

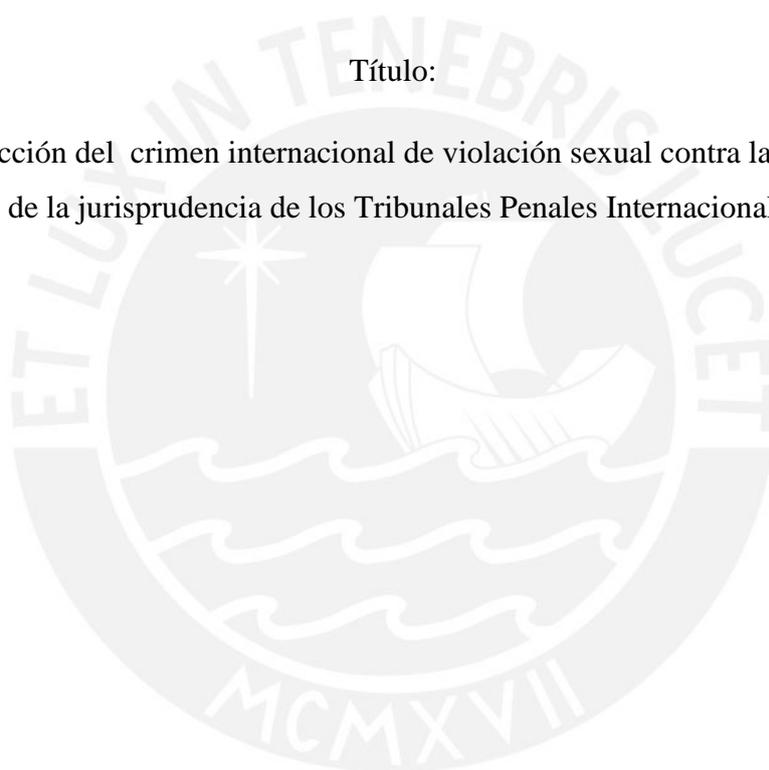
Tesis para optar por el título de licenciatura en Derecho que presenta la alumna:

Fabiana Núñez del Prado Nieto

Código: 20013309

Título:

La construcción del crimen internacional de violación sexual contra la mujer en el desarrollo de la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales Ad-Hoc



Lima, 2012

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	4
<b>CAPÍTULO I: La noción de violación sexual contra la mujer en el Derecho Penal Internacional antes del Estatuto de Roma y actualmente.....</b>	<b>15</b>
1.1 Antecedentes históricos: .....	15
1.2 Tratados y otros instrumentos internacionales: de 1949 a 1998.....	22
1.4 La Comisión de Derecho Internacional y la cuestión de la violencia sexual .....	27
1.5 El Estatuto de Roma de 1998 de la Corte Penal Internacional y los Elementos de los Crímenes .....	30
1.6 Conclusiones.....	36
<b>CAPÍTULO II: Aportes de la jurisprudencia de los TPI en la determinación de los elementos constitutivos del crimen de violación sexual contra la mujer .....</b>	<b>38</b>
2.1 Jurisprudencia del TPIY .....	38
2.1.1 Introducción .....	38
2.1.2 Análisis de los casos más relevantes .....	45
2.1.2.1 Caso Furundzija.....	45
2.1.2.2 Caso Foca .....	53
2.1.2.3 Caso Kvoka .....	67
2.1.2.4 Caso Celebici.....	76
2.1.3 Conclusiones del análisis de los casos del TPIY.....	83
2.2 Jurisprudencia del TPIR .....	88
2.2.1 Introducción .....	88
2.1.2 Análisis de los casos más relevantes .....	95

2.2.1.1 Caso Akayesu .....	95
2.2.2.2 Caso Musema .....	102
2.2.2.3 Caso Semanza.....	110
2.2.2.4 Caso Kajelijeli .....	117
2.2.3 Conclusiones del análisis de los casos del TPIR.....	122
2.3 Integración del concepto de violación sexual contra la mujer en la jurisprudencia analizada .....	124
2.3.1 Aspectos generales .....	125
2.3.2 Invasión o penetración .....	128
2.3.3 El elemento de ausencia de consentimiento .....	130
2.3.4 Síntesis final .....	133
<b>CAPÍTULO III: La relación entre el aporte realizado por los TPI y la noción de violación sexual contra la mujer en el Derecho Penal Internacional.....</b>	<b>134</b>
3.1 La influencia de la jurisprudencia de los tribunales internacionales en la inclusión de la violación sexual en el Estatuto de Roma de la CPI .....	134
3.1.1 La violación sexual y los crímenes reconocidos en el Estatuto de Roma..	136
3.2 la influencia de la jurisprudencia de los tribunales internacionales en la definición de violación sexual en los Elementos de los Crímenes .....	140
3.2.1 Los elementos que componen la definición de violación sexual en los Elementos de los Crímenes .....	141
CONCLUSIONES.....	150
BIBLIOGRAFÍA .....	158

## INTRODUCCIÓN

Durante los años 1993 y 1994, la región de los Balcanes (la Ex Yugoslavia)<sup>1</sup> y el Estado de Ruanda<sup>2</sup> vivieron sendos devastadores conflictos armados donde se cometieron diversas violaciones y atropellos a los derechos humanos. Si bien la violencia sexual fue una forma más en la que se abusó de personas inocentes y ajenas al conflicto, su incidencia en mujeres y niñas es de gran escala. En ambos casos, no se trata únicamente de la brutalidad del acto mismo de violación sexual, sino que también de la política de discriminación que estaba detrás de este, hecho que agrava las atroces características de la violación. Ciertamente, la creación de los Tribunales Penales Internacionales para la Ex Yugoslavia<sup>3</sup> y Ruanda<sup>4</sup> (en adelante, también, TPI) ha permitido a la comunidad internacional conocer la envergadura de estos terribles actos y de alguna manera los responsables han sido y están siendo condenados; lamentablemente, no puede afirmarse lo mismo respecto de situaciones similares en otros Estados.

---

<sup>1</sup> Para el caso de la Ex Yugoslavia ver, *inter alia*; Los informes preparados por el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos Tadeusz Mazowiecki, sobre la situación de los derechos humanos en el territorio de la Ex Yugoslavia: Comisión de Derechos Humanos de la ONU, *Report on the Situation of Human Rights in the Territory of the Former Yugoslavia Prepared by Mr. Tadeusz Mazowiecki. Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Pursuant to Paragraph 15 of Commission Resolution 1992/S -1/1*. Ver también: *Economic and Social Council Decision 1992/305, A/47/666, 17 November 1992*; Comisión de Derechos Humanos de la ONU, *Report on the Situation of Human Rights in the Territory of the Former Yugoslavia Prepared by Mr. Tadeusz Mazowiecki. Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Pursuant to Paragraph 15 of Commission Resolution 1992/S -1/1 of 14 August 1992. E/CN.4/1993/50, 10 February 1993*; Comisión de Derechos Humanos de la ONU, *Situation of Human Rights in the Territory of the Former Yugoslavia: Fifth periodic report*.

<sup>2</sup> Para el caso de Ruanda ver, *inter alia*; *African Rights (1995a)*; *Nowrojee (1996)*; *UN Commission on Human Rights, Report on the Situation of Human Rights in Rwanda Submitted by Mr. René Degni-Segui*, Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, de acuerdo al párrafo 20 de la Resolución S-3/1 del 25 de Mayo de 1994, E/CN.4/1996/68, 29 de Enero de 1996; *UN Commission on Human Rights, Report of the Special Rapporteur on Violence Against Women, its Causes and Consequences, Ms. Radhika Coomaraswamy, Addendum, Report of the Mission to Rwanda on the Issue of Violence Against Women in Situations of Armed Conflict, E/CN.4/1998/54/Add.1*. 4 de Febrero de 1998: *Organization of African Unity, International Panel of Eminent Personalities, Rwanda: The Preventable Genocide, 200, Chapter 16*; *Nowrojee y Ralph (200)*, pp.162-175.

<sup>3</sup> Véase, resolución del Consejo de Seguridad que establece la creación del Tribunal: Documento ONU S/RES/827 (1993) de fecha 25 de noviembre de 1993. Información disponible EN: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/306/31/IMG/N9330631.pdf?OpenElement>. Documento consultado el 15/09/2010.

<sup>4</sup> Véase, resolución del Consejo de Seguridad que establece la creación del Tribunal: Documento ONU S/RES/955 (1994) de fecha 8 de noviembre de 1994. Información disponible EN: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/306/31/IMG/N9330631.pdf?OpenElement>. Documento consultado el 15/09/2010.

Hemos considerado esta temática relevante, ya que la violencia sexual contra la mujer es uno de los actos más repugnantes y devastadores que puede existir y que siempre ha estado presente a lo largo de la historia. Así, podemos observar que es en situaciones de violencia masiva (ya sea en contexto de conflicto armado u otra situación) que frecuentemente desata una práctica descomunal de este acto, y si bien somos conscientes que en algunas situaciones no solo son las mujeres quienes lo sufren, proporcionalmente son la larga mayoría. Es un hecho que la violencia sexual ha estado presente en casi todos los conflictos armados que se han desarrollado alrededor del mundo. Algunos ejemplos de conflictos armados durante el siglo XX hacen esta afirmación mucho más clara: Europa, durante las I y II Guerras Mundiales, ; los territorios ocupados por los japoneses en Asia sur-oriental durante la II Guerra Mundial, Bangladesh, Vietnam, Sudan (especialmente Darfur), Sierra Leona, La República Democrática del Congo (especialmente la región de Ituri), Uganda del Norte, Liberia, Argelia y Somalia, Colombia, Perú, Guatemala, Afganistán, Burma, India (especialmente Gujarat), Irak, Timor Oriental, Indonesia, Chechenia – y esta lista no es exhaustiva.<sup>5</sup>

Asimismo, hemos considerado este tema relevante toda vez que, como es de conocimiento general, la violencia sexual contra la mujer ha sido una terrible realidad con la que nos hemos tenido que enfrentar en nuestro país. De todas las atrocidades cometidas durante el Conflicto Armado Interno (1980 – 2000), la violencia sexual contra la mujer fue uno de los actos de mayor comisión durante esos años<sup>6</sup>. Y es recién en el año 2003 con la publicación del Informe la Comisión de la Verdad y Reconciliación<sup>7</sup> que todos los peruanos pudimos conocer estos hechos. Es realmente entristecedor lo que padecieron muchas mujeres durante este periodo y más aun el saber que durante muchos años esto fue ignorado. La Comisión de la Verdad y Reconciliación -en adelante, también, CVR-, calificó en su informe final a los actos de violencia sexual

---

<sup>5</sup> FISCO, Sonia. Atroces Realidades: La violencia sexual contra la mujer en el conflicto armado colombiano. En este artículo la autora se centra en el caso colombiano, sin embargo, hace una breve revisión de la violencia sexual en otros distintos conflictos armados. En: <http://www.javeriana.edu.co/politicas/publicaciones/documents/119-159.pdf>. p.4-6. Documento consultado el 11/11/2010

<sup>6</sup> Ver Tomo 6 del Informe Final a la Comisión de la Verdad y Reconciliación Perú. Nota Supra 5.

<sup>7</sup> El Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación fue presentado al presidente de la república y a los titulares de otros poderes del Estado, el 28 de agosto de 2003, según el Decreto Supremo 063-2003-PCM

como crímenes de lesa humanidad y para esto se basó expresamente en la jurisprudencia de los TPI. Si bien la CVR no es una entidad legal y no tiene la facultad de asignar responsabilidad criminal, ha dejado en claro la relevancia de la jurisprudencia penal internacional en esta materia.<sup>8</sup>

La presente tesis estará centrada en la construcción del concepto de violación sexual contra la mujer en el marco de la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales para la Ex Yugoslavia (en adelante, también, TPIY) y Ruanda (en adelante, también, TPIR). Se trata de examinar la jurisprudencia de estos tribunales, esto es analizar el marco jurídico que utilizan para desarrollar los conceptos jurídicos de violación sexual en sus fallos. En efecto, no existe una definición de este crimen internacional en los respectivos estatutos de los Tribunales mencionados. Así, en el caso del TPIY, leemos en el artículo referente a crímenes de lesa humanidad:

#### **Artículo 4**

##### **Crímenes contra la humanidad**

El Tribunal Internacional está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando éstos han sido cometidos en el curso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil: a) Asesinato; b) Exterminación; c) Reducción a la servidumbre; d) Expulsión; e) Encarcelamiento; f) Tortura; g) Violaciones; h) Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos; i) Otros actos inhumanos.

Como podemos observar, el Estatuto del TPIY solo se refiere a la violación sexual en el caso de crímenes de lesa humanidad y no incluye definición alguna de este crimen. Sin embargo, es la primera vez que un acto de naturaleza sexual es expresamente reconocido en un texto internacional de la ONU apelando a una norma jurídica consuetudinaria<sup>9</sup>.

Asimismo, en el Artículo 3 sobre crímenes de lesa humanidad del Estatuto del TPIR se determina que:

#### **Artículo 3**

##### **Crímenes contra la humanidad**

El Tribunal Internacional para Ruanda está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando éstos han sido cometidos en el curso de un ataque generalizado y

---

<sup>8</sup> Informe Final de la CVR, Tomo 6, capítulo 5. P. 269

<sup>9</sup> Ver: *Report of the Secretary General pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808*, 3 May 1993. [http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute\\_re808\\_1993\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_re808_1993_en.pdf). Documento consultado el 1/8/2011.

sistemático, y dirigidos contra cualquier población civil en razón de su nacionalidad o pertenencia a un grupo político, étnico, racial o religioso: a) Asesinato; b) Exterminación; c) Reducción a la servidumbre; d) Expulsión; e) Encarcelamiento; f) Tortura; g) Violaciones; h) Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos; i) Otros actos inhumanos.

El fraseo de este artículo es prácticamente idéntico al del TPIY, la única diferencia es respecto al carácter de generalizado y sistemático<sup>10</sup> requerido para la configuración del crimen de lesa humanidad. Por un lado, el Estatuto del TPIY requiere que la comisión de los actos enumerados esté enmarcada dentro de un conflicto armado, y, por otro, el Estatuto del TPIR requiere que para que se configure el mencionado crimen es necesario que los actos enumerados sean cometidos dentro del curso de un ataque generalizado o sistemático y que, además, estén dirigidos contra un determinado grupo, es decir, aumenta el requerimiento de un elemento discriminatorio. En cuanto a la violación sexual, específicamente, no hay ninguna diferencia entre ambos Estatutos.

Sin embargo, la evolución del TPIR respecto al TPIY se puede ver en la inclusión de la violación sexual no solo como crimen de lesa humanidad, sino también como crimen de guerra toda vez que en el Estatuto del TPIY no fue incluida.<sup>11</sup> En el artículo 4, inciso e) del Estatuto del TPIR se lee que:

---

<sup>10</sup> El texto en inglés del artículo 3 del Estatuto del TPIR dispone que se requiere de “*a widespread or systematic attack*”, es decir, un ataque generalizado o sistemático, siendo la conjunción “o” y no “y” como aparece en el texto en español. El texto en español es una traducción de la versión francés, por lo que parece haber una discordancia entre las versiones que se encuentran en la página de Internet de las Naciones Unidas. Esta discordancia fue advertida por el mismo TPIR, que en el caso Akayesu determinó que la versión en francés (y por lo tanto también la versión en español) adolecía de un error en la traducción y que la versión correcta era la inglesa. Esta observación es de suma importancia, pues si se tomase la versión en francés como la correcta, se estaría restringiendo el ámbito de aplicación de crímenes de lesa humanidad. Ver: *The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, case ICTR-96-4-T, September 2, 1998*, par. 6.4. En: [www.un.org/ict](http://www.un.org/ict). Cfr. BURNEO, José A. *Le crime contre l’humanité et le crime de génocide: généalogie et étude de deux cas emblématiques latino-américains*. Louvain-la-Neuve: UCL, 2001. Pp. 570-571.

<sup>11</sup> **Estatuto del TPIY**

**“Artículo 2**

**Infracciones graves a la Convención de Ginebra de 1949**

El Tribunal Internacional está habilitado para perseguir a las personas que cometan o den la orden de cometer infracciones graves a la Convención de Ginebra del 12 de agosto de 1949, a saber, los siguientes actos dirigidos contra personas o bienes protegidos por los términos de las disposiciones de dicha Convención:

- a) El homicidio intencionado;
- b) La tortura o los tratamientos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos;
- c) Causar grandes sufrimientos intencionadamente, o atentar gravemente contra la integridad física o la salud;
- d) La destrucción y la apropiación de bienes no justificada por necesidades militares, ejecutadas de forma ilícita e innecesaria a gran escala;
- e) Obligar a un prisionero o a un civil a servir en las fuerzas armadas enemigas;
- f) Privar a un prisionero de guerra o a un civil de su derecho a ser juzgado de forma legítima e imparcial;
- g) La expulsión o el traslado ilegal de un civil o su detención ilegal;

#### Artículo 4

##### **Violaciones del Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y al Protocolo Adicional II.**

El Tribunal Internacional para Ruanda tendrá competencia para enjuiciar a las personas que cometan u ordenen la comisión de graves violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados y del Protocolo Adicional II de los Convenios, de 8 de junio de 1977. Dichas violaciones comprenderán los actos siguientes, sin que la lista sea exhaustiva:

- e) Los ultrajes a la dignidad personal, en particular los tratos humillantes o degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de agresión indecente (...)

Es importante destacar que la referencia al artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y al Protocolo Adicional II se debe a que el conflicto armado ocurrido en Ruanda fue de carácter interno, a diferencia del conflicto Yugoslavo de carácter internacional.

Como podemos apreciar, los artículos citados solamente se limitan a mencionar que la violación sexual podrá ser considerada como crimen de lesa humanidad, y en el caso del TPIR también como violación al Artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra y al Protocolo Adicional II. En otras palabras, no definen lo que debe entenderse por estos actos y es aquí donde se centra la importancia del trabajo de los TPI, pues al solo tener de referencia la expresión “violación sexual” se vieron en la necesidad de dotar de contenido y construir la definición de este acto como crimen internacional dentro de su jurisprudencia. Ahora bien, no solo se deberá buscar una definición, sino también analizar si es que hay una uniformidad en este desarrollo jurisprudencial o, si más bien, se trata de un desarrollo confuso. De esta manera, podremos determinar cuál ha sido el aporte de la jurisprudencia de los TPI en esta materia.

Como detallaremos luego, el Derecho Internacional Humanitario (DIH) convencional no menciona expresamente la violación sexual en un primer momento, y luego de hacerlo no la reconoce como infracción grave ni la criminaliza.

El interés de analizar la violencia sexual contra la mujer dentro del marco del Derecho Penal Internacional se justifica porque, a pesar de que esta terrible práctica se desarrolla de manera descomunal durante situaciones de violencia masiva, en la mayoría de casos ha quedado impune y esto se debe a que a través de la historia se le ha

---

h) La toma de civiles como rehenes”.

considerado como un “daño colateral”<sup>12</sup> en los conflictos armados. Es recién dentro del marco de los Estatutos y de la jurisprudencia de los TPI que esta práctica ha sido reconocida expresamente como criminal y se ha buscado combatir su impunidad.

Este tema es novedoso por que, en los Estatutos de los precitados TPI, por primera vez, se reconoce expresamente la existencia de una norma jurídica consuetudinaria que establece que los actos de violencia sexual contra la mujer constituyen crímenes internacionales, sea genocidio, lesa humanidad o crimen de guerra. Es por ello, fundado sostener que los Estatutos y la jurisprudencia de los TPI han servido como antecedente para la elaboración del Estatuto de Roma en 1998, el cual establece un tribunal penal internacional con carácter permanente y, en lo sustantivo, es la primera vez que un tratado convencionaliza un conjunto de normas de derecho penal internacional sobre este crimen.

### **Problemática Jurídica**

En cuanto a la problemática jurídica que comporta la definición de violación sexual, el punto de partida es que, los Estatutos de ambos TPI, establecen que la violación sexual es una modalidad entre otras dentro de la categoría de crímenes de lesa humanidad o de guerra, pero no la definen<sup>13</sup>. Y, puesto que al momento de la creación de los TPI, no existía definición convencional establecida en el marco del Derecho Internacional, estos optan construir caso a caso dicha definición en el desarrollo de su jurisprudencia. Consideramos que esto es, sin duda alguna, un aporte jurídico muy valioso; sin embargo, esta construcción, no es uniforme al interior de cada TPI, tanto en primera instancia como en la Sala de Apelaciones.

---

<sup>12</sup> The Washington, D.C. Celebration of the Tenth Anniversary of UNSCR 1325 “Women and War Conference” November 3<sup>rd</sup> 2010. Margot Wallström, the U.N.’s Special Representative on Sexual Violence in Conflict: “I’m often told sexual violence in war and conflict is unavoidable, that it should be considered collateral damage”. En el marco del Derecho Internacional Humanitario, los ataques dirigidos a civiles se encuentran prohibidos y en algunos casos, considerados como graves violaciones a los Convenios de Ginebra y a sus Protocolos Adicionales, sin embargo, también es reconocido que, dependiendo de las circunstancias, ciertos daños ocasionados a civiles pueden considerarse “incidentales” si es que el ataque fue dirigido contra un objetivo militar reconocido como tal y el daño civil no era previsible. Ver: Protocolo Adicional I Artículo 51(5)(b), Protocolo Adicional II Artículo 85(3)(b), Manual de San Remo de 1994 Párrafo 46(d).

<sup>13</sup> Ver Supra nota 3.

El enfoque de nuestro trabajo será entonces analizar este proceso de construcción caso por caso en base al estudio de las sentencias de los TPI que más información contengan sobre la materia, con el fin de determinar cuál ha sido el aporte realizado y si este ha servido de base para tribunales y/o tratados posteriores. Luego de una intensa lectura de los resúmenes de todas las sentencias de estos tribunales, emitidas desde 1993 hasta la fecha, escogimos revisar aquellas que incluyeran acusaciones por crímenes de violación sexual, y después de un primer análisis de dicha jurisprudencia hemos encontrado que las sentencias que demuestran un mayor desarrollo en esta materia son las siguientes:

Sentencias emitidas por el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (También TPIY):

- Prosecutor v. Furundzija
- Prosecutor v. Kunarac, Kovak y Vukovic (Caso Foca)
- Prosecutor v. Kvocka et. Al.
- Prosecutor v. Celebici

Sentencias emitidas por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (también TPIR):

- Prosecutor v. Akayesu
- Prosecutor v. Musema
- Prosecutor v. Semanza
- Prosecutor v. Kajelijeli

En este trabajo nos enfocaremos principalmente en analizar estas sentencias, pero esta lista introductoria no es una lista exhaustiva - de ser pertinente nos remitiremos a otras sentencias emitidas por los TPI.

Nuestro análisis supone:

- a. Estudiar la jurisprudencia de los TPI para determinar en qué fallos se ha producido un mayor desarrollo en la materia y así extraer los distintos elementos empleados en la construcción del crimen. Será necesario identificar si se ha sancionado la violación sexual dentro de las tres categorías de crimen internacional: Crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra,

respecto de los cuales son competentes los TPI. Además, ver en cuál de estos ha sido más ampliamente desarrollado el concepto de violación sexual contra la mujer, identificando los elementos materiales y la relevancia del elemento material y mental de cada crimen para la construcción de la definición de violación. De una forma más precisa, se analizará la reconducción empleada por los TPI para incluir actos de violación sexual dentro de otras modalidades de crimen, como: ultrajes contra la dignidad personal, tortura, persecución y esclavitud.

- b. Estudiar y analizar la problemática a la que se enfrentaron los tribunales para construir la definición de violación sexual al solo contar en sus estatutos con la expresión “violación sexual” bajo la modalidad de crímenes de lesa humanidad, explicando qué herramientas utilizaron para ayudarse en dicha construcción.
- c. Identificar los elementos que se proponen como constitutivos del crimen internacional de violación sexual, teniendo en cuenta las diferentes circunstancias en las que se enmarcan los actos de violencia sexual como crímenes internacionales, pero también los puntos de conexión que podrían efectuar los TPI con el derecho penal comparado.
- d. Analizar las particularidades de los conceptos propuestos por las distintas sentencias, ponderando los distintos aspectos de estos mismos y analizando en qué medida responden a las necesidades de definir este crimen dentro del marco jurídico internacional.

**Preguntas a resolver:**

- a. ¿Qué instrumentos y principios jurídicos emplean los TPI para justificar su labor de construcción? Esto es dotar de contenido el concepto de violación sexual contra la mujer como crimen internacional
- b. ¿Logran definir de manera completa e integral el concepto de violación sexual? De ser así, ¿cuál o cuáles son las definiciones propuestas, es decir, qué elementos jurídicos componen esta/s definiciones? ¿Bajo que modalidad de

crimen internacional: genocidio, crimen de lesa humanidad y/o crimen de guerra es que se da un mayor desarrollo jurisprudencial?

- c. ¿Constituye esta construcción un aporte significativo real en el Derecho Penal Internacional? ¿Hay algún indicio de eso?

En síntesis, el propósito de nuestro estudio es determinar cuáles fueron los aportes de los TPI en la construcción de concepto de violación sexual como crimen internacional y si ha sido de alguna utilidad para la elaboración del concepto estipulado en Los Elementos de los Crímenes de la CPI.<sup>14 15</sup>

Finalmente, nos interesa resaltar que no darle a la violencia sexual contra la mujer la categoría de crimen internacional acarrearía una total impunidad y una inaceptable tolerancia hacia una práctica que debe ser penada. Esta práctica violenta de gran manera la integridad física y mental de una enorme cantidad mujeres y niñas alrededor del mundo.

## Hipótesis

Nuestro estudio se focaliza en la construcción del crimen internacional de violación sexual contra la mujer elaborada en la jurisprudencia de los TPI. Nuestra hipótesis se centra en que los TPI construyen jurisprudencialmente los distintos

<sup>14</sup> Los Elementos de los Crímenes fueron elaborados por la Comisión Preparatoria de la CPI y aprobados por la Asamblea de Estados Parte, en Nueva York, el 2002 ayudan a la CPI a interpretar y aplicar los artículos 6,7 y 8 en forma compatible con el Estatuto de Roma, de conformidad con el artículo 9 de este mismo. U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.2 (2000)

<sup>15</sup> Artículo 7 1) g)–1 Crimen de lesa humanidad de violación. Elementos: 1. Que el autor haya invadido<sub>[15]</sub> el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo. 2. Que la invasión haya tenido lugar por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa u otra persona o aprovechando un entorno de coacción, o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento<sub>[16]</sub>. 3. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil. 4. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

elementos de este tipo penal, teniendo como único sustento legal sus Estatutos, en los cuales se establece que la violación sexual es un crimen de lesa humanidad y de guerra –en el caso del TPIR–, sancionándola pero no definiéndola. Los TPI, en consecuencia, debieron efectuar un proceso de construcción jurídica para dotar de contenido jurídico-penal a la expresión “violación sexual”. Sostenemos que al efectuar dicha construcción jurídica, la labor de los TPI es un aporte fundamental que ha servido para que tratados posteriores puedan elaborar una definición de violación sexual que tenga un asidero firme. En nuestra opinión, los aportes no plasman una definición completa e integral de violación sexual contra la mujer, sino un conjunto de elementos que se reconocen como constitutivos del tipo penal.

### **Hipótesis secundarias**

- a. Los TPI en mérito a lo dispuesto en sus Estatutos tienen la facultad de pronunciarse sobre el tema de violación sexual y, de ser el caso, condenar a los perpetradores de este acto como crimen de lesa humanidad y de guerra (en el caso del TPIR). Para desarrollar el concepto de violación sexual, los TPI utilizan los instrumentos y principios jurídicos aplicables hasta ese momento, siendo estos: tratados doctrina, derecho consuetudinario y referencias a normas de derecho interno de los sistemas jurídicos predominantes. Por lo tanto, sostenemos que sí existe un desarrollo de la materia en su jurisprudencia.
- b. La construcción del concepto “violación sexual” no se realiza al juzgar su primer caso, sino gradual y paulatinamente caso por caso según los hechos del caso en cuestión.

La jurisprudencia de los TPI esboza caso a caso distintos elementos constitutivos del tipo penal de violación sexual, sometiendo a debate los elementos que deben componer este crimen. Nuestro trabajo deberá identificar estos distintos conceptos y descomponer sus elementos. Analizaremos los elementos específicos del crimen de violación sexual que presentan mayores dificultades. Los temas relevantes tienen que ver con los siguientes aspectos: i) La cuestión de si el acto de violación implica una invasión o una penetración, ii) La cuestión de las partes del cuerpo involucradas. iii) La cuestión del consentimiento o

ausencia de este, la amenaza de la fuerza y coacción, y iv) La existencia de violación sexual en los diversos crímenes (de guerra, de lesa humanidad y genocidio).

Por último, una vez realizado el análisis de la construcción del concepto, analizaremos este significativo aporte al Derecho Penal Internacional, identificando su influencia en el Estatuto de Roma y en los Elementos de los Crímenes.

## Metodología

Nuestro enfoque de trabajo será el siguiente: En primer lugar, haremos una breve aproximación histórica, explicando la noción de violencia sexual contra la mujer en el marco del Derecho Penal Internacional en general, haciendo un análisis de los distintos instrumentos jurídicos existentes, de la doctrina antes del Estatuto de Roma de 1998 y luego de éste, con la intención de situarnos en el estado jurídico actual de la noción de violación sexual contra la mujer como crimen internacional. En segundo lugar, utilizaremos el método empírico - analítico para hacer un análisis exhaustivo de la materia en las sentencias relevantes de ambos tribunales. En esta parte demostraremos como diversos actos de violencia sexual, en específico, violaciones sexuales contra la mujer han estado presentes en estos casos y cómo operaron los tribunales en cada caso en particular para construir una definición de este crimen, teniendo como única base la expresión “violación sexual” como modalidad de crimen de lesa humanidad expresada en sus estatutos. En tercer lugar, ofreceremos un análisis deductivo – comparativo de los aportes de la jurisprudencia analizada en el segundo capítulo para determinar cuál ha sido su relevancia en el desarrollo de la noción de violación sexual contra la mujer explicada en el primer capítulo.

De acuerdo a la metodología descrita, hemos organizado el trabajo en tres capítulos: en el capítulo I nos centraremos en realizar la aproximación histórica al concepto de violación sexual; en el capítulo II analizaremos una por una las sentencias relevantes de los TPI en materia de violación sexual y en el capítulo III realizaremos el análisis de los aportes deducidos del capítulo II determinando su incidencia en la noción de violencia sexual como crimen internacional que se maneja hoy en día. Finalmente, presentaremos las conclusiones generales de nuestro trabajo.

## Capítulo I:

### **La Noción de violación sexual contra la mujer en el Derecho Penal Internacional antes del Estatuto de Roma y en éste.**

En el presente capítulo realizaremos un análisis de la noción de violación sexual como crimen internacional a lo largo de la historia, para luego situarnos en el concepto actual. Para esto, empezaremos con los antecedentes históricos del concepto hasta 1948 y luego iremos introduciéndonos en los tratados internacionales que empezaron haciendo alguna referencia a la violación sexual, para pasar a analizar los Estatutos de los TPI y las Normas Consuetudinarias del Derecho Internacional Humanitario, los cuales, como veremos más adelante, fueron los primeros textos de carácter internacional en reconocer expresamente la violación sexual. Finalmente, estudiaremos los aportes de la Comisión de Derecho Internacional en la materia y la consagración de la violencia sexual como crimen internacional en el Estatuto de Roma y en los Elementos de los Crímenes.

#### **1.1 Antecedentes históricos:**

El Derecho Penal Internacional es una rama del derecho internacional público relativamente nueva, puesto que data solamente desde mediados del siglo pasado. Es con el establecimiento del Juicio de Nuremberg que por primera vez se reconoce expresamente la responsabilidad penal internacional, sin distinción alguna, de los individuos responsables de crímenes internacionales. Así, al momento en que se llevó a cabo el Juicio de Nuremberg entre 1945 – 1946 no existían normas jurídicas internacionales convencionales que sancionaran crímenes internacionales. En efecto, la Convención de la Haya de 1907<sup>16</sup> relativa a las leyes y costumbres de la guerra y los

---

<sup>16</sup> Conocida como Convención de la Haya IV relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre. Acordada en La Haya, el 18 de octubre de 1907. Texto disponible en: <http://www.icrc.org/WEB/SPA/sitespa0.nsf/html/5TDM34>. Documento consultado el 14/11/2010.

Convenios de Ginebra<sup>17</sup> de 1864, 1906 y 1929 en caso de conflictos armados internacionales no establecían sanciones penales en el plano internacional y delegaban esta obligación únicamente en el Estado. La normativa convencional y consuetudinaria del Derecho Internacional Humanitario (DIH) ayudó sin ninguna duda a la formación del Derecho Penal Internacional, aunque no se sancionara expresamente la violación ni la violencia sexual.

### De los tiempos antiguos a la Segunda Guerra Mundial

Con anterioridad a la codificación del DIH, las costumbres de la guerra prohibían los actos de violación sexual. Por ejemplo, en 1300, el jurista italiano Lucas de Penna sostuvo que la violación sexual contra la mujer en tiempos de guerra debía ser sancionada con la misma dureza que la violación sexual cometida en tiempos de paz<sup>18</sup>.

En 1474, se llevaron a cabo los que podrían ser considerados los primeros juicios internacionales por crímenes de guerra. En estos, se procesó a Sir Peter von Hagenbach en Breisach por las atrocidades que cometió sirviendo al Duque de Burgundy. Hagenbach fue juzgado ante un tribunal ad-hoc de veintiocho jueces de varias ciudades-estado regionales por diversos delitos, incluyendo asesinato y violación sexual, que supuestamente había cometido como gobernador de los territorios Alsacios del Duque desde 1469 a 1474<sup>19</sup>. Este tribunal ad-hoc expuso la ilegalidad de los actos

---

<sup>17</sup> Los Convenios de Ginebra constituyen una serie de normas internacionales que regulan la conducción de las hostilidades en conflictos armados. El primer convenio de ginebra de 1864 regula el mejoramiento de la suerte que corren los militares heridos en los ejércitos en campaña, en 1906 se llevó a cabo la revisión y desarrollo del Convenio de 1864, luego en 1929 se hizo la revisión y desarrollo del convenio resultante de 1906 y se agregó el Convenio de Ginebra relativo al trato de los prisioneros de guerra (nuevo). Y en 1949 entraron en vigor las Cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 que protegen: I Para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos en las fuerzas armadas en campaña, II Para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, III Relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, IV Relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

<sup>18</sup> Op. Cit. ASKIN, Kelly D. p.6.

<sup>19</sup> GORDON, Gregory S. *Peter von Hagenbach and the Twilight Zone Pre-History of International Criminal Law*. University of North Dakota School of Law. p.1. En: [www.cslsa.us/.../Hagenbach%20Abstract%20--%20Gregory%20Gordon.doc](http://www.cslsa.us/.../Hagenbach%20Abstract%20--%20Gregory%20Gordon.doc). Documento consultado el 14/11/2010.

de violación sexual contra la mujer en contextos de guerra, aun si las mujeres violentadas formaran parte de los combatientes<sup>20</sup>.

Luego, en los años 1600, Hugo Grocio, pionero de derecho internacional concluyó que tanto la violencia sexual perpetrada en tiempos de guerra como la perpetrada en tiempos de paz debían de ser sancionadas<sup>21</sup>

### El Código Lieber

En 1863, Estados Unidos codificó las normas consuetudinarias internacionales de guerra en las regulaciones del ejército norteamericano. Estas regulaciones, conocidas como Código Lieber fueron la base para muchos otros códigos posteriores<sup>22</sup>. El Código Lieber<sup>23</sup> enumeró la violación sexual perpetrada por un beligerante como uno de los crímenes de guerra más graves. El Artículo 44 de dicho código señalaba que:

Toda violencia desahorada contra las personas en el país invadido, toda destrucción de propiedad no autorizada por el oficial competente, así como el robo, pillaje o el saqueo, la violación, el maltrato, la mutilación o el asesinato de los habitantes están prohibidas so pena de muerte u otro castigo severo que resulte adecuado a la gravedad de la ofensa. El soldado u oficial que sea sorprendido en el acto de cometer uno de estos crímenes, y desobedezca una orden superior de abstenerse de cometerlas, puede ser lícitamente muerto por un superior<sup>24</sup>.

Y el artículo 47 respectivamente:

Los crímenes sancionados por todos los códigos, como el incendio intencional, el homicidio, la mutilación, el asalto, el arranco en la vía pública, el robo, el hurto, el fraude, la falsificación y la violación sexual, cuando son cometidas por un soldado americano contra los habitantes de un

<sup>20</sup> BASSIOUNI, M. Cherif. *International Criminal Law, A Draft International Criminal Code* (1980), ASKIN, Kelly D. STEFAN A RIESENFIELD SYMPOSIUM 2002: *Prosecuting Wartime Rape and Other Gender –Related Crimes under International Law: Extraordinary advances, Enduring Obstacles. p. 4. Berkeley Journal of International Law, 2003, 21 Berkeley J. Int'l L. 288*. En: Lexis Nexis, Busqueda realizada el 05/06/2009.

<sup>21</sup> *Íbid.*

<sup>22</sup> *Íbid.*

<sup>23</sup> El Código Lieber entró en vigor el 24 de Abril de 1863, también conocido como Instrucciones para el gobierno de los ejércitos de los Estados Unidos en el campo, Orden general Nº 100, o Instrucciones de Lieber. Este código fue una instrucción firmada por el presidente Abraham Lincoln a Unión Fuerzas de Estados Unidos durante Guerra civil americana, con el fin de regular la conducción de los soldados en contextos de guerra. Su nombre se debe al jurista Alemán-Americano y del filósofo político Francis Lieber.

<sup>24</sup> *Article 44: "All wanton violence committed against persons in the invaded country, all destruction of property not commanded by the authorized officer, all robbery, all pillage or sacking, even after taking place by main force, all rape, wounding, maiming, or killing of such inhabitants, are prohibited under the penalty of death, or such other severe punishment as may seem adequate for the gravity of the offense". A soldier, officer, or private, in the act of committing such violence, and disobeying a superior ordering him to abstain from it, may be lawfully killed on the spot by such superior"* *The Lieber Code of 1863*. En: <http://www.civilwarhome.com/liebercode.htm>. Documento consultado en el 14/11/2010

país hostil deberían ser castigados como si hubieren sido perpetrados en el propio y cuando no sea aplicable la pena de muerte se preferirá la sanción más severa.<sup>25</sup>

La violación sexual en contexto de guerra era entonces considerada tan grave que se sancionaba con pena de muerte.

### **Los Convenios de Ginebra de 1864, 1906 y 1929 y la Convención de la Haya de 1907**

Con el comienzo de la Segunda Guerra Mundial en 1914, la Convención de la Haya de 1907 regulaba las leyes y costumbres de la guerra. Los originales Convenios de Ginebra también se encontraban en vigor, pero no ofrecían protección a civiles. La Sección III, del artículo 46 de las Regulaciones de la Cuarta Convención de La Haya (1907) afirma que en períodos de ocupación militar “el honor y los derechos de la familia deben ser respetados<sup>26</sup>”, prohibiendo implícitamente la violencia sexual contra la mujer. Se entiende que esta disposición se refería a la violencia sexual, dado que a principios del siglo XX una violación al “honor familiar” era comúnmente entendida como violencia sexual de algún tipo.<sup>27</sup> Se entiende, entonces, que tanto el derecho consuetudinario como el derecho de la Haya prohibían la violación sexual contra la mujer en contextos de guerra.

Como respuesta a las grandes atrocidades que fueron perpetradas durante la Segunda Guerra Mundial, las Potencias Aliadas establecieron la Comisión de Crímenes de Guerra para investigar los crímenes y hacer recomendaciones respecto a los métodos de sanción impuestos a los supuestos criminales de guerra del Eje. En su informe, la Comisión de Crímenes de Guerra enumeró una lista no exhaustiva de treinta y dos violaciones a las leyes y costumbres de la guerra que habían sido cometidas por las Potencias del Eje. “Violación sexual” y “Secuestro de mujeres y niñas con el propósito de someterlas a prostitución forzada” fueron dos de las varias ofensas enumeradas que

---

<sup>25</sup> Article 47: “Crimes punishable by all penal codes, such as arson, murder, maiming, assaults, highway robbery, theft, burglary, fraud, forgery, and rape, if committed by an American soldier in a hostile country against its inhabitants, are not only punishable as at home, but in all cases in which death is not inflicted the severer punishment shall be preferred” (Traducción propia)

<sup>26</sup> Cuarta Convención de la Haya (1907), Sección III, Artículo 46.

<sup>27</sup> Op. Cit. ASKIN, Kelly D. p.6.

fueron consideradas como ofensas sancionables, reforzando así su estatus de crímenes de guerra a mediados del siglo XX<sup>28</sup>. Sin embargo, no se hizo mucho por reforzar la idea de los crímenes sexuales.

## Los Tribunales Internacionales de Nuremberg y de Tokio luego de la Segunda Guerra Mundial

El exterminio intencional de millones de civiles inocentes durante la Segunda Guerra Mundial sorprendió al mundo entero y destrozó cualquier ilusión de seguridad y protección estatal. Hombres, mujeres y niños fueron masacrados, torturados, privados de alimento y sometidos a esclavitud. Además de estos crímenes, incontables mujeres y niñas fueron separadas del resto para ser sometidas a violaciones, esclavitud sexual y otras formas de violencia sexual y persecución<sup>29</sup>. Después de terminada la guerra, luego de varios años de catastrófica devastación, los Estados Aliados llevaron a cabo juicios para procesar a aquellos individuos considerados responsables de las atrocidades. Es así, que se establece el Tribunal Militar Internacional en Nuremberg (TMI)<sup>30</sup>, el cual llevaría a cabo procesos de acuerdo a lo establecido en la Carta de Londres<sup>31</sup>, y el Tribunal Militar del Lejano Oriente (TMLO o Tribunal de Tokio)<sup>32</sup>, el cual se regiría por su propio estatuto. La finalidad de estos tribunales era juzgar a los líderes responsables de haber cometido crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes

---

<sup>28</sup> U.N. War Crimes Commission, *13 Law Reports on Trial of War Criminals* 122, 124 (1949).

<sup>29</sup> ASKIN, Kelly D. *War Crimes Against Women: Prosecution in International War Crimes Tribunals*. Kluwer Law International, 1997. Netherlands. p. 49-59. Algunas ofensas, tales como mutilación sexual, esterilización forzada, humillación sexual y desnudez forzada son también comúnmente cometidas contra hombres, pero es obvio que las mujeres tienden a estar sujetas a estos abusos más frecuentemente, y a menudo por distintas razones.

<sup>30</sup> El Tribunal Militar Internacional de Nuremberg se constituyó por medio de la Carta de Londres de 1945. Siendo su objetivo llevar a cabo los juicios de Nuremberg, en los cuales se procesaría aquellos responsables de la guerra.

<sup>31</sup> También conocida como Estatuto de Londres del Tribunal Militar Internacional firmado en 1945 entre Francia, Estados Unidos, Reino Unido y la Unión Soviética. Es el documento que fijó los principios y procedimientos por los cuales se rigió el Juicio de Nuremberg. Fue publicada como anexo al Acuerdo de Londres, el 8 de Agosto de 1945.

<sup>32</sup> El Tribunal Militar Internacional de Tokio ó Tribunal Militar del Lejano Oriente se constituyó por primera vez el 3 de agosto de 1946 en Tokio, y fue disuelto después de cumplir su labor el 12 de noviembre de 1948 con el fin de juzgar a los imputados de los crímenes recogidos en el Estatuto o Carta de Londres del 8 de agosto de 1945.

de lesa humanidad<sup>33</sup>. No obstante, el énfasis fue puesto principalmente en crímenes contra la paz, dado que en ese momento estos eran considerados como “el peor de los crímenes”. Lamentablemente, en ambos casos la violencia sexual fue ignorada, esto de alguna manera puede justificarse en el hecho de que el enfoque del juicio estaba en aquellos que fueron responsables de iniciar la guerra y de hacerla enormemente agresiva.

Sin embargo, en los “subsecuentes procedimientos de Nuremberg” llevados a cabo por las Potencias Aliadas, bajo los auspicios de la Ley N° 10 del Consejo de Control Aliado (Control Council Law N°10 (CCL10))<sup>34</sup>, se sancionó explícitamente la violación sexual como crimen de lesa humanidad. En los juicios para los “menores” criminales de guerra, se mencionaron algunos casos de violencia sexual, como casos de médicos que practicaban esterilización forzada, aborto forzado y mutilación sexual<sup>35</sup>.

En los juicios post-Segunda Guerra Mundial llevados a cabo en Tokio, Japón, los crímenes de violación sexual fueron expresamente procesados, aunque de manera limitada y en conjunto con otros crímenes. Al igual que en la Carta de Londres, en el Estatuto de Tokio tampoco se señaló específicamente ningún crimen sexual. Sin embargo, a diferencia de la acusación fiscal en Nuremberg, la de Tokio sí incluyó alegatos de crímenes relacionados al género: calificó la violación sexual de mujeres y niñas civiles y personal médico como “trato inhumano”, “maltrato”, “abuso” y “falta de respeto al honor y derechos de la familia”. Además, estos crímenes se procesaron bajo la disposición “crímenes de guerra convencionales” establecida en el Estatuto. Un gran número de crímenes relacionados al género fueron mencionados como evidencia de las atrocidades cometidas en Asia durante la guerra. Como resultado de estos cargos, el TMLO encontró al general Iwane Matsui, al comandante Shunroku Hata y al Ministro

---

<sup>33</sup> Ver: MURPHY, John. Crimes against Peace at the Nuremberg Trial and International Law 141.

<sup>34</sup> *Article II: “Each of the following acts is recognized as a crime: (a) Crimes against Humanity. Atrocities and offenses, including but not limited to murder, extermination, enslavement, deportation, imprisonment, torture, rape, or other inhumane acts committed against any civilian population, or persecutions on political, racial or religious grounds whether or not in violation of the domestic laws of the country where perpetrated”. Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and against Humanity, Allied Control Council Law N° 10, Dec. 20, 1945, Official Gazette of the Control Council for Germany, N° 3, (Jan 31, 1946)*

<sup>35</sup> Ver, US v. Brandt, en: 2 juicios de criminales de guerra ante el Tribunal Militar de Nuremberg Bajo los Auspicios de la CCL10 (1946) (evidencia de esterilización forzada y castración); US v. Pohl, en: 5 de criminales de guerra ante el Tribunal Militar de Nuremberg Bajo los Auspicios de la CCL10 (1947) (evidencia de aborto forzado y campo de concentración “brothels”); US v. Griefeh, en: 4-5 juicios de criminales de guerra ante el Tribunal Militar de Nuremberg Bajo los Auspicios de la CCL10 (1947) (aborto forzado, persecuciones de género, genocidio y crímenes reproductivos)

del Exterior, Hirota, penalmente responsables por una serie de crímenes, incluyendo crímenes de violación sexual perpetrados por personas bajo su autoridad. También se debe mencionar que en los juicios por crímenes de guerra sostenidos en Batavia (Jakarta) después de la guerra, algunos de los acusados japoneses fueron condenados por “prostitución forzada” al forzar a mujeres, coreanas, chinas, filipinas, indonesias y danesas a servir sexualmente a la milicia japonesa (a estas mujeres se le conoce como “comfort women”).

En otro juicio por crímenes de guerra, llevado a cabo en Asia, por la Comisión Militar de los Estados Unidos, el general Tomoyuki Tamashita, comandante del Área 14 del Ejército de Japón, fue acusado por fallar en ejercer un control adecuado sobre sus tropas, que habían cometido violaciones sexuales generalizadas, asesinatos y pillaje en Manila (También conocida como la “violación de Manila”) durante la guerra.

En los últimos años, más de cincuenta demandas por daños han sido presentadas en contra de Japón, pero todas han sido desestimadas<sup>36</sup>. Hasta 1992, el gobierno japonés había negado cualquier responsabilidad en el sistema de esclavitud sexual durante la Segunda Guerra Mundial, y aun no ha presentado ninguna disculpa a las “comfort women”, que ahora deben tener entre setenta y ochenta años de edad. Sin embargo, en 1995 se formó una fundación con el fin de otorgar compensación a las “comfort women” y brindarles ayuda médica y asistencia social. Este dinero provino de donaciones privadas, no del gobierno japonés<sup>37</sup>.

En conclusión, es claro que si bien el Derecho Internacional convencional no había reconocido expresamente el crimen de violación sexual contra la mujer, sí había de alguna manera un entendimiento implícito de que se trataba de un acto criminal. Los tribunales y juicios que hemos mencionado no procesaron los delitos de violación sexual como tales, pero consideramos que la subsunción dentro de otros tipos penales sí considerados crímenes internacionales es suficiente para tener claro que la violación sexual era un acto penado internacionalmente mucho antes de ser reconocido explícitamente como tal.

---

<sup>36</sup> BBC News, Japan rejects sex slave appeals, 25 de Marzo de 2003. Las cortes han sostenido generalmente que no existe base alguna en el derecho internacional o el derecho japonés que justifique que lo individuos puedan solicitarle compensación al gobierno japonés.

<sup>37</sup> *Ibid.* (Mentioning that the fund paid 2m yen (USD 19.47) in compensation, plus medical and welfare support to 285 “comfort women” in the Philippines, South Korea and Taiwan. Medical aid was also given to 79 Dutch women who were forced to have sex by Japanese troops in Indonesia).

## 1.2 Tratados y otros instrumentos internacionales: de 1949 a 1998

### La Cuarta Convención de Ginebra de 1949 y los dos Protocolos Adicionales a las Convenciones de Ginebra

Como respuesta a la masacre y persecución de millones de civiles durante la segunda guerra mundial, los Convenios de Ginebra entonces vigentes fueron considerados poco adecuados. Por ello, dichos convenios fueron enmendados en 1949, resultando en cuatro convenios, de los cuales el cuarto está dedicado exclusivamente a la protección de civiles en conflictos armados.

Los Cuatro Convenios de Ginebra rigen el trato de ciertos combatientes (enfermos, heridos y náufragos), civiles y prisioneros de guerra, en contextos de conflicto armado. En 1977, estos convenios fueron luego complementados por dos Protocolos Adicionales. El primero dirigido a conflictos armados internacionales y el segundo a conflictos armados no internacionales. Como se mencionó anteriormente, solamente se dedicó un artículo en el Cuarto Convenio de Ginebra y en cada uno de los dos Protocolos Adicionales a la prohibición explícita, pero sin sanción penal de violación sexual y prostitución forzada. Específicamente, el artículo 27 del Cuarto Convenio, que otorga protección a la población civil en tiempos de guerra, establece lo siguiente:

#### Artículo 27° - Generalidades

Las personas protegidas tienen derecho, en todas las circunstancias, a que su persona, su honor, sus derechos familiares, sus convicciones y prácticas religiosas, sus hábitos y sus costumbres sean respetados. Siempre serán tratadas con humanidad y protegidas especialmente contra cualquier acto de violencia o de intimidación, contra los insultos y la curiosidad pública.

**Las mujeres serán especialmente protegidas contra todo atentado a su honor y, en particular, contra la violación, la prostitución forzada y todo atentado a su pudor.**

Habida cuenta de las disposiciones relativas al estado de salud, a la edad y al sexo, todas las personas protegidas serán tratadas por la Parte en conflicto en cuyo poder estén con las mismas consideraciones, sin distinción alguna desfavorable, especialmente por lo que atañe a la raza, a la religión o a las opiniones políticas.

No obstante, las Partes en conflicto podrán tomar, con respecto a las personas protegidas las medidas de control o de seguridad que sean necesarias a causa de la guerra. (Resaltado nuestro)

De forma similar, el artículo 76(I) del Protocolo Adicional I<sup>38</sup> establece que: “las mujeres serán objeto de un respeto especial y protegidas en particular contra la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de atentado al pudor”. Por su parte, el Artículo 4(2) (e) del Protocolo Adicional II prohíbe “los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor”. Si bien de las normas citadas se desprende que el Derecho Internacional Humanitario prohíbe la violación sexual, no la penaliza, pues en los artículos 147 del IV Convenio y 85 del Protocolo Adicional I donde se establecen los actos que son considerados infracciones graves y por lo tanto crímenes de guerra, no se incluye la violación sexual.

Como hemos mencionado, el IV Convenio de Ginebra expresamente prohíbe, pero no penaliza la violación sexual y la prostitución forzada, aunque, en nuestra opinión, relaciona erróneamente la violación sexual con crímenes contra el honor o dignidad en vez de relacionarla con crímenes de violencia. Por lo que, consideramos que tal delimitación, al calificar equivocadamente la ofensa, perpetúa estereotipos perjudiciales y oculta la verdadera naturaleza sexual y violenta de este crimen.

Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, al establecer la jurisdicción universal obligatoria (salvo decisión de extraditar) en los artículos 49, 50, 139 y 146 respectivamente, dan curso a la sanción penal por cualquier Estado Parte, lo que significa que, hoy en día, existe un amplio consenso respecto a que las infracciones graves a los Convenios de Ginebra pueden acarrear responsabilidad criminal y ser sancionadas como crímenes de guerra. Fue reconocido en Nuremberg que “no es esencial que un crimen sea específicamente definido e imputado de acuerdo a una ordenanza, estatuto, tratado, en particular si ha sido considerado un crimen por convención internacional, usos y costumbres de la guerra reconocidos o los principios generales de justicia criminal comunes generalmente a las naciones civilizadas”<sup>39</sup>. Los cuatro Convenios de Ginebra establecen que la tortura es una infracción grave y por lo tanto, un crimen de guerra. De esta manera, el TPIY juzgó la violación sexual como

---

<sup>38</sup> Adoptados el 8 de junio de 1977, los Protocolos adicionales I y II son tratados internacionales que complementan los Convenios de Ginebra de 1949. Mejoran significativamente la protección jurídica conferida a los civiles y los heridos y, por primera vez, establecen normas humanitarias aplicables en guerras civiles. El Protocolo Adicional I se refiere a Conflictos Armados de índole internacional.

<sup>39</sup> *U.S. v. List, II Trials of War Criminales Before the International Military Tribunal, Nuremberg, 14 November 1945-1 October 1946, 1239* (comunmente conocido como el “Caso Hostage”)

crimen de guerra, subsumiéndola como una forma de tortura, dado que –como veremos mas adelante- la jurisprudencia de los TPI ha determinado en varios casos que la violación sexual es un mecanismo de tortura.

En conclusión, si bien el DIH convencional no ha penalizado expresamente la violación sexual, sí lo ha hecho explícitamente, dado que, de acuerdo a los TPI se le ha reconocido como una forma de tortura y ésta sí se encuentra penalizada. Es importante resaltar que las normas del DIH convencional establecían una prohibición, pero no criminalizaban los actos de violación y violencia sexual, pues no eran considerados como infracciones graves a las Convenciones de Ginebra. Es recién en el marco de los TPI que se busca en otras modalidades la forma de criminalizar estos actos. Por otro lado, la violencia sexual contra la mujer estuvo prohibida primero implícitamente y luego expresamente.

### **1.3 Los Estatutos de los TPI y las Normas consuetudinarias del Derecho Internacional Humanitario**

El 3 de mayo de 1993, el Secretario General de Naciones Unidas presentó su Informe de Conformidad con el Párrafo 2 de la Resolución 808 del Consejo de Seguridad<sup>40</sup>. En dicho informe sostuvo que el TPIY no tendría el propósito de crear nuevas normas ni de legislar sobre estas mismas, sino, más bien, su tarea sería la de aplicar las normas de Derecho Internacional Humanitario preexistentes. Aclarando el significado del principio de derecho penal *nullum crimen sine lege*, el Secretario General precisó que el tribunal no estaría contraviniendo este principio, pues solo estaría legislando sobre normas de Derecho Internacional Humanitario consuetudinario que hayan sido indudablemente reconocidas. Al referirse a la competencia *ratione-materiae* del tribunal, el Secretario General precisó la existencia de normas del Derecho Internacional Consuetudinario aun no reconocidas en documentos convencionales. Esto es de particular importancia para nuestro trabajo dado que consideramos que al ser el crimen de violación sexual reconocido expresamente en el Estatuto del TPIY, se está reconociendo su existencia previa en el Derecho Internacional Consuetudinario.

---

<sup>40</sup> *Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808*. Ver: [http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute\\_re808\\_1993\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_re808_1993_en.pdf). Documento consultado el 2/08/2011.

A pesar que los TPI no fueron creados de forma simultanea, sino a través de resoluciones distintas, la formulación de sus respectivos Estatutos es muy similar. En ambos Estatutos, la violación sexual se encuentra penalizada como una modalidad de crímenes de lesa humanidad; sin embargo, la distinción está en el elemento material y mental especial requerido para que se configure un crimen de lesa humanidad; el Estatuto del TPIY exige que el acto sea cometido en el marco de un conflicto armado, ya sea de carácter internacional o interno y que sea dirigido contra la población civil. Por otro lado, el Estatuto del TPIR exige que el acto sea cometido como parte de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil, pero por razones nacionales, políticas, étnicas raciales y religiosas. Además, en el Estatuto del TPIR se incluye la violación sexual y la prostitución forzada como violaciones al Artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra y al Protocolo Adicional II.

Como podemos observar, la definición de crímenes de lesa humanidad adoptada por el TPIY se asemeja mucho a una definición de crímenes de guerra debido al requerimiento de conflicto armado. Y, si bien el Estatuto del TPIR libera a la definición de crímenes de lesa humanidad del requerimiento de conflicto armado, le agrega un componente discriminatorio muy parecido al requerido por el mismo Estatuto para el crimen de genocidio.

A parte de esta diferenciación en el elementos material y mental de crímenes de lesa humanidad y de la inclusión de violación sexual y prostitución forzada como crimen de guerra en el Estatuto del TPIR, el tratamiento de la violación sexual en ambos Estatutos es básicamente la misma, ambos la incluyen como modalidad de crimen de lesa humanidad y – en el caso del TPIR- de guerra pero ninguno la define. Es por esta razón que la importancia de la jurisprudencia de los TPI es de suma relevancia y el objeto de nuestro análisis.

Dos años después del Informe del Secretario General, luego de un arduo estudio a pedido de la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de a Media Luna Roja, celebrada en diciembre de 1995, se dieron a conocer las 161 normas de Derecho Internacional Humanitario consuetudinario. Dichas normas tienen la finalidad de reforzar la protección jurídica de las personas afectadas por los conflictos armados.

El derecho consuetudinario es una de las principales fuentes de Derecho Internacional. Hasta la codificación de éste, que se inició en 1864 con la aprobación del

primer Convenio de Ginebra, se inspiraba principalmente en la costumbre. Es importante resaltar que el Derecho Internacional Consuetudinario se deriva de la práctica de los Estados y no es escrito. Se considera que una norma es consuetudinaria, y por ende, vinculante para todos los Estados cuando refleja una práctica generalizada, representativa y casi uniforme de los Estados

Si bien estas normas forman parte del Derecho Internacional Humanitario y no del Derecho Penal Internacional en sí, hemos considerado tomarlas en cuenta en nuestro análisis debido a su relevancia por recoger una práctica generalizada de los Estados en los conflictos armados. En otras palabras, al reconocer la prohibición de violación sexual las normas consuetudinarias están declarando una práctica general reconocida de prohibición de este crimen pues si tenemos que la violación sexual es considerada un crimen en la mayoría de legislaciones en el mundo y el Derecho Internacional Humanitario prohíbe este acto, podríamos deducir que existe una prohibición del crimen de violación sexual.

La norma consuetudinaria 93 expresamente establece que:

**Norma 93.** Quedan prohibidas las violaciones y cualquier otra forma de violencia sexual.

#### **Resumen**

La práctica de los Estados establece esta regla como una norma de Derecho Internacional Consuetudinario aplicable tanto en los conflictos armados internacionales como en los no internacionales.<sup>41</sup>

Esta norma se aplica a conflictos armados internacionales y no internacionales. En un estudio realizado por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) se analizó específicamente la norma 93 y sus antecedentes, además de la práctica común de los Estados a este respecto. En dicho estudio se estableció que esta norma recoge la existencia de norma consuetudinaria que prohíbe el acto de violación sexual en conflictos armados, ya sean de índole internacional o interna y que, además, la “violación” constituye un crimen de lesa humanidad según los estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la Ex Yugoslavia y Ruanda.

---

<sup>41</sup> HENCKAERTS, Jean-Marie y Louis DOWSWALD-BECK. El Derecho Internacional Humanitario consuetudinario. Volumen I: Normas. 2007 Cambridge / Geneve: Cambridge University Press /CRC. Disponible en: [http://www.icrc.org/WEB/SPA/sitespa0.nsf/htmlall/pcustom/\\$File/ICRC\\_003\\_PCUSTOM](http://www.icrc.org/WEB/SPA/sitespa0.nsf/htmlall/pcustom/$File/ICRC_003_PCUSTOM).

Asimismo, expresa en la norma consuetudinaria 151 que: “las personas que cometen crímenes de guerra son penalmente responsables”. Si interpretamos estas dos normas en conjunto, podemos concluir que sí se considera a la violación sexual como crimen de guerra – diversos manuales militares de guerra de distintos Estados sostienen que la violación sexual es un crimen de guerra<sup>42</sup>- habrá definitivamente una responsabilidad penal para aquellas personas que la cometan. Como mencionamos anteriormente, no es necesario un conflicto armado para que se produzcan crímenes internacionales – excepto el caso de los crímenes de guerra, donde la relación con un conflicto armado sí es necesaria - , pero es normalmente en este escenario que la mayoría de crímenes se llevan a cabo, es por eso la importancia de la inclusión del DIH en nuestra investigación.

#### 1.4 La Comisión de Derecho Internacional y la cuestión de la violencia sexual

En esta sección, analizaremos el rol que jugó la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en cuanto a la criminalización de la violación sexual. Si bien, los proyectos elaborados por la CDI no tienen carácter vinculante, son, sin duda, un valioso e importante aporte a nivel doctrinario en esta materia.

##### **El Segundo Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996<sup>43</sup>**

En 1947, la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU) encomendó a la CDI la tarea de elaborar un proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad

---

<sup>42</sup> Ver, por ejemplo, los manuales militares de Argentina (*ibid.*, §§ 1584–1585), Australia (*ibid.*, §§ 1586–1587), Canadá (*ibid.*, § 1588–1589), China (*ibid.*, § 1590), República Dominicana (*ibid.*, § 1591), El Salvador (*ibid.*, § 1592), Francia (*ibid.*, §§ 1594–1595), Alemania (*ibid.*, § 1596), Israel (*ibid.*, § 1597), Madagascar (*ibid.*, § 1598), Países Bajos (*ibid.*, § 1599), Nueva Zelanda (*ibid.*, § 1600), Nicaragua (*ibid.*, § 1601), Nigeria (*ibid.*, § 1602), Perú (*ibid.*, § 1603), Senegal (*ibid.*, § 1604), España (*ibid.*, § 1605), Suecia (*ibid.*, § 1606), Suiza (*ibid.*, § 1607), Uganda (*ibid.*, § 1608), Reino Unido (*ibid.*, §§ 1609–1610), Estados Unidos (*ibid.*, §§ 1611–1615) y Yugoslavia (*ibid.*, § 1616).

<sup>43</sup> Texto aprobado por la Comisión en su cuadragésimo octavo periodo de sesiones, celebrado en 1996 y presentado ante la Asamblea General como parte del informe de la Comisión sobre la labor realizada en dicho periodo de sesiones.

de la humanidad<sup>44</sup>. El primer proyecto fue presentado en 1954, pero en éste no se mencionó ningún tipo de crimen sexual. Es recién en 1996 que la CDI presenta ante la AGNU el proyecto definitivo de éste código en el cual sí se incluyó la violación sexual como crimen de lesa humanidad<sup>45</sup> y crimen de guerra<sup>46</sup>.

La importancia de este proyecto es de suma relevancia, puesto que va a servir de base –al igual que el proyecto de estatuto– para la elaboración del Estatuto de Roma de 1998. Sin esta ayuda doctrinal por parte de la CDI difícilmente se hubiese podido lograr la creación de la CPI.

En materia de violación sexual, el primer proyecto ha significado un hito en la inclusión de este crimen en el ámbito internacional toda vez que, después del Proyecto de Estatuto, sí se incluyeron explícitamente la violación sexual, la prostitución forzada y otras formas de abuso sexual. Esto no solo muestra un avance respecto al Proyecto de Estatuto, sino también respecto al Estatuto del TPIY, debido a la inclusión de prostitución forzada y la cláusula abierta a otras formas de violencia sexual.

### **El Proyecto de Estatuto para una Corte Penal Internacional de 1994**

En diciembre de 1948, la AGNU solicitó a la CDI<sup>47</sup> estudiar la implementación de una Corte Penal Internacional. Entre 1949 y 1954, la CDI se dedicó a elaboración de un Estatuto, pero la oposición de las potencias de ambas partes involucradas en la Guerra Fría significó un gran obstáculo y por lo tanto condujo a que la AGNU abandonara finalmente el respaldo a la iniciativa.

---

<sup>44</sup> Resolución 177 (II) del 21 de Noviembre de 1947. Asamblea General de Naciones Unidas

<sup>45</sup> Artículo 18: Crímenes contra la humanidad. J) Violación, prostitución forzada y otras formas de abuso sexual

<sup>46</sup> Artículo 20: Crímenes de guerra. D) Los ultrajes a la dignidad personal en contravención al derecho internacional humanitario, en particular los tratos humillantes o degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de agresión indecente

<sup>47</sup> La Comisión de Derecho Internacional (CDI) es un organismo creado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1947 con el objetivo de codificar y promocionar el Derecho internacional. Su trabajo ha sido fundamental en la adopción de diversos tratados u otros instrumentos internacionales, como la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados o la Corte Penal Internacional, sobre la que emitió una primera propuesta en 1949.

Fue recién a partir de la nueva situación internacional provocada por la caída del Muro de Berlín en 1989 que la ONU retomó la propuesta y solicitó a la CDI la preparación de un Proyecto de Estatuto para una Corte Penal Internacional de carácter permanente. Las graves violaciones a las Convenciones de Ginebra que se cometieron durante el conflicto armado en territorio de la Ex Yugoslavia y la creación del TPIY en 1993 reforzaron la discusión sobre la manifiesta necesidad de una Corte Penal Internacional permanente. En 1994, tras el conflicto armado interno producido en Ruanda, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (CSNU) establece la creación del TPIR y ese mismo año la AGNU forma un comité ad-hoc destinado a la revisión del Proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional remitido por la CDI. En diciembre de 1995, se designa un comité preparatorio con la misión de complementar la elaboración de dicho proyecto.

Ese mismo año, en febrero, algunas organizaciones no gubernamentales de larga trayectoria en la defensa y promoción de los Derechos Humanos, como Amnistía Internacional, crearon la Coalición Internacional de ONG por una Corte Penal Internacional con el fin de trabajar en apoyo a la creación de un tribunal justo, eficaz e independiente. Después se fueron uniendo a esta coalición diversas ONG de todo el mundo. De esta surgieron importantes aportes para el contenido de los estatutos elaborados por la Comisión Preparatoria (PrepCom).

Luego de un largo proceso de discusiones y debates, en junio de 1998 se realiza la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios en Roma, convocada por la AGNU con la finalidad de aprobar el Estatuto definitivo de constitución de una Corte Penal Internacional. Participaron 170 Estados, organizaciones intergubernamentales como la Unión Europea, El Consejo de Europa, La Liga de los Estados Árabes, la Organización de los Estados Árabes, La Organización de Policía Criminal Internacional (INTERPOL), el Tribunal Europeo de Derecho Humanos y cerca de doscientas ONG de todo el mundo, agrupadas en la Coalición.

Como se mencionó anteriormente, fue en 1994 que la Comisión de Derecho Internacional concluyó el proyecto de propuesta de Estatuto para la creación de una Corte Penal Internacional<sup>48</sup>. En este documento no se precisaron los actos específicos que constituirían cada modalidad de crimen, pero en los comentarios al proyecto se especificó que tanto el estatuto para el TPIY como el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad<sup>49</sup> serían considerados para la determinación de los actos constitutivos de los crímenes internacionales (genocidio, crímenes de guerra y lesa humanidad). De acuerdo a esto, en el comentario (12) al artículo 20 del Proyecto de Estatuto se citó expresamente el artículo 5 del estatuto del TPIY, sobre crímenes de lesa humanidad en que se estaba incluida la violación sexual como acto constitutivo de dicha modalidad de crimen.

Si bien no se reconoció expresamente la violación sexual en el Proyecto de Estatuto, la referencia al artículo 5 del estatuto del TPIY dentro de los comentarios nos dice que este acto ya estaba siendo considerado como crimen internacional en la doctrina durante ese momento.

### **1.5 El Estatuto de Roma de 1998 de la Corte Penal Internacional y Los Elementos de los Crímenes**

Entre 1996 y 1998 se llevaron intensos debates sobre asuntos de género durante las 6 sesiones de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional (PrepCom)<sup>50</sup> que se llevaron a cabo<sup>51</sup>. Se puede notar, al comparar los primeros documentos de la

---

<sup>48</sup> Texto aprobado por la Comisión en su cuadragésimo sexto periodo de sesiones, celebrado en 1994 y presentado ante la Asamblea General como parte del informe de la Comisión sobre la labor realizada en dicho periodo de sesiones.

<sup>49</sup> Como veremos más adelante, el Proyecto definitivo de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad fue presentado en 1996. En esta afirmación nos estamos refiriendo a la primera lectura de este proyecto, que se llevó a cabo en 1991, pero luego se modificó para su segunda y definitiva lectura en 1996.

<sup>50</sup> La Comisión Preparatoria para el establecimiento de una Corte Penal Internacional se estableció en cumplimiento de la resolución F del Acta Final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, que adoptó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional del 17 julio 1998.

<sup>51</sup> *Report of the Preparatory Committee for the Establishment of an International Criminal Court, Proceedings of the Preparatory Committee during March – April and August 1996, Volume I, GA 51<sup>st</sup> Session, Supp. No. 22, A/51/22 /1996), 1 January 1996; Decisions taken by the Preparatory Committee at its sessions held in New York, 11 to 21 February 1997 A/AC.249/1997/L.5 (1997), 12 March 1997;*

PrepCom -donde no había interés alguno por el tema de género, con los últimos de esta misma y el Estatuto de Roma- que hubo una creciente atención hacia los asuntos de género. Se generó un fuerte cabildeo por parte del *Women's Caucus for Gender Justice*, el cual estaba conformado por 200 organizaciones de mujeres de todas las regiones del mundo, al abogar por la inclusión de crímenes de violencia sexual y de género, así como por una equitativa representación de género en todos los órganos de la CPI<sup>52</sup>. Además, se presentaron mayores controversias respecto a la definición de género y al crimen de prostitución forzada. Sin embargo, como resultado del arduo trabajo realizado por el *Women's Caucus for Gender Justice*, el término género fue definido en el Estatuto de Roma como referido al “contexto de la sociedad” incluyendo diferencias sociológicas entre hombre y mujer (Artículo 7(3)), allanando así el camino para una posterior inclusión de una disposición de no-discriminación que incluyese al género (Artículo 2(3)). El género, además figura en la disposición sobre crímenes de lesa humanidad bajo la modalidad de persecución, que es plausible de ser basada en motivos de género, y bajo la modalidad de esclavitud, que puede incluir el tráfico de personas, en particular mujeres y niños.

### **El Estatuto de Roma de 1998 de la Corte Penal Internacional**

La creación de una corte penal internacional se hizo realidad a mediados de 1998, con la adopción del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional (CPI). Esta fue aprobada en la Conferencia de Plenipotenciarios de Naciones Unidas con el voto a favor de 120 Estados, 7 en contra y 21 abstenciones<sup>53</sup>. El 11 de abril de 2002, luego de depositadas las últimas 10 ratificaciones, se alcanza la ratificación de 66 Estados. De

---

*Decisions taken by the Preparatory Committee at its sessions held in New York, 4 to 15 August 1997, A/AC.249/1997/L.8/Rev. 1 (1997), 14 August 1997; Decisions taken by the Preparatory Committee at its sessions held in New York, 1 to 12 December 1997, A/AC.249/1997/L.9/Rev. 1 (1999), 18 December 1997; Report of the Inter-session Meeting from 19 to 10 January 1998, Zutphen, The Netherlands A/AC/249/1998/L.13 (1998), 4 February 1998 (El informe fue usado como base en la sexta sesión de la PrepCom desde el 16 de Marzo al 3 de Abril de 1998).* Estos documentos pueden ser encontrados en: M. CHERIFF BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*. Kluwer Law International, The Hague, Netherlands, 1998.

<sup>52</sup> BEDONT, Barbara y HALL MARTINEZ, Katherine, *Ending Impunity for Gender Crimes under the International Criminal Court*. *The Brown Journal of World Affairs*, Vol. VI, Edición 1: 65-85. 1999. Ver también: PACE, William y SCHENSE, Jennifer, *International Lawmaking of Historic Proportions: Civil Society and the International Criminal Court*. P. 105. En: *Fighting for Human Rights* por Gready, Paul. Routledge, New York, NY. 2004.

<sup>53</sup> Entre los Estados que votaron en contra de la creación de la Corte, estuvieron *inter alia* Estados Unidos y China.

esta manera, el 1 de Julio de 2002 la CPI recibe jurisdicción permanente para los crímenes de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra.

La CPI, cuya sede se encuentra ubicada en La Haya (Países Bajos), no está destinada a reemplazar a las cortes penales nacionales, sino que es complementaria a las jurisdicciones nacionales. La CPI solo investiga y juzga cuando un Estado, genuinamente, no quiere o no puede juzgar. A diferencia de los TPI ad-hoc, la CPI se basa en un tratado creado mediante el consenso de sus Estados Parte, siendo éste el Estatuto de Roma. El artículo 5 del Estatuto de Roma enumera los crímenes que estarán dentro de la jurisdicción de la CPI y que además están considerados como los crímenes más graves que conciernen a la comunidad internacional en su totalidad; concretamente el genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión<sup>54</sup>. Estos están definidos en los artículos 6 (genocidio), 7 (lesa humanidad) y 8 (crímenes de guerra), una definición más detallada de los crímenes es, además, prevista en los Elementos de los Crímenes<sup>55</sup> (EdC), un documento no vinculante sin precedentes, el cual analizaremos más adelante.

La CPI puede ejercer su jurisdicción con respecto a los crímenes de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra, tanto cuando la situación es referida al Fiscal por un Estado Parte o por el Consejo de Seguridad o cuando el Fiscal decida iniciar una investigación *motu proprio* y en base a la información recibida. Sin embargo, en el último caso el Fiscal debe obtener la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares antes de iniciar su investigación. En las dos situaciones distintas a la recomendación del Consejo de Seguridad, la CPI puede ejercer su jurisdicción solo si el Estado o territorio en cual ocurrió el crimen o el Estado del cual la personar acusada es nacional, son Estados Parte al Estatuto. Si ninguno es Estado Parte, la CPI no estará en posición de investigar los supuestos crímenes, excepto si el Estado del territorio o el Estado de nacionalidad de la persona acusada aceptan el ejercicio de jurisdicción de la CPI mediante una declaración interpuesta ante la Secretaría. Además, solamente los crímenes cometidos después del 1 de Julio de 2002 son elegibles para ser llevados a

---

<sup>54</sup> La definición de agresión quedo pendiente al momento de la adopción del Estatuto de Roma y recién ha sido aprobada 11 de junio de 2010 por consenso de los Estados Parte

<sup>55</sup> Asamblea de Estados Parte, Elementos de los Crímenes, adoptados por la Asamblea de Estados Parte, Primera Sesión, Nueva York, 3-10 de Setiembre de 2002, Records Oficiales, 9 de Setiembre de 2002, ICC-ASP /I/3.

juicio ante la CPI<sup>56</sup>. Para octubre de 2010, 114 Estados han ratificado el Estatuto de Roma. El Perú lo ratificó el 7 de diciembre de 2000.

En el marco del Estatuto de Roma, a pesar de que hubo cierta oposición respecto al crimen de embarazo forzoso, no se presentó ninguna oposición seria respecto a la inclusión de otros crímenes de género y violencia sexual. Por lo tanto, el Estatuto de Roma se encargó, al menos de manera escrita, de algunos de los defectos que habían en el tratamiento tradicional de los crímenes de violencia sexual por parte de tratados y tribunales internacionales.

Teniendo en cuenta que los crímenes de violencia sexual, en la experiencia del TPIY y del TPIR, no se podían sostener por sí mismos – es decir, solo contaban con la tipificación de violación sexual y ninguna definición –, el Estatuto de Roma estableció explícitamente una lista de crímenes de violencia sexual en el ámbito del Derecho Penal Internacional. Por primera vez en la historia, la violación sexual, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzoso y cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable habían sido expresamente enumeradas en un instrumento internacional, tanto como crimen de lesa humanidad como también crimen de guerra. Además, los crímenes de violencia sexual pueden ahora ser juzgados como crímenes de lesa humanidad bajo la modalidad de persecución en base a género. Otros crímenes no específicos de violencia sexual como tortura, esclavitud y otros actos inhumanos también pueden ser utilizados como base para el juzgamiento de crímenes de naturaleza sexual. De manera similar, la disposición para crímenes de guerra también incluye este tipo de crímenes sexuales no específicos. Y, aunque la disposición sobre genocidio es una copia textual de la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio de 1948<sup>57</sup>, en los EdC se incluyó una nota a pie de página al crimen de genocidio, en la cual se afirma que la violación sexual y la violencia sexual son reconocidas dentro del alcance del crimen de genocidio. Con respecto a los elementos jurisdiccionales de los crímenes, los crímenes establecidos en el Estatuto de Roma

---

<sup>56</sup> Ver: artículo II del Estatuto de Roma. También, artículo 24 sobre irretroactividad “1.Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor”.

<sup>57</sup> Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su Resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948. Entró en vigor el 12 de enero de 1951, de conformidad con el artículo XIII, Serie Tratados de Naciones Unidas N° 1021, Vol. 78, p. 277

difieren de las definiciones de los crímenes usadas en los Estatutos de los TPIY y TPIR. A pesar que la disposición sobre genocidio ha permanecido igual, las disposiciones sobre lesa humanidad y crímenes de guerra sí han cambiado considerablemente. El primer párrafo sobre crímenes de lesa humanidad del Estatuto de Roma menciona el requerimiento adicional de “conocimiento del ataque”. Dicho requerimiento nunca antes había sido fijado. La disposición sobre crímenes de guerra también establece un requerimiento adicional, pues se agrega la frase “en particular” con la intención de puntualizar que la CPI tendrá jurisdicción sobre crímenes de guerra “en particular cuando sean cometidos como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes”. Esto parece implicar que aquellos crímenes individuales y aislados contra mujeres podrían, si la Corte así lo decide, no ser admitidos a juicio.

Los cambios procedimentales también han marcado el establecimiento de la CPI. Son de particular importancia las Reglas de Procedimiento y Prueba para casos ante los TPI para casos de violencia sexual (resaltando que el testimonio de una víctima de violencia sexual no necesita ser corroborado, que el consentimiento no es un tema relevante cuando están involucradas circunstancias coercitivas y que la evidencia sobre la anterior conducta sexual de la víctima no será admitida), protección y apoyo a la víctima, participación y reparación. La participación y reparación fueron tomadas en cuenta en el ámbito de los TPIY y TPIR, y pueden ser consideradas como una gran hazaña en el marco del Derecho Penal Internacional. Gracias a la estructura de la CPI, por primera vez, las víctimas pueden participar en procesos penales internacionales, pueden solicitar y se les puede otorgar reparación según lo decida la CPI. Adicionalmente, se ha fijado un fideicomiso a nombre de las víctimas y sus familias. La Unidad de Víctimas y Testigos ubicada dentro del Registro de la Corte será capaz de otorgar medidas protectoras, arreglos de seguridad, guía y otras asistencias necesarias para los testigos, las víctimas y otros que se encuentren bajo riesgo debido a sus testimonios. Por otro lado, el Estatuto requiere que una equitativa representación de jueces mujeres y hombres sea tomada en cuenta al momento del proceso de selección, así como también una equitativa representación de mujeres y hombres a la hora de seleccionar al personal que formara parte de la oficina del Fiscal y en todos los otros

órganos de la Corte. Para la selección de jueces, fiscales y otro personal se deberá tomar en cuenta el conocimiento legal en materia de violencia sexual contra la mujer<sup>58</sup>.

Se requiere que el Fiscal designe asesores que tengan conocimiento legal en materias específicas incluyendo violencia sexual y de género. En la medida que el Fiscal puede remitir casos a la CPI de *motu proprio*, de acuerdo a la información proporcionada por las ONGs. Esto es de particular importancia para las víctimas de crímenes de naturaleza sexual, dado que permite que las ONGs de mujeres le proporcionen al Fiscal cierta información que no podría haber sido de su conocimiento si nos apoyáramos únicamente en los testimonios de las mujeres víctimas, puesto que este tipo de crímenes normalmente conlleva una dosis alta de vergüenza en ellas.

### Los Elementos de los Crímenes

Elementos de los Crímenes fueron creados para asistir a los jueces de la CPI en la aplicación e interpretación de los crímenes<sup>59</sup>. En estos, el crimen de violación sexual se define de la siguiente manera:

1. Que el autor haya invadido <sup>[15]</sup> el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo.
2. Que la invasión haya tenido lugar por la fuerza, mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción - como la causada por el temor a la violencia - la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder contra esa u otra persona; o aprovechando un entorno de coacción o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento <sup>[16]</sup>.

Cabe resaltarse que esta definición de violación sexual es la primera y actualmente la única definición que existe en el marco del Derecho Penal Internacional. Los casos que se están llevando y que serán llevados ante la CPI deberán atenerse a esta definición cuando se juzguen crímenes de violación sexual y

---

<sup>58</sup> Estatuto de Roma. Artículo 8. a) Al seleccionar a los magistrados, los Estados Partes tendrán en cuenta la necesidad de que en la composición de la Corte haya: iii) Representación equilibrada de magistrados mujeres y hombres; b) Los Estados Partes tendrán también en cuenta la necesidad de que haya en la Corte magistrados que sean juristas especializados en temas concretos que incluyan, entre otros, la violencia contra las mujeres o los niños.

<sup>59</sup> De conformidad con el artículo 9(1) del Estatuto de Roma

sin duda alguna representa un gran avance en la materia. No obstante, la importancia que tiene esta definición para nuestro análisis se centra en las bases que la impulsaron, dado que, además de los elementos comunes del crimen de violencia sexual que podemos encontrar en las distintas legislaciones nacionales, es claro – como veremos más adelante- que ha habido una influencia sustancial por parte de la jurisprudencia de los TPI. Esta definición representa la concepción actual de la violación sexual como crimen internacional jurídicamente hablando. Por eso hemos considerado pertinente resaltarla antes de empezar nuestro análisis propiamente dicho, pues será de suma utilidad para demostrar cuales han sido los aportes de la ardua labor de los TPI en esta materia.

## 1.6 Conclusiones

A lo largo de este primer capítulo hemos demostrado cómo la violencia sexual y la violación sexual han estado presentes a lo largo de la historia, sobre todo en situaciones de conflicto armado y violencia masiva. Es claro que de alguna manera siempre se le ha considerado un acto reprochable, pero el problema se manifiesta a la hora criminalizarlo, juzgarlo y sancionarlo en el plano internacional.

A través de este análisis histórico, hemos podido constatar que definitivamente ha habido grandes avances en la materia y que esto se debe a grandes esfuerzos y trabajo por parte de diferentes organizaciones internacionales y ONGs, pero que, sin lugar a duda, se han encontrado con enormes obstáculos a lo largo del camino. Por lo tanto, ha sido de suma relevancia para poder situarnos en el estado actual de la violación sexual contra la mujer, además de entender las situaciones que precedieron a la creación de los TPI y como es que se formaron las bases jurídicas que sustentaron la criminalización de este acto en el ámbito internacional y en el Estatuto de Roma.

Es claro que conforme la sociedad ha ido evolucionando, se ha ido dando un mayor reconocimiento a la mujer en los distintos ámbitos de la sociedad, y el Derecho Internacional no se ha quedado atrás. La violencia sexual contra la mujer

ha pasado de ser un simple daño colateral de los conflictos armados a ser un crimen internacional sancionable. Las normas de Derecho Internacional sentaron las bases jurídicas de la penalización de la violación sexual contra la mujer. Es lamentable, pero a la vez innegable el rol que jugó la Segunda Guerra Mundial, con su secuela de atrocidades, en el desarrollo del Derecho Penal Internacional en general, en el sentido que provocó una reacción por parte de la comunidad internacional respecto a la necesidad de criminalizar a nivel internacional los atroces actos cometidos durante situaciones de guerra o de violencia masiva, como lo es la violación sexual contra la mujer.

Es de suma importancia destacar que los TPI reconocieron expresamente la existencia de una norma consuetudinaria de violencia sexual como crimen de lesa humanidad y –en el caso del TPIR- como crimen de guerra. Hasta este momento, existía en el DIH una prohibición convencional de violación sexual, pero no estaba penalizada. Es recién con la creación de la CPI mediante el Estatuto de Roma que se penaliza convencionalmente el crimen de violencia sexual en el ámbito internacional.

Es por estas razones que consideramos la labor realizada por los TPI en su jurisprudencia fundamental para el desarrollo de la criminalización y penalización de la violación sexual contra la mujer. Sin lugar a duda, constituyó una base jurídica importante para su inclusión en el Estatuto de Roma.

## Capítulo II:

### **Aportes de la jurisprudencia de los TPI en la determinación de los elementos constitutivos del crimen de violación sexual contra la mujer**

En este capítulo entraremos al análisis propiamente dicho de cada sentencia que hemos seleccionado para este trabajo. En primer lugar (2.1) analizaremos las sentencias del TPIY (Furundzija, Foca, Kvočka y Celebici). En segundo lugar (2.2) nos enfocaremos en las sentencias del TPIR (Akayesu, Musema, Semanza y Kajelijeli). Para nuestro análisis, tendremos en cuenta las declaraciones de los/as testigos/as, sostenidas por la fiscalía en las acusaciones y confirmadas por las Salas de Primera Instancia en las sentencias. De ser necesario, haremos referencias a las sentencias emitidas por las Salas de Apelaciones y otras que sean de relevancia. Luego, en tercer lugar (2.3) procederemos a realizar un análisis conjunto de los puntos más importantes de cada una de las sentencias.

#### **2.1 Jurisprudencia del TPIY**

A continuación, nos centraremos en analizar la jurisprudencia del TPIY. En este análisis tendremos en cuenta lo desarrollado por este Tribunal en materia de violación sexual, dando mayor prioridad al tema relativo de su definición, los elementos que la componen y las distintas modalidades de crimen en las que ha sido juzgada para luego ofrecer nuestras conclusiones.

##### **2.1.1 Introducción**

El conflicto armado en la Ex Yugoslavia abarcó distintos espacios de tiempo, como también como distintas áreas geográficas, tales como Eslovenia (1991), Croacia (1991-1995), Bosnia y Herzegovina (1992-1995), Kosovo (1998-1999) y Macedonia (2001). Los informes sobre la violencia sexual perpetrada durante los conflictos armados en Bosnia y Herzegovina han sido particularmente alarmantes. A pesar que no

se cuenta con estadísticas exactas, se ha estimado que durante el conflicto armado en Bosnia y Herzegovina, entre 20,000 y 50,000 mujeres fueron violadas. La mayoría de víctimas de violación sexual fueron mujeres musulmanas y una gran parte de los perpetradores fueron soldados serbios. Los hombres también fueron víctimas de algunas formas de violencia sexual; sin embargo, la violencia sexual estuvo mayormente dirigida contra las mujeres, las cuales eran violadas por grupos de soldados en las calles o dentro de sus casas, frente a sus familias y/o utilizando objetos tales como vidrios rotos, botellas, pistolas y cachiporras.<sup>60</sup> Uno de los contextos más comunes en el que llevaban a cabo violaciones y distintas formas de violencia sexual, eran los llamados “campamentos de violación”. La finalidad de estos campamentos era la de embarazar a mujeres, específicamente, aquellas musulmanas y croatas que se encontraban en cautiverio. A menudo, las mujeres eran mantenidas en reclusión hasta que el embarazo estuviese lo suficientemente avanzado y practicarse un aborto fuese imposible.

Dado el carácter patrilineal de la sociedad yugoslava - según el cual los hijos heredan la etnia del padre -, el resultado de estos embarazos era una nueva generación de niños serbios. De acuerdo al grupo de mujeres Tresnjevka, más de 35,000 mujeres y niñas fueron sometidas en estos “campamentos de violación”.<sup>61</sup> En muchos casos, los soldados serbios actuaron bajo órdenes oficiales de violar mujeres como parte del plan de limpieza étnica, para desplazar de la región a dicho grupo étnico.

Durante la guerra en Kosovo<sup>62</sup>, entre 1998 y 1999, miles de mujeres y niñas Kósovo-Albanesas fueron víctimas de violencia sexual<sup>63</sup>. La violación y otras formas de violencia sexual fueron usadas como instrumentos de guerra y de “limpieza étnica sistemática”: las violaciones fueron deliberadamente usadas como instrumentos para aterrorizar a la población civil, extraer dinero de las familias y forzar a las personas a huir de sus casas. De acuerdo a un informe preparado por *Human Rights Watch* en el año 2000, las violaciones en Kosovo pueden ser generalmente divididas en tres categorías:

---

<sup>60</sup> Informe Final de la Comisión de Expertos establecida de acuerdo a la Resolución 780 (1992) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. S/1994/674, 27 de Mayo de 1994, Capítulo IV, F.

<sup>61</sup> Citado en la Documentación del Instituto de Guerra de los Países bajos, Sebrenica - a “Safe Area”, Parte 1, Capítulo 9, 10 de Abril de 2002.

<sup>62</sup> El resumen sobre violencia sexual en Kosovo está basado en el informe preparado por Human Rights Watch (2001)

<sup>63</sup> Informe Final de la Comisión de Expertos establecida de acuerdo a la Resolución 780 (1992) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. S/1994/674, 27 de Mayo de 1994, Capítulo IV, F.

...rapes in women's homes, rapes during flight and rapes in detention. In the first category, security forces entered private homes and raped women either in the yard, in front of family members, or in adjoining room. In the second category, internally displaced people wandering on foot and riding on tractors were repeatedly stopped, robbed, and threatened, by the Yugoslav Army, Serbian Police or paramilitaries. If families could not produce cash, security forces told them that their daughters were taken away. The third category of rapes took place in temporary detention centers, such as abandoned homes or barns<sup>64</sup>.

La mayor parte de las violaciones fueron de forma grupal, involucrando al menos dos perpetradores. La mayoría de los perpetradores eran paramilitares serbios, pero también había miembros de la Policía Especial Serbia o soldados de las Fuerzas Armadas Yugoslavas. Estas organizaciones paramilitares trabajaban a lo largo del territorio Kosovar en conjunto con las fuerzas oficiales del gobierno, como las del Ministerio del Interior Serbia y las de las Fuerzas Armadas Yugoslavas. Las autoridades serbias y yugoslavas tenían conocimiento de que los paramilitares bajo su mando habían cometido violaciones y otras formas de violencia sexual en el territorio de Bosnia y Herzegovina. Sin embargo, gracias a la aquiescencia de las autoridades serbias y yugoslavas, se permitió a los paramilitares desplegados hacia Kosovo operar en esta zona, sin tomar precaución alguna para evitar la comisión de estos crímenes. La frecuente participación de las fuerzas serbias y yugoslavas en violaciones grupales demuestra que era poco probable que los oficiales de mayor rango no tuviesen conocimiento de estos actos.

De esta manera, las violaciones ocurrían generalmente en presencia y con la aquiescencia de oficiales militares. Asimismo, no hay evidencia que demuestre que el Ejército Yugoslavo o el Ministerio del Interior Serbia hiciesen esfuerzo alguno por atrapar o sancionar a aquellos responsables de los crímenes, tampoco se ha encontrado evidencia que demuestre que el Ejército Yugoslavo o el Ministerio del Interior Serbia tomaron algún tipo de medida destinada a prevenir violaciones y otras formas de violencia sexual, como emitir órdenes que prohíban la violencia sexual o advertir a las tropas que aquellos que cometiesen estos crímenes serían sancionados.

Cabe resaltar que los soldados, policías y paramilitares normalmente ultrajaban a sus víctimas delante de varios testigos. Asimismo, el proceso de llevar a las mujeres fuera de los campos de refugiados para ser violadas ocurría, normalmente, a plena vista de otros desplazados internos. Desde la entrada de la Fuerza Kosovar, guiada por la OTAN, fueron también documentadas violaciones de mujeres serbias, albanesas y

---

<sup>64</sup> Human Rights Watch (2000) Capítulo 1.

rumanas por parte de hombres albanos e incluso por miembros del ejército de liberación kosovar, que también fueron documentadas.

### **La creación del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia**

El TPIY fue establecido en la Haya, Países Bajos, en 1993. El propósito de su creación fue el de juzgar a los más grandes perpetradores de los crímenes más graves cometidos en el territorio de la Ex Yugoslavia, aunque que también se juzgó a algunos perpetradores de perfil medio y bajo. Este Tribunal está comprendido por tres órganos: las Salas (de Primera Instancia y de Apelaciones), la oficina del Fiscal y la Secretaría. La jurisdicción territorial del TPIY incluye el territorio de la Ex Republica Federal Socialista de Yugoslavia y su jurisdicción temporal está prevista de una forma – se puede decir - abierta. De esta manera, la jurisdicción del tribunal corresponde a las violaciones ocurridas desde 1991, lo cual fue dispuesto con la finalidad de que el Fiscal tuviese la competencia para encargarse de aquellos crímenes internacionales cometidos en Croacia, Bosnia y Herzegovina, Kosovo y Macedonia, pero no del conflicto en Eslovenia.

El TPIY fue creado por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (CSNU) según lo estipulado en el Capítulo VII de la Carta ONU en respuesta a la amenaza a la paz internacional que significaba el conflicto armado en la Ex Yugoslavia.<sup>65</sup> Este alcance tuvo la ventaja de ser de carácter expeditivo - en comparación a ser establecido por medio de un tratado - por ser inmediatamente efectivo en tanto todos los Estados estarían vinculados a tomar cualquier acción que fuese requerida para cumplir con esta decisión, pues fue tomada como una medida de aplicación del Capítulo VII<sup>66</sup>.

El establecimiento de este Tribunal se llevó a cabo luego de haber sido examinados, *inter alia*, los informes provisionales y finales de la Comisión de Expertos,

---

<sup>65</sup> Resolución del Consejo de Seguridad 808, en el establecimiento del TPIY S/RES/808 (1993), 22 de febrero de 1993; resolución 827; en el establecimiento del TPIY, S/RES/827 (1993. Nombre completo del TPIY: “Tribunal Penal Internacional para el Procesamiento de Personas Responsables por violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario en el Territorio de la Ex Yugoslavia desde 1994.”

<sup>66</sup> Informe elaborado por el Secretario General de conformidad con el Párrafo 2 de la Resolución 808 del Consejo de Seguridad (1993), UN Doc. S/25704. 3 de mayo de 1993, par.23. Ver también el Artículo 29 del Estatuto del TPIY.

la cual fue conformada con la finalidad de examinar y analizar la situación en el territorio de la Ex Yugoslavia<sup>67</sup>. La Comisión de Expertos, en su informe provisional del año 1992, concluyó que, en el territorio de la Ex Yugoslavia, se cometieron infracciones graves a los Convenios de Ginebra y otras violaciones al DIH, incluyendo homicidio intencional, limpieza étnica, matanzas masivas, tortura, violación sexual, pillaje y destrucción de propiedad civil, destrucción de propiedad religiosa y cultural, y arrestos arbitrarios<sup>68</sup>. En su resolución 820 del 17 de abril de 1993, el CSNU condenó una vez mas “todas las violaciones del DIH, incluyendo en particular la práctica de “limpieza étnica” y detención masiva y organizada, y la violación sexual de mujeres”<sup>69</sup>. Asimismo, el Informe Final de la Comisión de Expertos de 1994 señala que *“throughout the various phases of the armed conflicts in the Former Yugoslavia, there have been numerous reports of widespread and systematic rape and other forms of sexual assault”*<sup>70</sup>. De esta manera, la respuesta de la comunidad internacional a la escala masiva de violaciones sexuales contra mujeres fue uno de los impulsos más fuertes para el establecimiento de un tribunal penal internacional que fuese capaz de juzgar personas sobre la base de una responsabilidad penal individual. Por primera vez en la historia, la violación sexual fue explícitamente reconocida en el marco de conflictos armados y, como tal, se le dio un posicionamiento expreso en del estatuto del TPIY dentro del Artículo 5 (g) como crimen de lesa humanidad.

En ambos Estatutos de los TPI, se prohíbe explícitamente la violación sexual, razón por la cual se les considera como un notorio avance respecto a sus antecesores, los Tribunales de Nuremberg y Tokio, en los cuales no se incluyó ningún crimen de naturaleza sexual o relacionado al género. Los TPI han llevado – y siguen llevando - a cabo juzgamientos y condenas por violación y otras formas de violencia sexual de

---

<sup>67</sup> Resolución del Consejo de Seguridad sobre el Establecimiento de una Comisión de Expertos para la Ex Yugoslavia 780, S/RES/780 (1992), 6 de octubre de 1992; Informe del Secretario General Informe elaborado por el Secretario General de conformidad con el Párrafo 2 de la Resolución 780 del Consejo de Seguridad (1992), UN Doc. S/24657. 14 de octubre de 1992. El Consejo de Seguridad de la ONU ya había manifestado su preocupación respecto a la situación en la Ex Yugoslavia. S/RES/771, 13 de Agosto 1992.

<sup>68</sup> Informe Provisional de la Comisión de Expertos para la Ex Yugoslavia 780, S/RES/780 (1992), 11 de febrero de 1993 (comillas nuestras)

<sup>69</sup> Resolución 820 del Consejo de Seguridad, *Bosnia y Herzegovina*, S/RES/820, 17 de abril de 1993; par.6 (comillas nuestras).

<sup>70</sup> Informe Final de la Comisión de Expertos para la Ex Yugoslavia 780, S/RES/780 (1992), 27 de mayo de 1994, par 232 (comillas nuestras) y en particular los párrafos. 232-253: Informe Final de la Comisión de Expertos de la ONU establecida de conformidad a la Resolución 708 (1991), *Anex II –Rape and Sexual Assault, A Legal Study*, S/1994/674/ Add. 2 (Vol I), 28 de diciembre de 1994.

acuerdo a lo establecido en sus respectivos Estatutos (violación como crimen de lesa humanidad (TPIY/TPIR) y atentados contra la dignidad personal; en particular los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y todo atentado contra el pudor como violación grave del Artículo 3 Común y del Protocolo Adicional II (TPIR)<sup>71</sup>). Asimismo, realizaron juzgamientos y condenas bajo otras modalidades de crímenes de lesa humanidad, como esclavitud, tortura, persecución y otros actos inhumanos (TPIY/TPIR), así como bajo otras modalidades de infracciones graves a las Convenciones de Ginebra de 1949 (TPIY) y violencia contra la vida, la salud y el bienestar físico o mental de las personas, y violaciones del Artículo 3 Común a las Convenciones de Ginebra y del Protocolo Adicional II (TPIR)<sup>72</sup>. También graves atentados contra el cuerpo o la salud, en particular tratos crueles como tortura, mutilación o cualquier otra forma de castigo corporal.

Las disposiciones sobre crímenes de guerra en los estatutos del TPIY y del TPIR se basaron, en gran medida, en las Convenciones de Ginebra y sus Protocolos Adicionales, donde la violación y otras formas de violencia sexual se encontraban implícita y explícitamente establecidas. Si la violencia sexual hubiese sido juzgada solamente bajo las disposiciones explícitas, los ultrajes sexuales no habrían podido ser juzgados “en toda su extensión”<sup>73</sup>.

No es solamente el Derecho Penal Sustantivo el que se ha visto perfeccionado con el establecimiento de estos Tribunales, sino también el Derecho Penal Procedimental. Esto se debe a que en los Estatutos de ambos tribunales se incluyeron algunas reglas procedimentales respecto al tema de la violencia sexual. En estas reglas, se toma en cuenta la sensibilidad que significa la violencia sexual, en particular, para las víctimas. Por ejemplo, cuando se ven obligadas a declarar en las audiencias. Esta novedosa atención a los intereses y derechos de las víctimas puede ser explicada principalmente por el éxito que tuvieron los movimientos de victimología al introducir el debate procedimental a los casos de violencia sexual. Ejemplos de esto son: la Declaración de Víctimas de las Naciones Unidas de 1985 y la Recomendación del

---

<sup>71</sup> Nótese que a pesar que algunos individuos fueron imputados en base a estas normas, estas no resultaron en condenas

<sup>72</sup> Nótese que no hubo condenas bajo la disposición de infracciones graves en los casos ante el TPIR. Esto se debe a que, el conflicto armado de fue calificado como de carácter interno y, por lo tanto, la disposición sobre infracciones graves no está contemplada en el Estatuto del TPIR.

<sup>73</sup> SELLERS, Patricia & OKIZUMI, Kaoru. *Intentional Prosecution of Sexual Violence, 7 Transnational Law & Contemporary Problems I.* (1997) p.57

Consejo de Europa Respecto a la Posición de la Víctima en el Marco del Derecho Penal y Procedimental.<sup>74</sup> De esta manera, para poder impulsar la participación de las víctimas de violencia sexual en procedimientos ante los TPI, se desarrollaron de forma particular los siguientes artículos y Reglas de Procedimiento y Prueba (“RPE” por sus siglas en inglés) comunes al TPIY y TPIR: el Artículo 22 del Estatuto del TPIY/ Artículo 21 del Estatuto del TPIR y las Reglas 69, 75 y 79 sobre medidas protectoras durante procedimientos ante los Tribunales con el propósito de proteger la privacidad, dignidad y seguridad de las víctimas y testigos, la Regla 96 que especifica que el testimonio de una víctima de violencia sexual no necesita ser corroborado, que el consentimiento no debería ser una cuestión relevante cuando se pruebe que estaban involucradas circunstancias coercitivas y que la evidencia sobre la anterior conducta sexual de la víctimas será inadmisibles y la Regla 34 sobre la recomendación que la Unidad de Víctimas y Testigos puede hacer sobre medidas protectoras para víctimas y testigos de violencia sexual)<sup>75</sup>. Adicionalmente la Regla 34, establece que “*A gender sensitive approach to victims and witnesses protective and support measures should be adopted and due consideration given, in the appointment of staff within this Unit, to the employment of qualified women*”.

En total, el TPIY ha acusado a 161 personas<sup>76</sup>, de las cuales 58 enfrentan cargos de, *inter alia*, violencia sexual – estos es más de un tercio de la totalidad de personas acusadas.

---

<sup>74</sup> Declaración de Principios Básicos de Justicia para Víctimas de Crímenes y Abuso de Poder, *UN General Assembly Res. 4C/34*, 29 de noviembre 1985, UN Doc. A/RES/40/34 (Declaración de víctimas de 1985); Recomendación N° R(85) 11 del Comité de Ministros de los Estados Parte del Consejo de Europa sobre la Posición de las Víctimas en el marco del Derecho Penal y Procesal, 28 de Julio de 1985, Rec. 85(11)E.

<sup>75</sup> Las Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIY se adoptaron por primera vez el 11 de febrero de 1994, y fueron modificadas varias veces, por última vez el 11 de Marzo del 2005, UN Doc. IT/32/Rev.36.

<sup>76</sup> Ver la dirección web del TPIY: <http://www.icty.org/sections/TheCases/KeyFigures>.

## 2.1.2 Análisis de los casos más relevantes

### 2.1.2.1 Caso Furundzija

#### Breve descripción del caso

Anto Furundzija nació en Travnik el 8 de Julio de 1969 y residía al momento del juicio en Dubravica, Vitez. Durante la guerra, fue comandante de los JOCKERS, trabajando en su cuartel general (el “Bungalow”) en Nadioci, cerca de Vitez.

El acusado, Anto Furundzija, fue acusado por la Fiscal Louise Arbour en el Acta de Acusación modificada de fecha 2 de junio de 1998. En esta se le acusó de graves infracciones al DIH, entre ellas, violación sexual bajo la modalidad de tortura como violación a las Leyes y Costumbres de la Guerra. El Acta de Acusación modificada alega que el acusado era el comandante local de una unidad especial de la policía militar del HVO conocida como los “JOCKERS”. Asimismo, sostiene que alrededor del 15 de mayo de 1993, en el “Bungalow”, Furundzija y otro soldado, el Acusado B, interrogaron a la Testigo A. Durante este interrogatorio, la Testigo A tuvo un cuchillo puesto contra su muslo interno y abdomen bajo, el perpetrador la amenazó con poner el cuchillo dentro de su vagina si es que esta no confesaba. La mencionada Acta de Acusación alega además que el acusado continuó interrogando a la Testigo A y a la Víctima B mientras eran golpeadas en los pies con un bastón y también que el acusado simplemente se paró al costado sin intervenir de ninguna manera, mientras la Testigo A era forzada a tener sexo oral y vaginal con el acusado B.

#### Aportes de esta sentencia<sup>77</sup>

Los aspectos de género más significativos que aporta este caso están enmarcados en el desarrollo de la violación y otras formas de violencia sexual como tortura, el primer intento de definir la violación sexual como crimen internacional y el rechazo del Tribunal a la noción de que las jueces mujeres con estudios especializados de género

---

<sup>77</sup> Sentencia *Prosecutor v. Furundzija*, IT-95-17/1-T, 10 Dec. 1998 [en adelante, sentencia Furundzija de la Sala de Primera Instancia].

suelen estar inherentemente parcializadas en contra de aquellas personas acusadas de crímenes de violación sexual. Sin embargo, dado el enfoque de nuestro trabajo, nos centraremos en el desarrollo jurídico de la definición de violación sexual y su concepto como forma de tortura.

Durante el conflicto armado en el territorio central de Bosnia y Herzegovina, una mujer de origen bosnio-musulmán (Testigo A) fue arrestada y llevada al centro de operaciones de los JOCKERS, por una unidad de policía militar especial del Consejo de Defensa Croata (HVO) cuyos miembros tenían “una terrorífica reputación”. En dicho centro de operaciones, Furundzija (el único acusado en la sentencia, pues fue el único acusado bajo custodia del Tribunal) interrogó verbalmente a la Testigo A, mientras que el otro, el Acusado B ultrajaba a ésta misma sexualmente. Tanto Furundzija como el Acusado B eran sub-comandantes de los JOCKERS.

Los acusados forzaron a la Testigo A a pararse desnuda delante de ellos y de un grupo de soldados que se reían en tono de burla de la situación. Durante la fase de interrogación inicial, el Acusado B recorría un cuchillo por la parte interna del muslo de la víctima/testigo amenazándola con introducirlo en ella y cortar sus órganos sexuales si esta no cooperaba<sup>78</sup>. Durante el transcurso de día, el Acusado B procedió a violar a la Testigo A múltiples veces y de diversas maneras (oral, vaginal y anal), varias de estas violaciones se dieron en presencia de Furundzija y otros. Por estos actos, la Fiscal acusó a Furundzija, de acuerdo al Dictamen de Acusación, por dos cargos de Violaciones a las Leyes y Costumbres de la Guerra: tortura y “ultrajes contra la dignidad personal incluyendo violación sexual”<sup>79</sup>. El acusado también interrogó y golpeó al Testigo D, un bosnio-croata miembro del HVO - del cual se sospechaba que había ayudado a la Testigo A y a sus hijos -, en la misma habitación donde la Testigo A estaba siendo continuamente violada y ultrajada de distintas formas<sup>80</sup>. Furundzija estuvo presente durante una parte de la violencia sexual y su rol en la interrogación verbal de la Testigo

---

<sup>78</sup> Ídem. En par. 82.

<sup>79</sup> Ver. *Prosecutor v. Furundzija*, Acusación Modificada, IT-95-17/1-PT, 2 Junio de 1998, en donde se redactaron los Cargos 1-11 y del 15 al 25 contra los acusados. Furundzija fue acusado de acuerdo al Artículo 3 del Estatuto del TPIY en el Cargo 13, por Violación a las Leyes o Costumbres de la Guerra (tortura), y en el cargo 14, por Violación a las Leyes o Costumbres de la Guerra (ultrajes contra la dignidad personal), el Cargo 12 fue retirado. La tortura y los ultrajes contra la dignidad personal se encuentran prohibidos según el Artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra de 1949, y por lo tanto, por el Artículo 3 del Estatuto del TPIR.

<sup>80</sup> Sentencia Furundzija del Tribunal de Primera Instancia, nota supra 18, En: par. 124-30.

durante la violencia, así como sus palabras, actos y omisiones, incitaron y facilitaron la comisión directa de los crímenes.

Después de analizar las tendencias en el marco de las legislaciones nacionales y jurisprudencia pertinente, la Sala de Primera Instancia del Tribunal sostuvo que “los elementos objetivos” del crimen de violación sexual en el Derecho Internacional son los siguientes:

- (i) La penetración, por más insignificante que esta sea:
  - a) De la vagina o ano de la víctima por el pene del perpetrador o por cualquier objeto usado por el perpetrador;
  - b) De la boca de la víctima por el pene del perpetrador;
- ii) Mediante coerción o fuerza o amenaza de fuerza contra la víctima o una tercera persona.<sup>81</sup>

La Sala de Primera Instancia encontró que en este caso los elementos del crimen de violación sexual se cumplían “cuando el Acusado B penetró la boca, la vagina y el ano de la Testigo A con su pene”<sup>82</sup>. La violación era atribuible al acusado porque la Sala de Primera Instancia del Tribunal encontró que, además, estos crímenes fueron cometidos como parte del proceso de interrogación en el que Furundzija había participado<sup>83</sup>. A pesar de que, en este caso no se tocó el tema del consentimiento, la Sala de Primera Instancia puso énfasis en “el sometimiento a cualquier forma de cautiverio”<sup>84</sup>.

La Sala de Primera Instancia observó un aumento en el esfuerzo de los cuerpos internacionales por referirse “al uso de la violación sexual en el curso de la detención e interrogación como medio de tortura y por lo tanto, como violación al derecho internacional”<sup>85</sup>. También observó que, cuando los elementos requeridos fuesen satisfechos, entonces la violación sexual también constituiría un crimen de lesa humanidad, una infracción grave a los Convenios de Ginebra, una violación a las leyes y costumbres de la guerra y/o un acto de genocidio<sup>86</sup>.

---

<sup>81</sup> Ídem. En: par. 185.

<sup>82</sup> Ídem. En: par. 271

<sup>83</sup> Ídem. En: par. 270.

<sup>84</sup> Ídem. En: para. 271.

<sup>85</sup> Ídem. En: par. 163.

<sup>86</sup> Ídem. En: par. 172.

En el proceso de determinación de una definición apropiada de tortura para ser utilizada en este caso, la Sala de Primera Instancia adoptó la definición de tortura de la Convención contra la Tortura<sup>87</sup>, la cual impone un requerimiento que establece que el/los perpetradores deben ser “funcionarios públicos”. Teniendo en cuenta que usualmente hay un gran número de personas involucradas en el proceso de tortura, la Sala destacó que las personas que participan en actos de tortura desempeñan distintas funciones (roles), y aclaró que cada uno de estos roles, incluso los relativamente menos importantes, devienen en responsabilidad penal individual por tortura<sup>88</sup>.

Más precisamente, la Sala de Primera Instancia sostuvo que es una tendencia en los actos de tortura, la de dividir el proceso y distribuir las tareas entre varios actores con la finalidad de “dividir” y “diluir” la carga moral y psicológica de perpetrar actos de tortura mediante la asignación de roles parciales a distintos perpetradores en el proceso de tortura. De esta manera, la primera persona ordena que se lleve a cabo la tortura, una segunda organiza el proceso a nivel administrativo y la tercera hace las preguntas mientras el detenido es torturado, una cuarta persona proporciona o prepara las herramientas para ejecutar la tortura, la quinta inflige la tortura en la víctima o le causa sufrimiento mental, la sexta proporciona algún tipo de asistencia médica para prevenir que el detenido muera a causa de la tortura o para prevenir que le queden marcas posteriores producto de la tortura, una séptima procesa los resultados de la interrogación, normalmente obtenidos bajo el sometimiento a tortura, y finalmente, la última recoge la información adquirida como resultado de la tortura. Todo lo anterior con la finalidad de revestir de inmunidad al torturador al momento del juzgamiento.<sup>89</sup>

Claramente, la Sala observó que el Derecho Internacional “considera a todas las personas mencionadas anteriormente, igualmente responsables” y que las distintas formas de participación solo deberían tener importancia al momento de emitir la condena<sup>90</sup>. Asimismo, la Sala de Primera Instancia, enfatizó que los distintos roles adoptados por Furundzija y por el Acusado B se complementaron en el proceso de tortura:

---

<sup>87</sup> Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Entró en vigor el 26 de junio de 1987, de conformidad con el artículo 27 (1).

<sup>88</sup> Ídem. En: par. 254.

<sup>89</sup> Ídem. En: par. 253.

<sup>90</sup> Ídem. En: par. 254, 257.

La Testigo A fue interrogada por el acusado. Esta fue forzada por el Acusado B a desvestirse y permanecer desnuda delante de un número significativo de soldados... El interrogatorio realizado por el acusado y el abuso por parte del Acusado B fueron paralelos entre ambos... No cabe ninguna duda de que el acusado y el Acusado B dividieron el proceso de interrogación adoptando distintas funciones. El rol del acusado fue el interrogar verbalmente, mientras que el rol del Acusado B fue el de atacar y amenazar con el fin de conseguir la información requerida de los Testigos A y D.<sup>91</sup>

La Sala de Primera Instancia extendió la lista de objetivos prohibidos en la definición de tortura de la Convención contra la Tortura para incluir “humillación”, sosteniendo que “entre los objetivos prohibidos de tortura se debe incluir también el de humillar a la víctima. Esta propuesta se encuentra garantizada por el espíritu general del derecho internacional humanitario: el propósito principal de este cuerpo legal es el de salvaguardar la dignidad humana”<sup>92</sup>. Aquí, la Sala de Primera Instancia encontró que “la Testigo A fue violada durante el transcurso de su interrogatorio con la intención de ser degradada y humillada”<sup>93</sup>. La Sala concluyó que el interrogatorio realizado por Furundzija, “constituyó una parte integral de la tortura”<sup>94</sup>, así como el ataque físico por parte del Acusado B, por lo que todas estas acciones “se convirtieron en un solo proceso”, y causaron graves sufrimientos mentales y físicos a la víctima.<sup>95</sup> Respecto a estos crímenes, la Sala encontró a Furundzija individualmente responsable como co-perpetrador de tortura por los actos de violencia sexual y como cómplice e instigador de ultrajes contra la dignidad incluyendo violación.<sup>96</sup>

Para ser considerado como perpetrador o co-perpetrador de tortura, el acusado debe “participar en una parte integral de la tortura y formar parte del objetivo de la tortura”<sup>97</sup>. Para ser cómplice o instigador de tortura debe haber algún tipo de asistencia “que tenga un efecto sustancial en la comisión del crimen y con conocimiento de que la tortura se está llevando a cabo”.<sup>98</sup>

<sup>91</sup> Ídem. En: par. 124, 130.

<sup>92</sup> Ídem. En: par. 162.

<sup>93</sup> Ídem. En: par. 124, 130.

<sup>94</sup> Ídem. En: par. 267(i).

<sup>95</sup> Ídem. En: par. 264.

<sup>96</sup> Ídem. En: par. 269, 275. Al distinguir entre un co-perpetrador y un ayudante o instigador, la Sala de Primera Instancia concluyó que aquel que participa en actos de tortura y “toma parte en el objetivo detrás de la tortura” es un perpetrador, mientras que, aquel que no comparte la intención pero “otorga algún tipo de asistencia y soporte teniendo el conocimiento” que está infligiendo tortura es un ayudante o instigador. Ídem. En: par. 252. Ver también. Ídem. En: par. 243, 245, 249, 257. La asistencia no solo requiere conocimiento, también requiere que se tenga “un efecto sustancial en la comisión de tortura”. Ídem. En: par. 234-235

<sup>97</sup> Ídem. En: par. 257

<sup>98</sup> Íbid.

Asimismo, la Sala de Primera Instancia sostuvo que ser forzado a presenciar una violación es una forma de tortura a la que fue sometido el Testigo D, quien fue interrogado y golpeado mientras que la Testigo A era violada en su presencia: “Los ataques físicos al Testigo D, así como también el hecho de que fue forzado a presenciar los ataques sexuales contra una mujer, en especial una mujer que él consideraba su amiga, le causó graves sufrimientos físicos y mentales”<sup>99</sup>. Sin embargo, se pudo haber argumentado que el haber sido violada en presencia de los soldados y/o del Testigo D fue un factor agravante en la tortura a la que fue sometida intencionalmente la Testigo A<sup>100</sup>.

La Sala de Primera Instancia, al analizar el cargo de “ultrajes contra la dignidad personal incluyendo violación”, consideró que la Testigo A “sufrió graves dolores físicos y mentales, así como humillaciones públicas en manos del Acusado B, constituyendo, ultrajes contra la su dignidad personal e integridad sexual”. A pesar que Furundzija no perpetró personalmente la violencia sexual infligida en la víctima, “su presencia y continua interrogación a la Testigo A, incitó al Acusado B y contribuyeron sustancialmente a la comisión de los actos criminales por parte de éste”<sup>101</sup>. Por estos crímenes, Anto Furundzija fue condenado a diez años de prisión de acuerdo al cargo de tortura y a ocho años de prisión por el cargo de ultrajes contra la dignidad personal, condenas que correrían de manera concurrente.<sup>102</sup>

Otro reto al que se enfrentó la sentencia de la Sala de Primera Instancia en la fase de apelación fue el alegato de que la evidencia de ataques sexuales presentada durante el juicio era insuficiente para alcanzar un nivel de tortura. A esto, la Sala de

---

<sup>99</sup> Ídem. En: par. 267(ii). Lamentablemente, la Sala de Primera Instancia no explicó, ni fundamentó su conclusión al sostener que el acusado había cometido un crimen de guerra contra la Testigo D, quien era miembro del mismo grupo que los perpetradores

<sup>100</sup> Ver. Sentencia Kvočka de la Sala de Primera Instancia, par. 149: “La presencia de espectadores, particularmente miembros familiares, también inflige grave daño mental que asciende a tortura en la persona que está siendo violada”

<sup>101</sup> Sentencia Furundzija de la Sala de la Primera Instancia.

<sup>102</sup> Al imponer condenas concurrentes, la Sala de Primera Instancia argumentó: la Testigo A fue torturada por medio de graves ataques sexuales y golpizas, y la Sala de Primera Instancia fue considerada como una forma particularmente perversa de tortura, con el propósito de imponer un agravante a la condena bajo el Cargo 13 [tortura]. Por otro lado, al evaluar la condena impuesta bajo el Cargo 14 [ultrajes contra la dignidad personal incluyendo violación], la Sala de Primera Instancia había [ya] considerado el hecho que la violación y el ataque sexual ascendían a ser una ofensa grave. Por lo tanto, la condena impuesta por ultrajes a la dignidad personal incluyendo violación debería cumplirse concurrentemente con la condena impuesta por tortura. Sentencia Furundzija de la Sala de Primera Instancia, nota supra 18, En: par. 295.

apelaciones encontró “inconcebible” que se pudiese argumentar que la violencia sexual no era lo suficientemente grave para llegar a ser tortura.<sup>103</sup>

Este caso sentó un precedente importante al confirmar que la violencia sexual cometida contra una sola mujer es una violación grave al Derecho Internacional y, por ende, merece ser juzgada por un Tribunal Penal Internacional<sup>104</sup>. Asimismo, en la fase de apelación, la defensa alegó que la evidencia de los ataques sexuales presentada durante el juicio era insuficiente para ser catalogada como tortura. Al respecto, la Sala de apelaciones encontró “inconcebible” que se pudiese argumentar, de esta manera, que la violencia sexual no es lo suficientemente grave para constituir tortura.<sup>105</sup>

Durante el juicio - que duró 11 días-juicio por un periodo de 5 meses -, surgieron diversos temas problemáticos. Entre ellos, la validez de aquellos testimonios hechos a un centro de apoyo para víctimas de violación sexual, la influencia del estrés post-traumático en los testimonios de las víctimas y la cuestionada imparcialidad de la juez Florence Mumba por haber laborado en la Comisión sobre el Estatuto de la Mujer de Naciones Unidas y tener intereses vinculados a temas de género. Si bien todos estos temas son dignos de análisis y comportan materias muy interesantes, no ahondaremos en ellos en la presente investigación.

## Conclusión

En conclusión, la sentencia Furundzija implicó un gran desafío para el TPIY, pues se trató de la primera sentencia en la historia donde se esbozó una definición de violación sexual como crimen internacional. Dentro del desarrollo realizado por el TPIY en esta sentencia, encontramos que los puntos más relevantes son: el establecimiento de

---

<sup>103</sup> Ídem. En: par. 113-14.

<sup>104</sup> Dado el rechazo histórico a los crímenes de violación, este proceso sentó un precedente importante al condenar la violación de una sola mujer (víctima) y no únicamente en conjunto con otros crímenes. Para una discusión más detallada sobre lo significativo de este caso, así como el tratamiento del la Sala de Primera Instancia a la credibilidad del testimonio de una víctima que supuestamente se encontraba sufriendo de estrés post-traumático o síndrome de trauma por violación, ver. ASKIN, Kelly D. *The International War Crimes Trial of Anto Furundzija: Major Progress Toward Ending the Cycle of Impunity for Rape Crimes*, 12 *Leiden J. Int'l L.* (1999).

<sup>105</sup> Ídem. En: par. 113-14.

los elementos que componen el crimen de violación sexual y el reconocimiento de la violación sexual como un mecanismo de tortura.

En cuanto al primer punto importante, la sentencia establece como los elementos que constituyen el crimen de violación sexual los siguientes:

- (ii) La penetración, por más insignificante que esta sea:
  - c) De la vagina o ano de la víctima por el pene del perpetrador o por cualquier objeto usado por el perpetrador;
  - d) De la boca de la víctima por el pene del perpetrador;
- (ii) Mediante coerción o fuerza o amenaza de fuerza contra la víctima o una tercera persona.

De esta manera, el TPIR, en esta sentencia hace un primer intento de definir la violación sexual. Como podemos observar, no hace mención alguna al consentimiento.

Sobre el segundo punto, encontramos que la sentencia encaja los actos que constituyen este crimen dentro de la definición de tortura establecida en la Convención Contra la Tortura y extendiendo la lista de objetivos prohibidos enumerados en dicha convención para incluir la “humillación” de la víctima. Asimismo, dentro del ámbito de la tortura, se destacó el desempeño de “roles” en las personas que participan en la realización de tortura, sosteniendo que cada uno de los roles representado, inclusive aquellos que pueden parecer menos importantes, devienen en responsabilidad penal individual. La única diferenciación permitida entre los roles es en el establecimiento de la condena, no en la adjudicación de responsabilidad por tortura. Otro aspecto importante en el desarrollo de la violación sexual como tortura fue la diferenciación entre perpetrador/co-perpetrador y cómplice/instigador. Aquí se sostuvo que para ser considerado perpetrador o co-perpetrador, la persona debe participar en una parte integral de la tortura y formar parte del objetivo de la tortura y para ser considerado cómplice o instigador debe haber algún tipo de asistencia que tenga un efecto sustancial en la comisión del crimen y con conocimiento de que la tortura se está llevando a cabo. Asimismo, el TPIR, en este caso, sostuvo que ser forzado a presenciar un acto de violación sexual es una forma de tortura.

Finalmente, un tercer punto a destacar, es el reconocimiento – por parte de este Tribunal - que las múltiples violaciones sexuales realizadas a una sola víctima pueden constituir un crimen guerra como tortura si se reúnen los requerimientos necesarios.

### 2.1.2.2 Caso Foca

#### Breve descripción del caso

Kunarac, Kovac y Vukovic fueron acusados por la Fiscal Louise Arbour por violaciones a las leyes y costumbres de la guerra y por crímenes de lesa humanidad, en concreto: violación sexual, tortura, esclavitud y atentados contra la dignidad de la persona.

Los antes mencionados participaron en una campaña serbia en el área de la municipalidad de Foca desde comienzos de 1992 hasta mediados de 1993. Dicha campaña fue parte del conflicto armado entre las fuerzas Serbias y las musulmanas alrededor de Foca. Uno de los propósitos de la campaña fue, entre otros, la eliminación de todos los musulmanes de esta zona; en este extremo, la campaña fue exitosa. Todo indicio musulmán fue eliminado, incluso el nombre del pueblo. Foca fue renombrado Srbinje y ahora se ubica en el territorio de la Republica Srpska. Hoy en día, prácticamente no se pueden encontrar musulmanes que residan en esa región. Para las fuerzas serbias, uno de los objetivos militares de esta campaña fue la población civil musulmana, sobre todo, la población femenina. El método empleado fue mayormente el de sembrar terror entre la población para finalmente lograr su expulsión. Generalmente, el terror se expresaba en la violenta destrucción de los símbolos religiosos musulmanes, todas las mezquitas en Foca fueron bombardeadas y hechas ruinas.

Se reunió a población en los pueblos alrededor de Foca, e incluso en las municipalidades vecinas de Kalinovik y Gacko. Los hombres eran separados de las mujeres y los niños, para luego sufrir largos periodos de tiempo de detención en la Prision KP Dom de Foca. Dichas detenciones no tenían justificación alguna y algunos de los hombres eran severamente maltratados al ser capturados, algunos eran asesinados instantáneamente, comúnmente en presencia de sus familiares o suficientemente cerca de ellos.

Las mujeres y niños de la región Foca eran llevados a puntos de recojo de basura, tales como Buk Bijela, un establecimiento al sur de Foca. Desde allí, eran transportados por medio de buses a la escuela secundaria de Foca, donde eran detenidos. Algunos de ellos eran luego llevados a otros lugares dentro y a los alrededores de Foca,

tales como el centro deportivo Partizan, que estaba sumamente cerca de la estación de policía, y de casas privadas en Milijevina y Trnovace. Allí se encontraban mujeres y niñas de las otras dos municipalidades. En estas localidades, el terror tomó otra dimensión, una muy personal.

El juicio contra los tres acusados, conocido también como “el caso del campamento de violaciones”, ha sido un claro ejemplo de como la sistemática violación sexual de mujeres de otra etnia es usada como “medio de guerra”. Puede ser desorientador sostener que la violación sistemática era empleada, específicamente, como “medio de guerra”, pues de esto podría derivarse que existía algún tipo de acuerdo, concertación u orden dada a las Fuerzas Armadas Serbias para que violen mujeres musulmanas como parte de sus actividades de combate<sup>106</sup>. Sin embargo, la Sala no encontró suficiente evidencia para sostener, jurídicamente, esta afirmación.

Lo que la evidencia sí demuestra es que las autoridades deberían haber tomado las medidas necesarias para proteger a las víctimas; no obstante, la policía local, que había sido tomada por los serbios, permitió la comisión de todo tipo de atrocidades sin tomar en cuenta el terrible sufrimiento generado. Más bien, la policía ayudó a vigilar a las mujeres detenidas, e inclusive, participaron en los maltratos. Cuando las mujeres se les acercaban a pedir ayuda contra sus agresores, estos aprovechaban para abusar físicamente de ellas. La evidencia también nos muestra mujeres y niñas, madres e hijas juntas, despojadas de sus últimos vestigios de dignidad humana; mujeres y niñas tratadas como ganado, como objetos de propiedad ante la arbitraria disposición de las fuerzas de ocupación serbias, para ser más específicos, a la total disposición de los tres acusados.

Asimismo, el conjunto de evidencia, manifiestamente, demuestra el efecto que una personalidad criminal puede tener en tiempos de guerra en miembros indefensos de la población civil. Las acciones de los tres acusados fueron parte de un ataque

---

<sup>106</sup> Actualmente, hay evidencia que indica que la violación sexual esta siendo usada como medio de guerra, en el conflicto en Libia. Múltiples noticieros internacionales sostienen que Muammar Gaddafi no solo ordena a sus soldados que cometan violaciones sexuales como parte de sus actividades militares, sino que además, les proporciona medicación para despertar su deseo sexual. Ver. **ANALYSIS: GADDAFI'S 'RAPE WEAPON'** *Luis Moreno-Ocampo, the chief prosecutor for the International Criminal Court (ICC), has said that he has evidence that Muammar Gaddafi, the Libyan leader, ordered his soldiers to use rape as a weapon of war: We have some information that the government gave viagra to soldiers to allow them to rape. So we are collecting this evidence and will go to judges adding the charge of rapes.* En: Aljazeera 09 Jun 2011. <http://english.aljazeera.net/video/africa/2011/06/2011699513250971.html>

sistemático a la población civil musulmana. Si bien, algunos de sus actos, en tiempos de paz, podrían sin duda ser considerados como crimen organizado, estos tenían conocimiento del conflicto armado latente en la región de Foca, toda vez que participaron en el mismo como soldados en distintas unidades. De igual manera, tenían conocimiento de que uno de los principales propósitos de esa campaña era expulsar a los musulmanes de esa región y estaban al tanto de que una manera de lograr esto era aterrorizando a la población civil musulmana, a tal punto que no pudiesen ni considerar retornar a ese lugar. Los tres acusados tenían conocimiento del patrón general de los crímenes, especialmente el de detener a mujeres y niñas en distintas localidades donde para luego ser violadas. Las acciones perpetradas por los tres acusados, demuestran que, más allá de cualquier duda razonable, tenían conocimiento de los centros de detención y de la práctica sistemática de transferir a las mujeres y niñas a establecimientos para ser abusadas sexualmente por hombres Serbios.

### Aportes de la Sentencia<sup>107</sup>

La Sala de Primera Instancia del TPIY emitió la histórica sentencia Foca el 22 de febrero de 2001. En este innovador caso, el Tribunal condenó a uno de los acusados de violación y de esclavitud como crímenes de lesa humanidad por conductas que constituían esclavitud sexual al ser las víctimas recluidas en determinadas localidades para ser repetidamente violadas durante periodos de días, semanas o hasta meses. Esta sentencia emitió la primera condena por violación como crimen de lesa humanidad en el marco del TPIY y la primera en la historia por esclavitud conjuntamente con violación. De esta manera, la Sala, realizó extensos enunciados respecto a los indicios de esclavitud y más adelante aclaró el contenido de los elementos de violación sexual y tortura en el marco del Derecho Internacional.<sup>108</sup> Cada uno de los acusados fue acusado y condenado por diversos crímenes de alguna manera relacionados al género, incluyendo violación, tortura, esclavitud y ultrajes contra la dignidad personal. El

---

<sup>107</sup> Sentencia *Prosecutor v. Kunarac, Kovac y Vukovic*. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, 22 Feb. 2001 [en adelante, sentencia Foca de la Sala de Primera Instancia].

<sup>108</sup> Ver. MARAVILLA Christopher Scott, *Rape as a War Crime: The Implications of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia's Decision in Prosecutor v. Kunarac, Kovac, & Vukovic on International Humanitarian Law*, 13 Fla. J. Int'l L. 321 (2001); ASKIN, Kelly D. *The Kunarac Case of Sexual Slavery: Rape and Enslavement as Crimes Against Humanity*, in 5 *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals* (Andre Klip & Gumoran Sluiter eds., forthcoming 2003).

Dictamen de Acusación Original fue innovador en sí mismo, dado que se centró en ocho acusados, los cuales fueron cada uno acusado de distintas formas de violencia sexual. Las acusaciones se enfocaron exclusivamente en aquellos crímenes sexuales cometidos en la Municipalidad de Foca.<sup>109</sup> El juicio se llevo a cabo en contra de tres de los acusados que se encontraban bajo custodia del Tribunal, siendo estos, Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic. Durante el periodo contemplado en el Dictamen de Acusación Modificado, Kunarac era líder de una Unidad Especial de Reconocimiento del Ejército Serbio-Bosnio y Kovac y Vukovic miembros de la Unidad Miliar Serbio-Bosnia en Foca.<sup>110</sup>

De acuerdo al Dictamen de Acusación Modificado, las fuerzas militares serbias tomaron en su poder la Municipalidad de Foca durante la primavera de 1992, con lo cual la milicia reunió a las personas del pueblo y separó a los hombres musulmanes y croatas de las mujeres y niños, transportando a estos dos grupos a localidades de detención. Las fuerzas militares mantuvieron encerrados a mujeres y niños en gimnasios y colegios. En estos establecimientos, los militares violaron sistemática, grupal y públicamente a muchas de las mujeres y niñas que tenían en cautiverio; otras eran rutinariamente llevadas fuera de las localidades para ser violadas y luego eran regresadas; e inclusive otras permanecían fuera de las localidades para ser usadas como esclavas sexuales en otros lugares, así estarían disponibles para sus captores en cualquier momento.

La Sala de Primera Instancia manifestó estar de acuerdo con los elementos del crimen de violación sexual en el marco del Derecho Internacional. Sostuvo que estaba de acuerdo en que los elementos mencionados en la Sentencia Furundzija constituían el *actus reus* del crimen de violación sexual según el Derecho Internacional y además encontró que el párrafo (ii) sobre la clasificación de los elementos en Furundzija era más estrecha que la requerida por el Derecho Internacional<sup>111</sup> y que debería ser interpretada de acuerdo al consentimiento:

---

<sup>109</sup> Acusación *Prosecutor v. Gagovic*, IT-96-23, 26 de Junio 1996.

<sup>110</sup> Sentencia Foca de la Sala de Primera Instancia, En: par. 49, 51, 52.

<sup>111</sup> Los elementos objetivos del crimen de violación sexual fueron articulados en Furundzija, siendo estos: (i) la penetración sexual, por más leve que esta sea: (a) de la vagina o del ano de la víctima por el pene del perpetrador o por cualquier otro objeto usado por el perpetrador; o (b) de la boca de la víctima por el pene del perpetrador; (ii) mediante coerción o fuerza o amenaza de fuerza contra la víctima o una tercera persona. La sentencia Furundzija de la Sala de Primera Instancia, nota supra 200, En: par. 185.

Al establecer que el acto relevante de penetración sexual sería constitutivo de violación sexual, solo si es acompañado de coerción o fuerza o amenaza de fuerza contra la víctima o contra una tercera persona, la definición de Furundzija no se refiere a los otros factores que derivarían en un acto sexual no-consentido o involuntario por parte de la víctima.<sup>112</sup>

Por lo tanto, la Sala de Primera Instancia identificó tres categorías de factores para determinar cuando la actividad sexual debería ser clasificada como violación. Así, según la Sala existe violación cuando:

- (i) La actividad sexual es acompañada de fuerza o amenaza de fuerza a la víctima o a un tercero;
- (ii) La actividad sexual es acompañada de fuerza o por varias otras circunstancias específicas que hagan a la víctima particularmente vulnerable o que invaliden su habilidad de dar un rechazo informado;
- (iii) La actividad sexual ocurre sin el consentimiento de la víctima.<sup>113</sup>

Asimismo, dicha Sala señaló que es importante reconocer la vulnerabilidad o el engaño cuando la víctima es incapaz de negarse al acto sexual debido a impedimentos como “una incapacidad de naturaleza perdurable o cualitativa (ej. Enfermedad física o mental, o no haber alcanzado la mayoría de edad) o de naturaleza temporal o circunstancial (ej. Encontrarse sometido a algún tipo de presión psicológica o de otra manera, encontrarse en un estado de incapacidad para oponer resistencia)”<sup>114</sup>. Además, el efecto clave de factores como el de sorpresa, engaño o distorsión, es que la víctima es incapaz de ofrecer un “rechazo informado o razonado”. En todas estas circunstancias, el deseo de la víctima es superado o su habilidad para rechazar libremente los actos sexuales estará invalidada temporal o permanentemente<sup>115</sup>. Estos factores están centrados en violaciones a la autonomía sexual, los cuales deberían ser considerados como el estándar para determinar cuándo una actividad sexual constituye violación.

Al interpretar las conclusiones respecto a los elementos de violación, la Sala sostuvo que el *actus reus* del crimen está “conformado por: la penetración sexual, por más insignificante que esta sea: (a) de la vagina o ano de la víctima por el pene del perpetrador o por cualquier objeto usado por el perpetrador; o (b) de la boca de la víctima por el pene del perpetrador; donde tal penetración ocurra sin el consentimiento

---

<sup>112</sup> Ídem. En: par. 442.

<sup>113</sup> Ídem. En: par. 438.

<sup>114</sup> Ídem. En: par. 452.

<sup>115</sup> Íbid.

de la víctima”<sup>116</sup>. En este contexto, el consentimiento debe ser manifestado voluntariamente “como resultado de la libre voluntad de la víctima, evaluando el contexto de las circunstancias en las que se encuentra”<sup>117</sup>. Mientras que, “el *mens rea*”<sup>118</sup> se satisface mediante la demostración de un intento de efectuar la penetración sexual con el conocimiento de que esto ocurre sin el consentimiento de la víctima”<sup>119</sup>.

La Sala de Primera Instancia también interpretó la aplicación de la Regla 96 de las Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal que dirigen la evaluación de los elementos probatorios en casos de ataque sexual. La Regla 96 establece que en casos de violencia sexual:

- (i) No se requerirá corroboración del testimonio de la víctima:
- (ii) El consentimiento no será permitido como argumento de defensa si la víctima:
  - (a) Ha sido sometida o amenazada o ha tenido razón para temer por violencia, coacción, detención, opresión psicológica, o
  - (b) Creía de manera razonable que si la víctima no se sometía, otra persona sería sometida, amenazada o atemorizada.
- (iii) Antes de ser admitida la evidencia sobre el consentimiento de la víctima, el acusado deberá convencer, a puerta cerrada, a la Sala de Primera Instancia que la evidencia es razonable y creíble;
- (iv) La conducta sexual previa de la víctima no será admitida como evidencia.<sup>120</sup>

Al interpretar consistentemente el subelemento (ii) de la Regla 96 en conjunto con el elemento de violación mencionado líneas arriba, la Sala de Primera Instancia estableció que entiende la referencia al consentimiento como una “defensa” en la Regla 96, la cual es un indicativo de la intención que tuvieron los legisladores al adoptar dicha regla, sobre qué circunstancias deberían ser consideradas como anulatorias de cualquier consentimiento aparente. Esto concuerda con la jurisprudencia contemplada en este trabajo y obedece al sentido común respecto al significado de genuino consentimiento cuando la víctima se encuentra “sometida, amenazada o tiene razón suficiente para

<sup>116</sup> Ídem. En: par. 460.

<sup>117</sup> Ver. Regla 96 de las Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIY, La Prueba en Casos de Ataque Sexual, IT32/Rev. 21, 12 de Julio 2001.

<sup>118</sup> *Mens Rea* es una expresión del Derecho Común Anglosajón que podría traducirse como “elemento objetivo del tipo penal”, pero esta no es exacta, por lo que dejaremos la expresión en latín tal y como está redactada en las sentencias.

<sup>119</sup> Sentencia Foca de la Sala de Primera Instancia, nota supra 43, En: par. 464.

<sup>120</sup> Ídem. En par. 644-45.

temer violencia, coacción, detención, o presión psicológica” o “cree de manera razonable que si [él o ella] no se someten, otro será sometido, amenazado o atemorizado”<sup>121</sup>. Entonces, cualquier consentimiento aparente que podría haber sido expresado por la víctima no es producto de su libre voluntad, por lo que, el segundo aspecto de la definición de la Sala se vería satisfecho. Los factores mencionados en la Regla 96, claramente, no son los únicos factores que invalidarían el consentimiento. Sin embargo, la referencia a ellos - en la Regla - sirve para dotar de fuerza la afirmación de que el consentimiento será considerado ausente en aquellas circunstancias, a no ser que sea dado libremente.<sup>122</sup>

A pesar que todas las víctimas en este caso se encontraban recluidas cuando los crímenes fueron cometidos, el Tribunal consideró el consentimiento en un caso: cuando el acusado Kunarac, burlándose eficazmente de la Regla 96, alegó error de hecho – manifestó que pensó que la víctima si había consentido el acto. La evidencia revela que una de las testigos formó parte activa del crimen, iniciando la actividad sexual con Kunarac después de haber sido amenazada con sufrir graves consecuencias si es que no seducía y complacía sexualmente al acusado. Kunarac manifestó que dadas las acciones de la víctima al iniciar los actos sexuales, pensó que estos eran consentidos. La Sala de Primera Instancia rechazó la idea de que la víctima había consentido el acto sexual o que el acusado podría haber creído de manera razonable que si había consentimiento por parte de la víctima, manifestando asertivamente que:

Sala de Primera Instancia está convencida que ha sido probado mas allá de cualquier duda razonable que D.B. también tuvo relaciones sexuales posteriormente con Dragoljub Kunarac, en las cuales formó parte activa quitándole el pantalón al acusado y besándolo por todo el cuerpo antes de tener relaciones vaginales con el<sup>123</sup>...

Sin embargo, la Sala de Primera Instancia aceptó el testimonio de D.B., quien manifestó que antes de que ocurriesen las relaciones sexuales había sido amenazada de muerte por “Gaga” si es que no satisfacía los deseos de su comandante, el acusado Dragoljub Kunarac. La Sala aceptó la evidencia de D.B., la cual demostraba que ella

---

<sup>121</sup> Sentencia Foca de la Sala de Primera Instancia. Loc. cit.

<sup>122</sup> Sentencia Foca de la Sala de Primera Instancia, nota supra 43, En: par. 464. Nota supra 15: Ver. *Prosecutor v. Kunarac, Judgement*, IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, 22 Feb. 2001, En: par. 467-97 (señalando que “*The Trial Chamber concludes that the definition of torture under international humanitarian law does not comprise the same elements as the definition of torture generally applied under human rights law*”) Ídem. En par. 496.

<sup>123</sup> Ídem. En: par. 644.

misma había iniciado el acto sexual con Kunarac por la única razón de tener miedo a que “Gaga” la causara la muerte si no lo hacía.<sup>124</sup>

La Sala de Primera Instancia rechazó la queja presentada por Kunarac, en la cual manifestaba no haber tenido conocimiento que la víctima había iniciado los actos sexuales por temor a ser asesinada, encontrando poco creíble que Kunarac podría haber sido confundido por las acciones de D.B., particularmente, considerando la situación de guerra en curso y el hecho de que la víctima se encontraba detenida por fuerzas hostiles<sup>125</sup>. Kunarac también fue encontrado responsable de haber violado y torturado a muchas más mujeres y niñas, seleccionándolas para ser abusadas por el solo hecho de ser musulmanas. La Sala de Primera Instancia consideró que:

El tratamiento que Dragoljub Kunarac reservó para sus víctimas musulmanas estuvo motivado únicamente por su raza, tal y como fue probado en las ocasiones en que el acusado se dirigió a sus mujeres víctimas diciendo que darían a luz bebés serbios, o manifestando que deberían -disfrutar el hecho de estar siendo violadas por hombres serbios-.<sup>126</sup>

Estableciendo que no es necesario que la discriminación sea la única razón por la cual se comente el crimen<sup>127</sup>. De este modo, la Sala de Primera Instancia concluyó que la discriminación contra mujeres y niñas se debió a la razón por la cual fueron escogidas para ser violadas, pero esta no es necesariamente la única razón. Pronunciándose sobre el gran impacto del crimen, la Sala puso énfasis en el hecho que “la violación es uno de los peores sufrimientos que un ser humano puede infligir en otro”.<sup>128</sup> Kunarac fue considerado individualmente responsable de los crímenes como resultado de su participación como perpetrador, instigador y cómplice o incitador de violencia sexual<sup>129</sup>.

Asimismo, la fiscalía acusó a Vukovic de violación y tortura por determinados actos de violencia sexual cometidos contra mujeres y niñas en la localidad de Foca. Al contestar los alegatos de tortura sexual, Vukovic sostuvo - una vez probado que había cometido violación sexual -, “que este lo había hecho debido a una necesidad de naturaleza sexual, no por odio” manifestando que no había cometido violación con la

---

<sup>124</sup> Ídem. En: par. 645.

<sup>125</sup> Ídem. En: par. 646.

<sup>126</sup> Ídem. En par. 654.

<sup>127</sup> Ídem.

<sup>128</sup> Ídem. En par. 655.

<sup>129</sup> Ídem. En par. 656 (señalando que , “Por violar a D.B el mismo y por llevarla junto con FWS-75 a la casa Ulica Osmana Dikica N°16, al menos dos veces, para ser violadas por otros hombres, el acusado Dragoljub Kunarac, entonces, cometió los crímenes de tortura y violación como perpetrador principal, y ayudó e instigó a los otros soldados en su rol como perpetradores principales por trasladar a las dos mujeres a Ulica Osamana Dikica N° 16)

intención de lograr un objetivo prohibido, necesario para configurar tortura.<sup>130</sup> No obstante, la Sala aclaró que “lo único relevante en este contexto es haber tenido conocimiento del ataque a la población civil musulmana de la cual su víctima era miembro, y para el propósito de tortura, el haber tenido la intención de discriminar entre el grupo del cual el es miembro y el grupo al cual pertenecía la víctima”<sup>131</sup>

El Tribunal hizo hincapié en el hecho de que la tortura puede ser cometida por un sin número de razones, solo se necesita que uno de los objetivos prohibidos sea parte de la motivación detrás del acto, no es necesario que sea la motivación principal:

No existe requerimiento alguno en el Derecho Internacional Consuetudinario que implique que la conducta deba ser únicamente perpetrada con uno de los objetivos prohibidos de tortura, tales como discriminación. El objetivo prohibido solo necesita ser parte de la motivación detrás de la conducta y no necesita ser predominante o ser el único objetivo.<sup>132</sup>

El Tribunal, posteriormente encontró a Vukovic responsable de tortura como crimen de guerra y de “ultrajes contra la dignidad personal” por la violencia sexual cometida contra mujeres y niñas, a las cuales mantuvo en condiciones de esclavitud. El ultraje contra la dignidad personal es un acto “animado por el desprecio a la dignidad humana de otra persona. El corolario es que el acto debe causar grave humillación o degradación a la víctima”<sup>133</sup>. La Sala del Tribunal en el caso Kunarac, resaltó que el sufrimiento no necesitaba ser de larga duración, “siempre que la humillación o degradación sea real y grave, la Sala de Primera Instancia no ve razón alguna por la cual también debería ser ‘duradera’<sup>134</sup>.

Al condenar a Kovac de ultrajes contra la dignidad personal por situaciones en las que se obligó a mujeres y niñas a bailar desnudas en un mesa, individualmente o en grupo, mientras Kovac y/o a veces otros miraban la escena para su propio entretenimiento, la Sala de Primera Instancia sostuvo que:

[KOVAC] definitivamente tenía conocimiento que el hecho de tener que pararse desnuda en una mesa mientras el acusado observaba constituía una experiencia dolorosa y humillante para las tres mujeres involucradas, sobre todo, dada su escasa edad. La Sala de Primera Instancia está convencida de que Kovac debe haber tenido eso en cuenta, pero aun así, les ordenó que lo complacieran bailando desnudas para él. El Estatuto no requiere que el perpetrador tenga la

<sup>130</sup> Ídem. En par. 816.

<sup>131</sup> Ídem.

<sup>132</sup> Ídem.

<sup>133</sup> Sentencia *Prosecutor v. Aleksovski*, IT-95-14/1-T, 25 June 1999, En par. 56 [de ahora en adelante Sentencia Aleksovski del Sala de Primera instancia]. La Sentencia Aleksovski de la Sala de Primera Instancia elaboró extensas recomendaciones respecto a esta ofensa. Ver. Ídem. En par. 54-57.

<sup>134</sup> Sentencia Kunarac de la Sala de Primera Instancia, nota supra 43, En par. 501.

intención de humillar a su víctima, en otras palabras, que haya perpetrado el acto por esa específica razón. Es suficiente que haya tenido conocimiento de que su acto u omisión podría tener ese efecto<sup>135</sup>. De esta manera, así el acusado haya forzado a estas niñas menores a bailar desnudas para su propio entretenimiento o para degradarlas sexualmente, el Tribunal puede considerar a un acusado responsable del crimen de guerra de ultrajes contra la dignidad personal si el efecto fuese una grave humillación. La Sala, reconoció notablemente que la desnudez forzada podría tener como consecuencia lógica una grave humillación. Tal y como se demostró en la sentencia Akayesu, la desnudez forzada no está limitada solamente a cargos de “ultrajes contra la dignidad pública” o incluso solamente a crímenes de guerra.<sup>136</sup>

Tal y como fue mencionado anteriormente, uno de los aspectos más destacados de esta sentencia se encuentra en su desarrollo respecto al crimen de esclavitud, particularmente en relación a los crímenes de género. La Sala de Primera Instancia elaboró amplias innovaciones relacionadas a la esclavitud como crimen de lesa humanidad, respecto a aquellos actos que esencialmente constituían esclavitud sexual. Teniendo en cuenta que el Derecho Internacional, en especial la Convención sobre la Esclavitud<sup>137</sup>, ha definido la esclavitud como “el estado o condición de una persona sobre la cual alguno o todos las potestades relacionadas al derecho de propiedad son ejercidas”<sup>138</sup>, la Sala de Primera Instancia sostuvo que el *actus reus*<sup>139</sup> del crimen de esclavitud es “el ejercicio de alguna o todas las potestades relacionadas al derecho de propiedad sobre una persona.” El *mens rea* es el ejercicio intencional de dichas potestades<sup>140</sup>.

El Tribunal encontró que los indicios de esclavitud pueden incluir sub-elementos de control y propiedad, la restricción o control de la autonomía de un individuo, de la libertad de elección o de la libertad de movimiento; la adquisición de alguna ganancia para el perpetrador, la ausencia de consentimiento o de libre albedrío, la explotación; “la exacción de trabajo o servicio forzado u obligatorio, a menudo sin remuneración y usualmente, aunque no necesariamente, involucrando abusos físicos”; sexo, prostitución, tráfico de personas, afirmación de exclusividad; sometimiento a tratos crueles y abuso y control de la sexualidad.<sup>141</sup> El Tribunal también pudo considerar la duración como un factor al establecer si una persona ha sido sometida a esclavitud. Más

---

<sup>135</sup> Ídem. En par. 773-74.

<sup>136</sup> *Ibid.*

<sup>137</sup> Convención sobre la Esclavitud. Firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926. Entrada en vigor: 9 de marzo de 1927, de conformidad con el artículo 12.

<sup>138</sup> Convención sobre la Esclavitud. Artículo 1, inciso 1.

<sup>139</sup> *Actus Reus* es una expresión en latín usada en el Derecho Común Anglosajón que podría ser traducida como elemento objetivo del tipo penal, pero al no ser una traducción exacta, dejaremos la expresión original.

<sup>140</sup> Ídem. En par. 540.

<sup>141</sup> Ídem. En par. 542.

aun cuando la adquisición o disposición de una persona a cambio de una ganancia monetaria u otra no es un requisito para determinar la existencia de esclavitud, tales actos son “ejemplos fundamentales” al ejercer el derecho de propiedad sobre una persona.<sup>142</sup> La mayoría de las víctimas en este caso fueron sometidas a esclavitud por semanas o meses, durante las cuales fueron violadas repetida y sistemáticamente por el acusado u otros durante todo o parte del tiempo que estuvieron en cautiverio. En algunos casos el acusado entregó a las víctimas las llaves de la casa en la que estaban siendo recluidas; en otros casos, ocasionalmente encontraban abierta la puerta de la casa o departamento donde se encontraban. La Sala de Primera Instancia consideró la ausencia de barreras físicas, irrelevante a la luz de la presencia de barreras psicológicas o logísticas. En la sentencia se determinó respecto a la responsabilidad del acusado Kunarac por esclavitud que:

Los testigos no tenían la libertad de irse a donde quisiesen, incluso si –tal y como fue manifestado por FWS-191– en algún momento les eran entregadas las llaves de la casa. Remitiéndose a los fundamentos de hecho respecto a los antecedentes generales, la Sala de Primera Instancia acepta que las niñas –tal y como fue descrito por FWS-191– no tenían a donde ir y no tenían lugar alguno donde esconderse de Dragoljub Kunarac y de DP6, incluso si intentaban abandonar la casa.<sup>143</sup>

De esta manera, el entregarle las llaves aquellas mujeres que se encontraban detenidas para que asegurasen la puerta con el fin de mantener fuera a otros potenciales violadores, demuestra que, efectivamente, los perpetradores mantenían a estas mujeres recluidas para su exclusivo uso y abuso, ejerciendo derecho de propiedad sobre ellas.

La Sala de Primera Instancia alcanzó una conclusión similar respecto al estado de esclavitud de las mujeres y niñas encerradas en el departamento de Kunarac:

Las niñas no podían dejar, y no dejaban el departamento sin ser acompañadas por uno de los hombres. Cuando los hombres estaban fuera, se quedaban encerradas en el departamento sin forma alguna de poder salir. Solo cuando los hombres estaban allí es que se podía mantener la puerta abierta. Pese al hecho de que la puerta podría haber estado abierta en presencia de los hombres, la Sala de Primera Instancia está convencida que las niñas se encontraban psicológicamente impedidas de irse, toda vez que no hubiesen tenido a donde ir si intentaban escapar. Además, también tenían presente los riesgos involucrados si es que eran recapturadas.

La Sentencia concluyó convincentemente que ni la restricción física, ni la detención eran elementos requeridos para que se configure el crimen de esclavitud. La sentencia aceptó, de manera implícita, al miedo a la represalia por escape, en caso de recaptura, como razón válida para que las mujeres detenidas se sintiesen

---

<sup>142</sup> Ídem. En par. 542-43.

<sup>143</sup> Ídem. En par. 740.

psicológicamente impedidas de escapar de los establecimientos. Además, les era imposible irse mientras el conflicto se encontraba desenvolviéndose en su máxima expresión y las fuerzas armadas hostiles estaban aún presentes en el área.

Al condenar a Kunarac por violación sexual y esclavitud como crímenes de lesa humanidad, la Sala de Primera Instancia sostuvo que éste había mantenido en cautiverio a mujeres y niñas contra su voluntad, las había tratado como propiedad personal, forzándolas a prestarle servicios sexuales y domésticos a su total discreción:

FWS-191 fue violada continua y constantemente por Dragoljub Kunarac, y FWS-186 por DP6 mientras se encontraba en la casa de Trnovaec. Kunarac, de hecho reafirmó su derecho de exclusividad sobre FWS-191 prohibiendo que cualquier otro soldado la violase. La Sala de Primera Instancia está convencida que Kunarac estaba informado que DP6 violaba continua y constantemente a FWS-186 durante este periodo, tal y como él lo hacía con FWS-191(...)

La Sala de Primera Instancia está convencida que a FWS-191 y a FWS-186 les fue negado todo control sobre sus vidas por Dragoljub Kunarac y DP6 durante su estadía en el lugar. Tuvieron que obedecer órdenes de todo tipo y no tuvieron ninguna opción real de escapar de la casa en Trnovaec o de sus asilantes. También fueron sujetas a otros tipos de maltratos, tales como soportar que Kunarac invitara a algún soldado a la casa con el fin de violar a FWS-191 a cambio de cien Deutschemarks si es que el soldado así lo deseaba. En otra ocasión, Kunarac trató de violar a FWS-191 mientras se encontraba en una cama de hospital, frente a otros soldados.. La Sala de Primera instancia está convencida que Kunarac y DP6 establecieron estas condiciones de vida para las víctimas. Ambos perpetraron individualmente el acto de esclavitud. Al participar en el establecimiento de las condiciones de vida que se mantendrían en la casa, Kunarac además ayudó e incitó a DP6 a cometer esclavitud contra FWS-186.<sup>144</sup>

Finalmente, el acusado Kovac vendió, por lo menos, a dos niñas. Una de ellas, una niña de ocho años que antes de ser vendida a un soldado que estaba de pasada por el lugar a cambio de una caja de detergente, fue violada y sometida a esclavitud repetidas veces. La otra fue también sometida a esclavitud sexual durante siete días, aproximadamente.

Radomir Kovac detuvo a FWS-75 y A.B por una semana, y a FWS-87 y A.S por cuatro meses en su departamento, encerrándolas y encarcelándolas psicológicamente y por lo tanto, privándolas de su libertad personal. Durante este tiempo, tuvo control total de sus movimientos, privacidad y trabajo. Las obligó a servirlo, a cocinarle y a hacer los quehaceres de la casa por él. Kovac las sometió a tratos degradantes incluyendo golpizas y otros tratos humillantes.

---

<sup>144</sup> Ídem. En par. 741-42.

El Tribunal de Primera Instancia encuentra gratuita la conducta que Radomir Kovac tuvo respecto a las dos mujeres al abusar de ellas, humillarlas y al ejercer su derecho de propiedad de facto como le placía. En términos prácticos, las poseyó, fue su dueño y tuvo total control sobre su destino, las trató como si fuesen de su propiedad.<sup>145</sup>

La Sala de Primera Instancia encontró que la manifestación de una libre voluntad es imposible o irrelevante ante la presencia de ciertas condiciones, tales como “la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coerción; el temor a la violencia, el engaño u otras falsas promesas; el abuso de poder; el estado de vulnerabilidad de la víctima; la detención o encarcelamiento; la opresión psicológica o ciertas condiciones socio-económicas”.<sup>146</sup>

Esta sentencia se hizo cargo de resaltar que tener el control sobre la autonomía de una persona u obligar a una persona a prestar servicios sexuales podrían ser indicios de esclavitud, pero que dichos indicios no constituyen elementos del crimen. Los hechos del caso demuestran que la esclavitud y la violación sexual estaban inseparablemente enlazadas y que el acusado sometió a esclavitud a niñas y mujeres como medio para perpetrar violaciones sexuales continuas. Dado que la motivación principal, pero necesariamente exclusiva detrás del sometimiento a esclavitud, era la de retener a mujeres y niñas para tener acceso sexual a ellas cuando quisiese y como quisiese. La calificación más apropiada para este tipo de acto criminal es: esclavitud sexual.<sup>147</sup> Lamentablemente, el término “esclavitud sexual” nunca fue usado en el marco de la sentencia.

La sentencia de la Sala de Apelaciones del 12 de Junio de 2002 confirmó y reafirmó los fundamentos respecto a violación, tortura y esclavitud de la sentencia de la Sala de Primera Instancia<sup>148</sup>. Sin embargo, rechazó la afirmación de que la resistencia, la fuerza o la amenaza de fuerza son elementos del crimen de violación sexual, puesto que dichos factores solo constituyen evidencia de ausencia de consentimiento<sup>149</sup>. Sin embargo, encontró que la violación sexual no solo puede constituir tortura, sino que es

---

<sup>145</sup> Ídem. En par. 780-81.

<sup>146</sup> Ídem. En par.542. Ésta conclusión fue sostenida respecto a esclavitud, aun que está ampliamente reconocido que uno nunca puede consentir crímenes como esclavitud y tortura.

<sup>147</sup> Para una explicación reciente de porque esclavitud sexual es la categorización legal apropiada para este acto, y en particular, porque es preferida sobre “prostitución forzada”, Ver. *Prosecutors v. Hirohito Emperor Showa, The Women's International War Crimes Tribunal for the Trial of Japan's Military Sexual Slavery Judgement*, En par. 147-52.

<sup>148</sup> Ver. *Summary of the ICTY elements in Prosecutor v. Kunarac*, Judgement, IT-96-23 & IT-96-23/1, 12 June 2002, (Sentencia Kunarac de la Sala de Apelaciones).

<sup>149</sup> Ídem. En par. 128-29.

además un acto que “establece sufrimiento sobre que aquellos en los que es infligida.”<sup>150</sup>

## Conclusión

Para concluir el análisis de esta sentencia, debemos señalar los aportes más relevantes que hemos podido extraer. En primer lugar, el TPIY en este caso señala estar de acuerdo con la definición expuesta en Furundzija, en la que se hace una descripción mecánica de las partes del cuerpo involucradas en la violación sexual. Sin embargo, agrega una precisión, al establecer que además de las partes involucradas, se deben tener en cuenta las siguientes tres categorías para determinar cual la actividad sexual debe ser catalogada como violación:

- (iv) La actividad sexual es acompañada de fuerza o amenaza de fuerza a la víctima o a un tercero;
- (v) La actividad sexual es acompañada de fuerza o por varias otras circunstancias específicas que hagan a la víctima particularmente vulnerable o que invaliden su habilidad de dar un rechazo informado;
- (vi) La actividad sexual ocurre sin el consentimiento de la víctima

Como podemos observar, la Sala de Primera Instancia en este caso, agrega el elemento de ausencia de consentimiento; sin embargo, hace una precisión, al sostener que el consentimiento debe ser manifestado voluntariamente como resultado de la libre voluntad de la víctima, evaluado el contexto de las circunstancias en las que se encuentra. Respecto a este punto, la Sala de Apelaciones reafirmó la definición expuesta por la Sala de Primera Instancia; no obstante, buscó explicar – sin la intención de rechazar la jurisprudencia de la Sala de Primera Instancia - la relación entre la fuerza o la amenaza de ésta y el consentimiento. Al respecto, sostuvo que la fuerza o la amenaza de esta son evidencias claras de ausencia de consentimiento, pero esta no constituye un elemento del crimen de violación, pues deben evaluarse las circunstancias en las que la actividad sexual se produjo, ya que en muchos casos, solo el contexto es suficiente para deducir la falta de consentimiento.

---

<sup>150</sup> Ídem. En par. 150.

En segundo lugar, el TPIY en este caso se enfrentó con situaciones donde la violación sexual estaba enmarcada en un contexto en esclavitud, a lo que determinó que los indicios de esclavitud pueden incluir sub-elementos de control y propiedad, incluyendo sexo, prostitución, tráfico de personas, afirmación de exclusividad; sometimiento a tratos crueles y abuso y control de la sexualidad. Concluyendo que el control sobre la autonomía de una persona u obligar a una persona a prestar servicios sexuales, podría, dependiendo el caso, ser indicio de esclavitud.

Por último, dicha Sala también se manifestó respecto a la violación sexual como mecanismo de tortura, sosteniendo que no existe requerimiento alguno dentro Derecho Internacional Consuetudinario que indique que la conducta deba ser únicamente perpetrada con uno de los objetivos prohibidos de tortura, tales como discriminación, sino que dicho objetivo prohibido solo necesita ser parte de la motivación detrás de la conducta y no necesita ser el objetivo predominante o el único. A este análisis, la Sala de Apelaciones agregó que, fuera del marco de la Convención contra la Tortura, el requerimiento del "funcionario público" no es un requerimiento de acuerdo al Derecho Internacional Consuetudinario en relación a la responsabilidad penal individual por tortura como crimen de lesa humanidad.

### 2.1.2.3 Caso Kvoka

#### Breve descripción del caso

El Fiscal Graham Blewitt imputó a Miroslav Kvočka, Dragoljub Prcac, Milojica Kos, Mladjo Radic y Zoran Zigic por crímenes de lesa humanidad y violaciones a las leyes y costumbres de la guerra según consta en el Dictamen de Acusación Modificado de fecha 21 de agosto de 2000. Entre estas imputaciones estuvo incluida la de violación sexual como crimen de lesa humanidad.

Los 5 acusados eran trabajadores en el campamento Omarska, durante el periodo en el que ocurrieron los hechos. Kvočka, Radic y Zigic tenían el cargo de policías. Zigic había sido policía forense, pero al momento que ocurrieron los hechos ya se había retirado del cargo; y los otros dos tenían cargos menores. Algunos de ellos estaban en el

campamento diariamente, otros lo visitaban regularmente. El campamento de la prisión Omarska fue establecido por los serbio-bosnios que se encontraban en Prijedor en mayo de 1992 y funcionó hasta el 20 de agosto del mismo año, supuestamente con la finalidad de reprimir un posible levantamiento de bosnios musulmanes y bosnios croatas en la región. Más de 300 hombres y aproximadamente 36 mujeres fueron detenidos/as en el campamento Omarska durante los 3 meses que más o menos estuvo de funcionamiento. Maltratos y condiciones inhumanas reinaron en el campamento, donde crímenes tales como el asesinato, tortura, violaciones sexuales y la persecución se tornaron endémicos.

El campamento era, en estricto, una antigua mina de hierro que fue utilizada para mantener presos a los detenidos y someterlos a duros interrogatorios. Las condiciones de vida en Omarska eran infrahumanas, los hangares donde se encerraba a los detenidos no tenían celdas, eran largas habitaciones sin nada adentro. Los detenidos eran normalmente golpeados, con rifles, piedras y todo tipo de objetos. Muchas veces se les mantenía con muy poco alimento, que a veces estaba podrido, se les limitaba el insumo de agua a pesar del calor insoportable que hacía en la zona. A causa de estas condiciones de vida, muchos de los detenidos se enfermaban y/o se encontraban heridos. A estas personas no se les otorgó un trato ni siquiera humano y menos un trato en consideración a su estado. Asimismo, las mujeres eran igualmente sometidas a estas condiciones y, además, estaban sujetas a continuos acosos de naturaleza sexual, algunas de ellas eran violadas tanto durante el día, como en la noche, eran sustraídas de los hangares en la madrugada para satisfacer las necesidades de los acusados y otros.

Muchas personas fueron víctimas de lo ocurrido en el campamento Omarska, donde muy pocas de ellas sobrevivieron. Los acusados se encontraban presentes en las instalaciones de Omarska diariamente, o por lo menos regularmente, y resulta muy difícil pensar que no eran parte activa de los hechos descritos y virtualmente imposible imaginarse que no tenían conocimiento de estos.

### **Aportes de la Sentencia<sup>151</sup>**

---

<sup>151</sup> *Prosecutor v. Kvočka, Judgement*, IT-98-30-T, 2 Nov. 2000 (Sentencia Kvočka de la Sala de Primera Instancia).

La Sala de Primera Instancia del TPIY emitió la sentencia del caso Kvocka el 2 de noviembre del 2001. La fiscalía solo acusó formalmente a Radic de crímenes sexuales, por cometer personalmente dichos actos. Sin embargo, también se levantaron cargos por crímenes sexuales contra dos de los demás acusados, dado que la violencia sexual fue sólo uno de los múltiples actos que conformaron el cargo de persecución. La Sala de Primera Instancia llegó a importantes conclusiones respecto a la responsabilidad individual por violación sexual como forma de persecución constitutiva de lesa humanidad y presentó importantes fundamentos respecto a la tortura como amenaza de violencia sexual. Además, también articuló estándares de responsabilidad para cualquier crimen de violación sexual, ya sea previsible, consecuente o incidental, siempre que sea cometido por medio de una empresa criminal conjunta.

En los cargos 1 al 3 de la Acusación Fiscal Modificada, se acusó a los cinco imputados conjuntamente por persecución y actos inhumanos como crímenes de lesa humanidad y por ultrajes contra la dignidad personal como crimen de guerra. En el cargo de persecución se alegó que el acusado había cometido actos de persecución contra personas que no fuesen de la etnia serbia, detenidas en el campamento Omarska, a través de distintos mecanismos como asesinato, tortura y golpizas, agresión y violación sexual, acoso, humillación y abuso psicológico, y reclusión en condiciones inhumanas.<sup>152</sup> Adicionalmente, en los cargos 14 al 17<sup>153</sup> se acusó a Mladic Radic, un líder de turno en el campamento, por violación, tortura y ultrajes contra la dignidad personal, dada la supuesta violencia sexual contra las mujeres detenidas en el campamento-prisión de Omarska.<sup>154</sup>

La Sala de Primera Instancia encontró que “las detenidas mujeres fueron sometidas a diversas formas de violencia sexual en el campamento”<sup>155</sup>. La Sala resaltó que la violencia sexual cubre un amplio rango de actos e incluye crímenes tales como

---

<sup>152</sup> *Prosecutor v. Kvocka, Amended Indictment*, IT-98-30/1-I, 21 August 2000, En par. 25 [Acusación Modificada Kvocka].

<sup>153</sup> Ídem. En par. 42. Los Cargos fueron: Cargo 14, tortura como Crimen de Lesa Humanidad; Cargo 15, violación como Crimen de Lesa Humanidad; Cargo 16, tortura como violación de las leyes o costumbres de la; y Cargo 17, ultrajes contra la dignidad personal como violación a las leyes o costumbres de la. Ídem.

<sup>154</sup> Sentencia Kvocka de la Sala de Primera Instancia, nota supra 82, En par. 108.

<sup>155</sup> Ídem. En par. 180 & n.343.

violación, acoso sexual, esclavitud sexual, mutilación sexual, matrimonio forzado, aborto forzado, prostitución forzada y esterilización forzada.<sup>156</sup>

En la construcción del desarrollo de la doctrina del objetivo común/empresa criminal conjunta, contenida en la sentencia del Tribunal de Apelaciones del caso Tadic, y de acuerdo al argumento de que dicha teoría de la responsabilidad está implícitamente incluida dentro del artículo 7 a) (responsabilidad individual) del Estatuto del tribunal. La Sala de Primera Instancia, en el caso en cuestión, especificó que puede existir una empresa criminal conjunta cuando dos o más personas participan en una tarea criminal común. Ésta tarea criminal puede oscilar en un continuum desde dos personas conspirando para robar un banco hasta la masacre sistemática de millones de personas durante un vasto régimen criminal que comprenda miles de participantes. Dentro de algunas subsidiarias de la empresa criminal más grande, el objetivo criminal podía estar más particularizado, ya que una sub empresa podía ser establecida con el propósito de someter a trabajo forzado, otra con la finalidad de cometer violaciones sistemáticas y otra con el objetivo de exterminación, etc.<sup>157</sup>

Luego de hacer un recuento de las sórdidas atrocidades que estaban omnipresentes a lo largo de todo el campamento, la Sala de Primera Instancia finalmente concluyó que el campamento Omarska operó como una empresa criminal conjunta, establecida para perseguir a aquellos que no perteneciesen a la etnia serbia en ese lugar.<sup>158</sup> El Tribunal no condenó a tres de los acusados por cometer personalmente los crímenes, por maltratar a los acusados o por tener un rol específico en el establecimiento del campamento ni por tener algún tipo de influencia significativa sobre las políticas abusivas en el campamento. Sin embargo, los tres imputados tenían conocimiento de los múltiples crímenes que se llevaban a cabo diariamente en ese lugar y de que el campamento era utilizado con el fin de perseguir, reunir y eliminar a

---

<sup>156</sup> Prosecutor v. Tadic, *Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2 Oct. 1995, IT-94-1-AR72 [Sentencia Tadic de la Sala de Apelaciones] En par. 185-229. La Sala de Primera Instancia, en el caso Krstic sostuvo, además, que esta teoría de responsabilidad no necesita ser explícitamente solicitada en la Acusación. *Prosecutor v. Krstic, Judgement*, IT-98-33-T, 2 Aug. 2001 [Sentencia Krstic de la Sala de Primera Instancia] En para.602.

<sup>157</sup> Sentencia Kvočka de la Sala de Primera Instancia, nota supra 82, En par. 307.

<sup>158</sup> Ídem. En par. 319 (encontrando que "an enormous amount of evidence on which to conclude beyond a reasonable doubt that Omarska camp functioned as a joint criminal enterprise. The crimes committed in Omarska were not atrocities committed in the heat of battle; they consisted of a broad mixture of serious crimes committed intentionally, maliciously, selectively, and in some instances sadistically against the non-Serbs detained in the camp.").

aquellos no pertenecientes a la etnia serbia.<sup>159</sup> Por lo tanto, el hecho que continuase yendo todos los días al campamento, a pesar de estar al tanto de lo que allí ocurría y que su trabajo y esfuerzo contribuyese en gran medida al funcionamiento continuo y efectivo del campamento – lo cual facilitaba la comisión de los crímenes - los hace responsables criminalmente por participar en una empresa criminal conjunta.<sup>160</sup> Asimismo, no hubo evidencia suficiente, admitida por el Tribunal, que indicase que todos los soldados que trabajaban en el campamento Omarska tenían conocimiento de las violaciones y otras formas de violencia sexual que se allí se cometían. No obstante, la Sala de Primera Instancia encontró que al tener conocimiento de la situación y aun así realizar trabajos en el campamento donde la actividad criminal era omnipresente, los imputados asumieron el riesgo de incurrir en responsabilidad criminal por todos los crímenes previsibles, incluyendo aquellos de índole sexual, que se perpetrasen en el lugar: “Cualquiera de los crímenes que fuese consecuencia natural o previsible de la empresa criminal conjunta puede ser atribuible a todos los participantes de ésta, siempre y cuando los crímenes hayan sido cometidos durante el tiempo en que eran parte de la empresa”.<sup>161</sup> Al sostener que la violencia sexual en el campamento era obviamente previsible y virtualmente inevitable dadas las circunstancias, la Sala de Primera Instancia tuvo el siguiente razonamiento:

En el campamento Omarska aproximadamente 36 mujeres fueron detenidas y vigiladas por hombres armados, los cuales estaban frecuentemente alcoholizados, eran violentos, mental y físicamente abusivos, y además se les permitía actuar a discreción y con total impunidad. De hecho, sería poco realista y contrario a toda lógica racional esperar que ninguna de esas mujeres recluidas en Omarska, en la situación de especial vulnerabilidad en la que se encontraban fuese

---

<sup>159</sup> La Sala de Primera Instancia encontró que, adicionalmente a los demás indicios de la empresa criminal conjunta, el conocimiento de los abusos también podría ser obtenido a través de los sentidos ordinarios. Incluso si los acusados no fueron testigos presenciales de los crímenes cometidos en el campamento de Omarska, la evidencia de los abusos era obvia al observar los cuerpos ensangrentados, magullados, heridos de los detenidos, al observar montones de cadáveres que yacían apilados alrededor del campamento, y notando el pobre estado demacrado de los detenidos, así como mediante la observación de las instalaciones de hacinamiento o las paredes manchadas de sangre. La evidencia de los abusos se podía ser incluso escuchada a través de los gritos de dolor y sufrimiento, de las plegarias de los detenidos pidiendo comida y agua, y suplicando a sus torturadores que no los mataran o golpearan, y de los disparos que oían en todo el campamento. Se puede decir que la evidencia de las condiciones abusivas en el hasta podía olerse, como resultado de deterioro de los cadáveres, la orina y las heces que manchaban la ropa de los detenidos, los baños rotos y atorados, la disentería que afectaba a los detenidos, y la incapacidad de éstos para lavarse o bañarse durante semanas o meses. Ídem. En par.324.

<sup>160</sup> Ídem. En par. 408, 464, 500, 566. Su grado de participación se reflejó en la sentencia. Aunque todos fueron declarados culpables de persecución como crimen de lesa humanidad, a los tres hombres que trabajaban en el campo durante un período relativamente corto de tiempo o que en ocasiones trataron de ayudar a algunos detenidos se les dio penas de cinco a siete años de prisión, los dos hombres que físicamente participaron y algunas veces instigaron las atrocidades recibieron penas de veinte a veinticinco años.

<sup>161</sup> Ídem. En par. 327.

sometida a violaciones u otras formas de violencia sexual. Esto es particularmente cierto, sobre todo a la luz de la clara intención de la empresa criminal de someter al grupo objetivo de persecución a tales mecanismos de violencia y humillación.<sup>162</sup>

Los participantes de una empresa criminal conjunta, sean ayudantes e instigadores o co-perpetradores podrían entonces ser considerados responsables de cualquier crimen natural o previsible cometido mientras fueron participes en la empresa criminal.<sup>163</sup>

Está implícito en la sentencia que la detención puede constituir una empresa criminal si los individuos participan constante y conjuntamente en una o más actividades criminales, ya sea en un establecimiento grande en donde son muchas las mujeres que se encuentran formalmente detenidas o en una casa donde se trata de un grupo pequeño, o incluso si es una sola mujer recluida ilegalmente.<sup>164</sup> En efecto, la Sala de Primera Instancia en el caso Kvocka resaltó la necesidad de medidas extraordinarias para proteger a las mujeres de crímenes de violación sexual en situaciones como esta:

Si el superior jerárquico tiene conocimiento previo de que las mujeres detenidas por guardias en establecimientos de detención se encuentran expuestas a ser víctimas de violencia sexual, ese solo conocimiento debería proporcionarle suficiente información para deducir que es necesaria la toma de medidas extraordinarias para la prevención de dichos crímenes<sup>165</sup>

Hoy en día, con la gran cantidad de información que se tiene sobre violaciones sexuales ocurridas en situaciones de conflicto armado expuesta por los distintos medios de comunicación, es bien difícil no tener conocimiento que las mujeres detenidas en manos de guardias de sexo masculino se encuentran en grave peligro de ser víctimas de violencia sexual, y esto se vuelve de particular riesgo durante el desarrollo de hostilidades o periodos de violencia masiva. Este argumento tiene importantes implicancias para el juzgamiento de aquellos crímenes cometidos contra mujeres y

---

<sup>162</sup> Ídem.

<sup>163</sup> Ídem. En par. 327. Un razonamiento similar fue sostenido en el caso Krstic. Aunque la Sala de Primera Instancia no estaba convencida de que muchos crímenes, -incluyendo violación sexual- cometidos contra los refugiados en Potocari fueron "un objetivo acordado entre los miembros de la empresa criminal conjunta", sin embargo, los crímenes fueron una "consecuencia natural y previsible de la campaña de limpieza étnica." La Sentencia Krstic de Sala de Primera Instancia, nota supra 87, par. 616. En efecto, no sólo fueron preVISIBLES los crímenes de asesinato, violación, las circunstancias hicieron que los crímenes fueran prácticamente "inevitables" debido a "la falta de vivienda, la densidad poblacional, la condición vulnerable de los refugiados, la presencia de muchas unidades militares regulares e irregulares paramilitares en la zona y la absoluta falta de un número suficiente de soldados de las Naciones Unidas para proporcionar protección." Ídem. Por lo tanto, el acusado fue considerado responsable de las violaciones "incidentales" cometidas durante la persecución de aquellos no pertenecientes a la etnia serbia en Potocari.

<sup>164</sup> Sentencia Kvocka de la Sala de Primera Instancia, nota supra 82, En par. 266, 306.

<sup>165</sup> Ídem. En par. 318.

niñas detenidas en campos de detención u otros establecimientos. Esta precisión puede ser interpretada como una carga impuesta sobre aquellos encargados de la detención de mujeres para asegurar que se tomen en cuenta las protecciones necesarias con la finalidad de prevenir todo tipo de abusos sexuales y para que los establecimientos sean monitoreados a fin de garantizar su conformidad con las medidas preventivas.

La Sala de Primera Instancia también reconoció que la persecución puede presentarse de muchas formas y no está limitada a la violencia física:

Así como la violación y la desnudez forzada están reconocidas como crímenes de lesa humanidad o genocidio si forman parte de un ataque dirigido contra la población civil, ó si son utilizadas como instrumento de genocidio, el trato humillante que forma parte de un ataque discriminatorio contra la población civil, podría en conjunto con otros crímenes, o en casos extremos por sí mismo, constituir persecución.<sup>166</sup>

Luego, la Sala de Primera Instancia se pronunció respecto a los cargos de violación y tortura en contra de Radic. Las acusaciones por crímenes de violencia sexual cometidos por Radic iban desde amenazas e intentos de amenaza de violación hasta indiscutibles actos de violación. Al concluir que sí se cometieron actos de violencia sexual contra algunas de las mujeres detenidas en el campamento, el Tribunal mencionó la definición de violencia sexual enunciada en la sentencia Akayesu emitida por el TPIR<sup>167</sup>, como “cualquier acto de naturaleza sexual que sea cometido contra una persona bajo circunstancias que sean coercitivas”<sup>168</sup>, y encontró que “las intimidaciones sexuales, el acoso sexual y los ataques perpetrados por Radic (...) claramente encajan dentro de esta definición, por lo tanto, encuentra que Radic cometió violencia sexual contra estas sobrevivientes”.<sup>169</sup> El Tribunal también encontró que Radic perpetró, personalmente, violación sexual contra las mujeres detenidas en el campamento.<sup>170</sup>

Al determinar que la violación y otras formas de violencia sexual constituyen tortura, la Sala de Primera Instancia sostuvo que “la violación y otras formas de violencia sexual fueron cometidas solamente contra las detenidas mujeres no

<sup>166</sup> Idem. En para. 190.

<sup>167</sup> Sentencia que será analizada en el punto 2.2.2.1

<sup>168</sup> Ídem. En par. 559 (citando la definición esbozada en la Sentencia Akayesu de la Sala de Primera Instancia, que será analizada más adelante).

<sup>169</sup> Ídem. En par. 559.

<sup>170</sup> Ídem. En par. 559. La credibilidad de la testigo K, quien fue violada por Radic, fue impugnada por la defensa, principalmente, porque cuando fue entrevistada por un periodista poco después de la comisión de los crímenes, no mencionó las violaciones. Sin embargo, la Sala de Primera Instancia declaró que “el hecho de que la testigo K no mencionara estos incidentes, en 1993, a un periodista, es irrelevante, particularmente a la luz de la naturaleza sexual e intensamente personal de la naturaleza del crimen”. Ídem. En par.552.

pertenecientes a la etnia serbia en el campamento, haciendo a estos crímenes de carácter discriminatorio en muchos niveles.”<sup>171</sup>. También, manifestó que Radic, intencionalmente, violó e intentó violar, y que estos actos en sí mismos “manifiestan su intención de infligir intencionalmente graves dolores y sufrimientos”, lo cual constituye tortura.<sup>172</sup> Al encontrar que el acusado intencionalmente infligió graves dolores y sufrimiento sobre estas mujeres al someterlas a tocamientos indebidos, acosos y amenazas de violación, la Sala de Primera Instancia concluyó que estos actos también cumplieron con los requerimientos de tortura:

La Sala de Primera Instancia toma en consideración la extraordinaria vulnerabilidad de las víctimas y el hecho de que fueron detenidas en establecimientos en los cuales la violencia en contra de los detenidos era la regla y no una excepción. Las detenidas sabían que Radic tenía una posición de autoridad en el campamento, que podía ir y venir por el campamento a discreción y que podía ordenar que fueran llevadas ante su presencia en cualquier momento. Las mujeres también tenían conocimiento o sospechaban que otras mujeres estaban siendo violadas o en su defecto, sometidas a violencia sexual en el campamento. El miedo estaba presente en todos lados y la amenaza era siempre real, era perfectamente posible que en cualquier momento fuesen sometidas a actos de violencia sexual a discreción de Radic. Bajo estas circunstancias, la Sala de Primera Instancia encuentra que la amenaza de violación u otras formas de violencia sexual causó, sin lugar a duda, dolor y sufrimiento (...) y por consiguiente, los elementos de tortura también fueron satisfechos en relación a estas sobrevivientes<sup>173</sup>.

Sin embargo, a pesar que la Sala de Primera Instancia concluyó que Radic cometió violación y tortura como crímenes de lesa humanidad, la Sala de Apelaciones sostuvo que “dada la falta de claridad en esta materia”, la condena por persecución ya “incluye los crímenes sexuales por los cuales se quiere le abrir un nuevo cargo a Radic”. Eso fue así, porque la Acusación Modificada no identificó específicamente aquellos actos que constituirían distintos crímenes sexuales a los alegados en los cargos de persecución - en los cuales se sostuvo persecución por violencia física, mental y sexual y maltrato.<sup>174</sup> Consecuentemente, los cargos por violación y tortura como crímenes de lesa humanidad fueron “desestimados” por estar incluidos dentro de la condena de persecución como crimen de lesa humanidad.<sup>175</sup> Claramente, este hecho no es una absolución de los crímenes cometidos. Por lo tanto, el Tribunal condenó a Radic por violencia sexual bajo el cargo de persecución, y sostuvo que la condena de persecución subsumía los otros cargos de violación sexual toda vez que la fiscalía no identificó las violaciones encausadas separadamente, como si fuesen crímenes distintos de aquellos

---

<sup>171</sup> Ídem. En par. 560.

<sup>172</sup> Ídem.

<sup>173</sup> Ídem. En par. 561.

<sup>174</sup> Acusación Kvočka, nota supra 83, En par. 25.

<sup>175</sup> Sentencia Kvočka de la Sala de Primera Instancia, nota supra 82, En par. 573.

enumerados dentro del cargo de persecución. Los cargos de tortura por violencia sexual como crimen de guerra no fueron incluidos dentro de las condenas por persecución como crimen de guerra; por consiguiente, Radic sí fue condenado por actos de violación sexual como crimen de guerra en modalidad de tortura.<sup>176</sup>

### Conclusión

En conclusión, esta sentencia realizó significativos aportes relacionados al procesamiento de la violación sexual en el ámbito internacional, pues se trató de la primera sentencia que sostuvo que la violación sexual puede ser un mecanismo de persecución como crimen de lesa humanidad y, además, que la violación sexual puede perpetrarse por varios actores dentro del marco de una empresa criminal conjunta.

Respecto al primer punto, la Sala de Primera Instancia en este caso estableció que la violación y la desnudez forzada están reconocidas como crímenes de lesa humanidad o genocidio siempre que formen parte de un ataque dirigido contra la población civil - para lesa humanidad -, o si son utilizadas como instrumento de discriminación (para genocidio); el trato humillante que forme parte de un ataque discriminatorio contra la población civil podría en conjunto con otros crímenes, o en casos extremos, por sí mismo, constituir persecución.

En cuanto al desarrollo de la violación sexual en el marco de una empresa criminal conjunta, el TPIY especificó que existe una empresa criminal conjunta cuando dos o más personas participan en una tarea criminal común. Esta tarea criminal puede ir desde un continuum de dos personas conspirando para robar un banco hasta la masacre sistemática de millones de personas durante un vasto régimen criminal que comprenda miles de participantes. Asimismo, resaltó que cualquier crimen que sea consecuencia natural o previsible de una empresa criminal conjunta es atribuible a todos los

---

<sup>176</sup> El caso Kvočka ha tenido considerables implicancias al asegurar responsabilidad criminal por crímenes sexuales y de género cometidos ya sea por una empresa criminal conjunta o como parte de un escenario de persecución. Esto es de especial importancia, dada la tendencia en las acusaciones de los casos ante el TPIY de acusar a líderes y otros acusados de acuerdo a la teoría de la empresa criminal conjunta, y de usar al crimen de persecución como una categoría inclusiva que cubre un amplio rango de crímenes alegados (asesinato, tortura, violación, deportación, y destrucción de casas o establecimientos religiosos), sin la necesidad de procesar cada crimen separadamente. Ver. *Prosecutor v. Milošević, Second Amended Indictment "Kosovo"* IT-02-54, 29 Oct. 2001 (Segunda Acusación modificada Milošević); *Krajišnic & Plavic, Consolidated Amended Indictment* (Acusación Modificada Consolidada Krajišnic & Plavic), IT-00-39 & 40, 7 Mar. 2002.

participantes de esta, siempre y cuando dicho crimen haya sido cometido durante el tiempo en que los participantes eran parte de la empresa. En el caso en concreto, se sostuvo que todos los que participaron en el funcionamiento del campamento Omarska formaron parte de la empresa criminal conjunta, pues era inconcebible que no tuviesen conocimiento de los actos criminales que allí se perpetraban, y el hecho de que, a pesar de conocer el carácter criminal de dicho campamento, continuasen asistiendo y laborando diariamente en el mismo, contribuyó de manera fundamental con el funcionamiento y existencia del mismo. Por lo tanto, todos los participantes fueron considerados parte de la empresa criminal conjunta, mediante la cual se perpetró el crimen de persecución.

#### 2.1.2.4 Caso Celebici

##### Breve descripción del caso

De acuerdo al Dictamen de Acusación del 19 de marzo de 1996, el Fiscal Richard J. Goldstone acusó a Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Esad Landzo, Hazim Delic. Fue el segundo caso llevado a juicio por el TPIY y el primero en ser completado involucrando a más de un acusado.

Zejnil Delalic nació del 25 de marzo de 1949. Su labor era coordinar las actividades de las fuerzas Bosnio-Musulmanas y Bosnio Croatas en el área de Konjic desde aproximadamente abril de 1992 hasta setiembre de 1992. Fue Comandante del Primer Grupo Estratégico de las Fuerzas Bosnio-Musulmanas desde junio de 1992 hasta noviembre de 1992. Sus responsabilidades incluían tener autoridad sobre el Campamento Celebici y su personal.

Zdravko Mucic, también conocido como “Pavo”, nació el 31 de agosto de 1955 y fue comandante del Campamento Celebici desde aproximadamente mayo de 1992 hasta noviembre de 1992.

Hazim Delic nació el 13 de mayo de 1964 y fue Subcomandante del Campamento Celebici desde aproximadamente mayo de 1992 hasta noviembre de 1992. Después de la salida de Zdravko Mucic en aproximadamente noviembre de 1992, Delic

se convirtió en el Comandante de Campamento Celebici hasta que este fue cerrado en diciembre de 1992.

Esad Landzo, también conocido como “Zenga”, nació el 7 de marzo de 1973, fue guardia en el Campamento Celebici desde aproximadamente mayo de 1992 hasta diciembre de 1992.

Los acusados Delalic, Mucic y Delic fueron responsables por el funcionamiento del Campamento Celebici y tenían posiciones de autoridad superior sobre todos los guardias del campamento y sobre otras personas que entraban al campamento y maltrataban a los detenidos. Delalic, Mucic y Delic tenían conocimiento o tenían suficientes razones para conocer que sus subordinados estaban maltratando a los detenidos y fallaron en tomar las medidas necesarias y razonables para prevenir esos actos o para sancionar a los perpetradores de los mismos. Por fallar en tomar estas medidas requeridas de una persona en posición de autoridad superior, la Sala de Primera Instancia consideró a los tres acusados responsables de todos los crímenes imputados en el Dictamen de acusación, de acuerdo al artículo 7(3) del estatuto del Tribunal.

Delic también fue considerado responsable o alternativamente responsable por algunos de los crímenes descritos en el Dictamen, debido a su participación directa en actos individuales identificados más abajo, de acuerdo al artículo 7(1) del Estatuto del Tribunal.

La municipalidad de Konjic está ubicada en la zona central de Bosnia y Herzegovina. En el censo de 1991, la población de la municipalidad de Konjic, la cual incluye al pueblo de Konjic y sus poblaciones aledañas incluyendo Celebici, era de aproximadamente 45,000 personas, siendo la distribución étnica aproximadamente 55% musulmana, 26% croata y 15% serbia. Konjic era importante porque allí se encontraba localizada una gran fábrica de armas y municiones, así como también varias instalaciones militares, y porque era, además, un enlace para el transporte entre Mostar y Sarajevo.

A finales de mayo de 1992, las fuerzas que incluían a bosnios, musulmanes y bosnio-croata, atacaron y tomaron control de aquellas poblaciones que albergaran predominantemente a serbio-bosnios, dentro y alrededor de la municipalidad de Konjic. Los atacantes expulsaron por la fuerza a los residentes Serbio-Bosnios de sus casas, y

los retuvieron en centros colectivos. Muchas de las mujeres y niños fueron recluidos en una escuela local o en otras locaciones. La mayoría de hombres y algunas mujeres fueron llevado/as a un establecimiento antiguo de la JNA en Celebici desde ese momento .A este local se le denominó: Campamento Celebici. Allí, a los detenidos se les asesinaba, torturaba y golpeaba, se abusaba sexualmente de ellos o se les sometía otros tratos crueles y/o inhumanos. La mayoría de los detenidos estuvieron recluidos en Celebici desde aproximadamente mayo de 1992 hasta aproximadamente octubre de 1992, aunque algunos permanecieron allí hasta diciembre de 1992. Los establecimientos de detención dentro del campo incluían un túnel, un hangar y un edificio de administración. Después de su reclusión en Celebici, la mayoría de los detenidos fueron luego trasladados a otros campos de detención donde fueron encarcelados por periodos hasta de 28 meses.

Alrededor del 27 de mayo de 1992 y continuando hasta comienzos de agosto de 1992, Delic y otros sometieron a Grozdana Cecez a repetidos actos forzados de naturaleza sexual, quien fue violada por tres personas distintas en solo una noche.

Alrededor del 15 de junio de 1992 y continuando hasta comienzos de agosto de 1992, Delic sometió a una detenida, identificada como Testigo A, a repetidos actos de naturaleza sexual, incluyendo penetración vaginal y anal. Delic violó a la testigo durante su primer interrogatorio y durante las seis semanas siguientes.

Delalic, Delic y Mucic, son responsables por haber tenido el cargo de autoridad superior y haber tenido conocimiento o haber tenido razones para conocer que sus subordinados estaban perpetrando estos actos.

### **Aportes de la Sentencia<sup>177</sup>**

La Sala de Primera Instancia del Tribunal Yugoslavo emitió la sentencia del caso Celebici el 16 de noviembre de 1998. Los más notables aspectos de este caso relacionados a temas de género son sus implicancias en relación a la responsabilidad del superior jerárquico, su tratamiento de las varias formas de violencia sexual perpetrada

---

<sup>177</sup> *Prosecutor v. Delalic, Judgement*, IT-96-21-T, 16 Nov. 1998, (Sentencia Celebici de la Sala de Primera Instancia).

en contra de varones en situación de detención y su desarrollo del crimen de tortura cuando esta se realiza por medio de la violación sexual. Dado que en este trabajo nos centraremos solamente en el crimen internacional de violación sexual contra la mujer, no nos enfocaremos o dejaremos de lado el tratamiento de la violencia sexual contra varones.

En la sentencia Celebici, a los cuatro acusados llevados a juicio se les imputó cargos por varios crímenes de guerra (como infracciones graves a las Convenciones de Ginebra, de acuerdo al artículo 2 del Estatuto de del TPIY; y como violaciones a las leyes y costumbres de la guerra, de acuerdo al artículo 3 del Estatuto del TPIY): confinar ilegalmente a civiles, ocasionar graves sufrimientos de modo deliberado, tratamiento cruel, dar muerte de forma deliberada, asesinato, tortura, tratamiento inhumano y saqueo. Se alegó que los crímenes fueron cometidos cuando los bosnio-musulmanes y los bosnio-croatas atacaron la Municipalidad de Konjic en el centro de Bosnia y Herzegovina en mayo de 1992, expulsando de sus casas a los serbio-bosnios residentes de la zona y confinando a la mayoría de ellos en el campamento de prisioneros de Celebici. La Acusación alegó que los detenidos en el campamento fueron “asesinados, torturados, atacados sexualmente, y, además de eso, sometidos a un tratamiento cruel e inhumano”<sup>178</sup>.

Los acusados tenían distintos cargos; Zejnil Delalic era una persona con presunta autoridad sobre el campamento Celebici, Zdravko Mucic era un comandante *de facto* del campamento, Hazim Delic es una persona que trabajaba en las instalaciones del campamento y Esad Landzo era un guardia del campamento. Delalic, Mucic y Delic fueron acusados no solo como responsables individualmente, sino también de tener responsabilidad superior o de comando por haber fallado en prevenir, detener o sancionar los crímenes supuestamente cometidos por personas subordinadas a su autoridad. Mucic y Delic también fueron acusados de ser responsables individualmente por haber cometido, personalmente, distintos crímenes, incluyendo violencia sexual. Al no ostentar ningún cargo de autoridad, la Fiscalía acusó a Landzo solamente de tener responsabilidad individual por los crímenes que se le imputaron.

---

<sup>178</sup> *Prosecutor v. Delalic, Indictment*, IT-96-21-I, 19 March 1996, par. 2 (Acusación Celebici).

A pesar de la naturaleza sexual de varios de los crímenes, ésta no resalta fácilmente en los cargos, debido al lenguaje utilizado en la Acusación. Sin embargo, sí se incluyeron diversas formas de de violencia sexual, supuestamente perpetrada por tres de los acusados. Específicamente, la fiscalía acusó a Delic de tortura de acuerdo al Artículo 2 del Estatuto como una infracción grave a los Convenios de Ginebra, y de acuerdo al Artículo 3 del Estatuto como una violación a las leyes y costumbres de la guerra, por el *actus reus* de penetración sexual forzada.<sup>179</sup> De acuerdo a los alegatos, Delalic violó personalmente a dos de las víctimas, incluyendo a la testigo sobreviviente Ms. Cecez, quien fue “violada por tres distintas personas [incluido Delic] en una sola noche, y en otra ocasión fue violada delante de otras personas”. Otra sobreviviente, la Testigo A, “fue sometida a repetidas relaciones sexuales y anales forzadas... Hazim Delic violó a la Testigo A durante su primera interrogación y continuó violándola cada pocos días por un periodo de seis semanas”.<sup>180</sup> La fiscalía le imputó a Delic responsabilidad individual por estos crímenes.

Al considerar los cargos de tortura por violencia sexual, la Sala de Primera Instancia puso énfasis en que “para que la violación pueda ser incluida dentro de la ofensa de tortura, ésta debe satisfacer todos los elementos de esta ofensa”.<sup>181</sup> Los elementos de tortura señalados por la Sala de Primera Instancia a propósito de las disposiciones sobre crímenes de guerra del Estatuto del TPIY fueron los siguientes:

- (i) Debe haber un acto u omisión que cause dolor o sufrimiento grave, ya sea físico o mental,
- (ii) Que sea infligido intencionalmente,
- (iii) Y con el propósito de obtener información o una confesión por parte de la víctima, o de una tercera persona, castigando a la víctima por un acto que él o ella hayan cometido o que se sospeche hayan cometido, intimidando o coaccionando a la víctima o a una tercera persona, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación,
- (iv) Y que tal acto y omisión sea cometido por, o por instigación de, o con el consentimiento o aquiescencia de, un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas.<sup>182</sup>

Se puede apreciar, que el Tribunal de Primera Instancia adoptó los elementos de tortura dispuestos en la Convención contra la Tortura,<sup>183</sup> y estipuló que, cuando

<sup>179</sup> Ídem. En par. 18, 19.

<sup>180</sup> Sentencia Celebici de la Sala de Primera Instancia, note supra 109, En par. 14.

<sup>181</sup> Ídem. En par. 480.

<sup>182</sup> Ídem. En par. 494.

<sup>183</sup> Convención Contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, Dec. 10, 1984, art. 2(2), S. Treaty Doc. No. 100-20, 1465 U.N.T.S. 85, 114 (entró en vigor el 26 de Junio de 1987) [de ahora en adelante, Convención Contra la Tortura]. En art. 1

cualquier forma de violencia sexual satisface estos elementos puede constituir tortura.<sup>184</sup>

Al interpretar los elementos de tortura *vis-a-vis* las violaciones, la Sala de Primera Instancia señaló:

La Sala de Primera Instancia considera la violación sexual de cualquier persona como un acto despreciable que ataca directamente el núcleo mismo de la dignidad humana y de la integridad física. La condena y sanción de la violación sexual se vuelven apremiantes cuando la violación es cometida por, o por instigación de o con el consentimiento o aquiescencia de, un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas. La violación sexual causa dolores y sufrimientos graves, tanto físicos como psicológicos. El sufrimiento psicológico de las personas sometidas a violaciones sexuales puede verse exacerbado por las condiciones sociales y culturales y puede ser particularmente grave y durar mucho tiempo. Además, es difícil prever las si circunstancias en las cuales la violación cometida por un funcionario público, o debido a la instigación de un funcionario público, o con el consentimiento o aquiescencia de un funcionario público, debería ser considerada como incluyente de un propósito que no involucra, de alguna manera castigo, coacción, discriminación o intimidación. De acuerdo, a la perspectiva de la Sala de Primera Instancia, esto es inherente en las situaciones de conflicto armado.<sup>185</sup>

De acuerdo a la evidencia establecida en el proceso, cuando Ms. Cecez llegó al campamento, Delic la interrogó. Durante el transcurso de la interrogación, Delic violó repetidamente a Ms. Cecez mientras le preguntaba sobre el paradero de su esposo. Tres días después, Delic la sometió múltiples violaciones cuando fue trasladada de establecimiento dentro del campamento y luego la violó nuevamente dos meses después.<sup>186</sup> La Sala de Primera Instancia sostuvo que “los actos de penetración vaginal por medio del pene bajo circunstancias que fueron coercitivas, claramente constituyen violación”.<sup>187</sup> La Sala de Primera Instancia encontró que las violaciones cometidas por Delic causaron dolores y sufrimientos graves<sup>188</sup> y fueron cometidas contra Ms. Cecez con el propósito de obtener de obtener información sobre el paradero de su esposo, para castigarla por no proporcionar dicha información y por los actos de su esposo, y para coaccionarla e intimidarla para obtener su cooperación.<sup>189</sup>

Adicionalmente, la Sala de Primera Instancia encontró que Ms. Cecez fue violada con propósitos discriminatorios, concluyendo que la discriminación por cuestiones de género constituye otro propósito detrás de la tortura: “la violencia sufrida por Ms Cecez en forma de violación, fue infligida en ella por Delic por el hecho de ser mujer... [Y] esto representa una forma de discriminación que constituye un propósito prohibido para

---

<sup>184</sup> Sentencia Celebici de la Sala de Primera Instancia, nota supra 109. En par. 496.

<sup>185</sup> Ídem. En par. 495.

<sup>186</sup> Ídem. En par. 937-38.

<sup>187</sup> Ídem. En par. 940.

<sup>188</sup> Ídem. En par. 942.

<sup>189</sup> Ídem. En par. 941.

la ofensa de tortura”.<sup>190</sup> De esta manera, se reconoce que las mujeres son frecuentemente torturadas de distintas maneras, y son separadas por tratos discriminatorios por motivos de su sexo o género. En este caso, el acusado torturó a la víctima por medio de violación sexual por el hecho de ser una mujer del grupo enemigo. Eso constituye trato discriminatorio de acuerdo a la Convención contra la Tortura.

La Sala de Primera Instancia también resaltó que Delic usó la violencia sexual como un instrumento para causar terror y subordinación, dado que cometió los crímenes con el objetivo de “intimidar no solamente a la víctima, sino también a otros detenidos, creando una atmosfera de de miedo e impotencia”.<sup>191</sup> Por lo tanto, la misma Sala sostuvo que Delic había violado repetidamente a la Testigo A con el propósito de intimidarla, cohesionarla y castigarla, y que estas violaciones causaron afecciones mentales, dolores físicos graves y sufrimiento. La Sala de Primera Instancia encontró a Delic culpable de tortura por el acto de penetración sexual forzada.<sup>192</sup>

### **Conclusión**

En conclusión, podemos extraer que los aportes más importantes del TPIY en esta sentencia se centran en el desarrollo de la violación sexual como mecanismo de tortura, en el reconocimiento de responsabilidad penal del superior jerárquico por actos de omisión relacionados a crímenes sexuales y la afirmación que la discriminación dentro de los objetivos prohibidos de tortura también puede ser por razones de género.

Al referirse a la violación sexual como mecanismo de tortura, la Sala de Primera Instancia sostuvo que para que la violación pueda ser incluida dentro de la ofensa de tortura, debe satisfacer todos los elementos de esta ofensa. Señalando, a su vez, los siguientes elementos constitutivos de tortura:

- (v) Debe haber un acto u omisión que cause dolor o sufrimiento grave, ya sea físico o mental,
- (vi) Que sea infligido intencionalmente,
- (vii) Y con el propósito de obtener información o una confesión por parte de la víctima, o de una tercera persona, castigando a la víctima por un acto que él o ella hayan cometido o que se sospeche hayan cometido, intimidando o coaccionando a la víctima o a una tercera persona, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación,

---

<sup>190</sup> Íbid.

<sup>191</sup> Íbid.

<sup>192</sup> Ídem. En par. 475-96, 965-65.

- (viii) Y que tal acto y omisión sea cometido por, o por instigación de, o con el consentimiento o aquiescencia de, un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicos.

De esta manera, en esta sentencia se extrajo la definición de tortura de la Convención Contra la Tortura, para sostener que los actos de naturaleza sexual descritos calificaban como tortura.

Respecto a la definición de violación sexual, la Sala de Primera Instancia hizo una breve mención a lo que se entendía por violación sexual dentro del marco de tortura, sosteniendo que los actos de penetración vaginal por medio del pene bajo circunstancias coercitivas constituyen violación. Sin embargo, no hizo ninguna referencia a los elementos que constituyen el crimen o a los que actos de naturaleza sexual que no incluyen penetración o el uso de objetos u otras partes del cuerpo que no sean el pene.

Por último, esta sentencia resaltó un tema de suma importancia, reconoció la responsabilidad penal de superior jerárquico por omisiones en el actuar. Es decir, afirmó que un superior jerárquico puede incurrir en responsabilidad penal por fallar en prevenir, detener o sancionar los crímenes supuestamente cometidos por personas subordinadas a su autoridad. Esto es de gran relevancia para el procesamiento de cualquier crimen. En este caso, se reconoció la responsabilidad de aquellos superiores que fallaron en prevenir, detener o sancionar crímenes de naturaleza sexual, cometidos por sus subordinados.

### **2.1.3 Conclusiones del análisis de los casos del TPIY**

Entre los aportes más importantes que podemos destacar de las sentencias analizadas, está la definición de violación sexual elaborada por la Sala de Primera Instancia en Furundzija, la cual considera como elementos del crimen: la penetración – por más insignificante que esta sea- de la vagina, boca o ano de la víctima por el pene del perpetrador o por cualquier objeto usado por este, y que esta penetración haya ocurrido mediante coerción o fuerza o amenaza de fuerza contra la víctima o una tercera

persona. Otro aspecto importante a destacar es la discordancia que hay entre las sentencias, respecto a los elementos que constituyen el crimen de tortura en el marco de lesa humanidad, mientras en Furundzija y Celebici se sostiene que la violación sexual constituye un acto de tortura, acogiéndose a la definición de tortura de la Convención Contra la Tortura, respetando el requerimiento de que el perpetrador sea un actor estatal o que se haya actuado con la aquiescencia de este. En Foca se fundamenta que, fuera del marco de la Convención contra la Tortura, el requerimiento del "funcionario público" no es un requerimiento de acuerdo al Derecho Internacional consuetudinario en relación a la responsabilidad penal individual por tortura como crimen de lesa humanidad.

Cabe resaltar lo señalado en Furundzija respecto a los propósitos prohibidos de tortura, añadiendo la intención de "humillar" a la víctima como propósito prohibido y señalando que la violación sexual contra la mujer constituye definitivamente un trato humillante. Asimismo, en esta sentencia se destacó el desempeño de "roles" en las personas que participan en la realización de tortura, sosteniendo que cada uno de los roles representados, inclusive aquellos que pueden parecer menos importantes, devienen en responsabilidad penal individual.

En el caso Foca, se señalan los elementos constitutivos del crimen de violación sexual en el marco del Derecho Internacional, siguiendo la misma descripción de partes del cuerpo y objetos involucrados que en Furundzija, pero añadiendo que esta penetración deberá darse sin el consentimiento de la víctima. Introduciendo, por primera vez el elemento del consentimiento a la definición de violación sexual. Asimismo, la Sala, en este caso, consideró que el fraseo de Furundzija era más estrecho que lo requerido por el Derecho Internacional señalando que debería ser interpretado de acuerdo al consentimiento. Para esto, el TPIY enumeró tres categorías según las cuales un acto sexual sería considerado violación. La primera categoría establece que se tratará de violación sexual cuando: (i) la actividad sexual es acompañada de fuerza o amenaza de fuerza a la víctima o a un tercero, la segunda (ii) cuando la actividad sexual es acompañada de fuerza por una variedad de otras circunstancias específicas que hicieran a la víctima particularmente vulnerable o que invalidaran su habilidad de dar un rechazo informado, o por último, la tercera (iii) cuando la actividad sexual ocurra sin el consentimiento de la víctima. Al introducir el elemento del consentimiento, el Tribunal, a nuestro parecer, limita la aplicación del tipo penal, pues no considera las

circunstancias en las que se enmarcan las violaciones sexuales como crímenes internacionales. La exigencia de ausencia de consentimiento no es acorde con la realidad de las circunstancias.

En este caso, la Sala de Primera Instancia también realiza un análisis interesante del contenido de la Regla 96 de las Reglas de Procedimiento y Prueba común a ambos Tribunales (TPIY/TPIR). La Regla 96, en su inciso (ii) establece que “el consentimiento no será permitido como argumento de defensa si la víctima: (a) Ha sido sometida o amenazada o ha tenido razón para temer por violencia, coacción, detención, opresión psicológica, o (b) Creía de manera razonable que si la víctima no se sometía, otra persona sería sometida, amenazada o atemorizada”. En este sentido, el TPIY señaló que la referencia al consentimiento en este inciso representa una “defensa” como indicación de la intención que tuvieron los jueces al adoptar esta regla, respecto de las circunstancias que deberían ser consideradas como anulatorias de cualquier consentimiento aparente, lo cual es – en opinión de la Sala - consistente con la jurisprudencia antes mencionada (Furundzija) y el significado de genuino consentimiento, de acuerdo al sentido común. Cuando se cumplen las situaciones descritas en los incisos (a) y (b), cualquier consentimiento aparente realizado por la víctima no sería producto de su libre voluntad. Por lo tanto, la definición expuesta por la Sala de Primera Instancia en este caso se vería satisfecha. Haciendo este análisis de la Regla 96, el TPIY trata de adecuar lo establecido en el inciso (ii) a su definición de violación sexual, cuando en realidad lo que debió haber hecho es adecuar su definición a lo ya establecido en la mencionada Regla. Pues, a nuestro parecer, la definición de la Sala de Primera Instancia establece un requerimiento de ausencia de consentimiento para que se cumpla el tipo penal, es decir, el Fiscal tendría que demostrar que el requerimiento fue satisfecho. Sin embargo, de lo expresado por la Regla 96 no se puede inferir que la ausencia de consentimiento es un requerimiento, sino más bien una excepción en el caso que la defensa del acusado quisiese usarla como argumento eximente de responsabilidad, y en este sentido, la defensa podrá argumentar la ausencia de consentimiento solo si puede demostrar que no se trató de alguna de las situaciones descritas en el inciso (a) o en el inciso (b). De esta manera, se puede concluir, que se trata de una circunstancia excepcional en la cual la carga de la prueba será para la defensa, no para la fiscalía. Y menos aun, sugiere que se trata de un requerimiento del tipo penal.

En Foca, el TPIY también consideró que la violencia sexual puede constituir esclavitud, amparándose en la definición de esclavitud elaborada por la Convención contra la Esclavitud. La Sala, sostuvo que el *actus reus* de esclavitud es “el ejercicio de alguna o todas las potestades relacionadas al derecho de propiedad sobre una persona”, y el *mens rea* es el ejercicio intencional de dichas potestades<sup>193</sup>. Por lo que, el ejercer derechos de propiedad de forma sexual sobre una persona a la cual se tiene enteramente a disposición para que realice diversos actos sexuales (incluyendo violación) a discreción de otros constituye una forma de esclavitud<sup>194</sup>. Es sin duda, un gran aporte en la materia, pues nunca antes se había ligado la violación sexual a la esclavitud. Consideramos que, definitivamente, este aporte sirvió de base para que luego se acuñara el término “esclavitud sexual” y que incluso fuese considerado un crimen internacional.

Además, cabe resaltar que lo sostenido en este caso por la Sala de Primera Instancia del TPIY fue luego confirmado por la Sala de Apelaciones. Sin embargo, hizo una precisión, a nuestro juicio, acertada, al señalar que la fuerza o la amenaza de esta son evidencia clara de ausencia de consentimiento, pero ésta no constituye un elemento del crimen de violación, pues deben evaluarse las circunstancias en las que la actividad sexual se produjo, ya que en muchos casos, solo el contexto es suficiente para deducir la falta de consentimiento. De esta manera, se puede decir que la Sala de Apelaciones, de alguna manera trato de “corregir” el error de la Sala de Primera Instancia al incluir la ausencia de consentimiento como un elemento del crimen, precisando, que este debe ser evaluado de acuerdo a la circunstancias.

En Kvočka, a pesar que se trató de un desarrollo posterior a las definiciones antes señaladas, del mismo tribunal, se optó por señalar la definición de violación y violencia sexual elaborada por el TPIR en el caso Akayesu<sup>195</sup>. Siendo esta una definición mucho más amplia del crimen, ayudó al TPIY en su labor de incluir a la violencia sexual como constitutiva de persecución. Respecto a esto la Sala de Primera Instancia reconoció que la persecución puede presentarse de diversas formas y que no

---

<sup>193</sup> Nota Supra 71.

<sup>194</sup> Esta forma de esclavitud será luego denominada esclavitud sexual en el Estatuto de Roma.

<sup>195</sup> En este caso se sostuvo que la violación sexual es “una invasión física de naturaleza sexual, cometida contra una persona en circunstancias coercitivas” y que la violencia sexual es “cualquier acto de naturaleza sexual que sea cometido contra una persona en circunstancias coercitivas”, además que “la violencia sexual no está limitada a la invasión física del cuerpo humano y puede incluir actos que no involucran penetración o siquiera contacto físico. Ver notas 147 y 148.

esta limitada la violencia física y haciendo una comparación con crímenes de lesa humanidad y genocidio señaló que el trato humillante que forma parte de un ataque discriminatorio contra la población civil podría, en conjunto con otros crímenes o en casos extremos por sí mismo, constituir persecución.<sup>196</sup>

Adicionalmente, se introdujo el análisis de la empresa criminal conjunta, a los crímenes sexuales. De acuerdo a la sentencia Tadic, de este mismo Tribunal, la teoría de la empresa criminal conjunta también puede ser empleada para casos de violencia sistemática en situaciones de conflicto armado. Siguiendo esta línea, la Sala de Primera Instancia, en Kvoka, interpreta la sentencia Tadic para sostener que se pueden cometer crímenes de violación y otras formas de violencia sexual por medio de la figura de la empresa criminal conjunta, al argumentar que no es indispensable tener un rol activo en la empresa, sino que basta haber conocido los crímenes que se perpetraban y, aun así, haber seguido formando parte de la empresa.

Por último, en Celebici, el TPIY se acoge nuevamente a la definición de violación sexual elaborada en Akayesu, para luego señalar que ésta – la violación – constituye tortura. Al igual que en Furundzija, en este caso la Sala Primera Instancia sostiene que la violación y otras formas de violencia sexual constituyen tortura de cumplirse con los requisitos señalados en la definición de tortura de la Convención contra la Tortura, destacando que la violación sexual es un trato humillante y discriminatorio que cobra una mayor magnitud cuando es realizada por un funcionario público o con la aquiescencia de este.

Uno de los aportes más importante de esta sentencia – si no el más importante – es el reconocimiento de que la discriminación es un propósito prohibido detrás la tortura y que la violación sexual puede darse por motivos discriminatorios, es decir, que la discriminación puede ser por razones de género. El TPIY señaló expresamente que muchas mujeres fueron víctimas de violación sexual por el solo hecho de ser mujeres. Esto sin duda constituyó un gran avance para las cuestiones de género y la criminalización de actos sexuales contra la mujer a nivel internacional

En conclusión, queremos señalar que el aporte de estas sentencias tanto a la definición de violación sexual como a su inclusión en otras modalidades de crimen ha

---

<sup>196</sup> Nota Supra 97

sido invaluable, pues no solo implica un gran esfuerzo en materia de producción legal (pues como mencionamos al inicio de este trabajo, no se contaba con definición alguna de violación sexual en el marco del derecho internacional), sino que además, este esfuerzo generó innumerables debates en torno al tema, y se contemplaron muchas aristas que no habrían sido tomadas en cuenta al inicio. Sin duda alguna, el trabajo del TPIY en estas sentencias sirvió de base para la posterior elaboración del Estatuto de Roma en 1998.

## 2.2 Jurisprudencia del TPIR

En esta sección, nos centraremos en analizar las sentencias seleccionadas para este trabajo, del TPIR. Para realizar este análisis tendremos en cuenta lo desarrollado por las sentencias, específicamente, en materia de violación sexual, dando mayor prioridad al tema relativo a la definición de esta y a los elementos que la componen, y a las distintas modalidades de crimen en las que ha sido juzgada la violación sexual, para luego ofrecer nuestras conclusiones.

### 2.2.1 Introducción

Durante los cien días que duró el genocidio que devastó al pequeño Estado de Ruanda, situado en África central, desde abril hasta junio de 1994, aproximadamente 934,000 Tutsis y Hutus moderados murieron en manos de los Hutu<sup>197</sup>. Aparte de los asesinatos, cientos de miles de mujeres fueron víctimas de violaciones y/o experimentaron alguna forma de violencia sexual. El Informe del Relator especial en Ruanda de las Naciones Unidas, René Degni-Segui, emitido en 1996, expresó que “las violaciones eran sistemáticas y usualmente utilizadas como “medio de guerra” por los

---

<sup>197</sup> Este número fue presentado por el gobierno de Ruanda con ocasión del décimo primer aniversario en conmemoración del genocidio (1994-2004). Muchos periodistas consideran las cantidades de entre 300, 000 y 500, 000 muertos. De acuerdo al Informe preparado por el Panel de Personalidades Eminentes, es difícil calcular el número exacto de personas que perdieron la vida, pero que “incluso si se calcula a partir del número más modesto, igual se puede decir que más de tres cuartos de la población registrada como Tutsi fue sistemáticamente asesinada en un plazo de aproximadamente cien días.” (Organización para la Unión Africana, Informe del Panel de Personalidades Eminentes, Rwanda: The preventable Genocide, 2000, par. 14.80)

perpetradores de las masacres”. Esto puede ser deducido de la cantidad y la naturaleza de las víctimas, así como también, de las formas en las cuales se manifestaban las violaciones.”<sup>198</sup> De acuerdo al informe elaborado en el año 2000 por el Panel de Personas Eminentes de la Organización de Unidad Africana: “Podemos estar seguros que casi todas las mujeres sobrevivientes del genocidio fueron víctimas directas de violaciones u otras formas de violencia sexual, o fueron profundamente afectadas por éstas.”<sup>199</sup> En el informe de Degni-Segui se estimó que, en base a la suposición que, de cada cien violaciones una tiene como consecuencia un embarazo y que hubo un estimado de entre dos mil y cinco mil mujeres embarazadas producto de violaciones. Se puede llegar a la conclusión de que entre 250,000 y 500,000 mujeres y niñas ruandesas fueron víctimas de violaciones durante el genocidio.<sup>200</sup> A pesar de que la cantidad exacta de víctimas de violencia sexual durante el genocidio en Ruanda (o durante cualquier otro conflicto armado) nunca se sabrá con exactitud,<sup>201</sup> es claro que la cantidad de mujeres y niñas expuestas a violencia sexual alcanza los cientos de miles.<sup>202</sup> Las mujeres son acertadamente consideradas como “las principales víctimas de las masacres... dado que fueron violadas, masacradas y sometidas a otros tipos de brutalidades”.<sup>203</sup> Mientras que muchas mujeres fueron asesinadas después de haber sido violadas, aquellas que lograron sobrevivir al genocidio se quedaron con una experiencia aterradora, la cual nunca será borrada de sus memorias.

---

<sup>198</sup> Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. *Report on the Situation of Human Rights in Rwanda, submitted by Mr. René Degni-Segui*, Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de acuerdo al párrafo 20 de la Resolución S-3/I del 25 de Mayo de 1994, E/CN.4/1996/68, 29 de enero de 1996. par. 16

<sup>199</sup> *Organization of African Unity International Panel of Eminent Personalities. Report, Rwanda: The Preventable Genocide, 2000. par. 16.20*

<sup>200</sup> Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. *Report on the Situation of Human Rights in Rwanda, submitted by Mr. René Degni-Segui*, Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de acuerdo al párrafo 20 de la Resolución S-3/I del 25 de Mayo de 1994, E/CN.4/1996/68, 29 de enero de 1996. par. 16

<sup>201</sup> Op. Cit. Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

<sup>202</sup> En primer lugar, la estigmatización asociada con el hecho ser víctima de violación sexual tiende a impedir que las mujeres y niñas denuncien estos hechos. En segundo lugar, muchas mujeres eran asesinadas luego ser violadas, y las investigaciones forenses no determinaron si había habido violación. Finalmente, incluso una vez que ya se tiene una cifra, debería asumirse que esta es mucho más alta, toda vez que siempre hay un gran número de violaciones que nunca fueron denunciadas.

<sup>203</sup> De acuerdo al informe presentado por Human Rights Watch en 1996, la alta escala de ocurrencias de violación sexual a lo largo de Ruanda está probada por diversas fuentes, *inter alia*: el testimonio de las mismas víctimas de violación sexual, el testimonio de víctimas de violación que a las vez fueron testigos de otras violaciones, otros testigos, médicos que trataron a las víctimas en hospitales, organizaciones humanitarias que incluían programas para mujeres; el informe del Relator Especial de Naciones Unidas para la Situación de Derechos Humanos en Ruanda.

Dentro del contexto genocida en el que se encontraba Ruanda, las víctimas de violencia sexual fueron, primordialmente, atacadas en base a su condición de mujeres, es decir, en base a su género, y además, a su pertenencia al grupo étnico Tutsi, es decir, a su etnicidad. Por consiguiente, un gran número de mujeres y niñas Tutsi de toda edad, fue sexualmente atacado. La propaganda Anti-Tutsi que precedió al genocidio de 1994 y que llamó a toda la población Hutu a estar en contra de los Tutsi, fue de particular importancia, dada la influencia que tuvo<sup>204</sup> por constituir supuestamente una amenaza real en contra de la comunidad Tutsi. La edición de diciembre de 1990, del periódico *Kangura*, se dirigió, específicamente, contra la sexualidad de las mujeres Tutsi a través de la publicación de los llamados “Diez Mandamientos.”<sup>205</sup> En cuatro de dichos mandamientos, las mujeres Tutsi fueron retratadas como herramientas de la comunidad Tutsi, como armas sexuales que eran usadas por los Tutsi para debilitar y finalmente destruir a los hombres Hutu.<sup>206</sup>

Adicionalmente a esta propaganda de orientación sexual, los periódicos imprimían caricaturas en las cuales las mujeres Tutsi, así como la Primera Ministra Agathe Uwilingiyimana que era conocida por ser Hutu moderada, fueron retratadas como objetos sexuales.<sup>207</sup> De esta manera, el uso de propaganda de odio basada en

---

<sup>204</sup> Ibid.

<sup>205</sup> En 1994, los medios impresos y la radio (mayormente controlada por Hutu extremistas) fueron los medios más importantes e influyentes en Ruanda. Durante los fines de semana, periódicos con propaganda anti-Tutsi eran distribuidos a lo largo del Estado por trabajadores urbanos que durante la semana laboraban en Kigali. Estos periódicos eran leídos en voz alta para aquellos analfabetos, a la vez, también incluían caricaturas ofensivas a la población Tutsi. Por otro lado, dado que en la mayoría de hogares en Ruanda había por lo menos una radio, esta era el medio más importante e influyente a través del cual la población Ruandesa recibía información. La estación de radio con mayor influencia era la “Radio Télévision Libre Des Mille Collines” (RTLM), esta estación le pertenecía los extremistas Hutu, quienes empezaron a emitir propaganda anti-Tutsi en agosto de 1993.

<sup>206</sup> *Kangura* es una palabra en Kinyarwanda y significa literalmente “despierta”. Este periódico, se describía a sí mismo como “la voz que busca despertar y guiar a la mayoría de personas [Hutu]”. *Kangura* fue uno de los periódicos con mayor influencia en Ruanda, que emitió fuerte propaganda anti-Tutsi.

<sup>207</sup> Cuatro de los “10 mandamientos” se referían específicamente a las mujeres Tutsi. i.e. (1) “todos los Hutu deberían saber que una mujer Tutsi –donde quiera que se encuentre- trabaja para los intereses de su grupo étnico Tutsi., como resultado debemos considerar como traidor a cualquier Hutu que se case con una mujer Tutsi; que entable amistad con una mujer Tutsi; que le de empleo como secretaria o concubina a una mujer Tutsi; (2) Todo Hutu debería saber que nuestras hijas Hutu son más adecuadas y conscientes en su rol de mujer, esposa y madre de familia. ¿No son acaso más hermosas, buenas secretarías y más honestas?; (3) “mujeres Hutu, sean más vigilantes de sus maridos, hermanos e hijos y traten de hacerlos entrar en razón; y (4) “las Fuerzas Armadas Ruandesas deberían estar conformadas exclusivamente por hombres Hutu. La experiencia vivida durante la guerra en octubre de 1990, nos ha enseñado una lección. Ningún miembro de la milicia debería casarse con una mujer Tutsi”. Los mandamientos están citados el *African Rights* (1995), p. 42-43.

género incitó a la violencia sexual.<sup>208</sup> Esto se encuentra claramente evidenciado en las declaraciones de los perpetradores que acompañaron a las violaciones, tales como “ustedes, las mujeres Tutsi piensan que son demasiado buenas para nosotros” y “déjenos probar a que sabe una mujer Tutsi” refiriéndose a la arrogancia (impuesta por los Hutu) de las mujeres Tutsi, quienes eran generalmente consideradas más atractivas que las mujeres Hutu. Asimismo, algunas de las violaciones eran dirigidas a mujeres Hutu consideradas moderadas, pues estaban casadas con hombres Tutsi y protegían a la población Tutsi, o se encontraban políticamente afiliadas a los Tutsi.

También hubo violaciones dirigidas contra mujeres y niñas independientemente de su etnicidad o a su afiliación con la población Tutsi, especialmente contra mujeres jóvenes y/o atractivas. Estas mujeres fueron entonces principalmente atacadas en base a su género como resultado del imperante caos durante el conflicto. Así, a pesar que tanto las mujeres Tutsi como las Hutu fueron violadas sexualmente, sí hubo considerables diferencias en la cantidad de ataques perpetrados, así como en las razones subyacentes.

Los perpetradores de violencia sexual fueron generalmente miembros del Interahamwe, la milicia Hutu. Pero las violaciones fueron a su vez cometidas por los soldados militares de las Fuerzas Armadas Ruandesas (FAR) incluyendo la Guardia Presidencial y algunos civiles. En algunos casos, los comandantes superiores de la milicia o militares tenían conocimiento de la comisión de las violaciones. A pesar de no dar órdenes explícitas de violar y violentar sexualmente a las mujeres, sí hay evidencia suficiente que demuestra que los superiores respaldaron u ordenaron a aquellos bajo su comando, a violar mujeres Tutsi, así como también, condonaron los actos que ocurrían, sin hacer ningún tipo de esfuerzo para detenerlos. Los perpetradores no fueron solo de sexo masculino; sino también hubo mujeres Hutu que participaron en estos actos.<sup>209</sup> Estas mujeres Hutu provenían de todos los niveles de la sociedad; inclusive, hasta algunas monjas participaron.

Los tipos de violencia sexual contra mujeres y niñas en Ruanda incluyeron violaciones individuales, violaciones grupales, esclavitud sexual (tanto colectiva como

---

<sup>208</sup> Un ejemplo de estas caricaturas fue una publicada en diciembre de 1993, en la publicación titulada “Power”. En la esta se retrató a las mujeres Tusi como seductoras y al RPF (Frente Patriótico Ruandés) teniendo relaciones sexuales con miembros de las Operaciones de Mantenimiento de Paz bebas de la UNAMIR (United Nations Assistance Mission for Rwanda), estos últimos eran considerados aliados del RTF.

<sup>209</sup> Green (2002). P. 735-776

individual a través de la figura de “matrimonios forzados”), violaciones por medio de la utilización de objetos tales como palos o armas – actos que normalmente terminaban en la muerte de la víctima o en la mutilación sexual de senos, vagina, ano o de rasgos considerados distintivos de la etnia Tutsi, tales como narices pequeñas o dedos largos, esto ocurría a menudo durante o después de las violaciones.

El uso de ácido también fue frecuente para mutilar mujeres con la finalidad de evitar que pudiesen procrear hijos Tutsi.<sup>210</sup> Hasta las mujeres embarazadas fueron víctimas de violencia sexual y la edad tampoco fue un impedimento.

En muchas ocasiones, las víctimas eran asesinadas después de las violaciones; aquellas cuyas vidas eran respetadas era solamente para ser violadas nuevamente. Muchas mujeres fueron violadas por hombres conscientes de ser portadores del virus VIH, y de esta manera sádica, trataban de transmitir el virus a las mujeres Tutsi y a sus familias.<sup>211</sup> Estos actos de violencia sexual no fueron incidentes aislados; más bien, eran normalmente cometidos en combinación con otros actos sexuales y/o durante un periodo largo o concurrente de tiempo en el curso del genocidio. Algunas mujeres eran mantenidas como esclavas personales, incluso hasta por varios años después de finalizado el conflicto.

Las violaciones y otros tipos de violencia sexual fueron perpetradas a lo largo y ancho del Estado. Las violaciones ocurrían dentro de las casas de las víctimas o las de los perpetradores, pero lo más común era que ocurriesen a plena vista de terceros. Considerando que la violencia sexual se llevo a cabo a gran escala y a vista pública, es difícil imaginarse que hubiese alguien en Ruanda que no tuviese conocimiento de los atroces actos de violencia sexual que se estaban perpetrando.

## **La creación del Tribunal Penal Internacional para Ruanda**

---

<sup>210</sup> *African Rights* (1995h)

<sup>211</sup> Ver la página web de AVEGA-AGAHOZO, Asociación de viudas del genocidio, dentro de “historia” en <http://www.avega.org.rw/englishome.htm> (visitada el 11 de enero de 2011).

El TPIR fue establecido en 1994 en Arusha, Tanzania. Su objetivo fue el mismo que el del TPIY: juzgar a los más grandes perpetradores de los crímenes más graves cometidos, pero en el territorio de Ruanda. Este Tribunal tuvo una composición de tres órganos, similar a la del TPIY: Las Salas (Sala de Cuestiones Previas, Sala de Primera Instancia y Sala de Apelaciones), la Oficina del Fiscal y la Secretaría. La jurisdicción territorial del TPIR está restringida a aquellos crímenes cometidos entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994.<sup>212</sup> Al igual que el TPIY, este tribunal también fue creado por el Consejo de Seguridad de la ONU de acuerdo a lo dispuesto en el capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, en respuesta a la amenaza a la paz y seguridad internacional en Ruanda.<sup>213</sup>

El TPIR fue establecido por el Consejo de Seguridad, luego que este revisara los diversos informes especiales de Naciones Unidas, en los cuales se indicaba que se habían cometido, en Ruanda, actos de genocidio y otras violaciones sistemáticas, generalizadas y flagrantes al Derecho Internacional Humanitario.<sup>214</sup> En uno de estos informes, elaborado por la Comisión Independiente de Expertos se señaló que “perturbadores informes fueron presentados... que documentan el secuestro y violación de mujeres y niñas durante el conflicto armado”.<sup>215</sup> La Comisión consideró que la violación sexual era tanto una infracción al Derecho Internacional Humanitario como un crimen de lesa humanidad. Adicionalmente, sostuvo que “existen casos claros donde se demuestra que la violación sexual indudablemente constituye “lesiones graves físicas o mentales”, y que es perpetrada bajo un comando responsable una política principal o como parte de esta, y que es “cometida con la intención de destruir, en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso considerado como tal”<sup>216</sup>. La Comisión de Expertos, fue de la opinión que los crímenes de violencia sexual perpetrados durante el

<sup>212</sup> De acuerdo al *Report of the Secretary General Pursuant to paragraph 5 of the Security Council Resolution 995 (1994)*. UN Doc. S/1995/3.4 del 13 de febrero de 1995, par. 14: “Although the crash of the Aircraft carrying the presidents of Rwanda and Burundi on April 6, 1994 is considered to be the event that triggered the civil war, the Council decided that the jurisdiction of the Tribunal would commence on January 1<sup>st</sup>, 1994, in order to capture the planning state of the crimes”.

<sup>213</sup> Nota supra 6. Ver resolución 995 del Consejo de Seguridad sobre el establecimiento del TPIR, S/RES/995, del 8 de noviembre de 1994.

<sup>214</sup> *Preliminary Report of the Independent Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 935 (1994)*, S/1994/1125, 4 de octubre de 1994. *Final Report of the Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 935 (1994)* S/1994/1405, 9 de diciembre de 1994.

<sup>215</sup> *Final Report of the Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 935 (1994)* S/1994/1405, 9 de diciembre 1994, par.136

<sup>216</sup> Ver resolución 995 del Consejo de Seguridad sobre el establecimiento del TPIR, S/RES/995, del 8 de noviembre de 1994.

conflicto en Ruanda podrían haber constituido genocidio. En los casos ante el TPIR, que analizaremos más adelante, veremos cómo la violencia sexual fue reconocida como genocidio. Una vez más, se reconoció la existencia de crímenes de violencia sexual y, por eso, se les incluyó en el Estatuto del TPIR como “violación” bajo la disposición de crímenes de lesa humanidad (Artículo 3(g)) y como “violación” y “prostitución forzada” bajo la disposición de crímenes de guerra (Artículo 4(e)). El Estatuto de este Tribunal prohíbe explícitamente la violación sexual tanto como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra por lo que constituye un gran avance en comparación a sus antecesores, los tribunales de Nuremberg y Tokio.

En el TPIR se juzgó y condenó la violencia sexual bajo crímenes específicos relacionados al género (violación como crimen de lesa humanidad y atentados contra la dignidad personal, en particular los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y todo atentado contra el pudor, como violación grave al Artículo 3 Común y al Protocolo Adicional II). También se han realizado juzgamientos y condenas bajo otros crímenes, crímenes sin referencia explícita alguna sobre violencia sexual tales como esclavitud, tortura, persecución y otros actos inhumanos como crímenes de lesa humanidad, violencia contra la vida, la salud y el bienestar físico o mental de las personas, en particular tratos crueles como tortura, mutilación o cualquier otra forma de castigo corporal como violaciones al Artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra y al Protocolo Adicional II.<sup>217</sup> Si los crímenes de naturaleza sexual hubiesen sido procesados solamente bajo las disposiciones explícitas sobre violencia sexual, los ultrajes sexuales no habrían podido ser juzgados “en toda su extensión”<sup>218</sup>.

Como mencionamos anteriormente, en la sección sobre la creación del TPIY, las disposiciones sobre crímenes de guerra se basaron en gran medida en los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales de 1977, donde la violación y otras formas de violencia sexual se encontraban implícitamente establecidas.

En total, el TPIR a la fecha ha juzgado a 52 acusados, de los cuales más de la mitad han sido juzgados por, *inter alia*, crímenes de naturaleza sexual.

---

<sup>217</sup> Nota Supra 13

<sup>218</sup> Nota Supra 14

## 2.1.2 Análisis de los casos más relevantes

### 2.2.1.1 Caso Akayesu

#### Breve descripción del caso

Jean Paul Akayesu tuvo el cargo de Alcalde del Municipio de Taba en la Prefectura de Gitarama. Este fue acusado por la Fiscal Louise Arbour según el Dictamen de Acusación Modificado de 17 de junio de 1997, por los cargos de: 1) genocidio; 2) complicidad en genocidio; 3) instigación directa y pública a cometer genocidio; 4) seis crímenes de lesa humanidad, en concreto: tres cargos de homicidio intencional, un cargo de exterminio, un cargo de violación y un cargo de tortura; 5) cuatro violaciones graves al artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949<sup>219</sup>, y 6) una violación grave al Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II de 1977<sup>220</sup>; en concreto, de ultrajes a la dignidad personal.<sup>221</sup>

La fiscal sostuvo que Akayesu como Alcalde estaba encargado de la realización de una serie de funciones ejecutivas y del mantenimiento del orden público en el territorio del Municipio, bajo la autoridad del Prefecto. Ejercía el control de la Policía Municipal y de la Gendarmería Nacional puesta a la disposición del Municipio. Era responsable de la ejecución de las leyes y reglamentos, y de la administración de Justicia.

Con fecha 2 de septiembre de 1998, la Primera Sala del TPIR dictó Sentencia en el caso Akayesu, considerando al acusado culpable de los cargos de genocidio, instigación directa y pública a cometer genocidio y de tres cargos de homicidio intencional, de exterminio, de tortura, de violación y de otros actos inhumanos como crímenes de lesa humanidad.

---

<sup>219</sup> Ver: <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDLRM>. Documento consultado el 7/09/2010.

<sup>220</sup> Ver: <http://www.cicr.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/protocolo-II>. Documento consultado el 7/09/2010.

<sup>221</sup> TORRES PEREZ, María y BOU FRANCH, Valentín. La Contribución del Tribunal Penal Internacional para Ruanda a la configuración jurídica de los Crímenes Internacionales. Tirant Lo Blanch, Valencia 2004. p.72.

La Sala Primera, consideró probado que más de 2000 Tutsis fueron asesinados en Taba durante el periodo en cuestión, en el que el acusado tenía la obligación de mantener la ley y el orden como Alcalde. El acusado no se opuso a las matanzas y participó en ellas, inclusive ordenó su comisión a partir del día 18 de abril de 1994.

En cuanto a violencia sexual, la Sala consideró que existían suficientes pruebas fehacientes de que se habían cometido actos de violencia sexual contra las mujeres y las jóvenes Tutsi durante el periodo recogido por el Acta de Acusación. La mayoría de estos actos sucedieron frente a muchas personas. La Sala consideró probado que, con pocas excepciones, estos actos fueron cometidos por miembros del Interahamwe en la zona de las oficinas municipales o en sus cercanías. De esta manera, la Sala concluyó que el acusado debía conocer y conoció que estos actos de violencia sexual se producían en su Municipio, cerca o en la zona de las oficinas municipales y que muchas mujeres eran raptadas para ser violadas. No existen pruebas que evidencien que el acusado trató de poner fin a estos actos ni de castigar a sus perpetradores. Es más, hay pruebas de que ordenó, incitó y ayudó a la comisión de los mismos.

### **Aportes de la sentencia<sup>222</sup>**

La sentencia Akayesu, elaborada por la Sala de Primera Instancia, nos fue legada por el TPIR el 2 de septiembre de 1998. Dicha sentencia tuvo un valor jurídico de monumental significancia. En ella se concluyó que la violación así como otras formas de violencia sexual fueron usadas como instrumento de genocidio, y también que esos crímenes formaron parte de un ataque sistemático y generalizado dirigido contra la población civil, constituyendo así, crímenes contra la humanidad. Esta fue la primera sentencia en la historia donde se consideró a la violación y otras formas de violencia sexual como crímenes de genocidio. La Sala de Primera Instancia también articuló definiciones seminales de violación y violencia sexual dentro del marco del Derecho Internacional y reconoció a la desnudez forzada como una forma de violencia sexual constituyendo así este tipo de actos inhumanos como crímenes contra la humanidad.

---

<sup>222</sup> *Prosecutor v. Akayesu, Jean Paul. Judgement ICTR-96-42. September 1998. (Sentencia Akayesu de la Sala de Primera Instancia).*

En el presente caso, Jean Paul Akayesu, burgomaestre (cargo similar a alcalde [mayor]) de la comunidad de Taba en Ruanda, fue imputado, en la Acusación Original, con doce cargos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra por el asesinato, exterminio, tortura y tratos crueles cometido a lo largo de la comunidad de Taba. No se presentaron cargos por crímenes de género, a pesar que numerosas organizaciones de mujeres y de Derechos Humanos documentaron abundante evidencia de violación y otras formas de violencia sexual cometidas en todo el territorio de Ruanda, incluyendo Taba<sup>223</sup>.

Sin embargo, esto cambió cuando durante el juicio, un testigo espontáneamente manifestó que su hija de seis años había sido violada por tres soldados Interahamwe. Este testimonio fue seguido por el de otra testigo quien declaró haber sido víctima de violación y haber sido testigo de otras violaciones en Taba cometidas por miembros de la milicia Hutu. Como resultado directo de esta evidencia, así como por las exhortaciones internacionales para incluir la violencia sexual entre los cargos contra Akayesu<sup>224</sup>, el proceso fue puesto en receso de modo que la Oficina del Fiscal pudiese investigar los cargos de violencia sexual y considerase enmendar la Acusación para incluir cargos apropiados si suficiente evidencia de estos crímenes fuese hallada en Taba y [para examinar si] responsabilidad individual o superior por tales crímenes podría ser atribuida a Akayesu<sup>225</sup>. Asimismo, fue crucial, para tal fin, la presencia de la jueza Navanethem Pillay de Sudáfrica, en el Tribunal, una jueza con vasto *expertise* en materias de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y crímenes de género.

Después que la investigación revelara evidencia suficiente de violencia sexual cometida en Taba por hombres Hutu contra mujeres Tutsi, la Fiscalía modificó la Acusación para imputar a Akayesu por violación y otros actos inhumanos como crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra en los Cargos 13-15 de la Acusación

---

<sup>223</sup> Ver. BINAIFER, Nowrojee, *Shattered Lives: Sexual Violence during the Rwandan Genocide and its Aftermath* (Human Rights Watch & Fédération Internationale, 1996); *Report of the Mission to Rwanda on the Issue of Violence Against Women in Situations of Armed Conflict*, por Radhika Coomaraswamy, Relatora Especial de la ONU sobre Violencia Contra la Mujer. U.N. Doc. E/CN.4/1998/54/Add.1 (1998).

<sup>224</sup> Dozenas de activistas para los derechos de la mujer, organizaciones internacionales, académicos, y abogados internacionales enviaron cartas al Tribunal solicitando que no excluyera los crímenes de género. La ONG Coalición para los Derechos de la Mujer en Situaciones de Conflicto también envió un Amicus curiae en el caso sobre el tema de la violencia sexual. Ver. *Prosecutor v. Akayesu, Amicus Brief Respecting the Amendment of the Indictment and Supplementation of the Evidence to Ensure the Prosecution of Rape and Sexual Violence Within the Competence of the ICTR, May 1997* (prepared by Joanna Birenbaum, Lisa Wyndel, Rhonda Copelon & Jennifer Green).

<sup>225</sup> Ver. Sentencia Akayesu de la Sala de Primera Instancia, En par. 416

Modificada. Los cargos por genocidio también hacían referencia a los párrafos que alegaban crímenes por violación, permitiendo así declarar la violación como un medio de genocidio si la evidencia llevara a esa conclusión.

La Sala de Primera Instancia definió la violación sexual como “una invasión física de naturaleza sexual, cometida contra una persona en circunstancias coercitivas”<sup>226</sup>. La violencia sexual, siendo una categoría más amplia que la violación, fue definida como “cualquier acto de naturaleza sexual que sea cometido contra una persona en circunstancias coercitivas. La violencia sexual no está limitada a la invasión física del cuerpo humano y puede incluir actos que no involucran penetración o siquiera contacto físico”<sup>227</sup>. En la sentencia, la desnudez forzada fue citada como un ejemplo de violencia sexual que no involucraba tocamientos. Más aún, la Sala de Primera Instancia enfatizó que la proporción de coerción que se necesitó no tuvo que ser equivalente a la fuerza física, así como “las amenazas, la intimidación, la extorsión y otras formas de coacción que son presa del miedo y de la desesperación pueden constituir formas de coerción”. De modo notable, la Sala resaltó que la coerción puede ser inherente a situaciones de conflicto armado o cuando personal militar, como la milicia, está presente<sup>228</sup>.

La Sala de Primera Instancia observó que a pesar de que las legislaciones nacionales han definido históricamente la violación como un “intercambio sexual no consentido”, era necesaria una definición a fin de incluir “actos que involucrasen la inserción de objetos y/o el uso de orificios no considerados intrínsecamente sexuales”<sup>229</sup>. Un ejemplo, obtenido de las declaraciones de los testigos ante el Tribunal, fue la consideración de la Sala, que el acto de “introducir un pedazo de madera dentro de los órganos sexuales de una mujer mientras ella yace muriendo constituye violación desde la perspectiva del Tribunal”<sup>230</sup>

La Sala de Primera Instancia observó adicionalmente que la violencia sexual cae dentro del marco de “otros actos inhumanos”, como crímenes de lesa humanidad,

---

<sup>226</sup> Ídem. En: par. 688.

<sup>227</sup> Íbid.

<sup>228</sup> Ídem. La definición de violación expuesta en Akayesu fue adoptada por el TPIY en la Sentencia de la Sala de Primera Instancia en el caso Celebici, nota supra 3, En: par. 479.

<sup>229</sup> Sentencia Akayesu de la Sala de Primera Instancia, En: par. 686.

<sup>230</sup> Íbid.

“ultrajes contra la dignidad humana”, dentro de las disposiciones para crímenes de guerra del Estatuto, y “lesiones graves físicas y mentales” según las modalidades de genocidio<sup>231</sup>. A pesar que los crímenes de violación no fueron imputados como tortura en la Acusación Modificada, la Sala de Primera Instancia estableció analogías entre los crímenes de violación y la tortura, observando que la violación “es una forma de agresión” y que los elementos del crimen no pueden ser capturados a través de una descripción mecánica de los objetos y las partes del cuerpo involucrados. La Sala observó que “así como la tortura, la violación es utilizada para propósitos de intimidación, degradación, discriminación, castigo, control o destrucción de una persona. Al igual que la tortura, la violación sexual es una violación de la dignidad personal, y la violación sexual, de hecho, constituye tortura” cuando todos se satisfacen todos los elementos del crimen de tortura<sup>232</sup>.

La sentencia reconoció, sin ambigüedad, que la violencia sexual causa grandes daños, y que es utilizada intencionalmente durante los periodos de violencia masiva para subyugar y devastar a un grupo colectivo enemigo – en este caso, a los miembros del grupo Tutsi y sus simpatizantes. La decisión, enérgicamente, reconoció que en el régimen genocida llevado a cabo por los Hutu, los crímenes de violación fueron perpetrados como “una parte integral del proceso de destrucción”<sup>233</sup>. Esta explicó que “la violencia sexual fue un paso dentro del proceso de destrucción del grupo Tutsi—destrucción del espíritu, de la voluntad de vivir, y de la vida misma”<sup>234</sup>. Así, la Sala enfatizó que el daño y el sufrimiento infligido por la violencia sexual fue más allá de lo individual, pasando a ser un objetivo colectivo, en este caso, la etnia Tutsi.

No hubo ninguna imputación que sostuviese que Akayesu hubiese perpetrado personalmente los crímenes de violación. Al respecto, la Sala de Primera Instancia sostuvo que Akayesu podía ser considerado responsable de violencia sexual por su rol al ordenar, instigar, ayudar y asistir las violaciones, la desnudez pública forzada, y la

---

<sup>231</sup> Ídem. En: par. 688.

<sup>232</sup> Ídem. Nótese que el último requisito, el cual solicita que la acción estatal esté involucrada cuando se aplica el derecho internacional humanitario o el derecho penal internacional, como opuesto al derecho de los derechos humanos, ha sido rechazado por el ICTY en el caso Kunarac, discutido infra.

<sup>233</sup> Ídem. En: par. 731.

<sup>234</sup> Ídem. En: par. 732. La Sala explicó posteriormente que los “actos de violación y violencia sexual, así como otros actos de severo daño físico y mental cometidos contra los Tutsi, reflejaron la determinación por hacer que las mujeres Tutsi sufrieran y porque fueran mutiladas incluso antes de matarlas, siendo su deseo el de destruir al grupo Tutsi mientras se le infligía a sus miembros precisas formas de sufrimiento durante el proceso”. Id. at para. 733.

mutilación sexual, facilitando, de ese modo, la comisión de los crímenes<sup>235</sup>. Esto es claro, teniendo en cuenta las omisiones y las incitaciones verbales que realizaba del acusado antes y durante varios episodios de violencia sexual. A la larga, el Tribunal encontró que Akayesu incurrió en responsabilidad criminal superior por numerosos crímenes - incluyendo varias formas de violencia sexual - cometidos por hombres Hutu contra mujeres y niñas Tutsi dentro y alrededor de la comuna de Taba. La Sala de Primera Instancia determinó que “en virtud de su autoridad”, la presencia e incitación verbal por parte de Akayesu “enviaron una señal clara de tolerancia oficial” en relación a los actos de violencia sexual<sup>236</sup>. Como resultado, el Tribunal condenó a Akayesu considerándolo individualmente responsable por crímenes sexuales.

Al encontrar a Akayesu culpable de violación sexual como crimen de lesa humanidad, la Sala de Primera Instancia encontró que “un ataque generalizado y sistemático contra la población civil de la etnia Tutsi tuvo lugar en Taba, y más ampliamente, en Ruanda, entre el 7 de abril y finales de junio de 1994”. El Tribunal encontró que las violaciones y otros actos inhumanos que sucedieron dentro o cerca de los establecimientos comunes de la comuna de Taba fueron cometidos como parte de este ataque<sup>237</sup>.

Además, como se mencionó líneas arriba, la Sala de Primera Instancia sostuvo que Akayesu fue responsable por crímenes de violación cometidos en un contexto de genocidio. Encontrando que los crímenes de violación sexual “constituyen genocidio de la misma manera que cualquier otro acto siempre y cuando se cometa con la intención específica de destruir, total o parcialmente a un grupo particular, considerado como tal”<sup>238</sup>, La Sala de Primera Instancia concluyó que la violación sexual fue usada como un instrumento para cometer genocidio en Taba, y que las acciones y omisiones de Akayesu lo hicieron individualmente responsable por estos crímenes. La Sala de Primera Instancia sostuvo que:

Numerosas mujeres Tutsi fueron forzadas a soportar actos de violencia sexual, mutilaciones y violaciones llevadas a cabo repetidamente, a menudo públicamente y muchas veces por más de un agresor. Las mujeres Tutsi eran sistemáticamente violadas, así lo manifestó una víctima femenina diciendo que “cada vez que te encontrabas con los agresores, ellos te violaban”. Numerosos incidentes de violación y violencia sexual contra mujeres Tutsi ocurrieron dentro y

---

<sup>235</sup> Ídem. En: par. 692-94.

<sup>236</sup> Ídem. En: par. 693.

<sup>237</sup> Ídem. En: para. 695.

<sup>238</sup> Ídem. En: par. 731.

cerca de la Oficina Comunal. Ha quedado probado que algunos policías de la comunidad armados con pistolas y el acusado mismo estuvieron presentes mientras que algunas de estas violaciones y actos de violencia sexual fueron cometidos<sup>239</sup>.

La sentencia reconoció que la violación era, frecuentemente, el preludio de la muerte, ya que, algunas veces, las mujeres eran dejadas con vida porque la violación era considerada un sufrimiento peor a la muerte.

Finalmente, La Sala de Primera Instancia condenó a Akayesu por nueve de los quince cargos que le fueron imputados en la Acusación Ampliada. Fue hallado culpable de genocidio y de crímenes de lesa humanidad por actos de exterminio, asesinato, tortura, violación y otros actos inhumanos. Por estos crímenes, a Akayesu se le impuso cadena perpetua<sup>240</sup>. La sentencia de la Sala de Apelaciones del TPIR fue emitida el 1ro de junio del 2001 reafirmando la decisión de la Sala de Primera Instancia<sup>241</sup>.

## Conclusión

En conclusión, la sentencia Akayesu constituye uno de los aportes jurídicos más importantes –si no el más importante- del TPIR. En esta sentencia se sostiene que tanto la violación sexual como otros actos de violencia sexual pueden ser mecanismos de genocidio y a su vez, elaboró definiciones de estos actos mucho más amplias que las expuestas por el TPIY en sus sentencias. Asimismo, reconoció la desnudez forzada como una forma de violencia sexual.

La Sala de Primera Instancia definió la violación sexual como “una invasión física de naturaleza sexual, cometida contra una persona en circunstancias coercitivas” y a la violencia sexual como “cualquier acto de naturaleza sexual que sea cometido contra una persona en circunstancias coercitivas”, pues, la violencia sexual no está limitada a la invasión física del cuerpo humano y puede incluir actos que no involucran penetración o siquiera contacto físico. Esta definición de violación sexual difiere bastante de las expuestas por el TPIY. A primera vista parece más sencilla; no obstante, se trata de una definición mucho más amplia, pues el hecho de sustituir la palabra

---

<sup>239</sup> Ídem. En: par. 706-07.

<sup>240</sup> Sentencia Akayesu, ICTR-96-4-T, 2 Octubre 1998. Para un examen más amplio de los crímenes, véase, por ejemplo: DES FORGES, Alison, *Leave None to Tell the Story: Genocide in Rwanda* 271-82 (*Human Rights Watch & International Federation of Human Rights, 1999*).

<sup>241</sup> Véase Sentencia Akayesu de la Sala de Apelaciones ICTR-96-4-A, 1 Junio 2001, En: par. 442-45.

“penetración” por “invasión” da pie a que se puedan incluir muchos más actos de naturaleza sexual que no incluyan penetración. Asimismo, esta definición elimina del todo el elemento de ausencia de consentimiento. Como podemos observar, no hace ni referencia al tema de la fuerza, sino que reemplaza toda esta discusión por la frase “circunstancias coercitivas”, lo cual parece ser mucho más apropiado para el juzgamiento de crímenes internacionales.

El sostener que la violación y otras formas de violencia sexual podrían constituir genocidio, marcó, de todas formas, un hito en el desarrollo de los crímenes sexuales a nivel internacional. La Sala de Primera instancia claramente afirmó que los actos de naturaleza sexual “constituyen genocidio de la misma manera que cualquier otro acto siempre y cuando se cometa con la intención específica de destruir, total o parcialmente a un grupo particular, considerado como tal”<sup>242</sup>. No obstante, esta afirmación solo estableció una construcción jurídica, pues el TPIR no tenía competencia para condenar la violación sexual como genocidio, ya que esta no se encontraba incluida dentro del Estatuto. Se condenó a Akayesu por violación sexual como lesa humanidad y crímenes de guerra, bajo la modalidad de tortura.

#### 2.2.2.2 Caso Musema

##### Breve descripción del caso

Según consta en el Dictamen de Acusación Modificado del 6 mayo de 1999, la fiscal Jane Anywar Adong acusó a Musema de los cargos de 1) genocidio, o alternativamente complicidad en genocidio; 2) conspiración para cometer genocidio; 3) cuatro crímenes de lesa humanidad, en concreto: de homicidio intencional, exterminio, violación y otros actos inhumanos; y 4) dos violaciones graves al Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y al Protocolo Adicional II de 1977, y en particular de actos de violencia contra la vida, la salud y el bienestar físico o mental de las personas; y de ultrajes a la dignidad personal, incluyendo tratos inhumanos o

---

<sup>242</sup> Sentencia Akayesu, ICTR-96-4-T, 2 Octubre 1998. par. 731. Loc. cit.

degradantes, violación, abusos sexuales o cualquier otra forma de agresión indecente”<sup>243</sup>.

Alfred Musema era Director de la Fábrica de Té de Gisovu, en la Prefectura de Kibuye. También pertenecía al Consejo de la Prefectura de Byumba y era miembro del Comité Técnico del Municipio de Butare. Ambos cargos suponían una responsabilidad en cuestiones socio-económicas y de desarrollo, pero no en cuestiones políticas.

Tras la muerte del Presidente Juvenal Habyarimana, el 6 de abril de 1994, comenzaron los ataques contra la población civil Tutsi y contra los opositores políticos Hutu. Aproximadamente, entre los días 9 de abril y 30 de junio de 1994, miles de personas, en su mayoría Tutsi, buscaron refugio en el área de Bisesero. Estos refugiados eran atacados casi diariamente con todo tipo de armas, ataques de los que trataron de protegerse en numerosas ocasiones. Según la Fiscal, durante los meses de abril, mayo y junio de 1994, Musema, junto con otros acusados, transportaron dentro de esta área a miembros de la Gendarmería Nacional, de la Policía Local, del Interahamwe y a civiles armados para que participaran en las masacres contra los refugiados que allí se encontraban. El acusado llegó a participar personalmente en algunos de dichos ataques.

Musema también cometió violaciones sexuales contra mujeres Tutsi en el área de Bisesero y en Gisovu. Incitó en varias ocasiones a otras personas a perseguir, capturar y violar a aquellas mujeres que buscaron refugio en dicha área. El 14 de abril de 1994, cerca del área ocupada por la Fábrica de Té, Musema junto con otras personas, incitó a la violación de la señora Immaculé Mukankusi, una mujer embarazada Tutsi, y ordenó a sus acompañantes que violasen y matasen a las mujeres Tutsi que buscaran refugio huyendo de los ataques. Ese mismo día también violaron a otra mujer Tutsi, la Sra. Nyiramusugi, y posteriormente, la asesinaron. Según la sentencia, se consideró al acusado Musema culpable de los cargos de genocidio y lesa humanidad por actos de exterminio y violación. Dicha Sala condenó al acusado a la pena única de cadena perpetua por considerarse probado, más allá de toda duda razonable, que el acusado estuvo presente y participó en las matanzas y violaciones que se produjeron en el área de Bisesero durante los meses de abril, mayo y junio de 1994

---

<sup>243</sup> TORRES PEREZ, María y BOU FRANCH, Valentín. La Contribución del Tribunal Penal Internacional para Ruanda a la configuración jurídica de los Crímenes Internacionales. Tirant Lo Blanch, Valencia 2004. p.107.

Alfred Musema era un ex trabajador de la Fábrica de Té ubicada en Gisovu, y una vez que se desató el conflicto pasó a ser miembro del Interahamwe. De acuerdo a la acusación, Musema fue acusado de violación como crimen de lesa humanidad, por violar personalmente a tres mujeres de la etnia Tutsi y por ayudar e instigar a otros a cometer actos de violación.

La Testigo I, declaró que su esposo había trabajado con Musema en la Fábrica de Té de Gisovu de 1992 a 1994, por lo que conocía al acusado. Declaró además, que cuando comenzó la matanza en las instalaciones de la fábrica de té, ella y su hijo menor se refugiaron en una casa de huéspedes, donde fueron descubiertos por los Interahamwe, quienes les mostraron una lista de personas que iban a ser asesinadas. La testigo, manifestó que el primer nombre en la lista era el de su marido y el segundo el de ella misma. También se encontraban los nombres de Canisio, el gerente de contabilidad de la fábrica, el de su esposa Anunciata Mujawayezu y el de sus hijos<sup>244</sup>.

Adicionalmente, la testigo señaló haber conocido a Anunciata cuando ambas se encontraban escondiéndose en el bungalow aledaño a la fábrica de té donde se encontraba Musema con sus hombres y algunas personas que estaban siendo atacadas y torturadas. Afirmó que se había escondido en ese lugar junto a la víctima con la intención de escuchar donde se iban a llevar a cabo los atentados y las masacres para estar prevenidas. Mientras se escondían, el hijo de Anunciata de un año de edad empezó a llorar, a lo que Anunciata se puso de pie diciendo que se iría, pues no quería que los mataran a todos por su culpa. Una vez que salió del bungalow, la Testigo I manifestó haber escuchado a Musema decir “ven que te vamos a matar, como el Inyenzi mató a nuestro pueblo”<sup>245</sup>. Luego, de acuerdo a lo declarado por la Testigo I, Musema llamó a los Twas y les dijo que violaran a Anunciata y que le cortaran uno de sus pechos y se lo dieran de comer al niño si tenía hambre. En el apartado 4.8 de la Acusación se lee lo siguiente

El 14 de abril de 1994, dentro del área de la fábrica de té Gisovu, Twumba Cellule, Comuna Gisovu, Alfred Musema, en concierto con otros, ordenó y alentó a la violación de la Anunciata, una mujer Tutsi, y posteriormente, ordenó que fuera asesinada junto con su hijo Blaise<sup>246</sup>

---

<sup>244</sup> Ídem par. 806

<sup>245</sup> Ídem par. 809

<sup>246</sup> Sentencia Musema.de la Sala de Primera Instancia (ICTR-96-13). Par. 805

Por otro lado, Musema fue también acusado de violar a Imaculee Mukankuzi Mukankusi. En el apartado 4.9 de la Acusación se señala lo siguiente:

El 13 de mayo de 1994, dentro del área de Bisesero, en Gisovu y comunas Gishyita, Prefectura de Kibuye, Alfred Musema, en concierto con otros, violó y asesinó a Immaculée Mukankuzi Mukankusi, una mujer Tutsi embarazada, y a partir de entonces ordenó a otros que lo acompañaban a violar y matar a las mujeres Tutsis que buscaban refugio de los ataques<sup>247</sup>.

De acuerdo a la Testigo J – quien identificó a Musema como el Gerente de la Fábrica de té de Gisovu, donde su esposo trabajaba -, Musema violó a una de las mujeres:

Una mujer Tutsi llamada Immaculée Mukankuzi que tenía 25 años y estaba embarazada de ocho meses. La golpeó con la culata de su arma, ella se cayó, él se bajó los pantalones y ropa interior hasta las rodillas y saltó sobre ella. La testigo dijo que Immaculée luchaba y lloraba porque Musema decía que iba a matarla. Musema estuvo encima de ella durante unos cuatro minutos. Después de violarla, se puso su ropa, se levantó y la mató, la apuñaló entre el cuello y el hombro<sup>248</sup>.

Asimismo, la Testigo J declaró que el asesinato de Immaculée Mukankuzi, le dió a los hombres que acompañaban a Musema el coraje para matar a otras mujeres. Las otras cinco mujeres, incluidas la Testigo J y su hija de 18 años de edad, fueron violadas. Después de violarlas, les introdujeron palos afilados en sus partes íntimas. La testigo manifestó que haber sido violada al último, porque las demás eran mucho más jóvenes y que ella era considerada una anciana. También dijo que las otras mujeres todavía estaban vivas cuando los palos les fueron introducidos mientras gritaban de dolor, aclarando que este hecho les produjo la muerte. Las que no murieron instantáneamente fueron masacradas con garrotes o machetes hasta producirles la muerte. La testigo declaró, a su vez, que vio a su hija moribunda y que las violaciones, los asesinatos y otros actos tuvieron lugar a menos de dos metros de donde ella se encontraba.

El 13 de mayo de 1994, dentro del área de Bisesero, en los municipios Gisovu y Gishyita, prefectura de Kibuye, Alfred Musema, actuando en concierto con otros, violó a Nyiramusugi, una mujer Tutsi, e incitó a otros que lo acompañaban a violarla y matarla.<sup>249</sup>

Otra fuente, el Testigo N, declaró que Nyiramusugi fue capturada alrededor de las 15:30 horas. Dijo haber visto a Ruhindura con cuatro jóvenes arrastrando a una mujer joven por el suelo para llevarla ante Musema. Asimismo, manifestó que Musema llevaba un rifle que luego entregó a Ruhindura. Las cuatro personas que sostenían a Nyiramusugi la soltaron en el suelo y la inmovilizaron, dos la sujetaban de los brazos y

<sup>247</sup> Acusación Musema ICTR-96-13

<sup>248</sup> Sentencia Musema de la Sala de Primera Instancia. Par. 832

<sup>249</sup> Acusación Musema, par. 4.10

dos de las piernas. Los dos que sostenían sus piernas luego las separaron, y Musema se colocó entre ellas. El testigo dijo haber visto a Musema arrancarle la ropa interior a Nyiramusugi y luego desvestirse. Por último, dicho testigo también, manifestó que Musema dijo en voz alta "Hoy día, el orgullo de los Tutsis tendrá un fin"<sup>250</sup> y luego violó a la joven, quien era conocida por ser una joven muy hermosa.

### Aportes de la sentencia<sup>251</sup>

El TPIR encontró a Musema individualmente responsable por el crimen de violación sexual como crimen de lesa humanidad respecto a los hechos descritos. Lo relevante, en materia jurídica, de esta sentencia es el análisis de los elementos que componen el crimen de violación sexual como crimen de lesa humanidad. A lo largo de la sentencia se hace una comparación entre las definiciones de violación sexual propuestas en las sentencias de Akayesu y Furundzija, lo cual nos aporta un análisis de mayor profundidad sobre los elementos que componen o deberían componer el tipo penal de violación sexual como crimen internacional.

La Sala de Primera Instancia determinó que la violación puede constituir un crimen de lesa humanidad, de acuerdo al Artículo 3 (g) del Estatuto. En la sentencia Akayesu, la violación como crimen de lesa humanidad fue definida como:

[...] una invasión física de naturaleza sexual, cometida contra una persona bajo circunstancias que son coercitivas. La violencia sexual, que incluye violación, es considerada un acto de naturaleza sexual, el cual es cometido contra una persona bajo circunstancias que son coercitivas. Estos actos deben ser cometidos:

- (a) Como parte de un ataque generalizado o sistemático;
- (b) Contra una población civil;

Por ciertas razones discriminatorias, siendo estas: razones nacionales, étnicas, políticas, raciales o religiosas<sup>252</sup>.

La referencia que hace la Sala de Primera Instancia a la sentencia Akayesu tiene relevancia en tanto que, como vimos anteriormente, en Akayesu el TPIR introduce la

<sup>250</sup> Idem par. 849

<sup>251</sup> *Prosecutor v. Musema*, Case No. ICTR-96-13-A 27 January 2000 (Sentencia Musema de la Sala de Primera Instancia).

<sup>252</sup> Ídem par.. 220

palabra “invasión” para describir los actos sexuales que implican violación sexual. Asimismo, añade que dicha invasión física debe darse en circunstancias coercitivas, reemplazando con esto la idea de la ausencia de consentimiento como elemento del crimen de violación sexual. Luego, la Sala de Primera Instancia agrega los elementos del crimen de lesa humanidad tal y como están establecidos en el estatuto del TPIR.

Por otro lado, la Sala de Primera Instancia se vuelve a referir a la sentencia Akayesu al definir el crimen de violación sexual como crimen de lesa humanidad, donde se reconoce que:

Que la violación es una forma de agresión y que los elementos centrales del crimen de violación no pueden estar enmarcados en una descripción mecánica de partes del cuerpo y objetos. La Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes no cataloga actos específicos en su definición de tortura, enfocándose, más bien en el marco conceptual del acto de violencia proscrito. Este alcance es más útil en el Derecho Internacional. Al igual que la tortura, la violación es usada para propósitos de intimidación, degradación, sanción, control o destrucción de una persona. Como la tortura, la violación sexual es un ultraje a la dignidad personal, y la violación, en efecto constituye tortura cuando es infligida por, o con instigación de, o con el consentimiento o aquiescencia de un oficial público u otra persona actuando en función oficial.<sup>253</sup>

En nuestro análisis previo, de las sentencias del TPIY, hemos constatado que, efectivamente, la violación sexual contra la mujer puede constituir tortura al tener en cuenta lo dispuesto en la Convención contra la Tortura Podemos tener claro que al hablar de crímenes internacionales es mejor siempre establecer un marco conceptual que uno mecánico, un marco que permita el análisis caso por caso. Esto es de suma importancia, dado que está evidenciado a través de la historia y de los diversos conflictos armados que se han ido produciendo alrededor del mundo que la violencia sexual es un ataque particularmente contra las mujeres, siempre presente en estas circunstancias, pero que cada vez se han ido produciendo mas formas de violencia sexual, agresión e intimidación. Sería muy riesgoso quedarnos con la definición que proponen los TPI en algunos de sus fallos, donde se limitan a una descripción mecánica de las partes del cuerpo y objetos involucrados, pues esto solo permitiría a determinados casos cumplir con los elementos requeridos, dejando fuera de protección diversos actos que tienen el mismo resultado violento de naturaleza sexual. Cabe destacar que la

---

<sup>253</sup> Sentencia Akayesu, ICTR-96-4-T, 2 Octubre 1998. Óp. cit. Par. 597

definición – más amplia y conceptual - elaborada por el TPIR en el caso Akayesu también fue recogida por el TPIY en el caso Celebici<sup>254</sup>.

Por otro lado, la Sala de Primera Instancia hizo referencia y consideró la definición propuesta en la sentencia Furundzija, la cual - como vimos anteriormente - establece una serie de elementos de orden mecánico recogidos: "la mayoría de los sistemas jurídicos en el mundo del Derecho común Anglosajón y de Derecho Civil Romano consideraban a la violación como la penetración sexual del cuerpo humano por la fuerza, por el pene o por medio de la introducción forzada de cualquier objeto en la vagina o el ano".<sup>255</sup>

Observando también que en la sentencia Furundzija la Sala de Primera instancia consideró la penetración forzada de la boca como un ataque humillante y degradante a la dignidad humana y, por esta razón incluyó tal conducta en su definición de violación, a pesar que las legislaciones nacionales de los Estados se encuentran divididas al considerar si tal conducta constituye o no violación. De la misma manera, la Sala señaló que la sentencia Furundzija reconoce que existe una tendencia en las legislaciones nacionales a ampliar la definición de violación. A la luz de la evolución dinámica de la comprensión de la violación sexual y la incorporación de los nuevos conocimientos adquiridos en los principios del Derecho Internacional, la Sala consideró que es preferible una definición conceptual de violación a una definición mecánica de la misma, dado que "la definición conceptual se acomodará mejor a la evolución normativa de la justicia penal."<sup>256</sup>

Sin embargo, luego de otorgada la debida consideración a la práctica de la penetración oral forzada - considerada como violación por algunos Estados y como ataque sexual en otros -, la Sala de Primera Instancia determinó, en este caso, lo siguiente:

La Sala está de acuerdo con el enfoque conceptual establecido en la sentencia Akayesu para la definición de violación, el cual reconoce que la esencia de la violación no está en los detalles particulares de las partes del cuerpo y objetos involucrados, sino más bien, en la agresión expresada de manera sexual bajo condiciones coercitivas<sup>257</sup>.

---

<sup>254</sup> Sentencia Musema de la Sala de Primera Instancia par. 223.

<sup>255</sup> Sentencia Furundzija Nota supra 18

<sup>256</sup> Ídem par. 228

<sup>257</sup> Ídem par. 226

Otro aspecto importante, señalado en la sentencia Akayesu son las circunstancias coercitivas en las normalmente se enmarca la violación sexual en situaciones de violencia masiva. Este elemento reemplaza, por así decirlo, el elemento de ausencia de consentimiento propuesto por el TPIY en la sentencia Furundzija. La Sala de Primera Instancia, en este caso se adhiere expresamente a la definición elaborada en la sentencia Akayesu considerando que la distinción entre la violación y otras formas de violencia sexual elaborada por la sentencia Akayesu, es decir “una invasión física de naturaleza sexual”<sup>258</sup> en contraste con “cualquier acto de naturaleza sexual”<sup>259</sup> que se comete contra una persona en circunstancias que son coercitivas es clara y establece un marco para la consideración judicial de incidentes individuales de violencia sexual y un análisis, caso por caso, de si estos incidentes constituyen violación. La definición de violación, según lo dispuesto en la sentencia Akayesu, claramente abarca todas las conductas descritas en la definición de violación en Furundzija.

Por todo lo expuesto, la Sala de Primera Instancia consideró a Musema individual y penalmente por el crimen de lesa humanidad (violación), de conformidad con los artículos 3 (g) y (6) (1) del Estatuto.

## Conclusión

Para concluir este análisis, sostenemos que lo más relevante de esta sentencia es la comparación de los elementos que componen el crimen de violación sexual expuestos en Akayesu y Furundzija, pues explica claramente que el término “invasión” es mucho mas inclusivo que “penetración” Asimismo, sostiene que la mayoría de legislaciones nacionales tienen la tendencia a ir ampliando sus definiciones de crímenes sexuales, pues dada la naturaleza de este tipo de crímenes, es preferible siempre optar por una definición más inclusiva, es decir, una definición conceptual (Akayesu) y no mecánica (Furundzija). Este aporte es de gran relevancia, dado que si tenemos en cuenta el desenvolvimiento de los últimos conflictos armados, podemos observar cómo se han ido produciendo cada vez más crímenes de naturaleza sexual de distintas características.

---

<sup>258</sup> Ídem par. 227

<sup>259</sup> *Ibíd.*

### 2.2.2.3 Caso Semanza

#### Breve descripción del caso

El Fiscal Bernard A. Muna, acusó a Semanza en el Dictamen de Acusación Modificado del 12 de octubre de 1999, de los cargos de: 1) genocidio, 2) instigación directa y pública a cometer genocidio; 3) complicidad en el genocidio; 4) ocho crímenes de lesa humanidad, en concreto: de tres cargos de homicidio intencional, un cargo de tortura, dos cargos de violación, un cargo de exterminio y un cargo de persecución; y 5) tres violaciones graves al Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y al Protocolo Adicional Segundo, y en particular de dos cargos de actos de violencia contra la vida, la salud y el bienestar físico o mental de las personas; y de un cargo de ultrajes a la dignidad personal, incluyendo los tratos inhumanos o degradantes, la violación, los abusos sexuales o cualquier otra forma de agresión indecente.

Laurent Semanza fue Burgomaestre del Municipio de Bicumbi, en la Prefectura de Kigali, durante más de 20 años hasta su sustitución en 1993. Durante los hechos que se recogen en el Dictamen de Acusación fue nombrado representante del MRND<sup>260</sup> en la Asamblea Nacional del Gobierno transitorio que, en virtud de los Acuerdos de Arusha<sup>261</sup> de 1993, debía constituirse. De esta manera, el acusado era una persona muy influyente en su comunidad y tenía autoridad *de facto* y *de iure* sobre los miembros de las milicias, en particular del Interahamwe, y sobre otras personas entre las que se incluían miembros de las FAR, de la policía local y sobre otros agentes del Gobierno. El acusado hizo uso de este poder para lograr avances en la guerra interna, que el Gobierno mantenía contra la RPF.

---

<sup>260</sup> Partido político ruandés liderado por Juvenal Habyarimana. Denominado originalmente en Francés: *Mouvement Révolutionnaire National pour le Développement*.

<sup>261</sup> Los *Acuerdos de Arusha* (también acuerdo de la paz de Arusha, o negociaciones de Arusha) eran un sistema de cinco acuerdos (o los protocolos) que fueron firmados en Arusha, Tanzania el 4 de agosto de 1993, entre el gobierno de Ruanda y el rebelde Frente patriótico Ruandés (RPF), mediante los cuales se acordó terminar una guerra civil de tres años. Este acuerdo fue organizado por Estados Unidos, Francia y la Organización de la unidad africana. Los *acuerdos de Arusha* establecieron un gobierno transitorio, esto incluyó el frente patriótico insurgente de Ruanda (sobre todo Tutsi) con los cinco partidos políticos que habían compuesto el gobierno temporal desde abril de 1992 con anticipación a las elecciones generales. Ver estos acuerdos EN: <http://www.incore.ulst.ac.uk/services/cds/agreements/pdf/rwan1.pdf>

La participación de Semanza en el plan genocida se remonta a 1991. Durante este año, el acusado participó en la distribución de armas y en el entrenamiento de grupos del Interahamwe, continuando con esta labor hasta 1994. Durante este período, presidió numerosas reuniones en las que se amenazaba a la población Tutsi y a aquellos Hutu que no fuesen miembros del MRND.

A partir del día 6 de abril de 1994, la participación del acusado en el genocidio se volvió más activa. Así, entre los días 6 y 30 de abril de 1994, Semanza instigó y ordenó a los miembros de las milicias que procediesen a la comisión de violaciones y asesinatos de cualquier mujer Tutsi que pudiesen encontrar en los municipios de Bicumbi y Gikoro. Logrando con sus órdenes que estos actos se hiciesen realidad. Entre el 7 y el 20 de abril de 1994, aproximadamente, el acusado organizó y ejecutó las masacres acontecidas en la Colina de Mwilire, situada en el Municipio de Bicumbi, donde varios miles de refugiados habían buscado protección escapando de las matanzas. Asimismo, durante los días 16 y 18 de abril, Semanza, participó y dirigió personalmente los ataques.

La Tercera Sala de primera instancia del TPIR encontró a Semanza culpable de los cargos de complicidad en genocidio, violación sexual, exterminio y dos cargos de homicidio intencional como crímenes de lesa humanidad. De esta manera, la Sala consideró probado mas allá de cualquier duda razonable que el acusado ayudó a los perpetradores principales de las matanzas que se cometieron en la iglesia de Musha y en la Colina Mwilire, transportando a los atacantes a estos lugares y participando en los ataques. Además, la Sala consideró probado que el acusado instigó la violación de mujeres Tutsi; instigó a torturar a los refugiados de la etnia Tutsi; instigó al homicidio de ocho refugiados; e, incluso, llegó a matar a un individuo, personalmente.

### **Aportes de la Sentencia<sup>262</sup>**

Laurent Semanza al haber tenido el cargo de Burgomaestre de la Comuna de Bicumbi en la prefectura rural de Kigali de 1973 a 1993 y al haber sido presidente de la

---

<sup>262</sup> *Prosecutor v. Semanza, Laurent* (ICTR-97-20) 15 May 2003 (Sentencia Semanza de la Sala de Primera Instancia).

sucursal del MRND en la zona rural de Kigali, gozaba de una condición política que le otorgó una cierta influencia en la prefectura. Esto es relevante dado que Semanza fue acusado de cargos de violación sexual por incitar, en su condición de superior jerárquico, la violación sexual de mujeres Tutsi.

En esta sentencia, nuevamente, se hace referencia a la definición violación sexual esbozada en la sentencia Akayesu y la compara con la definición que expuso la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso Foca. Una de las materias más resaltantes, analizadas por la Sala de Primera Instancia en este caso, es la determinación de la violación como crimen de lesa humanidad y como constitutiva de tortura dentro del marco de crímenes de guerra. Cabe resaltar que los cargos de violación fueron basados únicamente en actos de instigación.

La Sala de Primera instancia citando, el Dictamen de Acusación sostuvo que:

Entre el 07 de abril y 30 de abril de 1994, Laurent Semanza habló con un pequeño grupo de hombres en la Comuna de Gikoro, les dijo que habían matado mujeres Tutsi, pero que también debían violarlas antes de matarlas. En respuesta a las palabras Semanza, estos mismos hombres fueron de inmediato al lugar donde dos mujeres Tutsis, la Víctima A y la Víctima B, se habían refugiado y uno de ellos violó a la Víctima A y otros dos violaron y asesinaron a la víctima B. Laurent Semanza tuvo la intención de que los actos descritos en este párrafo fuesen parte del conflicto armado no internacional en contra del RPF (...)<sup>263</sup>.

Asimismo, la Testigo VV declaró que tres de los hombres al escuchar las instrucciones del acusado, se dirigieron a la casa donde la testigo y su prima estaban escondidas. Una vez ahí - explicó la testigo - uno de los atacantes se quedó dentro de la casa con la testigo, mientras que los otros dos hombres llevaron a su prima afuera. La testigo declaró que el hombre le dijo que tenían permiso para violarlas, también manifestó que el hombre se quitó la ropa y tuvo relaciones sexuales no consentidas con ella y le dijo que la mataría si se resistía. La Testigo explicó que no podía ver lo que los otros dos atacantes le estaban haciendo a su prima, pero la oyó gritar diciendo que prefería que los atacantes la matasen. Según la testigo, cuando salió de la casa, encontró que su prima había sido asesinada y enterrada.<sup>264</sup>

El Acusado instigó a los hombres bajo su mando a que violaran a las mujeres de la etnia Tutsi, etnia a la cual, estaba dirigida todo el ataque del conflicto armado. Esta instigación produjo que tres de sus hombres bajo su mando violasen a la Víctima A

---

<sup>263</sup> Acusación Musema par 3.17.

<sup>264</sup> Sentencia Semanza de la Sala de Primera Instancia (ICTR-97-20) par. 254

(Testigo VV) y torturasen y asesinasen a la Víctima B - no hubo evidencia suficiente para determinar que esta última había sido violada.<sup>265</sup>

Teniendo en cuenta, entre otras cosas, la influencia del acusado y el hecho que la violación de la víctima A se produjo inmediatamente después que el acusado instigase a la multitud para la violación,

La Sala considera que el estímulo del acusado constituyó una instigación, porque esta estuvo conectada causalmente y contribuyó sustancialmente a las acciones del perpetrador directo. La declaración del agresor de que se le había dado permiso para violar la víctima A es evidencia de un vínculo claro entre la declaración del acusado y el crimen. La Sala también encuentra que el acusado hizo su declaración intencionalmente con la conciencia de que estaba influyendo en el perpetrador para cometer el crimen.<sup>266</sup>

Por lo que la Sala encontró al acusado culpable de instigar la violación de la Víctima A como crimen de lesa humanidad.<sup>267</sup>

Entrando al análisis jurídico de los hechos descritos, la Sala de Primera Instancia sostuvo que en Akayesu se enunció una definición amplia de violación que incluyó “cualquier invasión física de naturaleza sexual en circunstancias coercitivas y que no está limitada a relaciones sexuales forzadas”.<sup>268</sup> Por otro lado, la Sala de Apelaciones del TPIY, sostuvo una interpretación más restrictiva, definiendo el *actus reus* de la violación como crimen de lesa humanidad entendida como la penetración no consentida, por mas insignificante que esta sea, de la vagina o del ano de la víctima por el pene del perpetrador o por cualquier otro objeto utilizado por este último, o de la boca de la víctima por el pene del perpetrador. El consentimiento para este propósito se debe dar de manera libre y voluntaria y es evaluado en el contexto de las circunstancias. La Sala de Primera Instancia en ese caso optó por la definición de la Sala de Apelaciones del TPIY señalando que:

Si bien este estilo mecánico de la definición de la violación fue rechazado inicialmente por este Tribunal, la Sala encuentra persuasivo el análisis comparativo en Kunarac y, por tanto, [adoptó] la definición de violación aprobada por la Sala de Apelaciones del TPIY. De este modo, la Sala reconoce que los actos de violencia sexual que no se ajusten a esta definición limitada pueden ser procesados como otros crímenes de lesa humanidad dentro de la jurisdicción de este Tribunal, como la tortura, la persecución, la esclavitud u otros actos inhumanos.<sup>269</sup>

---

<sup>265</sup> Ídem par. 546

<sup>266</sup> Ídem par. 478

<sup>267</sup> Ídem par. 479

<sup>268</sup> Ídem par. 344

<sup>269</sup> Ídem par. 345

Y luego añadiendo un aporte a esta definición, estableció que “El Mens Rea de la violación como crimen de lesa humanidad es la intención de llevar a cabo la penetración sexual prohibida con el conocimiento de que esta se produce sin el consentimiento de la víctima”<sup>270</sup>.

De acuerdo a las sentencias analizadas anteriormente, podemos observar que el TPIR no era consistente a la hora de aplicar una definición de violación sexual a sus fallos a pesar que la definición expuesta en Akayesu se elaboró dentro del marco del TPIR, la Sala de Primera instancia de este Tribunal en muchos casos optó por las definiciones elaboradas en las sentencias de Furundzija y en el caso Foca en el marco del TPIY. El debate en el TPIR trató de decidir entre una definición conceptual (Akayesu) o una definición mecánica (Furundzija y Foca).

Luego de determinar bajo qué definición de violación procedería la sentencia, la Sala de Primera Instancia, a la hora de determinar la responsabilidad del acusado por el Cargo 11 (Tortura) sostuvo que:

La Sala considera que al instigar a la multitud para que violase mujeres a causa de su origen étnico, el acusado alentó a la multitud para que infligiese severo dolor o sufrimiento físico o mental con fines discriminatorios. Por lo tanto, no sólo estaba instigando la violación, sino una violación con propósitos discriminatorios, que jurídicamente constituye tortura. La Sala considera que su discurso estaba conectado causalmente con la tortura de la víctima A y que contribuyó sustancialmente con la misma, porque inmediatamente después de que el acusado formuló su discurso a la multitud, los agresores se dirigieron a una casa cercana y torturaron a la víctima A violándola por ser una mujer Tutsi. La Sala observa que la influencia general del acusado en la comunidad y el hecho de que sus declaraciones fueron hechas en presencia de las autoridades municipales y militares le dio mayor fuerza y legitimidad a su iniciativa. La Sala considera que el acusado actuó de forma deliberada y con la conciencia de que estaba influenciando a otros para cometer una violación con propósitos discriminatorios como parte de un ataque generalizado contra la población civil por motivos étnicos. Por lo tanto, la Sala considera que el acusado es penalmente responsable de instigar la tortura como un crimen de lesa la humanidad<sup>271</sup>.

La Sala de Primera Instancia en este caso utiliza la definición de tortura de la Convención contra la Tortura, la cual fue utilizada también en Furundzija y Akayesu. En Akayesu, la Sala de Primera Instancia se basó en la definición de tortura que se encuentra en la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

---

<sup>270</sup> Ídem par. 346

<sup>271</sup> Ídem par. 585

La Sala de Apelaciones del TPIY ha explicado que, si bien la definición que figura en la Convención contra la Tortura es un reflejo del Derecho Internacional Consuetudinario en relación con las obligaciones de los Estados, no es la misma aplicable a tortura como un crimen de lesa humanidad. En particular, la Sala de Apelaciones del TPIY, en el caso Foca, confirmó que, fuera del marco de la Convención contra la Tortura, el requerimiento del "funcionario público" no es un requerimiento de acuerdo al Derecho Internacional Consuetudinario en relación a la responsabilidad penal individual por tortura como crimen de lesa humanidad<sup>272</sup>.

Asimismo, la Sala de Primera Instancia señaló que la tortura bajo el Artículo 4 – violaciones al Artículo 3 Común a las Convenciones de Ginebra y al Protocolo Adicional II- “tiene los mismos elementos esenciales que los establecidos para la tortura como crimen de lesa humanidad”<sup>273</sup>.

Además, al analizar las condenas acumuladas de violación y de tortura por violación estableció que “aplicando la prueba *Musema*, la Sala ha considerado cuidadosamente los elementos de los crímenes de lesa humanidad de violación y tortura”<sup>274</sup>. Adicionalmente, se remitió a la Sala de Apelaciones del TPIY que en el caso Foca concluyó que las condenas por ambos crímenes sobre la base de los mismos hechos son admisibles, porque la violación y la tortura, cada una, contienen un elemento material distinto no contenido en la otra; la violación requiere la penetración sexual, mientras que la tortura exige que el daño sea infligido por un propósito prohibido. En esa misma línea también señaló que:

“La Sala considera que la violación de la víctima constituye una tortura porque el agresor la violó porque era una Tutsi, lo que es un propósito discriminatorio. En particular, la Sala señala que el autor actuó intencionalmente y con este propósito prohibido porque tomó en consideración las instrucciones discriminatorias, dadas por el acusado, para la violación de las mujeres Tutsis como parte de su trabajo más amplio de asesinar a la etnia Tutsi.”<sup>275</sup>

En conclusión, esta sentencia nos demuestra que el TPIR tenía problemas para establecer una única definición de violación sexual en sus fallos, siendo el problema llegar a un acuerdo sobre los elementos que componen el tipo penal de este crimen. Cabe resaltar que el aporte de esta sentencia fue agregar el conocimiento de que existía una ausencia de consentimiento por parte del perpetrador a la definición original la Sala de Apelaciones del TPIY.

Otro aporte importante de esta sentencia es, sin duda, la delimitación de violación sexual como tortura, acogiéndose a la determinación de la Sala de Apelaciones en el

---

<sup>272</sup> Ídem par. 342

<sup>273</sup> Ídem par. 374

<sup>274</sup> Ídem par. 506

<sup>275</sup> Ídem par. 545

caso Foca, dejando de lado el requerimiento del “funcionario público” en la aplicación de tortura como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra, a pesar que este requerimiento sí fue señalado y respetado por el mismo TPIY en el caso Furundzija.

## Conclusión

En esta sentencia podemos encontrar un análisis similar al de Musema para determinación de la violación sexual como crimen de lesa humanidad y como constitutiva de tortura dentro del marco de crímenes de guerra. Lo particular de este caso es que los cargos por violación sexual estuvieron basados únicamente en actos de instigación.

En principio, pareciera que la Sala se iba a inclinar por la definición expuesta en Akayesu, pero luego se adhiere a la definición mecánica de Furundzija, completada por Sala de Primera Instancia del TPIY. Sin embargo, hace caso omiso a la explicación sobre la relación entre la fuerza y el consentimiento elaborada por la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso Foca y sostiene que el consentimiento debe ser un elemento del crimen de violación sexual y que cualquier otro acto de naturaleza sexual que no encaje dentro de esta definición – mecánica - deberá ser procesada como otro tipo de crimen. No deteniéndose a explicar si el consentimiento puede ser interpretado de acuerdo a las circunstancias.

Respecto a la instigación, la Sala concluyó que la instigación se constituye cuando el estímulo del instigador está conectado causalmente y contribuye sustancialmente a las acciones del perpetrador principal. La declaración del agresor, en el presente caso, en la que manifestó haber tenido permiso del acusado para la violar a la Víctima A, evidencia claramente la existencia de un vínculo entre el estímulo del acusado y el crimen perpetrado. Asimismo, la Sala estableció que es necesario que el instigador estimule intencionalmente con la conciencia de estar influyendo al perpetrador para cometer el crimen.

En cuanto al análisis sobre tortura, la Sala la interpretó de acuerdo a la instigación realizada por el acusado, sosteniendo que la declaración que instigó a la

multitud a que violase a las víctimas tuvo como base su origen étnico, es decir, el acusado instigó a la violación de mujeres por ser parte de una etnia en particular. Por lo tanto, si se considera que los actos de violación infligen grave dolor o sufrimiento físico o mental y que estos actos son perpetrados con fines discriminatorios; entonces, se estaría configurando el crimen de tortura. En este caso, dado que el acusado instigó a que se comentan actos de violación con fines discriminatorios, la Sala concluyó que instigó la comisión de tortura como crimen de lesa humanidad.

#### 2.2.2.4 Caso Kajelijeli

##### Breve descripción del caso

En el Dictamen de Acusación Modificada de 25 de enero de 2001, la Fiscal Carla del Ponte acusó a Juvenal Kajelijeli de haber cometido los siguientes crímenes: 1) genocidio, o alternativamente complicidad en genocidio; 2) conspiración para cometer genocidio; 3) instigación directa y publica a cometer genocidio; 4) cinco crímenes de lesa humanidad, en concreto: homicidio intencional, exterminio, persecución, violación sexual y otros actos inhumanos; y 5) dos violaciones graves al artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y al Protocolo Adicional II.

El acusado ocupó el cargo de Alcalde del Municipio de Mukingo desde 1988 hasta 1993, cargo en el que fue restaurado en junio de 1994. Como Alcalde, Kajelijeli ejerció autoridad sobre todos sus subordinados, incluidos los funcionarios públicos, la policía local, los miembros de la Gendarmería Nacional y la población civil del Municipio. Además, el acusado fue uno de los fundadores del Interahamwe en Mukingo, y su líder desde 1991 hasta julio de 1994. Por todas estas razones, Kajelijeli ejercía autoridad sobre los miembros de esta milicia.

Asimismo, el acusado mantuvo fuertes lazos de amistad con el Secretario General Nacional del MRND, Joseph Nzirorera<sup>276</sup>, de los que se benefició tanto en términos de

---

<sup>276</sup> *Prosecutor v. Kajelijeli, Juvenal* (ICTR -98-44)

poder, como de estatus social. Como resultado de esta amistad, el acusado ejercía *de facto* como Alcalde de Mukingo aún antes de su reinstauración en el cargo.

Desde enero de 1994 hasta abril del mismo año se celebraron numerosas reuniones públicas tanto a nivel nacional como en las distintas Prefecturas y Municipios. El acusado participó en algunas de estas junto con Nzirorera. Durante las reuniones, muchas de las personalidades que acudían pronunciaban discursos en los que se incitaba a la audiencia Hutu - los Tutsi estaban excluidos de asistir a estas reuniones -, a asaltar, violar y exterminar a la población Tutsi. Kajelijeli fue uno de ellos.

El plan genocida diseñado por los conspiradores se basaba, principalmente, en la difusión de mensajes de odio étnico y de instigación a la violencia, en el entrenamiento y la distribución de armas a las milicias, y la difusión de sus identidades a través de los medios de comunicación. En la ejecución de ese plan, el acusado y otras personas organizaron, ordenaron y participaron en las masacres que se perpetraron contra los Tutsi y los Hutu moderados.

Por todo ello, la Fiscal consideró a Kajelijei responsable de los diez cargos descritos.

### **Aportes de la sentencia**<sup>277</sup>

A lo largo de sentencia, se mencionaron algunas de las vastas declaraciones de testigos relacionados a eventos de violación sexual por parte del acusado, recogidas por la Acusación Modificada:

El testigo GAO declaró que, en la mañana del 7 de abril de 1994, él y otros miembros del Interahamwe se dirigieron a célula Rwankeri después que el acusado encargó a las personas que se reunieron en el mercado Byangabo que fueran "matar y exterminar". En Rwankeri, el testigo vio a dos Interahamwe, Gapfobo Mbonankira y Ntuziyiremye Rugumire, violar a una niña Tutsi llamada Joyce en la casa de Rudatinya. Después violarla, atravesaron el lado lateral de su cuerpo y sus órganos sexuales con una lanza, y luego la cubrieron con su propia falda una vez muerta<sup>278</sup>.

---

<sup>277</sup> *Prosecutor v. Kajelijeli, Juvenal* (ICTR -98-44) 1 December 2003 (Sentencia Kajelijeli de la Sala de Primera Instancia ) El acusado murió antes de que se dictara la sentencia)

<sup>278</sup> *Idem* par. 632

Asimismo, el Testigo GAO también declaró que, por la mañana del 7 de abril de 1994, él y otros miembros del Interahamwe se dirigieron a la célula Rwankeri, por orden del Acusado, manifestando además, que "ese día se nos dijo que extermináramos a esa gente; así como a los bebés en el vientre de sus madres. Yo no sabía exactamente cuál era su objetivo."<sup>279</sup> Una vez que llegaron a la célula Rwankeri, el Testigo GAO vio a dos Interahamwe llamados Gapfobo Mbonankira y Rugumire violar a una mujer Tutsi llamada Joyce. El Testigo GAO declaró que Mbonankira y Rugumire "la violaron usaron una lanza para introducirla en la parte lateral de su cuerpo, y también traspasaron sus órganos sexuales. Ella fue asesinada y su falda fue utilizada para cubrirla."<sup>280</sup> La Sala encontró que el testimonio del Testigo GAO sobre estos hechos era fiable. Por lo tanto, consideró que la mujer Tutsi llamada Joyce fue violada y asesinada por las milicias Interahamwe el 7 de abril de 1994 en la Celula Rwankeri.

Asimismo, la Testigo GDF declaró que uno de los cuatro miembros del Interahamwe que se encontraban presentes le dijo con la mirada puesta en su órgano sexual: "No puedo caer en una Tutsi". Tras ello, arrojó una colilla en su órgano sexual y la pateó. La testigo perdió el conocimiento en ese momento y manifestó que luego no pudo oír nada más. La testigo no pudo identificar a los atacantes, pero declaró: "todo lo que vi ese día fue que Kajelijeli vino con el Interahamwe. Él es el único que la Testigo reconoció entre la gente que vino."<sup>281</sup>

A pesar de que el Acusado fue absuelto del cargo de violación sexual como crimen de lesa humanidad por falta de pruebas que demostraran que tuvo participación directa o indirecta en las violaciones, a lo largo de esta sentencia, se pueden encontrar diversos actos de violación y violencia sexual perpetrados por el Interahamwe, grupo del cual el Acusado era miembro y en el cual ejercía un cargo de autoridad.

En este caso, la Sala de Primera Instancia del TPIR hace referencia la definición conceptual elaborada por Akayesu, resaltando que ésta fue aprobada en Musema, donde la Sala resaltó la distinción entre "una invasión física de naturaleza sexual" y "cualquier acto de naturaleza sexual" como aquella que representa la diferencia entre violación y violencia sexual. Mientras que, la Sala de Primera Instancia del TPIY en la sentencia

---

<sup>279</sup> Idem par. 677

<sup>280</sup> Ibid.

<sup>281</sup> Idem par. 633

Furundžija, elaboró la antes mencionada definición, más detallada en relación a los objetos y las partes del cuerpo.

Adicionalmente, resaltó que esta definición sustancialmente modificada y completada por la Sala de Primera Instancia II en la sentencia del caso Foca fue respaldada por la Sala de Apelaciones. De la siguiente manera:

El *actus reus* del crimen de violación en el derecho internacional está constituido por: la penetración sexual, por más leve que ésta sea:

(a) de la vagina o el ano de la víctima hecha por el pene del perpetrador o por cualquier otro objeto usado por el perpetrador; o

(b) de la boca de la víctima por el pene del perpetrador; donde esa penetración sexual ocurra sin el consentimiento de la víctima. El consentimiento para este propósito debe ser un consentimiento dado voluntariamente, como resultado de la libre voluntad de la víctima, evaluado en el contexto de las circunstancias circundantes.<sup>282</sup>

La Sala de Primera Instancia añade que “el *mens rea* es la intención de llevar a cabo la penetración sexual, con el conocimiento de que esto ocurre sin el consentimiento de la víctima”<sup>283</sup> y considera que, dada la evolución del Derecho en esta área y el respaldo de la Sala de Apelaciones del TPIY a la aproximación Furundžija/Foca, encuentra en esta última aproximación, autoridad persuasiva y adopta la definición tal como se diera en Foca, la misma que ha sido citada más arriba. El elemento mental del delito de violación como crimen de lesa humanidad es la intención de llevar a cabo la descrita penetración sexual, con el conocimiento de que esta se estaba realizando sin el consentimiento de la víctima.<sup>284</sup>

Como podemos observar en este caso, la Sala de Primera Instancia hizo un análisis similar al realizado en la sentencia Musema analizada en el acápite anterior, pero optó por la definición elaborada en Furundžija, citando además, la Sentencia de Apelación del caso Foca, que de alguna manera, tal y como lo expresa la Sala, completa la definición elaborada en Furundžija. Acogiéndose de esta manera a la definición mecánica de violación sexual, considerando más correcta la aplicación de una definición menos amplia y más restrictiva Señalando por último que otros actos de violencia sexual, que pueden caer fuera del ámbito de esta definición específica, pueden, por

---

<sup>282</sup> Idem par. 912

<sup>283</sup> Idem par. 914

<sup>284</sup> Idem par 915

supuesto, ser procesados y podrían ser considerados por la Sala dentro de otras categorías de crímenes para los cuales el Tribunal tiene jurisdicción, tales como otros actos inhumanos<sup>285</sup>.

A nuestro parecer, esta no es una salida aceptable, pues hay diversos actos no contemplados por la definición mecánica de violación sexual, pero que tienen el mismo resultado en la víctima, y de ninguna manera deberían ser considerados como “otros actos inhumanos”, pues un ultraje de naturaleza sexual no es lo mismo que cualquier otro ultraje físico sin componente sexual. Cabe señalar, además, que los ultrajes sexuales son normalmente acompañados de muchos otros ultrajes de naturaleza física y que este tipo de ultrajes – los de naturaleza sexual - dejan una huella física y psicológica en la mujer imposible de superar.

### **Conclusión**

En conclusión, podemos encontrar que esta sentencia aborda principalmente el tema de la definición de violación sexual de una manera muy similar a la sentencia Semanza. Ambas adoptan la definición expuesta por el TPIY en Furundzija y completada por la Sala de Apelaciones en Foca, sosteniendo que el elemento mental del crimen de violación se cumple cuando el perpetrador realiza la penetración – de acuerdo a la descripción mecánica de Furundzija - con el conocimiento de que la está realizando sin el consentimiento de la víctima. En otras palabras, incluye al consentimiento como un elemento del crimen, tal y como lo hizo en Semanza. En ambos casos se cita la sentencia de la Sala de Apelaciones del TPIY para el caso Foca, pero en ninguno se repara en la explicación que se hace en esta sentencia en lo referente a la relación entre fuerza y consentimiento, y como el último se puede deducir del contexto de las circunstancias.

Asimismo, resulta interesante destacar que la Sala de Primera Instancia en este caso, al hacer la distinción entre el acto de violación y otras formas de violencia sexual, cita las definiciones de ambas figuras del caso Akayesu, sin embargo, decide optar por la definición de violación de Furundzija.

---

<sup>285</sup> Idem Par. 926

### 2.2.3 Conclusiones del análisis de los casos del TPIR

Luego del exhaustivo análisis realizado de las sentencias Akayesu, Musema, Semanza y Kajelijeli, hemos podido identificar que los aportes más importantes del TPIR en relación a la violación sexual como crimen internacional son respecto a la definición de violación sexual, los elementos constitutivos de esta y el análisis de la violación sexual como acto de tortura en el marco del Derecho Penal Internacional. De esta manera, podría decirse que el aporte más importante de este Tribunal respecto a la violación sexual fue su reconocimiento como constitutiva de genocidio.

En la sentencia Akayesu, la Sala de Primera Instancia del TPIR elaboró una definición novedosa de violación sexual como crimen internacional. En esta definición no se hizo ninguna descripción de las partes del cuerpo u objetos involucrados y se dejó totalmente de lado la idea de un requerimiento de ausencia de consentimiento. El TPIR señaló que la violación sexual es “una invasión física de naturaleza sexual, cometida contra una persona en circunstancias coercitivas”. Como podemos ver, se trata de una definición muy distinta a aquellas elaboradas por el TPIY en Furundzija y Akayesu. Esta definición utiliza la palabra “invasión” en vez de “penetración”, y esto permite la inclusión de más supuestos, por ejemplo, la introducción de otras partes del cuerpo del perpetrador, o del pene del perpetrador en otros orificios del cuerpo de la víctima. Luego, no hace referencia a la fuerza o a la amenaza de ésta, simplemente se limita a señalar como segundo elemento del crimen, a las circunstancias coercitivas. Esta definición es definitivamente más amplia que las de Furundzija y Akayesu, anteriormente señaladas. A nuestra opinión ésta definición más amplia, se ajusta mejor a las necesidades del Derecho Penal Internacional al momento de asignar responsabilidad penal internacional en situaciones de conflicto armado u otras de violencia masiva.

Asimismo, en Akayesu, la Sala señala que la violación sexual constituirá genocidio cuando sea cometida con la intención específica de destruir total o parcialmente a un grupo particular, reconocido como tal. Esta afirmación ha constituido un aporte monumental en el reconocimiento de la violencia sexual, pues después de muchos debates y oposiciones. Finalmente, se reconoce que la violación sexual puede ser tan humillante y dolorosa como cualquier otro crimen constitutivo de genocidio. Si bien no se incluyó a la violación sexual dentro del Artículo 6 (Genocidio) del Estatuto de Roma, este aporte significa un gran avance jurisprudencial en la materia.

En la sentencia *Musema*, el TPIR realiza un análisis comparativo entre las definiciones elaboradas en *Furundzjia* y *Akayesu*, destacando los aspectos positivos y negativos de ambas, para finalmente optar por la definición de *Akayesu* sosteniendo que esta ajusta más a las necesidades del Derecho Penal Internacional en la materia. Además, dicha definición “reconoce que la esencia de la violación no está en los detalles particulares de las partes del cuerpo y objetos involucrados, sino, más bien, en la agresión que es expresada de manera sexual bajo condiciones coercitivas”<sup>286</sup>

En el caso *Semanza*, la Sala de Primera Instancia sostuvo que la definición más adecuada era la elaborada por la Sala de Primera Instancia en el caso *Foca* y luego confirmada por la Sala de Apelaciones del TPIY en el mismo caso. La Sala de Primera Instancia, en ese caso, argumentó su posición en encontrar esta definición persuasiva y agregó que aquellos casos que no pudiesen satisfacer los elementos de esta definición siempre podrán ser juzgados bajo otros crímenes. Adicionalmente, estableció que el “*mens rea* de la violación como crimen de lesa humanidad es la intención de llevar a cabo la penetración sexual prohibida con el conocimiento de que esta se produce sin el consentimiento de la víctima”<sup>287</sup>. Una vez más se hace referencia al consentimiento como un requerimiento necesario para que se configure la violación sexual, incluso después de haber sido emitida la sentencia *Akayesu*. Esto demuestra el poco consenso en las sentencias de ambos tribunales, y que era imposible afirmar que una definición era mejor que la otra, dado que no había alguna referencia anterior sobre esta materia.

Por otro lado, en esta sentencia también se afirmó que la instigación se constituye cuando el estímulo del instigador está conectado causalmente y contribuye sustancialmente a las acciones del perpetrador principal y que es necesario que el instigador estimule intencionalmente con la conciencia de estar influyendo al perpetrador a cometer el crimen. En esta sentencia se analizó la comisión de violencia sexual como instigación, realizándose un gran avance respecto al grado de participación del perpetrador en ese tipo de crimen.

En este caso, el acusado instigó a los hombres que tenía bajo su mando a cometer violación sexual y la Sala de Primera Instancia consideró a esta instigación como tortura, afirmándose una vez más que la violación sexual es constitutiva de tortura,

---

<sup>286</sup> Nota Supra 179

<sup>287</sup> Nota Supra 190

cuando es cometida con fines discriminatorios. El TPIY hizo referencia a la sentencia de la Sala de Apelaciones del caso Foca respecto a que, fuera del marco de la Convención Contra la Tortura, no es necesario el requerimiento de “funcionario público”, pues este requerimiento no forma parte del Derecho Penal Consuetudinario respecto a crímenes de lesa humanidad. Además, añadió que este requerimiento no sería necesario tampoco para crímenes de guerra.

Finalmente, en la sentencia Kajelijeli, la Sala de Primera Instancia realiza un análisis comparativo muy similar al realizado en Musema, pero en este caso opta por la definición de la sentencia en el caso Foca, sosteniendo que dicha definición está dotada de autoridad persuasiva y que es necesario delimitar qué actos específicos constituyen violación sexual. Y al igual que en Semanza, sostuvo que aquellos actos de naturaleza sexual que no cumplieren con los requerimientos de la definición escogida podrán ser procesados bajo otras modalidades de crimen.

En conclusión, consideramos que definitivamente la jurisprudencia del TPIR ha constituido un gran aporte al reconocimiento de los actos sexuales como crímenes a nivel internacional. Durante mucho tiempo, la violencia sexual – sobre todo contra la mujer - ha sido considerada como un daño colateral de los conflictos armados o situaciones de violencia masiva, y es gracias a la jurisprudencia de este Tribunal (y a la del TPIY) que ha sido por primera vez procesada y juzgada. Sin embargo, es claro que no existe consenso alguno entre las sentencias de este Tribunal sobre la definición de violación sexual.

### **2.3 Integración del concepto de violación sexual contra la mujer en la jurisprudencia analizada**

En este subcapítulo realizaremos un análisis conjunto de los aspectos más importantes que hemos podido encontrar en las sentencias analizadas de ambos tribunales. Para esto hemos dividido los temas a analizar, como aspectos generales, donde discutiremos de manera general los elementos de la definición de violación sexual que se encuentran en debate, igualmente destacaremos las principales modalidades de crimen en las que fue enmarcada la violación sexual para ser juzgada.

Luego, en los puntos 2.3.1 y 2.3.3 analizaremos profundamente los elementos de la definición, entrando directamente a discutir entre la utilización de la expresión penetración y la de invasión como primer elemento del crimen, para finalmente culminar con la discusión sobre el elemento de ausencia de consentimiento. En las conclusiones estableceremos nuestra postura respecto a lo anteriormente discutido.

### 2.3.1 Aspectos generales

A partir de esta investigación hemos encontrados que existen tres corrientes distintas en cuanto a la definición del crimen de violación sexual en el marco del Derecho Internacional. La primera, se trata de una definición conceptual amplia de violación<sup>288</sup>, la segunda, plantea un acercamiento más restrictivo y mecánico<sup>289</sup>, la tercera, agrega a la descripción mecánica centrada en las partes del cuerpo involucradas en el acto de violación, el elemento del consentimiento<sup>290</sup>. La segunda y la tercera corrientes restringen el concepto de violación sexual a la penetración de la vagina, ano y/o boca por el pene u otros objetos<sup>291</sup>. Finalmente, de acuerdo a la tercera corriente, la ausencia de consentimiento es un elemento de dicho crimen que necesita ser probado. La primera definición es más amplia, ya que no excluye otras formas de violencia sexual más allá de la penetración. Además, establece que cualquier invasión física de naturaleza sexual está destinada a ser un crimen cuando se produce en circunstancias coercitivas. Por lo tanto, no se hace mención al elemento de ausencia de consentimiento. La Sala de Apelaciones en el caso Foca parece dirigir al tribunal hacia la aplicación de la definición mecánica de violación sexual, la cual incluye una “falta de consentimiento”. A pesar de la decisión de la Sala Apelaciones del TPIY, hay sentencias posteriores que siguen siendo confusas en cuanto a que definición debe ser la aplicable en el marco del Derecho Penal Internacional: en las sentencias de los casos Musema,, Niyitegeka (2003) y Muhimana (2005), el TPIR se adhirió a la definición expuesta en el caso Akayesu, mientras que en la sentencias Gacumbitsi y Kajelijeli

---

<sup>288</sup> Akayesu, sostenida en Celebisi, Musema, Niyitegeka y Muhimana

<sup>289</sup> Furundzija

<sup>290</sup> Kunarac, Kovac y Vukovic (Tribunales de primera instancia y apelación), sostenida en Kvočka, Semanza y Kajelijeli

<sup>291</sup> con la intención de sintetizar las leyes nacionales de los principales sistemas de derecho del mundo

(2004), en las discusiones sobre los actos constitutivos del crimen de violación sexual, se hacía referencia a ambas definiciones, la expuesta en Akayesu y la de Foca. El TPIR en los casos Semanza y Kajelijeli optó por la definición de Foca (en Kajelijeli se hace también referencia a Furundizja), el en caso Gacumbitsi<sup>292</sup>, el TPIR a pesar de no haber sido claro en la definición escogida, parece haber optado por la definición de violación sexual elaborada en Foca, dado que se refiere específicamente a la falta de consentimiento en la discusión acerca de la definición.

Es claro que no hay uniformidad en fallos de los TPI para determinar cuáles son elementos que componen a la definición de violación sexual en el marco del Derecho Internacional. Pero, esta falta de uniformidad ha generado debates importantes para poder determinar finalmente cual debería ser la definición estándar. Ya veremos más adelante cómo este desarrollo ha tenido efectos en la definición de violación sexual que ahora se maneja en el ámbito de la CPI.

Otro aspecto importante a señalar en cuanto a los aportes de estas sentencias es la inclusión de la violación sexual (y otras formas de violencia sexual) en otras modalidades de crímenes. Como ya hemos mencionado, en los Estatutos de los TPI se incluyó la violación sexual como crimen de lesa humanidad y en el del TPIR también fue incluida como crimen de guerra, pero a lo largo de la jurisprudencia analizada hemos podido observar que los TPI lograron incluir a la violación y otros actos de violencia sexual dentro de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra no solo bajo la modalidad de violación, sino también como tortura, exterminio, ultrajes contra la dignidad personal, lesiones graves físicas y mentales, persecución y esclavitud. Esto determinó un avance muy importante en temas de violencia sexual, pues se reconocieron distintas formas de violencia sexual como crímenes internacionales, la mutilación forzada, el matrimonio forzado, aborto forzado, prostitución forzada, la esterilización forzada, la desnudez forzada, la esclavitud sexual, el embarazo forzado y otras formas de violencia sexual fueron consideradas tan graves como la violación sexual en muchas instancias, y esto sin duda sirvió de base para la inclusión de la violencia sexual en el Estatuto de la CPI.

---

<sup>292</sup> Este caso no fue incluido en nuestro análisis por tener un desarrollo similar al de Semanza.

Al elaborar la definición de violación sexual, así como a la hora de enmarcarla en otras modalidades de crimen, los TPI se enfrentaron a una ardua tarea, pues no contaban con ninguna base jurídica en el marco internacional para usar de referencia. La tarea más difícil fue la de encontrar una definición de los actos que constituyen violación sexual, para luego enmarcar estos actos constitutivos de violación sexual dentro de las definiciones de las otras modalidades de crimen, como fue el caso de persecución en el caso Kvočka, el de esclavitud en el caso Foca y tortura en Furundzija, Celebici, Akayesu y Musema.

A la hora de elaborar la definición de los actos constitutivos de violación sexual, los TPI se enfrentaron a la barrera del principio de legalidad, reconocido como uno de los principios regidores del Derecho Penal dentro de las legislaciones nacionales, y según el cual nadie puede ser condenado por un crimen que no estaba tipificado antes de la comisión del mismo, dentro de este tema también se cuestiona la legalidad de los TPI en sí mismos, pero este debate implica muchas otras consideraciones fuera de nuestro foco de análisis, por lo que no nos adentraremos en él.

La aplicación del principio de legalidad ha sido siempre problemática, especialmente dentro del Derecho Penal Internacional, no solo para el crimen de violación sexual sino para diversos otros crímenes y principios<sup>293</sup>. Dada la falta de tratados internacionales que definan el crimen de “violación sexual”, los tribunales tuvieron que buscar un común denominador de dicha definición en las jurisdicciones nacionales, en sus respectivos países. Sin embargo, esta búsqueda fue de alguna manera parcializada, puesto que se basaron casi exclusivamente en jurisdicciones dentro del sistema del Derecho común anglosajón, dejando del lado las leyes de los Estados de los cuales los perpetradores eran nacionales<sup>294</sup>. Además, no se pueden transferir automáticamente elementos de las legislaciones nacionales hacia un plano internacional sin tener en cuenta las distintas circunstancias en las que la violación sexual se enmarca y los diferentes contextos en que los actores operan. En el caso Furunzija, los jueces del TPIY invocaron el principio de dignidad humana como criterio para establecer si los

---

<sup>293</sup> Ver la apelación del caso Celebici par. 573-579, en el concepto del “incapacidad mental”

<sup>294</sup> Por ejemplo, el código penal ruandés de 1977 prohíbe estrictamente la violación, la tortura y la tortura sexual, pero no define estos conceptos. La existencia de una abierta discreción judicial ha tenido como resultado varios veredictos condenatorios inconsistentes, mientras algunas sentencias categorizan a la violación sexual como “tortura sexual”, otras reservan este concepto para actos de mutilación sexual y violaciones sexuales en grupo. Ver Human Rights Watch 2004b. p.32

actos sexuales podrían calzar dentro de la definición de violación sexual. Sin embargo, si se tomara a este principio como la base estándar según el cual se analicen los actos de violencia sexual, entonces la referencia a un común denominador en las legislaciones nacionales se hace superflua, toda vez que, muchos más actos encajarían dentro de la definición de violación sexual. Por consiguiente, la pregunta es: ¿Cuál es el estándar según el cual los crímenes indefinidos deberían ser considerados? La respuesta debería estar en la realidad que implican las violaciones sexuales cometidas en contextos de guerra<sup>295</sup>.

En cuanto a la definición de violación sexual, la expuesta en el caso Foca no encaja dentro de contextos – como contextos de guerra - en los cuales el consentimiento no debería ser considerado un elemento de la definición, pues, si se ha logrado establecer que el acto sexual se perpetró en circunstancias coercitivas, entonces la ausencia de consentimiento quedaría subsumida en las circunstancias y, por lo tanto, exigirla como elemento constitutivo de la definición es redundante. La definición expuesta en Furundzija se reduce a una descripción mecánica de las partes de cuerpo y los objetos involucrados y, al parecer la definición propuesta en Akayesu sería la más adecuada por ser más amplia y permitir que se incluyan actos no expresamente mencionados, pero la discusión más relevante que se suscita con Akayesu es el empleo del término “invasión” en lugar del término “penetración” comúnmente utilizado en las legislaciones nacionales y en las definiciones propuestas en Furundzija y Foca. Este tema será analizado a continuación.

### 2.3.2 Invasión o penetración

La definición de violación sexual elaborada por el TPIR en la sentencia de Akayesu –“una invasión física de naturaleza sexual, cometida contra una persona en circunstancias coercitivas”<sup>296</sup>- deja espacio para incluir situaciones de naturaleza sexual en las que no haya habido necesariamente penetración con un órgano sexual, tales como masturbación forzada, introducción de otras partes de cuerpo en la

---

<sup>295</sup> Boon. 2001. P. 648-655

<sup>296</sup> Nota Supra 147

vagina o ano, mutilación o cualquier otro acto sexual. Esta definición es más amplia que su contraparte, la definición de Furundzija y Foca. Furundzija se limita a hacer una descripción de las partes del cuerpo involucradas en la penetración:

- (i) La penetración, por más insignificante que esta sea:
  - e) De la vagina o ano de la víctima por el pene del perpetrador o por cualquier objeto usado por el perpetrador;
  - f) De la boca de la víctima por el pene del perpetrador...<sup>297</sup>

Lo interesante de esta definición es, que aún usando el término “penetración”, se contemplan los supuestos más comunes de actos de violación sexual, no dejando de lado la penetración oral y anal, e incluye la posibilidad de penetración por medio de objetos. Sin embargo, como hemos podido constatar en las sentencias revisadas, la violación sexual tiene diversas formas de manifestarse. Por ejemplo, no se contempla la penetración de la vagina de la víctima por la lengua o los dedos del perpetrado, e incluso podría haber algunas que las que no se tenga conocimiento aún.

La Sentencia del caso Foca repite el punto (i) de Furundzija, la única diferencia – como mencionamos anteriormente - es la inclusión del elemento de ausencia de consentimiento.

Dado lo explicado líneas arriba, concluimos que el término más correcto para referirse al acto sexual que constituye violación es el de “invasión” utilizado por Akayasu, dado que permite la inclusión de diversas formas de actos que pueden ser consideradas como violación dada su gravedad y el daño infligido en la víctima. Hacer una lista taxativa de partes del cuerpo y objetos involucrados implica un riesgo de dejar fuera de la definición actos de equiparable gravedad, lo cual devendría en una sensación de no reconocimiento e impunidad en las víctimas, y esto no puede ocurrir, dado el objetivo que tienen los TPI.

---

<sup>297</sup>Nota Supra 22.

### 2.3.3 El elemento de ausencia de consentimiento

Como explicamos anteriormente, el elemento de ausencia de consentimiento fue introducido por la Sala de Primera Instancia del TPIY en el caso Foca, luego de repetirse la descripción mecánica de partes del cuerpo y objetos involucradas, hecha por el mismo tribunal en el caso Furundzija. En este último caso, la Sala de Primera Instancia señaló en el punto (ii) de su definición de violación que la penetración cuando se produzca “ (...) ii) Mediante coerción o fuerza o amenaza de fuerza contra la víctima o una tercera persona”<sup>298</sup> será considerada violación. En Foca, luego de señalar su concordancia con el punto (i) de la definición en Furundzija, añade que, la actividad sexual será considerada violación cuando:

- (i) La actividad sexual es acompañada de fuerza o amenaza de fuerza a la víctima o a un tercero;
- (i) La actividad sexual es acompañada de fuerza o de varias otras circunstancias específicas que hagan a la víctima particularmente vulnerable o que invaliden su habilidad de dar un rechazo informado;
- (ii) La actividad sexual ocurre sin el consentimiento de la víctima.<sup>299</sup>

En el último punto, se añade el elemento de ausencia de consentimiento que a nuestro parecer es innecesario, redundante y puede conllevar efectos negativos. Para sostener esta postura señalaremos los argumentos correspondientes a continuación.

En primer lugar, consideramos que, a pesar que la ausencia de consentimiento es considerada un elemento del crimen de violación para un número significativo de legislaciones nacionales (la mayoría dentro del sistema Común Anglosajón que difícilmente representa a la mayoría de las legislaciones en el mundo<sup>300</sup>), las leyes nacionales de los respectivos países no fueron elaboradas para encajar dentro de la definición de violación sexual en situaciones de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. No es posible transferir los elementos del crimen de violación

---

<sup>298</sup> Nota Supra 22.

<sup>299</sup> Nota Supra 49.

<sup>300</sup> Muchos códigos penales se refieren a “la fuerza, amenaza de fuerza o coerción” en vez que a la ausencia de consentimiento. Para mayor información revisar los ejemplos mencionados en la Sentencia Furundzija de la Sala de Primera instancia, par. 180 y en la Sentencia Foca par. 443-445.

sexual encontrados en las legislaciones nacionales a las normas penales internacionales sin antes tomar en consideración las situaciones que diferencian a estos dos ámbitos. Las leyes nacionales están hechas para situaciones de paz, lo cual sí justifica la inclusión de la ausencia de consentimiento; sin embargo, en contextos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra, las violaciones sexuales son mayormente (sino todas) producidas dentro de un contexto de coerción fuerza o amenaza de fuerza, lo cual hace al requerimiento de ausencia de consentimiento redundante.<sup>301</sup> En situaciones de opresión y violencia, la ausencia de consentimiento es un elemento innecesario para ser probado por la Fiscalía. Introducir la ausencia de consentimiento como elemento del crimen de violación en el marco de Derecho Internacional (tal y como fue hecho en Foca) es inapropiado e innecesario, pues dicha violación tendría – de todas maneras – que haberse cometido como parte de un ataque sistemático o generalizado y con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico racial o religioso, o dentro de un conflicto armado, lo cual evidentemente supone circunstancias coercitivas y negando cualquier posibilidad de consentimiento.

En segundo lugar, al introducir la Regla 96 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, el Derecho Penal Internacional eliminó el tema del consentimiento como un asunto relevante. De acuerdo a la Regla 96, el consentimiento puede ser aceptado como defensa solamente en circunstancias muy limitadas: si el acusado puede probar la ausencia de temor a la violencia, de la amenaza de esta o de violencia real, de coacción, de detención o de opresión psicológica contra la víctima o contra una tercera persona<sup>302</sup>. Esta regla está basada en el hecho que una vez probadas las circunstancias coercitivas, probar la ausencia de consentimiento es irrelevante, ya que hace que el consentimiento pueda ser sostenido por la defensa, en los muy limitados casos ya mencionados,

---

<sup>301</sup> Esto fue confirmado por Ms. Jay G. McDougall, Relatora de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su Informe Final en el cual sostuvo que “las manifiestas circunstancias coercitivas que existen todas las situaciones de conflicto armado, establecen una presunción de ausencia de consentimiento por lo que se niega la necesidad de que la fiscalía establezca la ausencia de consentimiento como un elemento del crimen” (*Final Report of the Special Rapporteur of the Working Group on Contemporary forms of Slavery, on Systematic Rape, Sexual Slavery and Slavery like Practices During Armed Conflict (UN Doc. EN/CN.4/Sub2/1998/13, 22 June 1998 par. 25)*). Esta observación se aplicaría también para situaciones de genocidio y crímenes de lesa humanidad. Ver Boon (2001)

<sup>302</sup> La Regla 96, establece que: “*In cases of sexual assault: (i) no corroboration of the victim's testimony shall be required; (ii) consent shall not be allowed as a defence if the victim (a) has been subjected to or threatened with or has had reason to fear violence, duress, detention or psychological oppression, or (b) reasonably believed that if the victim did not submit, another might be so subjected, threatened or put in fear; (iii) before evidence of the victim's consent is admitted, the accused shall satisfy the Trial Chamber in camera that the evidence is relevant and credible; (iv) prior sexual conduct of the victim shall not be admitted in evidence*”.

traspasando la carga de la prueba a la defensa en lugar de la Fiscalía (como se hizo en Foca). Como hemos observado en el análisis de caso Foca, el TPIY interpreta la Regla 96 como inclusiva del elemento de ausencia de consentimiento. Si bien estamos de acuerdo en que esta referencia al consentimiento en la regla, de alguna manera introduce la ausencia de consentimiento como un tema de debate por el Tribunal a la hora de analizar los hechos, no estamos de acuerdo con la exigencia que impuso este Tribunal a la fiscalía de demostrar que hubo una ausencia de consentimiento, pues nos parece que la Regla 96 le pone la carga de la prueba en esta materia a la defensa.

Por último, consideramos que el aceptar la ausencia de consentimiento como un elemento del crimen de violación sexual afectaría también a las víctimas de este crimen, pues atentaría contra la vulnerabilidad y sensibilidad de las víctimas. Teniendo en cuenta que la violación sexual es un crimen que afecta tanto la integridad física como mental de las personas en las cuales es infligida, así como también sus relaciones sociales y familiares dependiendo de su contexto cultural, el someter a las víctimas de genocidio, de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra a un cuestionamiento sobre el consentimiento, una vez probadas las circunstancias coercitivas, podría parecer hasta ofensivo. Esto tendría consecuencias lamentables para el juzgamiento de aquellos responsables, toda vez que siendo la violación sexual un crimen que no es denunciado en su mayoría, este requerimiento podría tener como resultado que las víctimas se abstuvieran de denunciar por no querer ser sometidas a un cuestionamiento que dañaría su susceptibilidad de mayor manera, resultando así, en una mayor impunidad respecto a este crimen.

A pesar que la definición expuesta en Foca, la cual incluye a la ausencia de consentimiento como un elemento del crimen de violación, ha sido seguida por el TPIY y el TPIR en las sentencias: Foca en Apelación, Kvocka, Semanza, Kajelijeli y Kamuhanda. Teniendo los argumentos expuestos en consideración, consideramos que el elemento de ausencia de consentimiento no solo es innecesario, irrelevante y redundante sino que además podría ser hasta negativo.

#### 2.3.4 Síntesis final

Siguiendo la línea de lo sostenido y analizado anteriormente, consideramos que la definición de violación sexual como crimen internacional más adecuada, es la elaborada por el TPIR en el caso Akayesu, toda vez que, como lo hemos sostenido en los acápite anteriores, permite una mayor inclusión de casos por ser amplia y conceptual. Tratándose de un crimen tan delicado como lo es la violación sexual contra la mujer, debería procurarse la mayor protección posible. Una definición mecánica y restrictiva como las sostenidas en Furundzija y Foca podría fácilmente derivar en la impunidad de muchos casos, pues una víctima de violación sexual – si ya tuvo el coraje de denunciar el hecho - quiere que el perpetrador sea declarado culpable y sentenciado por ese crimen, no sería justo ni óptimo para la víctima de violencia sexual que un Tribunal Internacional termine por concluir que su padecimiento no puede ser llamado violación sexual y por lo tanto sea incluido bajo otra modalidad de crimen o, peor aún, dejado impune.

El exigir el requerimiento de ausencia de consentimiento es, a nuestra opinión, una exigencia que no se ajusta a las circunstancias. Una mujer que es sometida bajo circunstancias coercitivas durante un largo tiempo difícilmente manifestaría una ausencia de consentimiento. Inclusive podría hasta iniciar actos sexuales con los perpetradores, convencida de que si no lo hacer será asesinada, mutilada, torturada, etc. Es muy difícil establecer la ausencia de consentimiento en circunstancias en las que se cometen los crímenes internacionales; por lo tanto, exigir este elemento es muy peligroso, dado que como mencionamos anteriormente, es riesgo es la impunidad.

Finalmente, la inclusión de la violación sexual en otras modalidades de crimen es a nuestra opinión positiva, siempre y cuando primero haya sido reconocida como violación sexual, es decir, es necesario que primero haya un reconocimiento de la violación sexual como tal, de acuerdo a una definición establecida, para luego establecer si se trata de genocidio, crimen de lesa humanidad o crimen de guerra.

### **Capítulo III: La relación entre el aporte realizado por los TPI y la Noción de violación sexual contra la mujer en el Derecho Penal Internacional.**

En este capítulo veremos cómo la jurisprudencia de los TPI, analizada en el capítulo anterior, ha influenciado la redacción sobre violación sexual en el Estatuto de Roma de 1998 que crea la Corte Penal Internacional, y la definición elaborada por los Elementos de los Crímenes. Para esto tomaremos en cuenta las disposiciones pertinentes del Estatuto sobre violación sexual, la definición de violación elaborada por los Elementos de los Crímenes, el análisis previo de las sentencias de los TPI, algunos documentos e instrumentos relevantes que nos ayudarán a entender cómo fue elaborada la definición de los Elementos de los Crímenes y los debates que surgieron alrededor de la inclusión de violación y otras formas de violencia sexual en el Estatuto.

En el subcapítulo (3.1), sobre el Estatuto de Roma tomaremos en cuenta a los documentos elaborados por la Sala de Cuestiones Previas de la CPI sobre casos específicos donde ha habido indicios de violaciones sexuales. Y, en el subcapítulo (3.2) sobre los Elementos de los Crímenes (de ahora en adelante, también EdC) haremos un análisis minucioso de la definición de violación enfocándonos en los elementos típicos que la constituyen y en la discusión sobre el primer elemento (invasión o penetración) y el segundo (ausencia de consentimiento). Siendo nuestra intención entender cómo es que la definición de los EdC se ha visto influenciada por las sentencias analizadas en el capítulo anterior, para finalmente explicar si esta es la definición más adecuada de violación sexual en el marco del Derecho Penal Internacional.

#### **3.1 La influencia de la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales en la inclusión de la violación sexual en el Estatuto de Roma de la CPI**

El Estatuto de Roma es un documento de extraordinario valor, dado sus numerosos progresos en distintas las materias del Derecho Penal Internacional, pero

para el interés de nuestro análisis, especialmente, en lo relativo a la protección de la mujer contra diversas formas de violencia sexual.

Los avances más significativos que pueden encontrarse en el Estatuto en esta área, son concretamente, disposiciones muy detalladas sobre crímenes de naturaleza sexual que no habían sido tipificados hasta el momento, la incorporación de un principio básico de justicia de género recogido en forma de cláusula de no discriminación, y por último, un conjunto de disposiciones y reglas de procedimiento que complementan la parte sustantiva del Estatuto en materia de violencia sexual, colaborando en la mejor protección de víctimas y testigos en todo lo relacionado con este tipo de crímenes.<sup>303</sup>

El Estatuto de la Corte está dividido en trece partes: el establecimiento de la Corte (Artículos 1-4), la competencia, admisibilidad y derecho aplicable (Artículos 5-21), principios generales del Derecho Penal aplicable (Artículos 22-33), composición y administración de la Corte (Artículos 34-52), investigación y procesamiento (Artículos 53-61), el juicio (Artículos 62-76), penas (Artículos 77-80), recursos y revisión (Artículos 81-85), cooperación internacional y asistencia judicial (Artículos 8-102), ejecución (Artículos 103-111), la Asamblea General de los Estados Partes (Artículos 112), financiación (Artículos 113-118) y las disposiciones finales (Artículos 119-128).

Asimismo, dicho Estatuto se apoya en dos principios básicos: el principio de complementariedad y el principio de competencia de juzgamiento de crímenes de mayor gravedad. El primero se refiere a la competencia de la Corte, sosteniendo que será competente para juzgar aquellos crímenes (genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión) cuando los Estados implicados con jurisdicción sobre los mismos no puedan o no tengan la voluntad de hacerlo. El segundo se refiere, exactamente, a lo que nos dice la literalidad del principio, que la Corte se encargará de juzgar aquellos crímenes que sean considerados de mayor gravedad, siendo estos los que afectan a la comunidad internacional en su conjunto. Es por esta razón que estos crímenes tienen requisitos especiales para su comisión, sobretodo, tratándose de modalidades agravadas o exigiendo una intencionalidad especial por parte del perpetrador en la comisión de la conducta prohibida. El preámbulo del Estatuto establece que la Corte ha sido creada para juzgar únicamente, “aquellos crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”, en otras palabras, se trata de una jurisdicción

---

<sup>303</sup> ZORRILLA, Mainer. La Corte Penal Internacional ante el crimen de violencia sexual. Publicaciones de la Universidad de Deusto. Bilbao, 2005. p. 65

excepcional que se encarga de juzgar solo aquellos crímenes que no deberían quedar impunes bajo ninguna circunstancia.

### 3.1.1 La violación sexual y los crímenes reconocidos en el Estatuto de Roma

El Artículo 8 del Estatuto recoge una fórmula restringida de crímenes de guerra, cuando establece que “la Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión a gran escala de tales crímenes”<sup>304</sup>. Es decir, que se deberá probar que dichos crímenes se cometieron como parte de una estrategia de guerra, no incluyéndose crímenes aislados que no tengan relación con el conflicto armado o con los individuos implicados en este. Asimismo, en este artículo se enumera una lista de actos que constituirán crímenes de guerra tanto en conflictos armados internacionales como no internacionales, en vez de sugerir que serán crímenes de guerra todas aquellas violaciones a los Convenios de Ginebra, en ambos contextos. De esta manera, se incluyen en la lista las infracciones graves a los Convenios de Ginebra, pero también actos reconocidos como crímenes de guerra por el Derecho Internacional Consuetudinario.

Respecto a las disposiciones sobre violación y otros tipos de violencia sexual, el Artículo 8 reconoce en el inciso 8(2)(b)(xxii) que, “Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definidos en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra”, será considerado crimen de guerra, en contextos de conflicto armado internacional. Esta misma disposición se repite en el Artículo 8(2)(e)(vi) sobre crímenes de guerra en contextos de conflicto armado no internacional. De esto, podemos inferir que, a pesar que dichas disposiciones no están incluidas expresamente en el epígrafe dedicado a infracciones graves a los Convenios de Ginebra, los crímenes de violación y otras

---

<sup>304</sup> Es decir, una fórmula distinta a la recogida por los TPI en sus Estatutos. Ver artículos 4 y 2-3 respectivamente.

formas de violencia sexual son considerados infracciones graves por el Derecho Penal Internacional.

Por otro lado, respecto a los crímenes de lesa humanidad, el Estatuto de Roma en su Artículo 7 regula de forma expresa la violencia sexual, aumentando el número de actos constitutivos de la misma respecto a los Estatutos de los TPI, toda vez que estos se refieren únicamente a la violación. Dichos actos, enumerados, se encuentran en el numeral g) como “Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable”, configurando la enumeración convencional más completa hasta el momento sobre las conductas que constituyen violencia sexual. Esto sin duda responde a los avances logrados por la jurisprudencia de los TPI. Como hemos podido apreciar en el capítulo anterior, los jueces de los TPI adoptaron sentencias muy progresistas y extensas en materia de violencia sexual, y en general, para el Derecho Penal Internacional,<sup>305</sup> lo cual contribuyó de manera significativa al desarrollo del Derecho Internacional, en general.

La definición de violación sexual, aún se encontraba en debate dadas las aparentes contradicciones existentes, que ya hemos mencionado<sup>306</sup>, entre la definición propuesta en la sentencia Akayesu por el TPIR y las definiciones sugeridas por el TPY en las sentencias Furundzija y Foca.<sup>307</sup>

Es decir, que al momento de la elaboración del Estatuto se contaba con precedentes jurisprudenciales de dos naturalezas distintas a la hora de proceder a definir el crimen de violación sexual. Ante esta situación, el Estatuto de Roma decidió emplear una postura exegética, siendo esta una postura intermedia entre ambas posiciones, no llegando a enumerar los actos constitutivos de violación, pero sí estableciendo algunas condiciones, siendo finalmente definida de la siguiente manera: “Que el autor haya invadido el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado **la penetración**, por insignificante que fuera, **de cualquier parte del cuerpo de la víctima**”

<sup>305</sup> Ídem. EN p. 69

<sup>306</sup> Como señalamos en el Capítulo II, Subcapítulo 2.3.

<sup>307</sup> RUCKERT y WITSCHERL (2001a). *The Crime of Genocide and Contextual Elements A Comment on the ICC Pre-Trial Chamber's Decision in the Al Bashir Case*. p. 82, La Haya 2001, p.88 nota 125. El informe final del relator especial del grupo de trabajo de formas contemporáneas de esclavitud, violaciones sistemáticas, esclavitud sexual y prácticas semejantes a la esclavitud durante un conflicto armado, también habría sido tomado en cuenta. UN.Doc.E/CN.4/Sub.2/1998/13, 22 de junio de 1998

o del autor con un órgano sexual **o del orificio anal o vaginal de la víctima** con un objeto u otra parte del cuerpo”. (Resaltado nuestro)

Adicionalmente, se requiere:

Que la invasión haya tenido lugar por la fuerza o **mediante la amenaza de la fuerza o mediante coerción**, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa u otra persona o **aprovechando un entorno de coerción**, o se haya realizado contra una **persona incapaz de otorgar su genuino consentimiento**.<sup>308</sup>

Esta definición es aplicable tanto para los crímenes de guerra como para los crímenes de lesa humanidad, aunque ambas categorías incorporen elementos específicos de cada tipo penal.

Lamentablemente, la CPI aun no cuenta con sentencias emitidas, lo cual no nos permite hacer un análisis de la aplicación de esta definición en los casos en concreto. Sin embargo, el 15 de junio de 2009 se realizó la confirmación de cargos de Jean Pierre Bemba Gombo<sup>309</sup>, en lo referente a la información remitida a la Corte sobre la situación en el Congo. En este documento se realizó la confirmación de los cargos señalados en la “Decisión de acuerdo al Artículo 61(7)(a) y (b) del Estatuto de Roma sobre los Cargos del Fiscal Contra Jean-Pierre Bemba Gombo”<sup>310</sup>, emitida por la Sala de Cuestiones Previa II de la CPI.

Esta decisión de la Sala de Cuestiones Previa analizó el aspecto jurídico de los supuestos actos de violación sexual, cometidos por las tropas del MLC<sup>311</sup> en el Congo, a las cuales pertenecía Bemba. En dicho documento se analizaron los actos de violación supuestamente perpetrados por Bemba, dentro las categorías de violación como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra. Cargos que finalmente, fueron confirmados.

De esta manera, la Sala de Cuestiones Previa II - respecto al *actus reus* del crimen- señaló que el término “coerción” no requiere de fuerza física. Es suficiente, se

<sup>308</sup> La Corte Penal Internacional, Elementos de los Crímenes. U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.2 (2000). Artículo 7 1) g)–1 (Resaltado nuestro)

<sup>309</sup> Jean Pierre Bemba Gombo fue uno de los cuatro vicepresidentes en el gobierno de transición de la República Democrática del Congo del 17 de julio 2003 a diciembre 2006. Bemba también lideró el Movimiento para la Liberación del Congo (MLC), un grupo rebelde convertido en partidos político.

<sup>310</sup> *Situation in the Central African Republic In The Case Of The Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo. Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo.* No.: ICC-01/05-01/08

<sup>311</sup> Movement for the Liberation of the Congo

señala, las “amenazas, intimidación, extorsión y otras formas de coacción que se aprovechen del miedo de la víctima, son las que constituirán coerción, y la coerción podrá ser inherente en ciertas circunstancias, tales como conflicto armado o presencia militar”<sup>312</sup>. Respecto al *mens rea*, La Sala señaló que el perpetrador debe haber cometido el acto de violación con intencionalidad y conocimiento de acuerdo a lo establecido en el Artículo 30 del Estatuto. En este orden de ideas se dispone que el Fiscal deberá probar el requerimiento del nexo causal, es decir, deberá probar la existencia de un nexo entre los actos de violación sexual cometidos y el ataque generalizado o sistemático a la población civil.

Luego, respecto a los actos de violación como crímenes de guerra, la Sala de Cuestiones Previa II volvió a citar la definición de violación de los EdC, señalando que el *actus reus* y el *mens rea* son los mismos que para el caso de crímenes de lesa humanidad. La única diferencia es el requerimiento del nexo causal, que para esta categoría de crimen será la asociación entre los actos de violación sexual y el conflicto armado no internacional.<sup>313</sup>

De este breve análisis, realizado por la Sala de Cuestiones Previa II respecto al crimen de violación y otras formas de violencia sexual, podemos inferir que las sentencias que serán elaboradas por la CPI en materia de violencia sexual, podrían ser mucho más ordenadas y claras en comparación de aquellas elaboradas por los TPI. Cabe considerar que la CPI cuenta con una definición previamente establecida a la cual debe ceñirse al hacer el análisis jurídico de los hechos. Por su parte, los TPI no contaban con definición alguna – ni siquiera con alguna referencia –, por lo que tuvieron que elaborar definiciones en sus mismas sentencias, y eso explica la falta de uniformidad que existe entre estas. Sin embargo, es gracias a estas innovadoras elaboraciones, que ahora la CPI cuenta, en nuestra opinión, con una definición de violación sexual como crimen internacional convencional.

---

<sup>312</sup> Idem. En par. 162

<sup>313</sup> Ídem. En par. 285

### 3.2 La influencia de la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales en la definición de violación sexual en los Elementos de los Crímenes

Los Elementos de los Crímenes (de ahora en adelante EdC) fueron creados para asistir a los jueces de la CPI en la aplicación e interpretación de los crímenes, según lo dispuesto en el Artículo 9(1) del Estatuto de Roma<sup>314</sup>. La definición de violación sexual, adoptada en este documento, establece una postura intermedia entre las propuestas en Akayesu, Furundzija y Foca.

La influencia que ha tenido la jurisprudencia de los TPI en los Elementos de los Crímenes no es ninguna sorpresa, considerando su similitud con los casos que están siendo y serán llevados ante la CPI y teniendo en cuenta el estudio realizado por los TPI respecto a la definición de violación sexual. Las organizaciones feministas convocadas, así como los delegados de la Comisión Preparatoria de la CPI, citaron las sentencias de Akayesu, Celebici y Furundzija; las sentencias Foca y Kvočka aún no habían sido emitidas al momento de la elaboración de Los Elementos de los Crímenes el 30 de junio de 2000<sup>315</sup> y, por lo tanto, no fueron tomadas en cuenta. La definición elaborada por la CPI es una mezcla de las definiciones expuestas por los TPI hasta ese momento. En lugar de tomar una decisión entre los enfoques que ya habían sido expuestos, la definición de la CPI es a primera vista confusa y hasta podría decirse que sigue la línea de la definición más restrictiva elaborada por el TPIY en la sentencia Furundzija<sup>316</sup>; la

---

<sup>314</sup>Artículo 9: Elementos del crimen. 1. Los Elementos del crimen, que ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7 y 8 del presente Estatuto, serán aprobados por una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes. 2. Podrán proponer enmiendas a los Elementos del crimen: a) Cualquier Estado Parte; b) Los magistrados, por mayoría absoluta; c) El Fiscal. Las enmiendas entrarán en vigor cuando hayan sido aprobadas por una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes. 3. Los Elementos del crimen y sus enmiendas serán compatibles con lo dispuesto en el presente Estatuto.

<sup>315</sup> HALLEY, Janet. Rape at Rome: *Feminist Interventions in the Criminalization of Sex-Related Violence in Positive International Law*. Michigan Journal of International Law, Vol 30:1. 2009.

<sup>316</sup>. Ver KITTICHAISAREE K. *International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2001, p.11; Boon, K. *Rape and Forced Pregnancy under the ICC Statute: human dignity, autonomy, and consent*. Columbia Human Rights Law Review, 32 (2001) p.645. Sin embargo, ver Ruckert y Witschel Op. Cit. p.82), quienes sostienen que, más bien la definición de la CPI sigue de cerca la definición de violencia sexual establecida en el caso Akayesu

cual estableció el punto de partida que inició las discusiones sobre la definición de violación sexual dentro del ámbito de la Comisión Preparatoria de la CPI.<sup>317</sup>

### 3.2.1 Los elementos que componen la definición de violación sexual en los Elementos de los Crímenes

En cuanto al primer elemento, la definición se concentra inicialmente en el concepto de “invasión” utilizado en el caso Akayesu, luego especifica que dicha invasión tiene que resultar en la penetración del cuerpo de la víctima por medio de alguna parte del cuerpo del perpetrador o algún objeto. Esta redacción ha sido obviamente influenciada por la definición de violación sexual de Furundzija y por un número considerable de legislaciones nacionales en la materia. El elemento de “invasión” es, combinado con el elemento de “penetración”, por lo que este es un acuerdo alcanzado por las delegaciones en la Conferencia de Roma de 1998<sup>318</sup>.

---

<sup>317</sup> Ver *Propuesta enviada por Costa Rica, Hungría y Suiza en ciertas disposiciones del artículo 8 par.2 (B) del Estatuto del Roma de la Corte Penal Internacional (VIII), (X), (XIV), (XV), (XVI), (XXI), (XXII), (XXVI)*, PCNICC/1999/WGEC/DP.8, 19 de Julio de 1999 (el crimen de violación sexual está definido de acuerdo a las líneas de la sentencia en Furundzija); *Propuesta enviada por los Estados Unidos de América, Anteproyecto de los Elementos de los Crímenes* PCNICC/1999/DP.4/Add.1, 4 de febrero de 1999 (los elementos del crimen de violencia sexual se leen: “2. Que el acusado haya tenido la intención de atacar a una o más personas a través de actos de naturaleza sexual; 3. Que el acusado haya penetrado cualquier parte del cuerpo de otra/s persona con el órgano sexual del acusado, o haya penetrado la cavidad bucal o anal de la otra/s persona con cualquier objeto u otra parte del cuerpo del acusado; 4. Que la penetración se haya dado por medio del empleo de la fuerza”) A pesar que la definición del crimen de violación sexual propuesta por los Estados Unidos es todavía una definición mecánica, incluye mas actos sexuales que la propuesta por de Costa Rica, Hungría y Suiza. Colombia comentó esta propuesta sugiriendo una definición más amplia del crimen de violación sexual. Sin embargo, estos comentarios no fueron tomados en cuenta seriamente. Ver *Propuesta enviada por Colombia, Comentarios a la Propuesta enviada por las Delegaciones de Costa Rica, Hungría y Suiza en lo Concerniente al artículo 8 párrafo 2(b) del Estatuto de Roma* PCNICC/1999/WGEC/DP.8), PCNICC/1999/WGEC/DP.16, 9 de Julio (se sugirió la siguiente definición de violación sexual: “. (b) El agente tiene acceso sexual a la víctima; (c) El agente comete el acto mediante el empleo de violencia o el uso de coerción o fuerza o intimidación o amenaza de fuerza a la víctima o a una tercera persona. Después fue explicado que “(a) la expresión “penetración” y el párrafo 2(a) y (b) son eliminados desde que la expresión “tener acceso sexual a” indica claramente en que consiste el acto, sin necesidad de una especificación que podría disminuir el umbral de protección: (b) En el párrafo (c) Se agrega la palabra “intimidación” para incluir casos en que se emplea presión psicológica en la víctima para obtener su consentimiento a relaciones sexuales. También se incluyó, con la intención de tener una protección completa, la expresión “violencia” un término genérico que indica en que consiste el acto). Ver también los informes emitidos por algunas ONGs observadoras, los cuales fueron enviados a la Comisión Preparatoria y que asimismo previeron en una definición mecánica tipo Furundzija: Comité Internacional de la Cruz Roja (1999a); Amnistía Internacional (1999)

<sup>318</sup> RÜCKERT y WITSCHERL Op. Cit. p.82

Siguiendo esta línea, debe resaltarse que a pesar de que hubo un respaldo considerable por parte de varias delegaciones y ONG's para incluir el término "invasión" en vez de "penetración", finalmente, algunas delegaciones de Estados influyentes, sostuvieron que era mejor optar por el término "penetración" dado que consideraban al término "invasión" muy vago y potencialmente incompatible con su normativa interna<sup>319</sup>. Sin embargo, al considerar que el enfoque principal iba a estar en el acto de "penetración", el uso del término "penetración" era, superfluo. El término "invasión" fue introducido en la sentencia del caso Akayesu, siendo la intención del TPIR no limitar la definición de "violación sexual" solamente a actos que incluyan penetración.

Al examinar las partes del cuerpo involucradas, la parte inicial del primer elemento se refiere a la penetración "de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del perpetrador por un órgano sexual". La segunda parte, se refiere a la penetración "del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo". De esta manera, la segunda parte del primer elemento parecer referirse a las situaciones en las que la vagina o el ano son penetrados con un objeto o con "cualquier otra parte del cuerpo", tales como los dedos, manos o lengua del perpetrador. Se ha excluido de esta definición la penetración de la boca de la víctima con un objeto, dada la falta de connotación sexual en esta situación. En comparación a la definición de "violación sexual" elaborada en Furundzija/Foca, los EdC prohíben un mayor número de actos sexuales. No solo incluyen la penetración de la vagina, ano o boca por el pene y la penetración de la vagina o ano por algún objeto, sino también la penetración con los dedos o lengua (de la vagina, ano y posiblemente la boca). La penetración de cualquier otra parte del cuerpo con el pene está también subsumida dentro de esta definición de violación sexual. De esta manera, los actos sexuales podrían ser "deshumanizados"; en otras palabras, la percepción subjetiva de la víctima y las intenciones del perpetrador en cuanto a los actos sexuales podrían ser consideradas irrelevantes.

---

<sup>319</sup> Veinticuatro Estados estuvieron a favor de utilizar el término "invasión", por considerarlo más neutral, sin embargo un grupo de Estados miembros – incluyendo Francia, Países Bajos y Estados Unidos estuvieron en contra de emplear este término por las razones ya mencionadas líneas arriba y sostuvieron que debería utilizarse el término "penetración". Al respecto, ver Boon (2001) p. 649. Ver también los informes preparados por algunas ONGs, en los cuales se defiende el uso del término "invasión": *Women Caucus for Gender Justice (1999)*; *Preparatory Comision for the International Criminal Court*; *Human Rights Watch (1999)*.

De acuerdo a los elementos del crimen de violación sexual de la CPI, toda penetración de naturaleza sexual cae dentro de la definición de violación. Otros actos sexuales que no equivalgan a una penetración tales como tocamientos sexuales no intencionales, estarán entonces excluidos. Teniendo en cuenta el principio de legalidad, el hecho de establecer una definición de violación sexual que sea clara y específica, es en definitiva un gran aporte al desarrollo en esta materia<sup>320</sup>. Sin embargo, esta definición, a nuestro parecer, no se encuentra claramente fraseada, por lo que podría llevar a confusiones. La oración empleada en la primera parte: “Que el autor haya invadido el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual”, es muy confusa. Particularmente, no deja en claro lo que se quiere decir con la referencia al segundo “perpetrador”. Probablemente, quienes redactaron los EdC tuvieron la intención de que la frase incluyera aquellas situaciones en que las víctimas sean obligadas a realizar actos sexuales a la persona que los obliga o a otras personas. De esta manera, el autor anterior no es nada menos que la víctima de la violación, coaccionado por el autor real – posterior - a ser sexualmente penetrado, él mismo (el perpetrador posterior) o a penetrar a otra persona (segunda víctima). Este escenario puede incluir situaciones en que la víctima es obligada a penetrar con su pene o con cualquier otra parte del cuerpo u objeto la vagina, ano, boca de aquel quien la obliga o de una tercera persona. Estas situaciones parecen tratarse de casos de violaciones hombre-hombre (hombres que obligan a hombres a penetrar otros hombres o a ellos mismos) y mujer-mujer (mujeres que obligan a hombres a penetrarlas o a otras mujeres). También fue el caso también en las definiciones esbozadas en Furundzija y Foca, ya que la redacción en estas tampoco fue nada clara sobre este punto. Más aun, de esta definición no se puede deducir si, por ejemplo, se incluiría la masturbación del perpetrador por la víctima obligada a realizar el acto, la masturbación de la propia víctima obligada por el perpetrador a realizar el acto en frente de éste o de otras personas, la mutilación sexual, etc. Una interpretación literal de este elemento, excluiría todos estos actos, puesto que no incluyen penetración con un órgano sexual.

---

<sup>320</sup> SMEULERS, Alette and HAVEMAN, Roelof. *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes*, (Eds), Intersentia Publishers, Antwerp, 2008. p.62

Por otro lado, la definición de violación sexual según el TPIR en la sentencia Akayesu – una invasión física de naturaleza sexual a una persona bajo circunstancias coercitivas - deja espacio para incluir situaciones de naturaleza sexual en las que no haya habido necesariamente penetración con un órgano sexual, tales como masturbación forzada, mutilación o cualquier otro acto sexual actualmente desconocido. No obstante, sí debemos reconocer que la definición de la CPI abarca todas las posibles formas de violación sexual que incluyen actos de penetración.<sup>321</sup> La definición de la CPI es definitivamente más amplia que su contraparte, la de Furundzija/Foca, pero más restrictiva que la definición de violación sexual utilizada en Akayesu. El desarrollo dentro de las legislaciones nacionales en cuanto a la definición de violación sexual ha sido tomado en cuenta en la definición utilizada por la CPI<sup>322</sup>, pero particularmente –y más importante- ha sido tomada en cuenta la realidad de las violaciones sexuales cometidas en situaciones de conflicto armado y violencia masiva. Aquellos actos sexuales que no alcancen la definición de violación sexual deberían, entonces, ser clasificados como violencia sexual, tipificada en el Artículo 7(1) (g), ya que esta incluye “cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable”. Considerando que todos los actos sexuales mencionados en esta sección son similares en cuanto a su gravedad, no importa bajo qué tipo penal se condena un determinado acto sexual siempre y cuando sea condenado por lo que es. Por el contrario, procesar aquellos actos sexuales que no involucren penetración con un órgano sexual como si se trataran de violación sexual, nos llevaría a una injusticia para con aquellas víctimas de violencia sexual que sí reúnan los requisitos del crimen de violación sexual según la CPI y quienes se consideran a sí mismas como “las verdaderas víctimas de crímenes de violación sexual<sup>323</sup>”

---

<sup>321</sup> Los elementos del crimen de violación sexual fueron negociados con el objetivo de elaborar una definición expansiva que abarcara todas las posibles formas de violación

<sup>322</sup> Report of the Ad hoc Committee in the Establishment of an International Criminal Court, GA50th Session, Supp.

<sup>323</sup> De acuerdo a Marc Groenhuisjen, profesor de Derecho Penal y Procesal Penal, y Director del Instituto Internacional de Victimología de Tilburg (INTERVICT) en Países Bajos, muchas de las víctimas de violación sexual se sintieron molestas por la sentencia dictada por la Corte Suprema Danesa en el caso Tongzoen, donde el beso estilo francés fue aceptado como constitutivo de violación sexual. Según el punto de vista de estas víctimas, el hecho de considerar el beso estilo francés como violación sexual, constituía una negación de su propia victimización

Una ventaja de la definición empleada por la CPI es su neutralidad de género: es aplicable a víctimas y perpetradores de ambos sexos<sup>324</sup>. Aunque la gran mayoría de las víctimas de violencia sexual son de sexo femenino, hay evidencia importante que demuestra el aumento de víctimas masculinas de violencia sexual en contextos de violencia masiva<sup>325</sup>. Asimismo, la mayoría de los perpetradores de violencia sexual son de sexo masculino, pero también hay mujeres que se podrían ver involucradas en crímenes de violencia sexual; por ejemplo, al ordenar a hombres que violen a otras mujeres<sup>326</sup>. Por lo tanto, la descripción del crimen de violencia sexual según los EdC está correctamente redactada en cuanto a términos neutrales de género, usando terminología como “perpetrador”, “víctima” y “persona”. El pie de página 15, especifica que “el concepto de “invasión” está previsto para ser lo suficientemente amplio y neutral en cuanto al género. Esta es otra evidencia que demuestra que los delegados de la Comisión Preparatoria querían cubrir todos los casos de violación sexual cometida por una persona de cualquiera de los sexos contra una víctima de cualquiera de los sexos.

Respecto al segundo elemento de la definición de violación sexual - las circunstancias que convierten a los actos sexuales en criminales -, estamos nuevamente ante una postura influenciada por la jurisprudencia de los TPI y algunas legislaciones nacionales. Para que una “invasión” sea considerada violación sexual se consideran tres tipos de circunstancias, que la penetración haya sido: (1) “por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coerción”, redacción de la sentencia Furundzija; (2) “aprovechando un entorno de coerción”, lo cual se asemeja a la formulación empleada en la sentencia Akayesu; o (3) “contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento”, lo cual no se refiere al requerimiento de ausencia de consentimiento de

---

<sup>324</sup> Varias legislaciones nacionales aun se refieren exclusivamente a la mujer como víctima y al hombre como perpetrador del crimen de violación sexual. Ej: Francia.

<sup>325</sup> Ver el abuso sexual de prisioneros iraquíes por parte de soldados norteamericanos e ingleses el 2004. Por ejemplo *BBC News, soldado norteamericano apresado por violencia sexual*, 22 de Octubre de 2004, en este reportaje se informó que el soldado norteamericano, *Sgto Ivan Frederick*, fue sentenciado a ocho años de prisión por, *inter alia*, haber forzado a los detenidos a masturbarse mientras otros soldados observaban y tomaban fotos.

<sup>326</sup> Ver, por ejemplo el *caso Butare* ante el TPIR, en donde Pauline Nyiramasuhuko (la ex ministra de la familia y desarrollo de la mujer) fue acusada de haber ordenado a hombres a que violaran mujeres en la provincia de Butare, Ver, también *BBC News Women Soldier in Abuse Spotlight*, 7 de Mayo de 2004, en donde Lynn die England fue acusada de abusar sexualmente a prisioneros iraquíes dentro de una prisión iraquí, Abu Ghraib, cerca de Bagdad. Hay evidencia de que esto también ocurrió en la República Democrática del Congo. Las tropas de Jean-Pierre Bemba incluyeron mujeres que perpetraron actos de violencia sexual.

definición de Foca, sino a los casos que involucren personas que son incapaces legalmente de dar su consentimiento, tal y como se incluye comúnmente en algunas legislaciones nacionales. La lista no exhaustiva de ejemplos de “coerción” en la segunda parte de la definición de la CPI incluye “la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa u otra persona”. Los ejemplos dejan claro que la coerción se puede dar sin el uso de la fuerza física.

El uso de la frase “libre consentimiento” es aclarado en un pie de página al establecer que si alguien “adolece de una incapacidad natural, inducida o debida a la edad”, se presume que no será capaz de dar su libre consentimiento<sup>327</sup>. Si determinadas personas han sido declaradas como incapaces de dar su libre consentimiento, la ausencia de consentimiento se presumirá en caso de ser víctimas de violación sexual. Lo importante es que el enfoque de la definición expuesta por la CPI está sobre las circunstancias coercitivas y no sobre la ausencia de consentimiento por parte de la víctima.<sup>328</sup>

Al emplear esta redacción, parece ser que los EdC han incorporado las perspectivas de las sentencias Akayesu y Furundzija a los tipos de circunstancias que transforman determinados actos sexuales en actos criminales, y para eso añadieron la imposibilidad fáctica de dar consentimiento en base a factores naturales, inducidos o relativos a la edad<sup>329</sup>. De esta manera, la definición de la CPI se alejó del uso y significado de “consentimiento” tal como fuera aplicado en la sentencia Foca.

---

<sup>327</sup> Artículo 7(1)(g)-1 EdC, pie de página 16. Este pie de página también es de aplicación para los casos de prostitución forzada, esterilización forzada y violencia sexual. Algunas organizaciones de mujeres consideraron esta referencia al consentimiento problemática. Agregar el término “libre” fue considerado superfluo, dado que el consentimiento existe o no existe. Además, la regla 70 de las RPP en “Principios de la prueba en casos de violencia sexual”, usa la terminología de “un consentimiento voluntario y libre”. Esto podría dar la impresión de que el libre consentimiento del que se habla en los EdC, no incluye el concepto de ser voluntario. Ver *ICC PrepCom Report, March 13-31, 2000*. Sin embargo de acuerdo a La Haye, la palabra “libre” está destinada a cubrir conceptos tales como consentimiento voluntario e informado.

<sup>328</sup> Ver. RUCKERT y WITSCHERL (2001a). *The Crime of Genocide and Contextual Elements. A Comment on the ICC Pre-Trial Chamber's Decision in the Al Bashir Case*. p. 83

<sup>329</sup> DAMASK MIRJAN R. *The International Criminal Court between Aspiration and Achievement*. Yale Law School Legal Scholarship Repository. 2009. p.30

Como comentario final, la definición de violación sexual cubre no solo las situaciones en las cuales la violación podría haberse cometido si es que la misma persona era sometida a las circunstancias imperantes, sino también en aquellos casos en las que una tercera persona podría haberse visto victimizada si es que la primera persona no accedía a los actos requeridos. La sentencia de Furundzija menciona a una “tercera persona”, mientras que los EdC se refieren a “otra persona”. Ciertamente, no es problemático hacer tal inclusión a la definición de violación, pero esto se podría haber deducido de la frase “por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coerción”. De hecho, los EdC, al explicar el concepto de coerción, se refieren a la opresión psicológica *inter alia*, lo cual definitivamente abarcaría este tipo de situaciones.

El *Mens Rea* requerido por el Artículo 30 del Estatuto de Roma es aplicable tanto crímenes de lesa humanidad y como a crímenes de guerra. Siendo este, que el perpetrador haya tenido la intención de invadir el cuerpo de la víctima mediante una conducta resultante en una penetración, por más leve que esta sea, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del perpetrador con un órgano sexual, o de la cavidad genital o anal de la víctima con un objeto o cualquier otra parte del cuerpo (primer elemento); con el conocimiento del perpetrador que dadas las circunstancias en las que se encontraba, se sobreentendía que dicha invasión sexual estaba siendo cometida por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coerción o aprovechando un ambiente coercitivo; o cuando la invasión se da contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento (segundo elemento)<sup>330</sup>. Dado que la definición de violación sexual de los EdC no incluye el elemento de ausencia de consentimiento, el conocimiento de que éste no existía no será parte del requerimiento de intencionalidad y, por lo tanto, no será necesario ser probado por la fiscalía. El conocimiento de las circunstancias coercitivas, por parte del perpetrador, será suficiente para probar que hubo intencionalidad de cometer la violación sexual. Las sentencias de los TPI posteriores a la adopción de los EdC demuestran que dichos tribunales siguieron optando tanto por la definición amplia de Akayesu, como la más restrictiva, expuesta en Foca, a pesar de ya

---

<sup>330</sup> Comparar la similitud con el requerimiento de *mens rea* tal y como fue planteado en la sentencia de Foca. Ver. par. 460 de la Sentencia de la Sala de Primera Instancia. Nota Supra 105.

haber sido adoptada la definición de los EdC, que se encuentra en un punto medio entre estas dos definiciones.

Los EdC, - documento no vinculante para los TPI -, enumeran minuciosamente los elementos del crimen de violación. Sin embargo, desde su adopción, los TPI no se han mantenido en una misma línea: demuestran la aplicación de varias otras definiciones de violación sexual, más allá de la propuesta en los EdC. La definición de violación sexual expuesta en la sentencia Foca es posterior a la redacción de los EdC y constituye una definición mecánica de violación con un enfoque sobre el consentimiento por parte de la víctima, mientras que la definición más amplia de la sentencia de Akayesu, establecida antes de la redacción de los EdC, ha sido sostenida en sentencias posteriores a la adopción de los EdC.

Tal y como ha sido explicado anteriormente, la definición de violación sexual de los EdC es una mezcla de las definiciones expuestas por las sentencias Akayesu, Furundzija y Foca, tomando en cuenta perspectivas de legislaciones nacionales. La ventaja de la definición de los EdC es que no está centrada en el tema del consentimiento, pero sí en el tema del uso (amenaza de) de la fuerza, coerción o ambiente coercitivo. A pesar que los jueces del TPIR en Akayesu, se dieron cuenta de que existe un número considerable de legislaciones nacionales que incluyen la ausencia de consentimiento como un elemento de la definición de violación sexual, consideraron innecesario introducir este elemento en el marco del Derecho Penal Internacional, especialmente teniendo en cuenta los contextos de violencia y opresión en los que se enmarcan la práctica de violaciones sexuales como genocidios, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. De esta manera, si el Fiscal logra probar las circunstancias coercitivas, entonces se presumirá la ausencia de consentimiento. Esto significa que no será necesario cuestionar las acciones y ni el estado mental de la víctima. De esa manera se pueden evitar varias preguntas que podrían resultar insultantes para la víctima.

La definición de los EdC también incluye un mayor número de actos sexuales prohibidos que la versión más restrictiva y mecánica propuesta por las sentencia de los casos Foca y Furundzija, en las cuales se señalaron determinadas partes del cuerpo. Sin embargo, la definición de los EdC no es tan amplia como la expuesta en el caso

Akayesu, la cual hace más fácil la tarea de distinguir entre violación sexual y violencia sexual. La diferenciación entre violación sexual y violencia sexual ha sido analizada por la mayoría de la jurisprudencia que hemos mencionado en este texto<sup>331</sup>.

Los actos sexuales no incluidos en de la categoría de violación sexual deberán ser condenados bajo “otra forma de violencia sexual de gravedad comparable” (Artículo 7(1)(g) del Estatuto de Roma), categoría que podría incluir, por ejemplo, desnudez forzada, masturbación forzada, o tocamientos forzados indebidos del cuerpo. Esto no quiere decir que los actos condenados a través de esta llamada “categoría residual” sean menos severos que aquellos que sí encajen dentro de violación sexual o cualquiera de los otros crímenes de violencia sexual explícitamente mencionados en el Artículo 7(1)(g) del Estatuto de Roma, por eso la precisión “de gravedad comparable”. Cabe resaltar que cada situación es distinta y debería ser evaluada individualmente.

En conclusión, la definición de los EdC es más favorecedora para la víctima porque no acepta el elemento de ausencia de consentimiento y porque reconoce una mayor variedad de actos sexuales dentro del crimen de violación sexual que su contraparte, el TPIY en los casos Furundzija y Foca, cuyas definiciones fueron sostenidas posteriormente en varias sentencias de los TPI. En su redacción, la definición de violación sexual de los EdC toma en cuenta la realidad de la violencia sexual en el marco de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio en su total extensión. Por lo tanto, debería ser considerada la definición estándar de preferencia dentro del Derecho Penal Internacional. El objetivo de los TPI y de la CPI en esta materia es escuchar la evidencia en los casos de violación sexual, no de excluir la participación de los testigos mediante la aplicación de definiciones que se centren en el consentimiento<sup>332</sup>. Solamente cuando el crimen de violación sexual sea reconocido por lo que es, las víctimas de violencia sexual se sentirán capaces de salir a la luz y podrán obtener la justicia que se merecen.

---

<sup>331</sup> Sentencia Akayesu par. 598-688, sentencia Musema par. 227, sentencia Kvočka et. Al. Par. 180, sentencia Semanza par. 345 y sentencia Kajelijeli par. 916

<sup>332</sup> Al interpretar los Estatutos de los Tribunales, el Tribunal del Apelaciones ha perseguido un enfoque deliberado, en el cual ha buscado establecer el objetivo y propósito de las disposiciones del Estatuto, en vez de una construcción delimitada. Ver Sentencia de apelación Dusko Tadic par.189.

## CONCLUSIONES

Al concluir este trabajo, hemos podido constatar la relevancia del estudio y de la delimitación de la definición de la violación sexual contra la mujer en el marco del Derecho Penal Internacional. Resaltamos la especial labor e invaluable aporte de los TPI en esta materia. En esta sección expondremos punto por punto cómo nuestra hipótesis principal de trabajo, así como las hipótesis secundarias que fueron planteadas inicialmente, ha quedado demostrada.

1. Antes de la elaboración de los Estatutos de los TPI, la violación sexual no había sido calificada expresamente como crimen en ningún otro instrumento jurídico de carácter convencional. A nivel consuetudinario, los Estatutos y los TPI para la Ex Yugoslavia y Ruanda constituyen el primer reconocimiento expreso de tales crímenes.
2. En las investigaciones realizadas para el Juicio de Nuremberg se encontró evidencia de actos de violación sexual; sin embargo, esta no fue mencionada en la sentencia del Tribunal de Núremberg ni en ningún otro documento oficial. En el Juicio de Tokio, se procesaron actos de naturaleza sexual, pero no como tales, sino bajo las modalidades de “trato inhumano”, “abuso”, “maltrato” y “falta de respeto al honor y derechos de la familia”. La violación sexual no fue incluida en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg, anexo al Acuerdo de Londres de 8 e agosto de 1945 ni en el Estatuto de Tokio de fecha 19 de enero de 1946.
3. En los Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos Adicionales de 1977 se reconoce la prohibición de violación sexual y otras formas de violencia sexual, pero no se les otorga el carácter de crimen, es decir, no se le reconoce como violaciones graves en el Derecho Internacional Humanitario. Empero, en el documento desarrollado por el Comité Internacional de la Cruz Roja en el año 2007, sobre las principales normas de Derecho Internacional Humanitario

Consuetudinario, se reconoce la prohibición de violación y otras formas de violencia sexual en tanto crimen internacional.

4. Por las anteriores consideraciones, la inclusión de la violación sexual como crimen de lesa humanidad en el Estatuto del TPIY (1993) y además como crimen de guerra en el Estatuto del TPIR (1994) fue un avance novedoso dentro del Derecho Penal Internacional. No obstante, es importante tener en cuenta que esta inclusión no implica un reconocimiento convencional de la violación sexual como crimen internacional, pues los Estatutos de los TPI no son instrumentos convencionales. Estos fueron emitidos como Resoluciones de Naciones Unidas, en virtud de la facultad que le otorga el Artículo VII de la Carta ONU al Consejo de Seguridad. El Secretario General de la ONU (Resolución 808 de 1993) reconoció de esta manera que la labor del TPIY sería la de legislar sobre normas de Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario que se encuentren indudablemente reconocidas. Por esta razón debe considerarse la inclusión de la violación sexual en los Estatutos de los TPI como crimen internacional, ya que es un reconocimiento de la existencia de una norma consuetudinaria que prohíbe la comisión de actos de violación sexual.
5. Las sentencias Furundzija, Foca, Celebici y Kvocka del TPIY y Akayesu, Musema, Semanza y Kajelijeli del TPIR son las que han elaborado un mayor desarrollo respecto a la construcción de la violación sexual como crimen internacional.
6. No existe un desarrollo uniforme de la definición de violación sexual, sino que se trata de un desarrollo caso por caso, un tanto confuso, a nivel de ambos Tribunales. Para poder determinar cuáles son los elementos comunes y más relevantes de estas sentencias, ha sido necesario revisar a fondo dicha jurisprudencia para luego poder hacer un ejercicio comparativo y extraer los aportes de cada una, así como las similitudes y disyuntivas.

7. Existen tres definiciones base: la de Furundzija, la de Foca y la de Akayesu. Las demás sentencias se adhieren a alguna de estas definiciones o conjugan elementos de ambas. Para poder explicarlo claramente, señalamos cuál es la definición propuesta en cada caso. La disyuntiva entre estas tres definiciones está de manera general entre optar por una definición de carácter mecánico y descriptivo o una definición conceptual. Y más específicamente, entre utilizar el término “penetración” o el término “invasión”, y si considerar la ausencia de consentimiento como un elemento constitutivo del crimen de violencia sexual o el hecho de que el acto se haya producido bajo circunstancias coercitivas es suficiente.
8. Dentro del marco de cada Tribunal no existe uniformidad al momento de aplicar una definición, es decir, algunas sentencias del TPIY se adhieren a la definición de Akayesu, pero no todas; y algunas del TPIR a la de Furundzija y/o de Foca. De esta manera, el TPIY estuvo de acuerdo con la definición de Foca en la sentencia Kvocka y con la definición de Akayesu en Celebici. Por otro lado, el TPIR siguió la línea de Foca en las sentencias Semanza y Kajelijeli, pero sostuvo la definición de Akayesu en Musema.
9. Al adoptar la Regla 96 común a las Reglas de Procedimiento y Prueba de ambos Tribunales, estos excluyen la posibilidad de entender la ausencia de consentimiento como un elemento del crimen de violación sexual, pues solo permite el argumento del consentimiento por parte de la defensa en aquellos casos donde el acusado pueda demostrar fehacientemente que no hubo violencia, coacción, detención, opresión psicológica (real, probable o posible) contra la víctima o contra una tercera persona. Al parecer, esta disposición fue adoptada teniendo en cuenta las situaciones de guerra y/o de violencia masiva en las que normalmente se producen estos crímenes y el derecho del acusado a un juicio justo. No obstante, como hemos podido ver en las sentencias analizadas, la interpretación jurídica de los Tribunales trajo nuevamente a colación el tema del consentimiento que había sido descartado en un inicio con la adopción de la esta norma.

10. Para poder juzgar la violación sexual, los TPI no se limitaron a considerarla de manera genérica como crimen de lesa humanidad o de guerra – en el caso del TPIR -, tal y como estaba contemplado en sus Estatutos, sino que, realizaron un arduo trabajo jurídico a fin de sostener que la violación y otras formas de violencia sexual pueden ser consideradas como tortura (crimen de guerra), persecución, esclavitud, lesa humanidad y genocidio.
11. Al considerar que la violación sexual puede ser un mecanismo de tortura, los TPI realizaron un aporte innovador y de gran relevancia para el Derecho Penal Internacional. A lo largo de varias sentencias, plasmaron diversas consideraciones a fin de poder entender lo que significa la violación como medio de tortura a nivel jurídico. Para poder establecer el marco jurídico de la violación como mecanismo de tortura, los TPI tomaron como base la definición de tortura establecida en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura.
12. Por lo general, a lo largo de su jurisprudencia, los TPI estuvieron de acuerdo con los elementos constitutivos de tortura de la Convención contra la Tortura, elaborando los siguientes aportes a esta definición: 1) El requerimiento de que el perpetrador sea funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia no es aplicable a casos de crímenes de lesa humanidad y de guerra. En el último caso, también deberían ser considerados perpetradores aquellos que formen parte de grupos armados no estatales como parte del conflicto 2) Se debería considerar la “humillación” como propósito prohibido, dado que la violación sexual es un acto que, la mayoría de veces, tiene como propósito humillar a la víctima, 3) forzar a una persona a presenciar la violación sexual de otra, constituye un acto de tortura, 4) la violación sexual como tortura también puede ser perpetrada por instigación.
13. Procesar la violación sexual como mecanismo de persecución fue un aporte novedoso que nos legó la sentencia Kvočka. En dicha sentencia, el TPIY afirmó

que si un trato humillante de carácter sexual forma parte de un ataque discriminatorio contra la población civil, constituye un acto de persecución. Esto puede entenderse en conjunto con otros crímenes, o en casos extremos, por sí mismo. Es decir, si la violación sexual cumple los requisitos de persecución, es constitutiva de este crimen. Otra particularidad de esta sentencia fue el análisis de responsabilidad penal individual, pues se concluyó que la persecución por medio de violaciones sexuales fue desarrollada mediante la ejecución de una empresa criminal conjunta.

14. De acuerdo a la sentencia Foca, la violación sexual puede ser constitutiva de esclavitud en caso de cumplir con lo requerimientos de este tipo de crimen. La Sala de Primera Instancia del TPIY, en este caso, sostuvo que el *actus reus* del crimen de esclavitud es “el ejercicio de alguna o todas las potestades relacionadas al derecho de propiedad sobre una persona” y el *mens rea* es el ejercicio intencional de dichas potestades. Adicionalmente, determinó que los indicios de esclavitud pueden incluir sub-elementos de control y propiedad, incluyendo sexo, prostitución, tráfico de personas, afirmación de exclusividad, sometimiento a tratos crueles y abuso y control de la sexualidad, sosteniendo que el control sobre la autonomía de una persona u obligar a una persona a prestar servicios sexuales podría ser indicio de esclavitud. Si bien se condenó a los acusados por esclavitud dados los actos sexuales perpetrados, no se usó en ningún momento la frase “esclavitud sexual”.

15. Sostener que la violación sexual constituye genocidio si es perpetrada con la intención de destruir en todo o en parte a un grupo particular, considerado como tal, ha sido el aporte más importante en materia de crímenes sexuales que nos ha dejado el TPIR. De esta manera, al juzgar a Jean Paul Akayesu, Burgomaestre la comunidad de Taba, el TPIR afirmó que los crímenes de violación “constituyen genocidio de la misma manera que cualquier otro acto siempre y cuando se cometa con la intención específica de destruir, total o parcialmente a un grupo particular, considerado como tal”. Además, concluyó que la violación sexual fue usada como un instrumento para cometer genocidio en Taba y que las acciones y

omisiones de Akayesu lo hicieron individualmente responsable por estos crímenes.

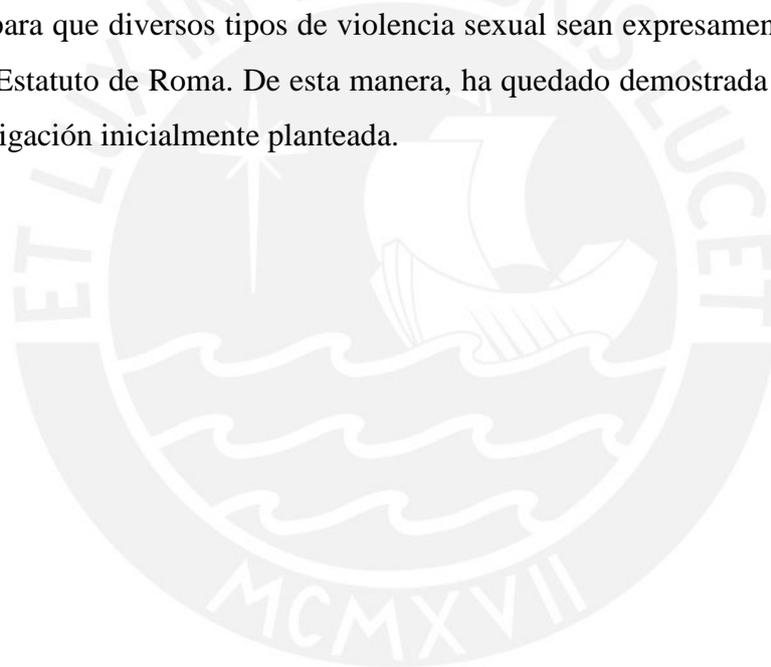
16. El desarrollo de la jurisprudencia de los TPI ha sido un gran aporte para la elaboración del Estatuto de Roma y sus respectivos Elementos de los Crímenes. En efecto, en el Estatuto de Roma se reconoce la violación sexual como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra – en casos de conflicto armado interno e internacional. También se dejó de lado su inclusión expresa como genocidio a fin de respetar el tipo penal original establecido en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948. Es de resaltar que en lesa humanidad como crímenes de guerra se reconocen diversas formas de violencia sexual: esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable. Es importante destacar que el Estatuto reconoce la posibilidad de que se presente otras formas de violencia sexual no específicamente contempladas al añadir la frase “otros abusos de gravedad comparable”, esto le otorga un carácter no exhaustivo a la lista. La inclusión de la violación y otras formas de violencia sexual dentro del artículo sobre crímenes de guerra nos lleva a concluir que esta decisión fue definitivamente influenciada por el desarrollo de la jurisprudencia de los TPI en materia de tortura al observar las dificultades que tuvieron dichos Tribunales para poder juzgar la violencia sexual como crimen de guerra enmarcándola como tortura.
17. La definición de violación sexual expuesta por los Elementos de los Crímenes aprobados en el año 2000 ha sido, a nuestra opinión, claramente influenciada por las que fueron elaboradas en Furundzija, Foca y Akayesu, por las razones que reseñaremos a continuación.
18. En el primer párrafo de la definición de violación sexual de los EdC, el uso del termino “invasión” es influencia de la definición expuesta en la sentencia Akayesu; sin embargo, es interesante que los EdC utilicen este término en un primer momento para luego incluir que la mencionada invasión tiene que derivar

en una “penetración” – lo cual parece ser influencia de la definición expuesta en Furundzija. El uso de ambos términos nos lleva a suponer que al momento de elaborar los EdC se presentaron opiniones encontradas por lo que los encargados de su elaboración optaron por una postura mixta, tratando de que sea lo más amplia posible. Luego, esta definición, adopta la misma descripción de las partes del cuerpo involucradas en el acto de violación que podemos observar en la sentencia Furundzija, pero agregando que la penetración puede darse respecto a cualquier parte del cuerpo y no solamente del ano, vagina y boca de la víctima como sí especificó el TPIY en la sentencia Furundzija.

19. En el segundo párrafo de la definición, los EdC abandonan por completo la idea de considerar a la ausencia de consentimiento como un elemento del crimen de violación sexual. Optan por incluir a la fuerza y la amenaza de esta, tal y como se hizo en la sentencia Foca, pero añadiendo la coerción y la posibilidad de que todo lo anterior no sea necesario si es que la violación se produjo en un entorno de coerción, adoptando, de esta manera la postura del TPIR en el caso Akayesu. Cabe resaltar que en último párrafo se menciona el consentimiento, pero solo para aquellos casos donde la persona se haya visto impedida de dar su genuino consentimiento por incapacidad natural, inducida o debida a la edad.
20. La definición adoptada por los EdC es aplicable para crímenes de lesa humanidad como para crímenes de guerra. También es lo suficientemente amplia para abarcar distintas situaciones como neutral en cuanto al género del perpetrador y de la víctima.
21. La criminalización de la violación sexual como crimen internacional debe ser considerado un tema de suma importancia, pues, tal y como hemos observado a lo largo de este trabajo, es una práctica constante en situaciones de violencia masiva y sobre todo en conflictos armados. La inclusión de crímenes de naturaleza sexual es, sin duda alguna, un gran logro para sancionar este tipo de crímenes. Sin embargo, sostenemos que falta mucho camino por recorrer para

poder considerar que se ha logrado la protección adecuada de las mujeres contra crímenes sexuales en estos contextos.

22. Finalmente, sostenemos que ha quedado demostrado que los TPI efectuaron un proceso de construcción jurídico-penal y dotaron de contenido a la expresión “violación sexual” al señalar un conjunto de elementos reconocidos como constitutivos del tipo penal. Es claro que esta labor realizada por los TPI ha sido un aporte fundamental en la elaboración de la definición de violación sexual contenida en Los Elementos de los Crímenes del Estatuto de Roma de 1998. Asimismo, la inclusión de la violación y otros actos de violencia sexual en otras modalidades de crimen realizada por los TPI en su jurisprudencia ha servido de base para que diversos tipos de violencia sexual sean expresamente reconocidos en el Estatuto de Roma. De esta manera, ha quedado demostrada la hipótesis de investigación inicialmente planteada.



## BIBLIOGRAFIA

### I. DOCTRINA

#### 1. Libros y artículos

AMBOS, Kai

*Los crímenes del nuevo derecho penal internacional*. Mexico: Instituto de Ciencias penales. 2002.

ASKIN, Kelly D.

*STEFAN A RIESENFELD SYMPOSIUM 2002: Prosecuting Wartime Rape and Other Gender –Related Crimes under International Law: Extraordinary advances, Enduring Obstacles*. Berkeley Journal of International Law, 2003, 21 Berkeley J. Int'l L. 288. p.4

ASKIN, Kelly D.

*War Crimes Against Women: Prosecution in International War Crimes Tribunals*. Kluwer Law International, 1997. Netherlands.

ASKIN, Kelly D.

*The International War Crimes Trial of Anto Furundzija: Major Progress Toward Ending the Cycle of Impunity for Rape Crimes*, 12 Leiden J. Int'l L. (1999).

ASKIN, Kelly D.

*The Kunarac Case of Sexual Slavery: Rape and Enslavement as Crimes Against Humanity, in 5 Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*. Andre Klip & Gumoran Sluiter eds. Forthcoming. 2003.

BASSIOUNI, M. Cherif.

*A Draft International Criminal Code and Draft Statute for an International Criminal Cour*. Dordrecht; Boston: M. Nijhoff, 1987.

BASSIOUNI, M. Cherif.

*Crimes Against Humanity in International Criminal Law*. Kluwer Law International, The Hague, Netherlands, 1998.

BASSIOUNI, M. Cherif.

*International Criminal Law: A Draft International Criminal Code*. Alphen aan den Rijn, Netherlands; Germantown, Md.: Sijthoff & Noordhoff, 1980.

BEDONT, Barbara y HALL MARTINEZ, Katherine,

*Ending Impunity for Gender Crimes under the International Criminal Court*. The Brown Journal of World Affairs, Vol. VI, Edición 1: 65-85, 1999.

BINAIFER, Nowrojee,

*Shattered Lives: Sexual Violence during the Rwandan Genocide and its Aftermath* (Human Rights Watch & Fédération Internationale, 1996).

BOON, Kristen.

*Rape and Forced Pregnancy under the ICC Statute: human dignity, autonomy and consent*. 32 Columbia Human Rights Law Review, 2001.

BOUTA, Tsjear y FRERKS, Georg.

*Gender, Conflict, and Development*. Washington: The World Bank, 2005.

BURNEO, José A.

*Le crime contre l'humanité et le crime de génocide: généalogie et étude de deux cas emblématiques latino-américains*. Louvain-la-Neuve: UCL, 2001.

CARILLO SALCEDO, Juan Antonio.

*La criminalización de la barbarie: la Corte Penal internacional*. Consejo General del Poder Judicial, 2000

CASESSE, Antonio.

*Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales*. Grupo Editorial Norma. Bogotá 2004.

DAMASK MIRJAN R.

*The International Criminal Court Between Aspiration and Achievement.* Yale Law School Legal Scholarship Repository. 2009.

DES FORGES, Alison,

*Leave None to Tell the Story: Genocide in Rwanda 271-82* (Human Rights Watch & International Federation of Human Rights, 1999).

FISCO, Sonia.

*Atroces Realidades: La violencia sexual contra la mujer en el conflicto armado colombiano.* En: <http://www.javeriana.edu.co/politicas/publicaciones/documents/119-159.pdf>

GARDAM, Judith y JARVIS, Michelle.

*Women, Armed Conflict and International Law.* Leiden: Kluwer Law International, 2001

GIL GIL, Alicia.

*El genocidio y otros crímenes internacionales.* Volumen 6 de Interciencias (Universidad Nacional de Educación a Distancia). Uned, España 1999

GORDON, Gregory S.

*Peter von Hagenbach and the Twilight Zone Pre-History of International Criminal Law.* University of North Dakota School of Law. p.1.

En: [www.cslsa.us/.../Hagenbach%20Abstract%20--%20Gregory%20Gordon.doc](http://www.cslsa.us/.../Hagenbach%20Abstract%20--%20Gregory%20Gordon.doc)

HALLEY, Janet.

*Rape at Rome: Feminist Interventions In The Criminalization Of Sex-Related Violence In Positive International Law.* Michigan Journal of International Law, Vol 30:1. 2009.

HASKELL, John D.

*The complicity and limits of international law in armed conflict rape.* Copyright (c) 2009 Boston Third World Law Journal. Boston College Third World Law Journal. Winter, 2009. 29 B.C. Third World L.J. 35

HAVEMAN, R.

*Rape and fair trial in supranational criminal law.* 9 Maastricht journal of European and comparative law 263 (2003).

KITTICHAISAREE K.

*International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2001

LINDSAY, Charlotte.

*Las mujeres ante la guerra.* Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2008

LINDSEY-CURTET, Charlotte et al.

*Addressing the Needs of Women affected by Armed Conflict.* An ICRC Guidance Document. Ginebra: CIRC, 2004.

MARAVILLA Christopher Scott,

*Rape as a War Crime: The Implications of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia's Decision in Prosecutor v. Kunarac, Kovac, & Vukovic on International Humanitarian Law*, 13 Fla. J. Int'l L. 321 (2001)

MASON, Christine.

*Women, Violence and Non violent Resistance in East Timor.* En: Journal of Peace Research, Vol. 42, No. 6 (Nov., 2005).

MC ASKIE, C.

Reunión del Grupo Especial de Trabajo “*Emergencies impacting on women, women impacting on emergencias*”, organizada por OCAH/UNICEF/PMA durante el 23° periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General, OCHA News n° 51, 26 de junio de 2000.

MURPHY, John.

*Crimes against Peace at the Nuremberg Trial and International Law* 141. George Ginsburgs & V.N. Kudriavtsev eds.1990);j.

PACE, William y SCHENSE, Jennifer,

*International Lawmaking of Historic Proportions: Civil Society and the International Criminal Court*. En: *Fighting for Human Rights* por Gready, Paul. Routledge, New York, NY. 2004. P. 105.

RÜCKERT, W. and WITSCHERL, G.

'*Genocide and Crimes against Humanity in the Elements off Crimes*', En: H. Fischer, et al (eds.), *International and national prosecution of crimes under international law: current developments*, (Berlin: Spitz, 2001).

SALMÓN GÁRATE, Elizabeth y GARCÍA SAAVEDRA, Giovanna

*Los tribunales internacionales que juzgan individuos: el caso de los tribunales Ad-Hoc para la ex-Yugoslavia y Ruanda y el Tribunal penal internacional como manifestaciones institucionales de la subjetividad internacional del ser humano*. En: *Derecho & sociedad -- Año 12, no. 15* (2000).

SELLERS, Patricia & OKIZUMI, Kaoru.

*Intentional Prosecution of Sexual Violence*, 7 *Transnational Law & Contemporary Problems* 1. (1997)

SMEULERS, Alette and HAVEMAN, Roelof.

*Supranational Criminology: Towards Criminology of International Crimes*, (Eds), Intersentia Publishers, Antwerp, 2008.

TORRES PEREZ, María y BOU FRANCH, Valentín.

*La Contribución del Tribunal Penal Internacional para Ruanda a la configuración jurídica de los Crímenes Internacionales*. Tirant Lo Blanch, Valencia 2004.

VERRIJN STUART, Heikelina and SIMONS, Marlise

*The Prosecutor and the Judge: Benjamin Ferencz and Antonio Cassese: Interviews and Writings*, Amsterdam: Amsterdam University Press, 2009, 192 pp. ISBN 978-90-8555-0235

WEST, Devorah.

*Radical Racial Ideals and Sexual Violence: Rwanda, Bosnia, and Nazi Germany*. Brown University Santa Fe Institute: REU Program Summer 2005.

ZORRILLA, Maider.

*La Corte Penal Internacional ante el crimen de violencia sexual*. Publicaciones de la Universidad de Deusto. Bilbao, 2005.

## 2.Documentos

### 2.1.Naciones Unidas

#### 2.1.1 Consejo de Seguridad de Las Naciones Unidas

Annex IX, Rape and Sexual Assault, del Informe Final de la Comisión de Expertos de las Naciones Unidas establecida de acuerdo con la Resolución 780(1992) del Consejo de Seguridad. 28 de diciembre de 1994. Disponible en: <http://www.ess.uwe.ac.uk/comexpert/ANX/IX.htm>

Resolución 820(1993) que condena la detención y violación sexual masiva, organizada y sistemática y reafirma la responsabilidad individual de los perpetradores. 17 de abril de 1993. Consejo de Seguridad, Naciones Unidas. En: <http://www.nato.int/IFOR/un/u930417a.htm>

Resolución del Consejo de Seguridad que establece la creación del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia: Documento ONU S/RES/827 (1993) de fecha 25 de noviembre de 1993. Información disponible En: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/306/31/IMG/N9330631.pdf?OpenElement>.

Resolución del Consejo de Seguridad que establece la creación del Tribunal Penal Internacional para Ruanda: Documento ONU S/RES/955 (1994) de fecha 8 de noviembre de 1994. Información disponible En: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/306/31/IMG/N9330631.pdf?OpenElement>.

Informe Final de la Comisión de Expertos establecida de acuerdo a la Resolución 780 (1992) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. S/1994/674, 27 de Mayo de 1994, Capítulo IV, F.

Resolución del Consejo de Seguridad 808, en el establecimiento del TPIY S/RES/808 (1993), 22 de febrero de 1993; resolución 827; en el establecimiento del TPIY, S/RES/827

Informe elaborado por el Secretario General de la ONU de conformidad con el Párrafo 2 de la Resolución 808 del Consejo de Seguridad (1993), UN Doc. S/25704. 3 de mayo de 1993, par.23.

Resolución del Consejo de Seguridad sobre el Establecimiento de una Comisión de Expertos para la Ex Yugoslavia 780, S/RES/780 (1992), 6 de octubre de 1992.

Informe del Secretario General Informe elaborado por el Secretario General de conformidad con el Párrafo 2 de la Resolución 780 del Consejo de Seguridad (1992), UN Doc. S/24657. 14 de octubre de 1992.

Resolución 820 del Consejo de Seguridad, Bosnia y Herzegovina, S/RES/820, 17 de abril de 1993.

Report of the Secretary General Pursuant to paragraph 5 of the Security Council Resolution 995 (1994). UN Doc. S/1995/3.4 del 13 de febrero de 1995.

## **Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sobre violencia sexual**

Resolución 1325 del Consejo de Seguridad (2000)

Resolución 1820 del Consejo de Seguridad (2008)

Resolución 1888 del Consejo de Seguridad (2009)

Resolución 1889 del Consejo de Seguridad (2009)

Resolución 1960 del Consejo de Seguridad (2010)

### **2.1.2 Asamblea General de Naciones Unidas**

Resolución 177 (II) del 21 de Noviembre de 1947. Asamblea General de Naciones Unidas.

Declaración De Principios Básicos De Justicia Para Víctimas De Crímenes Y Abuso De Poder, Un General Assembly Res. 4C/34, 29 de noviembre 1985, UN Doc. A/RES/40/34 (Declaración de víctimas de 1985).

### **2.1.2 Comisión de Derecho Humanos de Naciones Unidas**

Comisión de Derechos Humanos de la ONU, Report on the Situation of Human Rights in the Territory of the Former Yugoslavia Prepared by Mr. Tadeusz Mazowiecki. Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Pursuant to Paragraph 15 of Commission Resolution 1992/S -1/1 of 14 August 1992. E/CN.4/1993/50.

Comisión de Derechos Humanos de la ONU, Situation of Human Rights in the Territory of the Former Yugoslavia: Fifth periodic report.

Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Report on the Situation of Human Rights in Rwanda, submitted by Mr. René Degni-Segui, Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de acuerdo al párrafo 20 de la Resolución S-3/I del 25 de Mayo de 1994, E/CN.4/1996/68, 29 de enero de 1996.

### **2.1.3 Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer**

CEDAW, Informe para la Asamblea General, UN Doc. A/54/38/Rev.1, 20 de agosto de 1999.

### **2.1.4 Comisión Preparatoria para una Corte Penal Internacional**

Report of the Preparatory Committee for the Establishment of an International Criminal Court, Proceedings of the Preparatory Committee during March – April and August 1996, Volume I, GA 51<sup>st</sup> Session, Supp. No. 22, A/51/22 /1996), 1 January 1996

Decisions taken by the Preparatory Committee at its sessions held in New York, 11 to 21 February 1997 A/AC.249/1997/L.5 (1997), 12 March 1997; Decisions taken by the Preparatory Committee at its sessions held in New York, 4 to 15 August 1997, A/AC.249/1997/L.8/Rev. 1 (1997), 14 August 1997

Decisions taken by the Preparatory Committee at its sessions held in New York, 1 to 12 December 1997, A/AC.249/1997/L.9/Rev. 1 (1999), 18 December 1997.

### **2.1.5 Otros documentos de Naciones Unidas**

Declaración y Plataforma de Acción de Beijing,  
La Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer Reunida en Beijing del 4 al 15 de septiembre de 1995. UN Doc A/Conf. 177/20 17 de octubre de 1995

Economic and Social Council Decision 1992/305, A/47/666, 17 November 1992

U.N. War Crimes Commission, 13 Law Reports on Trial of War Criminals 122, 124 (1949).

Resolución F del Acta Final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, que adoptó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional del 17 julio 1998.

Report of the Inter-sessional Meeting from 19 to 10 January 1998, Zutphen, The Netherlands A/AC/249/1998/L.13 (1998), 4 February 1998.

Informe Provisional de la Comisión de Expertos para la Ex Yugoslavia 780, S/RES/780 (1992), 11 de febrero de 1993.

Informe Final de la Comisión de Expertos para la Ex Yugoslavia 780, S/RES/780 (1992), 27 de mayo de 1994, par 232.

Informe Final de la Comisión de Expertos de la ONU establecida de conformidad a la Resolución 708 (1991), Anex II –Rape and Sexual Assault, A Legal Study, S/1994/674/Add. 2 (Vol I), 28 de diciembre de 1994.

Report of the Mission to Rwanda on the Issue of Violence Against Women in Situations of Armed Conflict, por Radhika Coomaraswamy, Relatora Sepecial de la ONU sobre Violencia Contra la Mujer. U.N. Doc. E/CN.4/1998/54/Add.1 (1998).

Final Report of the Special Rapporteur of the Working Group on Contemporary forms of Slavery, on Systematic Rape, Sexual Slavery and Slavery like Practices During Armed Conflict (UN Doc. EN/CN.4/Sub2/1998/13, 22June 1998 par. 25).

Propuesta enviada por Costa Rica, Hungría y Suiza en ciertas disposiciones del articulo 8 par.2 (B) del Estatuto del Roma de la Corte Penal Internacional (VIII), (X), (XIV), (XV), (XVI), (XXI), (XXII), (XXVI), PCNICC/1999/WGEC/DP.8, 19 de Julio de 1999.

Comentarios a la Propuesta enviada por las Delegaciones de Costa Rica, Hungría y Suiza en lo Concerniente al artículo 8 párrafo 2(b) del Estatuto de Roma PCNICC/1999/WGEC/.DP.8), PCNICC/1999/WGEC/DP.16, 9 de Julio.

Propuesta enviada por los Estados Unidos de América, Anteproyecto de los Elementos de los Crímenes PCNICC/1999/DP.4/Add.1, 4 de febrero de 1999.

## **2.2.Comisión de Derecho Internacional**

Proyecto de Estatuto para una Corte Penal Internacional de 1994. Comisión de Derecho Internacional (CDI).

Segundo Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996 (CDI).

## **2.3.Otros**

BBC News, Japan rejects sex slave appeals, 25 de Marzo de 2003.

BBC News, American soldier arrested for sexual violence, 22 de Octubre de 2004.

BBC News Women Soldier in Abuse Spotlight, 7 de Mayo de 2004.

Documentación del Instituto de Guerra de los Países bajos, Sebrenica - a “Safe Area”, Parte 1, Capitulo 9, 10 de Abril de 2002

HUMAN RIGHTS WATCH Shattered Lives: Sexual Violence During the Rwandan Genocide and its Aftermath. New York, Human Rights Watch, 1996. En <http://www.hrw.org/legacy/reports/1996/Rwanda.ht>

HUMAN RIGHTS WATCH Informe preparado por Human Rights Watch sobre la violencia sexual en Kosovo (2001).

COMITE INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA Las mujeres ante la guerra. Ginebra: 2008.

ORGANIZACIÓN PARA LA UNIÓN AFRICANA, INFORME DEL PANEL DE PERSONALIDADES EMINENTES, Rwanda: The preventable Genocide, 2000, par. 14.80).

AVEGA-AGAHOZO, Asociación de viudas del genocidio, dentro de “historia” en <http://www.avega.org.rw/englishome.htm>.

## **II. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES**

### **1. Naciones Unidas**

LOS ELEMENTOS DE LOS CRÍMENES. Adoptados por la Asamblea de Estados Parte, Primera Sesión, Nueva York, 3-10 de Setiembre de 2002, Records Oficiales, 9 de Setiembre de 2002, ICC-ASP /I/3. U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.2 (2000).

CONVENCIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y SANCIÓN DEL DELITO DE GENOCIDIO DE 1948 Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su Resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948.

ESTATUTO DE ROMA DE 1998

CONVENCIÓN CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES. Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984.

REGLAS DE PROCEDIMIENTO Y PRUEBA COMUNES AL TPIY Y TPIR. UN  
Doc. IT/32/Rev.36.

## **2. Comité Internacional de la Cruz Roja**

CONVENCIÓN DE LA HAYA IV RELATIVA A LAS LEYES Y COSTUMBRES DE  
LA GUERRA TERRESTRE. Acordada en La Haya, el 18 de octubre de 1907. Texto  
disponible En: <http://www.icrc.org/WEB/SPA/sitespa0.nsf/html/5TDM34>

PROTOCOLO ADICIONAL I A LAS CONVENCIONES DE GINEBRA DE 1949,  
adoptado en 1977.

PROTOCOLO ADICIONAL II A LAS CONVENCIONES DE GINEBRA DE 1949,  
adoptado en 1977.

## **3. Consejo de Europa**

Recomendación N° R(85) 11 del Comité de Ministros de los Estados Parte del Consejo  
de Europa sobre la Posición de las Víctimas en el marco del Derecho Penal y Procesal,  
28 de Julio de 1985, Rec. 85(11)E.

## **4. Otros**

CARTA DE LONDRES de 1945

ACUERDO DE LONDRES (o Estatuto del Tribunal Militar Internacional de  
Nuremberg)

CONTROL COUNCIL LAW N° 10, Dec. 20, 1945

### III. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

#### 1. Nuremberg

Juicios de criminales de guerra ante el Tribunal Militar de Nuremberg Bajo los Auspicios de la CCL10:, US v. Brandt (1946), US v. Pohl (1947), US v. Griefeh (1947)

U.S. v. List, II Trials of War Criminales Before the International Military Tribunal, Nuremberg, 14 November 1945-1 October 1946, 1239

#### 2. Tokio

PROSECUTOR V. HIROHITO EMPEROR SHOWA, The Women's International War Crimes Tribunal for the Trial of Japan's Military Sexual Slavery Judgement

#### 3. Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia

PROSECUTOR V. FURUNZIJA, Sentencia de la Sala de Primera Instancia IT-95-17/1-T, 10 Dec. 1998.

PROSECUTOR V. FURUNDZIJA, Acusación Modificada, IT-95-17/1-PT, 2 Junio de 1998.

PROSECUTOR V. KUNARAC et. Al. Sentencia de la Sala de Primera Instancia. IT-96-23-T, 22 Feb. 2001.

PROSECUTOR V. KUNARAC et. Al. Sentencia de la Sala de Apelaciones IT-96-23 & 23/1, 12 de Junio de 2002.

PROSECUTOR V. KUNARAC et Al. Summary of the ICTY elements IT-96-23 & IT-96-23/1, 12 June 2002

PROSECUTOR V. GAGOVIC, Acusación IT-96-23, 26 de Junio 1996.

PROSECUTOR V. ALEKSOVSKI, Sentencia de la Sala de Primera Instancia IT-95-14/1-T, 25 June 1999.

PROSECUTOR V. KVOCKA, Sentencia de la Sala de Primera Instancia., IT-98-30-T, 2 Nov. 2000.

PROSECUTOR V. KVOCKA, Acusación Modificada, IT-98-30/1-I, 21 August 2000.

PROSECUTOR V. TADIC, Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 Oct. 1995, IT-94-1-AR72 [Sentencia Tadic de la Sala de Apelaciones].

PROSECUTOR V. KRSTIC, Sentencia de la Sala de Primera Instancia, IT-98-33-T, 2 Aug. 2001 [Sentencia Krstic de la Sala de Primera Instancia].

PROSECUTOR V. MILOSEVIC, Second Amended Indictment "Kosovo" IT-02-54, 29 Oct. 2001 (Segunda Acusación modificada Milosevic).

KRAJISNIC & PLAVIC, Consolidated Amended Indictment (Acusación Modificada Consolidada Krajisnic & Plavsic), IT-00-39 & 40, 7 Mar. 2002.

PROSECUTOR V. DELALIC, Sentencia de la Sala de Primera Instancia, IT-96-21-T, 16 Nov. 1998.

PROSECUTOR V. DELALIC, Acusación IT-96-21-I, 19 March 1996.

#### **4. Tribunal Penal Internacional para Ruanda**

PROSECUTOR V. AKAYESU, Sentencia de la Sala de Primera Instancia (ICTR-96-4)

PROSECUTOR V. AKAYESU, Amicus Brief Respecting the Amendment of the Indictment and Supplementation of the Evidence to Ensure the Prosecution of Rape and

Sexual Violence Within the Competence of the ICTR, May 1997 (prepared by Joanna Birenbaum, Lisa Wyndel, Rhonda Copelon & Jennifer Green.

PROSECUTOR V. MUSEMA, Sentencia de la Sala de Primera Instancia (ICTR-96-13)

PROSECUTOR V. MUSEMA Acusación (ICTR-96-13).

PROSECUTOR V. SEMANZA Sentencia de la Sala de Primera Instancia (ICTR-97-20)

PROSECUTOR V. KAJELIJELI Sentencia de la Sala de Primera Instancia (ICTR-98-44).

## **5. Corte Penal Internacional**

Situation in the Central African Republic in the Case Of The Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo. Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo. No.: ICC-01/05-01/08.

## **IV. NORMAS DE ESTADOS**

INFORME FINAL DE LA COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN PERÚ, presentado al presidente de la republica y a los titulares de otros poderes del Estado, el 28 de agosto de 2003, según el Decreto Supremo 063-2003-PCM.

CODIGO LIEBER, Orden general № 100, o Instrucciones de Lieber. 24 de Abril de 1863

CÓDIGO PENAL RUANDÉS, Decreto Ley N° 21/77 del 18 de agosto de 1977.

LOS ACUERDOS DE ARUSHA (también acuerdo de la paz de Arusha, o negociaciones de Arusha) Tanzania el 4 de agosto de 1993.