

LA MÚLTIPLE FACETA DE LA TORTURA Y LOS *OTROS TRATOS* EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES

Elizabeth Santalla Vargas

RESUMEN. La influencia recíproca entre las áreas relevantes del derecho internacional presenta en el caso de la tortura y los otros tratos importantes fisuras que devienen, en parte, de la diversidad de las nociones de tortura y del alcance de su prohibición en distintos ámbitos. No obstante la disparidad de estándares, en particular en lo concerniente a la distinción entre tortura y otros tratos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de tortura ha sido particularmente innovadora respecto a privaciones de libertad, desaparición forzada de personas, amenazas de tortura y ejecuciones extrajudiciales. En el ámbito de la responsabilidad penal individual por tortura, la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales ad hoc ha contribuido a expandirla respecto de agentes no estatales, si bien mantiene el elemento de finalidad o propósito. En el marco del ECPI, aunque el crimen de tortura alcanza también a agentes no estatales tanto en carácter de crimen de lesa humanidad como de crimen de guerra, solo en el último caso mantiene el elemento de la finalidad o propósito, cuya coherencia resulta cuestionable. La emergente jurisprudencia de la CPI a tiempo de la confirmación de los cargos presenta aspectos de interés en cuanto a la interpretación del crimen de tortura y de los otros tratos en su formulación actual.

ABSTRACT. In cases of torture and similar forms of treatment, the reciprocal influence between the relevant fields of international law is hampered by the varying concepts of torture and the degree to which it is forbidden in different settings. Despite differing standards, particularly with respect to the definition of torture and other forms of treatment, the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights on torture has been particularly innovative with regard to deprivation of freedom, the enforced disappearance of persons, the threat of torture and extrajudicial execution. In the field of individual criminal liability for torture, the jurisprudence of

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

the ad hoc international criminal tribunals has expanded it to non-state agents, although the element of prohibited purpose is maintained. Within the framework of the Rome Statute, although the crime of torture also includes non-state agents, as a crime against humanity or a war crime, the element of purpose is only required in the latter case, which is of questionable consistency. The emerging jurisprudence of the ICC in its decisions on confirmation of charges is particularly interesting with regard to its interpretation of the crime of torture and other forms of treatment according to their current wording.

El caso de la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (de aquí en adelante: *otros tratos*) es emblemático respecto de las convergencias y divergencias subyacentes en las relaciones entre los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional. La reconocida influencia recíproca entre dichas áreas del derecho internacional presenta en el caso de la tortura y los otros tratos importantes fisuras que devienen, en parte, de la diversidad de las nociones de tortura y del alcance de su prohibición en los ámbitos en cuestión. Dicha variedad de nociones podría tener un impacto en la prohibición categórica en el derecho internacional¹ de la tortura y de los otros tratos —reputada como una norma de *jus cogens* por quienes sostienen dicha doctrina,² entre ellos la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos

¹ A. Cullen: "Defining Torture in International Law: A Critique of the Concept Employed by the European Court of Human Rights", en *California Western International Law Journal*, n.º 34, 2003, pp. 30-31, citando la sentencia del TPIY en *Furundžija*, Sala de Primera Instancia (IT-95-17/I-T), de 10 de diciembre de 1998, § 144 y 153, que de manera inicial estableció el carácter de *jus cogens* de la prohibición de tortura. Para una de las primeras críticas de la categoría de *jus cogens*, véase A. D'Amato, "It's a Bird, It's a Plane, It's Jus Cogens" (1990), *Connecticut Journal of International Law*, vol. 6, n.º 1, pp. 1-6.

² Por ejemplo, en los casos *Tibi contra Ecuador*, cit., § 143; *Maritza Urrutia contra Guatemala*, sentencia del 27 de noviembre de 2003, § 92; *Masacre Plan de Sánchez contra Guatemala*, sentencia del 29 de abril de 2004, voto razonado del juez Cançado Trindade, § 29; *Hermanos Gómez Paquiyauri contra Perú*, sentencia del 8 de julio de 2004, § 112. Cabe notar que la referencia al *jus cogens* se efectúa en estos casos solo en relación con la tortura, mas no a los otros tratos. Al respecto, Galdámez Zelada apunta que no existe aún consenso en la doctrina acerca de la pertenencia de los otros tratos a la categoría de *jus cogens* (Liliana Galdámez Zelada: "Alcance de la prohibición de la tortura y los otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", 4[2] *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales, 2006, p. 691). Sin embargo, en *Caesar contra Trinidad y Tobago*, sentencia del 11 de marzo de 2005, § 100, la Corte Interamericana estableció el carácter de *jus cogens* también respecto de los otros tratos.

ELIZABETH SANTALLA VARGAS

(de aquí en adelante: Corte IDH),³ pero probablemente de mayor importancia por la protección de la dignidad humana, que constituye su razón de ser—,⁴ a tiempo de su aplicación práctica.

El presente análisis parte del alcance de la prohibición que emana del derecho convencional y jurisprudencial en el ámbito del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, centrándose en una muestra selectiva de distintas sentencias de la Corte IDH⁵ que a juicio de la autora resultan relevantes para el objeto de estudio, por un lado y, por otro, considerando someramente el abordaje en el marco de los tribunales penales internacionales *ad hoc*. Posteriormente analiza el desarrollo convencional en el Estatuto de Roma (ECPI) y el emergente desarrollo jurisprudencial de la Corte Penal Internacional (CPI).

1 • La metamorfosis del concepto y la prohibición de tortura en el derecho convencional

La definición y prohibición de la tortura (del latín *torquere*, ‘ejercer torsión’) y otros tratos prohibidos en el ámbito de los derechos humanos se acuñó inicialmente en el *soft law*. En efecto, ya la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948 plasmó la prohibición de la tortura y de las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes en su artículo 5. Por su parte, la definición que plantea la Convención de la ONU Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CT-ONU), de 1984,⁶ piedra angular del derecho convencional de los derechos humanos,

³ K. Ambos: “May a State Torture Suspects to Save the Life of Innocents?”, en *Journal of International Criminal Justice*, n.º 6, 2008, pp. 268-269.

⁴ “A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término ‘tortura’ todo acto por el cual se inflijan intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán tortura los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas”.

⁵ Adoptada por la Asamblea General en su resolución 3452, del 9 de diciembre de 1975.

⁶ Mientras que la Declaración excluyó de la prohibición los sufrimientos inherentes a la imposición de una pena privativa de libertad, la Convención plasmó una fórmula más amplia al referirse a sanciones legítimas en general.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

se formuló sobre la base de la definición incluida en la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes,⁷ que consideró la tortura contraria a los propósitos de la Carta de la ONU (artículo 2). Con sutiles diferencias, en particular en lo que concierne al alcance de las penas prohibidas en la definición,⁸ la CT-ONU confinó la prohibición respecto de los funcionarios públicos (u otra persona en el ejercicio de funciones públicas) y de los móviles de su comisión, esto es, la obtención de información o confesión, el castigo por un hecho cometido o supuestamente cometido, la intimidación o coacción, o en razón de cualquier tipo de discriminación.⁹ Dicha caracterización de la tortura, en particular el requerimiento de móviles y de un sujeto activo calificado, devino de la edad media, cuando los fiscales torturaban a los sospechosos y testigos a fin de obtener confesiones y testimonios, incluso de manera autorizada por la propia legislación.¹⁰ En ese contexto, la tortura constituía una forma de asegurar la prueba en los sistemas inquisitivos, lo que habría dado lugar a tratar de manera aislada la prohibición de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Posteriormente, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST), de 1985, amplió la definición omitiendo la referencia específica a la gravedad del daño, considerando la posibilidad de cualquier móvil e incluyendo los “[...] métodos tendentes a anular la personalidad de la víctima o disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica” (artículo 2). Asimismo, el sujeto activo del delito de tortura —nótese que la CIPST hace referencia explícita al carácter delictivo de la prohibición— queda ampliado a cualquier persona siempre que actúe por instigación de un funcionario o empleado público (artículo 3). De esta manera, la CIPST amplía tímidamente el alcance de la prohibición de tortura respecto de cualquier individuo siempre y cuando este actúe en relación con un funcionario público e incorpora que las órdenes superiores no constituyen eximente de responsabilidad penal —entre otros aspectos de carácter penal, como las bases jurisdiccionales—. Así, puede considerarse que la CIPST es un claro ejemplo de un instrumento de derechos humanos con directa influencia del derecho penal internacional.

⁷ Las causales de discriminación son añadidas con relación a la definición de la Declaración.

⁸ Al respecto. C. Burchard: “Torture in the Jurisprudence of the *Ad hoc* Tribunals. A Critical Assessment”, 6 *Journal of International Criminal Justice*, 2008, p. 160.

⁹ Cabe apuntar que la prohibición de tortura es ciertamente contraria al principio de trato humano a los prisioneros de guerra y a los civiles, ya recogida en la Convención de la Haya sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de 1907.

¹⁰ Convenio I, artículo 12.

ELIZABETH SANTALLA VARGAS

Pero, curiosamente, la prohibición de tortura en el derecho convencional se plasmó inicialmente en el derecho internacional humanitario —derecho considerado de excepción aplicable respecto de los conflictos armados, a diferencia de los derechos humanos, aplicables en todo momento y circunstancia—. En efecto, en el derecho convencional contemporáneo¹¹ la tortura quedó prohibida por los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 respecto de las personas protegidas por estos: combatientes heridos y enfermos en terreno;¹² combatientes heridos, enfermos y náufragos en el mar;¹³ prisioneros de guerra¹⁴ y civiles en poder de una parte en conflicto o de una potencia ocupante de la que no son nacionales.¹⁵ Adicionalmente, el Protocolo adicional I (1977) refrendó la prohibición en el ámbito del conflicto armado internacional (artículo 75). Sin embargo, la amplia prohibición de la tortura en el derecho internacional humanitario convencional —que alcanza también de manera expresa el ámbito del conflicto armado no internacional con relación a quienes no participan directamente en las hostilidades (incluidos los miembros de las fuerzas armadas que han depuesto las armas o aquellos puestos fuera de combate [*hors de combat*] por heridas, enfermedad, detención u otra causa)—¹⁶ no se formuló a la par de una definición del concepto de tortura,¹⁷ el cual empezaría a perfilarse posteriormente, a partir del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos convencional.

Es así que no resulta sorprendente que el crucial proceso de criminalización de la tortura como una infracción grave a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y una violación grave (en el ámbito del conflicto armado no internacional) implicara dificultades particulares para dicho proceso respecto de otras violaciones al derecho internacional humanitario, aspecto que se aborda colateralmente más adelante.

¹¹ Convenio II, artículo 12.

¹² Convenio III, artículos 13-14.

¹³ Convenio IV, artículos 27, 32.

¹⁴ Véase el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo adicional II, artículo 4.

¹⁵ Al respecto, R. Lord: "The Liability of Non-State Actors for Torture in Violation of International Humanitarian Law: An Assessment of the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", 4(1) *Melbourne Journal of International Law*, 2003.

¹⁶ Para una síntesis general de la jurisprudencia saliente de la Corte Interamericana, véase O. Huertas Díaz et al. (comps.): *Convención Americana de Derechos Humanos. Doctrina y jurisprudencia 1980-2005*, Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia e Ibáñez, 2005.

¹⁷ J. Lantrip: "Torture and Cruel, Inhumane and Degrading Treatment in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights", 5(55) *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 1999, pp. 554-555.

2. Responsabilidad internacional por violaciones a la prohibición de tortura y otros tratos en el marco del sistema interamericano

No obstante la diversidad que presenta el régimen general de prohibición de la tortura en el derecho internacional, puede considerarse que los estados latinoamericanos parte de las mencionadas convenciones sobre la materia asumen principalmente las obligaciones convencionales de prohibición, sanción y prevención de la comisión de tortura y otros tratos. Este amplio espectro de obligaciones genera, *vis-à-vis* el bagaje conceptual que presenta la tortura en las distintas áreas del derecho internacional, problemáticas particulares al momento de criminalizarla, aspecto que, no obstante, cae fuera del alcance de este informe.

Lo que interesa aquí es resaltar los aspectos salientes de la jurisprudencia¹⁸ de la Corte IDH en los casos emblemáticos que ameritaron la determinación de responsabilidad del Estado por casos de tortura y otros tratos en lo que concierne a la interpretación del artículo 5¹⁹ de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), de 1969, que en su segundo numeral recoge la prohibición de sometimiento a torturas o penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes como parte del derecho a la integridad personal que, de manera global, abarca la integridad física, psíquica y moral (párrafo 1). Al interpretar ambos componentes del artículo 5 en correlación, el espectro de protección resulta bastante amplio y puede abarcar cualquier forma de tortura.²⁰ En general, en los casos de tortura y de los otros tratos, la Corte IDH no solo ha determinado la violación al artículo 5.2 de la CADH, sino también al derecho a la integridad física y moral,²¹ asumiendo una perspectiva más global desde el espectro del bien jurídicamente tutelado en la CADH.

Como apunta Canosa Usera, la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de tortura sigue en gran parte la elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y ha sido particularmente innovadora en materia de privaciones de libertad y de desaparición forzada de personas.²² Adicionalmente, las determinaciones en los casos

¹⁸ R. Canosa Usera: *El derecho a la integridad personal*, Lex Nova, 2006, p. 25.

¹⁹ *Ibidem*, p. 24.

²⁰ Corte IDH, *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, sentencia del 29 de julio de 1988, § 187.

²¹ Corte IDH, *Godínez Cruz contra Honduras*, sentencia del 20 de enero de 1989, § 164.

²² Lantrip: o. cit (nota 20), p. 556.

ELIZABETH SANTALLA VARGAS

que entrañaban amenazas de tortura y los relacionados con ejecuciones extrajudiciales resultan también notorios en la jurisprudencia de la Corte IDH.

2.1. Desaparición forzada de personas

En la etapa inicial de la jurisprudencia de la Corte IDH sobre casos de desaparición forzada de personas, la interpretación del artículo 5 dio lugar a determinar una *presunta violación* a partir de la constatación del hecho de la desaparición, incluso sin ninguna evidencia directa de violación a la integridad física, bajo el racional de los efectos psicológicos y morales que emanan de la incomunicación y de aislamientos prolongados, tratos que resultan inherentes al caso de desaparición forzada de personas. El primer caso adjudicado por la Corte IDH sobre desapariciones forzadas, *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, fue elocuente al respecto:

La desaparición de Manfredo Velásquez es violatoria del derecho a la integridad personal reconocido en el artículo 5 de la Convención. En primer lugar porque el solo hecho del aislamiento prolongado y de la incomunicación coactiva, representa un tratamiento cruel e inhumano que lesiona la integridad psíquica y moral de la persona y el derecho de todo detenido a un trato respetuoso de su dignidad, en contradicción con los párrafos 1 y 2 del citado artículo.²³

Así también, en *Godínez-Cruz* la Corte IDH, siguiendo el mismo racional, determinó la existencia de una violación a la integridad psíquica y moral. Adicionalmente, estableció que en los casos de desaparición forzada de personas es común que las víctimas que recuperan su libertad sean sometidas a torturas y tratos crueles, inhumanos y degradantes, lo que constituye también una violación al derecho a la integridad física.²⁴

Sin embargo, como apunta Lantrip,²⁵ en otros casos posteriores de desaparición forzada la Corte IDH no determinó la existencia de trato cruel, inhumano y degradante,²⁶ con lo que se apartó de la formulación inicial del *test* de presunción de violación del

²³ Véase por ejemplo, Corte IDH, *Caballero-Delgado y Santana contra Colombia*, sentencia del 8 de diciembre de 1995, donde la Corte IDH no consideró la existencia de violación al artículo 5 al no haberse probado que el desaparecido hubiera sido sometido a torturas u otros tratos, determinando sin embargo la violación al derecho a la vida. Así también, *Castillo Paez contra Perú*, sentencia del 3 de noviembre de 1997.

²⁴ Corte IDH, *Paniagua Morales contra Guatemala*, sentencia del 8 de marzo de 1998.

²⁵ Lantrip: o. cit (nota 20), p. 557.

²⁶ Corte IDH, *Humberto Sánchez contra Honduras*, sentencia del 7 de junio de 2003, § 100.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

artículo 5 en casos que entrañan aislamiento prolongado e incomunicación.²⁷ Es más, la existencia comprobada de aislamiento y maltrato de detenidos no ameritó la aplicación del *test* de presunción; más bien la Corte IDH se basó en la evidencia médica, estrategia problemática si se tiene en cuenta que no en todos los casos de tortura, inclusive los físicos, es posible contar con ese tipo de prueba.²⁸ En efecto, como excepcionales pueden considerarse los casos de desaparición forzada en que los restos mortales de la víctima son hallados. Dicha situación se presentó en *Humberto Sánchez contra Honduras*, caso en el cual la condición en que se encontraron los restos mortales del desaparecido justificaron la calificación de tortura por la Corte IDH.²⁹ Probablemente, el caso *Gangaram Panday* ejerció cierta influencia en dicho viraje al determinar que la naturaleza arbitraria de la detención, por sí sola, no ameritaba la presunción de violación del artículo 5.1 y 5.2.³⁰

Esta línea más “estricta” de interpretación en los casos de desaparición forzada habría repercutido en el TEDH, que en *Kurt contra Turquía* no consideró que la desaparición del hijo de la demandante constituyera una violación del artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) con relación al desaparecido, al no haberse aportado prueba específica de que este hubiese sido objeto de tortura u otros tratos, ni tampoco respecto a la existencia de una práctica de desaparición forzada tolerada por el gobierno y de tratos inhumanos en detención.³¹ Es más, el TEDH juzgó innecesario, tratándose de un caso de presunta desaparición y ante la inexistencia de prueba de tortura y otros tratos, considerar la violación al artículo 3 de la CEDH de manera autónoma (al igual que al artículo 2: derecho a la vida), y lo subsumió en el análisis de la violación al derecho a la libertad y seguridad personal (artículo 5 de la CEDH).³² Sin embargo, el TEDH admitió la existencia de violación al artículo 3 de la CEDH respecto de la demandante —la madre del desaparecido—, considerando que la prolongada situación de incertidumbre sobre la suerte y el paradero de su hijo constituía

²⁷ Corte IDH, *Gangaram Panday contra Suriname*, sentencia del 21 de enero de 1994. El caso implicó el suicidio del demandante mientras permanecía en detención considerada ilegal y arbitraria por la propia Corte Interamericana.

²⁸ TEDH, *Kurt contra Turquía*, sentencia del 25 de mayo de 1998, § 116.

²⁹ *Ibidem*, § 117.

³⁰ *Ibidem*, § 133-4. La demandante había invocado la decisión del Comité de la ONU de Derechos Humanos en *Quinteros contra Uruguay*, decisión de 21 de julio de 1983, que estableció que los familiares allegados al desaparecido deben ser considerados también víctimas, *inter alia*, de trato inhumano, § 130.

³¹ Corte IDH, *Blake contra Guatemala*, sentencia del 24 de enero de 1998, § 115-116.

³² Véase, Corte IDH, *Loayza Tamayo contra Perú*, sentencia del 17 de septiembre de 1997, § 57. *Suárez Rosero contra Ecuador*, sentencia del 12 de noviembre de 1997, § 91. También *Villagrán Morales et al. contra Guatemala (Niños de la calle)*, sentencia del 19 de noviembre de 1999, § 164.

ELIZABETH SANTALLA VARGAS

trato inhumano de suficiente gravedad como para alcanzar el umbral del artículo 3 de la CEDH.³³ Esta forma de violación, si bien no mencionada en la sentencia del TEDH, había sido determinada por la Corte IDH en el caso *Blake contra Guatemala*, donde estableció que la desaparición y la quema del cuerpo de la víctima causó sufrimiento directo a los familiares, afectó sus vidas y constituyó así una violación del derecho a la integridad personal.³⁴

No obstante, en casos “ordinarios” de incomunicación y aislamiento en la detención, que agravan la vulnerabilidad de la víctima, la Corte IDH consideró la existencia de trato cruel, inhumano y degradante.³⁵ Es más, en *Suárez Rosero contra Ecuador*, habiendo comprobado la detención en aislamiento e incomunicación y la consiguiente violación a la prohibición de otros tratos, la Corte IDH invirtió la carga de la prueba de modo que el Estado demostrara que las alegaciones de otras violaciones al artículo 5 de la CADH resultaban infundadas.³⁶ Dicha inversión en la carga de la prueba a partir de la determinación del aislamiento resulta en consonancia con la presunción de violación al artículo 5, establecida en los primeros casos sobre desapariciones.³⁷

El giro en la jurisprudencia de la Corte IDH resulta, en consecuencia, cuestionable teniendo en cuenta que los casos de desaparición forzada de personas entrañan, necesariamente, incomunicación y aislamiento en la privación (arbitraria) de la libertad física del desaparecido, casos en los que la recolección de evidencia es, por la naturaleza del ilícito, particularmente difícil, con lo que cobra sentido la presunción inicialmente trazada por la propia Corte IDH.

³³ Corte IDH, *Suárez Rosero contra Ecuador*, loc. cit., § 33.

³⁴ Lantrip: o. cit (nota 20), p. 558.

³⁵ Corte IDH, *Hilaire, Constantine, Benjamin y otros contra Trinidad y Tobago*, sentencia del 21 de junio de 2002, § 167. En un caso anterior también contra Trinidad y Tobago, la Corte, a tiempo de pronunciarse sobre la solicitud de medidas provisionales en un caso que involucraba el fenómeno del corredor de la muerte, como apunta Lantrip —o. cit (nota 20), p. 564—, omitió pronunciarse sobre el argumento del Estado en el sentido que la demora de la ejecución implicaba la contravención de límites temporales establecidos internamente para evitar una “penal cruel” que constituiría la propia espera de la ejecución. Véase, James et al.: Orden de 29 de agosto de 1998, Medidas provisionales adoptadas por la Corte Interamericana en el asunto de la República de Trinidad y Tobago.

³⁶ TEDH, *Soering v. UK*, sentencia del 7 de julio de 1989. El TEDH sostuvo que los presos condenados a muerte sufren ansiedad mental grave debido a una variedad de circunstancias, entre las que se incluyen: la manera en la que se impuso la condena, la falta de consideración de las características personales del acusado, la desproporción entre el castigo y el delito cometido, las condiciones de detención mientras espera la ejecución otros factores (traducción libre de Martín y Rodríguez-Pinzón: o. cit. (nota 5), p. 133.

³⁷ Corte IDH, *Lori Berenson Mejía contra Perú*, sentencia del 25 de noviembre de 2004, § 101 (resaltado propio).

2.2. Privaciones de libertad física

En lo que concierne a los casos sobre detenciones, una de las situaciones salientes constitutiva de tratos crueles, inhumanos o degradantes en la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido el fenómeno denominado *corredor de la muerte* (*death row phenomenon*) —angustia provocada por un periodo de detención prolongado en espera de la ejecución de la pena de muerte—,³⁸ siguiendo la línea trazada por el TEDH en *Soering contra Reino Unido*.³⁹

Por otro lado, las condiciones de detención deterioradas o que se encuentran por debajo de los estándares mínimos del trato a detenidos dieron lugar, en el caso *Lori Berenson Mejía*, a la determinación de *pena cruel*. En efecto, la Corte IDH estableció:

[...] las lesiones, sufrimientos, daños a la salud o perjuicios sufridos por una persona mientras se encuentra privada de libertad pueden llegar a constituir una forma de *pena cruel* cuando, debido a las condiciones de encierro, exista un deterioro de la integridad física, psíquica y moral, que está estrictamente prohibido por el inciso 2 del artículo 5 de la Convención.⁴⁰

Como se mencionó en la sección precedente, la Corte IDH ha considerado que la incomunicación en la detención puede constituir trato inhumano, toda vez que entraña un acto contrario a la dignidad humana que “[...] puede generar una situación de extremo sufrimiento psicológico y moral para el detenido”.⁴¹

[...] el aislamiento del mundo exterior produce en cualquier persona sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas, la coloca en una situación de particular vulnerabilidad y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en las cárceles.⁴²

En otro caso emblemático de detención ilegal y arbitraria, *Maritza Urrutia contra Guatemala*, la Corte determinó la existencia de *tortura psíquica* en violaciones al principio *nemo-tenetur* (prohibición de autoincriminación) y en la confesión forzosa de determinadas conductas delictivas.⁴³ Asimismo, consideró que la angustia moral produ-

³⁸ Corte IDH, *De la Cruz Flores contra Perú*, sentencia del 18 de noviembre de 2004, § 127.

³⁹ *Ibidem*, § 129.

⁴⁰ Corte IDH, *Maritza Urrutia contra Guatemala*, sentencia del 27 de noviembre de 2003, § 93.

⁴¹ *Ibidem*, § 92.

⁴² *Ibidem*, § 94 (resaltado propio).

⁴³ Corte IDH, *Juan Humberto Sánchez contra Honduras*, sentencia del 7 de junio de 2003, § 98 y 102. También en *Niños de la calle*, loc. cit. (nota 35), § 157-160, 166 y 168.

ELIZABETH SANTALLA VARGAS

cida por las amenazas y el peligro real de sometimiento a lesiones físicas puede en ciertos casos considerarse como tortura psicológica o psíquica.⁴⁴ En síntesis, la Corte consideró que los actos denunciados habían sido “preparados e infligidos deliberadamente para *anular la personalidad y desmoralizar a la víctima*, lo que constituye una forma de tortura psicológica”.⁴⁴

2.3. Ejecuciones extrajudiciales

La presunción de la veracidad de las denuncias de tortura u otros tratos se aplicó en los casos de ejecuciones extrajudiciales en los que se había probado la detención ilegal de la víctima por agentes del Estado, así como la existencia de signos de graves malos tratos en sus restos mortales.⁴⁵ La inversión de la carga probatoria en estos casos se fundamenta en el control absoluto que ejercen los funcionarios estatales sobre la víctima, aún más contundente cuando puede demostrarse la existencia de una línea de conducta estatal de tortura a detenidos.⁴⁶

2.4. Distinción entre tortura y otros tratos

Siguiendo la tendencia del TEDH iniciada con la controvertida⁴⁵ decisión en *Irlanda contra Reino Unido*, que atribuyó a la tortura un “estigma” especial para los casos que intencionalmente infligen un sufrimiento muy grave y cruel,⁴⁶ la Corte IDH aplicó el *test* de la gravedad para distinguir entre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.⁴⁷ Sin embargo, los criterios de valoración desarrollados por la jurisprudencia de la Corte IDH no parecen constantes. En los casos que entrañan una situación amenazante o de amenazas de tortura, la aplicación del criterio de gravedad condujo a calificaciones disímiles. Así por ejemplo, en *Niños de la calle* la Corte IDH determinó:

Durante el tiempo de su retención los cuatro jóvenes permanecieron aislados del mundo exterior y seguramente estaban conscientes de que sus vidas corrían grave peligro. Es razo-

⁴⁴ Corte IDH, *Juan Humberto Sánchez contra Honduras*, loc. cit. (nota 46), § 97; *Niños de la calle*, loc. cit. (nota 35), § 167 y 170.

⁴⁵ Por ejemplo, Cullen: o. cit. (nota 2).

⁴⁶ TEDH, *Ireland v. UK*, sentencia de 1978, § 167.

⁴⁷ Lantrip: o. cit (nota 20), p. 563.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

nable inferir que durante esas horas pasaron, por esa sola circunstancia, por una situación de extremo sufrimiento psicológico y moral.⁴⁸

En consecuencia, declaró la existencia de tortura psicológica. Asimismo, en *Cantoral Benavides contra Perú*,⁴⁹ *Maritza Urrutia contra Guatemala*⁵⁰ y *Tibi contra Ecuador*,⁵¹ la Corte IDH consideró que las amenazas o el riesgo real e inminente de maltrato físico habían causado una angustia tan intensa que constituía tortura psicológica. No obstante, en el caso *19 comerciantes*, en el que la Corte IDH determinó que era razonable inferir que el trato que recibieron las víctimas antes de su muerte había sido “agresivo en extremo”, teniendo en cuenta el contexto —que los paramilitares consideraban a los comerciantes como colaboradores de la guerrilla, lo que dado el contexto de violencia en la zona podía interpretarse como una seria amenaza a la vida— y en atención a la brutalidad con que los restos mortales de las víctimas habían sido tratados —lo que la llevó a considerar que las víctimas “pudieron temer y prever que serían privados de su vida de manera arbitraria y violenta”—, determinó la existencia de trato cruel, inhumano y degradante.⁵²

Otro parangón de la aplicación del criterio de gravedad es la constatación de sufrimiento prolongado. En *Paniagua Morales* la Corte IDH determinó la existencia de tortura respecto de las víctimas que habían sido muertas por sus captores, sobre la base de informes de autopsia que revelaban el trato recibido por antes de su muerte,⁵³ y destiló un criterio de *sufrimiento prolongado* en la interpretación de los tratos prohibidos por el artículo 5.⁵⁴ Sin embargo, dicho criterio de *sufrimiento prolongado* habría servido también de fundamento para la determinación de trato cruel e inhumano en *Suárez Rosero contra Ecuador*, que, como se ha mencionado, involucró un caso de detención en incomunicación que se prolongó por 36 días.⁵⁵ En consecuencia, la existencia de sufrimiento prolongado es un elemento común en los casos que ameritaron la determinación de tortura y, por su parte, de otros tratos. Siendo un factor común en ambos casos, la pregunta sobre cuáles resultan ser los estándares de distinción entre tortura y otros tratos en la jurisprudencia de la Corte IDH se revierte al análisis (casuístico) de la gravedad de

⁴⁸ Corte IDH, *Niños de la calle*, loc. cit. (nota 35), § 163; también § 157.

⁴⁹ Corte IDH, *Cantoral Benavides contra Perú*, sentencia del 18 de agosto de 2000, § 102.

⁵⁰ Corte IDH, *Maritza Urrutia contra Guatemala*, loc. cit. (nota 43), § 92.

⁵¹ Corte IDH, *Tibi contra Ecuador*, loc. cit. (nota 1), § 147.

⁵² Corte IDH, *19 Comerciantes contra Colombia*, sentencia del 5 de julio de 2004, § 150.

⁵³ Corte IDH, *Paniagua Morales*, loc. cit. (nota 27).

⁵⁴ Lantrip: o. cit (nota 20), p. 565.

⁵⁵ Corte IDH, *Suárez Rosero contra Ecuador*, loc. cit. (nota 35), § 37.

ELIZABETH SANTALLA VARGAS

los hechos, que se valoraría conforme la sana crítica de la Corte IDH según los factores endógenos y exógenos demostrados en cada situación en concreto.⁵⁶

El caso de las penas corporales por flagelación ameritó la determinación de tortura física, en atención a la extrema gravedad y el grado de intensidad del sufrimiento físico y mental provocado por la pena misma y las circunstancias que rodearon su imposición: angustia, estrés, miedo durante la espera, observancia del sufrimiento de otros prisioneros que habían sido flagelados, etcétera.⁵⁷ En términos generales, la Corte IDH estableció:

[...] las penas corporales por medio de flagelación constituyen una forma de tortura y, en consecuencia, una violación per se del derecho de cualquier persona sometida a la misma a que se respete su integridad física, psíquica y mental, en los términos del artículo 5.1 y 5.2 de la Convención.⁵⁸

Siguiendo la jurisprudencia del TEDH, en el caso *Loayza Tamayo contra Perú* la Corte IDH distinguió entre trato inhumano y degradante. Correspondientes a la primera categoría consideró los interrogatorios acompañados de perturbaciones psíquicas y a la segunda los actos capaces de infundir “un sentimiento de miedo, ansia e inferioridad con el fin de humillar, degradar y de romper la resistencia física y moral de la víctima”.⁵⁹ Esta distinción, sin embargo, no se habría replicado en *Castillo Petruzzi contra Perú*, donde las condiciones de detención impuestas como consecuencia de la legislación antiterrorista del Perú ameritaron la determinación (genérica) de tratos crueles, inhumanos o degradantes.⁶⁰ Lo propio ocurrió en *Cantoral Benavides contra Perú*, donde la Corte IDH reitera que las condiciones de reclusión deben ser compatibles con la dignidad personal, y citando la jurisprudencia del TEDH reconoce que se “ha conformado un verdadero régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura”,⁶¹ del que resulta absolutamente prohibida cualquier violación a la integridad personal.⁶² Este enfoque parecería tornar superflua la distinción entre los tratos prohibidos. Sin embargo, en la misma sentencia, la Corte IDH, concordando con el TEDH, estableció:

⁵⁶ Corte IDH, *Loayza Tamayo contra Perú*, loc. cit. (nota 35), § 57.

⁵⁷ Corte IDH, *Caesar contra Trinidad y Tobago*, sentencia del 11 de marzo de 2005, § 88.

⁵⁸ *Ibidem*, § 73.

⁵⁹ Corte IDH, *Loayza Tamayo contra Perú*, loc. cit. (nota 35), § 57.

⁶⁰ Corte IDH, *Castrillo Petruzzi contra Perú*, sentencia del 30 de mayo de 1999, § 198.

⁶¹ Corte IDH, *Cantoral Benavides contra Perú*, loc. cit. (nota 52), § 103.

⁶² Galdámez Zelada: o. cit. (nota 3), p. 676.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

[...] ciertos actos que fueron calificados en el pasado como tratos inhumanos o degradantes, no como torturas, podrían ser calificados en el futuro de una manera diferente, es decir, como torturas, dado que a las crecientes exigencias de protección de los derechos y de las libertades fundamentales, debe corresponder mayor firmeza al enfrentar las infracciones a los valores básicos de las sociedades democráticas.⁶³

Denotando la importancia de distinguir entre la tortura y los otros tratos, en *Bámaca Velásquez contra Guatemala*, más allá de ratificar la absoluta prohibición (en cualquier circunstancia) tanto de la tortura como de los otros tratos, la Corte IDH se abocó a analizar la calificación de los hechos probados durante el proceso a fin de determinar si los abusos demandados constituían tortura u otros tratos.⁶⁴ En ese cometido, determinó la existencia de tortura física y psicológica con relación a la víctima y de trato inhumano respecto de sus familiares directos, al haber sido víctimas de la desaparición forzada de Bámaca Velásquez. La determinación de tortura se basó en la consideración de que los actos de violencia perpetrados contra la víctima se habían cometido con la finalidad de extraer información relevante para el ejército y de la existencia de sufrimiento prolongado en un contexto de angustia y de sufrimiento físico intenso,⁶⁵ es decir, teniendo en cuenta, además de la duración y la finalidad, la gravedad o intensidad del sufrimiento.

Sin embargo, como se ha mencionado, los casos que involucraron condiciones de detención capaces de producir el deterioro de la integridad física, psíquica y moral, tales como el confinamiento prolongado en aislamiento, la detención en celdas en condiciones de hacinamiento, sin luz natural, ventilación insuficiente, falta de un lugar apropiado para dormir, alimentos escasos y horarios de visita restrictivos, ameritaron la determinación de trato cruel, inhumano y degradante.⁶⁶ Resulta por lo menos argumentable que la existencia de sufrimiento prolongado y la gravedad de este en dichas circunstancias sea tan grave como el derivado de los casos inherentes a las desapariciones forzadas, lo que torna muy frágil el estándar de distinción, si no inexistente.

En un caso más reciente, *Campo Algodonero contra México*, concerniente a la desaparición y ejecución de mujeres en el contexto de una política generalizada y

⁶³ Corte IDH, *Cantoral Benavides contra Perú*, loc. cit. (nota 52), § 99 (citando a *Selmouni contra Francia*, sentencia del TEDH de 28 de julio de 1999, § 100-1).

⁶⁴ Corte IDH, *Bámaca Velásquez contra Guatemala*, sentencia del 25 de noviembre de 2000, § 154.

⁶⁵ *Ibidem*, § 158.

⁶⁶ Por ejemplo, *Suárez Rosero contra Ecuador*, loc. cit. (nota 35), § 91; *Lori Berenson Mejía contra Perú*, loc. cit. (nota 40), § 106; *Cantoral Benavides contra Perú*, loc. cit. (nota 52), § 85.

ELIZABETH SANTALLA VARGAS

sistemática de violencia y discriminación contra mujeres, la Corte IDH calificó como trato degradante el sufrimiento de los familiares (particularmente de las madres) de las víctimas debido a la repentina desaparición de sus hijas, al desconocimiento de su paradero durante un periodo considerable, a la falta de investigación y al tratamiento indiferente y hasta hostil brindado por las autoridades.⁶⁷ Dicha calificación ameritó, sin embargo, la opinión vertida en el voto concurrente de la jueza Medina de desacuerdo con la calificación. La jueza consideró que dicho sufrimiento ameritaba la calificación de tortura⁶⁸ —la misma que hubiera alimentado la “tendencia en cuanto a la responsabilidad de los Estados por actos de tortura cometidos por agentes no estatales”,⁶⁹ teniendo en cuenta que:

[...] la Corte no ha vacilado en otros casos en calificar una conducta como tortura, a menudo sin mencionar las razones por las cuales lo ha hecho, y se advierte que el elemento principal es el de la severidad de la acción y cómo la misma afecta a la víctima. Es la conducta, en general, la que determina la distinción entre tortura y otros tratamientos crueles, inhumanos o degradantes. La razón de calificar un acto como tortura obedece al mayor estigma que se asigna a este en relación con otros también incompatibles con el artículo 5.2 de la Convención.⁷⁰

Curiosamente, para definir el concepto de tortura la Corte IDH se ha basado, en ciertas ocasiones, en la definición del artículo 2 de la CIPST,⁷¹ que, sin embargo, no considera la gravedad del dolor o sufrimiento (físico o mental) como elemento de la definición.⁷² De modo general, sin embargo, siguiendo a Martin y Rodríguez-Pinzón, puede considerarse que la jurisprudencia de la Corte IDH considera los siguientes tres elementos como constitutivos o inherentes al concepto de tortura:

⁶⁷ *González y otras contra México (Campo Algodonero)*, sentencia del 16 de noviembre de 2009, § 424 y 413.

⁶⁸ Voto concurrente de la jueza Cecilia Medina Quiroga en relación con la sentencia de la Corte IDH en el caso *González y otras (Campo Algodonero) contra México*, loc. cit. (nota 70), § 1.

⁶⁹ *Ibidem*, § 20.

⁷⁰ *Ibidem*, § 2.

⁷¹ Por ejemplo, en los casos *Tibi contra Ecuador*, loc. cit. (nota 1), § 145; *Gómez Paquiyari contra Perú*, sentencia del 8 de julio de 2004, § 105.

⁷² “Artículo 2: Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tend[er]entes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

“No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a estas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo”.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

1. que se trate de una acción deliberada o acto intencional;
2. que la víctima sufra dolor o angustia físicos o psicológicos severos;
3. que exista una finalidad por la que aplicar la tortura.⁷³

Dichos elementos constitutivos fueron ratificados en casos más recientes, como *Bueno Alves contra Argentina*, donde se estableció que la finalidad o el propósito de los maltratos había sido forzar la confesión de la víctima,⁷⁴ y *Bayarri contra Argentina*, donde la Corte IDH subrayó que el fin o propósito puede ser cualquiera (como utilizar tortura para la investigación de delitos), siguiendo su jurisprudencia.⁷⁵

Por su parte, para definir los otros tratos, la Corte IDH recurrió en *Caesar contra Trinidad y Tobago* al derecho penal internacional, para basarse en la definición de trato cruel o inhumano que el TPIY había vertido en *Čelebići*:

[...] toda acción u omisión intencional, deliberada y no accidental, que cause serios sufrimientos físicos o mentales o daños o que constituya un grave ataque contra la dignidad humana.⁷⁶

Al margen de las diferencias sutiles y lingüísticas, al adoptar la definición de *Čelebići* de trato cruel o inhumano, parecería que la Corte IDH asume la distinción entre tortura y otros tratos según la existencia de una finalidad o propósito del acto o la omisión en cuestión. Dicha interpretación puede colegirse si se considera que no existe una diferencia sustancial entre *gravedad* y *seriedad*, y en atención a que el ultraje a la dignidad humana existe en cualquier atentado contra la integridad personal, probablemente con diferente intensidad.

Como puede advertirse, resulta difícil colegir parámetros constantes de interpretación del umbral que hace a la determinación de tortura y otros tratos en la jurisprudencia de la Corte IDH, que, no obstante, ha determinado responsabilidades internacionales con relación a una amplia gama de violaciones al derecho a la integridad personal. En todo caso, parecería una constante el elemento subjetivo de gravedad en dicho

⁷³ Martín y Rodríguez-Pinzón: o. cit. (nota 5).

⁷⁴ Corte IDH, *Bueno Alves contra Argentina*, sentencia del 11 de mayo de 2007, § 79 (citando mayor jurisprudencia de la Corte Interamericana al respecto) y § 82.

⁷⁵ Corte IDH, *Bayarri contra Argentina*, sentencia del 30 de octubre de 2008, § 81.

⁷⁶ Corte IDH, *Caesar contra Trinidad y Tobago*, § 68, traducción libre de Martín y Rodríguez-Pinzón: o. cit. (nota 5), p. 105.

ELIZABETH SANTALLA VARGAS

cometido, siguiendo la línea del TEDH. No obstante, la jurisprudencia no ha definido el alcance de la gravedad en uno y otro caso.⁷⁷

De las sentencias someramente analizadas cabe destacar la particular importancia que reviste la jurisprudencia sentada por la Corte IDH respecto de la tortura psicológica, aquella en relación a los casos de desaparición forzada —al margen de la disparidad de estándares entre sus distintos casos— y de las condiciones de detención ilegales; casos, por cierto, característicos del contexto latinoamericano.

3. La calificación de la tortura en el derecho penal internacional

3.1. Alcance de la tortura en la jurisprudencia de los tribunales ad hoc

La persecución penal internacional contemporánea de la tortura como un crimen de guerra y de lesa humanidad se inicia con los tribunales penales internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia (TPIY) y Ruanda (TPIR), cuya jurisprudencia resulta por demás relevante teniendo presente que los estatutos de ambos tribunales no consignaron una definición del crimen en ninguna de ambas esferas.⁷⁸ En el caso del TPIY, se incorporó de manera expresa la tortura o el trato inhumano —incluidos los experimentos biológicos— como una de las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 (artículo 2.b), esto es, en el ámbito del conflicto armado internacional y la tortura como crimen de lesa humanidad. Los otros actos inhumanos como crímenes de lesa humanidad fueron incorporados como una cláusula residual (artículo 5.f*e i*, respectivamente). En el caso del TPIR la formulación de la tortura y los otros actos inhumanos como crímenes de lesa humanidad se recogieron de manera similar que en el Estatuto del TPIY (artículo 3.f*e i*, respectivamente). Por el contrario, la tortura y los otros tratos como crímenes de guerra en el ámbito del conflicto armado no internacional se formularon de una manera particular, recogiendo esencialmente el lenguaje del

⁷⁷ En la misma línea, Martin y Rodríguez-Pinzón: o. cit. (nota 5), p. 103.

⁷⁸ En realidad los estatutos de los tribunales ad-hoc consignaron un listado de las ofensas que podrían constituir crímenes de guerra o de lesa humanidad, sin establecer definiciones de esas ofensas en general, esto es, no solo en el caso de la tortura y los otros tratos.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

derecho humanitario: “Atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes, las violaciones, el forzar a la prostitución y todo atentado contra el pudor” (artículo 3.e).

En una primera etapa jurisprudencial los tribunales *ad hoc* adoptaron la definición de la CT-ONU, considerando que ella reflejaba costumbre internacional. Esta tendencia fue iniciada por el TPIR en *Akayesu*.⁷⁹ Posteriormente, el TPIY en *Čelebići*⁸⁰ (campo de detención) restringiría el carácter consuetudinario de la definición de tortura de la CT-ONU al ámbito de los derechos humanos, es decir, no vinculante en el ámbito del derecho humanitario:

En el contexto del derecho humanitario este requerimiento debe interpretarse en el sentido de incluir actores armados no estatales partes de un conflicto, de modo que la prohibición [de tortura] mantenga su relevancia en situaciones de conflictos armados no internacionales o en conflictos armados internacionales que involucran la participación de actores no estatales.⁸¹

Esta tendencia fue seguida en *Furundžija*. Unos años después, en *Kunarac et al.*, el TPIY daría un viraje hacia la criminalización de la tortura en un sendero independiente de la CT-ONU, considerando que el carácter consuetudinario de la definición de esta solo alcanzaba el terreno de la responsabilidad internacional de los estados en razón de la naturaleza de la Convención.⁸² Así, en *Kunarac* consideró que la determinación de tortura radica en la naturaleza del acto más que en la calidad del sujeto activo,⁸³ el cual puede alcanzar a miembros de grupos armados no estatales, contratistas militares privados, mercenarios e incluso individuos en su capacidad privada, o sea, sin ninguna

⁷⁹ TPIR, *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, caso n.º TPIR-96-4-T, sentencia de primera instancia de 2 de septiembre de 1998, § 681.

⁸⁰ Para un análisis más detallado de la discusión en este caso, véase Jasper Wauters: “Torture and Related Crimes. A Discussion of the Crimes Before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, 11 *Leiden Journal of International Law*, 1998.

⁸¹ TPIY, *Delalic et al.*, sentencia del 16 de noviembre de 1998, § 473.

⁸² TPIY, *Kunarac et al.*, sentencia del 22 de febrero de 2001, § 482.

⁸³ *Ibidem*, § 495.

ELIZABETH SANTALLA VARGAS

afiliación.⁸⁴ Esta nueva tendencia empezaría a expandirse a subsiguientes casos, principalmente *Kvocka*,⁸⁵ *Krnojelac*,⁸⁶ *Simic*⁸⁷ y *Brdanin*.⁸⁸

Con relación a los elementos constitutivos, que conforme a la jurisprudencia de los tribunales resultan comunes a la tortura como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra, pueden identificarse los siguientes aportes en cuanto a la interpretación de la definición de la CT-ONU y más allá de ella. A saber, respectivamente: a) la existencia de daño físico como no indispensable, toda vez que se acepta ampliamente la posibilidad de que “únicamente” se produzca daño mental; b) la posibilidad de comisión por omisión de la tortura. En consecuencia el *actus reus* radica, conforme a la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, en infligir —por acción u omisión— dolores o sufrimientos *graves*, ya sean físicos o mentales.⁸⁹

En cuanto a la carga de la prueba, el umbral anterior ha sido interpretado en el sentido de existir *ipso facto* una vez que se ha probado la existencia de la conducta que por sí misma implica dolores o sufrimientos graves. En ese sentido, casos que implican la mutilación de partes corporales o la violación, por ejemplo, constituyen conductas de tortura *per se*, y en consecuencia no se requieren certificados médicos que demuestren la naturaleza del daño⁹⁰ —requerimiento que normalmente se presenta en los sistemas nacionales—. En efecto, la consideración de la violación como un acto que automáticamente alcanza el espectro de severidad de la tortura ha constituido uno de los aportes jurisprudenciales más importantes del TPIY.⁹¹

Otros actos, sin embargo, son capaces de constituir tortura si presentan *suficiente gravedad* conforme a las circunstancias de su comisión, consideración que se desprende de un análisis casuístico sobre la base de factores objetivos y subjetivos. Burchard sintetiza dichos factores en la discusión emergente de diversos casos: la naturaleza, la consistencia y el contexto del dolor o sufrimiento, incluido el periodo del tratamiento; la condición física y mental de la víctima, incluidos factores tales como la edad, el sexo, el estado de salud, así como la posición de inferioridad de la víctima.⁹² En ese marco, se

⁸⁴ S. Sivakumaran: “Torture in International Human Rights and International Humanitarian Law: the Actor and the *Ad hoc* Tribunals”, 18 *Leiden Journal of International Law*, 2005, p. 545.

⁸⁵ TPIY, *Kvocka et al.*, sentencia del 2 de noviembre de 2001, § 139.

⁸⁶ TPIY, *Krnojelac*, sentencia del 15 de marzo de 2002, § 187.

⁸⁷ TPIY, *Simic et al.*, sentencia del 17 de octubre de 2003, § 82.

⁸⁸ TPIY, *Brdanin*, sentencia del 1 de septiembre de 2004, § 488-9.

⁸⁹ Burchard: o. cit. (nota 10), pp. 163-64.

⁹⁰ TPIY, *Kunarac et al.*, loc. cit. (nota 85).

⁹¹ Dicha postura fue esencialmente adoptada en *Kunarac et al.*, sentencia de apelación del 20 de junio de 2002 y posteriormente en *Brdanin*, sentencia de la Sala de Juicio I del 1 de septiembre de 2004.

⁹² Burchard: o. cit. (nota 10), pp. 165.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

ha determinado que el daño permanente no es un requerimiento para la existencia de tortura, sino que el daño temporal es suficiente, así como tampoco resulta necesaria la existencia de huellas visibles del daño ni de una duración considerable de este.

Por su parte, la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* ha considerado que la *mens rea* de la tortura implica que el acto o la omisión sean intencionales, siendo irrelevante el motivo⁹³ que conduzca a infligir (intencionalmente) los dolores o sufrimientos graves.⁹⁴ Esto implica la necesaria consideración, por parte del sujeto activo, de las condiciones físicas de la víctima en el momento de la comisión de la conducta, su edad, sexo y estado mental.⁹⁵

3.1.1. ¿Tortura solamente si se comete por agentes estatales o en relación con ellos?

La tradicional caracterización de la tortura como un delito propio cometido por funcionarios públicos o agentes estatales —o a instigación de estos— se remonta a la definición planteada por la CT-ONU, de 1984, y la CIPST, de 1985, respectivamente. Si bien sirvió de base para la construcción del tipo en el ámbito de los tribunales *ad hoc*, dicho requerimiento fue paulatinamente abandonado por su jurisprudencia, como se ha mencionado.

Así, en *Čelebići*, partiendo de nociones del derecho internacional humanitario —y apartándose de la proposición del fiscal, que consideraba necesario el requerimiento del agente estatal—, se optó por la consideración delictiva de agentes no estatales de modo que la prohibición de tortura persistiera en situaciones de conflicto armado no internacional y de conflictos armados internacionales que involucran la actuación de actores no estatales.⁹⁶ Sin embargo, en *Furundžija* el TPIY consideró que la definición de tortura requería la comisión por un funcionario público o al menos la participación en capacidad *no* privada.⁹⁷ Posteriormente, *Kunarac et al.* retomaría y ampliaría la línea de *Čelebići*, considerando que la CT-ONU tenía una aplicación solo interestatal y que la definición establecida en ella había sido concebida solo para su aplicación en el contexto de la Convención. En consecuencia, *Kunarac* confirmó la innecesaria existencia

⁹³ Cabe distinguir entre motivo y propósito.

⁹⁴ Burchard: o. cit. (nota 10), pp. 167-68, citando principalmente *Kunarac et al.*, sentencia de apelación del 20 de junio de 2002.

⁹⁵ Wauters: o. cit. (nota 83), p. 159.

⁹⁶ TPIY, *Delalić et al.* (*Čelebići*), sentencia de la Sala de Juicio del 16 de noviembre de 1998.

⁹⁷ TPIY, *Furundžija*, sentencia de la Sala de Juicio del 10 de diciembre de 1998.

ELIZABETH SANTALLA VARGAS

de agentes estatales para la determinación de tortura desde la perspectiva del derecho internacional humanitario,⁹⁸ lo que dio lugar a la consideración de la tortura sobre la base de la conducta, independientemente de la calidad del sujeto activo en el marco de un conflicto armado y denotó una importante fisura en la definición de tortura en el derecho internacional humanitario y los derechos humanos.⁹⁹ Dicha interpretación fue posteriormente adoptada en *Krnojelac*, válida tanto para crímenes de guerra como de lesa humanidad.¹⁰⁰

Como apunta Lord,¹⁰¹ la aparente disparidad de interpretaciones que trasluce de los casos anteriores fue opacada por la Sala de Apelaciones, que explicó que Furundžija había actuado como miembro de las fuerzas armadas involucradas en el conflicto y no en una capacidad privada. Sin embargo, puede concluirse que los tres casos aceptan la posibilidad de tortura con agentes no estatales con ciertos matices. En tanto que en *Delalić* y *Furundžija* se requiere que los agentes no estatales actúen “con capacidad oficial” —es decir, para una entidad que presente ciertas características similares a las de un estado—, en *Kunarac* se acepta que la tortura pueda cometerse por individuos privados en violación al derecho humanitario, al margen de cualquier capacidad oficial.¹⁰² Esta interpretación encuentra su correlato en la misma formulación y espíritu del derecho humanitario convencional. Así por ejemplo, el comentario oficial al artículo 4 del Protocolo Adicional II (1977) estableció: “[...] el acto de tortura es reprochable en sí mismo, al margen del sujeto activo, y no puede justificarse bajo ninguna circunstancia”.¹⁰³

3.1.2. *Apreciación particular de los otros tratos*

La distinción que han hecho los tribunales *ad hoc* entre la tortura y los otros tratos inhumanos o degradantes constituye un claro ejemplo de la influencia que el derecho internacional de los derechos humanos ha tenido en la jurisprudencia del derecho penal internacional. En efecto, sobre la base de la jurisprudencia del TEDH, el TPIY en *Krnojelac* estableció que la tortura constituye una forma de maltrato agravado.¹⁰⁴ La

⁹⁸ TPIY, *Kunarac et al.*, sentencia de la Sala de Juicio del 22 de febrero de 2001.

⁹⁹ Para una crítica sobre dicha interpretación jurisprudencial, véase Burchard: o. cit. (nota 10).

¹⁰⁰ TPIY, *Krnojelac*, sentencia de la Sala de Juicio del 15 de marzo de 2002.

¹⁰¹ Lord: o. cit. (nota 17).

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ CICR: *Comentarios a los Protocolos adicionales*, del 8 de junio de 1977, p. 1373.

¹⁰⁴ TPIY, *Krnojelac*, sentencia de la Sala de Juicio de 15 de marzo de 2002. De manera similar, *Brdanin*, sentencia de la Sala de Juicio de 1 de septiembre de 2004.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

transposición de la jurisprudencia del TEDH —emanada en el marco de los derechos humanos— al ámbito del derecho humanitario se justificó sobre la base de que ambos cuerpos del derecho internacional comparten criterios comunes respecto a la intensidad del dolor o sufrimiento.¹⁰⁵ Siguiendo esa línea, la Sala de Juicio en *Martić* confirmó que el dolor o sufrimiento en el crimen de *trato cruel* no requiere la misma intensidad que el que conlleva la tortura.¹⁰⁶ Esta posición, sin embargo, ha provocado la crítica precisamente desde el ángulo de los derechos humanos.¹⁰⁷ Resulta difícil trazar una clara demarcación, más aún si se considera que todos los métodos de tortura implican un trato cruel, inhumano y degradante.¹⁰⁸

Otro aspecto de la jurisprudencia que ha marcado la distinción entre la tortura y los otros tratos es la caracterización de la tortura como un *crimen de intención*, y la consideración de que tal requerimiento emana del derecho internacional consuetudinario principalmente recogido en la CT-ONU.¹⁰⁹ En consecuencia, solamente la conducta dirigida a conseguir los fines enunciados en la definición de tortura de la CT-ONU —la obtención de información o de confesión, o como forma de castigo, intimidación o coacción de la víctima o de una tercera persona, o por razones discriminatorias— constituye tortura conforme al derecho consuetudinario. Esta fue precisamente la visión recogida en *Akayesu*.¹¹⁰ Esta postura se ampliaría posteriormente con la inclusión de otros fines, distintos a los explícitamente enunciados en la CT-ONU. Al respecto resulta de particular relevancia el caso *Furundžija*, que introdujo entre los posibles propósitos de la tortura la humillación de la víctima, sobre la base del derecho internacional humanitario y de la consideración de constituir una forma de intimidación.¹¹¹ Sin embargo, dicho desarrollo, como apunta Burchard, no quedó consolidado en la jurisprudencia del TPIY por cuanto posteriormente, en *Krnjelac*, este tribunal despojaría del umbral consuetudinario al propósito de causar humillación. Habiendo sido ambos fallos confirmados en apelación, la jurisprudencia resulta contradictoria sobre este aspecto.¹¹²

¹⁰⁵ Burchard: o. cit. (nota 10), pp. 166.

¹⁰⁶ TPIY, *Martić*, sentencia de la Sala de Juicio de 12 de junio de 2007.

¹⁰⁷ Burchard: o. cit. (nota 10), p. 167.

¹⁰⁸ En este sentido, J. M. Ddamulira "The History of Torture Jurisprudence in the Inter-American Regional Human Rights System: 1948-2005", 13(1) *East African Journal of Peace & Human Rights*, 2007, pp. 157-158.

¹⁰⁹ TPIY, *Kunarac et al.*, sentencia de la Sala de Juicio de 22 de febrero de 2001. También *Krnjelac*, sentencia de la Sala de Juicio de 15 de marzo de 2002.

¹¹⁰ TPIR, *Akayesu*, sentencia de la Sala de Primera Instancia, de 2 de septiembre de 1998, § 681.

¹¹¹ TPIY, *Furundžija*, sentencia de primera instancia del 10 de diciembre de 1998.

¹¹² Burchard: o. cit. (nota 10), p. 170.

ELIZABETH SANTALLA VARGAS

Probablemente sea el *trato cruel* el que ofrece una definición jurisprudencial de mayor consenso. Su tratamiento fue parte precisamente del primer caso ante el TPIY —*Tadić*—, que lo caracterizó como violencia intencional contra la vida, la salud o la integridad física o mental, entre otros.¹¹³

3.2. Algunas consideraciones sobre el alcance de la prohibición de tortura y *non-refoulement*

Como se mencionó, conforme la CT-ONU solo existe tortura cuando la conducta de alguna manera puede generar la responsabilidad de las autoridades por acción u omisión. Dicho requerimiento —que la tortura sea efectuada, instigada o consentida por un funcionario público u otra persona que actúe en capacidad oficial— ha sido considerado una significativa limitación *vis-à-vis* la prohibición absoluta de tortura.¹¹⁴ Al respecto resulta interesante el desarrollo gestado a partir de una amplia interpretación del principio de no devolución (*non-refoulement*) recogido, entre otros instrumentos, en la propia CT-ONU (artículo 3), por el que los estados parte asumen la obligación convencional de no devolver, de ninguna manera (incluida expresamente la extradición), a una persona a un estado donde se considere por motivos fundados que pueda verse sometida a tortura.

La jurisprudencia del TEDH fue pionera en extender la prohibición de devolución —también recogida en el artículo 3 de la CEDH— cuando la tortura o la amenaza de tortura emana de actores no estatales. Así por ejemplo, en *HLR contra Francia*, donde el demandante, de nacionalidad colombiana, había sido arrestado por cargos de narcotráfico, fundamentó su petición de no devolución en razón a su temor a ser torturado por los carteles colombianos. El TEDH se pronunció reconociendo la aplicación del artículo 3 de la CEDH a personas o actores no estatales, en los casos en que no existe adecuada protección del estado.¹¹⁵ Dicho racional se aplicó también en *A contra Reino Unido*, en el cual el TEDH estableció la obligación de los estados de asegurar la vigen-

¹¹³ TPIY, *Tadić*, sentencia de la Sala de Juicio del 7 de mayo de 1997.

¹¹⁴ K. Wouters: "Editorial: How Absolute is the Prohibition of Torture?", en *European Journal of Migration and Law*, vol. 8, n.º 1-8, 2006, p. 4.

¹¹⁵ TEDH, fallo de 1998.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

cia de la prohibición de la tortura también proveniente de individuos en su capacidad privada.¹¹⁶

Asimismo, *Elmi contra Australia* constituyó la primera ocasión en la que el Comité contra la Tortura consideró que la protección de no devolución se extendía al temor a agentes no estatales pertenecientes a estructuras cuasiestatales.¹¹⁷

Dichas interpretaciones dan pie a considerar la existencia de tortura por comisión de agentes no estatales en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos (más allá del ámbito específico del derecho internacional del asilo). En efecto, este enfoque trasciende el espectro del principio de no devolución y resulta congruente con la tendencia de expandir la interpretación de los sujetos del derecho internacional de los derechos humanos, más allá de la tradicional consideración exclusiva de los estados en una dimensión de protección horizontal y privada de los derechos humanos.¹¹⁸

Curiosamente, el argumento a partir de la interpretación amplia del principio de no devolución elucubrada por los órganos de protección de derechos humanos no caló en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, que probablemente hubiera contribuido a desterrar la necesidad del requerimiento del agente estatal también respecto de los crímenes de lesa humanidad.

Por su parte, la Corte IDH no ha conocido aún de casos que involucren el principio de no devolución. En el hipotético escenario de que se presentara un caso de no devolución por tortura respecto de agentes no estatales, no solo quedaría en la palestra de discusión la noción tradicional de tortura, sino también el tradicional sistema de responsabilidad internacional por violaciones de derechos humanos.

3.3. La tortura y los otros tratos en el marco del Estatuto de la Corte Penal Internacional

La tortura como crimen de lesa humanidad en el ECPI presenta dos principales diferencias respecto de su formulación en la CT-ONU: la eliminación de los fines o propósitos para cometer tortura y la relación con el agente estatal. La definición incorpora más bien un elemento de custodia o control de la víctima por el acusado (artículo 7.2.e).

¹¹⁶ TEDH, fallo de 23 de septiembre de 1998.

¹¹⁷ Comité Contra la Tortura: Comunicación n.º 120/1998, UN Doc CAT/C/22/D/120/1998. Para un comentario detallado del caso, véase Sivakumaran: o. cit. (nota 87), pp. 549-553.

¹¹⁸ También en esta línea, P. Gaeta: "When is the Involvement of State Officials a Requirement for the Crime of Torture?", 6 *Journal of International Criminal Justice*, 2008, p. 191.

ELIZABETH SANTALLA VARGAS

En el caso de la tortura como crimen de guerra tampoco se hace referencia alguna a la calidad del sujeto activo, pero sí se mantienen los fines o propósitos de la CT-ONU y el umbral de gravedad, que no queda definido. Podría considerarse que la definición —aplicable tanto en el conflicto armado internacional como no internacional—¹¹⁹ deviene de *Kunarac* (TPIY), que definió los elementos del crimen, como se ha mencionado, en el sentido de infligir intencionalmente, por acción u omisión, graves dolores o sufrimientos, sean físicos o mentales, con la finalidad de obtener información o confesión, como castigo, intimidación o coerción a la víctima o un tercero, o por cualquier razón discriminatoria.¹²⁰

Los otros tratos presentan una disparidad terminológica en la definición como crimen de guerra en el conflicto armado internacional y no internacional. En el primer caso, se emplea *tratos inhumanos*, incluidos los experimentos biológicos (artículo 8.2.a.ii). En el segundo, se emplea *tratos crueles*, además de los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio y las mutilaciones (artículo 8.2.c.i). En ambos casos los Elementos de los Crímenes se refieren a dolores o sufrimientos graves, físicos o mentales (al margen de las consideraciones terminológicas de los sujetos pasivos en razón del tipo de conflicto armado). En consecuencia, parece que el ECPI se apartó de la tendencia de los cortes regionales de protección de derechos humanos a diferenciar la tortura de los otros tratos en razón del criterio de gravedad. Así, el elemento diferenciador es el propósito o la finalidad de la conducta, en cuanto crimen de guerra.¹²¹

En el caso *Bemba*, parte de la situación concerniente a la República Centroafricana, la Sala de Cuestiones Preliminares II —a tiempo de la confirmación de los cargos— declinó confirmar la imputación de la tortura como crimen de guerra (artículo 8.2.c.i) precisamente en atención a que el elemento de finalidad, considerándolo como una intencionalidad específica en la *mens rea* del tipo, debe ser probado por el fiscal. No habiéndose demostrado la finalidad o el propósito con el que los malos tratos alegados hubieran sido infligidos, la Sala concordó con la defensa respecto a que el fiscal incumplió con su obligación de presentar prueba respecto de cada elemento constitutivo del crimen.¹²²

¹¹⁹ Los Elementos de los Crímenes de los artículos 8.2.a.ii y 8.2.c.i son comunes con relación a la tortura.

¹²⁰ TPIY, *Kunarac et al.*, loc. cit. (nota 85), § 50.

¹²¹ En este sentido, K. Dörmann: *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court. Sources and Commentary*, Cambridge (RU): ICRC, 2003, p. 63.

¹²² CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II: "Decisión conforme al artículo 61(7)(a) y (b) del Estatuto de Roma sobre los Cargos del Fiscal contra Jean-Pierre Bemba Gombo", de 15 de junio de 2009, ICC-01/05-01/08, § 294, 298-300.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Si bien el análisis de la Sala de Cuestiones Preliminares II se ajusta a la formulación del crimen en el ECPI, no deja de ser relevante la disyuntiva sobre la coherencia del elemento de propósito o finalidad —propio del derecho internacional de los derechos humanos en su desarrollo inicial— como parte de la definición de los crímenes de guerra, cuando la tortura como crimen de lesa humanidad se aparta de él en el ECPI.¹²³

El caso *Bemba* también resulta interesante para el tema que nos ocupa respecto de la relación entre la tortura como crimen de lesa humanidad y la violación, cuando el acto de violación u otras formas de violencia sexual son los hechos sobre los que se asienta la imputación de tortura. Es decir, tortura cometida a través de violación u otras formas de violencia sexual.

La Sala de Cuestiones Preliminares II declinó también la confirmación del cargo de tortura como crimen de lesa humanidad por considerarlo subsumido en el crimen de violación,¹²⁴ interpretando que los elementos constitutivos de la tortura como crimen de lesa humanidad —la gravedad del daño o el sufrimiento causado y el control ejercido por el torturador respecto de su víctima— son también comunes a los elementos constitutivos del crimen de violación, que se distingue por el elemento adicional de la penetración.¹²⁵ No habiéndose aportado prueba respecto de otros hechos —además de la violación— que llevaran a determinar la existencia de tortura, la Sala confirmó el cargo de violación y consideró innecesaria, y más bien en detrimento del acusado, la acumulación de cargos.¹²⁶

La controvertida interpretación ameritó un *amicus curiae*¹²⁷ interpuesto por Iniciativa de Mujeres para la Justicia de Género, de conformidad con la regla 103 de las Reglas de Procedimiento y Prueba. El *amicus curiae* esencialmente observó la situación de víctimas en particular, que caería fuera de la alegada simbiosis de cargos, toda vez que constituirían tortura *per se*. De entre ellos, resulta de particular interés aquí el caso de

¹²³ Dörmann comenta que a tiempo de las deliberaciones en la PrepCom (Comisión de Preparación del ECPI), algunas delegaciones consideraron que, o bien el elemento de finalidad, o bien el de capacidad oficial (comisión por un agente estatal), o bien ambos, era necesario para distinguir la tortura del crimen de guerra de trato inhumano. Otras delegaciones se inclinaron por el elemento de gravedad o intensidad para dicho cometido. Sin embargo, y siguiendo la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, se optó por la inclusión del elemento de finalidad o propósito (Dörmann: o. cit. [nota 124], p. 45).

¹²⁴ CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II: loc. cit. (nota 125), § 205.

¹²⁵ *Ibidem*, § 204.

¹²⁶ *Ibidem*, § 202.

¹²⁷ Refrendado por el fiscal de la CPI en su documento "Prosecution's Response to Amicus Curiae Observations of the Women's Initiatives for Gender Justice pursuant to Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence", de 6 de agosto de 2009, ICC-01/05-01.08-469.

ELIZABETH SANTALLA VARGAS

un hermano que, mientras era azotado, observaba la violación de su hermana.¹²⁸ Como apunta el *amicus curiae*, los casos de personas obligadas a presenciar la violación de sus familiares supera el espectro del crimen de violación, aun en el supuesto de su propia violación —antes o después—, y constituye tortura. Presenciar violaciones de familiares involucra humillación, degradación y violación a la dignidad, distintos del acto de violación *per se*.¹²⁹ Dicho racional fue inicialmente adoptado en el marco del derecho penal internacional —por ejemplo, en *Furundžija* (TPIY)—, donde se calificó como tortura el ser forzado a observar la violación repetida de un allegado.¹³⁰

Cabe apuntar que en el ámbito del sistema interamericano, el voto concurrente de la jueza Medina en el caso *Campo Algodonero*¹³¹ se decanta por la calificación como tortura —a diferencia de la mayoría, que estableció la existencia de trato degradante— con relación al sufrimiento experimentado por los familiares (madres) de las víctimas que habían sido repentinamente desaparecidas, quienes desconocieron su paradero durante un periodo considerable, en un contexto de violencia y discriminación generalizada y sistemática contra la mujer, y, adicionalmente, por la falta de investigación y la actitud indiferente y hostil de las autoridades. En *Bemba*, habiendo la Sala de Cuestiones Preliminares II, rechazado la solicitud de permiso de apelación del fiscal respecto de la decisión en cuestión (de confirmación de los cargos),¹³² la interpretación en el sentido de que el cargo de violación subsume al de tortura —en tanto la evidencia aportada verse sobre los mismos hechos— resulta prevaleciente al presente.

Por otro lado, corresponderá observar la interpretación que se consolide sobre el alcance de la cláusula residual de los crímenes de lesa humanidad: “[o]tros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física” (artículo 7.1.k). Una primera interpretación jurisprudencial de esta controvertida cláusula se ha formulado en la decisión de confirmación de los cargos en *Katanga*, parte de la situación del Congo,

¹²⁸ “Women’s Initiatives for Gender Justice, Amicus Curiae Observations of the Women’s Initiatives for Gender Justice pursuant to Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence”, de 31 de julio de 2009, § 27.

¹²⁹ *Ibidem*, § 30, citando a TPIY, *Prosecutor v. Furundžija*, Sala de Juicio, sentencia del 10 de diciembre de 1998, IT-95-17/1, § 267.

¹³⁰ *Ibidem*, § 28.

¹³¹ Voto concurrente de la jueza Cecilia Medina Quiroga en relación con la sentencia de la Corte IDH en el caso *González y otras (Campo Algodonero) contra México*, de 16 de noviembre de 2009.

¹³² CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II: “Decision on the Prosecutor’s Application for Leave to Appeal the ‘Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo’, de 18 de septiembre de 2009”, ICC-01/05-01/08.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

caso en el que el fiscal imputó también el crimen de *otros actos inhumanos*.¹³³ La Sala de Cuestiones Preliminares I vertió una primera interpretación del contenido de dicho crimen, sobre la base de *Blaškić* (TPIY):¹³⁴

[...] por actos inhumanos han de entenderse las violaciones graves al derecho internacional consuetudinario y a los derechos fundamentales de los seres humanos, derivados de las normas del derecho internacional de los derechos humanos, de naturaleza y gravedad similar a los actos mencionados en el artículo 7(1) del Estatuto.¹³⁵

La Sala señala la diferencia del alcance y el propósito de esta cláusula residual, cuya formulación inicial se remonta a la Carta del Tribunal Militar Internacional de Núremberg y posteriormente a los estatutos del TPIY y del TPIR, en cuyo caso sirvió como una cláusula abierta orientada a recoger precisamente *otros actos inhumanos* no enunciados expresamente en el listado de ofensas constitutivas de los crímenes de lesa humanidad. En el caso del ECPI, la cláusula contiene ciertas limitaciones respecto de la acción constitutiva de un acto inhumano y de sus consecuencias, por lo que resulta distinta de las otras conductas enunciadas como crímenes de lesa humanidad.¹³⁶ Sobre la base de los Elementos de los Crímenes, la Sala apunta que el sufrimiento o daño grave a la integridad física, mental o psicológica debe ser consecuencia del acto inhumano.¹³⁷

En *Katanga* el voto mayoritario de la Sala desestimó la imputación por otros actos inhumanos, en razón de que la evidencia no apuntaba a verificar la intención de causar sufrimientos o daños graves, sino más bien a un intento no consumado de homicidio —de la población civil de Bogoro— como crimen de lesa humanidad, independientemente recogido en el artículo 7.1.a. Esta interpretación da pie a considerar que el crimen de otros actos inhumanos constituye el complemento del crimen de tortura, probablemente asimilable en el sentido de los otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Si se corrobora esta interpretación, quedarán por determinarse los parámetros de distinción entre la tortura y los otros actos inhumanos, teniendo en cuenta que el elemento de gravedad es común a ambos y que el elemento de propósito desaparece

¹³³ CPI, *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, decisión sobre la confirmación de los cargos, Sala de Cuestiones Preliminares I, de 30 de septiembre de 2008, § 22.

¹³⁴ TPIY, *The Prosecutor v. Blaškić*, sentencia del 3 de marzo de 2000, § 239.

¹³⁵ *Ibidem*, § 448.

¹³⁶ CPI, *Katanga*, loc. cit. (nota 136), § 450-452.

¹³⁷ *Ibidem*, § 453.

ELIZABETH SANTALLA VARGAS

en el caso de la tortura como crimen de lesa humanidad en el ECPI. En consecuencia, cabe preguntarse si el elemento de control del crimen de tortura resulta suficiente para diferenciar la tortura de los otros tratos como actos inhumanos en el ECPI. Este es uno de los aspectos a ser dilucidados por el desarrollo jurisprudencial de la CPI.

4 • Conclusiones

El caso de la tortura resulta emblemático de la interpretación de los crímenes del derecho internacional a la luz de los derechos humanos y del derecho humanitario (por lo menos en su etapa inicial), así como de los instrumentos de derechos humanos que incorporan nociones típicas del derecho penal internacional. Esta última podría reputarse una justificación de la aplicación del derecho penal internacional por el sistema interamericano de derechos humanos, aunque el análisis sobre si dicha práctica se ha desarrollado más allá de los supuestos inherentes a las formulaciones convencionales cae fuera del alcance de este trabajo. Así también el caso de la tortura y los otros tratos es emblemático de las paradojas del derecho internacional. En tanto que su prohibición es categórica y absoluta, su definición continúa siendo un desafío importante tanto en la esfera de la responsabilidad internacional como de la responsabilidad penal individual.

Si bien los estándares de diferenciación entre tortura y otros tratos en la jurisprudencia de la Corte IDH no resultan del todo nítidos, su jurisprudencia destila varios aspectos interesantes de interpretación, como la adopción de presunciones en casos de comprobada custodia o control (por agentes estatales) que entrañan privaciones ilegales de la libertad física en aislamiento y/o incomunicación. Esto podría resultar de particular interés *vis-à-vis* la definición de la tortura como crimen de lesa humanidad en el ECPI, que incorpora el elemento de custodia o control.

Teniendo en cuenta la importante metamorfosis que ha experimentado el concepto de tortura en el derecho penal internacional, plasmada en el ECPI, la jurisprudencia que desarrolle la CPI en materia de tortura y otros tratos será de gran importancia *vis-à-vis* una nueva interpretación de estos crímenes y de su coherencia en cuanto a una concepción diferenciada de la tortura como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra (más allá de los elementos contextuales).

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

La eliminación del requerimiento “oficial” del sujeto activo en la tipificación del ECPI, no solo con relación a los crímenes de guerra sino también a los crímenes de lesa humanidad, es un avance importante cuya influencia en el derecho internacional de los derechos humanos no puede quedar indiferente, más aun cuando la tradicional visión de responsabilidad estatal exclusiva por violaciones a derechos humanos va perdiendo fundamento ante la creciente participación activa de sujetos de carácter no estatal en el escenario internacional (también en tiempos de paz).

La recíproca influencia entre el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional, reflejo de la cual el caso de la tortura (y los otros tratos) es por demás elocuente —como puede haberse advertido—, suscita la interrogante respecto a la pertinencia y la coherencia de mantener el concepto de tortura dependiente del contexto particular de su comisión. Esta es una interrogante de dimensiones particulares en el ámbito de criminalización de la tortura y de cara a los procesos de implementación, en particular respecto a la pertinencia de homogeneizar, al margen de los elementos contextuales, los elementos constitutivos de la tortura como crimen de lesa humanidad, de guerra y delito ordinario y, en última instancia, la noción de tortura.

Bibliografía

- AMBOS, Kai: “May a State Torture Suspects to Save the Life of Innocents?”, 6 *Journal of International Criminal Justice*, 2008; en español en *Terrorismo, tortura y derecho penal. Respuestas en situaciones de emergencia*, Barcelona: Atelier, 2009.
- ANDERSON, Kirsten: “How Effective is the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance Likely to be in Holding Individuals Criminally Responsible for Acts of Enforced Disappearance?”, 7 *Melbourne Journal of International Law*, 2006.
- BURCHARD, Christoph: “Torture in the Jurisprudence of the *Ad hoc* Tribunals. A Critical Assessment”, 6 *Journal of International Criminal Justice*, 2008.
- CANOSA USERA, Raúl: *El derecho a la integridad personal*, Lex Nova, 2006.

ELIZABETH SANTALLA VARGAS

- CULLEN, Anthony: "Defining Torture in International Law: A Critique of the Concept Employed by the European Court of Human Rights", 34 *California Western International Law Journal*, 2003.
- D'AMATO, Anthony: "It's a Bird, It's a Plane, It's Jus Cógens", 6(1) *Connecticut Journal of International Law*, 1990.
- DDAMULIRA, Jamil Mujuzi: "The History of Torture Jurisprudence in the Inter-American Regional Human Rights System: 1948-2005", 13(1) *East African Journal of Peace & Human Rights*, 2007.
- DÖRMANN, Knut: *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court. Sources and Commentary*, Cambridge (RU): ICRC, 2003.
- GAETA, Paola: "When is the Involvement of State Officials a Requirement for the Crime of Torture?", 6 *Journal of International Criminal Justice*, 2008.
- GALDÁMEZ ZELADA, Liliana: "Alcance de la prohibición de la tortura y los otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", 4(2) *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales, 2006.
- HUERTAS DÍAZ, Omar, et al. (comps.): *Convención Americana de Derechos Humanos. Doctrina y jurisprudencia 1980-2005*, Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia e Ibáñez, 2005.
- LANTRIP, Julie: "Torture and Cruel, Inhumane and Degrading Treatment in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights", 5(55) *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 1999.
- LORD, Rachel: "The Liability of Non-State Actors for Torture in Violation of International Humanitarian Law: An Assessment of the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", 4(1) *Melbourne Journal of International Law*, 2003.
- MARTIN, Claudia, y Diego RODRÍGUEZ-PINZÓN: *La prohibición de la tortura y los malos tratos en el sistema interamericano. Manual para víctimas y sus defensores* (traducción de L. Vilás Costa), OMCT, Serie Manuales, vol. 2, 2006.
- SIVAKUMARAN, Sandesh: "Torture in International Human Rights and International Humanitarian Law: the Actor and the *Ad hoc* Tribunals", 18 *Leiden Journal of International Law*, 2005.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

WALTERS, Jasper: “Torture and Related Crimes. A Discussion of the Crimes Before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, 11 *Leiden Journal of International Law*, 1998.

WOUTERS, Kees: “Editorial: How Absolute is the Prohibition of Torture?”, 8(1) *European Journal of Migration and Law*, 2006.

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Bámaca Velásquez contra Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2000, Corte IDH (serie C, n.º 70).

Bayarri contra Argentina, sentencia de 30 de octubre de 2008, Corte IDH (serie C, n.º 187).

Blake contra Guatemala, sentencia de 24 de enero de 1998, Corte IDH (serie C, n.º 36).

Bueno Alves contra Argentina, sentencia de 11 de mayo de 2007, Corte IDH (serie C, n.º 164).

Caballero-Delgado y Santana contra Colombia, sentencia de 8 de diciembre de 1995, Corte IDH (serie C, n.º 22).

Caesar contra Trinidad y Tobago, sentencia de 11 de marzo de 2005, Corte IDH (serie C, n.º 123).

Cantoral Benavides contra Perú, sentencia de 18 de agosto de 2000, Corte IDH (serie C, n.º 69).

Castillo Páez contra Perú, sentencia de 3 de noviembre de 1997, Corte IDH (serie C, n.º 34).

Castillo Petruzzi y Otros contra Perú, sentencia de 30 de mayo de 1999, Corte IDH (serie C, n.º 52).

De la Cruz Flores contra Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2004, Corte IDH (serie C, n.º 115).

Gangaram Panday contra Suriname, sentencia de 21 de enero de 1994, Corte IDH (serie C, n.º 16).

Godínez Cruz contra Honduras, sentencia de 20 de enero de 1989, Corte IDH (serie C, n.º 5).

Gómez Paquiyari contra Perú, sentencia de 8 de julio de 2004, Corte IDH (serie C, n.º 110).

ELIZABETH SANTALLA VARGAS

Gonzales y Otras (Campo Algodonero) contra México, sentencia de 16 de noviembre de 2009, Corte IDH..

Hilaire, Constantine, Benjamin y otros contra Trinidad y Tobago, sentencia de 21 de junio de 2002, Corte IDH (serie C, n.º 94).

Humberto Sánchez contra Honduras, sentencia de 7 de junio de 2003, Corte IDH (serie C, n.º 99).

Loayza Tamayo contra Perú, sentencia de 17 de septiembre de 1997, Corte IDH (serie C, n.º 33).

Lori Berenson Mejía contra Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2004, Corte IDH (serie C, n.º 119).

Maritza Urrutia contra Guatemala, sentencia de 27 de noviembre de 2003, Corte IDH (serie C, n.º 103).

Masacre Plan de Sánchez contra Guatemala, sentencia de 29 de abril de 2004, Corte IDH (serie C, n.º 105).

Paniagua Morales y Otros contra Guatemala, sentencia de 8 de marzo de 1998, Corte IDH (serie C, n.º 37).

Suárez Rosero contra Ecuador, sentencia de 12 de noviembre de 1997, Corte IDH (serie C, n.º 35).

Tibi contra Ecuador, sentencia de 7 de septiembre de 2004, Corte IDH (serie C, n.º 114).

Velásquez Rodríguez contra Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988, Corte IDH (serie C, n.º 4).

Villagrán Morales et al. contra Guatemala (“Niños de la Calle”), sentencia de 19 de noviembre de 1999, Corte IDH (serie C, n.º 63).

19 Comerciantes contra Colombia, sentencia de 5 de julio de 2004, Corte IDH (serie C, n.º 109).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

A contra Reino Unido, sentencia de 23 de septiembre de 1998, Appl. n.º 25599/94.

HLR contra Francia, sentencia de 29 de abril de 1997, Appl. n.º 24573/93.

Irlanda contra Reino Unido, sentencia de 18 de enero de 1978, Appl. n.º 5310/71.

Kurt contra Turquía, sentencia de 25 de mayo de 1998, Appl. n.º 24276/94.

Selmouni contra Francia, sentencia de 28 de julio de 1999, Appl. n.º 25803/94.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Soering contra Reino Unido, sentencia de 7 de julio de 1989, Appl. n.º 1403888.

Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia

Prosecutor v. Delalić et al. (Čelebići), sentencia de primera instancia, caso n.º IT-96-21-T, de 16 de noviembre de 1998.

Prosecutor v. Blaškić, sentencia de primera instancia, caso n.º IT-95-14-T, de 3 de marzo de 2000.

Prosecutor v. Brdanić, sentencia de primera instancia, caso n.º IT-99-36-T, de 1 de septiembre de 2004.

Prosecutor v. Furundžija, sentencia de Primera Instancia, caso n.º IT-95-17A-T, 10 de diciembre de 1998.

Prosecutor v. Krnojelac, sentencia de primera instancia, caso n.º IT-97-25-T, de 15 de febrero de 2002.

Prosecutor v. Kunarac et al, sentencia de apelación, caso n.º IT-96-23 - IT-96-23A-A, de 20 de junio de 2002.

Prosecutor v. Kunarac et al, sentencia de primera instancia, caso n.º IT-96-23-T IT-96-23A-T, de 22 de febrero de 2001.

Prosecutor v. Kvočka et al, sentencia de primera instancia, caso n.º IT-98-301-T, de 2 de noviembre de 2001.

Prosecutor v. Martić, sentencia de primera instancia, caso n.º IT-95-11-T, de 12 de junio de 2007.

Prosecutor v. Simić et al, sentencia de primera instancia, caso n.º IT-95-9-T, de 17 de octubre de 2003.

Prosecutor v. Tadić, sentencia de primera instancia, caso n.º IT-94-1-T, de 7 de mayo de 1997.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, sentencia de primera instancia, caso n.º TPIR-96-4-T, de 2 de septiembre de 1998.

Corte Penal Internacional

Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, decisión de confirmación de los cargos, caso n.º ICC-01/04-01/07, Sala de Cuestiones Preliminares I, 26 de septiembre de 2008.

Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, decisión de confirmación de los cargos, caso n.º ICC-01/05-01/08, Sala de Cuestiones Preliminares II, 15 de junio de 2009.