

LA TORTURA COMO CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD

Dra. NATALIA BARBERO

Universidad de Buenos Aires

Resumen: Tras una debida evolución, la tortura es hoy un crimen contra la humanidad. Se analizan en este artículo los avances de la tipificación de este crimen internacional a través de los textos de los estatutos de los tribunales penales internacionales hasta el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Se estudian los elementos típicos de la tortura como crimen contra la humanidad, el elemento de contexto y la conducta típica en particular.

Abstract: Torture is today a crime against humanity. This paper distinguishes the changes of this international crime in international legislation through the study of the statutes of international criminal tribunals until the Rome Statute of the International Criminal Court. Elements of the crime of torture and of crimes against humanity are analysed in particular.

Palabras claves: Tortura – crimen contra la humanidad – Corte Penal Internacional – tribunales penales internacionales – estatutos – crimen internacional – *ius cogens* – elemento de contexto

Key words: Torture – crime against humanity – International Criminal Court – international criminal tribunals – statutes – international crime – *ius cogens* – context element

1. La tortura como ilícito y como crimen internacional

La tortura está prohibida como «ilícito» en el Derecho Internacional. En dicho ámbito, en caso de incumplimiento por parte de los

Estados de la normativa internacional que prohíbe la tortura, la responsabilidad emergente estará alcanzada por los mecanismos previstos por la normativa del mismo ámbito internacional que aquella que tipifica las infracciones. Se activa así la responsabilidad del Estado ante el Derecho Internacional Público en caso de estar en presencia de un ilícito internacional¹. Es un principio general de Derecho Internacional que cualquier incumplimiento de un compromiso impone la obligación de reparar².

En este ámbito, la prohibición de la tortura está prevista, en lo principal, por la Convención Internacional contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984³.

¹ Desde el Tratado de Westfalia firmado en 1648 tras la Guerra de los Treinta Años, los Estados soberanos e independientes son reconocidos como sujetos de Derecho Internacional. No se reconocía la posibilidad de juzgar a individuos. La publicación del *Leviatán* sólo tres años más tarde respaldó esta postura, en particular cuando Thomas Hobbes trató la «esencia de la soberanía». Ver LAUREN, P. G., «From Impunity to Accountability: Forces of Transformation and the Changing International Human Rights Context», en THAKUR, R., y MALCONTENT, P. (Edit.), *From Sovereign Impunity to International Accountability*, United Nations University Press, Nueva York, 2004, p. 17.

² Esta obligación fue reconocida en el fallo «Chorzow Factory» de la Corte Permanente de Justicia, CPJI, serie A, n.º 17, 1928, p. 29. Ver, entre otros, URIOSTE BRAGA, F., *Responsabilidad Internacional de los Estados en los Derechos Humanos*, B de F Ltda., Buenos Aires, 2002, p. 7; REMIRO BROTONS, A., y otros, *Derecho Internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 739.

³ También la tortura había sido definida en la Declaración sobre la Protección de las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1975, en sentido similar. Y de manera general la prohibición de la tortura se haya prevista en el art. 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) en su art. XXV y en su art. XXVI; en el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); en el art. 3 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (1950); en el art. 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos («Pacto de San José de Costa Rica», 1969); en el art. 5 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (1981). También las Reglas de Estándares Mínimos para el tratamiento de Prisioneros (1956) prevén un conjunto completo de normas para los detenidos a fin de asegurarles un tratamiento justo, y la tortura por parte de los guardias de las cárceles es una de las primeras conductas a ser prevenidas. Por su parte, rigen las Convenciones de Ginebra de 1949 y los dos Protocolos Adicionales de 1977; el Código de conducta obligatorio para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (1979); 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 (1982); el Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (1988); los Principios básicos para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (1990); las Reglas de la ONU para la protección de los menores privados de libertad (1990); y los Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (2000).

Según esta Convención:

«1... 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...».

Pero en caso de tratarse de un «crimen internacional»⁴, conformado por un tipo penal que recepta una grave violación de derechos humanos protegida especialmente, nace la responsabilidad penal de aquellos individuos que participaron en la violación o que son responsables de la decisión⁵. Se ingresa aquí al ámbito penal⁶. En el caso de la tortura como crimen internacional, se generan dos ámbitos de represión, diversos e independientes del anteriormente señalado.

Por un lado se da la posibilidad de aplicación extraterritorial de la ley penal interna de un Estado⁷, es decir, cualquier Estado puede

⁴ Ver clasificación de crímenes internacionales en «crímenes internacionales de primer grado» y «de segundo grado» en OLLÉ SESÉ, M., *Justicia Universal para Crímenes Internacionales*, La Ley, Madrid, 2008, p. 188.

⁵ AMBOS, K., *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 97-102; BOLLO AROCENA, M.^a D., *Derecho Internacional Penal. Estudio de los Crímenes Internacionales y de las Técnicas para su Represión*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2004, p. 44; LIROLA DELGADO, Isabel y MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., *La Corte Penal Internacional*, Ariel Derecho, Barcelona, 2001, p. 14; JESCHECK, Hans-Heinrich, «International Crimes», *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 8, North-Holland, p. 333.

⁶ Ver AHTISAARI, M., «Justice and Accountability: Local or International?», en THAKUR y MALCONTENT (Edit.), ob. cit., pp. xii-xvi.

⁷ Se trata del ámbito de validez espacial de la ley penal de un país o su aplicación extraterritorial. Ver casos jurisprudenciales, como Noriega, Thomas, Vasquez-Velasco, Alvarez-Machain, Cook v. Tait, y Estados Unidos v. Layton. Análisis del fallo Alvarez-Machain en DONNA, E. A., *Casos y Fallos de Derecho Penal*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, pp. 225-250; por otros, ver TRAVIESO, J. A., *Derechos Humanos y Derecho Internacional*, Editorial Heliasta, Colombia, 1996, p. 539. En materia de principios en general, ver SOLER, S., *Derecho Penal Argentino*, T. I, Tea, Buenos Aires, 1988, p. 190; NÚÑEZ, R. C., Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1987, pp. 159-165; FIERRO, G., *La Ley Penal y el Derecho Internacional*, Tea, Avellaneda, 1997, pp. 207-522; BOGGIANO, A., *Derecho Penal Internacional. En el Derecho de las Relaciones entre los Ordenamientos Jurídicos y en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la*

solicitar la extradición del sujeto activo que hubiere incurrido en un crimen internacional y juzgarlo según sus propias leyes, con base en el principio de justicia universal⁸, como se dio en el caso del genocidio de Guatemala, cuando la legislación interna del Estado en cuestión así lo permite⁹.

Nación, La Ley, Avellaneda, 2003, pp. 8-44 y 48-49; DÍEZ SÁNCHEZ, J. José, *El Derecho Penal Internacional*, Colex, Madrid, 1990; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., *Derecho Penal Internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 103-144; BOLLO AROCENA, ob. cit., p. 346. Este aspecto dio originalmente nacimiento al conocido término «Derecho Penal Internacional» para referirse a esta área del Derecho, ya que las normas del Derecho Penal local son aplicadas «internacionalmente». En este sentido, BOGGIANO define al Derecho Penal Internacional como un «sistema normativo destinado a solucionar razonablemente los casos multinacionales de Derecho Penal, esto es, casos vinculados a diversas jurisdicciones estatales», en BOGGIANO, ob. cit., pp. 1-2; FIERRO trae la definición de VON ROHLAND quien define al Derecho Penal Internacional como el «conjunto de principios de derecho por los cuales el Estado, como miembro de la comunidad internacional, determina el valor territorial de sus normas y leyes penales respecto a las personas y a los bienes jurídicos», y MARTITZ lo define como el «sistema de reglas de derecho concernientes a la aplicación al extranjero del derecho penal internacional o, mejor dicho, el derecho penal interno», en FIERRO, ob. cit., pp. 54-71. En contra del término, PELLA: «(...) La denominación misma de Derecho penal internacional, que hoy se da a esta disciplina jurídica, es completamente defectuosa». «(...) Sería preferible denominarle 'Derecho penal inter-estático'». PELLA, *La Criminalidad Colectiva de los Estados y el Derecho Penal del Porvenir*, pp. 218-237, citado en JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal*, t. II, Editorial Losada, Buenos Aires, 1964, p. 1090. Sin embargo, este término es minoritariamente utilizado (ver, JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., pp. 1089-1091) y ha sido casi reemplazado hoy por el de «Aplicación extraterritorial de la Ley Penal» o similares, evitando la confusión con el nuevo «Derecho Penal Internacional», que se refiere a un ámbito diverso y autónomo. Ver también ANDRÉS DOMÍNGUEZ, ob. cit., pp. 14-16.

⁸ Ver en especial, SÁNCHEZ LEGIDO, Á., *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 21-47 y 118-251.

⁹ El principio de jurisdicción universal se encuentra previsto en varios ordenamientos jurídicos de diverso modo. Por lo general, no se especifican los delitos ante los cuales se aplica el principio, sino que se advierte una fórmula amplia. Por ejemplo, hacen referencia a «delitos contra el Derecho de Gentes» o «delitos contra el Derecho Internacional». Con dichas fórmulas nos encontramos en Argentina, con el art. 118 de la Constitución Nacional; y en Venezuela, con el art. 4 del Código Penal. En algunos casos se prevé una remisión a los delitos contemplados en los tratados internacionales de derechos humanos. Esto ocurre en Costa Rica, art. 7 del Código Penal; en Bolivia, art. 1.7 del Código Penal; El Salvador, art. 10 del Código Penal; Perú, art. 2.5 del Código Penal; en Chile, art. 6 del Código Orgánico de Tribunales; en Brasil, art. 7.II, *a*, del Código Penal. Por otra parte, en algunos pocos países se prevé expresamente la aplicación del principio de jurisdicción universal a crímenes internacionales determinados. Así se da en el caso del art. 7 del Código Penal de Costa Rica, para el caso del genocidio, y, en Brasil, el art. 7.I, *d*, del Código Penal respecto del genocidio y el art. 2 de la ley 9.455/97 respecto del delito de tortura. A pesar de esta amplia recepción del principio universal, la persecución penal de crímenes internacionales se ve mayormente impedida por la falta de tipos penales específicos en la materia en las legislaciones internas. Sobre las legislaciones latinoamericanas que contemplan el

Por otro lado, es factible la activación del Derecho Penal Internacional¹⁰, es decir, la aplicación directa de la normativa penal internacional¹¹.

En Derecho Penal Internacional, y principalmente a raíz del surgimiento de los tribunales penales internacionales, la persecución y el

principio de jurisdicción universal y las diversas regulaciones del mismo, véase AMBOS, K., y MALARINO, E. (Edit.), *Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina y España*, Konrad-Adenauer- Stiftung, Montevideo, 2003, pp. 64, 94, 134, 180, 225, 280, 316, 356, 415, 505, 547, y 583.

¹⁰ Por distinción entre los términos «Derecho Penal Internacional» y «Derecho Internacional Penal», ver GARCÍA SÁNCHEZ, B., *Límites a la Ley Penal en el Espacio*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 13-14; DOBOVSEK, J., *El Derecho Internacional Penal*, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 33. Sobre la primera utilización del término Derecho Penal Internacional, definiciones, y su relación con la jurisdicción universal, ver OLLÉ SESÉ, ob. cit., p. 137.

¹¹ En cuanto a la coexistencia de la persecución universal a través de juzgamientos locales y el Derecho Penal Internacional ejercido a través de una corte internacional permanente, ver REMIRO BROTONS, A., «Los Crímenes de Derecho Internacional y su Persecución Judicial», en BACIGALUPO ZAPATER, E. (Dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, *El Derecho Penal Internacional*, VII, 2001, Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 142. Es relevante la decisión del Tribunal Supremo de Israel en el caso EICHMANN de 1962 (Attorney General v. Eichmann, Jerusalem District Court (1961) 36 ILR 18, 39 y Supreme Court of Israel (1962) 36 ILR 277, 304). Lord Millet, en su voto en el fallo PINOCHET de la Cámara de los Lores, reconoce que, a partir del fallo Eichmann, surgen tres proposiciones: 1) Ninguna norma de Derecho Internacional prohíbe a un Estado ejercer jurisdicción penal extraterritorial sobre crímenes cometidos por extranjeros en el extranjero; 2) Crímenes de guerra y atrocidades de la escala y carácter internacional del holocausto son crímenes pasibles de jurisdicción universal conforme al Derecho Internacional consuetudinario (esto es, existe «permiso» para asumir la jurisdicción universal pero ello no resulta obligatorio); y, 3) El hecho de que el acusado haya cometido esos crímenes en el curso de funciones oficiales no impide el ejercicio de jurisdicción de un tribunal estatal». El fallo EICHMANN fue confirmado en Estados Unidos por *Demjanjuk v. Petrovsky*, (1985) 603 F. Supágs. 1468 aff d. 776 F. 2d. 571. Ver REMIRO BROTONS, «Los Crímenes...», ob. cit., p. 88; LOMBOIS, Claude, *Droit Pénal International*, Dalloz, Paris, 1979, p. 146; OLLÉ SESÉ, ob. cit., p. 252. Otros fallos relacionados con el tema, en Argentina: «Priebke, Erich s/ Solicitud de extradición», Causa N° 16.063/94, CSJN P. 457, XXXII, 2/11/1995; «Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ Homicidio calificado y asociación ilícita y otros», Causa N° 259 A, 533 XXXVIII, CSJN 24/8/2004; «Lariz Iriondo Jesús María s/ Solicitud de extradición», L. 845 XL, CSJN 10/5/2005; «Simón, Julio Héctor y otros s/ Privación ilegítima de la libertad, etc.», Causa 17.768 (Declaración de inconstitucionalidad de las leyes 23.492 —de punto final— y 23.521 —de obediencia debida— y declaración de validez de la ley 25.779), S. 1767, XXXVIII; M. 2333. XLII— «Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad» - CSJN - 13/07/2007. En lo internacional: «Pinochet, Augusto», Juz. Central de Instrucción Nro. 6, España, en pleno, Sala de lo Penal, 1998/11/05, La Ley, 1999-D, 702; «La Reina c. Evans y otro y el Comisionado Metropolitano de Policía y otros», Cámara de Los Lores, Londres, 1998/11/25, La Ley, 1999-A, 431; «Pinochet, Augusto», Cámara de Los Lores, Londres, 1999/01/15, La Ley, 1999-B, 738, «La Reina c. Evans y otro y el Comisionado Metropolitano de Policía y otros», Cámara de Los Lores, Londres, 1999/03/24, La Ley, 1999-C, 651, «Pinochet, Augusto», Mi-

juzgamiento de los crímenes internacionales vinieron a complementar la imputación de responsabilidad a los Estados en el ámbito del Derecho Internacional Público a fin de cubrir el aspecto penal de la violación¹², así como complementaron también la aplicación extraterritorial de la ley penal que ejercitan ciertos Estados con base en el principio universal.

Desde los tribunales militares internacionales de Nuremberg y Tokio, pasando por los tribunales penales internacionales *ad hoc* para la ex-Yugoslavia, Ruanda, y los tribunales híbridos, hasta la Corte Penal Internacional creada por el Estatuto de Roma de 1998, la imputación de responsabilidad penal individual y la represión de los delitos internacionales ha logrado su afianzamiento en el debido ámbito penal, con independencia del eventual castigo al Estado por su actuación en el ámbito del Derecho Internacional Público¹³.

Las normas de Derecho Penal enfocan al individuo, y, con base en los principios de la personalidad de la pena y de culpabilidad, son las personas quienes sufren las «penas». El Derecho Penal Internacional busca castigar delitos internacionales cometidos por personas físicas, desde quienes ordenaron su comisión hasta quienes los ejecutaron¹⁴, aunque, generalmente, los autores actúan como parte de organizaciones políticas mayores¹⁵.

nistro del Interior, Jack Straw, 2000/03/02, La Ley, 2000-B, 81, «Pinochet Ugarte, Augusto», T. Constitucional, Chile, 2000/08/08, Citas legales del fallo: leyes 23.054 (Adla, XLIV-b, 1250); 23.313 (Adla, XLVI - B, 1107).

¹² No resultaba posible imputar responsabilidad penal al Estado. Señala JIMÉNEZ DE ASÚA: «La responsabilidad internacional de los Estados suscita interesantes problemas. En primer término, el de si es posible responsabilizar al Estado como entidad moral; en segundo lugar, el de la naturaleza de la sanción; en tercer punto, el de la regla *nullum crimen nulla poena sine lege*; en cuarto aspecto, el de las reparaciones civiles, y, finalmente, el de la ejecución de las sentencias». Ver in extenso, JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., pp. 1126-1127. Ver sobre el tema, SPINEDI, M., «La Responsabilité de l'État pour 'Crime': une Responsabilité Pénale?», en ASCENSIO, H. (Dir.), *Droit International Pénal*, Pedone, Paris, 2000, p. 93. En contrario, se ha propuesto la posibilidad de imputar responsabilidad penal a los Estados, quienes responderían en tal caso como personas jurídicas y podrían ser posibles de penas de multa y otro tipo de sanciones de carácter penal por hechos delictivos. Ver en tal sentido, RAMELLA, P. A., *Crímenes contra la Humanidad*, Depalma, Buenos Aires, 1986, pp. 1-4.

¹³ Ver CLAPHAM, A., «The Complexity of International Criminal Law: Looking beyond Individual Responsibility to the Responsibility of Organizations, Corporations and States», en THAKUR, ob. cit., pp. 246-247; LAUREN, ob. cit., p. 27. Esta normativa es receptada luego por el Estatuto de Roma, art. 25, ap. 4.

¹⁴ Ello da lugar a la «responsabilidad funcional». Ver WLADIMIROFF, M., «The Individual within International Law», en THAKUR, ob. cit., p. 105; AMBOS, K., *La Parte General del Derecho Penal Internacional, Bases para una Elaboración Dogmática*, traducido por MALARINO, E., Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2005, p. 78.

¹⁵ CLAPHAM, ob. cit., pp. 233-252.

Se distingue así entre la responsabilidad de los Estados por los «ilícitos internacionales» y la responsabilidad de los individuos por los «delitos» o «crímenes internacionales»¹⁶ por los que deben responder penalmente¹⁷. El aspecto más relevante de esta nueva rama del Derecho Internacional llamada Derecho Penal Internacional es justamente el reconocimiento del ser humano como sujeto, consagrando derechos, obligaciones y sanciones individuales que derivan directamente del ordenamiento jurídico internacional¹⁸.

En los juicios de Nuremberg ya se imputó responsabilidad penal individual frente al incumplimiento de normas internacionales, es decir, frente a crímenes internacionales¹⁹. Sin perjuicio de haber caído precisamente en una violación expresa al principio de legalidad, se dijo: «Ha sido ya reconocido que las normas internacionales imponen obligaciones y responsabilidades sobre los individuos y sobre los Estados. Los individuos pueden ser penados por violaciones a las normas internacionales. Los crímenes contrarios a las normas internacionales son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y sólo castigando a los individuos que cometen tales crímenes se pueden hacer efectivas las normas internacionales»²⁰.

En los procesos relativos a la Segunda Guerra Mundial, además la imputación individual se extendió a través de las figuras de la conspiración y la pertenencia a una organización criminal²¹. En la actua-

¹⁶ No todas las infracciones del Derecho Internacional dan lugar a responsabilidad penal individual, porque no todas son receptadas por el Derecho Penal Internacional, sino sólo las infracciones más graves del Derecho Internacional. OLÁSULO ALONSO, H., «Análisis del Caso Couso a la luz del Estatuto de Roma», en *REDUR*, N° 5, diciembre de 2007, p. 71. Y no toda infracción contra los derechos del hombre puede considerarse crimen contra la humanidad. QUINTANO RIPOLLÉS, A., «Criminalidad de Guerra», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo VI, Seix, Barcelona, 1971, p. 7.

¹⁷ GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 41-43.

¹⁸ FAÚNDEZ LEDESMA, H., «Derecho Internacional, Impunidad y Responsabilidad del Estado», artículo publicado por Nueva Sociedad en <http://www.nuevasoc.org.ve/ens.htm>.

¹⁹ GUERRERO PERALTA, O. J., «Justicia Penal y Paz, Una Mirada al Largo Camino hacia la Conformación del Derecho Penal Internacional Contemporáneo», en AMBOS, K., y GUERRERO, O. J., *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 53; QUINTANO RIPOLLÉS, «Criminalidad...», ob. cit., p. 10; RUEDA FERNÁNDEZ, C., *Delitos de Derecho Internacional*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 62.

²⁰ Tribunal Militar Internacional, Sentencia del 1 de octubre de 1946, reimpresa en 41 *Am. J. Int'l L.* 172, 220-221 (1947).

²¹ Sobre la imputación, ver AMBOS, K., *Principios e Imputación en el Derecho Penal Internacional*, Atelier, Barcelona, 2008, p. 65. Por conspiración, ver AMBOS, *La Parte General...*, ob. cit., pp. 80-81; POMORSKI, S., «Conspiracy and Criminal Organizations», en GINSBURG, G., y KUDRIAVTSEV, V. N. (Edit.), *The Nuremberg Trial and International*

lidad, aquellas formas de extensión de la responsabilidad han perdido protagonismo frente a nuevas fórmulas de imputación como la Joint criminal enterprise y la responsabilidad del superior jerárquico²².

A través del Derecho Penal Internacional, la comunidad internacional actual busca evitar y castigar ciertas conductas delictivas, en especial aquellas conductas más graves que atentan contra el orden y la paz internacional. Se busca evitar que las personas que cometen los crímenes más horribles queden impunes tras la figura del Estado²³. La tortura es una de las conductas en particular que integra este tipo de crímenes.

El Derecho Penal Internacional intenta proteger *sólo ciertos bienes jurídicos especiales* a través de la incriminación de ciertas conductas indeseadas por la comunidad internacional en su conjunto²⁴. Los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal Internacional son aquéllos que resultan «vitales» para el orden y la paz internacional²⁵, por lo que varios delitos «graves» pueden no ser abarcados por esta nueva rama del Derecho²⁶.

Law, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 1990, p. 213. Por pertenencia a una organización criminal, ver AMBOS, *La Parte General...*, ob. cit., pp. 81-82; POMORSKI, ob. cit., p. 238.

²² La intervención criminal fue entendida por la jurisprudencia penal internacional posterior a la Segunda Guerra Mundial como «toda clase de ayuda fáctica o jurídica o favorecimiento a la comisión del hecho», por lo cual, los aportes individuales al hecho son considerados independientes entre sí y de un mismo valor. En el ámbito internacional, no se distinguía hasta la sentencia del TPIY en el caso TADIC. Ver en profundidad, WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 207. El Estatuto de Roma vino a detallar las formas de intervención reconocidas por el Derecho Internacional consuetudinario, distinguiendo entre diversas formas de autoría y de participación punible, aunque no trae criterios predefinidos para graduar la pena según el grado de intervención. WERLE, ob. cit., p. 212. Sobre autoría y participación en Derecho Penal internacional véase también AMBOS, *Principios e Imputación...*, ob. cit.

²³ Ello así sin limitarse al ejercicio del principio de la jurisdicción universal. Ver, Restatement (Third) Foreign Relations Law of the United States, American Law Institute, 1987, § 404: «Universal Jurisdiction to Define and Punish Certain Offenses. A state has jurisdiction to define and prescribe punishment for certain offenses recognized by the community of nations as of universal concern, such as piracy, slave trade, attacks on or hijacking of aircraft, genocide, war crimes, and perhaps certain acts of terrorism». Ver STEINER, H. J., y ALSTON, P., *International Human Rights in Context*, Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 1021-1025.

²⁴ Por lo cual necesariamente el Derecho Penal Internacional se integra por normas de *ius cogens*. No podrían los Estados derogarlas, ni modificarlas, ni legislar excepciones a estas normas.

²⁵ GIL GIL, *Derecho Penal Internacional*, ob. cit., p. 28.

²⁶ Sin perjuicio de las grandes presiones que ejercen ciertas opiniones, los delitos relacionados con el narcotráfico, el terrorismo y los delitos contra el medio ambiente,

A su vez, el Derecho Penal Internacional, como el Derecho Penal interno, es de *ultima ratio*. Esto significa que debe intervenir sólo en los casos más graves y cuando no sean suficientes otras reacciones del ordenamiento jurídico, lo que no implica que tenga una naturaleza meramente secundaria o accesorio, sino que es un Derecho autónomo con normas propias²⁷.

2. La tortura como crimen contra la humanidad en los estatutos de los tribunales penales internacionales

2.1. *En el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg*

La *tortura* como crimen internacional en particular²⁸ surgió en el año 1919, tras la finalización de la Primera Guerra Mundial, en el informe de la Comisión de Responsabilidades creada por la Conferencia de Paz de París²⁹, pero desapareció en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg.

El Estatuto del Tribunal de Nuremberg previó la figura de «crímenes contra la humanidad». La inclusión de este delito respondía a la intención de no limitar la competencia del tribunal a los crímenes de guerra en sentido estricto³⁰, a castigar los monstruosos actos co-

por ejemplo, no son aún crímenes internacionales tipificados de manera autónoma por el Estatuto de Roma. Ver GONZÁLEZ GALVÉZ, S., «La Corte Penal Internacional», artículo publicado por la Barra Mexicana del Colegio de Abogados, p. 7.

²⁷ GIL GIL, *Derecho Penal Internacional*, ob. cit., p. 29.

²⁸ También es un crimen de guerra, tema ajeno a este trabajo.

²⁹ TRIFFTERER, O., Ed., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, p. 139. El texto del Informe de la Comisión se refería a los actos cometidos «*against the laws and customs of war and of the laws of humanity*»; y, enumeraba a la tortura como uno de varios actos cometidos en el marco de la guerra, la cual fue llevada adelante «*in violation of the established laws and customs of war and the elementary laws of humanity*». Ver Paris Peace Conference (1919-1920), Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties, Violation of the laws and customs of war, Carnegie Endowment for International Peace, DIVISION OF INTERNATIONAL LAW, Pamphlet No. 82, Clarendon Press, London, 1919, pp. 16-19.

³⁰ PARENTI, P. F., FILIPPINI, L. G., y FOLGUEIRO, H. L., *Los Crímenes contra la Humanidad y el Genocidio en el Derecho Internacional*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2007, p. 16; GIRALDO, ob. cit., p. 1. La diferencia esencial entre los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad está en que los primeros son actos cometidos en tiempo de guerra contra nacionales de otro Estado, en cambio los segundos son actos cometidos

metidos por los criminales nazis que no podían ser considerados ni crímenes de guerra ni como violaciones al Derecho Internacional en sentido estricto³¹.

Sin embargo, en el Estatuto de Nuremberg no se nombró el delito de tortura en especial como crimen contra la humanidad. Se la considera implícitamente incluida en su art. 6, inciso c). El Estatuto hace una enumeración no taxativa que no incluye a la tortura en sí, pero se la puede considerar tipificada como «otro acto inhumano»³². Dice el Estatuto sobre los crímenes contra la humanidad³³:

«c) Crímenes contra la Humanidad: es decir, asesinatos, exterminación, sometimiento a esclavitud, deportación y otros antes o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, en ejecución o en conexión con cualquier crimen de la jurisdicción del Tribunal, sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados (...)³⁴.

La primera declaración formal del contenido de la expresión *crímenes contra la humanidad* en sí misma fue justamente en el art. 6.c) del Estatuto del Tribunal Internacional Militar de Nuremberg de 1945, donde la *tortura* se encuentra comprendida en la idea de «actos inhumanos»³⁵.

Se ve así que el empleo del término «crímenes contra la humanidad» en el Derecho Penal Internacional *positivo* se dio primero en el

contra nacionales del mismo Estado que los autores. Así, la Carta de Nuremberg innovó en una «extensión de jurisdicción», al establecer que las víctimas del mismo tipo de conducta que constituía crimen de guerra fueran protegidas sin el requisito de ser de una nacionalidad distinta de la del agresor. BASSIOUNI, C., *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Londres, 1992, p. 179 y p. 182.

³¹ ZOLLER, E., «La Définition des Crimes contre l'Humanité», *Journal du Droit International*, n.º 3, Editions Techniques, Paris, 1993, p. 551.

³² DELAPLACE, Edouard, «La Torture», en ASCENSIO, ob. cit., p. 370; KITTICHAISAREE, K., *International Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 2001, pp. 87-88.

³³ JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., p. 1233.

³⁴ Ver otra traducción —similar— en PARENTI, ob. cit., p. 18; y, AMBOS, *Impunidad...*, ob. cit., p. 95. Habla de «muerte», por asesinatos; de «esclavitud» por sometimiento a la esclavitud; y excluye AMBOS la última parte de la traducción que hace referencia a que pueda ser o no el crimen violación de la legislación interna del país donde hubiere sido cometido.

³⁵ MATUS, J. P., «El Informe Valech y la Tortura Masiva y Sistemática como Crimen contra la Humanidad cometido en Chile durante el Régimen Militar. Su enjuiciamiento desde la Perspectiva del Derecho Penal Internacional. Apuntes a Propósito de la Obra del Prof. Dr. Kai Ambos, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts», en *Revista Ius et Praxis*, 11 (1): 173-219, 2005, ap. II.2.; OLLÉ SESÉ, ob. cit., p. 223.

Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg³⁶, a pesar de que la noción de la protección de civiles en tiempos de guerra ya estaba vigente en la regulación internacional de los conflictos armados³⁷.

Pero los crímenes contra la humanidad, la tortura entre ellos, no tenían la autonomía que luego adquirirían. La Carta de Nuremberg estableció que podía entenderse como crímenes contra la humanidad hechos cometidos «antes o durante la guerra» contra «cualquier población civil», pero limitó la posibilidad de que el Tribunal pudiera juzgarlos a los casos en los que hubieran sido cometidos en ejecución o en conexión con otro crimen de competencia del tribunal. Así, para que un hecho fuera considerado «crimen contra la humanidad» tenía que comprobarse que había sido cometido «en ejecución o en conexión con un crimen de guerra o un crimen contra la paz», y por tanto la figura carecía de autonomía³⁸ ya que se veía ligada a un conflicto armado, y condicionaba la posibilidad de represión de dichos crímenes³⁹.

En el Estatuto de Londres, los crímenes contra la humanidad previstos en el art. 6.c. presentaban entonces las siguientes características⁴⁰:

³⁶ CASSESE, A., «Crimes against Humanity», en CASSESE, A., *et al* (Edit.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, New York, 2002, p. 353; WERLE, ob. cit., p. 350; BOOT, M., *Genocide, Crimes Against Humanity, War Crimes: Nullum Crimen Sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court*, Intersentia, New York, 2002, p. 457; ROBINSON, D., «Crimes Against Humanity: Reflections on State Sovereignty, Legal Precision and the Dictates of the Public Conscience», en LATTANZI, F., y SCHABAS, W. A., *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Vol. I, Il Sirente, Roma, 2000, p. 140. Por usos anteriores del cargo, ver BOOT, ob. cit., pp. 457-458; JESCHECK, H.-H., «Nuremberg Trials», en *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 4, North-Holland Publishing Company, New York, 1982, p. 53; CAPELLÁ I ROIG, M., *La Tipificación Internacional de los Crímenes contra la Humanidad*, Tirant lo blanch, Valencia, 2005, p. 47; KITTICHAISAREE, ob. cit., p. 86; RUEDA FERNÁNDEZ, *Delitos...*, ob. cit., p. 135. Se considera que estos crímenes ya habían sido referenciados, y recién fueron *perseguidos* formalmente en el juicio de Nuremberg. JONES, J. R. W. D., y POWLES, S., *International Criminal Practice*, Oxford University Press, New York, 2003, p. 181.

³⁷ CAPELLÁ I ROIG, *La Tipificación...*, ob. cit., p. 47.

³⁸ WERLE, ob. cit., p. 53; BOOT, ob. cit., pp. 459-460; PARENTI, ob. cit., p. 20.

³⁹ DONNEDIEU DE VABRES, H., «Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1947, I, vol. 70, p. 520.

⁴⁰ Ver GIL GIL, A., «Los crímenes contra la Humanidad y el Genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de 'Los elementos de los Crímenes'», en AMBOS (Coord.), *La Nueva Justicia Supranacional. Desarrollos Post-Roma*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 68-69; GIL GIL, A., *Programa de Derecho Penal Internacional*, material de curso, p. 128. Ver en detalle, United Nations War Crimes Commission

1. Debían ser cometidos durante una guerra, o en conexión con una guerra⁴¹.

2. Debían cometerse contra una población civil⁴², y tal concepto incluía a los propios nacionales como a los nacionales de terceros países⁴³.

3. Los autores de los crímenes debían ser personas que actuaran en interés del Estado⁴⁴.

4. No se exigía *móvil* alguno en los crímenes contra la humanidad⁴⁵. El Estatuto de Londres sólo exigía determinados móviles para el caso de persecución.

El elemento más controvertido de los crímenes contra la humanidad fue el «nexo de guerra» o la conexión de estos delitos con alguno de los otros delitos de competencia del Tribunal. Por ello, el crimen contra la humanidad nació como una extensión del crimen de guerra⁴⁶ y el alcance del delito fue limitado⁴⁷.

(Compil.), *History of the United Nations War Crimes and the Development of the Laws of the War*, Londres, 1948, pp. 191-204;.

⁴¹ Ver análisis sobre la evolución del «nexo» de la guerra, desde Nuremberg hasta los tribunales *ad hoc*, en AMBOS, *La Corte Penal Internacional, La Corte Penal Internacional*, Colección de Autores de Derecho Penal (DONNA, E. A.), Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2007, pp. 219-231. En contra, JONES y POWLES consideran que el Estatuto del Tribunal de Nuremberg no exige nexo de guerra, toda vez que incluye la frase «antes o durante la guerra». Es decir, los autores consideran que puede existir crimen contra la humanidad desconectado de un conflicto armado y en tiempo de paz, ya que el Estatuto prevé que se pueda dar «antes» de una guerra. JONES, ob. cit., p. 185.

⁴² Se busca incluir las conductas dirigidas contra una población civil, como sujeto colectivo. Se entiende que se refiere a un número masivo de víctimas, por lo cual actos aislados contra individuos no quedan abarcados por el concepto. SCHWELB, E., «Crimes against Humanity», *The British Year Book of International Law*, 1946, Fred. B. Rothman & Co., edición 23^o, 1980, p. 191.

⁴³ Esta previsión difiere del Derecho de la Guerra. A su vez, así sucede que los crímenes contra la humanidad pueden abarcar conductas también cubiertas por el tipo de crímenes de guerra. SCHWELB, ob. cit., pp. 188-189.

⁴⁴ Según el primer párrafo del art. 6: «El Tribunal tendrá competencia para juzgar y castigar los delitos que a continuación se enumeran cometidos por personas que actúan “en interés de los países europeos del Eje”».

⁴⁵ GIL GIL, «Los Crímenes...», ob. cit., p. 69; GIL GIL, *Programa de Derecho Penal Internacional*, ob. cit., p. 128. Ver sentencia de la Sala de Apelaciones en el caso TADIC, del Tribunal Penal para la ex-Yugoslavia, que confirma la innecesariedad de esta exigencia, IT-94-1-A, par. 284. Tampoco se incluirá más de cincuenta años más tarde en el Estatuto de Roma.

⁴⁶ GIRALDO, J., «El Crimen de Lesa Humanidad, Aspectos Históricos Jurídicos», *Informe Colombia Nunca Más*, noviembre de 2000, p. 2.

⁴⁷ BOOT, ob. cit., p. 460.

La razón de la inclusión del requisito de nexo de guerra en Nuremberg para los crímenes contra la humanidad reside en que los autores del Estatuto del Tribunal no habrían encontrado, en el Derecho Internacional de la época, fundamento para la competencia del Tribunal sobre los crímenes perpetrados por las fuerzas del Estado alemán contra sus propios ciudadanos⁴⁸.

Pero la conexidad de los crímenes contra la humanidad con la guerra resultaba un elemento de difícil prueba, ya que se debía probar la relación o conexidad directa entre el plan nazi contra los judíos y el plan nazi de agresión. Por ello, el Tribunal no pudo condenar por crímenes contra la humanidad aquellos hechos anteriores a 1939⁴⁹.

Los redactores del Estatuto del Tribunal prefirieron utilizar una noción de crimen más establecida, para evitar planteos sobre la legalidad⁵⁰.

2.2. *En el Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente*

El Estatuto de este tribunal tampoco nombra la tortura en particular, por lo que se la considera incluida como crimen contra la humanidad, también como «otro acto inhumano», en su art. 5, inciso c). Dice el Estatuto⁵¹:

«c) Crímenes contra la Humanidad: es decir, el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación y otras acciones inhumanas cometidas contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o las persecuciones por causas políticas o raciales, en ejecución de o en conexión con cualquier crimen de la jurisdicción del Tribunal, violando o no las leyes nacionales del país en donde son perpetrados

⁴⁸ BETTATI, M., «Le Crime contra l'Humanité», en ASCENSIO, ob. cit., p. 307. Dice MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ que, al incluirse esta exigencia del nexo de guerra en el Estatuto, resultaba inoperativa la tipificación para alcanzar las atrocidades cometidas por gobernantes contra sus propias poblaciones. MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ, J. L., «El Concepto de Crímenes de Lesa Humanidad», en Abogacía General del Estado, Dirección del Servicio Jurídico del Estado, *XXI Jornadas de Estudio, Hacia una Justicia Internacional*, Civitas, Madrid, 2000, p. 673.

⁴⁹ ZOLLER, ob. cit., p. 554. Ver GRAVEN, J., «Les Crimes contre l'Humanité», en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1950, T. 76, p. 464; HERZOG, J.-B., «Contribution a l'étude de la Definition du Crime contre l'humanité», *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1947, N° 4, p. 162.

⁵⁰ BASSIOUNI, ob. cit., p. 186.

⁵¹ Suma lo dispuesto en el Protocolo de Berlín. KITTICHAISAREE, ob. cit., p. 88.

(...)»⁵².

Este texto admite las mismas referencias vertidas con respecto al Estatuto de Nuremberg, ya que no hay mayor novedad⁵³, salvo la eliminación de las persecuciones por motivos religiosos.

2.3. En la Ley nº 10 del Consejo de Control Aliado

La Ley nº 10 del Consejo de Control Aliado⁵⁴ incluyó la tortura expresamente en su art. 2.c sobre los crímenes contra la humanidad⁵⁵ al definirlos como:

«Atrocidades y delitos que comprendan, sin que esta enumeración tenga carácter limitativo, el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación, el encarcelamiento, la tortura, las violaciones u otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, violen o no estos actos las leyes nacionales de los países donde se perpetraron»⁵⁶.

Esta redacción difiere de aquella contenida en las cartas de los tribunales de Nuremberg y Tokyo en dos aspectos principales. Primero, en cuanto al objeto de nuestro trabajo, prevé expresamente la tortura como un crimen contra la humanidad⁵⁷; y, segundo, elimina el nexo

⁵² Texto según PIGNATELLI Y MECA. Ver PIGNATELLI Y MECA, F. (Edit.), *El Estatuto de la Corte Penal Internacional, Antecedentes y Textos Complementarios*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2003, p. 80. Otro texto, según la Cátedra de Estudios Internacionales de la Universidad del País Vasco: «Crímenes contra la humanidad: a saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron».

⁵³ MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ, ob. cit., p. 671; SCHWELB, ob. cit., p. 214.

⁵⁴ Tras el primer juicio de Nuremberg, se celebraron otros juicios bajo la Ley Nº 10 del Consejo de Control Aliado. Allí se juzgaron los crímenes cometidos en cada una de las cuatro zonas de la Alemania ocupada. Entre los acusados traídos a juicio, se encontraron los médicos que habían llevado a cabo experimentos sobre enfermos y prisioneros de los campos de concentración, así como jueces, industriales, e incluso miembros de las SS que habían dirigido campos de concentración, administrado las leyes nazis de discriminación y organizado el exterminio personas en el este de Europa.

⁵⁵ BOOT, ob. cit., p. 507; DELAPLACE, ob. cit., p. 370.

⁵⁶ Traducción según texto de RUEDA FERNÁNDEZ, C., «Los Crímenes contra la Humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: ¿Por Fin la Esperada Definición?», en CARRILLO SALCEDO, J. A. (Coord.), *La Criminalización de la Barbarie: La Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 308.

de guerra que era requerido⁵⁸, así como la conexión con otros crímenes⁵⁹. Así, los crímenes contra la humanidad logran autonomía absoluta⁶⁰, y los tribunales amplían su competencia.

Llama la atención el texto de la Ley, y se diferencia también en ello de los estatutos anteriores, al referirse a «*atrocidades y delitos*», y al incluir una enumeración no exhaustiva y dar expreso aviso de ello («*sin que esta enumeración tenga carácter limitativo*»)⁶¹.

Al eliminar la Ley el nexo de guerra antes requerido, permitió el juzgamiento de conductas anti-humanas desligadas del conflicto bélico propiamente dicho, como la de los médicos culpables de experiencias biológicas crueles y de eutanasia eugénica sobre súbditos alemanes⁶². También permitió el juzgamiento de conductas cometidas años antes de la guerra⁶³.

Sin embargo, el texto de la Ley fue considerado confuso ya que no

⁵⁷ CASSESE, ob. cit., p. 356; KITTICHAISAREE, ob. cit., p. 87. La ley también agrega las conductas de encarcelamiento y violación, además de tortura. SCHWELB, ob. cit., p. 217.

⁵⁸ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, t. I, Madrid, 1955, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto «Francisco de Vitoria», p. 617; BASSIOUNI, ob. cit., p. 188; ZOLLER, ob. cit., p. 555; DOBOVSEK, ob. cit., p. 245; GIL GIL, A., «Los Crímenes contra la Humanidad y el Genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional»; www.cienciaspenales.net, ap. 3; GIL GIL, *Programa de Derecho Penal Internacional*, ob. cit., p. 129; SCHWELB, ob. cit., p. 217. Al no requerirse el nexo de guerra, se podían juzgar los crímenes cometidos antes de 1939 contra civiles alemanes, incluyendo la persecución de judíos y la eutanasia de los discapacitados. URIOS MOLINER, S., «Antecedentes Históricos de la Corte Penal Internacional», en GÓMEZ COLOMER, J. L., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., y CARDONA LLORENS, J. (Coord.), *La Corte Penal Internacional (Un Estudio Interdisciplinar)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, p. 33.

⁵⁹ De este modo, toda la jurisprudencia que surgiría de los pronunciamientos del Tribunal de Nuremberg sería irrelevante, en cuanto a los crímenes contra la humanidad, para los tribunales que operaran bajo la Ley nº 10. SCHWELB, ob. cit., p. 218.

⁶⁰ Dicha autonomía fue sostenida en el primer Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1954. También fue sostenida en el cuarto informe sobre el Proyecto, presentado en 1986 por el Relator Especial, luego de un receso en los trabajos del Código que duró de 1954 a 1985. Ver RUEDA FERNÁNDEZ, *Delitos...*, ob. cit., p. 138. Nótese que el Proyecto de 1954 no incluía expresamente la tortura como crimen contra la humanidad. En cambio, sí lo hacía ya el Proyecto de 1991 (aunque hablaba de «violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos»), también el Proyecto de 1994 y el Proyecto de 1996. Por trabajos de la Comisión sobre el particular caso de los crímenes contra la humanidad, ver CAPELLÀ I ROIG, *La Tipificación...*, ob. cit., p. 109; BOOT, ob. cit., p. 466.

⁶¹ SCHWELB, ob. cit., p. 217.

⁶² Se juzgó y se condenó en tal sentido por el Tribunal americano de zona el 20 de agosto de 1947. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado...*, ob. cit., pp. 617-618.

⁶³ Por ejemplo, el *Landgericht* de Konstanz aplicó esta ley a un crimen cometido en 1923. SCHWELB, ob. cit., p. 217.

incluía expresamente el nexo de guerra pero en su Preámbulo refería que su fin era hacer efectiva la Carta de Nuremberg, lo cual llevó a discutir si se debía incluir entonces o no el nexo de guerra⁶⁴.

En la reunión celebrada en París del 24 al 27 de octubre de 1946 por el *Mouvement Judiciaire français*, se concluyó: «Son culpables de los crímenes contra la humanidad y punibles como tales, los que exterminen o persigan a un individuo o grupo de individuos por razón de su nacionalidad, de su raza o de sus opiniones, con entera independencia del estado de guerra»⁶⁵. Esta postura fue confirmada por la VIII Conferencia para la Unificación del Derecho Penal, Bruselas, 10 y 11 de julio de 1947.

En cuanto al nexo de guerra, se advierte que los «Principios de Nuremberg», confirmados por la Asamblea General en su Resolución 95 (I) del 11 de diciembre de 1946, mantuvieron en la definición de los crímenes contra la humanidad el requisito de relación con los crímenes de guerra o el crimen contra la paz⁶⁶.

El requisito vuelve a desaparecer luego en el texto del Convenio contra el Genocidio de 1948, en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968⁶⁷, en la decisión del caso «Tadic» del Tribunal para la ex Yugoslavia, y en el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad⁶⁸.

⁶⁴ La jurisprudencia fue dividida. En los casos OHLENDORF y ALTSTÖTTER se consideró innecesario el nexo de guerra, y en cambio fue exigido en los casos FLICK y WEIZSAECKER. GRAVEN, ob. cit., p. 468.

⁶⁵ Allí también se propugnó la redacción de un Código Penal Internacional y, de manera provisional, un cuerpo legal incriminatorio de los actos de lesa humanidad. Ver QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado...*, ob. cit., p. 619; GRAVEN, ob. cit., p. 481; DAUTRICOURT, J. Y., «La Définition du Crime contre l'humanité», *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1947-1948, p. 50.

⁶⁶ GIL GIL, «Los Crímenes...», ob. cit., p. 70.

⁶⁷ CASSESE, ob. cit., p. 356; GIL GIL, *Programa de Derecho Penal Internacional*, ob. cit., pp. 129-130.

⁶⁸ Preparatory Committee, *Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Vol. I, (Proceedings of the Preparatory Committee during March-April and August 1996)*, General Assembly, Official Records, Fifty-first Session, Supplement n° 22 (A/51/22), United Nations, New York, 1996, p. 23; CAPELLÁ I ROIG, *La Tipificación...*, ob. cit., p. 183.

2.4. En el Estatuto del Tribunal Penal Internacional Ad hoc para la ex Yugoslavia

En el Estatuto del Tribunal Penal *ad hoc* para la ex-Yugoslavia⁶⁹, la tortura es uno de los actos punibles como crímenes contra la humanidad, de ser un crimen de guerra⁷⁰. Así, este Estatuto en su art. 5, inciso f), dice:

«El Tribunal Internacional está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando éstos han sido cometidos en el curso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil⁷¹:

(...) f) Tortura (...).».

2.5. En el Estatuto del Tribunal Penal Internacional Ad hoc para Ruanda

Por su parte, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda⁷² de 1994 prevé en su art. 3, inciso f), el delito de tortura

⁶⁹ El Tribunal Penal Internacional *Ad hoc* para la ex-Yugoslavia fue creado ante el conflicto armado interno en tal región, entre el ejército, las milicias y los grupos paramilitares, una lucha religiosa y étnica que abarca crímenes cuerosos, entre ellos, la tortura, como otras tantas violaciones de derechos humanos fundamentales. El proceso de «limpieza étnica» fue escenario de un alto número de atrocidades y al menos 200.000 personas murieron y 2 millones fueron refugiadas. La práctica de la tortura fue un medio corriente. Ver DELGADO CÁNOVAS, J. B., *Naturaleza y Estructura Básica del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia*, Editorial Comares, Granada, 2000; CASSESE, *International Criminal Law*, ob. cit., p. 335; ZOGLIN, K., «The Future of War Crimes Prosecutions in the Former Yugoslavia: Accountability or Junk Justice?», en *Human Rights Quarterly* 27, The Johns Hopkins University Press, 2005, pp. 41-77; CAPELLÀ I ROIG, *La Tipificación...*, ob. cit., pp. 135-137 y 149-152; JONES, J. R. W. D., y POWLES, S., *International Criminal Practice*, Oxford University Press, New York, 2003; entre otros.

⁷⁰ CAPELLÀ I ROIG, *La Tipificación...*, ob. cit., pp. 135-137 y 149-152; HUET, ob. cit., pp. 28-31; FIERRO, *La Ley Penal...*, ob. cit., pp. 174-184; LIROLA DELGADO, ob. cit., p. 40; ARBOUR, L., «The Status of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda: Goals and Results»; JORDA, C., «The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: Its Functioning and Future Prospects», ambos en FRIEDMAN, L., y TIEFENBRUN, S. (Edit.), *The Hofstra Law & Policy Symposium, War Crimes and War Crimes Tribunals: Past, Present, and Future*, Vol. 3, Hofstra University, 1999, pp. 37 y 167, respectivamente; MERON, T., «The Case for War Crimes Trials in Yugoslavia», en *72 Foreign Affairs* 122, (Nº3 1993), p. 123; Report of the Secretary-General under Security Council Resolution 808, Doc. S/ 2504, 3 de mayo de 1993, reeditado en *14 Hum. Rts. L. J.* 198 (1993).

⁷¹ Nótese que el Estatuto no exige ningún elemento intencional adicional, como sí exige el Estatuto del Tribunal para Ruanda.

⁷² Tras el asesinato del Presidente hutu de Ruanda, Juvenal Habyarimana, la milicia y las tropas extremistas hutu lanzaron un ataque genocida masivo, con atrocidades

como crimen contra la humanidad (además de considerarlo un crimen de guerra). Dice:

«El Tribunal Internacional para Ruanda está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando éstos han sido cometidos en el curso de un ataque generalizado y sistemático, y dirigidos contra cualquier población civil en razón de su nacionalidad o pertenencia a un grupo político, étnico, racial o religioso:

(...)f) Tortura (...).

2.6. Diferencias del concepto de crímenes contra la humanidad en los estatutos de los tribunales para la ex-Yugoslavia y Ruanda

En cuanto al elemento de contexto de los crímenes contra la humanidad, se advierte que el Estatuto del Tribunal para la ex-Yugoslavia no incluye la exigencia típica del «ataque generalizado y sistemático»⁷³, y tampoco la motivación o elemento intencional adicional como «razones de nacionalidad, política, etnia, raza o religión»⁷⁴, como sí exige el Estatuto del Tribunal para Ruanda⁷⁵. Se ha dicho que esta dife-

homicidios y violaciones de la minoría tutsi y de hutus moderados. Los extremistas hutu exterminaron más de medio millón de personas tan sólo entre abril y julio de 1994, hasta que un gobierno tutsi asumió el poder. Se estima que casi dos millones de personas emigraron de Ruanda para refugiarse en países vecinos como Kenia y Zaire. Ver CAPELLÀ I ROIG, *La Tipificación...*, ob. cit., pp. 138-139 y 149-152; FIERRO, *La Ley Penal...*, ob. cit., pp. 184-189; ARBOUR, L., «The Status of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda: Goals and Results»; y, VAN LIEROP, R., «Report on the International Criminal Tribunal for Rwanda», ambos en FRIEDMAN, ob. cit., pp. 37 y 203, respectivamente.

⁷³ Ver PARENTI, ob. cit., pp. 31-33; CASSESE, ob. cit., p. 365; JONES, ob. cit., p. 184; KIT-TICHAISAREE, ob. cit., p. 89; DOBOVSEK, ob. cit., p. 159.

⁷⁴ Ver PARENTI, ob. cit., pp. 30-31; JONES, ob. cit., p. 183; KIT-TICHAISAREE, ob. cit., p. 89; DOBOVSEK, ob. cit., p. 159. El Estatuto del TPIY sólo exige el elemento discriminatorio para el caso del crimen contra la humanidad de persecución. Sin embargo, en el fallo TADIC el TPIY lo exigió como requisito para todos los crímenes contra la humanidad. Este fallo de primera instancia fue revocado en apelación y se estableció que no se requiere el elemento discriminatorio en los crímenes contra la humanidad según el Estatuto del TPIY, sino exclusivamente para el crimen de persecución. Ver fallo TADIC, cit., par. 284. JONES, ob. cit., p. 184. Ver comentario a los fallos KUPRESKI y FOCA, en JONES, ob. cit., p. 187. El TPIR exige el elemento discriminatorio que no había sido exigido ni en Nuremberg, ni en Tokyo, ni en la ex-Yugoslavia. Esto se debe a que es un estatuto «hecho a medida» para las atrocidades cometidas en Ruanda y que iban a ser juzgadas por el tribunal. KIT-TICHAISAREE, ob. cit., p. 89.

⁷⁵ CASSESE, ob. cit., p. 365; BOOT, ob. cit., p. 468; METTRAUX, Guénaël, *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, Oxford University Press, New York, 2005, p. 153;

rencia se basa en que primeramente se consideraba la «masividad» del ataque y luego se consideró la «generalización» como elemento típico y allí se incluyó el término «ataque» y el elemento de la motivación que resulta congruente con la exigencia de tal ataque⁷⁶.

Además, el Estatuto del Tribunal para la ex-Yugoslavia requiere expresamente el contexto de conflicto armado interno o internacional para la configuración de estos crímenes⁷⁷, lo cual se deja a un lado en el texto del Estatuto del Tribunal para Ruanda⁷⁸.

La introducción de este requisito por el Tribunal para la ex-Yugoslavia puede explicarse en el contexto histórico que llevó a la conformación del tribunal. Si la intención era cubrir el conflicto bélico que ocurría en la época de conformación del tribunal, se considera que hubiera sido mejor una frase genérica en el texto referida a esta conexión requerida y no su inserción en la tipificación de los crímenes contra la humanidad⁷⁹. La inclusión del requisito de nexo de guerra vuelve borrosa la línea límite entre los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra⁸⁰. Sin embargo, en el caso TADIC, el Tribunal para la ex-Yugoslavia abandonó la exigencia del requisito de nexo de guerra, en contra del texto de su propio Estatuto⁸¹.

A pesar de estas diferencias, la tortura en particular está prevista en ambos estatutos como crimen contra la humanidad de manera expresa, y como tal sus caracteres son idénticos, con excepción de las diferencias típicas que surgen de los propios elementos del contexto⁸².

JONES, ob. cit., p. 183; DOBOVSEK, ob. cit., p. 159; RUEDA FERNÁNDEZ, «Los Crímenes contra la Humanidad...», ob. cit., p. 316.

⁷⁶ CAPELLÁ I ROIG, *La Tipificación...*, ob. cit., p. 170.

⁷⁷ COMMISSION OF EXPERTS, *Final Report*, presentado al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas sobre el establecimiento del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (Resolución 780, 1992), par. 75-76; JONES, ob. cit., p. 183; KITTICHAISAREE, ob. cit., p. 89. Los conceptos de «ataque» y de «conflicto armado» son distintos e independientes. METTRAUX, ob. cit., p. 156. Sin embargo, el Secretario General da una opinión más amplia de los crímenes contra la humanidad, y considera que están prohibidos sin perjuicio de que sean cometidos o no en el marco de un conflicto armado internacional o interno. Esta postura también fue primeramente adoptada por el TPIY. El enfoque restrictivo del texto del Estatuto para la ex-Yugoslavia será abandonado más tarde y la opinión de este comentario será receptada en la definición de los crímenes. MERON, T., «War Crimes in Yugoslavia and the Development of International Law», en *American Journal of International Law*, Vol. 88, 1994, p. 87.

⁷⁸ BOOT, ob. cit., p. 468; GIL GIL, *Programa de Derecho Penal Internacional*, ob. cit., p. 130; DOBOVSEK, ob. cit., p. 159.

⁷⁹ PARENTI, ob. cit., p. 29-30.

⁸⁰ KITTICHAISAREE, ob. cit., p. 93.

⁸¹ TPIY, Tadic, Sala de Apelación, de 2 de octubre de 1995, par. 149.

⁸² METTRAUX, ob. cit., p. 181.

2.7. *En el Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona*⁸³

El art. 2 de la ley aplicable por el Tribunal para Sierra Leona contiene en parte los elementos de los crímenes contra la humanidad que se dan en los estatutos para la ex-Yugoslavia y Ruanda⁸⁴, así como también se ven en el Estatuto de Roma. Dice el art. 2 del Estatuto para Sierra Leona:

«The Special Court shall have the power to prosecute persons who committed the following crimes as part of a widespread or systematic attack against any civilian population:

(...) Torture (...)

Other inhumane acts».

En consonancia con el Derecho Internacional consuetudinario contemporáneo, el Estatuto del Tribunal para Sierra Leona no requiere el nexos con el conflicto armado ni el elemento discriminatorio en los crímenes contra la humanidad⁸⁵, aunque sí requiere el elemento de ataque a la población civil y que dicho ataque sea «generalizado o sistemático»⁸⁶.

⁸³ Por referencias sobre este y otros tribunales híbridos, ver LINTON, S., «Cambodia, East Timor and Sierra Leone: Experiments in International Justice», en *Criminal Law Forum* 12, 2001, pp. 231-241; AMBOS, K., y OTHMAN, M. (Edit.), *New Approaches in International Criminal Justice: Kosovo, East Timor, Sierra Leone and Cambodia*, Edition Iuscrim, Freiburg, 2003, pp. 131 y ss.; PERRIELLO, T., y WIERDA, M., *The Special Court for Sierra Leone under Scrutiny*, International Center for Transitional Justice, 2006; CAPELLÁ I ROIG, *La Tipificación...*, ob. cit., pp. 278 y ss.; GIL GIL, *Programa de Derecho Penal Internacional*, ob. cit., pp. 54-55; y, SMITH, A., «Sierra Leone: The Intersection of Law, Policy and Practice»; MOCHOCOKO, P., y TORTORA, G., «The Management Committee for the Special Court for Sierra Leone»; y, SCHABAS, W., «Internationalized Courts and their Relationship with Alternative Accountability Mechanisms: The Case Of Sierra Leone»; los tres artículos en ROMANO, C. P. R., y otros (Edit.), *Internationalized Criminal Courts: Sierra Leone, East Timor, Kosovo and Cambodia*, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 125-139, pp. 141-159 y pp. 157-180, respectivamente

⁸⁴ CAPELLÁ I ROIG, *La Tipificación...*, ob. cit., p. 275; SWART, B., «Internationalized Courts and Substantive Criminal Law», en ROMANO, C. P. R., y otros (Edit.), *Internationalized Criminal Courts: Sierra Leone, East Timor, Kosovo and Cambodia*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 299; JONES, ob. cit., p. 184.

⁸⁵ LINTON, S., «Cambodia, East Timor and Sierra Leone: Experiments in International Justice», en *Criminal Law Forum* 12, 2001, p. 234; SWART, ob. cit., pp. 299-300.

⁸⁶ DOBOVSEK, ob. cit., p. 159.

2.8. *En el Estatuto del Tribunal Especial para Camboya*

La normativa aplicable por las Salas Extraordinarias en Camboya, denominada *Law on Extraordinary Chambers*, establece en su art. 3 que el delito de tortura será juzgado como violación al Código Penal de Camboya de 1956:

«Article 3: The Extraordinary Chambers shall have the power to bring to trial all Suspects who committed any of these crimes set forth in the 1956 Penal Code, and which were committed during the period from 17 April 1975 to 6 January 1979:

(...) Torture (Article 500) (...).

Y considera a la tortura como crimen contra la humanidad en su art. 5:

«Article 5: The Extraordinary Chambers shall have the power to bring to trial all Suspects who committed crimes against humanity during the period 17 April 1975 to 6 January 1979.

Crimes against humanity, which have no statute of limitations, are any acts committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, on national, political, ethnical, racial or religious grounds, such as: (...) torture».

Esta disposición sigue la normativa del Tribunal para Ruanda, ya que exige la motivación discriminatoria o persecutoria en el elemento de contexto de los crímenes contra la humanidad⁸⁷ y, entre éstos, prevé la tortura.

2.9 *En el Estatuto del Tribunal Especial para Timor Oriental*

La Regulación 2000/15 de este tribunal estipula:

«Section 5. Crimes against Humanity.

5.1. For the purposes of the present regulation, «crimes against humanity» means any of the following acts when committed as part of a

⁸⁷ En contra de lo establecido por el Derecho Internacional consuetudinario contemporáneo. LINTON, ob. cit., p. 194. La desventaja de copiar al Estatuto del Tribunal para Ruanda en vez de seguir al Estatuto del Tribunal para la ex-Yugoslavia está en el requisito de la intención discriminatoria, que ya no se exige en Derecho consuetudinario salvo para el crimen particular de persecución, como se ha dicho en el fallo TA-DIC, IT-94-1-A, Judgment, 15 de julio de 1999, par. 273-305. Ver SWART, ob.cit., p. 299.

widespread or systematic attack and directed against any civilian population, with knowledge of the attack:

(...) (f) Torture; (...) (k) Other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health.

5.2. For the purposes of Section 5.1 of the present regulation:

... (d) "Torture" means the intentional infliction of severe pain or suffering, whether physical or mental, upon a person in the custody or under the control of the accused; except that torture shall not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to, lawful sanctions (...).

La norma es coincidente con aquella del Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional⁸⁸ y difiere de la que traían la Declaración de 1975 y la Convención de 1984⁸⁹. Tipifica la tortura como un crimen contra la humanidad en su art. 5.2(d) y como crimen de guerra en su art. 7.1⁹⁰.

Se critica la Regulación ya que no respeta los términos de la Declaración y la Convención que son «ley previa» para hechos cometidos luego de 1975 o de 1984, según el caso, y en cambio recoge el Estatuto de Roma que es ley posterior, en el caso de esos mismos hechos, lo cual resulta en una flagrante violación del principio de legalidad⁹¹. Por supuesto no se impone esta crítica en cuanto a persecuciones de hechos cometidos con posterioridad al Estatuto de Roma.

En mi opinión esta crítica no es válida ya que el hecho que el concepto de tortura esté receptado en la Declaración de 1975 y en la Convención de 1984 no convierte a la tortura en delito. Sólo es delito la tortura a partir de su especial tipificación como tal, con la asignación de una sanción penal. Por tanto la crítica se debe hacer en cambio de manera genérica a la Regulación, al tipificar un delito con posterioridad a los hechos.

⁸⁸ Ver SWART, ob. cit., p. 299.

⁸⁹ LINTON, ob. cit., p. 220.

⁹⁰ También como modo de comisión del genocidio. Se critica que la Regulación contiene dos conceptos distintos de tortura en sus arts. 5 y 7. Ver LINTON, ob. cit., p. 210.

⁹¹ LINTON, ob. cit., pp. 220-221.

2.10. *En el Estatuto del Tribunal Especial para Kosovo*

Los paneles mixtos creados por la United Nations Interim Administration in Kosovo (UNIMIK) aplican Derecho nacional, es decir, el Código Penal yugoslavo. Pero esta legislación no contemplaba los crímenes contra la humanidad⁹², hasta que entró en vigor el nuevo Código Penal kosovar que los incluye de manera idéntica a lo previsto por el Estatuto de Roma⁹³.

2.11. *La tortura como crimen contra la humanidad en la jurisprudencia penal internacional*⁹⁴

2.11.1. Casos ante los tribunales militares internacionales de Nuremberg y Extremo Oriente

En los juicios llevados a cabo por los tribunales militares internacionales de Nuremberg y Tokio, los crímenes internacionales por los que se juzgaron a los criminales de guerra fueron los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, sumados a los cargos por conspiración. Ante ambos tribunales, se imputaron cargos de tortura como conducta típica contenida en el género de «crímenes contra la humanidad».

Pero en la mayoría de los casos la figura fue aplicada conjuntamente con los crímenes de guerra y contra la paz y sin una adecuada distinción. Sólo dos de los condenados en Nuremberg lo fueron exclusivamente por crímenes contra la humanidad. Fueron Julius Streicher y Baldur von Schirach. Aquí el Tribunal tuvo en cuenta actos co-

⁹² CAPELLÀ I ROIG, *La Tipificación...*, ob. cit., p. 300.

⁹³ GIL GIL, *Programa de Derecho Penal Internacional*, ob. cit., p. 56.

⁹⁴ Se hace referencia a los 4 tribunales principales. Por los casos ante otros tribunales como Camboya, Sierra Leona, Timor Oriental y Kosovo, ver CAPELLÀ I ROIG, *La Tipificación...*, ob. cit., pp. 265-302; ROMANO, C. P. R., y otros (Edit.), *Internationalized Criminal Courts: Sierra Leone, East Timor, Kosovo and Cambodia*, Oxford University Press, Oxford, 2004; PERRIELLO, T., y WIERDA, M., *The Special Court for Sierra Leone under Scrutiny*, International Center for Transitional Justice, 2006; LINTON, S., «Cambodia, East Timor and Sierra Leone: Experiments in International Justice», en *Criminal Law Forum* 12, 2001, pp. 185-246; LINTON, S., «New Approaches to International Justice in Cambodia and East Timor», en *IRRC*, vol. 84, n.º 845, marzo 2002, pp. 93-119; entre otros.

metidos antes de 1939 por los acusados y los calificó como crímenes contra la humanidad⁹⁵.

El Tribunal interpretó de manera restrictiva el art. 6.c. del Estatuto. El requisito del nexo con conflicto armado que imponía la Carta redujo la posibilidad de condena por el cargo de crímenes contra la humanidad de manera autónoma.

También varios actos quedaron sin condena como crímenes contra la humanidad por no haberse podido probar su conexión con alguno de los otros dos crímenes de competencia del Tribunal. Salvo excepciones, se limitó la condena por crímenes contra la humanidad a los casos de actos cometidos con posterioridad al inicio de la guerra pero que no podían ser enmarcados estrictamente dentro del concepto de crímenes de guerra⁹⁶. De los 18 acusados por la comisión de crímenes contra la humanidad entre otros cargos, sólo fueron encontrados inocentes de ese cargo, Rudolf Hess⁹⁷ y Hans Fritzsche⁹⁸. De los 16 restantes, 12 fueron condenados a muerte. Se observa que la pena capital se dio en la mayoría de los casos de crímenes contra la humanidad, por lo cual, ya se advierte el carácter grave del delito.

Por su parte, en ninguno de los casos llevados ante el Tribunal Militar del Extremo Oriente se formuló acusación ni se condenó por crímenes contra la humanidad cometidos por japoneses en territorio japonés, sino que se juzgaron hechos contra extranjeros⁹⁹. La única referencia a la figura de los crímenes contra la humanidad se dio mediante la frase «crímenes convencionales de guerra».

Así se concluye que los crímenes contra la humanidad eran entonces un «apéndice» de los crímenes de guerra.

2.11.2. Casos juzgados por el Tribunal Penal Internacional *Ad hoc* para la ex-Yugoslavia

Este Tribunal juzgó casos de tortura como crimen contra la humanidad. En el fallo «Furundzija» se utilizó la definición de tortura

⁹⁵ Ver PARENTI, «Los Crímenes...», ob. cit., pp. 23. Ver en detalle sobre la acusación por crímenes contra la humanidad en Nuremberg, y la incidencia de estos crímenes en la sentencia del Tribunal, en SCHWELB, ob. cit., pp. 197 y ss.

⁹⁶ Ver WOETZEL, R. K., *The Nuremberg Trials in International Law with a Postlude on the Eichmann Case*, Stevens & Sons, Londres, 1962, p. 175.

⁹⁷ Condenado a cadena perpetua por crímenes contra la paz y conspiración.

⁹⁸ Resultó absuelto de todo cargo.

⁹⁹ PARENTI, «Los Crímenes...», ob. cit., p. 24; SCHWELB, ob. cit., p. 215.

que prevé la Convención de 1984. Pero además se hizo referencia expresa a los elementos de este delito:

«...Los elementos de la tortura en un conflicto armado requieren que la tortura:

(i) consista en la imposición de una pena o sufrimiento severo por acto u omisión; además,

(ii) este acto u omisión debe ser intencional;

(iii) debe buscar la obtención de información o una confesión, o el castigo, la intimidación, humillación o coerción de la víctima o de una tercera persona, o la discriminación por cualquier motivo de la víctima o de una tercera persona;

(iv) debe estar relacionada con un conflicto armado;

(v) por lo menos una de las personas participantes del proceso de tortura debe ser un funcionario público o debe actuar ejerciendo un cargo público».

Un tema controvertido fue la consideración de la violación y otras formas de violencia sexual como crimen de tortura¹⁰⁰. El fallo DELALIC¹⁰¹ abordó expresamente la cuestión y resolvió que la violación puede constituir un medio de tortura, como cualquier otro me-

¹⁰⁰ A falta de una tipificación expresa de la violación y otras formas de violencia sexual como crímenes internacionales, los tribunales *ad hoc* subsumieron estos actos en tipos recogidos expresamente, como la tortura y los actos inhumanos. Sobre el tema, ver en detalle AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Acabar con la Impunidad, Justicia para las Víctimas de Tortura*, Amnesty International Publications, 2000, pp. 35 y ss.; GIL GIL, A., «La Violación como Arma de Guerra y su Consideración como Crimen Internacional», en *Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI*, Abeledo Perrot y Universidad Javeriana, Bogotá, 2010, en prensa; BASSIOUNI, Ch., y, Mc. CORMICK, M., *Sexual Violence. An Invisible Weapon of War in the Former Yugoslavia*, International Human Rights Law Institute, De Paul University, Chicago, 1996; OJINAGA RUIZ, M. del R., «El Tratamiento Jurídico Internacional de la Violación y otras Agresiones Sexuales contra Mujeres Civiles en Período de Conflicto Armado», en ÁNGEL YAGÜEZ, R., y, BADIOLA SÁNCHEZ, A. M. (Comp.), *Homenaje a Luis Rojo Ajuria: Escritos Jurídicos*, Universidad de Cantabria, Cantabria, 2003, pp. 1021 y ss.; MOLLMANN, «Violación en Tiempos de Guerra», en *Política Exterior*, n° 123, mayo/junio 2008, pp. 174 y ss.; TAMAYO L., G., y, DÍAZ-GUIJARRO HAYES, J., «Justicia en Falta. Evolución del Marco Jurídico Internacional ante la Violencia Sexual bajo Conflicto Armado y Desafíos para una Justicia inclusiva de Género»; y, CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., «Principios y Procedimientos de Prueba en Casos de Crímenes Sexuales ante los Tribunales Penales Internacionales: su Aplicación en las Instancias Judiciales Internas», ambos en VVAA, *Justicia y Reparación para Mujeres Víctimas de Violencia Sexual en Contextos de Conflicto Armado Interno*, Lima, 2007.

¹⁰¹ IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, par. 495-496. Además, en el fallo DELALIC, el TPIY afirmó que la prohibición de la tortura es una norma de *ius cogens*, es decir, una norma inderogable y absoluta (cit., par. 454).

dio, siempre que se den los requisitos estatutarios. El fallo coincidió con el espíritu de lo resuelto en el caso AKAYESU por el Tribunal de Ruanda¹⁰².

Otros fallos juzgados por el Tribunal con imputación de cargos de tortura que mantuvieron los lineamientos del fallo FURUNDZIJA ya expuestos, son¹⁰³: BRALO (IT 95-17), caso en el cual el imputado se declaró culpable y fue sentenciado a 20 años de prisión; KRNOJELAC (IT 97-25), condenado a 15 años por los delitos de tortura previstos por los arts. 3 y 5 del Estatuto; KUNARAC, KOVAC y VUKOVIC (IT 96-23; IT 96-23/1)¹⁰⁴, caso en el cual, KUNARAC resultó condenado a 28 años y VUKOVIC a 12 años, ambos por los delitos de tortura previstos por los arts. 3 y 5 del Estatuto; MUCIC *et al.* (IT 96-21), caso en el cual se condenó a MUCIC, DELIC, y LANDZO por los delitos de tortura previstos por los arts. 2 y 3 del Estatuto; NIKOLIC (IT 94-2), condenado a 20 años de prisión por cargos de tortura basado en el art. 5 del Estatuto; SIKIRICA *et al.* (IT 95-8), caso en el cual DOSEN fue condenado a 13 años de prisión por los delitos de tortura previstos por los arts. 3 y 5 del Estatuto; SIMIC (IT 95-9/2), condenado a cinco años de prisión por tortura según el art. 5; TADIC (IT 94-1), condenado a 20 años por tortura según los arts. 2 y 3 del Estatuto; TODOROVIC (IT 95-9/1), condenado a 10 años por tortura según los arts. 2 y 5.

2.11.3. Casos juzgados por el Tribunal Penal Internacional *Ad hoc* para Ruanda¹⁰⁵

En el fallo «Fiscalía c. Akayesu»¹⁰⁶, el Tribunal para Ruanda trató la definición de crímenes contra la humanidad en general, en parti-

¹⁰² Ídem, par. 479, y par. 490.

¹⁰³ Se enumeran los fallos que a la fecha de este trabajo se encuentran con sentencia firme. Además, existen varios casos pendientes ante el Tribunal con imputación de cargos de tortura, como: BRDJANIN (IT 99-36); HADZIC CASE (IT 04-75); JANKOVIC y ZELENOVIC (IT 98-23/2); MILAN MARTIC; NALETILIC y MARTINOVIC (IT 98-34); SESELJ (IT 03-67); y, RASEVIC and TODOVIC (IT 97-25/1). Por su parte, los casos TALIC (IT 99-36/1) y MILOSEVIC (CROATIA), concluyeron por fallecimiento de los imputados.

¹⁰⁴ Se distingue el fallo «Kunarac», de 22 de febrero de 2001, en el cual se hizo una interpretación amplia de la prohibición de la tortura en cierto aspecto. La Sala de Juicio concluyó que la definición de tortura en Derecho Internacional Humanitario no comprende los mismos elementos que la definición de tortura en el ámbito de los derechos humanos. En particular, resolvió que la presencia de un funcionario público u otra autoridad en el proceso de tortura no es necesaria para que la conducta sea considerada como tortura en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario (cit., par. 496).

¹⁰⁵ Ver CAPELLÁ I ROIG, *La Tipificación...*, ob. cit., pp. 245-262. Se citan aquí los principales fallos que contienen cargos de crímenes contra la humanidad y nociones re-

cular identificó los elementos del delito de tortura, primeramente en cuanto al contexto, y definió la conducta en los términos del art. 3(f) del Estatuto, definición que es coincidente con la que establece la Convención contra la Tortura de 1984. Se consideró tortura a:

«Todo acto por el cual se inflijan 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»¹⁰⁷.

A su vez, se enumeraron de manera pormenorizada los elementos de la tortura:

«(i) Que el autor haya infligido a la víctima graves dolores o sufrimientos físicos o mentales con uno o más de los siguientes propósitos:

(a) para obtener información o una confesión de la víctima o de un tercero;

(b) para castigar a la víctima o a un tercero por un acto que la víctima o el tercero haya cometido, o se sospeche que ha cometido;

(c) para intimidar o coaccionar a la víctima o al tercero;

(d) por cualquier otro motivo discriminatorio.

(ii) Que el autor fuera un funcionario público, o haya actuado instigado por un funcionario público o una persona en ejercicio de funciones públicas, o con su consentimiento o aquiescencia»¹⁰⁸.

Finalmente, el tribunal requiere que, para la configuración del delito de tortura como crimen contra la humanidad, deben darse también los elementos típicos del ataque:

«(a) La tortura debe ser cometida como parte de un ataque generalizado o sistemático;

(b) el ataque debe ser contra una población civil;

levantes para el tema de estudio, la tortura. Ver otros fallos, por ejemplo, BISENGIMANA, P. (ICTR-00-60), en TORRES PÉREZ, M., *La Contribución del Tribunal Internacional Penal para Ruanda a la Configuración Jurídica de los Crímenes Internacionales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 291-297.

¹⁰⁶ Fiscalía c. Akayesu, ICTR-96-4-T, 2 de septiembre de 1998. Ver comentario del fallo en JONES, *International Criminal Practice*, ob. cit., p. 207.

¹⁰⁷ Ídem, par. 593.

¹⁰⁸ Ídem, par. 594.

(c) el ataque debe fundarse en motivos discriminatorios, entre ellos: la nacionalidad, etnia, raza, religión e ideología política»¹⁰⁹.

El tribunal interpretó entonces el término «tortura» en su definición en el Estatuto de conformidad con aquella establecida en la Convención contra la Tortura de 1984 de Naciones Unidas y consideró que, en el caso, el acusado debía ser considerado culpable de dicho delito toda vez que los interrogatorios, lesiones y amenazas con riesgo de vida practicados sobre las víctimas por el acusado, en presencia del acusado o con el consentimiento o aquiescencia del acusado, configuraron la conducta típica¹¹⁰.

Akayesu fue sentenciado a la pena de diez años de prisión por el delito de tortura como crimen contra la humanidad, entre otros cargos.

En el fallo «Fiscalía c. Serushago»¹¹¹, el acusado se declaró culpable del delito de tortura como crimen contra la humanidad. En este caso, el tribunal declaró al acusado culpable por el delito de tortura como crimen contra la humanidad por haber sido cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil por motivos discriminatorios, en los términos del art. 3(f) del Estatuto. Fue sentenciado a la pena de 15 años de prisión.

En el fallo «Fiscalía c. Laurent Semanza»¹¹², el Tribunal para Ruanda condenó al acusado por el delito de tortura como crimen contra la humanidad al considerar que el nivel de miedo extremo causado por las circunstancias del hecho y la naturaleza de la violación de la víctima constituyen un sufrimiento mental grave suficiente para conformar el elemento material del delito de tortura, por lo que resultó innecesario demostrar también el sufrimiento o dolor físico¹¹³.

El tribunal consideró que la violación fue cometida por motivos discriminatorios sobre la víctima, por ser una mujer Tutsi, y el sufrimiento grave infligido por motivos discriminatorios constituye tortura en los términos del tribunal¹¹⁴.

Además, el tribunal consideró que en el caso la tortura había sido cometida como parte de un ataque generalizado contra la po-

¹⁰⁹ Ídem, par. 595.

¹¹⁰ Ídem, par. 681, 682, 683 y 684.

¹¹¹ Fiscalía c. Omar Serushago, ICTR-98-39-S, 5 de febrero de 1999. Ver TORRES PÉREZ, *La Contribución...*, ob. cit., pp. 182-193.

¹¹² Fiscalía c. Laurent Semanza, ICTR-97-20-T, 15 de mayo de 2005.

¹¹³ ICTR-97-20-T, par. 482.

¹¹⁴ Ídem, par. 483.

blación civil, ya que la víctima era una mujer Tutsi, cual era la etnia objeto del ataque. En este sentido, el autor del delito conocía el contexto generalizado de su accionar que consistía en la misión mayor de la matanza de los Tutsis y sabía que otros individuos de su grupo estaban cometiendo violaciones y homicidios de Tutsis, por lo que el autor cometió el delito de tortura como crimen contra la humanidad¹¹⁵.

El tribunal consideró que, toda vez que el acusado instigó a otros a violar mujeres en razón de su etnia, no sólo resultó instigador del delito de violación sino de la violación por motivos discriminatorios, lo que constituye el delito de tortura. La influencia generalizada del acusado en la comunidad fue determinante, sumado a que sus instigaciones fueron realizadas en presencia de personal militar, lo que le dio mayor legitimidad y fuerza a la instigación. En el caso, el acusado actuó con conocimiento de su influencia y como parte de un ataque generalizado contra la población civil por motivos étnicos, por lo que fue culpable del delito de instigación a la tortura como crimen contra la humanidad¹¹⁶.

El acusado también fue declarado culpable por el delito de tortura al haber infligido intencionalmente sufrimientos graves durante un interrogatorio. En cuanto a este hecho, quedó demostrado que el acusado golpeó a la víctima con un machete hasta causarle la muerte. El tribunal consideró que los sufrimientos físicos y mentales causados fueron graves, y que el acusado actuó con el fin de obtener información de la víctima. Además, el hecho ocurrió durante un ataque mayor contra la población civil Tutsi, por el cual un gran número de Tutsis fueron asesinados y ello fue parte de un ataque generalizado, por lo que la conducta del acusado constituye el delito de tortura como crimen contra la humanidad¹¹⁷.

Semanza fue sentenciado a la pena de diez años de prisión, conjuntamente con otras penas que se le aplicaron de manera concurrente por otros delitos.

Otros fallos juzgados por el Tribunal con imputación de cargos de tortura que mantuvieron los lineamientos de los fallos expuestos, son: IMANISHIMWE, Samuel (ICTR 99-46), condenado a 12 años de prisión por tortura según art. 4(a) del Estatuto, entre otros delitos (sentencia del 7/7/96); y, RUGAMBARARA, Juvénal (ICTR 00-59), quien se declaró culpable por el delito de tortura según arts. 3(f) y 4(a) del

¹¹⁵ Ídem, par. 484.

¹¹⁶ Ídem, par. 485.

¹¹⁷ Ídem, par. 486 y 487.

Estatuto, entre otros, y fue condenado a la pena de 11 años de prisión (sentencia del 16/11/07).

3. La tortura como crimen contra la humanidad en el Estatuto de Roma

La tortura es un crimen contra la humanidad previsto en el Estatuto de la Corte Penal Internacional¹¹⁸. Tras un arduo debate en la reunión de plenipotenciarios en Roma¹¹⁹, se decidió la tipificación de los crímenes contra la humanidad, entre ellos la tortura en forma expresa (además de ser un crimen de guerra), por lo que la conducta debe cumplir con las exigencias comunes a estos delitos.

Dice el art. 7 del Estatuto:

«1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por «crimen de lesa humanidad» cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

...f) Tortura;

...2. A los efectos del párrafo 1:

a) Por «ataque contra una población civil» se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política;

...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».

El art. 7 del Estatuto trae primero un apartado general para todos los tipos penales que luego enumera, todos como crímenes contra la

¹¹⁸ También es un crimen de guerra, lo cual no será aquí analizado ya que el objeto de este trabajo se centra en el crimen contra la humanidad de tortura.

¹¹⁹ Durante las negociaciones en Roma, tres fueron los mandatos a seguir al momento de definir la tipificación de los crímenes contra la humanidad. Primero, preservar la soberanía de cada Estado y permitir el escrutinio por parte de cada uno en cuanto al texto final a incluir. Segundo, asegurar una definición lo suficientemente amplia que refleje los avances del Derecho Internacional consuetudinario. Tercero, alcanzar un alto nivel de precisión y claridad en la definición. ROBINSON, ob. cit., p. 141.

humanidad. A través de esta especie de definición genérica deja plasmados ciertos requisitos típicos que se exigirán al delito de tortura. Se lo llama «elemento de contexto», y su inclusión se debe a la intención de diferenciar estos crímenes de delitos comunes¹²⁰. Pero además, se suman elementos propios del concepto de tortura que trae el Estatuto, el cual algo difiere de los conceptos anteriores previstos en el Derecho Internacional.

3.1. *El elemento de contexto*

El Estatuto ya no exige que la conducta sea cometida en un conflicto armado internacional¹²¹. En Derecho positivo ya no se requería este vínculo que antiguamente se había requerido. También a nivel interno el nexo de guerra era abandonado. Así se dio en el caso EICHMANN en Israel, BARBIE en Francia, y FINTA en Canadá¹²².

Además, si se requería nexo de guerra, las conductas incluidas en el art. 7 del Estatuto de Roma podrían también ser encuadradas en el art. 8 de crímenes de guerra, y, toda vez que el ataque sistemático o generalizado no es un elemento típico de los crímenes de guerra, resultaría mucho más fácil probar un hecho según el art. 8 que hacerlo según el art. 7 de crímenes contra la humanidad¹²³, lo cual tornaba a esta figura algo inútil.

En definitiva, la exigencia del nexo de guerra en el caso de los crímenes contra la humanidad se halla totalmente superada, pero la conducta sí requiere el elemento de «ataque».

El elemento de política y el sujeto activo

Desde la tipificación de la figura de crímenes contra la humanidad, existieron principalmente dos posiciones doctrinales opuestas:

¹²⁰ AMBOS, *La Corte Penal Internacional*, ob. cit., p. 217.

¹²¹ TRIFFTERER, ob. cit., p. 123; ROBINSON, ob. cit., p. 145; LIÑAN LAFUENTE, A., «La Tipificación del Crimen de Persecución en el Estatuto de Roma y su Primera Aplicación Jurisprudencial en el Tribunal Híbrido Internacional de Timor Oriental», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 10-12 (2008), p. 5; MATUS, ob. cit., ap. II.2.; PARENTI, ob. cit., p. 35. Por la diferencia con lo prescripto por el Estatuto del TPIY, ver LIROLA DELGADO, ob. cit., pp. 120-122.

¹²² En el caso EICHMANN se trató expresamente el tema, en el caso BARBIE sólo fue referenciado, y en el caso FINTA no se trató el tema aunque, al tratar los elementos de los crímenes contra la humanidad en detalle, no incluye el nexo de guerra. Ver ROBINSON, ob. cit., p. 146.

¹²³ Ver ROBINSON, ob. cit., p. 148.

quienes exigen la intervención o al menos la tolerancia del poder político en el sujeto activo del delito, y quienes defienden que el delito no exige un sujeto activo especial y puede ser cometido por individuos privados¹²⁴.

Por un lado, se exige cierto grado de vinculación entre los actos y la *política* de un Estado u organización, conocida esta exigencia como «policy element»¹²⁵. Este elemento de política fue desconocido en Nuremberg¹²⁶, pero fue confirmado en los tribunales para la ex-Yugoslavia y Ruanda, así como por tribunales locales¹²⁷.

La política no debe ser formal ni expresa. Tampoco se requiere que se decida a un alto nivel, sino que el elemento de política se debe apreciar según las circunstancias concurrentes¹²⁸.

Esta política del Estado o de la organización debe ser *activa*, esto es, que se dé ejecución directa de actos a través de agentes propios o que se proporcionen medios a terceros, por ejemplo¹²⁹. No se indica a qué tipo de organización se hace referencia, pero una primera pos-

¹²⁴ GIL GIL, A., «Los Crímenes contra la Humanidad y el Genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional», ob. cit., ap. 3.

¹²⁵ WERLE, ob. cit., p. 364; PARENTI, ob. cit., p. 41; AMBOS, K., *Los Crímenes más Graves en el Derecho Penal Internacional*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Mexico, 2005, p. 41; BOOT, ob. cit., pp. 481-483; ROBINSON, ob. cit., p. 156.

¹²⁶ En Nuremberg no se requería un elemento político ya que los elementos «población civil» y «generalizado o sistemático» comprendían ya requisitos mínimos cuantitativos y cualitativos. WERLE, ob. cit., p. 364.

¹²⁷ En los casos BARBIE y TOUVIER, la Corte de Casación de Francia requirió «que los actos inhumanos fueran cometidos en nombre de un Estado que practique una política de supremacía ideológica». La Suprema Corte de Canadá, en el caso FIN-TA, dijo que «lo que distingue un crimen contra la humanidad de cualquier otro crimen bajo el Código Penal canadiense está en que las acciones crueles que constituyen el elemento esencial de este delito sean llevadas a cabo de conformidad con una política de discriminación o persecución de un grupo o raza determinado». Ver ROBINSON, ob. cit., p. 158.

¹²⁸ WERLE, ob. cit., pp. 365-366.

¹²⁹ PARENTI, ob. cit., p. 43; HORMAZÁBAL MALARÉE, H., «Torturas y Desaparición Forzada de Personas», en *Revista General de Derecho Penal* 9, 2008, apartado 1. Se exige que el Estado preste asignación de recursos materiales para la política y de recursos humanos del propio aparato del Estado o de cuerpos paralelos que actúan con el apoyo o anuencia del Estado. El Borrador del Estatuto de 1996 se refería a que los actos constitutivos de crímenes contra la humanidad tenían que haber sido «instigados o dirigidos» por un gobierno, organización o grupo. Para el Estatuto, por contrario, es suficiente que los actos en cuestión formen parte de una línea de conducta que sea conforme con la política de un Estado u organización, o sirvan para promoverla. Pero luego el Proyecto definitivo de Elementos de los Crímenes vuelve a traer confusión al hablar de que el Estado o la organización «promueva o aliente activamente» esta clase de ataques.

tura entiende que sólo el Estado o una organización que tenga poder *de facto* podría cometer el ataque¹³⁰.

En postura contraria, se postula que la política puede ser de un Estado o de una organización y que nada se opone a que dicha organización sea de carácter privado, criminal o terrorista, ya que el Estatuto no dice nada sobre la naturaleza de la organización. No se requiere una naturaleza determinada sino tan sólo una estructura orgánica necesaria. Una «organización» podría ser un grupo de personas que cuenta con el potencial suficiente, material y personal, para llevar a cabo un ataque como el que requiere el contexto típico, sin ser necesaria participación activa estatal¹³¹.

Y en cuanto al término «Estado», esta misma postura sostiene que no se trata de los 192 países que se reconocen a nivel internacional, sino también a las fuerzas —paramilitares o no— que ejercen el gobierno y control *de facto* de una parte del territorio¹³².

En línea similar, en cuanto al concepto de organización, no deben extremarse las exigencias de estabilidad y estructura jerárquica, aunque tampoco extenderse a cualquier grupo de personas que actúan con un mismo plan. Debe entenderse que la organización es un grupo dotado de medios determinados para alcanzar ciertos objetivos comunes. Así, organizaciones terroristas, racistas, o dedicadas al tráfico ilegal de personas, podrían ser incluidas en este concepto, y no cabe duda sobre la idoneidad al respecto de las organizaciones para-estatales y/o paramilitares¹³³. En esta línea, se admite que el ataque sea cometido por agentes estatales o no estatales¹³⁴.

¹³⁰ PARENTI, ob. cit., p. 43; AMBOS, *La Corte Penal Internacional*, ob. cit., p. 249. Ver análisis en detalle de las dos posiciones opuestas en GIL GIL, «Los Crímenes...», ob. cit., pp. 73-75. La postura intermedia de la autora concluye que «sólo cuando la organización o grupo ha alcanzado tal poder que neutraliza el poder del Estado o controla *de facto* una parte del territorio, puede hablarse de la necesidad de la intervención subsidiaria del Derecho Penal Internacional» (ob. cit., p. 74).

¹³¹ El Estatuto no dice nada al respecto, sino que la cuestión surge del texto de los Elementos de los Crímenes. Critica WERLE lo estricto del texto de Elementos de los Crímenes, ya que el Estatuto no ofrece ningún punto de apoyo para la limitación que surge de aquel texto. WERLE, ob. cit., p. 367.

¹³² WERLE, ob. cit., p. 366.

¹³³ No por la idoneidad en sí de las organizaciones o por su naturaleza, sino por si su política reúne los requisitos típicos de generalidad o sistematicidad del ataque. GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «Elementos Comunes de los Crímenes contra la Humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y Necesaria Tipificación de estos Crímenes en el Derecho Penal Español», en BACIGALUPO ZAPATER, E. (Dir.), *El Derecho Penal Internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, VII, 2001, Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 25.

¹³⁴ SCHABAS, W. A., *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, New York, 2001, p. 37.

Considero que se debería admitir esta postura amplia. La razón está en la letra del Estatuto y su interpretación integral en el ámbito internacional. Esta concepción colabora con la idea de la tipificación de los crímenes contra la humanidad en caso de que el Estado haya sido desintegrado o haya colapsado por guerra civil interna, como se dio en la ex-Yugoslavia¹³⁵.

Violencia en el ataque

No se requiere que sea un ataque violento¹³⁶ ni de fuerzas armadas¹³⁷ o militares¹³⁸.

La primera referencia descriptiva explícita de «ataque» fue dada en el caso AKAYESU por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, que estableció: «El concepto de ataque puede definirse como un acto ilegal del tipo enumerado en el art. 3, incisos (a) al (i) del Estatuto, como el asesinato, la exterminación, la esclavitud, etcétera. Un ataque no requiere ser militar¹³⁹, y puede incluso no ser violento en atención a su naturaleza, como la imposición del sistema del *apartheid* (...) o la presión ejercida sobre la población para que actúe de una manera particular puede denominarse ataque, si está orquestada en una escala masiva o de una manera sistemática»¹⁴⁰.

3.2. Ataque generalizado «o» sistemático

El ataque debe ser «generalizado o sistemático»¹⁴¹, con lo que se intenta evitar la actuación de la Corte en casos aislados y fortuitos¹⁴², tal vez menos relevantes.

¹³⁵ BOOT, ob. cit., p. 481.

¹³⁶ KITTICHAISAREE, ob. cit., p. 94.

¹³⁷ TRIFFTERER, ob. cit., p. 124; METTRAUX, ob. cit., p. 156.

¹³⁸ Elementos de los Crímenes, art. 7, párr. 3. De lo contrario, la diferenciación con los crímenes de guerra habría sido más compleja. Ver BOOT, ob. cit., pp. 477-478.

¹³⁹ PARENTI, ob. cit., p. 41.

¹⁴⁰ Fiscalía c. Akayesu, *supra*, par. 581. Ver otros fallos, como RUTAGANDA, MUSEMA, KAYISHEMA y RUZINDANA, KUPRESKIC, en AMBOS, *La Corte Penal Internacional*, ob. cit., pp. 235-238.

¹⁴¹ Lo que implica un aspecto cuantitativo y otro aspecto cualitativo. Ver LIROLA DELGADO, ob. cit., p. 121. Como evolución del concepto lo destaca MATUS, ob. cit., ap. II.2. Son elementos autónomos, cualificantes y añadidos al concepto de ataque contra una población civil. GÓMEZ BENÍTEZ, ob. cit., p. 27.

¹⁴² AMBOS, *Los Crímenes más Graves...*, ob. cit., p. 39.

El Estatuto quedó redactado de modo alternativo o disyuntivo¹⁴³, por lo que resulta más extensivo ya que cubre una situación y la otra, y no exige las dos características en el ataque¹⁴⁴. Sin embargo, una postura considera que, de conformidad con la definición de «ataque», éste debe presentar ambas características, es decir, ser generalizado y sistemático¹⁴⁵.

Se considera que «generalizado» se refiere a la escala en la que se comete el ataque¹⁴⁶, es un elemento cuantitativo del hecho global¹⁴⁷. Se caracteriza «por el efecto acumulativo de una serie de actos inhumanos o por el efecto singular de un acto inhumano de extraordinaria magnitud»¹⁴⁸. Primero se consideró que sólo incluía el ataque a una gran cantidad de víctimas¹⁴⁹, pero ello se vio ampliado y se incluyó el caso del ataque conformado por un solo acto pero de gran magnitud¹⁵⁰.

Así, habrá ataque generalizado si existe una gran cantidad de víctimas como resultado de múltiples actos o bien de un acto único¹⁵¹ «de extraordinaria magnitud», lo cual destaca la naturaleza del ataque¹⁵². Porque el punto es punir los actos, aunque sean únicos o individuales, que sean *parte* de un ataque de determinadas características¹⁵³.

También la generalidad del ataque puede derivarse de su extensión geográfica, al darse en un territorio amplio¹⁵⁴.

¹⁴³ Así lo prefirió el grupo de Estados afines («Like-minded States»). WERLE, ob. cit., p. 362; PARENTI, ob. cit., p. 45.

¹⁴⁴ RUEDA FERNÁNDEZ, «Los Crímenes contra la Humanidad...», ob. cit., p. 317.

¹⁴⁵ TRIFFTERER, ob. cit., p. 127; SCHABAS, *An Introduction...*, ob. cit., p. 36.

¹⁴⁶ ROBINSON, ob. cit., p. 152; METTRAUX, ob. cit., p. 170.

¹⁴⁷ WERLE, ob. cit., p. 362.

¹⁴⁸ Según fallo BLASKIC, *supra*, par. 206.

¹⁴⁹ TRIFFTERER, ob. cit., p. 126; ROBINSON, ob. cit., p. 152.

¹⁵⁰ Ver, AMBOS, *La Corte Penal Internacional*, ob. cit., pp. 240-241; CAPELLÀ I ROIG, *La Tipificación...*, ob. cit., pp. 180-182; METTRAUX, ob. cit., p. 171.

¹⁵¹ WERLE, ob. cit., p. 363. Se podría interpretar que se pretende exigir tanto multiplicidad de actos como multiplicidad de víctimas, según la equiparación de los términos «generalizado» del Estatuto y «a gran escala» del Borrador de 1996, y la asunción de la interpretación de éste hecha por la Comisión de Derecho Internacional. Ver GÓMEZ BENÍTEZ, ob. cit., p. 29. Sin embargo, sería ridículo que se interpretara que se deben cometer varios actos de una misma clase. Cuando la comisión de actos típicos ya implica generalidad en el ataque y multiplicidad de víctimas, no se debe exigir además la multiplicidad de actos como elemento irrenunciable de la línea de conducta. GÓMEZ BENÍTEZ, ob. cit., p. 30.

¹⁵² WERLE, ob. cit., pp. 362-363.

¹⁵³ METTRAUX, ob. cit., p. 161.

¹⁵⁴ WERLE, ob. cit., p. 362.

Por su parte, «sistemático» se relaciona con el nivel de planificación u organización¹⁵⁵, requiere de una «pauta o un plan metódico»¹⁵⁶, que haya sido «minuciosamente organizado»¹⁵⁷, que no ocurra por mera coincidencia sino por la organización de actos¹⁵⁸. Lo relevante es que haya una sistematicidad y que no se trate de actos al azar o accidentales¹⁵⁹. En conclusión, lo que hace sistemático un ataque es «la dirección brindada a los perpetradores individuales hacia el objeto visualizado para el ataque, es decir, el grupo de las víctimas»¹⁶⁰.

Es el ataque dentro del cual se comete el acto el que debe ser generalizado o sistemático, y no el acto en particular¹⁶¹, aunque debe haber un nexo directo entre el acto y el ataque, ya que el acto no será típico si no es parte del ataque.

Es irrelevante el número de actos, bastando la constatación de una sistematicidad como factor concatenante de actos aunque sean individuales. Se debe admitir que la propia característica de sistematicidad en el ataque exige, de por sí, la comisión de varios actos, no necesariamente múltiples¹⁶². Pero el autor de un acto puede haber cometido ese solo acto y constituir la conducta de crimen contra la humanidad, siempre que ese acto forme parte de un ataque de las exigencias típicas¹⁶³, lo cual, lógicamente, llevará a que existan otros actos cometidos por otros autores, y de allí podría surgir una multiplicidad de actos¹⁶⁴.

3.3. Ataque «contra una población civil»

Se exige que el ataque sea dirigido directamente contra una población civil¹⁶⁵. La conducta pasa así a distinguirse de los «crímenes de guerra» que pueden ser dirigidos contra combatientes o civi-

¹⁵⁵ METTRAUX, ob. cit., p. 171.

¹⁵⁶ Según fallo TADIC, del TIPY, *supra*, par. 648.

¹⁵⁷ Según fallo AKAYESU, del TIPR, *supra*, par. 580. Ver ROBINSON, ob. cit., p. 152.

¹⁵⁸ WERLE, ob. cit., p. 363.

¹⁵⁹ METTRAUX, ob. cit., p. 171.

¹⁶⁰ AMBOS, *La Corte Penal Internacional*, ob. cit., p. 238.

¹⁶¹ METTRAUX, ob. cit., p. 171.

¹⁶² El contexto alude a la multiplicidad, pero no exige múltiples actos. Es cierto que una de las formas de probar la existencia del contexto es, precisamente, la comisión de múltiples actos. GÓMEZ BENÍTEZ, ob. cit., p. 27.

¹⁶³ TPIY, casos KORDIC y CERKEZ, Trial Chamber, 26/2/01, par. 178; KUPRESKIC *et al.* Trial Chamber, 14/1/00, par. 550.

¹⁶⁴ METTRAUX, ob. cit., p. 162.

¹⁶⁵ TPIY, KUNARAC, KOVAC y VUKOVIC, Trial Chamber, 22/2/01; Appeal Chamber, 12/6/02, par. 90.

les¹⁶⁶, y el tipo se puede dar tanto en tiempos de paz como en tiempos de guerra¹⁶⁷.

Se interpreta el término «civil» en un sentido amplio¹⁶⁸, que busca resaltar el propósito humanitario de la disposición. Así, se pueden incluir las conductas contra civiles que participen en un movimiento de resistencia, combatientes que depongan sus armas, combatientes internados como pacientes en hospitales, entre otros casos¹⁶⁹. Son «civiles» aquellas personas que no forman parte del poder organizado del que proviene la violencia, y lo importante no es el *status* sino el rol efectivo en el momento de la comisión delictiva¹⁷⁰. Lo que se intenta es proteger a las víctimas por su estado de indefensión frente a la violencia organizada¹⁷¹.

Sí quedan excluidos los militares y las personas definidas como comatientes por el Derecho de Guerra, salvo que depongan las armas o casos similares antedichos¹⁷².

En cuanto al término «población», se interpreta que la víctima debe ser colectiva¹⁷³, se exige una multiplicidad de víctimas y se descartan los actos aislados y casuales¹⁷⁴, exigencia que también se deriva del término «ataque»¹⁷⁵. Y aunque se hace referencia a «un grupo autónomo de individuos, ya por razones geográficas, ya como consecuencia de otras características», este elemento adicional no debe interpretarse de manera restringida, y por ello no se exige que se tenga en mira a una población de forma indiscriminada.

Al hablarse de «población» no se entiende que necesariamente deba verse atacada *toda* la población de un territorio ni que ella haya

¹⁶⁶ Distinción que viene del antiguo Derecho de Guerra. Ver Report of the Preparatory Committee..., ob. cit., p. 22; AMBOS, *La Corte Penal Internacional*, ob. cit., p. 243. Los crímenes contra la humanidad sólo pueden ser cometidos contra civiles, no contra combatientes ni integrantes de las fuerzas armadas, aunque se ha venido matizando este punto. Por ejemplo, en el caso TADIC, el TPIY consideró que cumplía el elemento típico una población «predominantemente» civil, e interpretó el término civil en sentido amplio. Ver TPIY, KORDIC y CERKEZ, Trial Chamber, 26/2/01, par. 180; NALETILIC y MARTINOVIC, Trial Chamber, 31/3/03, par. 235; JELISIC, Trial Chamber, 14/12/99, par. 54; KUPRESKIC et al, Trial Chamber, 14/1/00, par. 547-549.

¹⁶⁷ WERLE, ob. cit., p. 357.

¹⁶⁸ KITTICHAISAREE, ob. cit., pp. 94-95.

¹⁶⁹ Ver análisis en AMBOS, *La Corte Penal Internacional*, ob. cit., pp. 243-248; también TRIFFTERER, ob. cit., p. 127.

¹⁷⁰ WERLE, ob. cit., pp. 358-359.

¹⁷¹ WERLE, ob. cit., p. 358.

¹⁷² Ver BOOT, ob. cit., p. 490.

¹⁷³ TRIFFTERER, ob. cit., p. 127; WERLE, ob. cit., p. 357.

¹⁷⁴ BOOT, ob. cit., p. 485; METTRAUX, ob. cit., p. 165.

¹⁷⁵ Ver AMBOS, *La Corte Penal Internacional*, ob. cit., p. 238.

sido la intención del agente¹⁷⁶. Tampoco se requiere que todos los que integren la población en cuestión sean propiamente civiles¹⁷⁷.

3.4. Conocimiento del ataque y mens rea

Al requerirse el «conocimiento del ataque» por parte del autor del delito, se puede pensar en una forma de dolo especial¹⁷⁸. La previsión excedería el elemento de intencionalidad requerido por el Estatuto de manera genérica «salvo disposición en contrario»¹⁷⁹, por tanto resultaría ser un elemento de restricción del ámbito de aplicación.

En realidad se trata tan sólo de un elemento objetivo más del tipo (el ataque), que debe ser abarcado por el dolo. Cada autor debe saber que existe un ataque contra la población civil y que su acto individual forma parte de dicho ataque¹⁸⁰, pero no se exige que sea responsable del ataque en sí, que haya colaborado en la planificación o dirección del ataque¹⁸¹, que conozca la política que está detrás de dicho ataque¹⁸², o que conozca los detalles del ataque¹⁸³.

El sujeto activo debe conocer el ataque o, alternativamente, estar consciente del riesgo de la existencia del ataque¹⁸⁴ y de que su conducta puede resultar más peligrosa, pero no debe conocer los detalles del ataque dentro del cual comete el hecho. Es suficiente el dolo eventual y no se exige el dolo directo de segundo grado, siquiera. Lo que es inadmisibles es la posibilidad de culpa.

¹⁷⁶ TRIFFTERER, ob. cit., p. 127; WERLE, ob. cit., pp. 357 y 360; METTRAUX, ob. cit., p. 164; KITTICHAISAREE, ob. cit., p. 95. En igual sentido, TPIY KUNARAC, KOVAC y VUKOVIC, Appeal Chamber, 12/6/02, par. 90.

¹⁷⁷ TRIFFTERER, ob. cit., p. 127; PARENTI, ob. cit., p. 58. Que sean predominantemente civiles los sujetos atacados, convierte a la conducta en crímenes contra la humanidad. Pero si son predominantemente militares, aunque haya civiles en el grupo atacado, dejará la conducta de constituir este tipo de crimen y se deberá evaluar si existe crimen de guerra. METTRAUX, ob. cit., p. 167.

¹⁷⁸ SCHABAS, *An Introduction...*, ob. cit., p. 37.

¹⁷⁹ Estatuto de Roma, art. 30.

¹⁸⁰ CASSESE, ob. cit., p. 363; SCHABAS, *An Introduction...*, ob. cit., p. 37. Se exige el conocimiento y no haber sido el responsable del ataque. Ver BOOT, ob. cit., p. 491.

¹⁸¹ ROBINSON, ob. cit., p. 165.

¹⁸² Este punto no es unánime, ver ROBINSON, ob. cit., p. 165.

¹⁸³ TRIFFTERER, ob. cit., p. 128; WERLE, ob. cit., p. 370. TPIY, KUNARAC, KOVAC y VUKOVIC, Appeal Chamber, 12/6/02, par. 102; KRNOJELAC, Trial Chamber, 15/3/2, par. 59.

¹⁸⁴ En el mismo sentido, METTRAUX, ob. cit., p. 173. TPIY, VASILEJEVIC, Trial Chamber, 29/11/02, par. 37; BLASKIC, Trial Chamber, 3/3/00, par. 257; KRNOJELAC, Trial Chamber, 15/3/02, par. 59.

3.5. *El crimen de tortura en particular*

Además de los requisitos generales del elemento de contexto de todos los crímenes contra la humanidad que se hacen extensivos a la tortura, luego el Estatuto define la tortura en su art. 7, apartado 2.e. Con los Elementos de los Crímenes se pretende precisar el tipo penal.

Se observan dos diferencias relevantes entre las definiciones previstas por la Declaración de 1975 y la Convención de 1984 y aquélla que trae el Estatuto de Roma, por lo cual la definición del Estatuto resulta más amplia¹⁸⁵.

En cuanto al sujeto activo, el Estatuto no habla de funcionario público, ni de otra persona en ejercicio de funciones públicas¹⁸⁶ o a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia¹⁸⁷, por lo que la conducta no está limitada a los actos de funcionarios públicos, y un particular puede cometer un acto de tortura¹⁸⁸.

El Estatuto sólo exige que el sujeto «tenga bajo su custodia o control» a la víctima. Este cambio hace perder cierto tecnicismo a la definición pero evita discusiones sobre el alcance del término «funcionario público», haciendo una referencia más práctica, y extensiva¹⁸⁹, ya que lo que importa es que, en los hechos, el sujeto tenga a la víctima bajo su custodia o control, más allá del cargo o posición del autor.

Por su parte, el sujeto pasivo podrá ser cualquier persona que se encuentre bajo la custodia o control del sujeto activo. No se exige «encarcelación» desde el lado de la víctima, por lo que se admite cualquier forma de privación de libertad¹⁹⁰, aunque no sea grave.

El término «custodia» incluye cualquier forma de detención o privación de la libertad, el arresto por fuerzas de seguridad, o cualquier tipo de restricción. El término «control» es más amplio e incluye cualquier otro tipo de restricción, como la esclavitud¹⁹¹.

No requiere el Estatuto una finalidad determinada o propósito en particular en la conducta prohibida¹⁹². Dice en nota al pie de página

¹⁸⁵ WERLE, ob. cit., p. 391.

¹⁸⁶ WERLE, ob. cit., p. 391; BOOT, ob. cit., p. 508.

¹⁸⁷ No es necesario que la acción sea provocada por un funcionario público ni que se cometa con su acuerdo expreso o tácito. WERLE, ob. cit., p. 391.

¹⁸⁸ WERLE, ob. cit., p. 391.

¹⁸⁹ BOOT, ob. cit., p. 509.

¹⁹⁰ BOOT, ob. cit., p. 509.

¹⁹¹ TRIFFTERER, ob. cit., p. 163.

¹⁹² TRIFFTERER, ob. cit., p. 164; BOOT, ob. cit., p. 508; WERLE, ob. cit., p. 391; KIT-CHAISAREE, ob. cit., p. 111.

del art. 7(1)(f) de los Elementos de los Crímenes: «*Se entiende que no es preciso probar ninguna intención especial en relación con este crimen*». Queda así incluida la causación de dolor sin motivo alguno, o por motivos exclusivamente sádicos¹⁹³.

Sin embargo, ello constituye un elemento típico en los instrumentos que lo precedieron¹⁹⁴ y una exigencia que surge de las resoluciones pertinentes de los tribunales *ad hoc*¹⁹⁵, pero en el Estatuto de Roma fue excluido deliberadamente. Queda incluida así la causación de dolor sin motivo alguno, o por motivos exclusivamente sádicos¹⁹⁶.

Al no exigirse la intención determinada, como por ejemplo la de obtener información o una confesión, se ve desvirtuado en cierto modo el concepto tradicional de tortura, y se lo lleva al extremo de asimilarlo a la causación dolosa de dolores o sufrimientos físicos o mentales graves a personas sometidas a custodia o control del sujeto activo, como parte de un ataque generalizado o sistemático¹⁹⁷.

En conclusión, al delito de tortura según está previsto en el Estatuto de Roma, se le quitan dos elementos típicos que estaban presentes en los instrumentos internacionales anteriores y en el Derecho consuetudinario (cuales son, la participación de un funcionario público, y la finalidad pública en el acto), y se le agrega el elemento de contexto, común a todas las conductas consideradas «crímenes contra la humanidad». Este elemento de contexto es lo que eleva el delito de tortura —básico o común— a la categoría de delito internacional como una de las especies de crímenes contra la humanidad¹⁹⁸.

En cuanto al aspecto subjetivo, caben aquí las mismas consideraciones efectuadas al tratar la *mens rea* del elemento de contexto de los crímenes contra la humanidad en general en el Estatuto de Roma, a lo cual se suma la exigencia de conocimiento y voluntad de realización de cada uno de los elementos objetivos del tipo de tortura en particular.

¹⁹³ TRIFFTERER, ob. cit., p. 164.

¹⁹⁴ Ver OBANDO, Ana Elena, *Los Crímenes Sexuales*, Ponencia para el Seminario Internacional sobre la Corte Penal Internacional y el Estatuto de Roma: Adecuación de la Legislación Peruana, del 22 de agosto de 2002. En igual sentido, BAZÁN CHACÓN, Iván, «Los Delitos de Lesa Humanidad y la Corte Penal Internacional», publicado <http://www.iccnw.org/espanol/ponencias>.

¹⁹⁵ AMBOS, *La Corte Penal Internacional*, ob. cit., p. 304; WERLE, ob. cit., p. 392.

¹⁹⁶ TRIFFTERER, ob. cit., p. 164.

¹⁹⁷ GIL GIL, «Los Crímenes...», ob. cit., p. 86; GIL GIL, *Programa de Derecho Penal Internacional*, ob. cit., p. 143.

¹⁹⁸ GÓMEZ BENÍTEZ, ob. cit., pp. 19-20.