

La criminalización de la tortura

como un crimen de guerra y de lesa humanidad en el ámbito de los Tribunales Ad hoc de la Corte Penal Internacional y su dimensión en los Derechos Humanos

✦ Doctora Elizabeth Santalla (IF)

Me siento muy halagada por poderme dirigir a una audiencia de tan alto nivel, como son las Fuerzas Militares de Colombia y el Alto Mando Militar; agradezco sinceramente la invitación cursada por los organizadores del encuentro académico.

El tema que abordaré es de los más álgidos de tocar en el Derecho Penal Internacional, como lo es la criminalización de la tortura, que involucra una serie de áreas convergentes entre los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional, llevándonos a una reflexión más profunda en relación con la responsabilidad internacional del Estado y la responsabilidad penal individual; es decir, hasta qué punto estos sistemas de responsabilidad del Derecho Internacional pueden diferenciarse de manera contundente o hasta dónde tienen relación.

En principio, presentaré el marco teórico del concepto de tortura y explicaré el origen del mismo, ya que se manejan varias versiones frente al tema, y estableceré de dónde surgen tantos conceptos en el Derecho Internacional, debido a que en realidad no surgen del derecho convencional con carácter de fuerza vinculante, sino que surgen del llamado Soft Law, que es un derecho que no tiene un carácter vinculante u obligatorio.

Inicialmente, tenemos dos antecedentes: el primero, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, que ya establecía esta prohibición en cuanto a los términos que manejamos actualmente, refiriéndonos a tortura, como aquellos tratos crueles o penas inhumanas degradantes; segundo, la Declaración de 1975, que sigue esa misma ruta en cuanto a la distinción entre tortura y los otros tratos.

Voy a referirme a los otros tratos en sentido genérico, para hablar de tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, que en el Soft Law se acuñan dichas prohibiciones, y que luego van a ser recogidas en el derecho convencional con carácter obligatorio o con fuerza vinculante. Sin duda, la piedra angular cuando hablamos de prohibición de la tortura es la Convención de 1984 de Naciones Unidas contra la tortura y los otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

La convención señala que tortura es 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 castigada por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido; o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras por cualquier razón, basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean inflingidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de sus funciones públicas e instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia.

No se considerarán tortura los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas o que sean inherentes o incidentales a estas. Ampliando el término de sanciones legítimas, la convención esencialmente fue enfocada desde el punto de vista de las penas privativas de libertad, en el sentido de que una persona no puede alegar que padece un sufrimiento grave o dolor como consecuencia de una pena que sea legítima a una imposición o una privación autorizada. En la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura del 85, que ampliaremos más adelante, se hizo una precisión más dirigida al ámbito de



Tortura es 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 castigada por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido.

las penas privativas de la libertad, pero no solamente la privación de libertad, sino cualquier pena en general o sanción.

Desde luego, hay que distinguir lo que es simplemente consecuencia de la imposición de una sanción legítima o lo que puede considerarse también como una violación de Derechos Humanos en el ámbito de la privación de libertad, en donde el Sistema Interamericano ha sido bastante amplio en cuanto a varios casos y privaciones de violaciones a la integridad moral y psíquica en situaciones de cumplimiento de penas privativas de libertad.

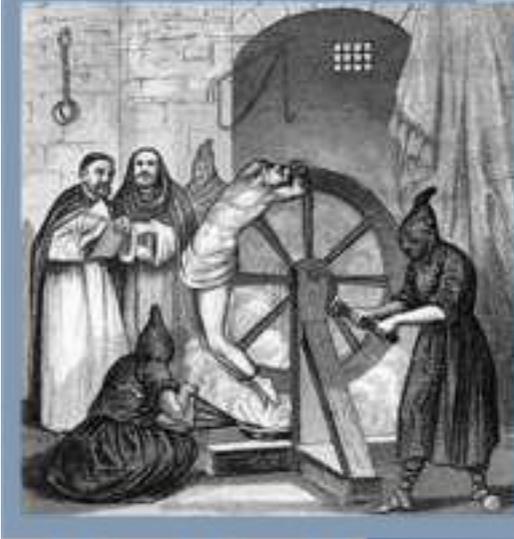
De la definición de la Convención sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes de 1984, ha surgido una amplia relación respecto a la tipificación en el nivel interno. Los ordenamientos penales en distintos países, especialmente del continente, han adoptado esta definición en el ámbito penal, y aquí hay que tener en cuenta que cuando hablamos de la Convención del 84 hablamos del ámbito de Derechos Humanos, debido a que ésta en principio no surge desde la perspectiva de tipo penal. Entonces, ¿cuáles son esos elementos que en principio podemos rescatar?

En primer lugar, podemos referirnos al elemento del sujeto activo, y traduciendo esto en materia penal de la tortura en el marco de la Convención del 84, hablamos de funcionarios públicos, exclusivamente. La convención habla de tortura en el ámbito de funcionarios públicos o personas en el ejercicio de funciones públicas y esto responde a la concepción tradicional de los Derechos Humanos, que estos solamente pueden ser garantizados y únicamente pueden ser violados por los Estados, no por agentes no estatales. Una visión que

tiene su arraigo en la concepción tradicional de que sólo los Estados o principalmente los Estados son sujetos del Derecho Internacional Público, a la par de los organismos internacionales, pero una idea tradicional en la que no se aceptaba al individuo como un sujeto del Derecho Internacional Público también, no solamente privado.

En segundo lugar está el elemento de la finalidad, si vemos en la Convención del 84, la comisión de tortura es cuando existe un fin o propósito y en esto nos referimos a la obtención de información o confesión, el castigo por un hecho cometido o supuestamente cometido; la intimidación o una razón que implique discriminación de cualquier tipo, es decir, bajo esta convención hay tortura cuando hablamos de la comisión del acto con relación a uno de estos.





En la Edad Media, donde en los sistemas de derecho inquisitivo era una práctica autorizada por el derecho; los fiscales en la Edad Media adoptaban estas prácticas en muchos casos legitimadas por la propia legislación para obtener la prueba en los procesos para conseguir condenas, este es un cambio importante en la convención, la posibilidad de aceptar cualquier fin o propósito.

Este es un contexto en el que surge la primera conceptualización de tortura en el derecho convencional; vamos ahora a la convención que nace un año después, la Convención Interamericana, para prevenir y sancionar la tortura; ésta cambia varios elementos de los que hacíamos referencia del ámbito de la Convención del 84; por ejemplo, la gravedad del daño, la posibilidad de que cualquier fin o propósito sea admitido no solamente en el caso de, digamos, la intimidación y la coacción en la obtención de pruebas.

Este es un avance importante, porque ¿de dónde surge esa idea recogida en la Convención del 84 de que tortura es aquella práctica que tiene como propósito forzar la confesión y la obtención de pruebas? esencialmente en la Edad Media, donde en los sistemas de derecho inquisitivo era una práctica autorizada por el derecho; los fiscales en la Edad Media adoptaban estas prácticas en muchos casos legitimadas por la propia legislación para obtener la prueba en los procesos para conseguir condenas, este es un cambio importante en la convención, la posibilidad de aceptar cualquier fin o propósito.

Por otro lado, la Convención del 85 incorpora los métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen un dolor físico o una angustia psíquica. Estos desde mi punto de vista son de los aportes más importantes de esta convención, y acá surge un importante salto de lo que habían sido los antecedentes en la Edad Media, es decir, de la aplicación de tortura para conseguir una prueba, o una condena a

cualquier práctica que tienda a anular la personalidad de la víctima. Esto se conoce como tortura sutil o encubierta, es decir, prácticas quizás más comúnmente abordadas que los casos de tortura tradicional del ámbito de la Convención del 84.

Por otro lado, el sujeto activo en la Convención de 1985 acepta que cualquier persona que actúe en relación o por instigación de un funcionario público, pueda ser responsable por tortura, no solamente el agente estatal y la inexistencia de órdenes superiores, que desde luego es un elemento que cobra una influencia directa del Derecho Penal Internacional; básicamente, son estos los cambios que se introducen en 1985 con la Convención Interamericana. Desde luego, muy importantes respecto a la conceptualización de la tortura en un marco de mayor amplitud con respecto a la de 1984. En este caso, hablaríamos de una Convención Interamericana a diferencia de la Convención del 84, una convención con carácter universal.

Como ven, la posibilidad de hablar del Derecho Consuetudinario en relación con la definición del 84 o del 85 es muy débil, es decir, hablamos simplemente de un año entre una y otra convención y de cambios importantes que se introducen en el marco de la conceptualización de tortura.

¿Qué pasa en el caso del Derecho Internacional Humanitario? La tortura está también prohibida por los cuatro Convenios de Ginebra, el Protocolo Adicional Uno y en el ámbito del conflicto armado no internacional el Artículo 3

común. Estos convenios y protocolos adicionales son anteriores a las convenciones que hemos hecho referencia en la década de los 80, es decir, la tortura queda inicialmente prohibida no en el ámbito de los Derechos Humanos sino más bien en el ámbito del Derecho Humanitario.

Para contextualizar, el Artículo 3 común, en su inciso A, dice que están prohibidos, en relación con las personas que están protegidas por el Artículo 3 común, los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios, pero ahí se queda el Artículo 3 común y se quedan también los 4 Convenios de Ginebra y el Artículo 75 del Protocolo Uno; es decir, no se establece una definición de lo que está específicamente prohibido.

Está prohibida la tortura, están prohibidos los tratos crueles, inhumanos, degradantes, pero ¿cuál es el contenido de estos conceptos o de estas prohibiciones? No se establecen en el Derecho Humanitario Convencional prohibiciones específicas en este sentido y por eso es que el desarrollo viene a partir de los Derechos Humanos. Estamos hablando de áreas distintas, pero intrínsecamente relacionadas, no obstante, la prohibición surge inicialmente en el Derecho Humanitario, la conceptualización viene después paulatinamente en el ámbito de los Derechos Humanos.

Esto me lleva a ver el proceso de criminalización en el ámbito de los Tribunales Ad hoc, es decir, tenemos la prohibición acuñada a nivel convencional en los ámbitos del Derecho Humanitario y los Derechos Humanos. ¿Cómo se traduce al ámbito penal? En el ámbito del Derecho Penal Contemporáneo, que básicamente empieza con los Tribunales Penales Internacionales para la Antigua Yugoslavia y Ruanda en la década de los 90, (el Tribunal para Yugoslavia en el año 93 y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda en 1994), tanto el Estatuto del Tribunal para la Antigua Yugoslavia como el Estatuto para Ruanda incorporan la tortura en el ámbito del conflicto armado internacional, conflicto armado no internacional y en los crímenes de lesa humanidad.

En el Estatuto del Tribunal para la Antigua Yugoslavia, la tortura o el trato inhumano son recogidos como infracciones graves en su Artículo 2 B, incluyendo los experimentos biológicos; esta formulación les debe ser muy conocida, porque es tomada de los Convenios de Ginebra en la tortura o trato inhumano; es decir, que tortura es sinónimo de trato inhumano en el ámbito de las infracciones graves de los Convenios de Ginebra. Estos adoptan también la tortura como crimen de lesa humanidad y otros actos, refiriéndonos a estos como tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, recogidos como una cláusula residual en el Estatuto de la Antigua Yugoslavia.

El Estatuto tampoco establece definiciones de estos conceptos y lo propio pasa con el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, donde se adopta básicamente la misma formulación en cuanto a tortura y otros tratos como crímenes de lesa humanidad; sin embargo, existe una diferencia importante en el ámbito de la tortura como crimen de guerra, ya que el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda establece específicamente su ámbito de aplicación en relación con el conflicto armado no internacional, es decir, a diferencia de lo que ocurría en el caso del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, el Tribunal para Ruanda establece su competencia calificando al conflicto armado suscitado en Ruanda como un conflicto armado de carácter no internacional, entonces, la tortura es criminalizada siguiendo la formulación del Artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, pero con una formulación sui géneris.

El Estatuto dice en el Artículo 3 C: atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes, las violaciones, el forzar a la prostitución y todo atentado contra el pudor. En el Estatuto de manera convencional se establece que las violaciones, las prácticas de prostitución son violaciones a los Derechos Humanos, que desde el punto de vista del Derecho Penal alcancen el umbral de la tortura, esa es la manera en que los Tribunales Penales Internacionales Ad hoc recogen la prohibición de la tortura y desde luego sin establecer definiciones.

Los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales no establecieron definiciones de los crímenes, como en el presente podemos encontrar, por ejemplo en el caso del Estatuto de Roma, sino que establecieron prohibiciones y criminalizaron estas mismas, a efectos de la jurisdicción de los tribunales, es decir, tanto en el Tribunal para la antigua Yugoslavia como en el Tribunal para Ruanda no encontramos definiciones de los elementos constitutivos de estos crímenes, sino que encontramos el listado de ofensas a efectos de la jurisdicción de los tribunales.

Cuando nos expresamos en materia penal de un crimen, nos referimos a los elementos constitutivos, elementos objetivos y subjetivos que hacen a una conducta penal; esto no existió en los Tribunales Ad hoc, es decir, no se va a encontrar ninguna descripción de los elementos constitutivos de tipo penal en los Estatutos de Yugoslavia o Ruanda. En el caso del Estatuto de Roma, de la Corte Penal Internacional, es distinto el desarrollo y por ello es importante ver la jurisprudencia.

En el caso Akayesu, primer caso ante el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, que alcanzó la imputación de genocidio a la par de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. En este caso se involucraba a un acusado de carácter civil, no militar, un alcalde o un prefecto, se imputa el crimen de tortura en Akayesu a la par del genocidio y el Tribunal adopta la definición de tortura de la Convención de 1984 de la ONU, porque el Tribunal tenía que ser por primera vez confrontado con la necesidad de desarrollar los elementos constitutivos de la tortura, y dice la Convención del 84 que es reflejo de la costumbre internacional y por tanto esto implica que el *Actus Reus* esté relacionado con los elementos de un sujeto activo calificado, un elemento de finalidad también especificado en la Convención de 1984.

Más tarde, en el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, el caso Celebici, que es una sentencia que sale dos o tres meses después del caso Akayesu, dice: la Convención del 84 de la ONU es reflejo de la costumbre internacional pero en el ámbito de los Derechos Humanos solamente, no en el ámbito del



Jean-Paul Akayesu fue declarado culpable de genocidio y crímenes contra la humanidad por participar y supervisar estos actos mientras se desempeñaba como alcalde de la ciudad ruandesa de Taba

Derecho Internacional Humanitario. ¿Por qué es esto importante? Por los elementos a los que hacíamos referencia inicialmente, es decir, el sujeto activo calificado que establece la Convención de la tortura del 84, refiriéndonos solamente a sujetos estatales o vinculados con el Estado.

Con respecto al Derecho Internacional Humanitario, en los Convenios de Ginebra y los Protocolos Adicionales, aceptan de manera directa en 1949 la posibilidad de actores no estatales; desde ese punto de vista, en Celebici el Tribunal se ve confrontado con esta postura que había asumido el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, en cuanto a que la tortura pueda ser solamente cometida por agentes estatales y entonces dice el Tribunal: no podemos aceptar que esto sea costumbre internacional en el ámbito del Derecho Humanitario, porque desde luego la imputación de casos como Celebici, que no involucraban el principal acusado, que no era un agente estatal, de manera que casos de esta naturaleza quedarían en la impunidad; es decir, si se trata de perseguir un caso de tortura contra un agente no estatal aceptando el carácter consuetudinario de la definición del 84, habría un problema de impunidad, entonces el tribunal dice: *“no hay derecho consuetudinario en el ámbito del Derecho Humanitario en relación con los elementos que establece la Convención de 1984.”*

Me parece importante resaltar el párrafo de la sentencia que señala: “En el contexto del Derecho Humanitario, este requerimiento debe interpretarse en el sentido de incluirse actores armados no estatales partes de un conflicto de modo que la prohibición de tortura mantenga su relevancia en situaciones de conflicto armado no internacional o en conflictos armados internacionales que involucren la participación de actores no estatales”; de manera que la desvinculación de la definición del 84 en el ámbito del Derecho Humanitario es claramente relevante.

Sin embargo más adelante, en la década del 2000, van a surgir nuevas interpretaciones en relación con el carácter consuetudinario de la definición y en el caso Kunarac, en el 2001, el Tribunal para la Antigua Yugoslavia dice que el carácter consuetudinario de la definición sólo puede admitirse en el ámbito de la responsabilidad internacional del Estado, porque al hablar de la Convención del 84 estamos en el terreno de los Derechos Humanos, no en el terreno del Derecho Penal Internacional. Entonces, el Tribunal señala: no podemos admitir que exista carácter consuetudinario de la definición en relación con la responsabilidad penal individual.

Esta postura también adoptada en los casos que siguen a Kunarac, como lo son: Jokić, Krnojelac, Simić y Banović, principales casos que en los primeros años de la década del 2000 siguen esta tendencia de desvincularse de la definición del 84, no sólo en el sentido de Celebici, que como veíamos mantenía la definición en el ámbito de los Derechos Humanos, sino el tribunal dice: la definición no es válida en el ámbito de la responsabilidad penal individual.

Ahora, ¿qué finalidad tiene esto o qué consecuencias? Desde luego, el poder desvincularse de los elementos constitutivos del sujeto activo calificado de los propósitos que establece la Convención de 1984, no sólo en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario; de los crímenes de guerra, sino también en el ámbito de los Derechos Humanos de

los crímenes de lesa humanidad, y en ese sentido es que si bien hay bastante divergencia en cuanto a la jurisprudencia, ya a partir de Kunarac y los siguientes casos, la tortura como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra, esencialmente, es innecesario mostrar un daño físico, porque hablamos de tortura psicológica y de tortura moral.

La comisión de tortura, que también puede ser por omisión, tiene una gran relevancia en relación con la responsabilidad jerárquica. Varios casos han sido juzgados desde ese punto de vista en los Tribunales Ad hoc, como la gravedad en cuanto a los dolores o sufrimientos físicos o mentales; el elemento de la gravedad ha sido una constante en la jurisprudencia para distinguir la tortura de otros tratos y el caso de la violación que, como veíamos en el Tribunal Penal Internacional para Ruanda y Yugoslavia, ha sido una importante connotación de tortura.

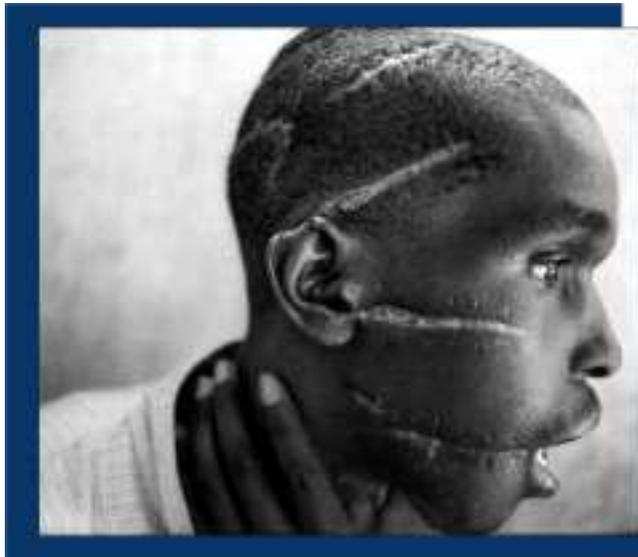
Algunos actos que alcanzan este estándar de gravedad de la tortura son los casos de Kunarac y Banović, en la década del 2000. Son casos que desarrollan de manera más clara esta jurisprudencia en cuanto a violación, es decir, tortura por violación, que fue una práctica sistemática en los casos tanto de Yugoslavia como de Ruanda; la guerra se hacía no solamente a través de armas convencionales sino que una de las principales armas eran los crímenes de violencia sexual y eso por ejemplo en el caso Akayesu u otros es bastante interesante, ya que son casos de violación como táctica de guerra, que no solamente ofende a la víctima directa de violación sino que constituye un amedrentamiento, un trato humillante, degradante, a la población de la cual es miembro

En el ámbito de los Derechos Humanos de los crímenes de lesa humanidad, y en ese sentido es que si bien hay bastante divergencia en cuanto a la jurisprudencia, ya a partir de Kunarac y los siguientes casos, la tortura como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra, esencialmente, es innecesario mostrar un daño físico, porque hablamos de tortura psicológica y de tortura moral.

la víctima y esa gravedad ha sido calificada como tortura por los Tribunales.

Volviendo al elemento del sujeto activo, que es uno de los elementos más importantes de discusión cuando hablamos de la criminalización de la tortura, ya en Celebici se acepta la posibilidad de actores no estatales, en donde se señala que el carácter consuetudinario de la definición no es aplicable para el DIH de la definición de la Convención del 84.

Más adelante, en el caso Furundzija se tratan de manera particular los crímenes de violencia sexual y aquí se va a dar una interpretación bastante controversial, porque dice que es necesaria la comisión por parte de un funcionario público o al menos la participación en capacidad no privada; es decir, Furundzija dice que estamos yendo demasiado lejos con la aceptación de actores no esta-



tales y aquí hay que poner un freno a esto y habla de esta capacidad no privada.

Luego en Kunarac, en los años 2000, 2001 y 2002, se dice que es innecesaria esta existencia de agentes únicamente estatales en el Derecho Internacional Humanitario y la discusión viene nuevamente en Krnojelac, en donde se dice que tanto en crímenes de guerra como en crímenes de lesa humanidad es innecesario hablar de agentes estatales, es decir, se tiene que aceptar la posibilidad de comisión de tortura por agentes estatales o no estatales.

Sin embargo, la discusión en el ámbito de la jurisprudencia de los tribunales, tomando esencialmente el caso del Tribunal para la Antigua Yugoslavia, ha sido bastante complicado, debido a que es un proceso en que la determinación de los contornos, que es costumbre internacional, en cuanto a la definición de tortura para efectos de la penalización de la responsabilidad penal individual, no ha sido un puente directo sino que ha seguido todo un proceso por una serie de razones.

Muchos de ustedes dirán: cómo podemos hablar de tortura solamente desde el punto de vista de agentes estatales, pues tortura la puede cometer cualquier persona y de hecho la comete; no ha sido una discusión sencilla, es todo un proceso que hasta ahora sigue en discusión y, precisamente, la apreciación de los otros tratos, es decir, los tratos crueles, inhumanos o degradantes, es otro aspecto importante de esta discusión; ya en el caso al que me refería en Krnojelac se dice que la

Si vemos la definición de los Convenios de Ginebra, hay un trato similar, es decir, en el Artículo 3 común se refiere a las infracciones graves en el ámbito del conflicto armado internacional, hablan de tortura o trato inhumano y aquí el Tribunal indica: tortura es una situación más grave que un trato inhumano o cruel.

tortura es una forma de maltrato agravado, es decir, hay una gravedad intrínseca asociada al concepto de tortura que no es tan grave como los otros tratos o penas crueles e inhumanas o degradantes.

Si vemos la definición de los Convenios de Ginebra, hay un trato similar, es decir, en el Artículo 3 común se refiere a las infracciones graves en el ámbito del conflicto armado internacional, hablan de tortura o trato inhumano y aquí el Tribunal indica: tortura es una situación más grave que un trato inhumano o cruel.

En Martić, que es uno de los casos más recientes, se dice: dolor o sufrimiento en el crimen de trato cruel, no requiere el mismo nivel de intensidad que en el caso de la tortura, y queda la inquietud de cómo distinguimos tortura de tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, a través del elemento de la gravedad, qué es lo grave para ser tortura o para ser trato cruel o inhumano. Sin embargo, en el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia se opta por caracterizar la tortura, desde el punto de vista del crimen de guerra del Derecho Humanitario a través de esta finalidad.

Sin embargo, en la jurisprudencia hay un desarrollo muy importante que desde Akayesu hasta Krnojelac y Martić se ha llevado adelante con un desarrollo progresivo muy importante que vale destacar; la discusión no está acabada, todo lo contrario, en el ámbito del Estatuto de Roma vamos a ver que justamente esta discusión vuelve a la luz y cobra nuevos matices. Se sabe que la tortura y los otros tratos están recogidos en el Estatuto de Roma como un crimen de lesa humanidad en el Artículo 7 y un crimen de guerra en el Artículo 8, y en el ámbito de los crímenes de lesa humanidad en el Artículo 7.2 C se señala que la tortura es un crimen de lesa humanidad.

Los elementos de los crímenes establecen las siguientes características, que vale resaltar: por un lado, la eliminación de los fines o propósitos que establecía la Convención de 1984, y por otro, la eliminación de la relación con el agente estatal, pero establece este elemento de custodia, control de la víctima; es decir, que la persona responsable por tortura ejerza cierta custodia o control sobre la víctima, que no es un elemento que pudiera verse en el caso de los Tribunales para la Antigua Yugoslavia, sino que es un elemento que surge en el ámbito de la Corte Penal Internacional del Estatuto de Roma de manera sui generis.

La forma como se tipifica la tortura como un crimen de guerra en el ámbito del conflicto armado internacional y del conflicto armado no internacional es también distinto, ya que se elimina la existencia de un sujeto activo propio, es decir, no es necesario que sea un agente estatal el que cometa tortura, como crimen de

Podemos decir que tortura como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra no son lo mismo. La situación es mucho más compleja en relación con los otros tratos, refiriéndonos a estos como penas crueles, inhumanas o degradantes, no son lo mismo en el ámbito del conflicto armado internacional que en el conflicto armado no internacional.

guerra, pero se mantienen los fines o propósitos de la Convención contra la tortura, como un crimen de guerra y se mantiene el elemento de la gravedad.

Entonces, como ustedes verán, hay un cuadro bastante complejo en cuanto a la tipificación de la tortura en el ámbito del Estatuto de Roma y de la Corte Penal Internacional, porque tortura no es lo mismo como crimen de lesa humanidad que como crimen de guerra; los elementos son distintos, pero no están dados por el Estatuto de Roma sino por los elementos de los crímenes.

¿Qué lógica puede tener que en el ámbito de los crímenes de lesa humanidad, se establezca el elemento de control y no en los crímenes de guerra? Probablemente hay una presunción de que tortura en el ámbito de una situación de ocupación o una situación de conflicto armado internacional, donde ya se tiene a la persona detenida o capturada o en el ámbito del conflicto armado no internacional cuando existe un control directo de la víctima, aparentemente habría esta presunción de que en el caso de los crímenes de guerra del conflicto armado esta situación es recurrente y no así en los crímenes de lesa humanidad, donde habría que demostrar la custodia o control de la víctima. Pero esto es una interpretación, poco sustentada jurídicamente.

Por otro lado, qué sentido tiene aceptar que la tortura como crimen de lesa humanidad no requiera determinados fines, es decir, no necesite que el acto de tortura se cometa con la finalidad de obtener una confesión, una prueba o de coaccionar o instigar, pero sí como un

crimen de guerra, tendríamos que recurrir a la prohibición de la tortura, cuando hablamos de un acto de intimidación, de coacción o cuando se requieran obtener pruebas a través del acto de tortura.

Entonces, podemos decir que tortura como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra no son lo mismo. La situación es mucho más compleja en relación con los otros tratos, refiriéndonos a estos como penas crueles, inhumanas o degradantes, no son lo mismo en el ámbito del conflicto armado internacional que en el conflicto armado no internacional.

En el conflicto armado internacional, se refiere a los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, siguiendo la denominación de las infracciones graves en los Convenios de Ginebra; en el conflicto armado no internacional se habla de trato cruel, además, de los atentados contra la vida e integridad personal, siguiendo la formulación del Artículo 3 común.

En relación con los elementos de los crímenes, tanto en tortura como en los otros tratos, los dolores o sufrimientos deben ser graves, físicos o mentales, es decir, el elemento de la gravedad es común tanto en tortura como en los otros tratos. Sin embargo ¿cuál es ese elemento diferenciador? viene a darse solamente por el elemento de la finalidad o el propósito de la conducta. Es decir, si existen finalidades específicas hablamos de tortura, si existe un acto que cause un grave sufrimiento sea físico o mental, pero que no esté asociado a un fin específico, hablamos de otros tratos, en el ámbito de los crímenes de guerra.

La criminalización de la tortura en el ámbito del Estatuto de Roma es por demás compleja, y desde luego, en el

En relación con los elementos de los crímenes, tanto en tortura como en los otros tratos, los dolores o sufrimientos deben ser graves, físicos o mentales, es decir, el elemento de la gravedad es común tanto en tortura como en los otros tratos.

mismo se responde a un proceso de negociación, ya que cuando se adopta el Estatuto en 1998 no se piensa únicamente en un proceso técnico sino, todo lo contrario, uno en gran parte político o de concesiones políticas. Mucho de esto tiene que ver con la manera como se adopta la criminalización de la tortura y con los otros tratos penalmente prohibidos en el ámbito de los crímenes de guerra y lesa humanidad y, aún más, la diferencia entre el conflicto armado internacional y no internacional. Esto se puede ver más claramente con los primeros casos que se están suscitando ante la Corte Penal Internacional, de hecho, hay tres casos que están en proceso ante la CPI.

El primero es el de Tomas Lubangadylo, caso que corresponde a la situación de la República Democrática del Congo; el de Katanga, que es otro que corresponde a la situación de ese país, y el caso Bemba, que corresponde a la República Central Africana.

La Corte Penal Internacional en principio no conoce casos, sino situaciones, y qué significa el término situación, aunque no esté definida en el Estatuto de Roma es un contexto que tiene una característica temporal y espacial determinada, en la que parece haberse cometido conductas que constituyen crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional.

Algunos casos concretos en los que se individualiza dentro de esta situación, por ejemplo el de Milosevic, correspondiente a la situación de la Antigua Yugoslavia o el de Akayesu, correspondiente a la situación en Ruanda; de manera que en principio la Corte no ejerce competencia en relación directa con casos sino con situaciones. ¿Cómo llega una situación ante la Corte Penal Internacional? Porque los Estados parte la remiten, porque el Consejo de Seguridad envía esa situación o porque el Fiscal de la Corte Penal Internacional decide investigar por iniciativa propia.

Este primer procedimiento no está referido a casos, está referido a situaciones. Una vez que la situación se declara admisible y bajo la jurisdicción de la Corte, bajo los criterios de competencia material,



A Germain Katanga (foto) y Matthieu Ngudjolo Chui se los acusa de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad presuntamente perpetrados en el poblado de Bogoro, distrito de Ituri, en la República del Congo Oriental de enero a marzo de 2003

personal y temporal, después de llevar adelante la investigación, la Fiscalía va a imputar crímenes a personas en particular; de manera que cuando ya existe una imputación, (cargos efectuados a una persona en particular y una orden de arresto), hablamos de casos en particular.

Lo que está ocurriendo con la Corte Penal Internacional es que han llegado situaciones remitidas por Estados parte, como la situación del Congo y de la República Central Africana, de Uganda, que también es Estado parte, y un Estado no parte de la Corte, que es Sudán, el cual ha sido remitido a través del Consejo de Seguridad.

En estas situaciones, ya hay tres casos que actualmente cuentan con una confirmación de los cargos y han iniciado el juicio ante la Corte Penal Internacional; esto está ocurriendo con el caso de Lubanga, de Katanga y de Bemba. Los dos primeros, con Lubanga y Katanga, corresponden a la situación del Congo y Bemba corresponde a la situación de la República Central Africana, esto es básicamente en el contexto, procesalmente hablando, de dónde estamos situados ante la Corte Penal Internacional.

Refiriéndome a los dos casos de Katanga y Bemba, que involucran la imputación por tortura, al tiempo de la confirmación de los cargos. En el caso Katanga, correspondiente a la República Democrática del Congo, se ha imputado el homicidio, la tortura como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra, el pillaje, la violación

como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra. En esta decisión, el 30 de septiembre de 2008, la Sala de Cuestiones Preliminares Uno, que está a cargo de la situación del Congo, confirmó los cargos en Katanga y aquí hay una interpretación interesante para el tema objeto de esta conferencia de la tortura que en realidad se refiere al Artículo 7.1 K, los otros actos inhumanos de carácter similar, que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental. Es lo que establece la cláusula residual del Artículo 7.

El caso de Katanga, en el ámbito de la tortura como un crimen de lesa humanidad, que se imputaba a éste como parte de la situación del Congo, la decisión de confirmación de los cargos del año 2008 señala: los otros actos inhumanos imputados a Katanga tendrían que ser reconocidos bajo el artículo 7.1 K, es decir de otros actos inhumanos de carácter similar, que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física y la salud mental. Estos actos inhumanos a los que hace referencia la sentencia de Katanga, es decir, la decisión de confirmación de los cargos, se asocia a la imputación del Fiscal de otros actos inhumanos distintos a los casos de tortura, y esta cláusula residual del Artículo 7.1 K ha sido polémica en la discusión de los crímenes de lesa humanidad.

El principio de legalidad, que fue objetado desde las discusiones de implementación porque decían, bueno, nosotros en los sistemas nacionales entendemos por principio de legalidad una conducta, la ley cierta previa asociados al principio de legalidad y una cláusula de este tipo es desde luego muy vaga, muy abierta e incompatible con el principio de legalidad a nivel del Derecho Penal Nacional, como normalmente lo conocemos.

En el caso Katanga se ha puesto por primera vez en discusión el alcance de la cláusula residual y la Sala de Cuestiones Preliminares dice: por actos inhumanos han de entenderse las violaciones graves al Derecho Internacional Consuetudinario y a los derechos fundamentales de los seres humanos derivados de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de naturaleza y gravedad similar a los actos mencionados en el artículo 7.1.

Por otro lado, actos que tengan naturaleza y gravedad similar a los mencionados en el Artículo 7 implica una situación de analogía, que está normalmente prohibida por el Derecho Penal Nacional; entonces, este primer caso pone en cuestionamiento el alcance, el contenido de la cláusula residual del Artículo 7.1 y lo que hace en la Sala es desestimar el cargo, porque dice: la evidencia no apunta a determinar la intención de causar sufrimientos o daños graves, sino un intento no consumado de homicidio de la población civil, es decir, la Sala prácticamente lo que dice es: la cláusula residual del Artículo 7.1 K viene a ser ese complemento de la tortura, es decir, los tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes que no han sido específicamente recogidos en el Artículo 7.

Desde ese punto de vista, se señala que estos otros actos inhumanos son distintos a las otras conductas, al homicidio, a la misma tortura, a la violación, etc. Por eso, dice como en el caso de Katanga no se ha demostrado que hubiera existido una intención de causar graves sufrimientos físicos o mentales sino que ha habido un intento fallido de homicidio a la población civil, dice que el cargo es desestimado en relación con otros actos inhumanos.

Esta es una primera interpretación que viene a dar ciertas luces de la distinción entre tortura, tratos, penas crueles e inhumanas o degradantes, en el ámbito de los crímenes de lesa humanidad, pero que lamentablemente en el proceso contra Katanga no va a ser objeto de discusión porque el cargo ha sido desestimado.

Otro caso al que quiero referirme es el de Bemba, de la República Central Africana, que es elocuente en relación con la distinción de la tortura como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra; el caso Bemba es bastante particular porque involucra un conflicto armado de carácter no internacional desarrollado en ese país entre los años 2000 y 2003, con la intervención de milicias de Estados adyacentes coordinados por la oposición política al gobierno en esa época; es decir, un conflicto armado no internacional que involucra tropas, grupos armados no estatales de otros Estados.

En el caso se imputa la tortura como crimen de lesa humanidad y de guerra al acusado. En la tortura como

crimen de lesa humanidad, la Sala de Cuestiones Preliminares dice: la tortura como crimen de lesa humanidad involucra el causar daños o sufrimientos físicos o mentales graves, a través de actos de violencia u otras formas de violencia sexual a civiles mujeres y niños.

Es decir, retoma el elemento de la gravedad para catalogar lo que es tortura y dice: puede considerarse también la aquiescencia de la comisión de tortura, por violación sexual, no solamente en el sentido de violación a mujeres y niños sino también de hombres, de la población civil. El cargo no es confirmado, porque dice la Sala de Cuestiones Preliminares que se está imputando a la vez tortura, como crimen de lesa humanidad y de guerra, por tanto, ya no es necesaria la imputación de violación, porque son los mismos hechos constitutivos, tanto de tortura como de violación, alegados por el fiscal; lo cual lleva a desestimar el cargo de tortura al no existir nuevos elementos que ameriten la consideración de tortura, distinta a la violación, de manera que la Sala de Cuestiones Preliminares dice: vamos a abandonar esa práctica de acumular cargos cuando los hechos son los mismos, vamos a calificar los hechos con la figura más clara, que en este caso es la violación, no la tortura, y esto tiene que ver con la discusión que hacía referencia anteriormente en cuanto a hechos que puedan ser catalogados a través de distintas figuras penales.

La Sala de Cuestiones Preliminares dice: la tortura como crimen de lesa humanidad involucra el causar daños o sufrimientos físicos o mentales graves, a través de actos de violencia u otras formas de violencia sexual a civiles mujeres y niños.

Sin embargo, esto ha sido objeto de una gran controversia a nivel de las ONG de Derechos Humanos, hay un *Amicus Curiae* al que vamos a hacer referencia y que se ha presentado recientemente, el cual objeta la desestimación del cargo de violación como tortura, y dice que

hay un amplio reconocimiento del Derecho Consuetudinario y Jurisprudencial de la comisión de violación a través de la tortura y que estos crímenes son diferentes, no obstante que los hechos puedan ser los mismos. De manera que hay un debate al presente importante, en cuanto hasta qué punto la discrecionalidad del fiscal puede llevarse adelante de manera que no encuentre una tensión con los derechos del acusado a defenderse; no existen reglas precisas en cuanto a qué cargo o qué número de cargos puede un fiscal imputar o qué cargos debería aceptar un juez, de manera que esto es una discusión que actualmente no ha terminado.

Finalmente, otras de las situaciones conflictivas en el caso Bemba es justamente la interpretación del crimen de tortura, como crimen de guerra en el ámbito del conflicto armado no internacional; el Artículo 8.2, que recoge el crimen de tortura como crimen de guerra en el ámbito del conflicto armado no internacional, y la Sala de Cuestiones Preliminares dicen: es la causa del dolor o sufrimiento graves físicos o mentales, a través de actos de violación u otras formas de violencia sexual a civiles, hombres, mujeres o niños. Pero ésta es la imputación que hace el fiscal en cuanto a la tortura como un crimen de guerra, es básicamente la misma imputación que se efectuaba anteriormente y el cargo no es confirmado, porque la Sala de Cuestiones Preliminares dice que falta evidencia del elemento de finalidad requerido por el crimen.

Es decir, recapitulando lo que veíamos anteriormente, el crimen de tortura como crimen de guerra requiere el elemento de la finalidad que establecía la Convención de 1984, que ha sido dejado de lado como decíamos en el ámbito de crimen de tortura como en el crimen de lesa humanidad, pero que se mantiene en el ámbito de los crímenes de guerra. Entonces, la Sala de Cuestiones Preliminares dice: no podemos confirmar el cargo porque la fiscalía no ha aportado las suficientes pruebas con relación a que la tortura hubiera sido cometida con la intención de forzar una confesión, de obtener pruebas, de intimidar, de coaccionar, etc.

Esto desde mi punto de vista, podría tomarse como un enfoque bastante problemático porque va a llevar a consolidarse, y es que la apelación se ha presentado ya por la fiscalía, pero si la apelación es corroborada va a llevar a consolidar una línea bastante diferenciada de conceptualización de la tortura como crimen de guerra y lesa humanidad y la coherencia del elemento de finalidad en un crimen de guerra, respecto a un crimen de lesa humanidad que no requiere esta finalidad. No obstante, que el elemento de finalidad no surgiera del Derecho Internacional Humanitario sino de los Derechos Humanos.✈



CURRICULUM

Elizabeth Santalla. De nacionalidad boliviana, licenciada en Derecho de la Universidad Católica Boliviana, Máster en Derecho Internacional y Comparado, con beca completa conferida por la Organización de Estados Americanos en la Universidad de San Francisco, Estados Unidos; Doctorado en curso de Derecho Internacional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Leiden de los Países Bajos; Consultora jurídica de la oficina en Bolivia del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y docente de Derecho Humanos y Derecho Internacional de las universidades Católica Boliviana, Andina Simón Bolívar y privada Boliviana.