

**Procesos penales sobre violencia sexual en
conflicto:
La importancia de los derechos humanos
como medio de interpretación**

Patricia Viseur Sellers

ÍNDICE

Resumen Ejecutivo

I. Introducción

II. Violencia sexual y acceso a la justicia. Avances y obstáculos

a. Avances

a.i. El reconocimiento de la violencia sexual en el derecho internacional humanitario, el derecho penal y la legislación de derechos humanos

1. Derecho internacional humanitario
2. Derecho penal internacional
3. Legislación internacional de derechos humanos

a.ii. Responsabilidad penal directa e indirecta

1. Responsabilidad directa
2. Responsabilidad indirecta

b. Obstáculos. El delito de violación en el proceso penal: el factor consentimiento.

III. Soluciones posibles. La legislación internacional de derechos humanos y el derecho penal como marcos de referencia.

a. La relevancia de las normas y estándares internacionales de derechos humanos

b. La violación en la legislación internacional de derechos humanos y en el derecho penal

b.i. Legislación internacional de derechos humanos

b.ii. Derecho penal internacional

IV. Observaciones finales

Apéndice

Resumen ejecutivo

La multiplicidad de formas que asume la violencia de género dan testimonio de cómo la discriminación por género constituye una violación a los derechos humanos. La omnipresencia de la violencia sexual, que es una manifestación de la violencia de género, se observa en tiempo de guerra, de posguerra y también en cualquier momento de agitación social. La violencia de género socava, afecta y anula el ejercicio de derechos humanos que se consideran inalienables, interdependientes e inseparables de cualquiera y de todos los otros derechos humanos por parte de las mujeres. La violencia de género relacionada con la guerra por lo general implica responsabilidad penal individual y puede exacerbar la negación de los derechos humanos a las mujeres. Por eso son muchos los instrumentos, declaraciones y pronunciamientos de derechos humanos –como por ejemplo la Recomendación General 19 de la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW)- que afirman el derecho al acceso a la justicia en condiciones de igualdad bajo las normas humanitarias tanto reconocidas como emergentes, y el derecho penal internacional.

El derecho internacional humanitario (DIH) se gestó y fue evolucionando casi siempre separado de la legislación en derechos humanos. Las prohibiciones relativas a la violencia sexual en tiempo de guerra que se mencionan en las Convenciones de Ginebra o en los Protocolos a las Convenciones de Ginebra son anteriores a la CEDAW y a otros instrumentos o disposiciones modernas de derechos humanos que se ocupan en forma específica de la discriminación por género. A las salas de primera instancia de las recientemente creadas cortes penales, los tribunales *ad hoc* y los tribunales mixtos se les exige que produzcan interpretaciones con contenido sustantivo de género sobre las normas humanitarias que rigen los crímenes de guerra, los delitos internacionales y las doctrinas sobre responsabilidad individual, como la responsabilidad de los mandos y las garantías procesales para el debido proceso, sobre todo a la luz de la plétora de pruebas presentada por las y los testigos que denuncian violencia de género.

En este aspecto, judicializar una violación sexual –que ocupa un lugar central en el derecho humanitario- sirve como medida de la protección frente a la violencia de género y las garantías para el derecho al acceso a los foros judiciales en igualdad de condiciones de que gozan las mujeres y a las niñas. Como resultado de la creación de instituciones judiciales y de las jurisdicciones penales internacionales que coexisten con ellas, existen varias definiciones de los elementos de la violación como delito. Están los elementos *Gacumbitsi/Kunarac*, surgidos de los Tribunales *ad hoc* para Ruanda y la ex-Yugoslavia; los elementos *AFRC*, de la Corte Especial para Sierra Leona, y los Elementos de los Crímenes redactados por la Corte Penal Internacional (CPI). También están los elementos operativos acerca de la violación sexual surgidos de los Paneles Especiales sobre Delitos Graves en Timor del Este y las Instancias Especiales de las Cortes de Camboya. Hay una tensión permanente que rodea a estas definiciones y por ende a la calificación de la violación sexual como delito internacional. Esa tensión se da en torno a si se deben incluir o no pruebas del elemento de la “falta de consentimiento de la víctima” en la definición de violación sexual y, de incluirselos, cómo interpretarlos legal y fácticamente. Dado que la abrumadora mayoría de las víctimas/sobrevivientes de violación en los conflictos armados de hoy son mujeres –y cada vez más, son niñas- resulta fundamental interpretar los elementos de la violación desde una perspectiva sólida de género.

La jurisprudencia de la legislación en derechos humanos y los tratados de

derecho penal internacional que penalizan la trata o la tortura ofrece analogías legales atractivas que muestran que la violación y la violencia sexuales, como violaciones internacionales, muchas veces dejan de poner énfasis en la falta de consentimiento de la víctima para subrayar las circunstancias en que se produce la conducta criminal o la condición de la víctima (por ejemplo, si la víctima es considerada menor de edad por el derecho internacional). Este documento llega a la conclusión de que todos los foros judiciales, tal como ya lo hace la CPI a través de su mandato sustantivo y procesal, deben como mínimo cumplir con lo que prescribe la legislación internacional de derechos humanos y garantizar que las mujeres y las niñas tengan acceso a la justicia en condiciones de igualdad bajo las normas humanitarias y que dicho acceso esté libre de toda discriminación por género.

I. Introducción

La violencia de género comprende una variedad de conductas que el patriarcado aprueba¹ y que le son infringidas a las personas debido a su género. El término tiene una resonancia especial como sinónimo de violencia ejercida contra las mujeres y las niñas², precisamente por ser mujeres. La violencia de género es, en sí misma, una manifestación de la discriminación por sexo, que constituye una violación a los derechos humanos. La omnipresencia de la violencia sexual afecta la capacidad de las mujeres y las niñas para ejercer sus derechos 1) civiles y políticos, 2) económicos, sociales y culturales y, 3) derechos de tercera generación como el derecho a la paz y el derecho al desarrollo, o directamente las priva de dicha capacidad. Estudios destacados³ han mostrado sin lugar a dudas cómo se incrementa la violencia sexual en períodos de guerra y emergencias nacionales, generando un desprecio por el respeto a los derechos humanos especialmente de las mujeres y las niñas.

Este documento analiza las llamadas normas duras que han producido los tribunales y cortes internacionales creados recientemente tras conflictos armados y genocidios internacionales e internos. Intenta identificar por un lado los avances que se han logrado y por el otro subrayar las lagunas en el DIH y en los regímenes penales internacionales que podrían socavar los derechos de las mujeres y las niñas. Se presta una particular atención a la violación sexual como delito internacional y especialmente al elemento de la “falta de consentimiento”, así como a sus interpretaciones fácticas y legales. Los argumentos en torno a la necesidad de eliminar o de probar la falta de consentimiento en casos de violación ejercen una presión sustantiva y procesal sobre el acceso de las mujeres y las niñas a los tribunales en condiciones de igualdad y sobre el ejercicio de sus derechos a la igualdad, seguridad, dignidad y autoestima, y por ende al goce de sus libertades fundamentales. En última instancia, la reparación del delito de violación opera como indicador que mide un aspecto vital del acceso de las mujeres a la justicia bajo las normas humanitarias y el derecho penal internacional.

¹ Ver el lenguaje del preámbulo de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, Res. A.G. 48/104, dic. 1993 que dice:

“Reconociendo que la violencia contra la mujer constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre”.

Trece años después, ese lenguaje se repite en el Preámbulo de la Res. A.G. 61/143, del 19 de diciembre de 2006, que sostiene:

“Reconociendo que la violencia contra la mujer tiene sus raíces en las relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer y que todas las formas de violencia contra la mujer violan y menoscaban gravemente o anulan el disfrute por la mujer de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales y limitan seriamente su capacidad para aprovechar sus aptitudes”.

² En este documento se utilizarán en forma indistinta los términos “violencia de género” y “violencia contra las mujeres”, abarcando este último la violencia contra mujeres adultas y también contra niñas.

³ Ver el Informe Final de la Relatora Especial sobre la violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud e tiempo de conflicto armado, 50mo período de sesiones, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, ONU/CN.4/Sub.2/1998/13 (1998); la Actualización del informe final presentado por la Relatora Especial sobre la violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de conflicto armado, 52do período de sesiones, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, ONU E/CN.4/Sub.2/2000/21/(2000); y el Informe presentado por la Relatora Especial sobre Violencia contra la Mujer, sus Causas y Consecuencias, sobre violencia contra la mujer en tiempo de conflicto armado, 54ta período de sesiones, Comisión de Derechos Humanos, Doc. ONU E/CN.4/1998/54/(1998).

El marco de referencia de los derechos humanos, ¿puede resultarle útil a las mujeres durante o inmediatamente después de las guerras o los genocidios – cuando otros corpus legales como el DIH o el derecho penal internacional, con las dificultades que presentan sus preceptos discriminatorios⁴, se convierten en los regímenes legales dominantes utilizados por sociedades que se están desintegrando? Más específicamente: las sentencias ya emitidas y las propuestas por las cortes internacionales y los tribunales de DIH sobre prohibiciones y delitos internacionales de violencia de género, ¿se ajustan al marco de referencia de los derechos humanos que protege contra la discriminación por género?

II. La violencia sexual y el acceso a la justicia: avances y obstáculos

Esta sección indaga acerca de los logros de las “leyes duras” en cuanto al reconocimiento de la violencia y la violación sexuales por parte del derecho internacional y en las sentencias sobre violencia sexual pronunciadas por las recientemente creadas jurisdicciones penales de las cortes, tribunales, cortes mixtas y paneles especiales internacionales. Luego analiza los obstáculos permanentes creados por la forma como se interpreta el delito de violación, un acto omnipresente de violencia de género, y los principales indicadores acerca del acceso de las mujeres y las niñas a la justicia bajo normas humanitarias.

a. Avances

a.i. El reconocimiento de la violencia sexual en el derecho internacional humanitario, el derecho penal y la legislación de derechos humanos

1. Derecho Internacional Humanitario

Un análisis histórico del DIH constituye un elemento importante para entender cómo evolucionaron las reparaciones a la violencia sexual en tiempo de guerra⁵. El DIH, que se conoce como el conjunto de ‘leyes del conflicto armado’ alude a las reglas, regulaciones y leyes que rigen la conducta de las/os integrantes de las fuerzas armadas y de algunas/os civiles en períodos de conflicto armado. El DIH rige *jus in bello*,⁶ sin importar si se caracteriza a la guerra relevante como conflicto armado

⁴ Ver Gardham, ‘Woman and Armed Conflict: The response of International humanitarian Law’, en *Listening to the Silences: Women and War*, Durham and Gurd (eds.), Martinus Nijhoff Publishers, 2005

⁵ La definición de violencia sexual que surgió por primera vez en la sentencia *Prosecutor v. Akayesu*, Caso No. ICTR-96-4-T, 2 de septiembre de 1998, y con la que luego concordó la sentencia *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Caso No. IT/98-30/1-T, 2 de noviembre de 2005 era la siguiente:

“Este tribunal considera como violencia sexual, que incluye la violación, a todo acto de naturaleza sexual que se comete contra una persona en circunstancias coercitivas. La violencia sexual no se limita a la invasión física del cuerpo y puede incluir actos que no impliquen penetración o contacto físico”, para. 598

En la definición de los Elementos de los Crímenes de la CPI, UN Doc. PCNICC/2000/1/Ass 2 (2000) la violencia sexual, como crimen de lesa humanidad enumerado en el Artículo 7 (1) (g)-6 y como crimen de guerra en el Artículo 8 (2)(b)(xxii)-6 y (2)(e)(vi)-6 se define de la siguiente manera:

“El perpetrador cometió un acto de naturaleza sexual contra una o más personas o hizo que esa persona o personas cometieran un acto de naturaleza sexual por la fuerza, o bajo amenaza de utilizar la fuerza o por coacción, como la causada por el temor a la violencia, la coacción, el arresto, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra dicha persona o personas o contra terceros, o aprovechando el entorno coercitivo o la incapacidad de dicha persona o personas para expresar su genuino consentimiento”.

⁶ En el derecho internacional se diferencia el *jus ad bellum*, el derecho legítimo a declarar hostilidades, del *jus in bello*, las leyes que rigen a las hostilidades. En este documento no se analiza el impacto que la violencia sexual o los actos de violación sexual podrían ejercer sobre el debate en curso acerca de la definición del crimen de agresión. Ver Helen Durham, ‘International Humanitarian law and the Protection of Women’, in *Listening to the Silences: Women and War*, Durham and Gurd (eds.), International Humanitarian Law Series, No. 8, Martinus Nijhoff, 2005, 96. Sin embargo, se reconoce que la comisión de violaciones y de otros abusos sexuales puede alcanzar para satisfacer los

internacional o interno. Aunque se la ha aplicado de forma deplorable, la violencia sexual figuró entre las prohibiciones “tempranas” del derecho humanitario en varias regiones del mundo.

Es posible percibir cómo ya en los primeros códigos guerreros que datan del siglo I y de manera inconfundible en los códigos militares del siglo XVIII, la intención era que la violencia sexual en tiempo de guerra no afectara a quienes se suponía inocentes, como por ejemplo los intelectuales, campesinos, mujeres, comerciantes, sacerdotes, niñas o niños. Dichas prohibiciones no le otorgaban al individuo un valor similar al que le reconocen las nociones modernas de derechos humanos sino que más bien apuntaban a garantizar que los segmentos no militares de la sociedad continuaran siendo funcionales⁷. La violencia sexual relacionada con la guerra no debía afectar a las personas que ocupaban esos círculos funcionales de la sociedad. Los actos de violación constituían un elemento central de la proscripción de la violencia sexual en tiempo de guerra, como medio para garantizar la continuidad de la producción económica y también de preservar a la sociedad como entidad política unificada.⁸

Los soberanos accedían fácilmente a excepciones a la proscripción *de jure* de ejercer violencia sexual contra no combatientes en tiempo de guerra. El uso de tales excepciones dependía sólo de las exigencias políticas necesarias para alcanzar una victoria militar decisiva. A modo de ejemplo: durante una campaña militar, el soberano atacante podía ejercer legítimamente su prerrogativa de rodear la fortaleza o el cuartel general de su oponente, es decir, de sitiado militarmente para obligarlo a capitular. Si el oponente se rendía, esto podía garantizarle al sitiador el libre acceso a los habitantes de la ciudad sitiada, a quienes se presumía inocentes. Si el oponente rechazaba la soberanía del atacante, según el *jus in bello*⁹ este último tenía derecho y justificación para atacar la fortaleza. En esas circunstancias, el *jus in bello* permitía asesinatos, pillaje, saqueo, violación, etc. contra los soldados enemigos y los habitantes del enclave sitiado, a quienes se suponía inocentes.

Pese a la proscripción normativa *de jure* que regía para la violencia sexual en el DIH temprano, la situación *de facto* revela un completo desprecio por esa prohibición. La violencia sexual aparecía como algo rampante. Más aún: en las campañas militares cuyo objetivo era “proteger” o “difundir” los valores sociales y religiosos occidentales o exportar la superioridad racial bajo el deber sagrado de civilizar a los llamados primitivos o a las sociedades que se consideraban atrasadas,

requisitos probatorios de un “ataque” contra la población civil, elemento jurisdiccional que es un requisito para la calificación de crimen de lesa humanidad.

⁷ Ver en líneas generales Susan Brownmiller, *Contra nuestra voluntad: hombres, mujeres y violación*, 1981; T. Meron, ‘Shakespeare’s Henry the Fifth and the Law of War’, 86 Am. J. Int’l L. 1 (1992); y también Treaty of Amity and Commerce, US-Prussia, 10 Sept. 1785, *reimpreso en* 2 TREATIES, CONVENTIONS, ACTS, PROTOCOLS AND AGREEMENTS BETWEEN THE UNITED STATES AND OTHER POWERS 1776-1909, MALLOY COLLECTIONS, (1910).

⁸ En Sellers, ‘The Context of Sexual Violence: Sexual Violence as Violations of International Humanitarian Law’, en *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*, McDonald and Swaak (eds.), se argumenta que la violencia sexual y la violación en particular desencadenaron la regulación de los conflictos armados y configuraron el alcance de otros crímenes sustantivos del DIH como la tortura, y de doctrinas procesales como la responsabilidad de los mandos, la necesidad militar y la conducta temeraria y maliciosa, p. 289-291.

⁹ Existen ejemplos históricos como los de las guerras que en Europa se conocen como “Cruzadas”. Por ejemplo Ibn al-Athir, historiador árabe del siglo XII, refiere que el saqueo de Constantinopla, bajo dominación griega en 1204, fue uno de los actos más destructivos de la Edad Media. Los francos arrasaron la ciudad, desvalijaron y destruyeron tesoros artísticos, profanaron iglesias ortodoxas, asesinaron a miembros del clero y violaron a monjas griegas que vivían en monasterios de clausura. Amin Maalof, *Les Croisades Vues par Les Arabes*, 1983; Ver también, Alex Obote Odora, *The Judging of War criminals: Individual Criminal Responsibility Under International Law*, 1997 (tesis doctoral inédita) pp.107-117.

ese desprecio, así como las pretendidas justificaciones y las posturas hipócritas, eran lo habitual. Ni siquiera se pretendió presentar a los actos de violencia sexual que fueron una constante en las Cruzadas, las guerras coloniales y las guerras de conquista, las incursiones en territorios indígenas y las diversas formas de ocupación militar como excepciones al *jus in bello* sino que se los aceptó como derechos de los conquistadores.

No obstante, la codificación de los delitos sexualmente violentos, incluyendo las violaciones en tiempo de guerra, fue avanzando tímidamente a fines del siglo XIX y comienzos del XX, en lo que se conoce como el período moderno inicial del DIH. Son varios los códigos y tratados militares que reflejan estos avances. El Código Lieber (1863) se apoyó en el derecho internacional consuetudinario y prohibió en su artículo 44 “toda violación”, mientras que en su artículo 47 considera que “los delitos ... tales como ... la violación ... son sancionables”¹⁰. Tanto el artículo I del Anexo a la Segunda Convención de La Haya (julio 1899) como el artículo I de la Cuarta Convención de La Haya (1907) advierten a los beligerantes que deben “conducir sus operaciones de acuerdo a las leyes y tradiciones de la guerra”¹¹ que *sub silencio*, prohibían todos los crímenes de guerra convencionales incluyendo la violación. En su Sección III, el artículo 46 de las Regulaciones de la Cuarta Convención de La Haya (1907) afirma que en períodos de ocupación militar “el honor de la familia ... debe ser respetado”.¹² En la década que siguió a la Primera Guerra Mundial, los redactores de la Convención de Ginebra de 1929 estipularon en su artículo 14 que “Los prisioneros de guerra tienen derecho, en todas las circunstancias, al respeto de su persona y de su honor. Las mujeres deben ser tratadas con todas las consideraciones debidas a su sexo”¹³ – una forma elegante de prohibir toda violencia sexual incluyendo las violaciones.

Al concluir la Segunda Guerra Mundial, los poderes aliados redactaron los Estatutos de Londres y de Tokio, instrumentos que regirían los juicios contra los criminales más importantes del Eje ante el Tribunal Militar Internacional en Nuremberg y el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente en Tokio. Los Estatutos proclamaban su jurisdicción sobre los crímenes de guerra convencionales, “es decir, las violaciones a las leyes y los usos de la guerra”¹⁴ así como sobre crímenes de lesa humanidad y crímenes contra la paz. Ambos tribunales militares consideraron admisibles evidencias de violación y se pronunciaron acerca de ellas¹⁵, aunque la herencia del Tribunal de Nuremberg, que todavía persiste, es la de una

¹⁰ General Order 100, Instructions for the Government of the Armies of the United States by the Field by Order of the Secretary of War, 24 April 1863 (“Código Lieber”), artículos 44 y 47.

¹¹ Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, y Anexo a la Convención: Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (Haya IV), La Haya, 18 de octubre de 1907, 3 Martens (3rd) 461, 36 Stat. 2277, T.S. No. 59 (H. IV), *reimpreso en* AM. J. Int'l. 90 51908, Supp. (The IV Hague Convention of 1907).

¹² *Ibid*, Cuarta Convención de la Haya (1907), Sección III, Artículo 46.

¹³ Artículo 14 de la Tercera Convención de Ginebra relativa al trato debido a los prisioneros de guerra. El lenguaje victoriano de este artículo 14 permea varios otros instrumentos legales pero no oculta la intención de los autores de condenar la violencia sexual, incluyendo la violación.

¹⁴ Estatuto del Tribunal Militar Internacional Anexo al Estatuto de Londres, 8 de agosto de 1945, artículo 26, 82 U.N.T.S. 280, 59 Stat. 1544, 8 AS No. 472 (“London Charter”); Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, Tokio, 19 de enero de 1946, artículo 17, T.I.A.S. 1589, *modificado* el 26 de abril de 1946 (“Tokyo Charter”).

¹⁵ Juicio a los Principales Criminales de Guerra ante el Tribunal Militar Internacional, 14 de noviembre de 1945-1 de octubre de 1946, 542 Vols., 1947, en el vol. 1, 43, 51-52. Un ejemplo concreto de agresión sexual que fue incluida en estos juicios es el relato acerca de los cuerpos de mujeres que fueron encontrados mutilados (les habían cortado los pechos) en la región de Stalingrado. Ver los documentos de los juicios de Tokio reimpresos en *The Tokyo War Crimes Trial: The Complete Transcript of the Proceedings of the International Military Tribunal for the Far East*, 22 Vols., R. Pritchard and S. Zaide (eds.), 1981, IMTFE Docs, vol. 20, para 49 y 605.

supuesta falta de atención a los crímenes de naturaleza sexual¹⁶. Los fiscales del Tribunal de Tokio no vacilaron en condenar la violación de prisioneras y enfermeras.¹⁷ Al concluir sus deliberaciones y teniendo en cuenta la multiplicidad de comportamientos condenables y extremos de naturaleza sexual, los jueces del Tribunal de Tokio pronunciaron condenas sin eufemismos para los crímenes de guerra que agruparon bajo la categoría de “asesinatos, violaciones y otras crueldades”.¹⁸ Resulta lamentable que la esclavitud sexual militar sistemática que impuso el ejército japonés a decenas si no cientos de miles de mujeres coreanas, indonesias, chinas, birmanas, japonesas y otras de los territorios conquistados y ocupados por Japón en Asia no haya sido incluida por los fiscales en sus acusaciones ni se hayan presentado pruebas acerca de ella.¹⁹

Los criminales de menor importancia del Eje fueron juzgados mediante procesos militares aliados posteriores a los tribunales de Nuremberg y Tokio. Estos “juicios posteriores” como muchas veces se los llama condenaron la violación como crimen de guerra especialmente en el escenario del Asia-Pacífico²⁰. En el escenario europeo el artículo II(a) del instrumento que rigió los juicios posteriores, la Ley del Consejo Controlador No. 10, conservó su jurisdicción para condenar la violación como crimen de lesa humanidad.²¹ En muy pocos casos, prácticamente en ninguno, se utilizó en el escenario europeo el artículo II(a) para las violaciones, aunque la mayoría de los casos tomados de campos de concentración confirmaron que los experimentos médicos fueron una práctica común durante la guerra, sobre todo aquellas expresiones de violencia de género como la esterilización forzada, las castraciones y los experimentos en fertilidad que se llevaron a cabo en hombres y en mujeres en varios de los campos de concentración administrados por el régimen nazi.²²

La codificación del DIH posterior a la guerra culminó en la firma de las cuatro Convenciones de Ginebra en 1949. Una omisión digna de ser destacada en las disposiciones sobre infracciones graves en cada una de las Convenciones es la de la prohibición expresa de violar, que sólo se expresó en el artículo 27 de la Cuarta Convención de Ginebra relativa a las personas civiles bajo las prohibiciones que procuran proteger a las personas civiles que están bajo ocupación enemiga. El artículo 27 afirma, *inter alia*, que “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...”.²³ Sin embargo, el artículo 12 tanto de la Primera como

¹⁶ Por ejemplo, en los juicios de Nuremberg se debería haber analizado la deportación forzada de 500.000 mujeres por lo menos como delito de género consistente en esclavización masiva de mujeres, más allá de que hubiera o no un elemento abiertamente sexual en el asunto.

¹⁷ IMTFE Doc., nota al pie 78 vol. 1, para 13.

¹⁸ IMTFE, vol. 1, para 1029.

¹⁹ Ver el tribunal realizado por la sociedad civil para “juzgar” a los perpetradores de esclavitud sexual militar que produjo una sentencia sustantiva en la que se evalúan la conducta militar criminal y la responsabilidad civil, “Comfort Women Judgment,” 4 de diciembre de 2001, Women’s Caucus for Gender Justice, sitio en Internet <http://www.icc.org/archive/tokyo/summary.htm>

²⁰ Ver, en general para el Lejano Oriente, el juicio al general Tomoyuki Yamashita, IV Law Reports of Trials of War Criminals 1 (1946); el juicio contra Takashi Sakai, Caso No. 83, XIV Law Reports of Trials of War Criminals 1 (1946); y el juicio contra Washio Awochi, XIII Law Reports of Trials of War Criminals 1 (1946).

²¹ Consejo Controlador Aliado No. 10, Castigo a las personas culpables de crímenes de guerra, crímenes contra la paz y contra la humanidad, 20 de diciembre de 1945, Gaceta Oficial del Consejo Controlador para Alemania.

²² Ver también el juicio al Obersturmbannfuher Rudolf Franz Ferdinand Hoess, VII Law Reports of Trials of War Criminals 11, 1947 (crímenes cometidos en el campo de Auschwitz); el juicio contra Joseph Krametz y otros 44, Law Reports of Trials of War Criminals I (crímenes cometidos en Birkenau).

²³ Artículo 27 de la Cuarta Convención de Ginebra (1949). El comentario al artículo 27 está impregnado de respeto patriarcal hacia las mujeres civiles y señala que: “la Conferencia enumeró como ejemplos determinados actos que constituyen ataques contra el honor de las mujeres y mencionó expresamente la violación, la prostitución forzada – es decir, forzar a una mujer a la inmoralidad mediante la violencia o la amenaza- y toda forma de ultraje al pudor. Estos actos están y permanecen prohibidos en todos los lugares y bajo todas las circunstancias. Las mujeres,

de la Segunda Convención de Ginebra y el artículo 14 de la Tercera Convención de Ginebra repiten el lenguaje que puede encontrarse en la Convención de Ginebra de 1929: que “las mujeres deben ser tratadas con todas las consideraciones debidas a su sexo”²⁴. Lo más importante es que el artículo 3 –que se encuentra en la Primera, Segunda, Tercera y Cuarta Convenciones de Ginebra (1949) y regula los conflictos de carácter no internacional- utiliza la frase “atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes”. En el lenguaje victoriano, esa era una manera de aludir a las violaciones sexuales y los experimentos reproductivos. La formulación se mantuvo deliberadamente flexible para poder cubrir cualquier acto futuro que pudiera resultar de los instintos bestiales de los torturadores.²⁵

Sin embargo en diciembre de 1992, tras la ratificación de los Protocolos Adicionales a las Convenciones de Ginebra, el Comité Internacional de la Cruz Roja presentó un *Aide-memoire* aclaratorio sobre la prohibición de violar bajo las Convenciones de Ginebra de 1949. Allí se decía, en parte, que las infracciones graves enumeradas en el artículo 147 de la Cuarta Convención de Ginebra y especialmente la que consiste en causar grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud, “obviamente cubre no sólo la violación sino también cualquier otro ataque contra la dignidad de una mujer”²⁶. La interpretación que realiza el *Aide-memoire* echa algo de luz sobre el alcance legal de las prohibiciones enumeradas en el artículo 147 y, por inferencia analógica, también acerca de las prohibiciones de cometer infracciones graves que pueden encontrarse en la Primera, Segunda, Tercera y Cuarta Convenciones de Ginebra de 1949.

En 1977, las Convenciones de Ginebra de 1949 fueron complementadas y ampliadas con un Primer y un Segundo Protocolo Adicional. Los estándares mínimos que se establecen en el artículo 3 común a la Primera, Segunda y Tercera Convención de Ginebra (1949) y la prohibición explícita de violar quedaron sancionados en los conflictos armados de carácter internacional y no internacional.²⁷

Específicamente el Protocolo Adicional I regula el *jus in bello* durante conflictos armados internacionales. En su artículo 75(2)(b), bajo el título Garantías Fundamentales, reconoce que se prohíbe a agentes civiles y militares cometer “atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y

cualquiera sea su nacionalidad, raza, creencia religiosa, edad, estado civil o condición social gozan de un derecho absoluto a que se respete su honor y su decoro, en resumen: su dignidad como mujeres”; tomado de J.S. Pictet (ed.), *Commentary: IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, 1958, 38 (en adelante: COMENTARIO GINEBRA IV). La ilusión que se expresa en el comentario acerca de la dignidad o el honor en relación a los crímenes que implican agresión sexual le quita énfasis a la naturaleza violenta de la mayoría de los delitos sexuales. Algo similar puede verse en el artículo 44 de las Regulaciones anexas a la Cuarta Convención de La Haya (1907) que considera a las víctimas y sobrevivientes de agresión sexual como personas que han sido sometidas a difamación moral y no a un delito violento.

²⁴ Artículo 12 de la Primera Convención de Ginebra para el mejoramiento de la suerte que corren los militares heridos en los ejércitos en campaña; artículo 12 de la Segunda Convención para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar; artículos 13 y 14 de la Tercera Convención relativa al trato debido a los prisioneros de guerra.

²⁵ Existe también una relación orgánica entre el artículo 3 (común a las cuatro Convenciones) y el artículo 27 de la Cuarta Convención de Ginebra. El Comentario al artículo 3 común señala que al “trato humano” debe dársele el significado que se expresa en el artículo 27 de la Cuarta Convención de Ginebra (COMENTARIO GINEBRA IV, 38).

²⁶ Comité Internacional de la Cruz Roja, *Aide-memoire*, diciembre de 1992, para. 2.

²⁷ Protocolo Adicional a las Convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949, y relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados internacionales finalizado el 8 de junio de 1977, 1125 U.N.T.S. 3, entró en vigor el 7 de diciembre de 1978 (Protocolo Adicional I), *reimpreso* en 16 I.L.M.1391 (1977); Protocolo Adicional a las Convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados no internacionales, finalizado el 8 de junio de 1977, 1125 U.N.T.S. 609, entró en vigor el 7 de diciembre de 1978 (Protocolo Adicional II), *reimpreso* en 16 I.L.M.182 (1977).

degradantes, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor²⁸. El artículo 76(1) protege especialmente a las mujeres de “la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de atentado al pudor”²⁹, y el artículo 77(1) protege a los niños y niñas contra el “atentado al pudor”.³⁰ El Protocolo Adicional I, en su totalidad, forma parte del derecho internacional consuetudinario que es de cumplimiento obligatorio para todos los estados.³¹

El Segundo Protocolo Adicional a las Convenciones de Ginebra (1977) se refiere a los conflictos armados no internacionales. Su artículo 4, bajo el título de Garantías Fundamentales, menciona las prohibiciones que incluyen “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” en todo momento y lugar contra personas que “no participen directamente en las hostilidades o que hayan dejado de participar en ellas”³². El artículo 4, que es una derivación del artículo 3 común, amplió la lista de actos prohibidos también para los conflictos armados internos. Es de lamentar que el Segundo Protocolo Adicional de 1977 a las Convenciones de Ginebra de 1949 no haya sido aceptado en su totalidad como parte del derecho consuetudinario internacional por todos los estados. Sin embargo se podría afirmar que en esta última década las disposiciones del artículo 3 común que cubren la violencia de género ciertamente han alcanzado el estatus de derecho consuetudinario.

Así, a comienzos de los 90, el DIH prohibió la comisión de actos de violencia sexual contra personas civiles enemigas, integrantes de las fuerzas armadas y personas que las acompañan, prisioneros/as de guerra, durante los conflictos armados internacionales y contra personas que ya no toman parte en los combates durante conflictos armados no internacionales.³³

Desde la Segunda Guerra Mundial se han producido varios juicios condenando violaciones en tiempo de guerra³⁴ de acuerdo a códigos militares y leyes nacionales. También son varios los códigos militares³⁵ y las leyes nacionales³⁶ que incorporaron las disposiciones del DIH que protegen contra las agresiones sexuales. Estas prohibiciones contra las violaciones a la integridad sexual en tiempo de guerra, que se basan en el principio del trato humano del DIH, están integradas al derecho

²⁸ En los comentarios al PA I, artículo 75(2)(b) se reitera que el artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra de 1949 y la prohibición de cometer actos de prostitución forzada y ultraje al pudor –una forma particular de ofensa– se aplican a todas las personas, hombres, mujeres, niñas y niños.

²⁹ El artículo 76 (1) del PA I, bajo el título de Protección de las mujeres, subraya la protección especial que les corresponde, al afirmar 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”.

³⁰ El artículo 77(1) del PA I, bajo el título Protección de los niños afirma *inter alia* en su párrafo 1 que “los niños serán objeto de un respeto especial y se les protegerá contra cualquier forma de atentado al pudor”.

³¹ Ver Theodore Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, 1989.

³² PA II, artículo 4. Esta postura se vio confirmada en *Fiscal v. Dusko Tadic*, Decisión sobre la moción de apelación de acto interlocutorio sobre jurisdicción presentada por la defensa, 2 de octubre de 1995, Caso No. IT-94-AR72, para. 92, (“Decisión sobre Jurisdicción en *Tadic*”). La Cámara de Apelaciones sostuvo que las protecciones que ofrece el artículo 3 común se aplican a las personas que no toman parte en las hostilidades por el artículo 3 del estatuto del Tribunal para la ex-Yugoslavia. *Id.* para 69.

³³ En resumen, esto representa una combinatoria de las protecciones que brindan las cuatro Convenciones de Ginebra (1949), que también incluye las del artículo 3 común y los dos Protocolos Adicionales de 1977 a las cuatro Convenciones de Ginebra.

³⁴ Ver US Court of Military Appeals, *John Schultz case*, sentencia del 5 de agosto de 1952 en la que la violación se consideró un delito reconocido universalmente como sancionable bajo las leyes de la guerra.

³⁵ Ver, en líneas generales, las disposiciones de los manuales militares de Alemania, Argentina, Australia, Canadá, China, El Salvador, EEUU, España, Francia, Israel, Madagascar, Nueva Zelanda, Nicaragua, Nigeria, Países Bajos, Perú, Reino Unido, República Dominicana, Senegal, Suiza y Uganda, en *Customary International Humanitarian Law*, Volume II: Practice, Henckaerts and Doswald-Beck (eds.), ICRC, Cambridge Press 2005, paras. 1586-1617

³⁶ *Id.*, paras. 1620-1660.

internacional, tanto al que se expresa mediante tratados como al consuetudinario.³⁷

2. Derecho Penal Internacional

En paralelo con la evolución del DIH después de la Segunda Guerra Mundial, la violación también fue ganando reconocimiento como crimen en el plano internacional, inclusive como crimen contra la humanidad. Nunca se logró generar un tratado internacional específico y separado sobre los crímenes contra la humanidad tal como sí sucedió con otros crímenes internacionales como el genocidio o el apartheid. La evolución de los crímenes contra la humanidad y la enumeración de la violación como uno de esos crímenes se dieron en forma orgánica. La violación fue aceptada como forma expresa de crimen de lesa humanidad mediante la incorporación de los crímenes internacionales a los códigos militares³⁸ y a las leyes nacionales. En fecha más reciente, el reconocimiento de la violación como crimen en el plano internacional se vio reforzado por las menciones que de él hicieran las cortes y tribunales internacionales, así como por sus interpretaciones jurídicas modernas.

Las declaraciones, resoluciones, informes, comisiones, reuniones preparatorias y otras actividades precursoras³⁹ de las cortes y tribunales penales internacionales con mandato especial creados en la década de los 90 y en los primeros años del siglo XXI previeron que la jurisdicción invocada por estos organismos internacionales ciertamente iba a incluir los delitos de violencia sexual como violaciones de importancia central para el DIH y para el derecho penal internacional, incluyendo los crímenes de lesa humanidad. Los instrumentos constitutivos de estos organismos judiciales internacionales, en diversos grados, ratificaron formalmente esa predicción. Los estatutos que rigieron el accionar de la Corte Penal Internacional para la ex-Yugoslavia⁴⁰ y la Corte Penal Internacional para Ruanda⁴¹, los Paneles Especiales para Crímenes Graves⁴², la Corte Especial para Sierra Leona⁴³, la Corte Penal Internacional⁴⁴, y las Salas Especiales de los tribunales de Camboya⁴⁵ mencionan el

³⁷ Theodore Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, 1989, pp. 2-5.

³⁸ *Ver infra*, nota al pie 36. *Ver también*: en 1973 Bangladesh se anticipó al juicio a que iban a ser sometidos prisioneros de guerra paquistaníes apresados por India y promulgó la Ley XIX de 1973 con el nombre de *Una ley para atender a la detención, enjuiciamiento y castigo de las personas por actos de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y otros crímenes bajo el derecho internacional*. La violación era mencionada entre los crímenes contra la humanidad. The Bangladeshi Gazette, 20 de julio de 1973, pp. 5987-5988

³⁹ Por ejemplo, contemplando la creación del Tribunal para Yugoslavia, la Resolución 820 del Consejo de Seguridad de fecha 17 de abril de 1993 condenó:

"...todas las violaciones al derecho internacional humanitario incluyendo, en particular, la práctica de la 'limpieza étnica' y las detenciones y violaciones masivas, organizadas y sistemáticas de mujeres, y reafirma que quienes cometan o hayan cometido, ordenen o hayan ordenado la comisión de tales actos serán considerados individualmente responsables por tales actos"

⁴⁰ Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, *adjunto* al Informe del Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la Resolución 808 del Consejo de Seguridad, U.N. Doc. S/25704, Anexo (1993), reimpresso en 32 I.L.M. 1159 (1993) (en adelante Tribunal para la ex-Yugoslavia)

⁴¹ Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, *adjunto a* Enjuiciamiento de personas responsables de genocidio y otras violaciones graves al derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y de ciudadanos ruandeses responsables de genocidio y violaciones similares cometidas en el territorio de los estados vecinos desde el 1 de enero de 1994 hasta el 31 de diciembre de 1994, C.S. Res. 955, Anexo (8 de noviembre 1994), reimpresso en 33 I.L.M. 1598 (1994) (de aquí en adelante Tribunal para Ruanda)

⁴² UNTAET/Reg/2000/15, *Sobre la creación de paneles con jurisdicción exclusiva sobre ofensas criminales graves*, 6 de junio de 2000 (de aquí en adelante Paneles Especiales)

⁴³ Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona, 16 de enero de 2002, creada por el *Informe del Secretario General sobre la creación de la Corte Especial para Sierra Leona, Anexo-Acuerdo entre las Naciones Unidas y el gobierno de Sierra Leona de conformidad con la resolución 1315 del Consejo de Seguridad*, 14 de agosto de 2000, Doc. ONU S/2000/915 (en adelante Corte para Sierra Leona).

⁴⁴ *Ver supra*, nota al pie 2, Estatuto de Roma de la CPI

⁴⁵ *Ley sobre la creación de salas especiales en los tribunales de Camboya para el enjuiciamiento de crímenes cometidos durante el periodo de la Kampuchea Democrática*, 10 de agosto de 2001, NS/RKM/0801/12, I complementada y sustituida por el *Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Real gobierno de Camboya sobre el*

delito de violación y también nombran expresamente a otros crímenes sexuales como la trata y la esclavitud que no pueden considerarse de naturaleza sexual a primera vista pero cuyo *actus reus* ciertamente podría incluir actos de violencia sexual.⁴⁶

Haciendo un breve recuento, se puede decir que las disposiciones de los instrumentos constitutivos que crearon la jurisdicción temática de estos organismos internacionales establecieron que los siguientes crímenes de agresión sexual pueden constituir la base de cargos penales:

- a) El Estatuto del Tribunal para la ex-Yugoslavia en su artículo 5(g) menciona la violación como crimen de lesa humanidad;
- b) El Estatuto del Tribunal para Ruanda en su artículo 3(g) menciona la violación como un crimen contra la humanidad, y en su artículo 4 a la violación, la prostitución forzada y los abusos deshonestos de cualquier clase como violaciones graves al artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de guerra y a su Protocolo Adicional II del 8 de junio de 1977;
- c) Los Paneles Especiales: en su Sección 6(1)(b)(xxii) y 6(i)(e)(vi) mencionan la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado ... la esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual como actos que constituyen infracciones graves a las Convenciones de Ginebra y violaciones serias al artículo 3 común a las cuatro Convenciones de Ginebra;
- d) El Estatuto de la Corte para Sierra Leona en su artículo 2(g) menciona la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado y cualquier otra forma de violencia sexual como crímenes contra la humanidad, y en su artículo 3(e) se refiere a los abusos contra la dignidad personal, en particular el trato humillante y degradante, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de abuso deshonesto como violaciones graves al artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para la protección a las víctimas de guerra y de su Segundo Protocolo Adicional del 8 de junio de 1977.
- e) El Estatuto de las Salas Especiales de Camboya en su artículo 9 enumera los crímenes de lesa humanidad, tal como los definió el Estatuto de Roma en 1998;
- f) El Estatuto de Roma de la CPI en su artículo 7(1)(g) menciona la violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable como crimen de lesa humanidad. En su artículo 8(2)(b)(xxii) enumera la violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual como violaciones graves a las leyes y usos aplicables en conflictos armados internacionales. Su artículo 8(e)(vi) considera a la violación, la esclavitud

procesamiento bajo la ley camboyana de quienes hayan cometido crímenes durante el periodo de la Kampuchea Democrática, 6 de junio de 2000 (en adelante, Salas Especiales de Camboya)

⁴⁶ El artículo 7(2)(c) del Estatuto de Roma afirma que por esclavitud se entenderá "el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niño"

sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado ... la esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual como violación grave al artículo 3 común a las cuatro Convenciones de Ginebra sobre conflictos armados de carácter no internacional.

Más allá de las referencias explícitas a la violación y otras formas de violencia sexual que acabamos de mencionar, interpretaciones jurídicas posteriores del Tribunal para la ex-Yugoslavia, el Tribunal para Ruanda, la Corte para Sierra Leona y los Paneles Especiales, así como los párrafos explicativos del Estatuto de la CPI establecieron que la base para una sentencia de violencia sexual también puede estar en otras disposiciones que no se refieren explícitamente a los crímenes de agresión sexual. Por ejemplo la jurisprudencia del Tribunal para la ex-Yugoslavia y del Tribunal para Ruanda constituye una muestra del alcance legal de varias disposiciones, entre ellas las que se refieren al genocidio⁴⁷, incitación directa y pública al genocidio⁴⁸, tortura⁴⁹, persecución⁵⁰, esclavitud⁵¹, actos inhumanos⁵² como crímenes contra la humanidad o tratos crueles⁵³, tratos inhumanos⁵⁴, ultrajes a la dignidad personal⁵⁵ y esclavitud⁵⁶ como crímenes de guerra, para proscribir actos de violencia sexual.

La lista de crímenes de agresión sexual dentro de la jurisdicción temática de los foros internacionales e internacionales mixtos se han ido expandiendo progresivamente, sobre todo después de la redacción del Estatuto de Roma multilateral de la CPI. Además, el delito de "violencia sexual" que puede encontrarse en el Estatuto de Roma, el Estatuto de la Corte para Sierra Leona, y el de las Salas Especiales de Camboya podría funcionar como cláusula residual⁵⁷, permitiéndole a los tribunales ejercer su jurisdicción sobre cualquier otra agresión sexual que no haya sido mencionada pero que tenga una gravedad comparable a la de los crímenes de naturaleza sexual mencionados. Por ejemplo la mutilación sexual podría constituir una conducta de agresión sexual que cayera bajo la denominación residual de crimen de violencia sexual. Esta mención ampliada de crímenes específicos debería permitir una cobertura más extensa de todas las conductas que implican abusos sexuales graves.

El Estatuto de Roma se complementa con el Documento Elementos de los Crímenes que establece cuáles son los elementos consensuados, es decir, la *mens rea* y el *actus reus*, para cada uno de los crímenes que caen bajo la jurisdicción temática

⁴⁷ Ver *Fiscal c. Muhimana*, Sentencia, Caso No. ICTR-95-1B-T, 25 de abril de 2005.

⁴⁸ *Fiscal v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza y Hassan Ngeze*, Sentencia, Caso No. ICTR-99-52-T, 3 de diciembre de 2003 (Caso Medios)

⁴⁹ Ver, *Fiscal v. Kvočka et al*, Sentencia, Caso no. IT-98-30//&-T, 2 de noviembre de 2001; *Fiscal v. Delic et al*, Sentencia, Caso No. IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998. Conocido como caso *Celebici*, en esta sentencia el tribunal sostuvo que las violaciones son actos de tortura.

⁵⁰ Caso Medios

⁵¹ En *Fiscal v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic*, Caso No. IT-96-23-T e IT-96-23/1-T, 22 de febrero de 2000, Kunarac y Kovac fueron condenados por esclavitud como crimen contra la humanidad.

⁵² *Fiscal v. Alex Tamba Brima, Brima Bazy Kamera, Santigie Borbor Kanu*, SCSL-04-16-A, 22 de febrero de 2008, para. 202 (caso AFRC)

⁵³ En su primer caso - *Fiscal v. Tadic*, Sentencia, Caso No. IT-94-1-T, 7 de mayo de 1998- el Tribunal para la ex-Yugoslavia, sostuvo que actos de agresión sexual contra hombres, incluyendo mutilación, fellatio y abusos deshonestos constituían trato inhumano y trato cruel como crímenes de guerra y trato inhumano como crimen contra la humanidad.

⁵⁴ *Tadic*

⁵⁵ En *Fiscal v. Anto Furundzija*, Sentencia, IT-95-17/1-T, 10 de diciembre de 1998, la condena fue por desnudez y humillación, además de por actos de violación (en adelante, Furundzija); *Fiscal v. Alex Tamba Brima, Brima Bazy Kamera, Santigie Borbor Kanu*, SCSL-04-16-T, 20 de junio de 2007 (caso AFRC), para 1068/1188.

⁵⁶ *Kunarac*

⁵⁷ La cláusula residual de violencia sexual podría prohibir conductas de agresión sexual –como la mutilación sexual– que no están específicamente mencionadas como crímenes pero que son de gravedad comparable a los mencionados.

de la CPI, incluyendo los de naturaleza sexual. A diferencia de lo que sucedió con los acusados que durante los primeros juicios del Tribunal para la ex-Yugoslavia, Ruanda o Sierra Leona, sólo conocieron el pronunciamiento de los jueces y juezas acerca de los elementos concretos de los crímenes que se les imputaban luego de haber sido condenados o absueltos, bajo jurisdicción de la CPI los acusados tendrán pleno conocimiento de los elementos legales de cada acusación en el momento en que se den a conocer los documentos que las contienen.⁵⁸

Por último, además del desarrollo de la violación como delito bajo el DIH y el derecho penal internacional, la violación existe *sub-silencio* como tipo de conducta penal que subyace a otros crímenes internacionales como la trata⁵⁹ o la esclavitud, la trata de esclavos/os o las prácticas análogas a la esclavitud.⁶⁰

a.i.i. Responsabilidad penal directa e indirecta

Con demasiada frecuencia se lamentó la falta de remedio judicial frente a la violencia sexual, pero esa carencia se disculpó por dos razones. La primera fue la dificultad para identificar a los perpetradores del acto físico concreto y la segunda la imposibilidad de acusar a los perpetradores no relacionados con el acto físico en sí, como por ejemplo a aquellas personas que aun estando alejadas de la escena del delito eran responsables de los actos cometidos por ser líderes políticos o comandantes militares. De todos modos, existen dos formas de responsabilidad penal individual: la responsabilidad penal directa y la responsabilidad indirecta que resuelven lo que se percibe como un dilema en este sentido.

1. Responsabilidad directa

La responsabilidad directa le corresponde a todo acusado que haya planeado, instigado, cometido, ordenado, auxiliado o incitado la ejecución de crímenes que caen bajo la jurisdicción del Estatuto. El lenguaje del artículo 7(1) del Estatuto del Tribunal para la ex-Yugoslavia y del artículo 6(1) del Estatuto del Tribunal para Ruanda⁶¹ se considera la formulación tradicional de lo que constituye responsabilidad directa y han sido utilizados para condenar a personas que cometieron⁶², auxiliaron o indujeron⁶³, instigaron⁶⁴ o planificaron actos de violencia sexual, como las violaciones o la desnudez forzada. La responsabilidad directa no necesariamente se equipara a la penetración física. En algunas instancias el perpetrador no tuvo contacto físico con la víctima/sobreviviente de la agresión sexual aunque puede haber estado físicamente

⁵⁸ Elementos de los Crímenes, UN Doc. PCNICC/2000/1/Add.2, 2000 (en adelante, Elementos)

⁵⁹ *Ver supra*, referencias al Protocolo de Naciones Unidas sobre la Trata

⁶⁰ *Ver también* la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, 226 U.N.T.S. 3, *que entró en vigor* el 30 de abril y afirma en su artículo 1(c)(i-iii) que la esclavitud es:

c) Toda institución o práctica en virtud de la cual:

i) Una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas;

ii) El marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera;

iii) La mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona;

⁶¹ Ambos artículos tienen un lenguaje común que dice: 'Toda persona que haya planeado, instigado, ordenado, cometido o de cualquier manera auxiliado e inducido la planificación, preparación o ejecución de uno de los crímenes mencionados en el artículo ... del presente Estatuto será considerada responsable por ese crimen a título individual.'

⁶² *Kunarac*

⁶³ *Fiscal v. Nikolic*, imposición de la sentencia, Caso. No. IT-94-2-S, 18 de diciembre de 2003, para. 119.

⁶⁴ *Fiscal v. Gacumbitsi*, sentencia Caso No. ICTR-2001-64-T, 17 de junio de 2004, para. 292.

cerca del lugar del crimen o también muy alejado de él. Esto queda reflejado en las disposiciones reformuladas de la CPI sobre responsabilidad penal directa⁶⁵.

Una forma directa de responsabilidad penal individual reconocida por los jueces y juezas del Tribunal para la ex-Yugoslavia que se deriva de la “comisión” del crimen se conoce como emprendimiento criminal conjunto (ECC). Tiene consecuencias importantes para juzgar las agresiones sexuales. Siempre que un perpetrador/a lleva a cabo una conducta criminal junto con otros actores, está cometiendo un ECC. Este formato de la responsabilidad directa se está utilizando cada vez más en los tribunales *ad hoc* para determinar la culpabilidad, especialmente cuando los acusados son personas que ocuparon los niveles más altos de la función política o militar. El ECC surgió del lenguaje de ‘propósito común’ en la sentencia del caso *Fiscal v. Tadic*⁶⁶ y más tarde fue refinado en *Furundzija*⁶⁷, que distinguió al perpetrador partícipe que toma parte en un ECC de la persona que no comete (el crimen) pero auxilia e instiga su comisión. La aplicación del concepto de ECC permitió condenas por delitos de violencia sexual en la sentencia de apelación del caso *Furundzija*⁶⁸, en primera instancia y en la apelación de los casos *Krstic*^{sid4606803 69} y *Kvočka*⁷⁰, en la apelación del caso *Stakic*⁷¹ y en primera instancia en el caso *Krijnsnik*⁷².

La sentencia de apelación en el caso *Tadic*⁷³ reconoce tres categorías de ECC, la tercera de las cuales se define de la siguiente manera:

(i) la intención de tomar parte en un emprendimiento criminal conjunto y de concretar – en forma individual o conjunta – el propósito criminal de

⁶⁵ La responsabilidad penal individual directa se expresa de la siguiente manera en el artículo 25(3)(a-f) del Estatuto de Roma:

“De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:

- a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;
- b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;
- c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;
- d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:
 - i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o
 - ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;
- e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa;
- f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo”.

⁶⁶ *Fiscal v. Tadic*, sentencia, Caso No. IT-94-16T, 7 de mayo de 1996, para. 536.

⁶⁷ *Furundzija*, para 274

⁶⁸ *Fiscal v. Furundzija*, sentencia Caso No. IT-95-171-A, 21 de julio de 2000 (*Sentencia de apelación caso Furundzija*).

⁶⁹ *Fiscal v. Krstic*, sentencia, Caso No. IT-98-33-T, 2 de agosto de 2001, para. 2 (*Krstic*).

⁷⁰ *Fiscal v. Kvočka et al*, sentencia, Caso No. IT-98-30/&-T, 2 de noviembre de 2001 (*Kvočka*).

⁷¹ *Fiscal v. Stakic*, sentencia, Caso No. IT-97-24-A, 22 de marzo de 2006, para. 85.

⁷² *Primera instancia Krijnsnik*

⁷³ *Fiscal v. Tadic*, sentencia, Caso No. IT-94-1-A, 15 de julio de 1999, para. 222. En la *sentencia de apelación* del caso *Tadic*, las juezas y jueces llegaron a la conclusión de que los requisitos necesarios para constituir un ECC, también llamado propósito común, “se derivan del derecho consuetudinario y pueden encontrarse, si bien en forma implícita, en el artículo 7(1). La doctrina del propósito común se puede dividir en tres categorías separadas de co-perpetración que difieren no sólo debido a la naturaleza fáctica del crimen sino, lo que es más importante, debido a la posesión por parte de la persona acusada de una *mens rea* específica. Las otras dos categorías son:

Primera: casos de perpetración conjunta en los que todas/os las/os participantes en el propósito común tienen la misma intención criminal de cometer un delito (y una/o o más de ellas/os lo cometen, con intención).

Segunda: los llamados casos “de campo de concentración” en los que la *mens rea* necesaria incluye el conocimiento de la naturaleza del sistema de malos tratos y la intención de llevar adelante el propósito común de maltrato. Esta intención puede probarse de forma directa o inferírsela de la naturaleza de la autoridad que detenta/ba la persona acusada dentro del campo o en su jerarquía organizacional.

dicha acción; y (ii) prever que otros miembros del grupo puedan llegar a perpetrar ofensas que no constituyen el objeto del emprendimiento criminal común ... Lo que se requiere es un estado mental en el que una persona, aun cuando no se proponía producir un determinado resultado, tenía conciencia de que las acciones del grupo muy probablemente llevarían a ese resultado y sin embargo, de manera voluntaria, corrió el riesgo⁷⁴.

De la jurisprudencia acerca de esta tercera categoría han surgido dos pronunciamientos jurídicos de extrema importancia que podrían garantizar un mayor acceso por parte de las mujeres a reparaciones por las formas de violencia de género prohibidas por el DIH y el derecho penal internacional. En la sentencia del caso *Krstic*, el tribunal conjeturó que como miembro de un emprendimiento criminal conjunto creado para llevar adelante traslados masivos forzados que desencadenaron una crisis humanitaria, el general Krstic era culpable de "los asesinatos, violaciones, golpizas y abusos incidentales" que resultaron de dicha crisis humanitaria porque esas violaciones fueron "las consecuencias naturales y previsibles de la conducta criminal conjunta planeada"⁷⁵. El tribunal opinó que:

No cabe duda que estos crímenes fueron las consecuencias naturales y previsibles de la campaña de limpieza étnica. Además, dadas las circunstancias del momento en que se formuló el plan, el general Krstic debe haber tenido conciencia de que sería inevitable un estallido de estos crímenes dada la falta de refugio, la densidad de las multitudes, la condición vulnerable de las refugiadas, la presencia de unidades regulares e irregulares, militares y paramilitares, en la zona, la falta absoluta de soldados de la ONU en número suficiente como para proveer protección."⁷⁶

El veredicto del caso *Krstic* afirmó que la violencia sexual puede ser una consecuencia natural y previsible de otras violaciones en tiempo de guerra, virviendo así la creencia convencional y discriminatoria en materia de género por la cual el abuso sexual en tiempo de guerra es una conducta aislada e inevitable por parte de algunos soldados, cuyos abusos no manchan a sus superiores en la jerarquía militar. La sentencia del caso *Kvočka* confirmó el razonamiento en *Krstic* al condenar a cuatro acusados por crímenes sexuales basándose en la noción de ECC. En el caso *Kvočka* el tribunal señaló que el arresto de mujeres, la presencia de guardias sólo masculinos, y la conducta indisciplinada de esos guardias no podía sino augurar la ocurrencia de violencia sexual. La sala insistió en que esos ingredientes no distorsionaban lógica alguna sino que más bien llevaban a una conclusión previsible:

"En el campo de Omarska había aproximadamente 36 mujeres detenidas, custodiadas por hombres armados que solían estar ebrios, incurrían en conductas violentas que implicaban asuso físico y psicológico y a quienes se les permitía actuar con virtual impunidad. Esperar que ninguna de las mujeres detenidas en Omarska, colocadas en circunstancias que las hacían especialmente vulnerables, fuera sometida a violación o a otras formas de violencia sexual sería en realidad algo poco realista y contrario a toda lógica racional. Esto es particularmente cierto a la luz de la clara intención del emprendimiento criminal de someter a persecución al grupo objetivo utilizando

⁷⁴ Sentencia de apelación caso *Tadic*, para 222

⁷⁵ *Krstic*, para 617

⁷⁶ *Krstic*, para 615

medios como la violencia y la humillación”.⁷⁷

El segundo pronunciamiento jurídico importante en relación a la violencia sexual y el ECC surgió del veredicto en el caso *Krijnsnik*. Además de los crímenes que constituyen la intención original del ECC, otros crímenes pueden sumársele con posterioridad. Si quienes conforman el ECC no toman ninguna medida eficaz para impedir la reaparición de estos nuevos delitos, la responsabilidad que les cabe respecto del ECC puede incrementarse.⁷⁸ De ahí que la violencia sexual persistente, perpetrada dentro y fuera de los campos de detención⁷⁹, que surge a partir de otras conductas criminales y no es atendida por quienes forman parte del ECC puede incrementar su responsabilidad dado que esos crímenes posteriores pasan a considerarse parte del propósito común del ECC original.

Por eso los delitos de violencia sexual, ya sea como parte del plan criminal común original, como consecuencia previsible de otro plan común, o como crímenes de evolución posterior que concuerdan con el propósito común original, generan responsabilidad penal individual a través del ECC. El enfoque del ECC, que reconoce la posibilidad de prever la violencia sexual, ofrece un marco de referencia útil y lúcido para la responsabilidad conjunta sobre todo en el caso de partícipes/perpetradores que están físicamente alejados de los lugares donde tienen lugar los crímenes de agresión sexual, incluyendo a líderes militares y políticos.

2. Responsabilidad indirecta

La segunda forma de responsabilidad penal individual es la responsabilidad penal indirecta, por la que una persona que ocupa un puesto de autoridad superior – ya sea militar, política, empresarial o cualquier otro estatus jerárquico- es responsable por los actos cometidos por sus subordinados.⁸⁰ En los crímenes que son endémicos a los escenarios de guerra está involucrado el personal militar en su cadena de mandos y también funcionarios/os políticos que integran jerarquías burocráticas. La responsabilidad indirecta de quienes ocupan un cargo superior es una forma muy apropiada de apuntar a la responsabilidad de algunas personas que ocupan puestos de mando más elevados que los de los perpetradores directos.

La responsabilidad de quienes ocupan cargos de nivel superior constituyó la base de la responsabilidad en *Fiscal v. Blaskic*⁸¹. El tribunal de primera instancia emitió un veredicto de culpa por actos inhumanos que caían bajo la definición de trato cruel como crimen de guerra, afirmando que a la violencia sexual se la consideraba “previsible” porque el Coronel Blaskic había acuartelado a soldados del Consejo de Defensa Croata (HVO) en una escuela en la que estaban detenidas mujeres de la población civil. El tribunal de primera instancia reprendió al Coronel Blaskic diciéndole que “no podía haber ignorado la atmósfera de terror y violación que reinó en esa escuela”.⁸² Con ecos del lenguaje sobre consecuencias naturales y previsibles del caso Kirstic pero bajo el formato de la responsabilidad indirecta de los

⁷⁷ *Kvočka*, para. 327

⁷⁸ *Krijnsnik*, para 1098

⁷⁹ *Krijnsnik*, para 1105

⁸⁰ El artículo 7(3) del Estatuto del Tribunal para la ex-Yugoslavia expresa la responsabilidad penal indirecta en los términos siguientes: “El hecho de que cualquiera de los actos a los que se hace alusión en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto fuera cometido por un subordinado no libera a su superior de responsabilidad penal si él sabía o tenía razones para saber que el subordinado iba a cometer tales actos o si ya los había cometido sin que el superior tomara las medidas necesarias y razonables para impedirlo o para castigar al subordinado por ese motivo”.

⁸¹ *Fiscal v. Blaskic*, sentencia, Caso No. IT-95-14-T, 3 de marzo de 2000, para. 721

⁸² *Blaskic*, para. 732

mandos/superiores, la decisión del tribunal de primera instancia en el caso *Blaskic*, en principio, reafirma que la violencia de género y en particular la violación, se pueden caracterizar como crímenes previsible que quienes ocupan cargos superiores en la jerarquía militar están obligadas/os a prevenir o a castigar para no violar el DIH o la ley penal internacional.⁸³

La responsabilidad de quienes ocupan cargos superiores también constituyó la base para determinar responsabilidad individual en el caso *Nahimana* del Tribunal para Ruanda, en el que las condenas dictadas contra tres acusados por el crimen sustantivo de “incitación pública a cometer genocidio” se fundamentaron en su relación laboral con personas que durante el genocidio ruandés habían utilizado las ondas radiales públicas y la prensa escrita para exhortar a actos de violencia de género como las múltiples violaciones de mujeres tutsi.

Aunque puede haber una tendencia a preferir el tipo ECC para establecer la responsabilidad de quienes ocupan puestos de mando o superiores, sólo las acusaciones y veredictos futuros de la CPI podrán revelar en qué medida la responsabilidad bajo ese formato resultará aceptable y factible en el largo plazo. Aun con los principios legales del ECC en permanente evolución, la existencia de líderes militares o civiles que no logran garantizar que sus subordinados mantengan la disciplina⁸⁴ garantiza que la doctrina de la responsabilidad de los superiores siga teniendo relevancia.

Junto con los crímenes sustantivos de agresión sexual, el acceso a las teorías directas e indirectas sobre la responsabilidad individual, basadas en los hechos y actos del perpetrador, debe formar parte del ejercicio de acceso a la justicia en igualdad de condiciones para garantizar los derechos humanos de las mujeres⁸⁵.

b. Obstáculos. El delito de violación en el proceso penal: el factor consentimiento.

En el desarrollo reciente del DIH y del derecho penal internacional se han observado progresos considerables en la investigación, acción judicial y dictado de sentencias sobre el delito de violación.⁸⁶ Pero siguen existiendo obstáculos. El acceso a la protección en igualdad de condiciones para las mujeres bajo normas

⁸³ La Cámara de Apelaciones en el caso *Blaskic* sostuvo que “las detenidas en Dubravica y ... los centros de detención ubicados allí (las ex barracas del Ejército Popular Yugoslavo –JNA- y el poblado Rotilj) estaban más allá del control del apelante” y revocó la condena por violencia sexual. *Fiscal v. Blaskic*, Caso No. IT-95-14-A, 29 de julio de 2004, para. 613

⁸⁴ Ver aceptación del formato de responsabilidad individual por parte del Tribunal de Primera Instancia bajo el Artículo 25(3) en el caso de *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Décision sur la confirmation des charges, Cour Pénale Internationale, Chambre Préliminaire I, Doc. No. ICC-01/04-01/06, 29 de enero de 2007 (“Decisión confirmatoria de la acusación”).

⁸⁵ En la Reunión de Expertas/os de la OACDH realizada en octubre de 2007 y convocada por la Unidad Derechos de las Mujeres y Género, las/os participantes discutieron acerca de la importancia de brindar módulos de capacitación jurídica para integrantes de las fuerzas armadas, fuerzas de paz y policía, que traten sobre esta jurisprudencia emergente de la responsabilidad de los mandos y el ECC, sobre todo acerca de la premisa de la violencia sexual como consecuencia previsible de otras acciones u omisiones. Las/os participantes también reflexionaron acerca de si quienes ocupan cargos superiores pueden o no invocar su responsabilidad desde un marco de referencia similar al *caveat emptor* que se utiliza en responsabilidad extra contractual.

⁸⁶ Ver, Judith G. Gardam and Michelle J. Jarvis, *Women, Armed Conflict and International Law*, Kluwer Law International, 2002, donde las críticas a las sentencias del Tribunal para la ex-Yugoslavia y el Tribunal de Ruanda, que alcanzan también al acento puesto por la fiscalía, apuntan a la premisa de las mujeres como víctimas de agresión sexual mientras que son pocas las observaciones y conclusiones judiciales que cuestionan los aspectos de género de las doctrinas inherentes al DIH como los daños colaterales y la necesidad militar.

humanitarias puede evaluarse, si no medirse, por los logros y fracasos de la investigación, acción judicial y dictado de sentencias en casos de violación. Existen críticas relevantes de abogadas, académicas y activistas feministas que con razón sostienen que la violación ha dominado el escenario judicial internacional en detrimento de otros crímenes de género y otros temas vitales como las medidas de protección y la paridad de géneros entre el personal.⁸⁷ Sin embargo se debe conceder que las reparaciones en las sentencias por violación son indicadores que pueden servir para medir el acceso de las mujeres a la justicia.⁸⁸

La trayectoria cronológica de las sentencias que se han pronunciado sobre el crimen de la violación se extiende desde el caso *Akayesu*⁸⁹, del Tribunal para Ruanda en 1998 que habla de la violación como delito de lesa humanidad y como elemento del genocidio, hasta el caso *AFRC* en la Corte Especial para Sierra Leona que caracterizó a la violación como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra. Lo que siempre ha distinguido y posiblemente también siempre ha perjudicado la interpretación de la jurisprudencia sobre “violación” comparándola con la de otros crímenes sustantivos y centrales para el DIH y el derecho internacional, ha sido la tensión permanente en torno a los elementos legales de la violación. Específicamente se ha discutido si se debe incluir o no el elemento de “falta de consentimiento de la víctima” y en caso afirmativo, cómo interpretarlo.

En *Akayesu*, el primer juicio de primera instancia del Tribunal para Ruanda, el acusado fue considerado culpable de genocidio⁹⁰ y de violación como crimen contra la humanidad. Durante el genocidio ruandés *Akayesu*, como autoridad política de mayor rango en la Comuna Taba, Ruanda, alentó a los miembros de la población hutu a unirse contra la población tutsi y asesinarla. Angustiada y buscando refugio frente a las masacres la población tutsi desplazada – en su mayoría mujeres, niñas y niños– inundó las oficinas municipales de Taba en las que trabajaba *Akayesu*.

En el juicio, la testigo J declaró que la milicia Interhamwe había violado a su hija de seis años de edad en la comuna Taba. La testiga H refirió que los Interhamwe

⁸⁷ *Id.* críticas convincentes llamaron la atención acerca de que el énfasis puesto en la violación (sexual) ha hecho que otras discriminaciones por género que constituyen violaciones (a los derechos humanos) queden en la oscuridad como por ejemplo cómo ofrecer una guía más coherente en temas procesales y administrativos que guardan relación con las mujeres y las niñas; la protección a las testigos/os para que puedan acceder a las cortes y tribunales; identificar al personal y hacer campaña por que se nombre a jueces/juezas con sensibilidad de género; crear programas de compensaciones, reparaciones y restitución por los daños físicos, mentales y económicos causados a las mujeres y las niñas por los conflictos y los genocidios.

⁸⁸ *Ver*, Binaifer Noworojee, “Your Justice is too Slow: Will the ICTR Fail Rwanda’s Rape Victim?”, documento ocasional no. 10, United Nations Research Institute for Social Development, p. 18-19, disponible en www.unrisd.org/publication/opgp10

⁸⁹ Sentencia *Akayesu*

⁹⁰ Los crímenes sustantivos punibles según el artículo 2, Genocidio, del Estatuto del Tribunal para Ruanda son:

3. Los siguientes actos serán punibles:

- (a) genocidio;
- (b) conspiración para cometer genocidio;
- (c) incitación directa e indirecta a cometer genocidio; ...
- (e) complicidad en el genocidio

Para entender qué actos se tiene intención de incluir bajo el crimen de genocidio, es necesario hacer referencia al artículo 2(2) del Estatuto del Tribunal para Ruanda, que afirma:

2. Genocidio significa cualquiera de los actos siguientes cometido con la intención de destruir, en todo o en parte, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- (a) asesinar a integrantes de ese grupo;
- (b) causar daños corporales o mentales graves a integrantes del grupo;
- (c) imponer en forma deliberada a un grupo determinado condiciones de vida que estén pensadas para desencadenar su destrucción física completa o parcial;
- (d) imponer medidas que tienen por objeto impedir los nacimientos en un determinado grupo;
- (e) transferir por la fuerza a niñas/os de un determinado grupo a otro.

habían violado mujeres cerca de la oficina de Akayesu y que a ella misma la habían violado cerca de las oficinas de la municipalidad. Como resultado de esos testimonios, el Fiscal solicitó y obtuvo una suspensión del procedimiento judicial para modificar la acusación⁹¹ y terminó presentando cargos contra Akayesu por: violación y actos inhumanos como crímenes contra la humanidad; ultrajes a la dignidad personal como crimen de guerra y violencia sexual haciendo referencia a la definición de genocidio en el artículo 2(b), es decir, causar daño corporal o mental grave a integrantes de un determinado grupo. En la acusación se mencionaron los hechos siguientes:

... Muchas mujeres fueron obligadas a soportar múltiples actos de violencia sexual que a veces fueron cometidos por más de un agresor. Estos actos de violencia sexual por lo general se vieron acompañados de amenazas explícitas de muerte o daño corporal. Las mujeres de la población civil desplazadas vivieron bajo el miedo constante y su salud tanto física como mental se deterioró a consecuencia de la violencia sexual, las golpizas y los asesinatos.

Jean Paul AKAYESU sabía que se estaban cometiendo actos de violencia sexual, golpizas y asesinatos, y en ocasiones estuvo presente durante su comisión. Jean Paul AKAYESU facilitó la comisión de actos de violencia sexual, golpizas y asesinatos permitiendo que los mismos ocurrieran cerca de las oficinas comunales. En virtud de su presencia durante la comisión de actos de violencia sexual, golpizas y asesinatos, y de no haber impedido que dichos actos ocurrieran, Jean Paul AKAYESU alentó la realización de estas actividades⁹².

La condena de Akayesu por genocidio, basada *inter alia* en evidencias de violencia sexual, marcó un hito innovador en la jurisprudencia.⁹³ La sala de Primera Instancia mencionó siete incidentes de violación y violaciones múltiples por los que hizo responsable a Akayesu. Esta condena fundacional por violación como crimen de lesa humanidad produjo la primera definición de los elementos legales que constituyen el delito de violación proporcionada por un foro judicial internacional. Esos elementos eran “la invasión física de naturaleza sexual, cometida contra una persona en circunstancias de coerción”⁹⁴. En contraste con los elementos “tradicionales” del delito de violación en el plano nacional, la sentencia de *Akayesu* se abstiene de mencionar el requisito de que la víctima haya comunicado al perpetrador por vía física o verbal su falta de consentimiento para la invasión física de naturaleza sexual. Por eso las juezas y jueces no se internaron en una discusión prolongada acerca del consentimiento, dado que en los alrededores de la comuna Taba y de las oficinas municipales donde tuvieron lugar las violaciones primaban las ‘circunstancias

⁹¹ En el juicio, la sala de Primera Instancia reconoció que la preocupación pública por la negligencia histórica frente a la investigación y judicialización de la violencia sexual en el plano internacional era justificada, pero entendió que la moción presentada por el Fiscal para modificar la acusación ‘se originaba en el testimonio espontáneo de violencia sexual presentado por los testigos J y H en el transcurso del juicio y la consecuente investigación de la fiscalía, y no en la presión social’ (Sentencia *Akayesu*, para. 417)

⁹² *Fiscal v. Jean Paul Akayesu*, Acusación modificada, ICTR-96-4-1, para. 12

⁹³ La sala de Primera Instancia sostuvo que el artículo 2(2)(b) que ‘sin limitarse a ello, se refiere a actos de tortura, ya sea la misma corporal o psicológica, trato inhumano o degradante (o) persecución’, consideraba como prueba suficiente según el párrafo 12(A) y 12(B) el daño corporal o psicológico grave, poniendo énfasis en que ‘en su opinión ‘las violaciones y la violencia sexual constituían genocidio tal como cualquier otro acto que se cometiera con la intención específica de destruir, en todo o en parte, a un grupo determinado contra el que apuntaran tales acciones’ (Sentencia *Akayesu* para. 731).

⁹⁴ Sentencia *Akayesu*, para. 598. La Sala de Primera Instancia también sostuvo que violencia sexual es ‘todo acto de naturaleza sexual que se comete contra una persona en circunstancias de coerción’, para. 598. La Sala de Primera Instancia condenó a Akayesu a varios términos de diez años de prisión consecutivos que equivalieron a prisión perpetua.

que eran de coerción'. Los elementos del delito de violación en el caso *Akayesu* no fueron cuestionados en la apelación⁹⁵ por lo que la Cámara de Apelaciones del Tribunal para Ruanda, al confirmar la condena, confirmó en *obiter dicta* el pronunciamiento de la Sala de Primera Instancia acerca de los elementos del delito.

En diciembre de 1998, cuatro meses después del fallo de primera instancia en el caso *Akayesu*⁹⁶ una sala de Primera Instancia del Tribunal para la ex-Yugoslavia condenó, en la sentencia del caso *Furundzija*⁹⁷, a un comandante de las Fuerzas Especiales por violación y tortura como crímenes de guerra invocando el artículo 3 de la Convención de Ginebra, tal como se lo reconoce bajo el artículo 3 del Estatuto del Tribunal para la ex-Yugoslavia. En este caso, la testigo A describió cómo había sido arrestada y mantenida en cautiverio en las barracas de las Fuerzas Especiales donde, durante un interrogatorio conducido por el acusado y el perpetrador copartícipe B, fue sometida a violación en público y a amenazas de mutilación sexual⁹⁸. La sala de Primera Instancia sostuvo que los elementos del delito de violación fueron: (i) la penetración sexual, por superficial que haya sido, de la vagina o el ano de la víctima por el pene del perpetrador o por cualquier otro objeto utilizado por el perpetrador; o de la boca de la víctima por el pene del perpetrador; (ii) por coacción o fuerza o amenaza de fuerza contra una víctima o tercera persona.⁹⁹

Los elementos del delito de violación en el caso *Furundzija* se apartaron de la definición en el caso *Akayesu* en dos sentidos: su enfoque mecánico y fisiológico, y la inclusión de los términos "tercera persona", neutros en cuanto al género. Pero ambas definiciones dejan de lado la falta de consentimiento de la víctima como requisito para que se haya cometido una violación.¹⁰⁰ La sala de Primera Instancia de *Furundzija* subrayó que "cualquier forma de cautiverio invalida el consentimiento"¹⁰¹. Al igual que sucedió con la definición de *Akayesu*, los elementos esenciales de la definición de violación en el caso *Furundzija* no fueron revertidos en la apelación.

En el caso siguiente del Tribunal para Ruanda, *Musema*¹⁰² se mantuvo la definición de violación de *Akayesu* aunque la cámara de apelaciones revocó la condena por agresión sexual invocando la (falta de) credibilidad de la testigo y el descubrimiento de nuevos hechos. Por eso, los elementos mencionados en *Akayesu* continuaron rigiendo la jurisprudencia del Tribunal para Ruanda hasta que la jurisprudencia del Tribunal para la ex-Yugoslavia superó su peso legal. En el caso Kunarac (febrero de 2001) la sala de Primera Instancia condenó a tres acusados a prisión por violación caracterizándola como crimen de lesa humanidad. (Las víctimas eran) niñas y mujeres bosnio-musulmanas que habían estado detenidas durante

⁹⁵ *Fiscal v. Jean-Paul Akayesu*, Sentencia, Caso No. ICTR-96-4-A, 1 de junio de 2001, (Sentencia de Apelación caso *Akayesu*)

⁹⁶ Un mes después de *Akayesu*, en octubre de 1998, la sala de Primera Instancia del Tribunal para la ex-Yugoslavia sostuvo, en el caso *Celebici*, que las violaciones cometidas en prisión contra serbio-bosnias por parte de bosnios musulmanes constituían torura y coincidió, aunque en *obiter dicta*, con la definición de violación expresada en *Akayesu*, para. 478-479.

⁹⁷ Sentencia del caso *Furundzija*

⁹⁸ El acusado B, cuyo nombre –Bralo- se diera a conocer más tarde, fue formalmente acusado pero sólo se lo arrestó varios años después de que *Furundzija* fuera juzgado y condenado. Bralo se declaró culpable de haber violado a la testigo A. Actualmente cumple una condena de veinte años de cárcel. Ver *Fiscal v. Miroslav Bralo*, sentencia, IT-95-17-A, 2 de abril de 2007, Disposición, p. 44

⁹⁹ Sentencia caso *Furundzija*, p. 180

¹⁰⁰ Ver Anne-Marie L.M. de , 'Supranational Criminal Prosecution of Sexual Violence: The ICC and the Practice of the ICTY and the ICTR', en *School of Human Rights Research Series*, University of Tilburg, Volumen 20, (2006), 121.

¹⁰¹ *Furundzija*, para. 271.

¹⁰² *Fiscal v. Alfred Musema*, Sentencia, Caso No. ICTR-96-13-T, 27 de enero de 2000 (en adelante 'Sentencia *Musema*'); *Fiscal v. Alfred Musema*, Sentencia, Caso No. ICTR-9613-A, 16 de noviembre de 2001 ('Sentencia de apelación *Musema*').

períodos prolongados y fueron sometidas a violación incesante en sus lugares de detención¹⁰³. La sala de Primera Instancia describió los elementos del delito de violación de la siguiente manera:

La penetración sexual, por superficial que esta sea: (a) de la vagina o el ano de la víctima por el pene del perpetrador o cualquier otro objeto utilizado por el perpetrador; o (b) de la boca de la víctima por el pene del perpetrador; siempre que tal penetración ocurra sin consentimiento de la víctima. Con este fin, el consentimiento debe ser consentimiento voluntariamente otorgado, como producto del libre albedrío de la víctima, evaluado de acuerdo a las circunstancias que la rodean. La *mens rea* es la intención de llevar a cabo la penetración sexual y el conocimiento de que la misma ocurre sin el consentimiento de la víctima.¹⁰⁴

Kunarac estableció la falta de consentimiento como requisito con dos elementos: que el consentimiento de la víctima para ser considerado como tal debe ser otorgado voluntariamente como producto de su libre albedrío, y que el perpetrador debe tener conocimiento de que la penetración ocurre sin consentimiento. Opinó que el consentimiento debe evaluarse teniendo en cuenta las circunstancias que rodean al hecho. La definición en el caso *Kunarac* se conoce a veces como la definición *Furundzija/Kunarac* porque retiene los elementos mecánicos de la definición en el caso *Furundzija* aunque elimina los elementos de coacción, fuerza y amenaza de fuerza. La Cámara de Apelaciones del caso *Kunarac* confirmó la definición de la sala de Primera Instancia conservando el requisito previo de "falta de consentimiento de la víctima" aunque los jueces y juezas expresaron que los centros de detención en los que las víctimas habían sido retenidas constituían "circunstancias de coerción al punto de negar toda posibilidad de consentimiento".¹⁰⁵

Así, el veredicto de primera instancia en el caso *Akayesu* le dio prominencia jurídica a la Cámara de Apelaciones en el caso *Kunarac* y expresó la formulación legal vinculante sobre los elementos del delito de violación que luego sería aplicada por las salas de primera instancia en ambos tribunales *ad hoc*.¹⁰⁶

La sentencia del caso *Fiscal v. Laurent Semanza*¹⁰⁷ que llevó a la condena del ex *bourgmestre* (alcalde) que había instigado a quienes violaron a la testigo A durante el genocidio, se dio a conocer después del fallo de apelación en el caso *Kunarac* y por ende se vio obligada, según la doctrina *stare decisis*, a definir la violación con base en los elementos formulados en *Kunarac*. Después de *Semanza*, las salas de primera instancia ruandesas siguieron utilizando la definición de violación que puede encontrarse en la sentencia de apelación del caso *Kunarac*, aunque

¹⁰³ Los acusados *Kunarac* y *Kovac* también fueron condenados por esclavitud como crimen de lesa humanidad.

¹⁰⁴ Sentencia *Kunarac*, para. 460.

¹⁰⁵ *Fiscal v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic*, Casos No. IT-96-23-A e IT-96-23/1-A, 12 de junio de 2002

¹⁰⁶ Existe la exigencia de que una cámara de apelaciones o una sala de primera instancia se atenga a la doctrina de *stare decisis*, que debe observarse cuando los casos son similares o sustancialmente similares, pero no en casos que sean diferentes o que pueden distinguirse fácilmente uno del otro dado que en estos casos la aplicación de esta doctrina llevaría a un veredicto injusto (*Fiscal v. Zlato Aleksovski*, sentencia, Caso No. IT-95-14/1-A, 24 de marzo de 2000, para. 110-111).

¹⁰⁷ *Fiscal v. Laurent Semanza*, Sentencia e imposición de la sentencia, Caso No. ICTR-97-20-T, 15 de mayo de 2003 (Sentencia *Semanza*). *Semanza* también fue encontrado culpable de complicidad para cometer genocidio, exterminación, asesinato, tortura. Las condenas que se le impusieron por agresiones sexuales (violación y tortura) fueron confirmadas en la apelación. *Fiscal v. Laurent Semanza*, Sentencia e imposición de la sentencia, Caso No. ICTR-97-20-A, 20 de mayo de 2005 (Sentencia de Apelación *Semanza*).

algunas de ellas¹⁰⁸ intentaron formular una congruencia práctica que reconciliara la definición conceptual de Akayesu¹⁰⁹ con los elementos mecánicos de la violación en *Kunarac*. En la sentencia del caso *Fiscal v. Muhimana*¹¹⁰ la sala de Primera Instancia afirmó que:

Considera que Furundzija y Kunarac, que en ocasiones se ha considerado que se apartan de la definición de violación en *Akayesu* – como sucedió en *Semanza*- en realidad están sustancialmente en sintonía con esa definición y brindan detalles adicionales acerca de los elementos constituyentes del delito de violación.

La Cámara es de la opinión que la definición en *Akayesu* y los elementos en *Kunarac* no son incompatibles ni difieren en forma sustantiva en su aplicación. Mientras *Akayesu* se refirió en general a la “invasión física de naturaleza sexual”, *Kunarac* avanzó en la formulación de los parámetros de lo que podría constituir una invasión física de naturaleza sexual equivalente a violación.

Basándose en el análisis que acaba de manifestar, la Sala adhiere a la definición conceptual de violación establecida en *Akayesu* que incluye los elementos establecidos en *Kunarac*.¹¹¹

Los elementos del delito de violación elaborados por los Paneles Especiales¹¹² son idénticos a los de los Elementos del Delito de la CPI. Sin embargo, en el caso *Cardoso* las juezas y jueces de los Paneles Especiales enviaron señales contradictorias al interpretar los elementos del delito de violación inspirados por la CPI. Por un lado, opinaron que la falta de consentimiento era un elemento persuasivo, sobre todo en casos de violaciones consideradas crímenes de lesa humanidad, y que las circunstancias de coerción o las situaciones de amenaza convierten a cualquier acto en no consensuado. Pero las juezas y los jueces también se mostraron de acuerdo con *Kunarac* en que el consentimiento ocupa un lugar central en los elementos del delito de violación y que debe ser otorgado voluntariamente y a partir del libre albedrío de la víctima.¹¹³

Además de las formulaciones contrastantes en los elementos del delito de violación según la CPI y los Paneles Especiales y en la definición que puede encontrarse en la apelación al caso *Kunarac*, esta última continuó siendo la interpretación legal acerca de la violación que prevaleció en casos posteriores litigados ante los Tribunales de Ruanda y la ex-Yugoslavia.¹¹⁴ Sólo después de que el Fiscal planteara un fundamento expreso para la apelación tras el veredicto del Tribunal para Ruanda en el juicio de primera instancia del caso *Gacumbitsi*¹¹⁵ la Cámara de Apelaciones del Tribunal para Ruanda revisó el estatus legal de la exigencia de “falta del elemento consentimiento”. La Cámara de Apelaciones del Tribunal para Ruanda aceptó los fundamentos de la apelación, como cuestión de ‘significado general’ para la jurisprudencia del Tribunal pero no para determinar si la

¹⁰⁸ Ver *Fiscal v. Kajelijeli*, Sentencia e imposición de la sentencia, Caso No. ICTR-98-44A-T, 1 de diciembre de 2003.

¹⁰⁹ Catherine MacKinnon, ‘Defining Rape Internationally: A Comment on Akayesu’, *Columbia Journal of International Law* (2006), 941.

¹¹⁰ *Fiscal v. Muhimana*, sentencia, Caso No. ICTR-95-1B-T, 25 de abril de 2005

¹¹¹ *Muhimana*, sentencia, para.

¹¹² Regulación 2000/25 de la UNTAET, Sección 34.

¹¹³ *Cardoso*, 449 y 452.

¹¹⁴ Ver *Fiscal v. Milomir Stakic*, sentencia, Caso o.IT-97-24-T, 31 de julio de 2003, p. 755; *Fiscal v. Dragon Nikolic*, imposición de la sentencia, Caso No. IT-94-2, 18 de diciembre de 2003, para. 113.

¹¹⁵ *Fiscal v. Galumbitsi*, sentencia, Caso No. ICTR-2001-64-T, 17 de junio de 2004 (Sentencia *Gacumbitsi*)

defensa merecía que se revocara la condena.

En el juicio, los hechos que se utilizaron para probar la falta de consentimiento de las víctimas en *Gacumbitsi* demostraron que a las mujeres y niñas se las había violado 'bajo las siguientes circunstancias precisas: 1) antes de ocurrir las violaciones el acusado exhortó a los Interhamwe a asesinar, de una forma atroz, a toda mujer que se resistiera a las agresiones sexuales; y 2) las que luego serían víctimas de violación estaban intentando huir de sus agresores cuando fueron violadas. La sala de Primera Instancia consideró que estas circunstancias bastaban para establecer la falta de consentimiento de las víctimas.¹¹⁶

Tras deliberar acerca de si analizar las circunstancias coercitivas *a la Akayesu* o *a la Furundzija* constituía el procedimiento adecuado, o si la 'falta de consentimiento' era la construcción jurídica adecuada, las juezas y jueces de Apelación en *Gacumbitsi* volvieron a confirmar que la falta de consentimiento de las víctimas y el conocimiento de esa característica por parte de los perpetradores constituían efectivamente elementos del delito de violación que el Fiscal debía probar más allá de toda duda razonable.¹¹⁷ Aun así, la Cámara de Apelación señaló que:

La Fiscalía puede probar la falta de consentimiento más allá de toda duda razonable demostrando la existencia de circunstancias coercitivas bajo las cuales es imposible un consentimiento significativo. Como sucede con todos los elementos de cualquier delito, la sala de Primera Instancia tendrá en cuenta todas las evidencias relevantes y admisibles para determinar si, bajo las circunstancias del caso, resulta apropiado llegar a la conclusión de que queda probada la falta de consentimiento más allá de toda duda razonable. Pero como asunto legal no es necesario que el Fiscal presente pruebas concernientes a las palabras o conducta de la víctima, o de la relación entre la víctima y el perpetrador. Tampoco es necesario presentar evidencias de que se haya utilizado la fuerza. Por lo contrario, la sala de Primera Instancia tiene la libertad de inferir la falta de consentimiento a partir de las circunstancias de fondo, como por ejemplo una campaña genocida en curso o el hecho de que la víctima esté bajo arresto.¹¹⁸

Si bien la indagación girará en torno a las circunstancias de coerción, en el lenguaje concreto que se utiliza para los elementos persisten referencias al consentimiento de la víctima. Por eso la sentencia de apelación en *Gacumbitsi* sostuvo que prevalecía la definición de *Kunarac*, conceptualmente y *de jure*. La sentencia de apelación en *Mahimana*, que es posterior, respetó la doctrina de la *stare decisis* y aplicó el criterio de la apelación en *Gacumbitsi*.

La postura de *Gacumbitsi* sobre las circunstancias versus la falta de consentimiento ha sido objeto de análisis y críticas. Schomberg se pronuncia en contra del lenguaje de *Gacumbitsi*, señalando que las posiciones extremadamente desiguales del perpetrador y la víctima/sobreviviente son intrínsecas al "elemento internacional"¹¹⁹, cuyas circunstancias de por sí transforman las violaciones cometidas

¹¹⁶ Sentencia *Gacumbitsi*, para. 325

¹¹⁷ *Fiscal v. Gacumbitsi*, sentencia, Caso No. ICTR-2001-64-A, 7 de julio de 2006, para.153 (en adelante sentencia de apelación *Gacumbitsi*).

¹¹⁸ Sentencia de apelación *Gacumbitsi*, para. 153

¹¹⁹ W. Schomberg and I. Petersen, 'Notes and Comments on Genuine Consent to Sexual Violence Under International Criminal Law', *101 American Journal of International Law* 128, 2007

en tiempo de guerra en crímenes de lesa humanidad y crímenes internacionales. La falta de consentimiento es una consideración inadecuada en el contexto de la legislación internacional dado que al determinarse la jurisdicción ello equivale a determinar que el acto sexual tuvo lugar en un contexto en el que estaba ausente la autonomía sexual.¹²⁰ Sellers optó por una evaluación estricta de los procedimientos legales. En su opinión, ambas cámaras de apelación desaprovecharon las herramientas legales que tenían a su disposición, afirmando que la Cámara de Apelaciones en *Gacumbitsi* debería haber revocado la decisión de la Cámara de Apelaciones en *Kunarac*, invocando la forma demasiado apresurada en que se habían descartado las leyes municipales sobre violación que rigen en caso de violaciones y abusos sexuales en las prisiones y que normalmente consideran irrelevante desde el punto de vista legal toda exigencia de (probar la) falta de consentimiento, y señalando la imprudencia de haber recurrido sólo a las leyes nacionales sobre violación común. Sostiene también que la Cámara de Apelaciones en *Gacumbitsi* no logró corregir la decisión *per incuriam*¹²¹ y luego agravó el error al confirmar la relevancia del elemento de la falta de consentimiento entre los elementos del delito internacional de violación.¹²² Otras críticas a los elementos del delito de violación como crimen internacional anteriores a la decisión de la apelación en *Gacumbitsi* continúan resultando convincentes.¹²³

En junio de 2007, la Corte Especial para Sierra Leona dio a conocer su primer veredicto, el del caso ARFC¹²⁴. La sala de Primera Instancia de la Corte Especial para Sierra Leona deliberó con base en las evidencias presentadas contra los tres acusados por hechos ocurridos en diversas localidades de Sierra Leona en el curso de un conflicto armado prolongado y brutal. Las acusaciones consistían en crímenes de lesa humanidad, específicamente asesinato, exterminio, esclavitud, violación, esclavitud sexual, otras formas de violencia sexual, actos inhumanos y crímenes de guerra que consisten en terrorismo, castigos colectivos, violencia contra la vida, la salud y el bienestar físico o mental de las personas, ultrajes a la dignidad personal y saqueo.

La sala de Primera Instancia de la Corte para Sierra Leona escuchó numerosos relatos de testigos acerca de hechos de violencia sexual, llenos de incidentes de violaciones en público, esclavitud sexual de mujeres jóvenes y niñas por parte de los rebeldes que muchas veces se perpetuaban en matrimonios forzados, en los que a las mujeres se las llamaba 'esposas de los arbustos', y repetidos actos de mutilación y

¹²⁰ Las y los participantes en la Reunión de Expertas/os discutieron si apoyarse en el 'elemento internacional' –en esencia, satisfacer los requisitos para establecer la jurisdicción internacional- no constituía un obstáculo y una barrera innecesaria que impedía a las abogadas o abogados que trabajan a nivel nacional alentar a sus sistemas judiciales a utilizar la jurisprudencia penal internacional. Si el elemento 'internacional' fuera tan peculiar a los delitos internacionales, entonces podrían justificarse los diferentes elementos del delito de violación a nivel nacional o municipal. Las y los participantes comentaron que tomar el elemento internacional como base para no exigir el elemento de la falta de consentimiento a nivel internacional puede perjudicar el reconocimiento de la analogía de las circunstancias inmediatas que existe en contextos nacionales y en delitos internacionales como los escenarios de detención, violencia doméstica por períodos prolongados o condición, como por ejemplo cuando se trata de una/un menor de edad, o de un/a adulto/a con discapacidad, casos en los que se justifica eliminar el elemento de la falta de consentimiento.

¹²¹ Una decisión que se pronuncia *per incuriam* es una decisión judicial que ha sido tomada sobre bases erróneas, en general porque las juezas y jueces no contaban con la información adecuada acerca de la aplicabilidad de una determinada ley o porque utilizaron una ley que no era aplicable (*Fiscal v. Zlato Aleksovski*, sentencia, Caso No. IT-95-14/1-A, 24 de marzo de 2000, para. 108).

¹²² Sellers, 'The 'Appeal' of Sexual Violence: Akayesu/Gacumbitsi', en *Gender-based Violence in Africa*, Karen Stefisyn (ed.), University of Pretoria, 2007.

¹²³ Ver MacKinnon, 'Defining Rape Internationally: A Comment on Akayesu', en *ARE WOMEN HUMAN? AND OTHER INTERNATIONAL DIALOGUES*, The Belknap Press of Harvard University Press (2006), 237; Anne-Marie L.M. de Brouwer, 'Supranational Criminal Prosecution of Sexual Violence: The ICC and the Practice of the ICTY and the ICTR', *infra* nota 100, 115-120

¹²⁴ *Infra*, nota 55

amenaza sexual.¹²⁵

El caso estuvo plagado de lamentables errores técnicos. Estos errores se destacan para demostrar cómo las fallas procesales operan como obstáculo para el ejercicio por parte de las mujeres de su derecho humano al acceso a las normas humanitarias y por ende a la justicia legal en condiciones de igualdad. En primer lugar, las juezas y jueces de primera instancia desestimaron los cargos presentados en el Cargo No. 7 – esclavitud sexual y la cláusula residual, otras formas de violencia sexual- porque los cargos eran acumulativos y no alternativos, por ende vagos y duplicados. Las juezas y jueces sostuvieron que el Cargo No. 7 tal como fue presentada convertía a la acusación en defectuosa dado que el acusado no podía comprender qué evidencias correspondían al cargo de esclavitud sexual y cuáles fundamentaban la acusación de violencia sexual.¹²⁶

En segundo lugar como consecuencia de haber desestimado el Cargo No. 7, la sala de Primera Instancia se vio obligada a absolver a los acusados del Cargo No. 8 – actos inhumanos como crimen de lesa humanidad- que se fundamentaba en las mismas evidencias presentadas para el cargo de esclavitud sexual, dado que sostuvo que los actos que implicaban matrimonios forzados podrían caracterizarse mejor como esclavitud sexual. La sala de Primera Instancia reiteró que los hechos alegados equivalían a esclavitud sexual y por lo tanto deberían haber sido integrados *sólo* al Cargo No. 7, esclavitud sexual como crimen de lesa humanidad.¹²⁷

Pese a estos errores la sala de Primera Instancia condenó a los acusados por violación como crimen de lesa humanidad y por último, sobre la base de la conducta de esclavitud sexual, por ultrajes contra la dignidad personal como crimen de guerra. La sala de Primera Instancia se apoyó en las mismas evidencias de agresión sexual y esclavitud sexual que había aceptado para el Cargo no. 7 (desestimado) y para la absolución por el Cargo no. 8.

La sala de Primera Instancia estableció los elementos para el delito de violación como crimen de lesa humanidad de la siguiente manera:

1. Penetración no consentida, por superficial que sea, de la vagina o el ano de la víctima por el pene del perpetrador o por cualquier objeto utilizado por el perpetrador o de la boca de la víctima por el pene del perpetrador; y
2. La intención de llevar a cabo dicha penetración sexual y el conocimiento de que

¹²⁵En AFRC, paras. 969-1188, el alcance de las evidencias resulta sobrecogedor. Como cuestión preliminar, dismantela los supuestos estereotipos acerca de que las personas y particularmente las mujeres no están dispuestas a dar su testimonio en foros internacionales sobre la violencia sexual que han sufrido. Lo más importante es que pone de manifiesto la frecuencia con que ocurrieron las violaciones durante el conflicto en Sierra Leona y el alcance que tuvo allí la violencia sexual.

¹²⁶AFRC, para. 92-96. Aunque el argumento de la defensa para eliminar de la acusación el cargo No. 7 se planteó una vez que el proceso ya estaba cerrado, la sala de Primera Instancia consideró que el error de la fiscalía era una omisión flagrante que debía ser remediada para proteger el derecho de la defensa al debido proceso y la forma de hacerlo era mediante la desestimación rotunda del cargo, sin tener en cuenta el testimonio de los testigos.

¹²⁷ Disposición XIII, p. 571-573. Como se desestimó el Cargo No. 7, esclavitud sexual, la sala de Primera Instancia sostuvo que las pruebas de matrimonio forzado, que podrían caracterizarse mejor como delito de esclavitud sexual, no deberían caracterizarse como actos inhumanos. La expansión de los delitos explícitamente de agresión sexual en el Estatuto de la Corte para Sierra Leona llevó a las juezas y jueces a exigir que los alegatos basados en evidencias de agresión sexual fueran muy precisos e hicieran mención a determinados actos que habían sido enumerados. Este abordaje de la violencia sexual marca un giro que se aparta del enfoque de los Tribunales *ad hoc* que cuentan con menos delitos explícitos de base sexual y generan resultados sesgados desde el punto de vista del género.

la misma ocurre sin consentimiento de la víctima.¹²⁸

Este caso AFRC contiene la cuarta¹²⁹ definición de violación elaborada por cortes y tribunales internacionales. La definición en AFRC recoge la influencia del derecho internacional y, lo que tal vez sea aún más importante, obedece a la legislación nacional. La postura de la corte sobre la falta de consentimiento se destaca por tomar distancia de las definiciones de la CPI y los Paneles Especiales, pero en realidad reafirma la postura de *Kunarac/Gacumbitsi*, aunque con un lenguaje diferente. Después de haber enunciado la definición, las juezas y jueces también consideraron que:

El consentimiento de la víctima debe ser otorgado de manera voluntaria, a partir de su libre albedrío, evaluado según el contexto que la rodea ... en situaciones de conflicto armado la coacción es casi siempre algo universal. Para establecer la coacción no se exige que haya habido resistencia continuada por parte de la víctima, ni fuerza física e incluso amenaza de empleo de la fuerza por parte del perpetrador. El consentimiento otorgado por niñas y niños menores de catorce años no se considera válido.¹³⁰

Por último, los Elementos de los Crímenes de la CPI (Elementos de la CPI) presentan la siguiente definición de violación:

(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 coerción, o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su consentimiento genuino¹³¹.

La definición de violación según la CPI es una mezcla de las definiciones de violación según el Tribunal para la ex-Yugoslavia y el Tribunal para Ruanda, más componentes de la Regla procesal 96¹³² de las Reglas sobre Procedimientos y

¹²⁸ AFRC, para. 693

¹²⁹ Cabe señalar que la definición en *Gacumbitsi/Kunarac* se deriva de dos definiciones distintas de violación. La "tercera definición", la de la CPI, contiene un lenguaje idéntico al de las Salas Especiales para Timor del Este y Camboya.

¹³⁰ AFRC, para. 694. La definición de violación según la sala de Primera Instancia no fue cuestionada directamente por la defensa ni por la fiscalía en la instancia de apelación, por eso la definición de la sala de Primera Instancia permanece como *obiter dicta* en la apelación.

¹³¹ Elementos de la CPI, Artículo 8(2) (b) (xxii)-1.

¹³² La Regla 96 de las Reglas de Procedimiento y Evidencia del Tribunal para Ruanda afirma que:

En casos de agresión sexual:

(i) No obstante lo afirmado en la Regla 90 (C), no se requerirá corroboración alguna del testimonio de la víctima;

(ii) No se aceptará el consentimiento como defensa si la víctima:

(a) Ha sido sometida a, amenazada de o ha tenido razón para temer a la violencia, la intimidación, la detención o la opresión psicológica; o

(b) Razonablemente creyó que si ella no se sometía, otra persona podía ser sometida, amenazada o atemorizada en los términos arriba enunciados.

(iii) Antes de que se admitan evidencias del consentimiento de la víctima, el acusado deberá probar ante la sala de Primera Instancia *in camera* que tales evidencias son relevantes y creíbles;

(iv) La conducta sexual previa de la víctima no será admitida como evidencia ni como defensa para el acusado.

Evidencia empleadas por ambos tribunales *ad hoc*. La definición de la CPI se abstiene de pronunciarse en favor de los elementos en *Akayesu* o en *Furundzija* sino que opta por combinarlos. También elimina toda indagación cuando se trata de situaciones en las que el consentimiento genuino es imposible.¹³³ La definición de la CPI todavía no ha sido sometida a interpretación jurídica. ¿Qué descubrimientos fácticos serán suficientes para cada elemento, especialmente para la frase “consentimiento genuino”, (cuyo significado), una vez más, no ha sido aún establecido para el derecho penal internacional?¹³⁴ ¿Qué regulaciones procesales¹³⁵ garantizarán que la indagación *de jure* acerca de los hechos no se convierta *de facto* en una búsqueda de la falta de consentimiento de la víctima, y más concretamente que la defensa del acusado plantee el consentimiento de la víctima como su defensa, ya sea durante los interrogatorios o la presentación de sus argumentos?¹³⁶

Regla 96 de Evidencia y Procedimiento (Doc. ONU IT/32, 1 de febrero de 1994): Durante la reunión de Expertas y Expertos convocada por la Unidad de Derechos de las Mujeres y Género de la OACDH en octubre de 2007, las y los participantes expresaron su desilusión por el hecho de que la Regla 96 en su formulación original, que descartaba abiertamente el consentimiento como defensa, había sido modificada en forma considerable y en su formulación actual la regla contenía una enumeración calificadora de las circunstancias en las que el consentimiento no puede ser utilizado como defensa. Las y los participantes en la reunión de expertas/os reconocieron que se trataba de una diferenciación fundamental y también aludieron al dilema legal y procesal que se les presenta a las testigos que quedan ubicadas entre la obligación del Fiscal de probar y satisfacer la exigencia de los elementos, y la capacidad de la defensa de plantear su defensa (Ver *infra*, nota 134)

¹³³ Ver Anne-Marie L.M. de Brouwer, ‘Supranational Criminal Prosecution of Sexual Violence: The ICC and the Practice of the ICTY and the ICTR’, p. 130.

¹³⁴ Las y los participantes de la Reunión de Expertas y Expertos estuvieron de acuerdo en que las condiciones o circunstancias deben ser determinadas en la alternativa. Cualquier designación alternativa como fuerza o amenaza de fuerza o abuso de poder alcanza para establecer el requisito de la sección subalterna (2). Las y los participantes también estuvieron de acuerdo en que para que las situaciones de coacción económica o cultural se puedan considerar factores viables, comparables, es necesario incluir la frase “tal como”. También se discutió si la última condición alternativa que reconoció la imposibilidad de otorgar un consentimiento genuino implicaba una condición permanente o temporaria de la víctima/sobreviviente, como la edad o la deficiencia mental, o si su interpretación estaba abierta a circunstancias más amplias como por ejemplo las condiciones de la trata, y se sugirió que cualquier contemplación de la ejecución procesal de las disposiciones de la CPI sobre violación debería promover y no restringir el acceso de las mujeres a ellas.

¹³⁵ El elemento de la falta de consentimiento, que el Fiscal debe probar más allá de toda duda razonable, es diferente de la posibilidad que tiene el acusado de plantear el consentimiento de las víctimas como defensa en caso de violación. La regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI menciona como introducción que la Corte ‘debe guiarse por los principios siguientes y, cuando resulte apropiado, seguirlos:

- a) El consentimiento no puede inferirse de palabra o conducta alguna de una víctima si la fuerza, la coacción o el tomar ventaja de un ambiente de coacción debilitaron la capacidad de la víctima de otorgar su consentimiento voluntario y genuino;
- b) El consentimiento no puede inferirse de palabra o conducta alguna de una víctima en el caso que esta sea incapaz de otorgar su consentimiento genuino;
- c) El consentimiento no puede inferirse en razón del silencio o la falta de resistencia de la víctima frente a la supuesta violencia sexual.’

Regla de Procedimiento y Prueba del Capítulo 4, Disposiciones relativas a las diversas etapas del proceso, Sección 1 Pruebas, Regla 70, ‘Principios de prueba en casos de violencia sexual’, ICC/ASP/1/3

¹³⁶ En la reunión de Expertas/os organizada por la Unidad Derechos de las Mujeres y Género de la OACDH en octubre de 2007, las/os participantes reconocieron que la Regla 70 de las Reglas de Prueba de la CPI llega casi al punto de descartar plenamente el consentimiento como defensa según las circunstancias de su eventual utilización por parte del acusado, sin llegar a hacerlo del todo. Pero las/os participantes destacaron la advertencia para la aplicación de la Regla 70, que sólo puede invocarse cuando el criterio jurídico lo considere “apropiado”. En las estructuras de la regla 72 cuyo título es “Procedimiento a puertas cerradas para evaluar la relevancia o admisibilidad de la prueba” se pueden encontrar precauciones adicionales:

1. Cuando existe la intención de introducir o provocar, inclusive a través del interrogatorio a una víctima o testigo, prueba de que la víctima consintió a un supuesto delito de violencia sexual, o prueba de las palabras, conducta, silencio o falta de resistencia de una víctima o testigo tal como se las menciona en los principios (a) hasta (d) de la Regla 70, se debe presentar notificación al Tribunal describiendo la sustancia de la prueba que se pretende introducir o provocar, y su relevancia para las cuestiones que se juzgan.
2. Al decidir si la prueba a la que se hace referencia en la sub-regla 1 es relevante o admisible, la Sala deberá escuchar a puerta cerrada la opinión del Fiscal, la defensa, el/la testigo y la víctima o su representante legal, si existiera, y deberá tomar en cuenta si la mencionada prueba cuenta con el grado suficiente de valor probatorio para alguna de las cuestiones que se están juzgando en el caso, así como el perjuicio que dicha prueba puede causar, en concordancia con el artículo 69, párrafo 4. Con este fin, la Sala deberá tomar en cuenta el artículo 21, párrafo 3, y los artículos 67 y 68, y deberá guiarse por los principios (a) a (d) de la regla 70, especialmente con respecto a la propuesta de interrogatorio de una víctima.
3. Cuando la Sala determine que la prueba a que se hace referencia en la sub-regla 2 resulta admisible en los

Las cortes y tribunales internacionales que otorgan reparaciones en casos de violencia de género han dado origen a algo más que una tensión entre elementos legales acerca de las definiciones. Las diferentes versiones de los elementos de la violación como crimen internacional aportados por los Tribunales para la ex-Yugoslavia y Ruanda – *Gacumbitsi/Kunarac*-, los Paneles Especiales, las Salas Especiales para Camboya, la definición reciente de la Corte para Sierra Leona y las de la CPI existen jurisdiccionalmente en forma simultánea. No existe ninguna jerarquía legal que se imponga sobre todas las definiciones y oriente acerca de cuál es la que ocupa una posición de primacía sobre las otras. Cada una tiene autoridad en su propio foro judicial internacional.

Como resultado de la inconsistencia entre las definiciones del delito de violación se generan numerosas preocupaciones en materia de derechos humanos. ¿Qué impacto tienen las diversas definiciones de violación sobre el derecho humano al acceso a la justicia en igualdad de condiciones para las víctimas/sobrevivientes, especialmente cuando se debe probar que la víctima no dio su consentimiento y que el perpetrador tenía conocimiento de la falta de consentimiento de la víctima? Los elementos de circunstancias alternativas o falta de consentimiento genuino de la CPI/los Paneles Especiales/ las Salas Especiales para Camboya, ¿están en sintonía con los instrumentos de derechos humanos que promueven la igualdad en materia de protección a través del acceso a la justicia en igualdad de condiciones y el vivir libre de violencia de género? Además, la existencia de diversas definiciones legales de violación en el plano internacional, ¿reduce el valor de la interpretación “definitiva” y de la autoridad de cada foro judicial internacional? La multiplicidad de definiciones o interpretaciones, ¿debilita la medida en que las mujeres y las niñas pueden ejercer su derecho a vivir libres de violencia de género y a gozar de todos los derechos humanos inalienables, interdependientes e indivisibles? Una víctima de la guerra civil en Sierra Leona que tiene dieciséis años de edad, ¿está menos protegida contra la violencia de género que, por ejemplo, otra víctima de dieciséis años de edad cuyo perpetrador va a ser juzgado por la CPI?

III. Soluciones posibles. La legislación internacional de derechos humanos y el derecho penal como marcos de referencia.

En los últimos quince años, el trato humano que se les debe dar a diferentes categorías de personas según el DIH y el respeto a la dignidad inherente al ser humano para la legislación de derechos humanos han comenzado a identificar cuál es su espacio común. Esta fertilización cruzada conciente se debe, en parte, al análisis más profundo de la violencia de género, incluyendo la violencia sexual, y al reconocimiento realista de las mujeres como sujetos indelebles de ambos cuerpos legales¹³⁷.

procedimientos, la Sala deberá especificar en actas el propósito específico para el cual dicha evidencia resulta admisible. Al evaluar la prueba durante los procedimientos, la Sala deberá aplicar los principios (a) a (d) de la regla 70.

¹³⁷ Comentarios y críticas legítimas acerca del grado en que el DIH y la legislación de derechos humanos cubren y dan respuesta a las vidas y preocupaciones concretas de las mujeres y las niñas han cuestionado de forma persistente las premisas patriarcales de ambos regímenes legales. *Ver en general*, Charlesworth and Chinkin, *The Boundaries*

a. La relevancia de las normas y estándares internacionales de derechos humanos

En 1992, la Recomendación General No. 19 del Comité CEDAW reconoció que la violencia de género, que perjudica o anula el disfrute de sus derechos humanos y libertades fundamentales protegidas por el derecho internacional o los tratados de derechos humanos por parte de las mujeres, es discriminación según el significado del artículo 1 de la CEDAW que también incluye “el *derecho a igual protección*, según las normas humanitarias en tiempo de conflicto armado internacional o interno”.¹³⁸ Son varias las observaciones que pueden hacerse partiendo de esta recomendación. En primer lugar, resulta axiomático que el precepto de no discriminación que forma parte de la legislación de derechos humanos y se expresa en el DIH como principio de trato humano sin distinción adversa, quede plasmado en el derecho a igual protección. En segundo lugar, es de lamentar que la Recomendación General no. 19 del Comité CEDAW no especifique qué ‘normas humanitarias’ no deben ser socavadas. Desde una perspectiva normativa, lo más probable es que se trate de las doctrinas, reglas, regulaciones, garantías procesales, prohibiciones, infracciones, violaciones habituales, crímenes de guerra y posiblemente crímenes contra la humanidad y actos de genocidio cometidos en el transcurso de un conflicto armado. En tercer lugar, la Recomendación General no. 19 del Comité CEDAW se debe leer sin duda como un texto profiláctico, que logra abarcar normas humanitarias que han ido evolucionando desde 1992. Más allá de estas observaciones, la Recomendación General no. 19 del Comité CEDAW opera como interpretación jurídica autorizada de la CEDAW y por lo tanto interpreta, sin ambigüedad alguna, que la Convención reconoce a las mujeres y a las niñas el derecho a igual protección o aplicación no discriminatoria de normas humanitarias en tiempo de conflicto armado internacional o interno, y reafirma que las reparaciones por violencia de género relacionada con la guerra, como por ejemplo lo es la violación, tienen una dimensión de derechos humanos.

La Plataforma de Acción de Beijing (1995)¹³⁹ también abordó la situación de las mujeres y las niñas durante los conflictos armados, señalando que “las violaciones masivas a los derechos humanos, sobre todo cuando toman la forma de genocidio, limpieza étnica como estrategia de guerra y sus consecuencias, y la violación ... son prácticas aborrecibles...”¹⁴⁰ El genocidio, la violación y la limpieza étnica se consideran violaciones a los derechos humanos en la Plataforma, que agrega que “las violaciones a los derechos humanos en situaciones de conflicto armado y ocupación militar son violaciones los principios fundamentales de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario enunciados en instrumentos de derechos humanos como las Convenciones de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales”.¹⁴¹ La Declaración pareciera subrayar la indivisibilidad

of International Law – A feminist Analysis, Manchester University Press, 2000; Catharine MacKinnon, *Are Women Human? And Other International Dialogues*, 4 Belknap Harvard, 2006; Gardham, ‘Woman and Armed Conflict: The response of International humanitarian Law’, en *Listening to the Silences: Women and War*, Durham and Gurd (eds.), Martinus Nijhoff Publishers, 2005.

¹³⁸ Párrafo 7 (c) de la Recomendación no. 19 del Comité CEDAW. Ver nota 6.

¹³⁹ Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, Cuarta Conferencia Mundial, 15 de setiembre de 1995, UN Doc. A/Conf.177/20 (1995), Sección E, *La mujer y el conflicto armado*, para. 132-137

¹⁴⁰ Plataforma de Beijing, para. 132

¹⁴¹ Plataforma de Beijing, para. 133

de las violaciones a los derechos humanos y el respeto por las normas humanitarias, es decir las prohibiciones del DIH que operan en tiempo de guerra y durante períodos de ocupación militar.

En 2000, la Resolución 1325 del Consejo de Seguridad sobre La mujer, la paz y la seguridad¹⁴² reafirmó el valor predictivo de la Declaración de Beijing y reconoció la “necesidad de implementar plenamente la legislación internacional humanitaria y de derechos humanos que protege los derechos de las mujeres y las niñas durante y una vez transcurridos los conflictos” y llamó “a todas las partes de un conflicto armado a tomar medidas especiales para proteger a las mujeres y las niñas de la violencia de género, en particular de la violación y otras formas de abuso sexual”¹⁴³. La Resolución 1325 del Consejo de Seguridad, que fue aprobada casi una década después de la Recomendación General No. 19 de la CEDAW, especificó las bases de protección según el DIH y las bases de los derechos que se extienden a las mujeres durante los conflictos armados y en el período inmediatamente posterior a ellos según la legislación en derechos humanos. Además citó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (que aún no había comenzado a operar).¹⁴⁴

Además, los Principios de Cairo-Arusha sobre la Jurisdicción Universal sobre Delitos Graves de Derechos Humanos, dados a conocer en 2002, reconocen de manera muy clara que los delitos de género cometidos en tiempo de guerra como la violación, constituyen crímenes contra los derechos humanos, y procuran la rendición de cuentas frente a la violencia de género “*inclusive* la cometida en tiempo de paz”.¹⁴⁵

Ya en 2003, con la adopción del Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de las Mujeres en África (Protocolo Africano), la definición de violencia de género consagró la protección contra todos los actos de violencia en cualquier dimensión temporal/política. Su artículo 1(j) afirma:

que la ‘violencia contra las mujeres’ equivale a todos los actos perpetrados contra las mujeres que les causen o puedan causarles daño físico, sexual, psicológico o económico, incluyendo la amenaza de llevar a cabo tales

¹⁴² Resolución del Consejo de Seguridad, S/RES/1325, 31 de octubre de 2000 (Res. 1325).

¹⁴³ Preámbulo y Párrafo 10 de la Res. 1325

¹⁴⁴ Párrafo 9 de la Res. 1325: “*Exhorta* a todas las partes en un conflicto armado a que respeten plenamente el derecho internacional aplicable a los derechos y a la protección de las mujeres y niñas, especialmente en tanto que civiles, en particular las obligaciones correspondientes en virtud de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977, la Convención sobre los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 y su Protocolo Facultativo de 1999 y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y sus dos Protocolos Facultativos de 25 de mayo de 2000, y a que tengan presentes las disposiciones pertinentes del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”.

En la reunión de Expertas/os convocada por la Unidad Derechos de las Mujeres y Género de la OACDH en octubre de 2007, las y los participantes discutieron si la Res. 1325 había dado origen o no a un mecanismo para garantizar que los miembros de la Asamblea General se hicieran cargo de compensaciones por violencia de género relacionada con la guerra cometida contra mujeres y niñas. En el transcurso de esos años, el Consejo de Seguridad aprobó su Resolución 1820 sobre Mujer, Paz y Seguridad en la que exhorta a los Estados a llevar ante los tribunales causas por delitos cometidos en tiempo de guerra, como la violencia sexual contra la población civil, especialmente mujeres, niñas y niños (Res. CS 1820, 19 de junio de 2008)

¹⁴⁵ Principios de Cairo-Arusha sobre la Jurisdicción Universal sobre Delitos Graves contra los Derechos Humanos, *ver*, <http://www.kituoahakatiba.co.ug/cairo-arusha.htm>

actos; o la imposición de restricciones arbitrarias sobre ellas o la privación de sus libertades fundamentales en la vida privada o pública *en tiempo de paz y durante situaciones de conflictos armados o guerras*.¹⁴⁶ (itálicas de la autora)

Según el Protocolo Africano, los derechos de las mujeres y las niñas deben garantizarse a través del escrutinio de un marco de referencia de derechos humanos (con perspectiva de género) en todo lugar y en todo momento. Por eso, ya sea que se trate de períodos de conflicto armado, ocupación militar, repatriación de personas recluidas, devolución de prisioneras/os de guerra o ubicación de personas desplazadas internas¹⁴⁷, la violencia de género contraviene de manera explícita los derechos humanos de la mujer africana.

Además, la Resolución 61/143 de la Asamblea General (2006) en forma implícita enfatiza que los Estados deben eliminar la violencia de género “ya sea que la misma ocurra en la vida pública o privada”¹⁴⁸ para garantizar la protección a los derechos humanos de “mujeres y niñas en situaciones de conflicto armado, contextos de post-conflicto armado y contextos de refugio y desplazamiento interno, en los que las mujeres corren un riesgo mayor de ser objeto de violencia”...¹⁴⁹

El 19 de junio de 2008 el Consejo de Seguridad reconoció el hecho de que la violencia sexual es verdaderamente una preocupación en materia de seguridad y aprobó en forma unánime la resolución 1820. La misma señala que las mujeres y las niñas son tomadas como blanco en particular mediante el uso de la violencia sexual, que en algunos casos incluye “una táctica de guerra para humillar, dominar, inspirar temor, dispersar y/o reubicar de manera forzosa a la población civil perteneciente a una determinada comunidad o grupo étnico”. Puso énfasis en que esa violencia podría exacerbar de manera significativa los conflictos y obstaculizar los procesos de paz. El texto también afirmó la disponibilidad del Consejo a dar, cuando resulte necesario, pasos para abordar la violencia sexual sistemática que apunta a la población civil de manera deliberada o como parte de una campaña generalizada contra poblaciones civiles.

Más adelante en el texto, el Consejo exigió que todas las partes de los conflictos armados tomen medidas inmediatas y apropiadas para proteger a la población civil incluyendo, entre otras, la aplicación de medidas apropiadas de disciplina militar y la afirmación del principio de la responsabilidad de los mandos; capacitación para las tropas sobre la prohibición categórica de todas las formas de violencia sexual contra la población civil; desmantelamiento de los mitos que alimentan la violencia sexual; y estudio de los antecedentes del personal de las fuerzas armadas y de seguridad teniendo en cuenta hechos de violencia sexual cometidos en el pasado. El texto reconoce los desarrollos jurisprudenciales en referencia a la violencia sexual como crimen de lesa humanidad, crimen de guerra y elemento del genocidio.

¹⁴⁶ Protocolo mujeres africanas, artículo 1

¹⁴⁷ Ver, Gardam, Judith and Charlesworth, Hilary, *Protection of Women in Armed Conflict* Human Rights Quarterly - Volume 22, Number 1, febrero 2000, pp. 148-166; 2001 Women Facing War, ICRC Study on the Impact of Armed Conflict on Women, www.reliefweb.int/library/documents/2001/icrc-women-17oct.pdf.

¹⁴⁸ Resolución 61/438 de la AG, para. 3.

¹⁴⁹ Resolución AG 51/438, para 8 (o)

Si bien en la actualidad la resolución sólo se aplica a aquellos países que son objeto de resoluciones del Consejo, de todos modos muestra de forma muy clara el cambio en la percepción acerca de la naturaleza de la violencia sexual. El reconocimiento de que ésta representa una amenaza para la seguridad y las consecuencias potenciales de dicho reconocimiento son profundas.

Pese a que no existe ningún instrumento internacional de derechos humanos vinculante que esté dedicado expresamente a proscribir la violencia de género¹⁵⁰, la tendencia moderna en la legislación de derechos humanos consolida la protección contra la violencia de género cometida *también* durante los conflictos armados a través de declaraciones, recomendaciones y resoluciones en el plano internacional y de convenciones, protocolos o disposiciones específicas en los tratados a nivel regional. La legislación de derechos humanos ha ido reconociendo en forma progresiva que la violencia de género que se repara mediante el derecho humanitario debe, al mismo tiempo, adherir a los preceptos de no discriminación que son centrales al marco de referencia de los derechos humanos. El espíritu de la Recomendación no. 19 de la CEDAW se concretiza en el artículo 21(3) del Estatuto de Roma, que llama a las salas de la CPI a utilizar un estándar legal por el cual “La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género”.¹⁵¹

b. La violación en la legislación internacional de derechos humanos y en el derecho penal

Mediante un abordaje de doble vía se analizarán las disposiciones comparables de la legislación en derechos humanos y el derecho penal internacionales que prohíben la violencia o la explotación sexuales para estudiar cómo ambas abordan el consentimiento o la “falta de consentimiento de la víctima”, tomando en cuenta su edad. El objetivo aquí es entender cómo la legislación en derechos humanos puede influir sobre el DIH y viceversa: qué demandas de la legislación de derechos humanos, sobre todo aquellas relacionadas con la no discriminación, pueden ejercer impacto en la forma en que se debería interpretar el DIH.

b.i. Legislación internacional de derechos humanos

Resulta pertinente analizar el razonamiento jurídico adoptado por los tribunales regionales de derechos humanos que han fallado en casos de violación. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ejerce su jurisdicción sobre los derechos protegidos por la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁵², la

¹⁵⁰ CARE, una organización no gubernamental, ha iniciado una campaña para redactar un protocolo internacional sobre violencia sexual y de género.

http://www.care.org/newsroom/articles/2007/03/20070326_greatlakes_gbv.asp?source=170760870000

¹⁵¹ Artículo 21(3), Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, abierto a la firma el 17 de julio de 1998, UN Doc. A/CONF.183/9 51998, 37 ILM 999 (1998), entró en vigencia el 1 de julio de 2002 (en adelante, Estatuto de Roma de la CPI)

¹⁵² Organización de los Estados Americanos, Convención Americana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969, O.A.S.T.S. No. 36, 1144 U.N.T.S. 123

Convención de Belem do Pará y otros instrumentos regionales de derechos humanos.¹⁵³ El caso *Raquel Martí de Mejía v. Perú*¹⁵⁴ que suele citarse por su interpretación de la garantía que ofrece la Convención Americana para el derecho a vivir libre de violación, no definió los elementos de la violación. *Mejía v. Perú* sostuvo que el acto de violación podía violar las garantías contra la tortura que está prohibida por el artículo 5 de la Convención Americana. El Estado fue considerado responsable por la tortura. Así, la violación satisfacía uno de los elementos de la tortura, a saber: 1) un acto intencional mediante el cual se causa dolor y sufrimiento físico y psicológico a una persona. Los otros dos elementos del delito de tortura son: 2) que el acto haya sido cometido con un propósito y 3) por un funcionario público o por un particular que actúe instigado por un funcionario publico”¹⁵⁵

En *Penal Miguel Castro v. Perú*¹⁵⁶, un caso en el que algunas mujeres que estaban visitando un centro de detención para hombres quedaron atrapadas en un motín de dos días de duración, la Corte sostuvo que la desnudez forzada que se les impuso había constituido una violación a la dignidad personal de las mujeres. La Corte no definió la conducta de naturaleza sexual pero se apoyó en las definiciones expresadas por el Tribunal para Ruanda en *Akayesu* –como por ejemplo la de violencia sexual- para determinar que la desnudez forzada era un acto de violencia sexual.¹⁵⁷ Tras reconocer que una de las mujeres había sido sometida a “‘inspección’ vaginal utilizando los dedos, cometida en forma simultánea por varias personas cubiertas por capuchas”, la Corte volvió a invocar la jurisprudencia del Tribunal para Ruanda y clasificó a esa conducta sexual como “violación sexual”, cuya gravedad se tornó clara después de mencionadas varias otras fuentes del derecho internacional de los derechos humanos.¹⁵⁸

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ejerce jurisdicción sobre todos los asuntos relativos a la interpretación del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. El Tribunal ha afirmado que los estados miembros son responsables por delitos de violación cuando estos han sido perpetrados por agentes del Estado o cuando los Estados no han brindado un remedio adecuado a nivel nacional. El Convenio Europeo, al igual que la Convención Americana, nunca define explícitamente el derecho a vivir libre de violencia sexual. Por eso al comienzo el Tribunal caracterizó a la violación sexual como una violación al derecho a la intimidad. Más tarde siguió la huella marcada por la jurisprudencia de la CIDH y reconoció a la violación como tortura y como forma severa de trato inhumano.

¹⁵³ Entre ellos se encuentran: Organización de Estados Americanos, Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en el Área de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ‘Protocolo de San Salvador’, arts. 8(a), 13, 19, del 17 de noviembre de 1988, O.A.S.T.S. No. 69; Organización de Estados Americanos, Convención Interamericana para Prevenir y Castigar la Tortura, del 9 de diciembre de 1985, O.A.S.T.S. no. 67; Organización de Estados Americanos, Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, art. XIII, 9 de junio de 1994, 33 I.L. M. 1429.

¹⁵⁴ Ver también *Raquel Martín de Mejía v. Perú*, Caso 10.970, Inter-Am.C.H.R., Informe No. 5/96, OEA/Ser.L/V/II.96 Doc. 7, 157, 1996.

¹⁵⁵ La Corte también consideró que se había violado el derecho de Mejía a la vida privada, protegido por el artículo 1.1. El fallo de la Corte en *Mejía* estipulando que la violación satisfacía los requisitos para la calificación de tortura según la legislación en derechos humanos fue citado por la Sala de Primera Instancia en el caso *Delalic*, responsable de la primera condena del Tribunal para la ex-Yugoslavia por actos de violación como tortura.

¹⁵⁶ Caso *Penal Miguel Castro v. Perú*, Caso 11.015, Informe No. 43/01, OEA/Ser.L/V/II.111 Doc. 20 rev. en 356 (2000).

¹⁵⁷ *Id.*, para. 306, cita de *Akayesu*, para. 688.

¹⁵⁸ *Id.*, para. 309 -312.

En *X & Y v. Países Bajos*, el Tribunal¹⁵⁹ afirmó que la violación sexual afecta el derecho a la intimidad tal como está expresado en el artículo 8 que protege “la integridad física y moral de la persona, incluyendo su vida sexual”. El Tribunal no definió los elementos de la violación.

En *Aydin v. Turquía*¹⁶⁰, cuyo veredicto se emitió en 1997, el Tribunal estimó que la violación sexual también podía quebrantar el artículo 3 del Convenio Europeo que prohíbe la tortura. En este caso, un policía de una localidad turca había sido acusado de violar a una joven kurda de diecisiete años de edad que había sido arrestada en forma ilegal. El Tribunal no se pronunció sobre los elementos del delito de violación ya que sus deliberaciones se centraron en la violación como forma de tortura, que es una violación a los derechos humanos.

El caso *M.C. v. Bulgaria*¹⁶¹ involucró a una joven de catorce años de edad con discapacidad mental que había sido violada por dos hombres en el transcurso de una cita. En Bulgaria la edad a partir de la cual se consideraba válido el consentimiento era de 14 años. En este caso, el Tribunal consideró que en sus procedimientos de investigación y en la interpretación de los elementos del delito de violación, el Estado debió haber tenido en cuenta la discapacidad mental de M.C. al interpretar las evidencias acerca de si se había logrado establecer el uso de fuerza por parte del perpetrador o la resistencia por parte de M.C. En el caso M.C. ninguno de esos dos factores se consideró un requisito necesario. Por eso, la Gran Sala consideró que se habían violado los artículos 3 y 8 – prohibición de trato degradante y derecho al respeto por la intimidad respectivamente- y que Bulgaria no había cumplido con sus obligaciones positivas de implementar leyes penales que permitan de manera efectiva investigar, llevar ante la justicia y castigar la violación sufrida por M.C.

En cuanto a si M.C. dio su consentimiento para el acto sexual, la opinión del Tribunal fue que históricamente en casos de violación sexual la ley y la práctica domésticas exigían pruebas de uso de la fuerza por parte del perpetrador y de resistencia física por parte de la víctima. Pero señaló que muchos países europeos, incluyendo jurisdicciones donde rige el derecho consuetudinario, habían eliminado de su legislación toda referencia a la fuerza física. El Tribunal consideró que la falta de consentimiento que se deduce de la evaluación de las circunstancias del caso y no la fuerza de resistencia como *sine qua non* se ha convertido en el elemento crítico a evaluar para definir una violación como tal. La jurisprudencia en el caso M.C. señaló que la interpretación del Tribunal para la ex-Yugoslavia en *Kunarac* había prestado atención a las circunstancias en que ocurrió la violación, tal como lo hiciera el Tribunal para Ruanda en su enfoque centrado en el reconocimiento de las circunstancias de coacción establecido en *Akeyesu*. También estimó que no proteger a víctimas que están sujetas a circunstancias de coacción llevará a la impunidad y constituye una contravención a la responsabilidad estatal de investigar y llevar ante la justicia los casos en que se trate de víctimas/sobrevivientes en condiciones pertinentes.

¹⁵⁹ *X&Y v. Netherlands*, ECHR, 1983

¹⁶⁰ Caso *Aydin c. Turquía*, 25 EHRR 251, 1988.

¹⁶¹ Caso *M.C. v. Bulgaria*, ECHR 646, 2003

En general, el Tribunal reconoció que la obligación positiva del Estado de tomar medidas para garantizar el respeto a la intimidad debe estar en concordancia con las exigencias más amplias de no discriminación que contiene el Convenio. El caso *M.C.* es el primero que plantea la autonomía y la igualdad en materia sexual como relevantes para la obligación estatal de investigar y llevar ante la justicia casos de violencia sexual, en cumplimiento de sus obligaciones sustantivas y procesales establecidas en el artículo 3 del Convenio. El Tribunal también observó que la ley y la práctica jurídica reflejan los cambios en las actitudes sociales que ahora demandan respeto por la autonomía sexual de los individuos e igualdad en materia de sexualidad.

Analizar cómo se trataron la autonomía sexual y la igualdad en el terreno de la sexualidad en contextos en los que no hay guerra podría resultar relevante para la judicialización de casos ligados a conflictos. La CPI podría invocar el veredicto *M.C.* en su favor. Para interpretar los elementos del delito de violación, se deben tomar en cuenta las circunstancias que rodean los hechos, tales como la edad o condición relevante de la víctima –por ejemplo, su limitada capacidad mental. Este enfoque se ve reflejado en el Artículo 8(2) (b) (xxii)-1 de los Elementos del Crimen que complementan al Estatuto de Roma. En su tramo pertinente dice que la violación sexual puede ser perpetrada “aprovechando un ambiente de coacción, o cuando la invasión se llevó a cabo contra una persona que no es capaz de manifestar su consentimiento genuino”¹⁶².

La jurisprudencia regional de derechos humanos ha analizado una variedad de violaciones a los derechos humanos como la tortura, el trato degradante o las violaciones a la intimidad que a través de los hechos quedaron establecidas como relacionadas con la comisión del acto violatorio. Sin embargo, son escasas las evaluaciones de la violación sexual u otros actos específicos de violencia de género como violaciones a los derechos humanos por sí mismos en la jurisprudencia de los tribunales regionales de derechos humanos. Así, los elementos de la violación sexual como crimen internacional sólo son ponderados de manera indirecta y cuando son relevantes para determinar la presencia o ausencia de una violación a los derechos humanos, como el trato inhumano. Hay dos decisiones de tribunales regionales que han invocado la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*. El veredicto en el caso *Penal Miguel Castro* recurrió a las opiniones del Tribunal para Ruanda sobre violación y violencia sexual, mientras que el fallo del caso *M.C.* (2003) citó la jurisprudencia sobre violación de los Tribunales para la ex-Yugoslavia y para Ruanda. Así, la jurisprudencia de la legislación de derechos humanos no puede ofrecer respuestas definitivas acerca de la exigencia del elemento de la falta de consentimiento bajo el derecho penal internacional pero sus opiniones, como la referencia que hicieran los tribunales regionales de derechos humanos sobre la autonomía sexual y la igualdad en materia sexual, iluminan el campo de los estándares de derechos humanos en los que se basa la judicialización de la violencia de género.

b.i.i. Derecho penal internacional

¹⁶² Elementos de los Crímenes Artículo 8(2) (b) (xxii)-1.

Para analizar en mayor profundidad el elemento “falta de consentimiento de la víctima” de la violación sexual como delito internacional, es necesario estudiar los tratados penales internacionales que gobiernan regímenes penales específicos, en particular los de la esclavitud y prácticas análogas, el genocidio, la tortura y la trata de seres humanos. En esos contextos, las conductas violatorias que según los tribunales regionales pueden desempeñar un rol decisivo para determinar la presencia de violaciones a los derechos humanos tales como la tortura también pueden incluir indicios probatorios de otros delitos internacionales, como la trata. La principal analogía consistente con la criminalización de la violación sexual es la que puede hacerse con la trata, cuyo interés político intrínseco es colocar todas las formas de explotación sexual por fuera de la ley.

El Protocolo multilateral de la ONU sobre Trata¹⁶³ que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada “desciende” de varios tratados en los que está presente un prejuicio histórico contra la incorporación de la “falta de consentimiento de la víctima” como elemento del delito de trata. Por ejemplo, la Convención Internacional Relativa a la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad¹⁶⁴ afirma que:

Quienquiera que, para satisfacer pasiones ajenas, haya conseguido, arrastrado o seducido, *aun con su consentimiento*, a una mujer o muchacha mayor de edad para ejercer la prostitución en otro país, aun cuando los diversos actos que sean los elementos constitutivos del delito se hayan realizado en distintos países.

El conato de delito, y dentro de los límites legales, los actos preparatorios, también serán punibles¹⁶⁵ (*cursivas de la autora*)

En el mismo sentido, la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud¹⁶⁶ procura abolir *inter alia*:

c) *Toda institución o práctica* en virtud de la cual:

...

ii) El marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el

¹⁶³ Ver, Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada, Res. A.G. 25, anexo II, U.N. GAOR, 55ta Ses, Sup. No. 49, 60, U.N. Doc. A/45/49 (Vol. I), 2001, entró en vigor el 9 de setiembre de 2003 (de aquí en adelante Protocolo sobre Trata 2001). El protocolo sobre trata la define como un delito que contempla el abuso y la explotación sexual sin hacer referencia a los elementos de un *actus reus* de explotación sexual que podrían incluir la violación: “Por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, *recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra*, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos” (*cursivas de la autora*)

¹⁶⁴ Convención Internacional Relativa a la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad, 11 de octubre de 1933, 150 L.N.T.S., entró en vigor el 24 de agosto de 1934.

¹⁶⁵ Id. Artículo 1

¹⁶⁶ Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, 226 U.N.T.S. 3, entró en vigor el 30 de abril de 1957.

derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera; o

iii) La mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona;

d) *Toda institución o práctica* en virtud de la cual un niño o un joven menor de dieciocho años es entregado por sus padres, o uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven¹⁶⁷ (*cursivas de la autora*)

En particular el Protocolo de la ONU sobre Trata sostiene que:

b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación que se tenga la intención de realizar descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado;

c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará "trata de personas" incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo;

d) Por "niño" se entenderá toda persona menor de 18 años¹⁶⁸.

El Protocolo de la ONU sobre la Trata afirma sin lugar a equívocos que el delito atroz de la trata, cuando resulta evidente gracias a las circunstancias de coerción, torna irrelevante el uso del consentimiento como defensa. De ahí que quede prohibido el consentimiento a cualquier forma de explotación sexual resultante de él, lo que podría incluir en forma implícita actos de violación sexual¹⁶⁹. La eliminación de la legitimidad del consentimiento en el Protocolo de la ONU sobre Trata resulta especialmente estricta cuando las víctimas de trata son niños o niñas, es decir, personas menores de 18 años de edad¹⁷⁰. El Protocolo de la ONU sobre Trata considera que, sin importar las circunstancias de coerción e incluso en ausencia de circunstancias de coerción, el consentimiento otorgado por un niño o una niña resulta irrelevante para la responsabilidad penal del perpetrador.

El abordaje que hace el Protocolo de la ONU sobre Trata del consentimiento, que se da en dos planos diferentes según la víctima sea una persona adulta o un niño/a, está en sintonía con la diferencia que traza la CPI entre una persona incapacitada por una o más circunstancias múltiples que se combinan para formar un ambiente de coerción y una persona cuya condición –por ejemplo, su edad– torna imposible que pueda dar su consentimiento genuino cualesquiera sean las

¹⁶⁷ Id. Artículo 1(c)

¹⁶⁸ Protocolo sobre la Trata, Artículo 3(b-d)

¹⁶⁹ Ver A/55/383/Add.1, para. 64 donde se establece que "el Protocolo aborda la explotación de la prostitución ajena y otras formas de explotación sexual únicamente en el contexto de la trata de personas..."

¹⁷⁰ Convención de los Derechos del Niño, Serie de Tratados de la ONU, Vol. 1577, 20 de noviembre de 1989.

circunstancias.¹⁷¹ En un Documento independiente de antecedentes para el Foro de Viena sobre Trata, una Reunión de Expertas/os¹⁷² que tuvo por objeto discutir la implementación del Protocolo de la ONU sobre Trata, también se analizaron las consecuencias legales de la formulación del consentimiento que aparece en el artículo 3 (b). El Documento de antecedentes sostuvo lo siguiente:

“El consentimiento de una víctima de la trata de personas a la explotación que de ella se intenta y que se describe en el apartado (a) de este artículo será irrelevante cuando se hayan utilizado cualquiera de los medios mencionados en el apartado (a)”.

Es lógica y legalmente imposible consentir en ser explotada/o cuando dicho consentimiento se ha extraído con medios impropios o en el caso de niñas y niños ya que su particular condición de personas vulnerables hace que les resulte imposible consentir en primer lugar. *El verdadero consentimiento sólo es posible y la ley puede reconocerlo como tal cuando se conocen todos los hechos relevantes y la persona tiene la libertad de consentir o no. Además, no es posible consentir legalmente al trabajo forzado, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud o la servidumbre.* El consentimiento de la víctima puede utilizarse como defensa en la legislación nacional pero apenas se establece la presencia de cualquiera de los medios empleados para la trata, el consentimiento se torna irrelevante y no es posible argumentar una defensa basada en el consentimiento. La trata se produce cuando el consentimiento queda anulado o viciado por la utilización de cualquier medio impropio por parte del traficante. También se puede sostener que el consentimiento que la víctima expresa en un estadio del proceso no se puede tomar como válido para todos los estadios y sin que se haya expresado el consentimiento en todos y cada uno de los estadios del proceso, ha habido trata. Esto significa que aun si una persona consintió en salir a trabajar al exterior o en ingresar al país de forma ilegal, pero no consintió en ser explotada, el delito se ha cometido (*cursivas de la autora*).

El Protocolo de la ONU sobre la Trata parecería postular una versión severamente limitada – e incluso la misma erradicación- del elemento de la “falta de consentimiento” en el derecho penal internacional para las formas de violencia sexual o de género que gobierna.

Las proscripciones regionales en cuanto a la trata son coherentes en su enfoque con el Protocolo de la ONU sobre Trata. El Convenio del Consejo de

¹⁷¹ En la Reunión de Expertas/os convocada por la Unidad Derechos de las Mujeres y Género de la OACDH en octubre de 2007, las/os participantes señalaron que la Regla 63(5) de las Reglas de Procedimiento y Evidencia de la CPI afirma que “Las salas no aplicarán las leyes nacionales que rigen sobre las evidencias, salvo cuando las mismas estén en consonancia con el artículo 21”, anticipando así el respeto de la CPI por el artículo 1 de la Convención de los Derechos del Niño que reconoce como tal a todo ser humano menor de 18 años de edad a menos que – bajo la ley aplicable al niño o niña, la mayoría de edad se alcance antes. *Ver supra* nota 26. En el veredicto AFRC del Tribunal para Sierra Leona, según la ley nacional el consentimiento dependía de si la edad de la niña era de 13, 14 o 16 años. *Ver infra* nota 130.

¹⁷² Foro de Viena para Combatir la Trata de Personas, 13-15 de febrero de 2008, Austria Center, Viena. Documento de antecedentes: Taller 023, The Effectiveness of Legal Frameworks and Anti-Trafficking Legislation (La Eficacia de los marcos legales y la legislación contra la trata), UN.GIFT B.P.: 023

Europa contra la Trata de Seres Humanos (2005)¹⁷³ establece como uno de sus propósitos la garantía de la igualdad de género¹⁷⁴ y como precepto la no discriminación¹⁷⁵ *inter alia* por sexo, antes de insertar una definición de personas adultas, niñas y niños víctimas de trata que es idéntica a la que sanciona el Protocolo de la ONU sobre Trata. En el mismo sentido, la Declaración contra la Trata de Seres Humanos del ECOWAS¹⁷⁶ asimila la definición de trata de personas según el Protocolo de la ONU sobre Trata. Esta Declaración recuerda que las niñas y niños resultan particularmente vulnerables a la trata¹⁷⁷ y cuenta con numerosas disposiciones que tornan inmaterial la operación de establecer que ha habido consentimiento por parte de un niño o niña.

Por eso la legislación penal internacional sobre trata parecería favorecer un abordaje de la violación o de cualquier forma de explotación sexual que incorpore la prevalencia de circunstancias de coerción al determinar la capacidad para consentir pero excluya hasta la mera consideración de las circunstancias cuando niñas o niños son sujetas/os a explotación sexual.

Un ejemplo de legislación penal doméstica que está en sintonía con la política del Protocolo de la ONU contra la Trata es la Ley de Protección a las Víctimas de Trata de los EEUU¹⁷⁸ que atribuye en parte sus orígenes a la legislación internacional.¹⁷⁹ Esta ley aborda en particular la trata transnacional que resulta en personas traficadas siendo ingresadas al territorio de los EEUU.

Según esta ley, “la trata incluye todos los elementos del delito de violación forzada dado que implica la participación involuntaria de otra persona en actos sexuales mediante el engaño, la fuerza o la coerción”.¹⁸⁰ La coerción se define como a) amenaza de daño grave o restricción física contra una persona, b) todo ardid, plan o patrón que tenga por objeto hacer que una persona crea que si no lleva a cabo determinado acto, cualquier persona será objeto de daño grave o de restricción física; o c) abuso o amenaza de abuso del proceso legal.¹⁸¹ La amplitud del alcance del término alternativo ‘coerción’ se debe leer en conjunción con el significado que se les atribuye a los terminos ‘engaño’ o ‘fuerza’.

Otra ley estadounidense que penaliza la trata extranjera y la trata que tiene lugar dentro de los límites de los EEUU, la Ley Mann, 18 USCS 2421, afirma:

¹⁷³ Convenio del Consejo de Europa contra la Trata de Seres Humanos, 2005, CETS No.: 197 entró en vigor el 1 de febrero de 2008. Entre los avances que incluye este Convenio del Consejo de Europa se encuentran un refuerzo del apoyo y la protección a las víctimas de la trata, incluso si no están dispuestas a cooperar fácilmente con las autoridades estatales.

¹⁷⁴ Id., Artículo I (1)(a)

¹⁷⁵ Id, Artículo 3

¹⁷⁶ Declaración del ECOWAS (Comunidad Económica de Estados del Oeste de África) www.unodc.org/pdf/crime/trafficking/Declarationr_CEDEAO.pdf

¹⁷⁷ Id.

¹⁷⁸ US Code, Title 22, Chapter 78, Sec. 701, Trafficking in Victims Protection Act (TVPA).

¹⁷⁹ La disposición 7107(b)(23) invoca las bases jurídicas internacionales que llevaron a la comunidad internacional a prohibir la trata, entre ellas la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Complementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y prácticas análogas a la esclavitud (1956); el Convenio sobre la Abolición del Trabajo Forzado (1957); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; las Resoluciones 50/167, 51/66 y 52/98 de la Asamblea General de las Naciones Unidas; el Informe Final del Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Infantil (Estocolmo, 1996); la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995), y el Documento de Moscú de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (1991).

¹⁸⁰ Id, Sección 7101(b)(9)

¹⁸¹ Id, Sección 71022(a-c)

“Toda persona que, a sabiendas, transporte a cualquier individuo como parte de comercio entre estados de la nación o con el extranjero, o hacia cualquier territorio o posesión de los EEUU, con la intención de que ese individuo ejerza la prostitución o cualquier actividad sexual por la que una persona podría ser acusada de un delito”.

Los delitos tipificados en la Ley Mann se limitan a dos elementos: el transporte como parte del comercio entre estados y el transporte con fines prohibidos.¹⁸² Cabe señalar que el conocimiento o el consentimiento de la persona transportada no era necesario para dar lugar a una condena¹⁸³, ni tenía significancia jurídica para que el perpetrador fuera considerado responsable de la violación el hecho de demostrar un propósito inmoral por parte de la víctima.¹⁸⁴ Por eso, el transporte inter-estatal con fines de violación sexual viola la Ley Mann.¹⁸⁵

Estos ejemplos limitados de disposiciones penales domésticas sobre trata subrayan la inmaterialidad jurídica del consentimiento o la falta de consentimiento de las víctimas/sobrevivientes a los actos de explotación sexual subyacentes cuando se juzgan actos de trata y son consistentes con el derecho penal internacional. En este sentido, el análisis de la eliminación de la ‘falta de consentimiento’ como elemento de la violación que ofrecen tanto el DIH como el derecho penal internacional no se diferencia de otras políticas nacionales e internacionales que tienen como objeto hacer frente a la violencia de género.

IV. Observaciones finales

La Recomendación General No. 19 de la CEDAW y los otros instrumentos de derechos humanos que promueven la no discriminación contra las mujeres y las niñas tienen vigencia en todo lugar y circunstancia, incluso durante los conflictos armados. Si se analizan el derecho humanitario, la legislación de derechos humanos y el derecho penal internacional es posible ver una tendencia en aumento a definir formas de violencia sexual, incluyendo la violación, y a usar la investigación y judicialización de las mismas como reparación frente a la impunidad que rodea a la violencia de género. Estas áreas del derecho también parecieran estar elaborando el precepto que reduce o elimina la relevancia legal y por ende el requisito de la falta de consentimiento de la víctima para iniciar acciones legales frente a actos de explotación sexual y especialmente de violación. Es mucho más probable que en su análisis de los hechos la jurisprudencia sobre violación haga referencia al contexto de circunstancias que implican coerción física o psicológica, abuso de poder o la condición de la víctima/sobreviviente. Junto con el reconocimiento jurídico de la integridad, autonomía e igualdad intrínsecas de las víctimas en el terreno sexual, así como el derecho a su dignidad humana, los fallos judiciales han ido ampliando la forma en que entienden la violencia de género. Ahora la protección a los derechos humanos

¹⁸² 8 USC 2421 II, Elementos de los Crímenes (12)

¹⁸³ *Prdjun v United States*, (1916, CA6 Mich) 237 F 799; *Qualls v United States* (1945, CA5 Ga) 149 F2d. 891

¹⁸⁴ *Hart v United States* (1926, CA9 Or) 11 F2d 499, cert den (1926) 273 US 694, 71 L Ed 844, 47 SCt 92.

¹⁸⁵ *Poindexter v United States* (1943, CA8Ark) 139 F2d 158; *Brown v United States* (1956, CA8 Mo) 237 F2d. 281; *Wegman v United States* (1959, CA8 Mo) 272 F2d 31.

permite augurar un derecho más refinado y sensible al acceso a la justicia en igualdad de condiciones con base en las normas humanitarias y el derecho penal internacional para las mujeres y las niñas.

Este derecho debe incluir aspectos procesales y sustantivos del acceso a la justicia que no se vean manchados por mitos acerca de la violencia sexual producto de determinadas visiones del género, ni por inacción legal o acciones inapropiadas, sobre todo cuando se trata del delito de la violación. Resulta revelador que si el “impacto” del elemento de la falta de consentimiento en casos de violación se evalúa positivamente y se plantea con más frecuencia cuando las víctimas/sobrevivientes son mujeres, aun cuando se esté juzgando la violación como parte de otro crimen –como la persecución, la tortura o la esclavitud sexual– esto tendrá un efecto intimidatorio desproporcionado sobre el ejercicio del derecho a acceder a normas humanitarias por parte de las mujeres.

Es notable que cuando testigos mujeres dieron su testimonio en vivo sobre la ausencia del elemento consentimiento en el caso *Kunarac*, Bower señalara:

“La reacción de la Testigo 95 ... a la pregunta planteada por el fiscal – es decir, si el contacto sexual fue contra su voluntad- fue de indignación y en este sentido resulta reveladora la siguiente cita: ‘Por favor señora, si usted mantuvo relaciones sexuales con alguien, con varios individuos, durante un período de 40 días¹⁸⁶ ¿realmente cree que eso es algo que sucede contra su voluntad?’¹⁸⁷”

Es mucho menos frecuente que a los acusados se les imputen violaciones a hombres. Una excepción fue Ranko Cesic, uno de los perpetradores juzgados por el Tribunal para la ex Yugoslavia, que se declaró culpable de crímenes de guerra incluyendo la violación de dos víctimas masculinas. En su admisión de culpabilidad, Cesic reconocía que los dos hombres no habían consentido a la conducta sexual que se le imputaba.¹⁸⁸

Estos dos escenarios, que se basan más en anécdotas que en estudios empíricos, revelan la frágil “neutralidad” de los elementos de la violación en el derecho internacional. A diferencia de las que se refieren a la violación, las disposiciones acusatorias sobre tortura, persecución, actos inhumanos, etc. no dependen de que se establezca la presencia de circunstancias de coerción o la falta de consentimiento de la víctima. La tipificación de actos de agresión sexual contra hombres como actos de tortura o actos inhumanos es una forma de mostrar consideración y posiblemente de privilegiar a las víctimas/sobrevivientes

¹⁸⁶ La testigo FSW-95 había declarado que en ese período de 40 días la habían violado más de 150 veces.

¹⁸⁷ Bower, ‘Supranational Criminal Prosecution of Sexual Violence: The ICC and the Practice of the ICTY and the ICTR’, *supra*, nota 100, cita tomada de *Kunarac*, Transcripción, p. 2235-2236.

¹⁸⁸ Ranko Cesic admitió que aproximadamente el 11 de mayo de 1992 obligó a punta de pistola y con intencionalidad, a dos hermanos musulmanes detenidos en el Campo Luka a realizarse mutuamente fellatios en presencia de otros. También reconoció que tenía plena conciencia de que ese hecho estaba ocurriendo sin consentimiento de las víctimas. Cesic obligó a los dos hermanos a practicarse mutuamente fellatios y salió de la oficina tras decirle a un guardia que se asegurara de que los hermanos no detuvieran su accionar hasta que él regresara. Al salir dejó la puerta abierta de modo que varios otros guardias pudieron observar lo que sucedía y se rieran. El testigo declaró que la situación se prolongó por espacio de unos 45 minutos hasta que Ranko Cesic regresó con otro guardia. *Fiscal v. Ranko Cesic*, Imposición de Sentencia, Caso No. IT-95-10/1-S, 11 de marzo de 2007, para. 13 y 14 referidos al Incidente 4.

masculinas por encima de las femeninas. Un testigo que declaró en el caso *Milosevic* demostró cómo la evidencia acerca de las violaciones múltiples, grupales, de hombres, que en la acusación aparecían como crímenes contra la humanidad “eludía” el tema del consentimiento.¹⁸⁹

Las mujeres y las niñas se están asegurando su derecho a acceder a procesos judiciales en igualdad de condiciones como forma de reparar la discriminación, incluyendo la violencia de género. El ejercicio de estos derechos y la obtención de mayores garantías para ellos requiere un análisis de los aspectos procesales y sustantivos de la investigación, la judicialización y la emisión de sentencias en las normas del DIH y el derecho penal internacional. La violencia sexual, en particular la violación, sirve como avanzada y como termómetro para diseccionar y discernir la verdadera capacidad de las mujeres como colectivo para ejercer su acceso a la justicia en tiempo de guerra, emergencia nacional o inmediatamente después de esos períodos. Los logros que pueden observarse en la ley dura de las cortes y tribunales internacionales todavía requieren de una aplicación alerta y justa de los delitos de género relevantes, y de las formas de responsabilidad penal que de ellos se derivan. La diligencia debida por parte de los jueces y juezas, así como su resistencia a toda interpretación sexista de las leyes, elementos, reglas de procedimiento y evidencia, sigue siendo fundamental para la tarea de construir un sistema de justicia internacional que no resulte discriminatorio. Los logros deben ser constantemente protegidos, cuestionados y desarrollados todavía más, sobre todo en la CPI. Los tribunales de derechos humanos regionales y los foros nacionales relevantes también deben garantizar que las mujeres sigan gozando de una protección amplia y dinámica, así como del pleno ejercicio de sus derechos humanos.

La igualdad, seguridad, dignidad, autoestima y libertad fundamental de vivir libre de discriminación por su género y en particular de violencia de género, reconocidas por el DIH y el derecho penal internacional son fundamentales para los derechos humanos de las mujeres y las niñas.

¹⁸⁹ Ver el Anexo adjunto

ANEXO

*Fiscal c. Milosevic, Caso No. IT-02-54-T**

Ejemplo de evidencia de agresión sexual contra una víctima masculina (cargos presentados por la fiscalía invocando el artículo 5g del Estatuto del Tribunal para la ex-Yugoslavia)

Testimonio del Testigo B 1461, aportado por la Fiscalía, hecho público en sala.

8 P. ¿En algún momento se sometió a los hombres que estaban en el edificio
9 a trato brutal?

10. R: Sí

13 P: Desearía pedirle que por favor describiera las clases de tratamiento que
14 observó mientras estaba usted detenido en esa habitación.

15 R: Los vi pedir a padres e hijos que subieran al escenario, que
16 se quitaran las ropas, se desnudaran, y practicasen sexo oral utilizando
17 sus bocas y sus genitales. Primero tenía que ser de padres a hijos, y después
18 de hijos a padres.

19 De la gente que subió, algunos eran padres e hijos, otros
20 no lo eran. Primero parecía que el grupo era demasiado reducido. Entonces
21 pidieron, o mejor dicho, separaron a la gente en forma arbitraria, como quisieron,
22 enviándolos al escenario a que se unieran a los otros.

23 P: Aproximadamente ¿a cuántos pares de padres e hijos se los obligó
24 a realizar esta clase de actividad?

25 R: Dos o tres pares de padres e hijos, pero el total fue de unas ocho a diez
parejas.

2 P: Y a los otros hombres que estaban en el edificio, ¿qué se les exigió
3 que hicieran mientras sucedía esto?

4 R: A los otros hombres se les ordenó que tomaran asiento mirando al escenario,
5 y todos ellos tenían que mirar lo que sucedía allí.

6 P: ¿Qué sucedía si uno de los otros hombres que estaban en la habitación no
miraba lo que estaba ocurriendo?

8 R: Exigían que miraran y que siguieran lo que pasaba en el
9 escenario.

10 P: ¿Puede usted decirnos, como mejor pueda recordar, cuándo ocurrió esto?

11 ¿En qué período de su detención?

12 R: Más o menos entre el 10 y el 11 de junio. Es cuando
13 celebramos nuestra festividad religiosa de Bajram.

14 P: ¿Hubo un momento en que a algunos de los hombres se los obligó a
15 realizar actos todavía más violentos unos contra otros?

16 R: Sí

17 P: Por favor nos explica

18 R: A algunas de las parejas, a algunos de los hombres, les exigieron morder
19 los genitales de los otros. Los pidieron a los hombres que mostraran esos penes. A
20 un hombre lo obligaron a mostrar el pene que había mordido y a tragárselo. Uno
21 se negó a hacerlo, pero el otro sí lo hizo. Y entonces le pidieron

* El juicio *Fiscal v. Slobodan Milosevic* terminó sin que se emitiera sentencia debido a la muerte del acusado en marzo de 2006.

22 a una persona que – que introdujera el escobillón – el mango de un escobillón en
23 el trasero de otro hombre.

8 P: ¿Y hasta donde usted sabe cuántos de los hombres detenidos fueron

9 sometidos a abuso sexual de la clase que usted ha descrito?

10 R: Unos 30 hombres...