M. Dostoievski, *Souvenirs de la maison des morts*, *op. cit. supra* n. (3), pp. 35-416.

[22]. J.L. de la Cuesta Arzamendi, *El Delito de Tortura*, Barcelona, Bosch, 1990, pp. 27-28 y 70.

[23]. Cf., v.g., N. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, Paris/Oxford, UNESCO/Clarendon Press, 1987, pp. 17-143.

[24]. A estos mecanismos se agrega el Fondo de Contribuciones Voluntarias de las Naciones Unidas para las Víctimas de la Tortura (desde 1983).

[25]. Cf., al respecto, A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 1999, pp. 345-352.

26. La prohibición absoluta de la tortura en toda y cualquier circunstancia, - tal como lo reconoce la Corte Interamericana en la presente Sentencia en el caso *Tibi versus Ecuador*, - recae hoy día en el dominio del *jus cogens* internacional (cf. *supra*). Como me permití señalar en mi Voto Concurrente en el caso de la *Cárcel de Urso Branco versus Brasil* (Medidas Provisionales de Protección, del 07.07.2004), "en toda y cualquier circunstancia se impone la obligación de *debida diligencia* por parte del Estado, para evitar daños irreparables a personas bajo su jurisdicción y su custodia" (párr. 16). La debida diligencia se impone con aún mayor fuerza en relación con los encarcelados, quienes se encuentran en situación de particular vulnerabilidad, bajo la custodia del Estado.

27. A su vez, la Corte Europea de Derechos Humanos afirmó, en el caso *Soering versus Reino Unido* (Sentencia del 07.07.1989), que la prohibición absoluta de la tortura (inclusive en tiempos de guerra y otras emergencias nacionales) da expresión a uno de los "valores fundamentales de las sociedades democráticas" contemporáneas (párr. 88). Más recientemente, en el caso *Kalashnikov versus Rusia* (Sentencia del 15.07.2002), la Corte Europea afirmó que el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos

> "enshrines one of the most fundamental values of democratic society. It prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the circumstances and the victim's behaviour" (párr. 95).

28. En el caso *Selmouni versus Francia* (Sentencia del 28.07.1999), la Corte Europea fue categórica al reiterar que el artículo 3 de la Convención Europea

> "enshrines one of the most fundamental values of democratic societies. Even in the most difficult circumstances, such as the fight against terrorism and organised crime, the Convention prohibits in absolute terms torture and inhuman or degrading treatment or punishment. Unlike most of the substantive clauses of the Convention and of Protocols ns. 1 and 4, Article 3 makes no provision for exceptions and no derrogation from it is permissible under Article 15(2) even in the event of a public emergency threatening the life of the nation (...)" (párr. 95).

29. En la misma Sentencia, la Corte Europea expresó su entendimiento en el sentido de que "the increasingly high standard being required in the area of the protection of human rights and fundamental liberties correspondingly and inevitably requires greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies" (párr. 101). En el *cas d'espèce*, relativo a Francia, - tal como en la presente Sentencia de la Corte Interamericana que ha condenado al Estado demandado por la tortura infligida al *étranger* Tibi (párr. 165), - igualmente la Corte Europea condenó al Estado demandado por la tortura infligida al *étranger* Selmouni (párrs. 105-106).

30. A su vez, el Tribunal Penal Internacional *Ad Hoc* para la Ex-Yugoslavia sostuvo categóricamente, en el caso *A. Furundzija* (Sentencia del 10.12.1998), que la prohibición absoluta de la tortura tiene el carácter de una norma del *jus cogens* (párrs. 137-139, 144 y 160). La jurisprudencia de distintos tribunales internacionales es, pues, clarísima al expresar la reacción del Derecho *ratione materiae*, en cuanto a la prohibición absoluta de la tortura, en todas sus formas, y en toda y cualquier circunstancia, - prohibición ésta que, en nuestros días, recae en el dominio del *jus cogens* internacional, con todas sus consecuencias jurídicas para los Estados responsables.

31. En mi Voto Concurrente en la Opinión Consultiva n. 18 (del 17.09.2003) sobre *La Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados*, sostuve mi entendimiento en el sentido de que el *jus cogens* no es una categoría jurídica cerrada, sino más bien en evolución y expansión (párrs. 65-73). En suma,

> "De mi parte, siempre he sostenido que es una consecuencia ineludible de la afirmación y la propia existencia de normas *imperativas* del Derecho Internacional el no se limitar éstas a las normas convencionales, al derecho de los tratados, y el extenderse a todo y cualquier acto jurídico. Desarrollos recientes apuntan en el mismo sentido, o sea, de que el dominio del *jus cogens*, más allá del derecho de los tratados, alcanza igualmente el derecho internacional general. Además, el *jus cogens*, en mi entender, es una categoría abierta, que se expande en la medida en que se despierta la conciencia jurídica universal (fuente material de todo el Derecho) para la necesidad de proteger los derechos inherentes a todo ser humano en toda y cualquier situación.
>
> La evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha enfatizado el carácter absoluto de los derechos fundamentales *inderogables*. La prohibición absoluta de las prácticas de tortura, de desaparición forzada de personas, y de las ejecuciones sumarias y extra-legales, nos hacen ingresar decididamente en la *terra nova* del *jus cogens* internacional. (...)" (párrs. 68-69).

32. Y concluí al respecto, en el mismo Voto en la referida Opinión Consultiva n. 18:

> "El concepto de *jus cogens* efectivamente no se limita al derecho de los tratados, y es igualmente propio del derecho de la responsabilidad internacional de los Estados. Los Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados, adoptados por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas en 2001, dan testimonio de este hecho. (...) En mi entendimiento, es en este capítulo central del Derecho Internacional, el de la responsabilidad internacional (quizás más que en el capítulo del derecho de los tratados), que el *jus cogens* revela su real, amplia y profunda dimensión, alcanzando todos los actos jurídicos (inclusive los unilaterales), e incidiendo (inclusive más allá del dominio de la responsabilidad estatal) en los propios *fundamentos* de un derecho internacional verdaderamente universal" (párr. 70).

Además de esta expansión horizontal, el *jus cogens* también se amplia en una dimensión vertical, de la interacción de los ordenamientos jurídicos internacional y nacional en el presente dominio de protección. El efecto del *jus cogens*, en este segundo plano (vertical), es en el sentido de invalidar toda y cualquier medida legislativa, administrativa o judicial que, en el plano del derecho interno de los Estados, intente autorizar o tolerar la tortura[26].

33. La prohibición absoluta de la tortura como reacción del Derecho *ratione materiae*, de que aquí se trata, en las dimensiones tanto horizontal como vertical, tiene implicaciones para las reparaciones debidas a los victimados. En nada sorprende que las

---

[26]. Cf. E. de Wet, "The Prohibition of Torture as an International Norm of *Jus Cogens* and Its Implications for National and Customary Law", 15 *European Journal of International Law* (2004) pp. 98-99.

reparaciones en casos de tortura hayan revelado una dimensión a un tiempo individual y colectiva o social. La impunidad agrava el sufrimiento psíquico infligido tanto a la víctima directa como a sus familiares y personas de su convivencia. En realidad, causa nuevos daños psicosociales. El encubrimiento de lo ocurrido, o la indiferencia ante los hechos delictivos, implican una nueva agresión a la víctima y sus familiares, descalificando sus sufrimientos. La realización de la justicia es, pues, de suma importancia para la rehabilitación de las víctimas de tortura (como forma de reparación), al mitigar su dolor, y el de sus seres queridos, por reconocer los sufrimientos que han padecido.

34. Es esta una materia todavía en evolución, pero el derecho de aquellas víctimas a una reparación justa y adecuada es hoy abordado a partir del reconocimiento de la centralidad de la integridad de las referidas víctimas[27]. La presente Sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Tibi versus Ecuador* es un ejemplo de la reacción del Derecho al mal anteriormente narrado. No es mucho lo que ha podido hacer el Derecho en el presente contexto, pero es algo, y sirve al menos para mantener viva la esperanza en un mínimo de justicia humana. La reacción del Derecho refleja el reconocimiento de que la rehabilitación de las víctimas de detención arbitraria y tortura no puede resumirse a contar tan sólo con los recursos psicológicos que puedan ellas tener para defenderse de ese mal, agravado por la indiferencia del mundo exterior.

35. La realización de la justicia, con las debidas reparaciones, contribuye a reordenar las relaciones humanas, y reestructurar el psiquismo de todos los victimados. La realización de la justicia debe darse desde la perspectiva de la integralidad de la personalidad de las víctimas. Las reparaciones más bien *alivian* el sufrimiento de los victimados, al constatar la realización de la justicia. En fin, como me permití señalar en mi Voto Razonado en el caso de los *"Niños de la Calle"* (*Villagrán Morales y Otros versus Guatemala*, Reparaciones, Sentencia del 26.05.2001),

> "El sufrimiento humano tiene una dimensión tanto personal como social. Así, el daño causado a cada ser humano, por más humilde que sea, afecta a la propia comunidad como un todo. Como el presente caso lo revela, las víctimas se multiplican en las personas de los familiares inmediatos sobrevivientes, quienes, además, son forzados a convivir con el suplicio del silencio, de la indiferencia y del olvido de los demás" (párr. 22).

Las reparaciones tienen, por consiguiente, una dimensión necesariamente tanto individual como social.

36. Como la Sentencia de la Corte Interamericana en el presente caso *Tibi versus Ecuador* lo revela, el Derecho viene al amparo también de aquellos que se encuentran olvidados en la cárcel, en la casa de los muertos tan lucidamente denunciada en el siglo XIX por Dostoievski. La referida reacción del Derecho, tanto *ratione personae* como *ratione materiae*, indica que la conciencia humana ha despertado para la apremiante necesidad y el propósito de poner fin, con determinación, a los flagelos de la detención arbitraria y la tortura. Un rol de la mayor relevancia es aquí ejercido por los principios generales del Derecho. Con ésto, hay razón para alimentar la esperanza de que los D.D. Tibi, los Joseph K., y los Mersault, disminuyan gradualmente en número, hasta que no más padezcan en las cárceles del mundo "post-moderno", insensible, indiferente y

---

[27]. Cf. I. Bottigliero, *Redress for Victims of Crimes under International Law*, Leiden, Nijhoff, 2004, pp. 13-38, 111-191 y 249-253.

brutalizado en que vivimos.

Antônio Augusto Cançado Trindade
Juez

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario