

*Tribunal Penal Internacional
para la Ex Yugoslavia*

Caso N° IT-95-17/1-T

Fiscal vs. Anto Furundžija

*Sentencia del
10 de diciembre de 1998*

I. INTRODUCCIÓN

El juicio de Anto Furundžija, de aquí en adelante “el Acusado”, un ciudadano de Bosnia y Herzegovina que nació el 8 de julio de 1969, ante ésta Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para el procesamiento de las personas responsables de las graves violaciones al derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la Ex Yugoslavia desde 1991, de aquí en adelante “Tribunal Internacional”, comenzó el 8 de junio de 1998 y finalizó el 12 de noviembre de 1998.

Habiendo considerado toda la evidencia presentada durante el curso de este juicio, junto con los alegatos de la Oficina del Fiscal, de aquí en adelante “Fiscalía”, y de la Defensa, la Sala de Primera Instancia,

POR LA PRESENTE PRONUNCIAM SU SENTENCIA

[...]

V. LOS SUCESOS EN EL BUNGALOW Y EN LA CASITA DE VACACIONES EN NADIOCI

[...]

H. Hechos probados

120. Después de haber considerado la evidencia, la Sala de Primera Instancia está satisfecha, más allá de toda duda razonable, de que se pueden pronunciar las siguientes conclusiones.

1. La Detención

121. Aproximadamente el 16 de mayo de 1993, el Acusado y el Acusado B arrestaron y llevaron al Testigo D al Bungalow. Ambos lo interrogaron y lo agredieron. El Acusado B en particular le pegó con sus puños y lo golpeó con un bastón en los pies, en presencia del Testigo E, y la mayor parte del tiempo en presencia del acusado que iba y venía.

122. Aproximadamente el 18 o 19 de mayo de 1993, varios miembros de una unidad de elite de soldados adscritos al HVO*, y conocidos como los Jokers arrestaron a la Testigo A y la sacaron de su departamento en Vitez. La llevaron en auto al Bungalow, la sede de

los Jokers. Algunos soldados y varios comandantes de diferentes unidades estaban en el Bungalow, entre ellos estaba el acusado, el Acusado B, Vlado Šantić y otros¹⁴⁹.

123. Al llegar al Bungalow, llevaron a una casa cercana a la Testigo A, la Casita de vacaciones, que formaba parte del complejo del Bungalow. Entró a una habitación que se describió como la habitación grande, que era donde se alojaban los Jokers. Le dijeron que se sentara y le ofrecieron pan y manteca para comer. Alrededor de ella, los soldados, vestidos con el uniforme de los Jokers, esperaban la llegada de un hombre al que nombraban "el Jefe", que era quien la iba a tratar. Luego, la Testigo A escuchó el anuncio de la llegada de "Furundžija" y entró en la habitación con algunos papeles en la mano el hombre que ella identificó, para satisfacción de la Sala de Primera Instancia, como Anto Furundžija, el acusado.

2. *En la Habitación Grande*

124. El acusado interrogó a la Testigo A. El Acusado B la obligó a desvestirse y estar desnuda delante de un gran número de soldados. Fue sometida a tratos crueles, inhumanos y degradantes y a amenazas de graves agresiones físicas por parte del Acusado B durante la interrogación por parte del acusado. El propósito de este abuso era el de sacarle información a la Testigo A sobre su familia, su conexión con el AbiH⁶ y su relación con algunos soldados croatas y también el de degradarla y humillarla. La interrogación por parte del acusado y el abuso por parte del Acusado B sucedieron en simultáneo.

125. El acusado dejó a la Testigo A bajo custodia del Acusado B, que luego la violó, la agredió sexualmente y la abusó y degradó físicamente.

126. La Testigo A fue sometida a graves sufrimientos físicos y mentales y a la humillación pública.

3. *En la Despensa*

127. El interrogatorio de la Testigo A continuó en la despensa, otra vez ante una audiencia de soldados. Fue interrogada por el acusado mientras estaba desnuda sólo cubierta con una pequeña manta. Fue sometida a violación, agresiones sexuales y tratos crueles, inhumanos y degradantes por parte del Acusado B. El Testigo D también fue interrogado por el acusado y sometido a graves agresiones físicas por parte del Acusado B. Lo obligaron a mirar las agresiones sexuales perpetradas contra una mujer que él conocía para forzarlo a admitir acusaciones hechas en contra de ella. De esta manera, ambos testigos fueron humillados.

128. El Acusado B golpeó al Testigo D y violó reiteradamente a la Testigo A. El acusado estaba presente en la habitación mientras llevaba a cabo los interrogatorios. Cuando no estaba en la habitación, estaba cerca, justo fuera de una puerta abierta y sabía que se estaban cometiendo delitos, incluso violaciones. De hecho, los actos del Acusado B se llevaron a cabo para que el interrogatorio del acusado sea exitoso.

129. Es evidente que en la despensa, tanto la Testigo A como el Testigo D fueron sometidos a graves sufrimientos físicos y mentales y fueron humillados públicamente.

130. No hay duda de que el acusado y el Acusado B, como comandantes, dividieron el proceso de interrogación al llevar a cabo diferentes funciones. El papel del acusado era el de preguntar, mientras que el papel del Acusado B era el de agredir y amenazar con el fin de obtener la información requerida de la Testigo A y del Testigo D.

VI. EL DERECHO

[...]

C. Violación y otras Agresiones Sexuales Graves en el Derecho Internacional

1. *Derecho Internacional Humanitario*

165. La violación en tiempos de guerra está específicamente prohibida por el derecho convencional: los Convenios de Ginebra de 1949¹⁸⁹, el Protocolo Adicional I de 1977¹⁹⁰ y el Protocolo Adicional II de 1977¹⁹¹. Otras agresiones sexuales graves están prohibidas expresa o implícitamente en varias disposiciones de los mismos tratados¹⁹².

166. Por lo menos el artículo común 3 de los Convenios de Ginebra de 1949, que se refiere explícitamente a la violación, y el artículo 4 del Protocolo Adicional II, que menciona explícitamente la violación, aplican *qua* ley por tratado en el caso en cuestión porque Bosnia y Herzegovina ratificaron los Convenios de Ginebra y los dos Protocolos Adicionales el 31 de diciembre de 1992. Además, como se afirmó en el párrafo 135, el 22 de mayo de 1992, las partes del conflicto se hicieron cargo de observar las disposiciones más importantes de los Convenios de Ginebra y de conceder las protecciones que se ofrecen allí.

167. Además, la Sala de Primera Instancia observa que la violación y los tratos inhumanos fueron prohibidos en tanto delitos de guerra por el artículo 142 del Código Penal del SFRY y que Bosnia y Herzegovina, como ex República del Estado federal, continúa

aplicando una disposición análoga.

168. La prohibición de la violación y la agresión sexual grave en conflictos armados también evolucionó en el derecho internacional consuetudinario. Con el tiempo se fue cristalizando de la prohibición expresa en el artículo 44 del Código de Lieber¹⁹³ y las disposiciones generales del artículo 46 de las normas anexas del Convenio de La Haya IV, leídas junto con la “cláusula de Martens” establecida en el preámbulo de ese Convenio. Mientras que la violación y las agresiones sexuales no fueron específicamente procesadas por el Tribunal de Nuremberg, la violación fue expresamente clasificada como un crimen de lesa humanidad bajo el artículo II(1)(c) de la Ley del Consejo de Control N° 10. El Tribunal Militar Internacional de Tokio condenó a los Generales Toyoda y Matsui de ser los responsables por las violaciones de las leyes y costumbres de guerra cometidas por los soldados a su cargo en Nanking, que incluyen muchas violaciones y agresiones sexuales¹⁹⁴. El ex Ministro de Relaciones Exteriores de Japón, Hirota, también fue condenado por esas atrocidades. Esta decisión y la de la Comisión Militar de los Estados Unidos en *Yamashita*¹⁹⁵, junto con la consolidación de la prohibición fundamental de “atentados contra la dignidad personal” establecido en el artículo común 3 en el derecho internacional consuetudinario, contribuyó en la evolución de las normas del derecho internacional aceptadas universalmente que prohíben la violación así como también las agresiones sexuales graves. Estas normas pueden aplicarse en cualquier conflicto armado.

169. No caben dudas de que la violación y otras agresiones sexuales graves en conflictos armados vinculan la responsabilidad penal a los perpetradores.

2. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*

170. Ningún instrumento internacional de derechos humanos prohíbe específicamente la violación u otras agresiones sexuales graves. Sin embargo, esos delitos están implícitamente prohibidos por las disposiciones que protegen la integridad física, que están presentes en todos los tratados internacionales relevantes¹⁹⁶. El derecho a la integridad física es fundamental y, sin dudas, forma parte del derecho internacional consuetudinario.

171. En algunas circunstancias, sin embargo, la violación puede considerarse una tortura y cuerpos judiciales internacionales determinaron que constituía una violación de la norma que prohíbe la tortura (...).

3. *Violación según el Estatuto*

172. La acusación de la violación está explícitamente prevista en el artículo 5 del Estatuto del Tribunal Internacional como un crimen de lesa humanidad. La violación también puede constituir un grave incumplimiento de los Convenios de Ginebra, una violación de las leyes o costumbres de guerra¹⁹⁷ o un acto de genocidio¹⁹⁸, si se cumplen los elementos necesarios y se puede iniciar una acción judicial acorde.

173. La naturaleza abarcativa del artículo 3 del Estatuto ya fue analizada en el párrafo 133 de este Fallo. En su “Decisión Sobre la Petición del Acusado para Descartar los Cargos 13 y 14 de la Acusación (Falta de Jurisdicción sobre el Tema)” del 29 de mayo de 1998, la Sala de Primera Instancia sostuvo que el artículo 3 del Estatuto cubre los atentados contra la dignidad personal, incluso la violación.

4. *La Definición de Violación*

174. La Sala de Primera Instancia observa el alegato indiscutible de la Fiscalía en su Caso antes del Juicio de que la violación es un acto forzoso: eso significa que el acto se “cumple por medio de la fuerza o amenazas contra la víctima o un tercero, dichas amenazas pueden ser explícitas o implícitas e infunden el miedo a la víctima de que él, ella o un tercero sea sometido a violencia, detención, coacción u opresión psicológica”¹⁹⁹. Este acto consiste en la penetración de la vagina, el ano o la boca por el pene, o de la vagina o el ano por otro objeto. En este contexto, incluye la penetración, aunque sea mínima, de la vulva, el ano o la cavidad oral por el pene y la penetración sexual de la vulva o el ano no se limita al pene²⁰⁰.

175. No hay definiciones de violación en el derecho internacional. Sin embargo, se pueden percibir algunas indicaciones generales en las disposiciones de los tratados internacionales. En particular, se debe prestar atención al hecho de que se prohíben tanto la violación como “cualquier tipo de agresión indecente” contra las mujeres en el artículo 27 del Convenio de Ginebra IV, el artículo 76(1) del Protocolo Adicional I y el artículo 4(2) (e) del Protocolo Adicional II. Se garantiza la inferencia de que la ley internacional, al prohibir específicamente la violación así como también, en términos generales, otros tipos de abuso sexual, considera que la violación es la manifestación más grave de agresión sexual. Eso está, *inter alia*, confirmado por el artículo 5 del Estatuto del Tribunal Internacional, que prevé explícitamente la acusación de la violación, mientras que implícitamente cubre otros tipos menos graves de agresión sexual a través del artículo 5(i) como “otros actos inhumanos”²⁰¹.

176. La Sala de Primera Instancia I del ICTR sostuvo en el caso *Akayesu* que para formular una definición de violación en la ley internacional uno debería empezar desde la suposición de que “los elementos más importantes del delito de violación no se pueden capturar en una descripción mecánica de los objetos o partes del cuerpo”²⁰². Según esa Sala de Primera Instancia, en el derecho internacional es más útil concentrarse “en el marco conceptual de la violencia sancionada por el Estado”²⁰³. Luego, afirmó lo siguiente:

Así como la tortura, la violación se usa para propósitos tales como la amenaza, degradación, humillación, discriminación, castigo, control o destrucción de una persona. Así como la tortura, la violación es una violación de la dignidad personal y la violación de hecho constituye una tortura cuando la comete, la instiga o la aprueba un funcionario del Estado u otra persona con capacidades oficiales. La Sala define la violación como una invasión física de naturaleza sexual, cometida contra una persona en circunstancias coactivas²⁰⁴.

La Sala de Primera Instancia II *quater* apoyó esa definición del Tribunal Internacional en *Delalic*²⁰⁵.

177. Esta Sala de Primera Instancia nota que no se pueden establecer otros elementos más que aquellos enfatizados por los tratados internacionales o el derecho consuetudinario, tampoco se puede recurrir a principios generales del derecho penal internacional o a principios generales del derecho internacional. La Sala de Primera Instancia, por ende, considera que, para llegar a una definición precisa de violación basada en el principio de especificidad del derecho penal (*Bestimmtheitsgrundsatz*, también descrito por la máxima “*nullum crimen sine lege stricta*”), es necesario buscar principios del derecho penal comunes a los principales sistemas legales de todo el mundo. Esos principios pueden sacarse, con todo el cuidado necesario, de las leyes nacionales.

178. Cuando las normas penales internacionales no definan una noción de ley penal, se justifica depender de la legislación nacional, si se cumplen las siguientes condiciones: (i) a menos que lo indique una norma internacional, no se debe hacer referencia a un solo sistema legal nacional, por ejemplo el de los Estados que poseen *common-law* o derecho civil. En cambio, las cortes internacionales deben recurrir a los conceptos generales y las instituciones legales comunes a todos los principales sistemas legales del mundo. Eso presupone un proceso de identificación de los denominadores comunes en esos sistemas legales para señalar las nociones básicas que comparten; (ii) ya que “los juicios internacionales exhiben un número de características que los diferencian de los procedimientos penales nacionales”²⁰⁶, se debe tener en cuenta la especificidad de los procedimientos penales internacionales cuando se utilizan nociones del derecho nacional. De esta ma-

nera, se evita una importación o transposición mecánica de la ley nacional a los procedimientos penales internacionales, así como también las distorsiones que conllevan las características únicas de esos procedimientos.

179. La Sala de Primera Instancia enfatizaría al comienzo que se puede distinguir en la legislación nacional de un número de Estados una tendencia a ampliar la definición de violación para que abarque actos que anteriormente estaban clasificados como agresiones menos graves en comparación, como la agresión sexual o indecente. Esa tendencia demuestra que en el nivel nacional los Estados suelen tomar medidas más estrictas en cuanto a formas graves de agresión sexual: el estigma de la violación ahora aplica a una creciente categoría de agresiones sexuales, sólo si, por supuesto, cumplen ciertos requisitos, principalmente el de la penetración física forzada.

180. En el estudio de las leyes nacionales sobre la violación, la Sala de Primera Instancia descubrió que aunque las leyes de muchos países especifican que la violación sólo puede ser cometida contra una mujer²⁰⁷, otros afirman que la violación puede ser cometida contra una víctima de cualquier sexo²⁰⁸. Las leyes de varias jurisdicciones afirman que el *actus reus* de la violación consiste en la penetración, aunque sea mínima, del órgano sexual de la mujer por el órgano sexual del hombre²⁰⁹. También existen jurisdicciones que interpretan el *actus reus* de la violación en un sentido más amplio²¹⁰. Las disposiciones de las jurisdicciones del derecho civil generalmente usan redacciones abiertas a la interpretación de las cortes²¹¹. Además, todas las jurisdicciones examinadas por la Sala de Primera Instancia requieren un elemento de fuerza, coacción, amenaza, o acto sin el consentimiento de la víctima²¹²: a la fuerza se le da una amplia interpretación e incluye el hecho de dejar a las víctimas indefensas²¹³. Algunas jurisdicciones indican que la fuerza o la amenaza puede estar dirigida a un tercero²¹⁴. Los factores que agravan la situación generalmente incluyen el hecho de causar la muerte de la víctima, si había múltiples perpetradores, si la víctima era joven y si la víctima sufre una afección que la hace específicamente vulnerable como la enfermedad mental. La violación casi siempre puede castigarse con un máximo de cadena perpetua, aunque los términos impuestos por varias jurisdicciones varían mucho.

181. Es evidente por nuestro estudio sobre la legislación nacional que, aunque haya discrepancias inevitables, la mayoría de los sistemas legales en los mundos de las leyes comunes y penales consideran que la violación consiste en la penetración sexual forzada del cuerpo humano por medio del pene o la introducción forzada de cualquier otro objeto en la vagina o el ano.

340 182. Una discrepancia importante se puede, sin embargo, distinguir en la penalización de

la penetración oral forzada: algunos Estados lo consideran una agresión sexual, mientras que en otros Estados lo consideran una violación. Debido a esta falta de uniformidad, le corresponde a la Sala de Primera Instancia establecer si se puede alcanzar una solución apropiada si se recurre a los principios generales del derecho penal internacional o, si dichos principios no sirven, a los principios generales del derecho internacional.

183. La Sala de Primera Instancia sostiene que la penetración forzada de la boca por medio del órgano sexual masculino constituye un ataque extremadamente humillante y degradante contra la dignidad humana. La naturaleza de todo el corpus del derecho internacional humanitario así como del derecho de derechos humanos radica en la protección de la dignidad humana de cada persona, cualquiera sea su género. El principio general de respeto por la dignidad humana es la base fundamental y, de hecho, la propia *raison d'être* del derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos; en efecto, hoy en día, ganó tanta importancia que impregnó el cuerpo del derecho internacional en su totalidad. La intención de ese principio es la de proteger a los seres humanos de los atentados en contra de su dignidad personal, ya sea que esos atentados consistan en ataques ilegales contra el cuerpo o amenazas contra el honor, el respeto propio o la salud mental de una persona. Está en consonancia con este principio que un atentado sexual tan grave como la penetración oral forzada debe ser considerado una violación.

184. Además, la Sala de Primera Instancia sostiene que no va en contra del principio general de *nullum crimen sine lege* acusar a una persona de haber cometido sexo oral forzado como una violación cuando en algunas jurisdicciones nacionales, incluso la propia, sólo podría ser culpado con agresión sexual con respecto a los mismos actos. No es cuestión de penalizar actos que no eran penalizados cuando el acusado los cometió, ya que el sexo oral forzado es un delito de todos modos y, de hecho, es un delito extremadamente grave. En efecto, debido a la naturaleza de la jurisdicción sobre el tema del Tribunal Internacional, en juicios ante el Tribunal, el sexo oral forzado es invariablemente una agresión sexual grave si se comete en tiempo de conflicto armado contra civiles indefensos; por ende, no se trata de una simple agresión sexual, sino de una agresión sexual en tanto delito de guerra o crimen de lesa humanidad. Por lo tanto, mientras un acusado, que fue declarado culpable de haber cometido una violación por actos de penetración oral forzada, es sentenciado sobre la base objetiva de sexo oral coercitivo –y sentenciado de acuerdo con la práctica de condena de la ex Yugoslavia para esos delitos, de conformidad con el artículo 24 del Estatuto y la Regla 101 de las Reglas– entonces, no se ve afectado desfavorablemente por la categorización del sexo oral forzado como una violación en vez de una agresión sexual. Sólo puede quejarse de que un estigma más grande se adhiere

al hecho de ser condenado como un violador en vez de ser condenado como un agresor sexual. Sin embargo, hay que tener en cuenta las anteriores observaciones para ver que el sexo oral forzado puede ser tan humillante y traumático para la víctima como la penetración vaginal o anal. Así, la noción de que una condena por penetración vaginal o anal forzada tiene mayor estigma que una condena por penetración oral forzada es producto de actitudes discutibles. Además, cualquier asunto de ese tipo tiene menos peso que el principio fundamental de proteger la dignidad humana, principio que está de acuerdo con ampliar la definición de violación.

185. Por ende, la Sala de Primera Instancia declara que los siguientes elementos pueden ser aceptados como los elementos objetivos de violación:

- (i) la penetración sexual, por más mínima que sea:
 - (a) de la vagina o el ano de la víctima por el pene del perpetrador o cualquier otro objeto usado por el perpetrador; o
 - (b) de la boca de la víctima por el pene del perpetrador;
- (ii) por medio de la coacción, la fuerza o la amenaza de fuerza contra la víctima o un tercero.

186. Como se señaló anteriormente, las normas penales internacionales castigan no sólo la violación, sino también cualquier agresión sexual grave que no llegue a ser una penetración. Parecería que la prohibición abarca todos los abusos graves de naturaleza sexual cometidos contra la integridad física y moral de una persona por medio de la coacción, amenaza de fuerza o intimidación de una manera que es degradante y humillante para la dignidad de la víctima. Como ambas categorías de actos están penalizadas en el derecho internacional, la distinción que se hace entre ellas es un material principal para los propósitos de la sentencia.

5. *Responsabilidad Penal Individual*

187. Se deduce del artículo 7(1) del Estatuto que no sólo el hecho de cometer una violación o una agresión sexual grave están prohibidos, sino también el hecho de planificarlo, ordenar o instigar a que se cometa, así como también ayudar y consentir la perpetración.

188. Hubo ciertas variaciones en las acusaciones de la Fiscalía con respecto a la responsabilidad de la perpetración directa. En la "Respuesta del Fiscal Asunto: artículo 7(1) del Estatuto del Tribunal Internacional" archivado el 31 de marzo de 1998, la Fiscalía afirmó que no iban a juzgar al acusado por cometer una violación como perpetrador directo²¹⁵.

Sin embargo, en la declaración de apertura se hizo la siguiente afirmación: “Nosotros afirmamos que por llevar a cabo una interrogación bajo las circunstancias descritas por la Testigo A, por llevar a la víctima de una habitación a la otra, por traer a la otra persona para la confrontación y quedarse mientras ocurrían más golpes y abusos sexuales, marca (sic) al acusado como un perpetrador directo que cometió los delitos de tortura y atentados contra la dignidad humana, incluso la violación”²¹⁶.

189. La Sala de Primera Instancia sostiene que, como la Fiscalía se basó en el artículo 7(1) sin especificación y dejó a criterio de la Sala de Primera Instancia la adjudicación de la responsabilidad penal, se le otorga el poder y se le obliga, si se prueba más allá de toda duda razonable que el acusado cometió los delitos que se acusaron en su contra, que condene al acusado bajo la dirección apropiada de responsabilidad penal dentro de los límites de la Acusación Enmendada.

[...]

E. Cómo Distinguir la Perpetración de la Tortura de la Ayuda y la Instigación de la Tortura

250. Las definiciones respecto de ayuda e instigación que se enuncian a continuación son igualmente aplicables a violación y tortura, así como a todos los crímenes. Sin embargo, la Sala de Primera Instancia considera que es útil encarar el tema de quién debe considerarse responsable de la tortura como perpetrador y quién es un ayudante e instigador, pues en la actualidad la perpetración de tortura típicamente incluye a un gran número de personas, cada una cumple una función individual, y es apropiado elaborar los principios de la responsabilidad penal individual aplicables en este caso.

251. Bajo el derecho internacional actual, los individuos deben abstenerse de perpetrar torturas o de participar de cualquier manera en torturas.

252. Para determinar si un individuo es un perpetrador o un co-perpetrador de tortura o, en cambio, debe considerarse como un ayudante o un instigador o ni siquiera puede considerarse como responsable penal, es crucial establecer si el individuo que participa en el proceso de la tortura también es *partícipe del propósito en el que se basa la tortura* (es decir, actúa con la intención de obtener información o una confesión, de castigar, amenazar, humillar o coaccionar a la víctima o un tercero, o de discriminar, de cualquier manera, a la víctima o un tercero). Si no lo es pero ayuda de alguna manera y apoya con el conocimiento de que se está practicando una tortura, entonces el individuo puede ser declarado culpa-

ble de haber asistido o instigado la perpetración de la tortura. Posiblemente, si la persona presente en el procedimiento de la tortura no comparte los propósitos en los que se basa la tortura ni ayuda de ninguna manera en la perpetración, entonces él o ella no debería ser considerado responsable legal (piénsese, por ejemplo, en el soldado a quien un superior le ordenó que esté presente en una sesión de tortura para determinar si ese soldado puede tolerar mirar una tortura y así entrenarlo como un torturador).

253. Esas propuestas legales, que están basadas en una interpretación lógica de las normas tradicionales sobre la tortura, están apoyadas por una construcción teleológica de esas normas. Para demostrar este punto, se deben tener en cuenta algunas costumbres modernas en muchos Estados que practican la tortura: estos suelen “compartimentar” y “atenuar” la carga moral y psicológica de la perpetración de la tortura al asignar a diferentes personas un papel parcial (y a veces relativamente pequeño) en el proceso de la tortura. Así, una persona ordena que se lleve a cabo la tortura, otra organiza todo el proceso desde el nivel administrativo, otra hace preguntas mientras se tortura al detenido, una cuarta persona provee o prepara las herramientas para que se lleve a cabo la tortura, otra perpetra la tortura físicamente o causa daños mentales, otra proporciona asistencia médica para evitar que el detenido muera como consecuencia de la tortura o que posteriormente tenga marcas físicas de los daños que sufrió, otra se ocupa de los resultados del interrogatorio que se obtuvieron bajo la tortura y otra obtiene la información que se obtuvo como resultado de la tortura a cambio de otorgarle inmunidad en la acusación al torturador.

254. El derecho internacional, si no lograra tener en cuenta estas costumbres modernas, no sería capaz de lidiar con esta práctica despreciable. Las normas de construcción que enfatizan la importancia del objetivo y el propósito de las normas internacionales llevan a la conclusión de que la ley internacional considera a todas las personas mencionadas anteriormente igualmente responsables, aunque algunas puedan ser sentenciadas más severamente que otras, dependiendo de las circunstancias. En otras palabras, la naturaleza del delito y las formas que toma, así como la intensidad de la condena por tortura a nivel internacional, sugieren que en el caso de la tortura, todos aquellos que hayan participado en algún grado en el delito y en particular participen para lograr uno de los propósitos subyacentes, son igualmente responsables²⁶⁸.

255. Esto, es necesario recalcarlo, es en gran medida consistente con las disposiciones presentes en el Convenio sobre Tortura de 1984 y el Convenio Interamericano de 1985, de los cuales se puede inferir que prohíben no sólo la perpetración física de la tortura, sino también cualquier participación intencionada en esta práctica.

256. Se sigue, *inter alia*, que si un funcionario del Estado interroga a un detenido mientras otra persona le está causando dolor o daño graves, el interrogador es tan culpable de la tortura como lo es la persona que está causando el dolor o daño graves, aunque él no participe físicamente de ninguna manera en tal perpetración. Aquí, la máxima de la ley penal *quis per alium facit per se ipsum facere videtur* (aquel que actúa a través de otros es considerado como si actuara por sí solo) aplica totalmente.

257. Además, se entiende de lo anterior que, al menos en esas instancias en las que se practica la tortura bajo el patrón descrito anteriormente, es decir, con más de una persona actuando como co-perpetradores del delito, la responsabilidad de cómplice (es decir, la responsabilidad penal de aquellos que, aunque no participan del propósito por el que se comete la tortura pueden, no obstante, ser considerados responsables por alentar o ayudar para que se cometa el delito) sólo puede ocurrir dentro de límites bastante limitados. Así, parecería que ayudar e instigar la perpetración de la tortura sólo puede existir en esas instancias muy limitadas como, por ejemplo, llevar a los torturadores al lugar donde se va a cometer la tortura con pleno conocimiento de los actos que están a punto de llevarse a cabo allí; o llevar comida y bebida a los perpetradores al lugar de la tortura, también con pleno conocimiento de la actividad que se está llevando a cabo allí. En esas instancias, aquellos que ayudan e incitan la perpetración de la tortura pueden ser considerados cómplices del delito. Por el contrario, al menos en el caso que estamos analizando ahora, todas las otras variantes de participación directa en la tortura deben ser consideradas como instancias de co-perpetración del delito y todos esos co-perpetradores deben ser responsables como autores. Sin embargo, el diferente grado de perpetración directa como autores todavía puede ser un tema que se debe tener en cuenta para los propósitos de la sentencia.

Así, para resumir lo anterior:

- (i) para ser culpable de tortura como perpetrador (o co-perpetrador), el acusado debe haber participado de una parte integral de la tortura y de los propósitos por los que se cometió, es decir, la intención de obtener información o una confesión, de castigar o amenazar, humillar, coaccionar o discriminar a la víctima o a un tercero.
- (ii) para ser culpable de tortura como ayudante o instigador, el acusado debe haber asistido de alguna manera que tenga un efecto importante en la perpetración del delito y con el conocimiento de que se estaba llevando a cabo la tortura.

[...]

VIII. SENTENCIA

A. Introducción

276. El acusado, Anto Furundžija, fue condenado culpable bajo el Cargo 13, una Violación de las Leyes o Costumbres de Guerra (tortura), y el Cargo 14, una Violación de las Leyes o Costumbres de Guerra (atentados en contra de la dignidad personal, incluso la violación) ambos según el artículo 3 del Estatuto. Es con arreglo a esta sentencia de culpabilidad que la Sala de Primera Instancia va a proceder a condenarlo.

[...]

Notas

* Siglas del Croatian Defence Council

Siglas del Ejército de Bosnia y Herzegovina

149 Transcripción (en adelante, "T.") 527-529; Documento de prueba de la Defensa D14.

189 Art. 27 del IV Convenio de Ginebra.

190 Art. 76(1).

191 Art. 4(2)(e).

192 Véanse el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, que prohíbe "los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes"; Art. 147 del IV Convenio de Ginebra; Art. 85(4)(c) del Protocolo Adicional I; y arts. 4(1) y 4(2) (a) del Protocolo Adicional II. En un recordatorio de 3 de diciembre de 1992 y en sus recomendaciones a la Conferencia sobre la creación de un Tribunal Penal Internacional en Roma, julio de 1998, el Comité Internacional de la Cruz Roja (ICRC, por su sigla en inglés) ha confirmado que el acto de "causar intencionadamente gran sufrimiento o lesiones graves a la integridad física o la salud", que constituye una grave infracción en cada uno de los cuatro Convenios de Ginebra, incluye efectivamente el delito de violación.

193 "Francis Lieber, Instructions for the Government of Armies of the United States (1863)", reproducido en Schindler y Toman (eds.), *The Laws of Armed Conflicts* (1988), pág. 10.

194 Véase Roeling y Ruter (eds.), *The Tokyo Judgement: The International Military Tribunal for the Far East* (1977), vol. I, pág. 385.

195 En este caso, se determinó que hubo responsabilidad de mando para el delito de violación, lo que se penó como crimen de guerra. En su fallo de 7 de diciembre de 1945, la Comisión sostuvo: "Es absurdo (...) considerar asesino o violador a un comandante porque uno de sus soldados cometa un homicidio o una violación. Sin embargo, cuando el homicidio y la violación, y acciones sanguinarias y vengativas, son delitos generalizados, y no existe un intento eficaz por parte del comandante de descubrir y controlar los actos delictivos, ese superior puede considerarse responsable, aun penalmente, por los actos ilícitos de sus tropas, dependiendo de la naturaleza de esos actos y las circunstancias que los rodean". (Texto reproducido en Friedman (ed.), *The Law of war* (1972), vol II, pág. 1597).

- 196 El Art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR, por su sigla en inglés) prohíbe el trato cruel, inhumano o degradante, y se han presentado ante el Comité de Derechos Humanos denuncias de supuesta incapacidad del Estado para evitar o condenar violaciones o agresiones sexuales graves, con base en esa disposición. En el caso *Cyprus v. Turkey*, 4EHRR 482 (1982), la Comisión Europea de Derechos Humanos determinó que Turquía había incumplido su obligación de prevenir y castigar el trato inhumano o degradante según el Art. 3, como resultado de las violaciones cometidas por tropas turcas contra mujeres chipriotas. En el caso *Aydin*, la Corte Europea determinó que la violación de una detenida por parte de un funcionario del Estado “debe considerarse como una forma de maltrato especialmente grave y abominable, teniendo en cuenta la facilidad con la que el infractor puede aprovecharse de la vulnerabilidad y la debilitada capacidad de resistencia de la víctima. Además, la violación deja profundas cicatrices psicológicas en la víctima que no responden al paso del tiempo tan rápidamente como otras formas de violencia física y mental” (párr. 83). Según la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, la violación y otras agresiones sexuales graves son recogidas por el Art. 4 como violaciones del derecho al respeto por la integridad de la persona, y también por el Art. 5, que prohíbe toda forma de trato cruel, inhumano o degradante. La Convención Interamericana de Derechos Humanos garantiza el derecho al trato humano en el Art. 5, bajo el cual “[t]oda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral y [n]adie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.
- 197 Art. 3 del Estatuto.
- 198 Art. 4 del Estatuto.
- 199 Escrito de la Fiscalía previo al juicio, pág. 15.
- 200 *Ibid.*, pág. 15.
- 201 Los parámetros que se siguen para definir la dignidad humana pueden encontrarse en las normas internacionales sobre derechos humanos, como las que se expresan en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en los dos Pactos sobre Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1966 y en otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos o derecho humanitario. La expresión en disputa abarca, sin dudas, actos como las agresiones sexuales graves que no llegan a constituir violación (la violación está específicamente contemplada por el Art. 27 del IV Convenio de Ginebra y el Art. 75 del Protocolo Adicional I, y mencionada en el Informe del Secretario General en conformidad con el párrafo 2 de la resolución 808 (1993) S/25704 del Consejo de Seguridad, párr. 48, (en adelante “Informe del Secretario General”); la prostitución forzosa (que es indiscutiblemente un grave ataque a la dignidad humana de acuerdo con la mayoría de los instrumentos sobre derechos humanos y está contemplada por las disposiciones del derecho humanitario antes mencionadas, así como por el Informe del Secretario General); o la desaparición forzada de personas (prohibida por la resolución 47/133 de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1992, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969).
- 202 Caso N° ICTR-96-4-T, párr. 597.
- 203 *Ibid.*
- 204 *Ibid.*, párrs. 597-598.
- 205 Caso N° IT-96-21-T, párr. 479.
- 206 Párr. 5, Voto particular y disidente del Juez Cassese, *Prosecutor v. Drazen Erdemovic*, Sentencia, Caso N°

- IT-96-22-A, 7 de octubre de 1997.
- 207 Véase Sección 361 (2) del Código chileno; Art. 236 del Código Penal chino (Revisado) 1997; Art. 177 del Código Penal alemán (StGB); Art. 177 del Código Penal japonés; Art. 179 del Código Penal de la RFSY; Sección 132 del Código Penal de Zambia.
- 208 Véase Art. 201 del Código Penal austríaco (StGB); Código Penal francés, Arts. 222-23; Art. 519 del Código Penal italiano (a partir de 1978); Art. 119 del Código Penal argentino.
- 209 Véase Sección 375 del Código Penal paquistaní, 1995; Art. 375 del Código Penal indio; *The Law of South Africa*, W.A. Joubert 1996 en págs. 257-8: "El *actus reus* del delito consiste en la penetración de la mujer mediante el órgano sexual masculino R. v. M. 1961 2 SA 60 (O) 63). La más mínima penetración es suficiente". (R. v. *Curtis* 1926 CPD 385 389); Sección 117 del Código Penal ugandés: "(...) debe haber conocimiento carnal. Esto significa una relación sexual. Relación sexual a su vez significa la penetración del pene del hombre en la vagina de la mujer".
- 210 Para una definición amplia de "relación sexual", véase el Código Penal de Nueva Gales del Sur s. 61 H (1). Véase también, Propuesta de los Estados Unidos para la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional (19 de junio de 1998 A/CONF.183/C.1/L/10).
- 211 Véase, p. ej., el Código Penal alemán, que en el Art. 242 afirma: "Una persona que mediante un acto de violencia u otro acto, o bajo amenaza de violencia u otro tipo de amenaza, obliga a una persona a someterse a actos que consten de o incluyan penetración sexual del cuerpo es culpable de violación y está sujeta a penas de prisión de no más de doce años o a una multa de quinta categoría". Véase también el Art. 201 del Código Penal austríaco (StGB); Código Penal francés, Arts. 222-23.
- 212 Véase, p. ej., en Inglaterra y Gales, la Ley de delitos sexuales (Sexual Offences Act, 1956 a 1992).
- 213 Véase el Art. 180 del Código Penal alemán; Art. 180 del Código Penal de la RFSY.
- 214 El Código Penal de Bosnia y Herzegovina (1988) Cap. XI afirma que "[q]uien ejerza coerción sobre una persona de sexo femenino con quien no esté casado para tener relaciones sexuales por la fuerza o bajo amenaza de dañar su vida o su cuerpo, o los de alguien cercano a ella, serán condenados a penas de prisión de entre uno y diez años".
- 215 Respuesta del Fiscal, Rta: Art. 7(1) del Estatuto del Tribunal Internacional, 31 de marzo de 1998, pág. 2: "Los cargos contra el acusado no lo retratan como el autor real de la violación. La Acusación no intentará demostrar, según el Art. 7(1) que el acusado 'cometió' la violación".
- 216 Alegato preliminar de la Acusación, T. 70.
- 268 Véase también el caso *Eichmann*: "(...) incluso una pequeña pieza, incluso un operador insignificante, está sujeto bajo nuestro derecho penal a ser considerado como cómplice en la perpetración de un delito, en cuyo caso se lo tratará como si fuera el asesino o destructor real", pág. 323, y el caso *Akayesu*, N° ICTR-96-4-T, párr. 541. Véase también la sentencia de la Cámara de Loes del caso *Pinochet*, 25 de nov. de 1998, por Lord Steyn: "Es aparentemente reconocido que si [el General Pinochet] hubiera torturado personalmente a las víctimas, la posición sería distinta. Esta distinción hace caso omiso de un principio elemental del derecho, compartido por todos los sistemas jurídicos civilizados, según el cual no existe distinción entre el hombre que da el golpe y el que da la orden a otro para que dé el golpe".