



**Consejo Económico
y Social**

Distr.
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/2004/12
20 de julio de 2004

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS
Subcomisión de Promoción y Protección
de los Derechos Humanos
56º período de sesiones
Tema 3 del programa provisional

**ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, ESTADO DE DERECHO
Y DEMOCRACIA**

**Documento de trabajo preparado por la Sra. Françoise Hampson
sobre la tipificación como delito, la investigación y el castigo
de los actos de violencia sexual grave***

* Este documento de trabajo se presentó con retraso con el fin de dar a la Experta tiempo suficiente para concluir su investigación.

Resumen

En su 55º período de sesiones, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos pidió a la Sra. Françoise Hampson, a través de su decisión 2003/108, que preparara un documento de trabajo sobre la tipificación como delito, la investigación y el castigo de los actos de violencia sexual grave. La Sra. Hampson examina en su documento de trabajo la definición de los delitos internacionales correspondientes y las prácticas de enjuiciamiento. La Sra. Hampson indica que las cuestiones que plantean las normas de procedimiento, las normas de la prueba y los mecanismos judiciales de protección de los testigos y las víctimas no entran en el ámbito de su informe.

La Sra. Hampson examina la definición de los delitos internacionales correspondientes y para ello analiza la definición de la violación y otras formas de violencia sexual, haciendo amplia referencia al derecho y la jurisprudencia internacionales. En la sección del documento dedicada a las prácticas de enjuiciamiento, la Sra. Hampson detalla cómo en algunas circunstancias el acusado que supuestamente ha cometido un delito de violación, agresión sexual u otra forma de violencia sexual puede no ser procesado por esos delitos particulares, sino por delitos de tortura, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio. Sin embargo, señala que para fundamentar estas últimas acusaciones se necesitan más elementos de prueba que los necesarios para fundamentar la existencia de un delito de violación, agresión sexual o violencia sexual. La Sra. Hampson se remite frecuentemente al derecho y la jurisprudencia internacionales para describir en qué circunstancias una violación, una agresión sexual u otras formas de violencia sexual pueden constituir un delito de tortura, un crimen de lesa humanidad, un crimen de guerra o un genocidio.

En sus conclusiones la Sra. Hampson plantea varias cuestiones. Se pregunta si el Grupo de Trabajo del período de sesiones sobre la administración de justicia desea proseguir el examen de las cuestiones que plantean los delitos de violencia sexual tanto si la atención se focaliza sólo en los casos en los que interviene el derecho penal internacional como si se incluye también la forma en que los sistemas nacionales de justicia penal responden a estas cuestiones, cosa esta última que permitiría reunir información sobre las prácticas buenas y malas. Si hubiera de considerarse la cuestión de la forma en que los sistemas nacionales de justicia penal abordan la violencia sexual, se pregunta si habrían de incluirse, además de los adultos, los niños, y si habría de considerarse la pornografía una forma de violencia sexual. También indica que la Subcomisión ya ha decidido examinar la cuestión del derecho penal internacional en su 56º período de sesiones, pero observa que no está claro si se refiere sólo a delitos sometidos a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional o si se pretende considerar en términos más generales el derecho penal internacional. La Sra. Hampson plantea también la cuestión de si el Grupo de Trabajo desea seguir reuniendo información sobre algunas cuestiones jurídicas que plantean los derechos humanos a causa de la evolución reciente del derecho penal internacional o si prefiere aprobar un plan de trabajo en el que se examinen cuestiones concretas en momentos concretos.

Introducción

1. En el informe del Grupo de Trabajo del período de sesiones sobre la administración de justicia, aprobado en el 55º período de sesiones de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos (E/CN.4/Sub.2/2003/6), se indicaba que se había acordado incluir en el programa del 56º período de sesiones de la Subcomisión el tema de la tipificación como delito, la investigación y el castigo de los actos de violencia sexual grave ocurridos en el contexto de un conflicto armado o cometidos como parte de una agresión generalizada o sistemática contra cualquier población civil.

2. En este informe se examinan dos aspectos de la cuestión: la definición de los delitos internacionales pertinentes y las prácticas de enjuiciamiento. Las cuestiones que plantean las normas de procedimiento, las normas de la prueba y los mecanismos judiciales de protección de los testigos y las víctimas pertenecen al ámbito del informe de la Sra. Rakotoarisoa. En este informe no se abordan cuestiones generales tales como la responsabilidad penal por actos como la incitación al delito, la responsabilidad en caso de asociación para delinquir, la responsabilidad del superior, etc. En los casos individuales de violencia sexual estas cuestiones tendrán frecuentemente un papel muy importante que desempeñar pero no tienen una relación particular con este tipo de delitos.

A. La definición de los delitos y la cuestión de las prácticas de enjuiciamiento

3. La primera cuestión a considerar es por qué plantea dificultades el tema de los crímenes de violencia sexual en situaciones de conflicto armado. Históricamente, en situaciones de conflicto armado, internacional o no, estos crímenes han sido muy difundidos, es decir cometidos en muchos lugares distintos, e inusitadamente generalizados, es decir cometidos en gran número¹. Se han ofrecido varias explicaciones de este fenómeno, entre ellas, la falta de control efectivo de las fuerzas armadas, la reducción de las inhibiciones normales, el sentimiento de una parte de las fuerzas armadas de que tienen derecho a algún tipo de recompensa, y el deseo de humillar a un enemigo vencido². Casi tan extendido como el delito ha sido el hecho de que no se adoptaran medidas jurídicas efectivas contra los autores. Aunque parte del problema sea atribuible a dificultades legales, por ejemplo, la de establecer qué jurisdicción puede actuar si se trata de actos cometidos en el extranjero, parece probable que el principal motivo de esta inhibición haya sido que en general estos crímenes no han sido tomados en serio.

4. Debe señalarse que el tema no se limita a los delitos de violencia sexual en situaciones de conflicto armado. Muchas jurisdicciones coinciden en la queja de que los tribunales penales nacionales no dan una respuesta válida a los delitos de violencia sexual. Las dificultades estriban no sólo en la definición de los delitos sino también en la forma en que éstos son investigados por la policía, los fundamentos de las decisiones que afectan a la instrucción de los

¹ Update to the final report submitted by Ms. Gay J. McDougall, Special Rapporteur on systematic rape, sexual slavery and slavery-like practices during armed conflict (E/CN.4/Sub.2/2000/21), paras. 10-19. The principal focus of that report was sexual slavery and slavery-like practices. The focus of the present report is sexual violence.

² Ibid., paras. 20-21.

sumarios, las normas de procedimiento y las normas de la prueba. En algunos países se han producido en los últimos tres decenios cambios espectaculares en la forma en que se abordan estos delitos.

5. A escala internacional, a principios del decenio de 1990 se produjeron dos hechos significativos. La cobertura mediática del conflicto de Bosnia y Herzegovina prestó mucha atención a la utilización de la violencia sexual como instrumento de guerra. No se trataba simplemente de que el conflicto fuera una oportunidad para que se registraran unos niveles elevados de violencia sexual. Se ha sugerido que esta práctica era deliberada y sistemática. Este nivel más alto de conciencia se trasladó luego al conflicto armado y el genocidio de Rwanda y ha sido objeto de considerable atención por los medios de comunicación en otros conflictos posteriores, los más recientes los de la República Democrática del Congo y la región de Darfur, en el Sudán³.

6. Además de este nivel mayor de conciencia, también se ha producido un acontecimiento jurídico significativo. La creación del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Rwanda abrió la posibilidad de abordar la cuestión de la violencia sexual. Diversos grupos, sobre todo de mujeres, han hecho una labor muy eficaz de presión, que ha permitido que estos delitos sean tomados en serio por los instructores de los sumarios y por los propios jueces. El resultado no se ha limitado a que se produjeran investigaciones, acusaciones, procesamientos y sentencias. Los tribunales han adoptado, además, normas especiales para el ejercicio de la prueba y el procedimiento de examen de estas cuestiones, así como mecanismos especiales para responder a las necesidades de los testigos y las víctimas. La labor de los tribunales muestra todo lo que se puede hacer cuando existe voluntad política⁴.

7. Poco más tarde se aprobó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, y los representantes de las Partes aprobaron también los elementos constitutivos de los crímenes y unas normas de procedimiento. Una vez más los grupos de mujeres hicieron una labor efectiva de presión y lograron la inclusión de disposiciones basadas en las lecciones extraídas de la experiencia de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Rwanda⁵.

8. Estos acontecimientos son dignos de aplauso, pero sigue planteándose un problema muy presente. No es realista esperar que la Corte Penal Internacional examine más que una pequeña parte de los casos que potencialmente están sometidos a su jurisdicción. Aunque el Estatuto de la Corte indique que su jurisdicción es complementaria de la de los Estados, de hecho sería más correcto describirla como subsidiaria de la de éstos. La jurisdicción de los tribunales nacionales tiene prioridad y sólo cuando el Estado no puede o no quiere ejercer su jurisdicción se plantea la

³ DR Congo's shameful sex secret: young refugees sell their bodies to UN peacekeepers", Kate Holt, BBC, 3 June 2004 (<http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/africa/3769469.stm>); "Sudanese tell of mass rape", Alexis Masciarelli and Ilona Eveleens, BBC, 10 June 2004 (<http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/africa/3791713.stm>)

⁴ See Ms. McDougall's report, *op. cit.* (see note 1 above), paras. 44-67.

⁵ *Ibid.*, paras. 23-43.

cuestión de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. Por eso, es fundamental asegurarse de que los sistemas jurídicos nacionales adoptan unas definiciones de los delitos, unas normas de prueba y unas normas de procedimiento que sean también válidas en los casos de violencia sexual en situaciones de conflicto armado que se sometan a la Corte Penal Internacional. De no ser así, se producirán unas absoluciones que serían imposibles si los casos se hubieran sometido a la propia Corte⁶.

9. Unos ejemplos hipotéticos pueden ilustrar este peligro. Los precedentes establecidos por los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Rwanda establecen claramente que el *actus reus* de violación es la penetración de la vagina, el ano, o la boca con el pene, o de la vagina o el ano con otro objeto. De la definición se deduce claramente que un hombre puede ser víctima de violación. En algunas jurisdicciones, aunque la violencia sexual contra un hombre esté penalizada, no se tipifica como violación. Este hecho tiene influencia en la forma en que se considera el delito y muchas veces en la sentencia. En otras jurisdicciones, la violación se limita a la penetración de la vagina o el ano con el pene. Por consiguiente, no incluye la penetración con una botella o porra. Aunque este último acto sea un delito, si se tipifica simplemente como agresión sexual la acusación no reflejará con exactitud la gravedad de lo ocurrido. En algunas jurisdicciones plantean problemas semejantes cuestiones tales como la prueba del consentimiento, como defensa, y la necesidad de corroboración de los hechos por testigos para lograr una condena⁷.

10. El Estatuto de Roma sólo obliga a las Partes contratantes. No obstante, los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Rwanda aducen que su jurisprudencia se basa no sólo en sus respectivos Estatutos sino también en el derecho consuetudinario. Para definir los delitos que están sometidos a su jurisdicción han recurrido a este último y, en esa medida, las definiciones de los delitos ofrecidas por ambos tribunales constituyen la definición *prima facie* de esos delitos para el derecho penal internacional en general. Este hecho tiene consecuencias importantes para la aplicación nacional de los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos de 1977. Además, estas definiciones están influyendo en la definición de otros conceptos de la normativa sobre los derechos humanos, como la tortura. La necesidad de tener en cuenta la evolución del derecho penal internacional no sólo se plantea, por consiguiente, a los Estados Partes en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, sino que afecta a todos los Estados.

11. Posiblemente sea necesario proceder a un análisis sistemático de las normas penales nacionales para asegurarse de que la definición de los delitos refleja la evolución de los acontecimientos en la esfera del derecho penal internacional, al menos si el acto en cuestión constituye un crimen internacional. A estos efectos, por crimen internacional se entiende un acto que permite a un Estado ejercer libremente su jurisdicción sobre una persona que se encuentra en su territorio o jurisdicción, con independencia de la nacionalidad del sospechoso o de la víctima, o del territorio en que se alegue que se ha realizado el acto.

⁶ Ibid., para. 42.

⁷ Ibid., para. 83.

B. Las definiciones de los delitos⁸

12. Es necesario distinguir el delito en sí mismo y la forma en que se enjuicia. Hay circunstancias en las que, por ejemplo, una violación puede ser enjuiciada como un delito de tortura, una infracción grave de los Convenios de Ginebra, un quebrantamiento de las leyes y costumbres de guerra aplicables en los conflictos armados, internacionales o no, un delito de lesa humanidad o incluso un genocidio. Esta sección está dedicada a los delitos. La siguiente sección se dedicará a la información sobre las prácticas de enjuiciamiento. Entre ambos conceptos se produce un solapamiento. Por ejemplo, las insinuaciones sexuales pueden no ser un delito en sí mismas pero pueden constituir un trato humillante o degradante, que en algunas circunstancias será un delito.

13. Analizaremos la definición de los delitos examinando la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Rwanda y a continuación examinaremos las disposiciones del Estatuto de Roma y los elementos constituyentes de los delitos.

14. Los principales delitos son la violación y la agresión sexual, pero algunas formas de explotación sexual pueden constituir también una infracción del derecho penal internacional.

1. Violación

15. La violación se considera más grave que otras formas de agresión sexual, pero ambas cosas están prohibidas⁹. El derecho internacional de los tratados, principalmente los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos de 1977, prohíben expresamente la violación y el artículo 3 común de los Convenios de 1949 lo hace por deducción necesaria. El derecho internacional de los tratados no contiene ninguna definición de la violación¹⁰.

16. El primero de los tribunales ad hoc que definió la violación fue el Tribunal Penal Internacional para Rwanda. En el caso *Akayesu*, el acusado estaba procesado por violación, en tanto que delito de lesa humanidad, y de infracción del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra¹¹. Por consiguiente, el Tribunal tenía que definir la violación pero no en un contexto que le obligara a examinar los elementos del delito en sí mismo. El Tribunal declaró lo siguiente:

⁸ I should like to thank Michael Duttwiler and Maurice Vayaume for research assistance with the case law of the two ad hoc tribunals.

⁹ *Furundzija* (IT-95-17/1), “Lasva River Valley”, judgement of Trial Chamber II, 10 December 1998, para. 175.

¹⁰ See also *Mucic et al.* (IT-96-21), “Celebici”, Trial Chamber II, judgment of 16 November 1998, which was concerned principally with the circumstances in which rape can be charged as torture. It did not focus on the definition of rape but simply endorsed the approach of ICTR in *Akayesu* (see note 11 below).

¹¹ *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Trial Chamber I, 2 September 1998.

"La Sala considera que la violación es una forma de agresión y que una descripción mecánica de objetos y partes del cuerpo no puede reflejar los elementos fundamentales del delito de violación. La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes no cataloga ningún acto específico en su definición de la tortura, centrándose más bien en el marco conceptual de la violencia aprobada por el Estado. Este planteamiento tiene más utilidad en el derecho internacional. Como la tortura, la violación se utiliza con fines tales como la intimidación, la degradación, la humillación, la discriminación, el castigo, el control o la destrucción de una persona. Como la tortura, la violación es un atentado contra la dignidad personal y constituye de hecho un acto de tortura cuando ha sido cometido por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia.

La Sala define la violación como una invasión física de carácter sexual, cometida contra una persona en circunstancias coercitivas. El Tribunal considera violencia sexual, que incluye la violación, cualquier acto de carácter sexual cometido contra una persona en circunstancias coercitivas."¹²

17. Inmediatamente después, se pidió al Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia que definiera la violación en unas circunstancias que lo obligaban a determinar exactamente cuáles eran los actos constitutivos del delito y la forma precisa que tenía que adoptar la falta de consentimiento. Para definir los elementos constitutivos de la violación, el Tribunal examinó la legislación interna de varios Estados. A este respecto señaló lo siguiente:

"En la legislación de diversos Estados puede observarse la tendencia a ampliar el ámbito de la definición de la violación para que abarque actos que anteriormente se consideraban delitos relativamente menos graves, es decir, agresiones sexuales o actos indecentes. Esta tendencia muestra que los Estados tienden, a escala nacional, a adoptar una actitud más estricta frente a las formas graves de agresión sexual: la calificación de violación se aplica ahora a una categoría cada vez más amplia de delitos sexuales, siempre que se cumplan, por supuesto, algunos requisitos, principalmente el de una penetración física forzada."¹³

18. En ese mismo caso, la Sala de Primera Instancia destacó "la comunicación de la Fiscalía en su intervención sobre cuestiones preliminares, que no ha sido discutida, según la cual la violación es un acto coercitivo: esto significa que el acto "se realiza por la fuerza o la amenaza de la fuerza contra la víctima o un tercero. La amenaza de la fuerza puede ser expresa o tácita o debe inspirar en la víctima un temor razonable a que, si no obedece, ella misma o un tercero sufrirá actos de violencia, encarcelamiento, coacción u opresión psicológica". Este acto consiste en la penetración de la vagina, el ano o la boca con el pene, o de la vagina o el ano con otro objeto. En este contexto, incluye la penetración, por ligera que sea, de la vulva, el ano o la cavidad oral, con el pene, y la penetración sexual de la vulva o el ano no se limita al pene"¹⁴, y se

¹² Ibid., paras. 597-598.

¹³ Furundzija, *op. cit.* (see note 9 above), para. 179; see para. 180 for variations in domestic laws discussed by the Court.

¹⁴ Ibid., para. 174.

remitió a la definición de la violación formulada por el Tribunal Penal Internacional para Rwanda en el caso *Akayesu*, citada en el párrafo 16 *supra*.

19. Esta definición significa que, en determinadas circunstancias, la agresión sexual contra un hombre puede constituir un delito de violación. En el caso *Cesic*, el acusado admitió que había forzado dolosamente a dos hermanos musulmanes detenidos en el Campo Luka a hacerse una felación el uno al otro en presencia de terceros. Ranko Cesic reconoció que había sido plenamente consciente de que este hecho se estaba produciendo sin el consentimiento de las víctimas¹⁵. Este caso se consideró un ejemplo especialmente grave y depravado de violación.

20. La zona donde hay mayores diferencias entre las distintas jurisdicciones es la tipificación penal de la penetración oral forzada. Aunque prácticamente siempre represente algún tipo de agresión sexual, en algunas jurisdicciones no se considera violación. El Tribunal explicó por qué consideraba que estos actos estaban incluidos en la definición de la violación y por qué esto no planteaba un problema de *nullem crimen sine lege*, aun en caso de que, según las leyes del país de origen del acusado, ese acto se considerara una agresión grave¹⁶.

21. La Sala concluyó que se podían aceptar como elementos objetivos de la violación los siguientes:

¹⁵ *Ranko Cesic* (IT-95-10/1), “Brcko”, Trial Chamber I, Sentencing judgement of 11 March 2004. The issue before the Court was whether the particularly severe humiliation was an aggravating element which should be taken into account when sentencing. The Court determined that, where the charge was humiliating and degrading treatment, the humiliation was not an aggravating element because it is part of the charge. It is not, however, explicitly an element of the crime of rape, even though it is an inherent feature of rape. It can, therefore, be treated as an aggravating element in the sentencing for rape. Two elements were seen as aggravating the humiliation: the fact that the men were brothers and the fact that others were watching. See also *Mucic et al.*, *op. cit.* (see note 10 above).

¹⁶ *Furundzija*, *op. cit.* (see note 9 above), paras. 182-184. International humanitarian law and human rights law are based on protecting human dignity. Such assaults are a “most humiliating and degrading attack upon human dignity”. “... [S]o long as an accused, who is convicted of rape for acts of forcible oral penetration, is sentenced on the factual basis of coercive oral sex - and sentenced in accordance with the sentencing practice in the former Yugoslavia for such crimes, pursuant to Article 24 of the Statute and Rule 101 of the Rules - then he is not adversely affected by the categorisation of forced oral sex as rape rather than as sexual assault. His only complaint can be that a greater stigma attaches to being a convicted rapist rather than a convicted sexual assailant. However, one should bear in mind the remarks above to the effect that forced oral sex can be just as humiliating and traumatic for a victim as vaginal or anal penetration. Thus the notion that a greater stigma attaches to a conviction for forcible vaginal or anal penetration than to a conviction for forcible oral penetration is a product of questionable attitudes. Moreover any such concern is amply outweighed by the fundamental principle of protecting human dignity, a principle which favours broadening the definition of rape.” (*Ibid.*, para. 184.)

- "i) La inserción, por ligera que sea:
 - a) en la vagina o el ano de la víctima, ya sea del pene o de cualquier otro objeto; o
 - b) del pene en la boca de la víctima;
- ii) Con coacción o fuerza o amenaza de su uso contra la víctima o un tercero."¹⁷

22. Esta decisión fue confirmada por la Sala de Primera Instancia en el caso "*Foča*", en el que el Tribunal aclaró el segundo elemento citado: las circunstancias coercitivas¹⁸. El Tribunal examinó la legislación interna de los Estados para determinar cuál es el contexto cuya presencia habrá de demostrarse para establecer la existencia de un delito de violación:

"Una amplia gama de distintos factores que tipificarán los actos sexuales correspondientes como delitos de violación. La mayor parte de estos factores se pueden considerar que pertenecen a las tres categorías penales diferentes:

- i) el acto sexual va acompañado de empleo de la fuerza o la amenaza del empleo de la fuerza contra la víctima o un tercero;
- ii) el acto sexual va acompañado de la fuerza o de otras circunstancias específicas que vuelven a la víctima especialmente vulnerable o le niegan la posibilidad de negarse con conocimiento de causa; o
- iii) el acto sexual tiene lugar sin el consentimiento de la víctima."¹⁹

23. Después de haber examinado estos conceptos, el Tribunal señaló que el elemento fundamental no era el empleo de la fuerza sino la falta de consentimiento. El Tribunal señaló lo siguiente:

"Los elementos identificados en la definición establecida en el caso *Furundžija* -uso de la fuerza o amenaza de su empleo o coerción- sin duda representan las consideraciones pertinentes en muchos sistemas jurídicos, pero la gama de disposiciones a que hace referencia esa sentencia sugiere que el auténtico denominador común que unifica los distintos sistemas quizás sea un principio más amplio y básico, a saber, penalizar la infracción de la autonomía sexual. En la propia sentencia del caso *Furundžija* se indica la importancia no sólo del uso de la fuerza, la amenaza de este uso y la coerción sino también de la falta de consentimiento o participación voluntaria, al señalar que:

¹⁷ Ibid., para. 185.

¹⁸ *Kunarac et al.* (IT-96-22 and IT-96-23/1), judgement of Trial Chamber II, 22 February 2001.

¹⁹ Ibid., para. 442.

"[...] en todas las jurisdicciones examinadas por la Sala de Primera Instancia se exige que concurra un elemento de fuerza, coerción, amenaza o actuación sin el consentimiento de la víctima: se adopta una interpretación amplia del término fuerza que incluye despojar a la víctima de capacidad de resistencia."

Una consideración más a fondo de los sistemas jurídicos examinados en la sentencia del caso *Furundžija* y de las disposiciones vigentes en otras jurisdicciones indican que la interpretación antes propuesta, que se centra en la infracción grave de la autonomía sexual, es correcta."²⁰

24. En el caso *Furundžija*, el Tribunal hizo el siguiente análisis:

"A la vista de las consideraciones anteriores, la Sala de Primera Instancia entiende que el *actus reus* del delito de violación está constituido en el derecho internacional por lo siguiente: la inserción, por ligera que sea: a) en la vagina o el ano de la víctima, ya sea del pene o de cualquier otro objeto, o b) del pene en la boca de la víctima, si esta penetración sexual se produce sin el consentimiento de la víctima. El consentimiento a estos efectos debe ser un consentimiento dado voluntariamente, por la libre voluntad de la víctima, evaluada en el contexto de las circunstancias del caso. La *mens rea* consiste en la intención de realizar esa penetración sexual y el conocimiento de que ello se produce sin el consentimiento de la víctima."²¹

25. La sentencia del caso *Kunarac* fue apelada por varios motivos, entre ellos la definición de la violación. La Sala de Apelaciones rechazó la alegación del demandado de que era necesario que se mostrara una resistencia continua para establecer la falta de consentimiento²². La Sala de Apelaciones examinó la relación entre la fuerza y la falta de consentimiento; en otras palabras, examinó en qué medida las conclusiones del Tribunal en el caso *Kunarac* constituían un cambio significativo de su análisis del caso *Furundžija*, y estableció lo siguiente:

"El uso de la fuerza o la amenaza del uso de la fuerza constituyen una prueba clara del no consentimiento, pero el uso de la fuerza no es un elemento *per se* de la violación. En particular, la Sala de Primera Instancia quería explicar que hay "factores [distintos de la fuerza] que pueden hacer que un acto de penetración sexual no sea ni consentido por la víctima ni voluntario por su parte". Si se centra demasiado la atención en el uso de la fuerza o la amenaza del uso de la fuerza se puede llegar a permitir que los culpables eludan la responsabilidad por unos actos sexuales que la otra parte no ha consentido, aprovechándose de circunstancias coercitivas sin que se llegue al empleo de la fuerza física."²³

²⁰ Ibid., paras. 440-441.

²¹ *Furundžija*, *op. cit.* (see note 9 above), para. 185.

²² *Kunarac*..., judgement of the Appeals Chamber, 12 June 2002, paras. 125 and 128.

²³ Ibid., para. 129.

26. El Tribunal dio un paso más. En determinadas circunstancias, las personas son especialmente vulnerables a la coerción, pudiéndose citar como ejemplo evidente el hecho de que la persona esté detenida. En algunas jurisdicciones, se considera que las personas que se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad no pueden dar un consentimiento libre. Por este motivo, no se puede considerar, legalmente por lo menos, que un acto sexual con esa persona sea consentido. Las víctimas en el caso *Foča* estaban detenidas. La Sala señaló que:

"En su mayor parte, los demandados en el presente caso están acusados de haber violado mujeres retenidas en cuarteles militares *de facto*, centros de detención y apartamentos dedicados a residencia de soldados. El aspecto más llamativo de la condición en que se encontraban las víctimas era que se consideraban una presa sexual legítima de sus captores. Lo normal era que las mujeres fueran violadas por más de uno de ellos y con una regularidad casi inconcebible. (Las que inicialmente buscaban ayuda o se resistían eran tratadas con un nivel de brutalidad mayor.) La detención representaba la existencia de unas circunstancias tan coercitivas que negaban toda posibilidad de consentimiento.

En conclusión, la Sala de Apelaciones coincide con la determinación de la Cámara de Primera Instancia de que las circunstancias coercitivas que concurrían en este caso hacían imposible el consentimiento de los actos sexuales insistentes de los acusados."²⁴

27. El razonamiento de la Sala de Apelaciones se aplicó a los hechos y al contexto en el caso *Stakic*²⁵.

28. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional hace referencia expresa a la violación cuando aborda los crímenes de lesa humanidad (apartado g) del artículo 7) y a los crímenes de guerra cometidos en conflictos, sean éstos internacionales o no (apartados b) xxii) y e) vi) del artículo 8)²⁶. En el informe de la Comisión Preparatoria relativo a los elementos de los delitos, las Partes definieron la violación. La definición considera la violación *como* un crimen de lesa humanidad o *como* un crimen de guerra. Por consiguiente, algunos elementos de las definiciones se relacionan con la existencia de tales contextos. Los elementos específicos de la violación *per se* son los siguientes:

²⁴ Ibid., paras. 132-133. There is an analogy with the approach taken by certain human rights bodies dealing with allegations of torture. Where, for example, a detainee is uninjured at the time of detention but is injured at the time of release, the European Court of Human Rights puts the burden of proof on the respondent Government to provide a plausible explanation as to how the applicant sustained the injuries. If no explanation is forthcoming or if it is not regarded as plausible in the circumstances of the case, the State will be found responsible for some form of ill-treatment'. See European Court of Human Rights, *Tomasi v. France*, judgement of 27 August 1992 and *Ribitsch v. Austria*, judgement of 4 December 1995.

²⁵ *Stakic* (IT-97-24) "Prijeedor", Trial Chamber II, judgement of 31 July 2003.

²⁶ The Statute also refers to concepts such as "inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health" (article 7, subparagraph k,) under which rape could also be charged; see, generally, the next section.

- "1. 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 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."²⁷

Estos elementos son los mismos cada vez que se hace una referencia expresa a la violación. La influencia de la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales para Rwanda y para la ex Yugoslavia sobre la definición de estos elementos está clara.

2. Otras formas de violencia sexual

29. Los daños sufridos por las víctimas de violencia sexual que no adoptan la forma de violación, tal y como se acaba de definir, pueden revestir, sin embargo, un carácter muy grave. Así lo han reconocido los dos tribunales especiales. Generalmente el contexto en que han tenido que examinar esta cuestión ha sido el de una acusación por daños graves a la salud física o mental, o por trato humillante o degradante. No obstante, el hecho de que ambos tribunales se centraran en el carácter sexual del daño hace necesario que se analice éste en dicho contexto y no meramente como práctica de enjuiciamiento.

30. En el caso *Akayesu*, el Tribunal Penal Internacional para Rwanda afirmó que:

"Se considera violencia sexual, que incluye la violación, cualquier acto de carácter sexual cometido contra una persona en circunstancias coercitivas. [...] La violencia sexual no se limita a la invasión física del cuerpo humano y puede incluir actos que no suponen penetración o que ni siquiera conllevan contacto físico. El incidente descrito por el testigo KK, en que el acusado ordenó a la milicia interahamwe que desvistiera a una estudiante y la obligara a hacer gimnasia desnuda en el patio público de la oficina comunal, frente a una multitud, constituye violencia sexual. En este contexto el Tribunal señala que las circunstancias coercitivas no necesitan demostrarse con la prueba de una exhibición de fuerza física. Las amenazas, la intimidación, la extorsión y otras formas de coacción que aprovechan el miedo o la desesperación pueden constituir una coerción, y esta última puede ser inherente a determinadas circunstancias, como por ejemplo un conflicto armado o la presencia militar de la milicia interahamwe entre las mujeres tutsi refugiadas en la oficina comunal. La violencia sexual está abarcada por los "otros actos inhumanos" a que se hace referencia en el párrafo i) del artículo 3 del Estatuto del Tribunal, los "ultrajes a la

²⁷ Report of the Preparatory Commission for the International Criminal Court, Part II (Finalized draft text of the Elements of Crimes) (PCNICC/2000/1/Add.2). The concept of "invasion" is intended to be broad enough to be gender-neutral. As concerns the notion of consent, it is understood that a person may be incapable of giving genuine consent if affected by natural, induced or age-related incapacity. This also applies to other relevant provisions of article 7.

dignidad personal" a que se hace referencia en el párrafo e) del artículo 4 del Estatuto y las "lesiones graves a la integridad física o mental" a que se hace referencia en el apartado b) del párrafo 2) del artículo 2 del Estatuto."²⁸

Con ello se obtiene una definición negativa -para que haya violencia sexual no es necesaria la penetración y ni siquiera el contacto físico -pero no está claro cuáles son los elementos positivos cuya existencia debe demostrarse. Todos los demás ejemplos proporcionados por el Tribunal en que no se produjo violación están relacionados con la desnudez en público²⁹.

31. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha tenido que examinar esta cuestión en relación con la prohibición de la tortura y de los atentados a la dignidad personal. Al examinar la posible relación entre el derecho penal internacional, el derecho internacional humanitario y la normativa internacional de derechos humanos, el Tribunal ha tropezado con muchas dificultades para distinguir entre ellos³⁰. En su análisis del caso *Kunarac*, el Tribunal pudo examinar estos conceptos a la luz de sus dos decisiones anteriores sobre los casos *Delalic* y *Aleksovski*³¹. Para que el daño que se inflige, por acción u omisión, constituya tortura, debe caracterizarse por "un dolor o sufrimiento grave, físico o mental"³². Debe establecerse también que concurren otros elementos pero, en este contexto, la única cuestión que se plantea es la de si los actos de violencia sexual pueden constituir una conducta prohibida de una u otra forma. En relación con los ultrajes a la dignidad personal, el Tribunal ha afirmado expresamente que el daño no tiene por qué tener efectos a largo plazo, pero sí tiene que ser grave³³. El Tribunal también ha dictaminado que para establecer si un trato es humillante y degradante la prueba ha de ser objetiva, y ha determinado que:

"El delito de ultraje a la dignidad personal requiere:

- i) que el acusado haya cometido intencionalmente un acto u omisión que generalmente se considere que causa grave humillación o degradación, o constituye de otro modo un grave ataque a la dignidad humana, o que haya participado en ese acto, y
- ii) que el acusado supiese que el acto u omisión podía tener dicho efecto."³⁴

²⁸ *Akayesu* (see note 11 above), paras. 598 and 688.

²⁹ See *ibid.*, paras. 692-694 and 697.

³⁰ See, for example, *Kunarac et al.* (see note 18 above) paras. 470-496.

³¹ *Delalic*, see *Mucic et al.* (note 10 above); *Aleksovski* (IT-95-14/1) "Lasva Valley", Trial Chamber I, judgement of 25 June 1999.

³² *Kunarac et al.* (see note 18 above), para. 497.

³³ *Ibid.*, para. 501.

³⁴ *Ibid.*, para. 514.

La Sala de Apelaciones, en su dictamen de 12 de junio de 2002, confirmó el uso de una prueba objetiva³⁵. Claramente la violencia sexual puede entrar en esta formulación.

32. En el caso *Furundžija*, el Tribunal abordó expresamente la cuestión de la agresión sexual. El Tribunal señaló que el Tribunal Militar Internacional de Tokio, en el proceso a los generales Toyoda y Matsui por los acontecimientos de Nanking, examinó tanto la posibilidad de violación como la de agresión sexual³⁶. La conclusión del Tribunal fue que:

"Es indiscutible que la violación y otras agresiones sexuales graves en tiempos de conflicto armado implican la responsabilidad penal de los autores."³⁷

33. El Tribunal trató de definir las agresiones sexuales graves:

"Como se acaba de señalar, las normas penales internacionales no sólo castigan la violación sino también cualquier agresión sexual grave que no llegue a la penetración de hecho. Parece que esta prohibición abarca todos los abusos graves de carácter sexual cometidos contra la integridad física y moral de una persona por medio de coerción, amenaza de fuerza o intimidación de un modo que sea degradante y humillante para la dignidad de la víctima. Como estas dos categorías de actos están tipificadas como delito en el derecho internacional, la distinción entre ellas es pertinente sobre todo a efectos de dictar sentencia."³⁸

No está claro si el Tribunal limitó el delito a la *agresión* sexual o si se puede aplicar esta tipificación a otras formas de violencia sexual. Normalmente una agresión requerirá un contacto físico o la amenaza de ese contacto. La sugerencia de que la diferencia entre la violación y la agresión sexual es fundamentalmente de grado y de que, por tanto, en principio únicamente es pertinente a efectos de dictar sentencia puede sugerir que el Tribunal, al menos en esta observación, se limitó a las agresiones sexuales.

34. Es posible que el Estatuto de Roma haya ido más lejos que el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia al tratar la violencia sexual en general. En el Estatuto se hace referencia, además de a delitos tales como la prostitución forzada y la esclavitud sexual, a la violencia sexual en general. Esta violencia puede constituir un crimen de lesa humanidad y/o un crimen de guerra en los conflictos internacionales y no internacionales en virtud de lo dispuesto en el párrafo 1 g) del artículo 7 y en los párrafos 2 b) xxii) y e vi) del artículo 8. Los elementos del delito, en la medida en que éste se relaciona con la violencia sexual, más que los elementos adicionales necesarios para establecer la existencia de un crimen de lesa humanidad o un crimen de guerra, son:

³⁵ *Kunarac* ... (see note 22 above), para. 162.

³⁶ *Furundžija* (see note 9 above), para. 168.

³⁷ *Ibid.*, para. 169. See also *Mucic et al.* (see note 10 above), paras. 476-477.

³⁸ *Ibid.*, para. 186.

- "1. Que el autor haya realizado un acto de naturaleza sexual contra una o más personas o haya hecho que esa o esas personas realizaran un acto de naturaleza sexual 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 o esas personas u otra persona o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento.
2. Que esa conducta haya tenido una gravedad comparable a la de los demás crímenes del artículo 7 1) g) del Estatuto.
3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinaban la gravedad de la conducta."³⁹

La definición de violencia sexual es la misma en los tres contextos en que se utiliza.

C. Prácticas de enjuiciamiento

35. Como ya se ha visto, cuando se acusa a una persona de haber cometido una violación, una agresión sexual o cualquier otra forma de violencia sexual, ésta puede, en determinadas circunstancias, ser acusada no sólo de ese delito concreto sino también de tortura, crimen de lesa humanidad, crimen de guerra o incluso genocidio. Para que el acto cometido entre en una de esas categorías es necesario demostrar la existencia de otros elementos, además de los necesarios para la violación, el ataque sexual o la violencia sexual.

36. Es importante que los fiscales que actúan ante los tribunales penales nacionales tengan en cuenta la práctica internacional de enjuiciamiento. La etiqueta que se pone a un delito afecta al grado de oprobio que lleva implícita la sentencia y normalmente también a la condena. Del mismo modo que una condena por agresión sexual no es apropiada en un caso de violación de un hombre, tampoco una condena por violación es apropiada cuando, en las circunstancias del caso, el acto constituye también un crimen de lesa humanidad o un crimen de guerra. Los Estados se exponen a violar las obligaciones que les impone la normativa de derechos humanos si no tipifican como delito determinadas formas de conducta y si los cargos que se presentan son inapropiados para la gravedad del delito⁴⁰. También puede plantearse la intervención de la Corte Penal Internacional para que dictamine sobre la adecuación de las actuaciones penales nacionales en los casos en que no se presentan los cargos debidos contra el acusado⁴¹.

37. Por tanto es necesario examinar en qué circunstancias la violación, la agresión sexual y otras formas de violencia sexual pueden constituir tortura, crimen de lesa humanidad, crimen de guerra o genocidio. La jurisprudencia de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y para Rwanda contiene unas orientaciones considerables. En esta sección no se

³⁹ Report of the Preparatory Commission ... (see note 27 above).

⁴⁰ European Court of Human Rights, *X and Y v. the Netherlands*, judgement of 26 March 1985.

⁴¹ See para. 8 above.

examinará el enjuiciamiento de la violación como tal, ni el de la violación, la agresión sexual u otros tipos de violencia sexual como trato humillante y degradante, pues esos temas ya se han tratado en la sección anterior.

1. El enjuiciamiento de la violencia sexual como tortura

38. La tortura no constituye una categoría diferenciada de delito. Según las circunstancias, puede constituir un crimen de lesa humanidad o un crimen de guerra⁴². En este contexto, el único problema consiste en saber si algunas formas de violencia sexual pueden constituir tortura. Tendrá que demostrarse la presencia de algunos elementos adicionales para que la tortura constituya un crimen de lesa humanidad o un crimen de guerra.

39. En el caso *Kunarac*, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia determinó:

"Sin embargo, en la definición de tortura que figura en la Convención contra la Tortura hay tres elementos inapelables y que se acepta que representan la posición del derecho consuetudinario internacional sobre el tema:

- i) la tortura consiste en infligir, por acción u omisión, dolores o sufrimientos graves, físicos o mentales;
- ii) esta acción u omisión debe ser intencional;
- iii) el acto debe ser instrumental para otros fines, en el sentido de que el causar dolor debe tener un objetivo determinado."⁴³

El Tribunal prosigue:

"En el derecho consuetudinario internacional no se exige que la conducta haya sido perpetrada únicamente por uno de los objetivos prohibidos. Como afirmó la Sala de Primera Instancia en el caso *Delalic*, el objetivo prohibido debe formar parte simplemente de la motivación de la conducta y no es necesario que sea el único fin ni el predominante."⁴⁴

En apelación, Kunarac y Vukovic afirmaron que sus motivaciones habían sido únicamente sexuales⁴⁵. La Sala de Apelaciones confirmó la opinión de la Sala de Primera Instancia de que no era necesario que los actos se hubieran perpetrado únicamente por uno de los motivos prohibidos por el derecho internacional. Si con la conducta se logra un propósito prohibido, el

⁴² See Ms. McDougall's report, *op. cit.* (see note 1 above), para. 34.

⁴³ Para. 483 of the judgement; see also note 32 above.

⁴⁴ Ibid., para. 486.

⁴⁵ Para. 137 of the appeals judgement (see above).

hecho de que dicha conducta tenga también un propósito no enumerado (incluso de naturaleza sexual) es irrelevante⁴⁶.

40. En el caso *Kunarac*, la Sala de Apelaciones, al examinar los casos de violación, confirmó la opinión de la Sala de Primera Instancia:

"Por tanto, puede decirse que se ha probado la existencia de dolor o sufrimiento grave, como requiere la definición del delito de tortura, si se ha demostrado que ha habido violación, ya que el acto de la violación supone necesariamente la existencia de dicho dolor o sufrimiento. La Cámara de Apelaciones, por consiguiente, sostiene que el dolor o sufrimiento grave de las víctimas, ya sea físico o mental, no puede ponerse en duda y que la Cámara de Primera Instancia llegó razonablemente a la conclusión de que dicho dolor o sufrimiento bastaba para caracterizar los actos de los apelantes como actos de tortura."⁴⁷

41. Tras un minucioso análisis tanto de la normativa de derechos humanos como del derecho internacional humanitario, la Sala de Primera Instancia había llegado a la conclusión de que:

"la definición de tortura del derecho internacional humanitario no comprende los mismos elementos que la que se utiliza en la normativa de derechos humanos. En particular, en opinión de la Sala de Primera Instancia, la presencia en el proceso de tortura de un funcionario público o de cualquier otra persona que ejerza autoridad no es necesaria para que el crimen se considere tortura con arreglo al derecho internacional humanitario.

Sobre la base de lo dicho, la Sala de Primera Instancia opina que, en la esfera del derecho internacional humanitario, los elementos del delito de tortura, en virtud del derecho consuetudinario internacional, son los siguientes:

- i) el hecho de infligir, por acción u omisión, un dolor o sufrimiento grave, ya sea físico o mental;
- ii) el acto u omisión debe ser intencional;
- iii) el acto u omisión debe tener como fin obtener información o una confesión, o castigar, intimidar o coaccionar a la víctima o a un tercero, o discriminar, por el motivo que sea, a la víctima o a un tercero."⁴⁸

Cabe señalar que el derecho internacional humanitario no exige que el autor del delito sea un agente estatal.

⁴⁶ Ibid., para. 155.

⁴⁷ Ibid., para. 151.

⁴⁸ Ibid., paras. 496-497.

42. Como la Sala de Primera Instancia explicó detalladamente la diferencia entre los elementos necesarios para establecer la existencia de tortura en virtud de la normativa de derechos humanos y en virtud del derecho internacional humanitario, parece ser que el análisis del Tribunal en el caso *Kunarac* es preferible a los análisis anteriores de los tribunales penales internacionales para Rwanda y para la ex Yugoslavia, basados principalmente en la normativa de derechos humanos, en los casos de *Akayesu* y *Mucic et al.* El análisis de la Sala de Primera Instancia en el caso *Furundžija* se asemeja más al del caso *Kunarac*⁴⁹.

43. Cuando todos estos elementos están presentes, la violación puede constituir tortura⁵⁰:

"El daño a la salud física o mental se tendrá en cuenta al evaluar la gravedad del daño infligido. La Sala de Primera Instancia observa que los abusos que constituyen torturas no necesariamente conllevan la presencia de daños físicos, ya que el daño mental es una forma frecuente de infligir torturas. Por ejemplo, el sufrimiento mental provocado a una persona a quien se obliga a presenciar malos tratos graves a un familiar se elevaría al nivel de gravedad requerido para constituir tortura. De manera similar, la Sala de Primera Instancia determinó en el caso *Furundžija* que obligar a alguien a presenciar agresiones sexuales graves contra una mujer conocida constituía tortura para el observador forzoso. La presencia de espectadores, sobre todo familiares, también inflige a la persona que está siendo violada graves daños mentales que constituyen torturas."⁵¹

44. En el párrafo 2 e) del artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se define la tortura, que puede equivaler a un crimen de lesa humanidad o a un crimen de guerra, como "causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas".

2. El enjuiciamiento de la violencia sexual como crimen de lesa humanidad

45. Aunque esta sección se refiera en general a la violencia sexual, cabe señalar que otras conductas de carácter sexual en términos amplios pueden constituir también crímenes de lesa humanidad, como por ejemplo la prostitución forzada, el embarazo forzado y la esterilización forzada⁵². En particular, en el caso *Kunarac*, la Sala de Primera Instancia examinó la definición de esclavitud como crimen de lesa humanidad y señaló que entre las numerosas circunstancias que podían indicar la existencia de esclavitud, la explotación sexual podía ser

⁴⁹ See, in particular, paras. 159-164.

⁵⁰ See, for example, *Kvocka et al.* (IT-98-30/1), "Omarska and Keraterm camp", judgement of 2 November 2001, para. 145.

⁵¹ Ibid., para. 149.

⁵² See para. 34 above.

una de ellas⁵³. En su dictamen sobre el caso *Tadic*, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia llegó a la conclusión de que para condenar a una persona por crímenes de lesa humanidad debía demostrarse que los crímenes estaban *relacionados* con el ataque a una población civil (durante un conflicto armado) y que el acusado *sabía* que sus crímenes tenían esa relación⁵⁴. Con arreglo a lo previsto en su Estatuto, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia debía establecer un nexo con un conflicto armado para procesar en virtud del artículo 5 del Estatuto. Esto no siempre es cierto si se trata de crímenes de lesa humanidad. En el artículo 7 del Estatuto de Roma se afirma que basta con demostrar que el acto se cometió como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil. No es necesario demostrar el propósito discriminatorio en todos los crímenes de lesa humanidad sino únicamente si se trata de crímenes basados en la persecución⁵⁵.

⁵³ “...enslavement as a crime against humanity in customary international law consisted of the exercise of any or all of the powers attaching to the right of ownership over a person. Thus, the Trial Chamber finds that the actus reus of the violation is the exercise of any or all of the powers attaching to the right of ownership over a person. The mens rea of the violation consists in the intentional exercise of such powers. [...] Under this definition, indications of enslavement include elements of control and ownership; the restriction or control of an individual’s autonomy, freedom of choice or freedom of movement; and, often, the accruing of some gain to the perpetrator. The consent or free will of the victim is absent. It is often rendered impossible or irrelevant by, for example, the threat or use of force or other forms of coercion; the fear of violence, deception or false promises; the abuse of power; the victim’s position of vulnerability; detention or captivity, psychological oppression or socio-economic conditions. Further indications of enslavement include exploitation; the exaction of forced or compulsory labour or service, often without remuneration and often, though not necessarily, involving physical hardship; sex; prostitution; and human trafficking. [...] The “acquisition” or “disposal” of someone for monetary or other compensation, is not a requirement for enslavement. Doing so, however, is a prime example of the exercise of the right of ownership over someone. The duration of the suspected exercise of powers attaching to the right of ownership is another factor that may be considered when determining whether someone was enslaved; however, its importance in any given case will depend on the existence of other indications of enslavement. Detaining or keeping someone in captivity, without more, would, depending on the circumstances of a case, usually not constitute enslavement.” (paras. 539-542 of the judgement).

⁵⁴ *Tadic*, Appeal Chamber, (IT-94-1) “Prijedor”, 15 July 1999, para. 271.

⁵⁵ Ibid., paras. 284 and 292. Ms. McDougall, *op. cit.*, with regard to article 7 of the Rome Statute, states in her report: “It is particularly noteworthy that article 7 (1) (h), in stating that ‘[p]ersecution against any identifiable group or collectivity’ may constitute a crime against humanity, includes gender among the grounds for persecution “that are universally recognized as impermissible under international law.” This recognition of gender as an individual and collective identity which, like race, ethnicity and religion, is capable of being targeted for persecution, and thus merits specific protection under international law, is an explicit articulation of what has been an obvious omission in earlier codifications and formal definitions of crimes against humanity.” (Para. 31.)

46. En el caso *Akayesu*, el Tribunal Penal Internacional para Rwanda interpretó la expresión "ataque generalizado o sistemático" de la siguiente manera:

"La idea de "generalizado" puede definirse como una acción masiva, frecuente y a gran escala, llevada a cabo colectivamente con considerable gravedad y dirigida contra múltiples víctimas. El concepto de "sistemático" puede definirse como perfectamente organizado y con un plan sistemático basado en una política común que supone la existencia de importantes recursos públicos o privados. No se requiere que esta política se adopte oficialmente como política de un Estado. Sin embargo, debe haber algún tipo de plan o política preconcebidos.

El ataque puede definirse como un acto ilegítimo del tipo enumerado en los apartados a) a I) del artículo 3 del Estatuto, como el asesinato, el exterminio, la esclavitud, etc. Un ataque también puede ser de carácter no violento, como la imposición de un sistema de *apartheid*, considerado un crimen de lesa humanidad por el artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Apartheid* de 1973, o la presión ejercida sobre la población para que actúe de una manera particular, que también puede constituir un ataque, si ha sido orquestada a escala masiva o de manera sistemática."⁵⁶

47. El Estatuto de la Corte Penal Internacional, en el párrafo 2 a) de su artículo 7, define un "ataque contra una población civil" como "una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política"⁵⁷. La Comisión Preparatoria estableció que "[n]o es necesario que los actos constituyan un ataque militar. Se entiende que "la política... de cometer ese ataque" requiere que el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil"⁵⁸.

48. También debe demostrarse que el acusado "... ha[...] tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o ha[...] tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo".

49. En los casos en que se cumplan estos requisitos, los actos graves de violencia sexual pueden considerarse crímenes de lesa humanidad.

⁵⁶ Akayesu (note 11 above), paras. 580-581.

⁵⁷ The acts referred to include enslavement, torture, "rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization, or any other form of sexual violence of comparable gravity", "persecution against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender ... grounds" and "Other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health." The inclusion of apartheid in the list may suggest that an attack does not need to be violent in nature, as indicated by ICTR.

⁵⁸ *Report of the Preparatory Commission...* (see note 27 above).

3. El enjuiciamiento de la violencia sexual como crimen de guerra

50. Los términos crimen de guerra designan el quebrantamiento de las leyes y costumbres de guerra. Este quebrantamiento puede adoptar dos formas. Cuando se produce en un conflicto armado internacional, puede ser una "infracción grave" de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 o del Protocolo adicional I de 1977. Los términos "infracción grave" tienen un carácter técnico. Alternativamente, siguiendo en el contexto de un conflicto armado internacional, el acto puede constituir una infracción de las leyes y costumbres de guerra aplicables en esos conflictos. La segunda categoría abarca las violaciones de las normas aplicables a los conflictos no internacionales. Incluye las infracciones del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo adicional II de 1977, y también, desde que la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y para Rwanda confirmó la existencia de esta categoría, las infracciones de las leyes y costumbres de guerra aplicables en los conflictos no internacionales.

51. En primer lugar, es necesario establecer si el conflicto es o no es internacional y, en segundo lugar, establecer un nexo entre la acción y el conflicto. La primera de las cuestiones no es un elemento del crimen, pero la segunda sí⁵⁹.

52. Por lo que respecta a la caracterización del conflicto, en los párrafos 2 d) y f) del artículo 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional se define el umbral mínimo para la aplicación de las normas previstas para los conflictos armados no internacionales. Sin embargo, no se definen los conflictos armados internacionales, ni poniéndolos en relación con unos niveles mínimos de conflicto ni poniéndolos en relación con un conflicto en el que no esté claro su carácter internacional/no internacional. Las dificultades que ha planteado la inexistencia de esta caracterización se han señalado repetidas veces en casos presentados ante el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. La Sala de Apelaciones dio más orientación en el caso *Tadic* sobre la manera en que deben caracterizarse los conflictos, con lo que anuló la opinión de la mayoría de la Sala de Primera Instancia en el proceso⁶⁰.

53. Por lo que respecta al nexo necesario entre el acto y el conflicto armado, no se trata de que el acto tenga que promover el conflicto. La exigencia es simplemente que el acto esté relacionado con el conflicto.

54. Ello puede plantear dificultades en el caso de la violencia sexual, pues siempre cabe afirmar fácilmente a ese respecto que no tiene ninguna relación con el conflicto y que se trata simplemente de la acción privada de un particular⁶¹. Sin embargo, de hecho, como ha dejado claro la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y para Rwanda examinada anteriormente, en la práctica un tribunal puede distinguir fácilmente entre ambos.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ *Tadic*, (note 55 above), paras. 83-145.

⁶¹ Ms. McDougall's report, *op. cit.* (see note 1 above), para. 30.

55. La Comisión Preparatoria ha definido el nexo exigido con el conflicto. Además de los elementos específicos del crimen, para establecer que la conducta constituyó crimen *de guerra* debe demostrarse la existencia de los siguientes elementos:

"Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.

Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado."⁶²

La Comisión Preparatoria lo ha aclarado con más detalle de la siguiente forma:

"Con respecto a los dos últimos elementos enumerados para cada crimen:

- No se exige que el autor haya hecho una evaluación en derecho acerca de la existencia de un conflicto armado ni de su carácter internacional o no internacional;
- En ese contexto, no se exige que el autor sea consciente de los hechos que hayan determinado que el conflicto tenga carácter internacional o no internacional;
- Únicamente se exige el conocimiento de las circunstancias de hecho que hayan determinado la existencia de un conflicto armado, implícito en las palabras "haya tenido lugar en el contexto de... y que haya estado relacionada con él".⁶³

56. Para que un acto de violencia sexual se considere crimen de guerra, es necesario determinar en primer lugar si el conflicto es internacional o no internacional, si se hace referencia a alguna disposición específica del Estatuto de la Corte Penal Internacional, y por último establecer el nexo con el conflicto armado.

4. El enjuiciamiento de la violencia sexual como genocidio

57. Aunque la creencia popular puede sugerir que sólo puede producirse un genocidio si se extermina a una proporción importante de la población de que se trate, de hecho no es así. Para acusar a una persona de genocidio es necesario poder demostrar la comisión de al menos una acción de una lista de 5 y demostrar que el acusado tenía una intención específica en el momento de cometer el acto. Según el Tribunal Penal Internacional para Rwanda en el caso *Akayesu*, en algunas circunstancias, la violencia sexual podría entrar dentro de las actividades prescritas. El segundo tipo de acción es causar "lesiones graves a la integridad física o mental de los miembros del grupo"⁶⁴. En este dictamen, el Tribunal Penal Internacional para Rwanda ha

⁶² *Report of the Preparatory Commission...* (see note 27 above). Every war crime defined in the elements of the crime.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ The definition of genocide in article 2 of the Statute of the ICTR comes verbatim from articles 2 and 3 of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide.

interpretado que el carácter y el nivel del sufrimiento supone "actos de tortura, tanto física como mental, trato inhumano o degradante, persecución" (párr. 504). La tercera actividad es "imponer deliberadamente al grupo unas condiciones de vida calculadas para producir su destrucción física total o parcial. Es difícil comprender de qué manera unos actos de violencia sexual individuales pueden ser incluidos en esta definición pero, si la violencia sexual se comete contra unas personas esclavizadas, sus condiciones de vida pueden entrar dentro de este requisito⁶⁵. Por último, el Tribunal sugirió, al referirse a las medidas que tienen por objeto evitar los nacimientos dentro del grupo, que estas medidas pueden ser físicas, pero también mentales. Por ejemplo, la violación puede ser una medida para evitar nacimientos si la persona violada rechaza posteriormente la procreación, del mismo modo que los miembros de un grupo pueden ser incitados, mediante amenazas o traumas, a no procrear (párr. 508).

58. Para que una acusación de genocidio tenga posibilidades de prosperar, es necesario demostrar que las víctimas no fueron elegidas individualmente sino *a causa del grupo* al que pertenecían (*Akayesu*, párr. 508).

59. La característica menos habitual del crimen de genocidio es la intención muy específica que debe demostrarse para poder obtener una condena. El fiscal debe demostrar que, al realizar una de las acciones enumeradas, el acusado tenía "la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo [concreto]"⁶⁶.

60. En el caso *Akayesu*, el Tribunal Penal Internacional para Rwanda sugirió que:

"la intención es un factor mental de difícil, cuando no imposible, determinación. Por este motivo, en ausencia de una confesión del acusado, su intención sólo puede deducirse de un cierto número de presunciones de hecho. La Sala considera que es posible deducir la intención genocida inherente a un acto concreto de que se acusa a alguien del contexto general de la perpetración de otros actos culpables dirigidos sistemáticamente contra el mismo grupo, tanto si esos actos han sido cometidos por el mismo autor como si los autores han sido otros. Otros factores, como la escala de las atrocidades cometidas, su carácter general, en una región o país, o el hecho de elegir deliberada y sistemáticamente a las víctimas por su pertenencia a un grupo en especial, al tiempo que se excluía a los miembros de otros grupos, pueden permitir que la Sala deduzca que en un acto concreto ha habido intención genocida."

61. Sobre la base de todas las acusaciones presentadas contra él, incluida la de aprobar y/o promover los actos de violencia sexual, aunque sin limitarse a esta acusación, Jean-Paul Akayesu fue condenado por genocidio e incitación directa y pública a la comisión de genocidio.

62. El artículo 6 del Estatuto de Roma prohíbe el genocidio, que se define del mismo modo que en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Los actos que pueden constituir genocidio son los mismos. El informe de la Comisión Preparatoria deja claro que, en caso de haberse "causado lesión grave a la integridad física o mental de una o más

⁶⁵ As discussed by ICTY in *Kunarac et al.*; see note 53 above.

⁶⁶ This is a requirement of the Convention on Genocide, the Statute of ICTR and the Rome Statute.

personas", "esta conducta puede incluir actos de tortura, violaciones, violencia sexual o tratos inhumanos o degradantes, pero no está necesariamente limitada a ellos". El significado de los demás actos que pueden constituir genocidio no se aclara en función de su aplicabilidad a los modelos de violencia sexual. En particular, no se indica si la imposición de medidas calculadas para evitar nacimientos dentro del grupo se considera un concepto potencialmente aplicable a las mujeres que deciden no dar a luz como consecuencia de haber sido víctimas de violencia sexual o a las que físicamente no pueden dar a luz como consecuencia de su experiencia de violencia sexual.

63. La Comisión Preparatoria añadió un elemento contextual en su definición del crimen. En todos los casos, es necesario demostrar "que la conducta ha[...] tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o ha[...] podido por sí misma causar esa destrucción".

D. Conclusión

64. Si el Grupo de Trabajo del período de sesiones sobre la administración de justicia desea proseguir su examen de las cuestiones relativas a los delitos de violencia sexual, resultaría útil determinar si este examen se limitará a los casos relacionados con el derecho penal internacional o si desea también examinar de qué modo los ordenamientos jurídicos nacionales se ocupan de esas cuestiones, para así poder reunir pruebas de buenas y malas prácticas.

65. Parece que se plantean dos cuestiones bastante distintas. La primera es aquella a que se ha hecho referencia en el párrafo anterior: el modo en que los ordenamientos jurídicos nacionales resuelven las cuestiones de violencia sexual en general. Para seguir profundizando en ella, será necesario determinar si esta cuestión afecta a los niños tanto como a los adultos y si la pornografía y la esclavitud sexual tal y como están definidas en el informe de la Sra. McDougall se van a tratar como formas de violencia sexual.

66. La segunda de las cuestiones se refiere específicamente a los delitos internacionales sometidos a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. El Grupo de Trabajo ya ha decidido examinar la cuestión del derecho penal internacional en el 56º período de sesiones de la Subcomisión. No está claro si se refiere únicamente a los delitos que entran en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional o si se tiene la intención de examinar el derecho penal internacional de manera más amplia. ¿Se incluye la cooperación judicial internacional o regional, al menos en el caso de los delitos internacionales? Algunas de las cuestiones que se plantean en este informe son pertinentes en este contexto, en particular el problema de velar por que la legislación penal nacional de las Partes en el Estatuto de Roma sea conforme con el Estatuto, no sólo en la forma sino también en el fondo. Es posible que otros informes que se presenten en el contexto del debate sobre el derecho penal internacional contengan propuestas de que se adopten medidas o se examinen otros puntos. También han de tenerse en cuenta en este contexto las recomendaciones hechas por la Sra. McDougall en su informe. Parece probable que, durante su 56º período de sesiones, el Grupo de Trabajo tenga que examinar si prosigue la recopilación de información sobre las cuestiones jurídicas relacionadas con los derechos humanos que se han suscitado a consecuencia de la evolución reciente del derecho penal internacional o si adopta un plan de trabajo en el que se examinen cuestiones concretas en momentos concretos.
