

Definiendo la violación sexual en el derecho internacional: la contribución de los Tribunales Penales Internacionales ad hoc

Fabiana Núñez del Prado¹

1. Introducción

El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), establecidos por el Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, fueron los primeros tribunales penales internacionales (TPI) que terminada la Segunda Guerra Mundial juzgaron a los principales responsables por la comisión de crímenes internacionales. El establecimiento de estos tribunales significó una nueva etapa en el derecho penal internacional, mediante la cual la impunidad debe erradicarse aun en el contexto de sociedades en posconflicto. Como resultado de ese proceso, actualmente existen otros tribunales híbridos internacionales en Camboya, Sierra Leona, Líbano o en Timor Oriental que persiguen los crímenes de mayor relevancia internacionales. Además, se ha establecido un órgano permanente de persecución penal, la Corte Penal Internacional (CPI). De este modo, la era de la responsabilidad penal internacional ha llegado.

En este proceso, la violencia sexual ha sido progresivamente condenada. Sin embargo, cabe preguntarse hasta qué punto los crímenes de naturaleza sexual están siendo juzgados en su real dimensión en el contexto de violencia masiva. Este artículo sitúa la pregunta en el contexto de ambos TPI ad hoc y evalúa cómo se resolvieron las denuncias de violencia sexual y finalmente se les otorgó justicia a las mujeres víctimas, teniendo en cuenta la influencia que tuvieron en el Estatuto de Roma. El presente análisis revela que la falta de una definición clara sobre la violación sexual ha sido uno de los principales problemas que estos tribunales internacionales han tenido que afrontar.

¹ Con mi agradecimiento a Diego Ocampo por su valioso apoyo en la elaboración de este artículo.

2. La indiferencia histórica del derecho internacional respecto de la violación sexual y el establecimiento de los tribunales ad hoc

La violencia sexual en situaciones de violencia masiva o armada no es algo nuevo que se está suscitando en los últimos conflictos. Desde que Henri Dunant presencié la masacre de Solferino y fundó lo que ahora se conoce como el Comité Internacional de la Cruz Roja, los conflictos armados han venido siendo regulados por normas internacionales específicas. Sin embargo, la criminalización de la violencia sexual en estos escenarios ha sido ignorada por el derecho internacional por un largo periodo al ser asumida por las partes del conflicto y, en general, por la sociedad como un «daño colateral» de los conflictos armados².

2.1. De los tiempos antiguos a la Segunda Guerra Mundial

En 1300, el jurista italiano Lucas de Penna sostuvo que la violación sexual contra la mujer en tiempos de guerra debía ser sancionada con la misma dureza que la violación sexual cometida en tiempos de paz³. Posteriormente, en 1474 se llevaron a cabo —los que podrían ser considerados— los primeros juicios internacionales por crímenes de guerra. En estos, se juzgó a sir Peter von Hagenbach en Breisach por las atrocidades que cometiera sirviendo al duque de Burgundy. Hagenbach fue juzgado ante un tribunal penal de veintiocho jueces de varias ciudades-estado regionales por diversos crímenes, los que incluyeron asesinato y violación sexual, que supuestamente había cometido mientras fungió como gobernador de los territorios alsacianos a su cargo⁴. Este tribunal penal condenó actos de violación sexual en contextos de guerra (incluyendo la violación sexual de mujeres combatientes)⁵. Tres siglos después, el profesor Hugo Grocio reiteró la preocupación por la sanción de la violencia sexual en tiempos de guerra y en ausencia de hostilidades. El siguiente paso de la prohibición de la violencia sexual se encontró en el Código Lieber, reglas para la conducción de las hostilidades, conocido también como Instrucciones del Gobierno para los

² The Washington, D.C. Celebration of the Tenth Anniversary of UNSCR 1325 «Women and War Conference» November 3rd 2010. Margot Wallström, the U.N.'s Special Representative on Sexual Violence in Conflict: «I'm often told sexual violence in war and conflict is unavoidable, that it should be considered collateral damage».

³ ASKIN, Kelly D. *War Crimes Against Women: Prosecution in International War Crimes Tribunals*. La Haya: Kluwer Law International, 1997, p. 6.

⁴ GORDON, Gregory S. *The Trial of Peter Von Hagenbach: Reconciling History, Historiography, and International Criminal Law*. 2012. Disponible en: SSRN:<http://ssrn.com/abstract=2006370> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2006370>

⁵ BASSIOUNI, M. Cherif. *International Criminal Law. A Draft International Criminal Code*. Alphen aan den Rijn, Países Bajos: Sijthoff and Noordhoff, 1980. ASKIN, Kelly D. «Prosecuting Wartime Rape and Other Gender-Related Crimes under International Law: Extraordinary Advances, Enduring Obstacles». Stefan A. Riesenfeld Symposium 2002. *Berkeley Journal of International Law*, 21, 4 (2003), p. 288.

Ejércitos de los Estados Unidos en el campo de batalla u Orden General 100⁶. El Código Lieber estableció que la violación sexual cometida por un beligerante merecía ser sancionada con la pena de muerte debido a su gravedad. A partir de estos hechos, puede considerarse que la violación sexual comenzó a prohibirse por el derecho internacional humanitario consuetudinario.

A comienzos de la Primera Guerra Mundial, la sección III del artículo 46 del Convenio IV de La Haya relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1907 afirma que durante la ocupación militar «el honor y los derechos de la familia deben ser respetados»⁷. De esta manera, se prohibieron implícitamente los actos de violencia sexual que afecten a las mujeres. Se considera que esta disposición se refería a la violencia sexual, dado que a principios del siglo xx una violación al «honor familiar» era generalmente entendida como violencia sexual de algún tipo⁸. Se entiende, entonces, que tanto el derecho consuetudinario como el derecho de La Haya prohibían la violación sexual contra la mujer en contextos de guerra. Por su parte, los Convenios de Ginebra de 1929 regulaban las hostilidades, pero no brindaban protección a los civiles y se centraban exclusivamente en los medios y los métodos de combate.

2.2. Núremberg y Tokio

Después de terminada la Segunda Guerra Mundial, las potencias aliadas enjuiciaron a los principales responsables de las atrocidades cometidas durante el Holocausto. Es así que se establecieron los Tribunales Militares Internacionales de Núremberg y del Lejano Oriente (Tribunal de Tokio). Lamentablemente, en ambos casos la violencia sexual fue ignorada, lo cual de alguna manera puede explicarse debido a que el enfoque del juicio estaba en aquellos responsables de iniciar la guerra y hacerla terriblemente agresiva.

Sin embargo, en los «subsecuentes procedimientos de Núremberg» llevados a cabo por las potencias aliadas, bajo los auspicios de la Ley 10 del Consejo de Control Aliado⁹,

⁶ El Código Lieber entró en vigor el 24 de abril de 1863, también conocido como Instrucciones para el gobierno de los ejércitos de los Estados Unidos en el campo, Orden general 100 o Instrucciones de Lieber. Este código fue una instrucción firmada por el presidente Abraham Lincoln a las Fuerzas de la Unión de los Estados Unidos durante la Guerra Civil estadounidense, con el fin de regular la conducción de los soldados en contextos de guerra. Su nombre se debe al jurista alemán-americano y filósofo político Francis Lieber.

⁷ Cuarta Convención de La Haya (1907), sección III, artículo 46.

⁸ ASKIN, Kelly D. *War Crimes Against Women*. Ob. cit., p. 8.

⁹ Article II: «Each of the following acts is recognized as a crime: (a) Crimes against Humanity. Atrocities and offenses, including but not limited to murder, extermination, enslavement, deportation, imprisonment, torture, rape, or other inhumane acts committed against any civilian population, or persecutions on political, racial or religious grounds whether or not in violation of the domestic laws of the country where perpetrated». *Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and against Humanity*, Allied Control Council Law 10, Dec. 20, 1945, Official Gazette of the Control Council for Germany, 3 (Jan 31, 1946).

se sancionó explícitamente la violación sexual como crimen de lesa humanidad. Y en los juicios posteriores a la Segunda Guerra Mundial realizados en Tokio, los crímenes de violación sexual fueron expresamente procesados, aunque de manera limitada y en relación con otros crímenes.

Es claro que si bien el derecho internacional convencional no había reconocido expresamente el crimen de violación sexual contra la mujer, sí había de alguna manera un entendimiento implícito de que se trataba de un acto criminal. Los tribunales militares internacionales no procesaron los delitos de violación sexual como tales, pero consideramos que la subsunción dentro de otros tipos penales sirvió para esclarecer que la violación sexual era un acto penado internacionalmente mucho antes de ser reconocido de manera explícita.

2.3. Los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales

Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 rigen el trato de ciertos combatientes (enfermos, heridos y náufragos), prisioneros de guerra y civiles, en contextos de conflicto armado. Estos convenios fueron luego complementados por dos Protocolos Adicionales en 1977. El primero resulta aplicable a los conflictos armados internacionales y el segundo a los conflictos armados no internacionales. Sin embargo, en todo este marco normativo, solamente se dedicaron disposiciones que de manera tangencial se referían a la violación sexual. Específicamente, el artículo 27 del Cuarto Convenio de Ginebra que otorga protección a la población civil en tiempos de guerra establece 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». De forma similar, el artículo 76(I) del Protocolo Adicional I establece que «las mujeres serán objeto de un respeto especial y protegidas en particular contra la violación, las prostitución forzada y cualquier otra forma de atentado al pudor»¹⁰. Por su parte, el artículo 4(2) (e) del Protocolo Adicional II prohíbe «los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor». Si bien, de las normas citadas se desprende que el derecho internacional humanitario prohíbe la violación sexual, esta no se encuentra criminalizada, puesto que en los artículos 147 y 85 (del Cuarto Convenio y del Protocolo Adicional I, respectivamente) donde se establecen los actos considerados infracciones graves —y por lo tanto crímenes de guerra— no se incluye a la violación sexual.

¹⁰ Adoptados el 8 de junio de 1977, los Protocolos Adicionales I y II son tratados internacionales que complementan los Convenios de Ginebra de 1949. Mejoran significativamente la protección jurídica conferida a los civiles y los heridos y, por primera vez, establecen normas humanitarias aplicables en guerras civiles. El Protocolo Adicional I se refiere a conflictos armados de índole internacional.

Existe un problema adicional en la prohibición de actos sexuales en el Cuarto Convenio de Ginebra puesto que se relaciona erróneamente la violación sexual con crímenes contra el honor o dignidad, en vez de criminalizar los actos en tanto formas de grave violencia contra las mujeres. De esta manera, se califica de manera equivocada la ofensa, a la vez que se refuerza estereotipos perjudiciales y oculta la verdadera naturaleza violenta de este crimen.

Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, al establecer la jurisdicción universal obligatoria (salvo decisión de extraditar) en los artículos 49, 50, 139 y 146 respectivamente, dan curso a la sanción penal por cualquier Estado parte. A partir de estos instrumentos internacionales, actualmente existe un amplio consenso sobre la existencia de infracciones graves y su sanción internacional como crímenes de guerra. Fue reconocido en Núremberg que «no es esencial que un crimen sea específicamente definido e imputado de acuerdo a una ordenanza, estatuto, tratado, en particular si ha sido considerado un crimen por convención internacional, usos y costumbres de la guerra reconocidos o los principios generales de justicia criminal comunes generalmente a las naciones civilizadas»¹¹. Pese a que estos instrumentos no contemplan que los actos de violencia sexual son infracciones graves, en los mismos sí se considera que la tortura es una infracción grave y por lo tanto, un crimen de guerra. A partir de ello, pese a su falta de reconocimiento explícito, la violencia sexual se encuentra criminalizada si durante su comisión se verifica a su vez el tipo penal internacional de tortura. Bajo este entendido, como veremos más adelante, el TPIY juzgará la violación sexual como crimen de guerra, subsumiéndola como una forma de tortura. Además, en estos órganos creados por el Consejo de Seguridad se explorarán otras modalidades para sancionar estos actos.

2.4. Los TPI y las normas consuetudinarias del derecho internacional humanitario

El 3 de mayo de 1993, el secretario general de Naciones Unidas presentó su Informe de Conformidad con el párrafo 2 de la resolución 808 del Consejo de Seguridad¹². En dicho informe sostuvo que el TPIY no tendría el propósito de crear nuevas normas ni de legislar sobre estas, sino, más bien, su tarea sería la de aplicar las normas de derecho internacional humanitario preexistentes. Aclarando el significado del principio de derecho penal *nullum crimen sine lege*, el secretario general precisó que el Tribunal no estaría

¹¹ U.S. v. List, II Trials of War Criminals Before the International Military Tribunal, Nuremberg, 14 November 1945-1 October 1946, 1239 (conocido como el «Caso Hostage»).

¹² Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808. <http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_re808_1993_en.pdf>. Documento consultado el 2/08/2011.

contraviniendo este principio, pues solo estaría legislando sobre normas de derecho internacional humanitario consuetudinario que hayan sido indudablemente reconocidas.

A pesar de que los TPI de la ex Yugoslavia y Ruanda no fueron creados de forma simultánea, sino a través de resoluciones distintas, la formulación de sus respectivos estatutos es análoga. En ambos estatutos, la violación sexual se encuentra penalizada como una modalidad de crímenes de lesa humanidad. Sin embargo, en ambos instrumentos se encuentra una diferencia en el elemento material y mental especial requerido para que se configure un crimen de lesa humanidad. El estatuto del TPIY exige que el acto sea cometido en el marco de un conflicto armado, ya sea de carácter internacional o interno, y que sea dirigido contra las personas protegidas o contra la población civil, asimilándose a la larga con la definición de crímenes de guerra. Por otro lado, el estatuto del TPIR exige que el acto sea cometido como parte de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil, pero por razones discriminatorias. Además, en el estatuto del TPIR se incluye la violación sexual y la prostitución forzada como violaciones al artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y al Protocolo Adicional II. Fuera de esta diferencia sutil en el fraseo de los elementos contextuales del crimen de lesa humanidad, el tratamiento del crimen internacional de violación sexual es básicamente el mismo, ya sea un crimen de lesa humanidad o un crimen de guerra. Sin embargo, los estatutos de los TPI no definen la violencia sexual.

Dos años después, la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, celebrada en diciembre de 1995, encargó la realización de un estudio del derecho internacional humanitario consuetudinario¹³. Este estudio dio a conocer 161 normas humanitarias consuetudinarias que refuerzan la protección jurídica de las personas afectadas por los conflictos armados. Estas normas recogen una práctica generalizada de los Estados en los conflictos armados y reconocen la prohibición de la violación sexual¹⁴. Así, la norma consuetudinaria 93 prohíbe las violaciones y cualquier otra forma de violencia sexual en cualquier escenario de violencia armada. Además, esta norma establece que la «violación sexual» constituye un crimen de lesa humanidad según los estatutos de los TPI para la ex Yugoslavia y Ruanda. Asimismo, la norma consuetudinaria 151 dispone que «las personas que cometen crímenes de guerra son penalmente responsables». A partir de estas normas, puede argumentarse

¹³ SALMÓN, Elizabeth. *Introducción al derecho internacional humanitario*. Lima: IDEHPUCP-CICR, 2012, p. 56.

¹⁴ HENCKAERTS, Jean-Marie y Louis DOWSWALD-BECK. *El Derecho Internacional Humanitario consuetudinario*. Volumen I: Normas. Cambridge / Ginebra: Cambridge University Press / CRC, 2007. [http://www.icrc.org/WEB/SPA/sitespa0.nsf/htmlall/pcustom/\\$File/ICRC_003_PCUSTOM](http://www.icrc.org/WEB/SPA/sitespa0.nsf/htmlall/pcustom/$File/ICRC_003_PCUSTOM)

que la violación sexual es un crimen de guerra tal como se verifica en diversos manuales militares de guerra de distintos Estados¹⁵.

3. Algunos avances significativos sobre la definición de violación sexual en los tribunales ad hoc

La violencia sexual llegó a ser masiva en el contexto de la disolución de la República Federal de Yugoslavia así como en el exterminio de tutsis en Ruanda. Esto se manifiesta en la gran cantidad de evidencia de distintos actos de naturaleza sexual, en la jurisprudencia de ambos tribunales. En ese contexto, son las sentencias de *Akayesu*, *Furundžija* y *Foča*, las que elaboran por primera vez la definición de violación sexual como crimen internacional.

3.1. Akayesu, Jean Paul (ICTR-96-4)

Jean Paul Akayesu era alcalde del municipio de Taba en la prefectura de Gitarama, por lo que tenía a su cargo la realización de una serie de funciones ejecutivas y de mantenimiento del orden público en dicha ciudad, como prefecto a cargo. Mientras tanto, las violaciones sexuales contra las mujeres tutsi fueron uno de los actos de mayor comisión a lo largo del territorio de Ruanda durante el genocidio. Si bien Akayesu no perpetró por sí mismo ningún acto de violencia sexual; sin embargo, ordenó e incitó a otros a cometer actos de violación sexual. Asimismo, sometió a muchas mujeres tutsi a distintos actos de naturaleza sexual, como obligarlas a marchar desnudas y a hacer ejercicios frente a soldados de la milicia tutsi, denigrándolas y humillándolas.

El 2 de septiembre de 1998, la Sala de Primera Instancia del TPIR dictó la sentencia en dicho caso¹⁶. Esta sentencia tuvo un valor jurídico monumental. En ella se concluyó que la violación sexual y otras formas de violencia sexual fueron usadas como instrumento del genocidio tutsi; también que esos crímenes formaron parte de un ataque sistemático y generalizado dirigido contra la población civil y constituyó por ello crímenes de lesa humanidad. Esta fue la primera sentencia en la historia donde se consideró a la violación y otras formas de violencia sexual como crímenes de genocidio. La Sala de Primera Instancia también articuló definiciones de violación y de violencia sexual dentro del marco del derecho internacional y reconoció a la desnudez forzada como una forma de violencia sexual; de esta manera constituyó este tipo de actos inhumanos como crímenes de lesa humanidad.

¹⁵ Ver, por ejemplo, los manuales militares de Argentina, Australia, Canadá, China, República Dominicana, El Salvador, Francia, Alemania, Israel, Madagascar, Países Bajos, Nueva Zelanda, Nicaragua, Nigeria, Perú, Senegal, España, Suecia, Suiza, Uganda, Reino Unido, Estados Unidos y Yugoslavia. *Ibid.*

¹⁶ Sentencia *Prosecutor v. Akayesu, Jean Paul. Judgement* ICTR-96-42. Septiembre 1998.

3.2. Furundžija (IT-95-17/1) «Valle de Lašva»

Anto Furundžija fue acusado por la fiscal Louise Arbour del TPIY, el 2 de junio de 1998, por la comisión de graves infracciones al derecho internacional humanitario, entre ellas, violación sexual bajo la modalidad de tortura. Furundžija se desempeñó como comandante de los Jokers, un pelotón contraterrorista de las fuerzas armadas serbias. En este caso se determinó que la violación de una sola mujer constituye un crimen de lesa humanidad si se comete como parte de un ataque, ya sea generalizado o sistemático, contra la población civil. Concretamente, Furundžija fue encontrado culpable por obligar a una mujer a desnudarse delante de varios hombres y utilizar la violación sexual como parte de un interrogatorio. Los aspectos más significativos que aporta esta sentencia están enmarcados en el desarrollo de la violación y otras formas de violencia sexual como tortura, así como el primer intento por definir la violación sexual como crimen internacional¹⁷.

3.3. Kunarac *et al.* (IT-96-23 & 23/1) «Foča»

Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic participaron en una campaña serbia en el área de la municipalidad de *Foča* desde comienzos de 1992 hasta mediados de 1993. Dicha campaña fue parte del conflicto armado entre las fuerzas serbias y las musulmanas alrededor del pueblo de *Foča*. Uno de los propósitos de la campaña fue, entre otros, la eliminación de todos los musulmanes de esta zona. En este extremo, la campaña fue exitosa: todo indicio musulmán fue eliminado, inclusive el nombre del pueblo. La magnitud de las violaciones llevó a que *Foča* fuera conocida como «el campamento de las violaciones». Los actos de violencia sexual perpetrados alcanzaron una gran magnitud y, durante varios meses, las mujeres fueron tratadas como objetos de propiedad, obligadas a bailar desnudas y violadas continuamente. El TPIY condenó a Kunarac por tortura, violación sexual y esclavitud; a Kovac por violación sexual y esclavitud, y a Vukovic por tortura y violación sexual. Asimismo, estableció la conexión entre esclavitud y violación sexual y definió los elementos del crimen de violación sexual en un contexto de tortura¹⁸.

¹⁷ Sentencia *Prosecutor v. Furundžija*, IT-95-17/1-T, 10 de diciembre de 1998.

¹⁸ Sentencia *Prosecutor v. Kunarac, Kovac y Vukovic*. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, 22 de febrero de 2001. MARAVILLA, Christopher. «Rape as a War Crime: The Implications of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia's Decision in Prosecutor v. Kunarac, Kovac, & Vukovi con International Humanitarian Law». *Fla. J. Int'l L.*, 13 (2001), p. 321; ASKIN, Kelly D. «The Kunarac Case of Sexual Slavery: Rape and Enslavement as Crimes Against Humanity». En Andre Klip y Göran Sluiter. *5 Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*. 2003.

3.4. Las múltiples definiciones de violación sexual

A partir de estas tres sentencias pueden desprenderse tres corrientes en cuanto a la definición de la violación sexual como crimen internacional. La primera, elaborada en *Akayesu*, se trata de una definición amplia y conceptual de violación; la segunda, elaborada en *Furundžija*, plantea un acercamiento más restrictivo y mecánico; y la tercera, planteada en *Foča*, agrega a la descripción mecánica centrada en las partes del cuerpo involucradas en el acto de violación, el elemento del consentimiento. La segunda y la tercera corrientes restringen el concepto de violación sexual a la penetración de la vagina, ano y/o boca por el pene u otros objetos. Finalmente, de acuerdo con la tercera corriente, la ausencia de consentimiento es un elemento de dicho crimen que necesita ser probado. La primera definición es más amplia, ya que no excluye otras formas de violencia sexual más allá de la penetración. Además, esta corriente establece que cualquier invasión física de naturaleza sexual está destinada a ser un crimen cuando se produce en circunstancias coercitivas. Por lo tanto, no se hace mención al elemento de ausencia de consentimiento.

Con posterioridad a estos casos, los TPI asumirán cada una de estas posiciones aunque sin un orden articulado. Al día de hoy, cuando los tribunales se encuentran finalizando su trabajo, es claro que en los fallos de los TPI no hay un criterio uniforme para determinar cuáles son los elementos que componen la definición de violación sexual. A partir de estas múltiples definiciones, se han generado debates importantes para poder determinar, finalmente, cuál debería ser la definición estándar de este crimen.

La primera posición, señalada en el caso *Akayesu*, ha sido remarcada por el TPIR en los casos *Musema*, *Niyitegeka* y *Muhimana*; mientras que las otras posiciones han sido repetidas en los casos *Semanza*, *Kajelijeli* y *Gacumbitsi*. Otro aspecto importante en cuanto a los aportes de estas sentencias es la inclusión de la violación sexual (y otras formas de violencia sexual) dentro de otras modalidades de crímenes. Como ya se ha mencionado, en los estatutos de los TPI se incluyó la violación sexual como crimen de lesa humanidad y en el del TPIR, además como crimen de guerra. Sin embargo, los TPI lograron incluir a la violación y otros actos de violencia sexual dentro de las figuras del genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra no solo bajo la modalidad de violación, sino también como tortura, exterminio, ultrajes contra la dignidad personal, lesiones graves físicas y mentales, persecución y esclavitud. Esto determinó un avance muy importante en el tema de la violencia sexual, pues se reconoció la existencia de distintas formas de violencia sexual como crímenes internacionales. La mutilación, el matrimonio, el aborto, la prostitución, la esterilización, la desnudez y el embarazo forzados; la esclavitud sexual y otras formas de violencia

sexual fueron considerados tan graves como la violación sexual en muchas instancias, y esto sin duda sirvió de base para la posterior inclusión de la violencia sexual en el Estatuto de la CPI.

Al elaborar la definición de violación sexual, así como al momento de enmarcarla en otras modalidades de crimen, los TPI se enfrentaron a una ardua tarea, pues no contaban con ninguna base jurídica en el marco internacional para usar de referencia. La tarea más difícil fue la de encontrar una definición de los actos que constituyen violación sexual, para luego enmarcar estos actos constitutivos de violación sexual dentro de las definiciones de las otras modalidades de crimen, como fue el caso de persecución en el caso *Kvočka*¹⁹, el de esclavitud en el caso *Foča* y tortura en *Furundžija*, *Celebici*²⁰, *Akayesu* y *Musema*²¹.

Al elaborar la definición de los actos constitutivos de violación sexual, los TPI se enfrentaron a la barrera del principio de legalidad, reconocido como uno de los principios rectores del derecho penal dentro de las legislaciones nacionales, y según el cual nadie puede ser condenado por un crimen que no está tipificado antes de la comisión del mismo. La aplicación del principio de legalidad ha sido siempre problemática, especialmente dentro del derecho penal internacional, no solo para el crimen de violación sexual sino para diversos otros crímenes y principios²². Dada la falta de tratados internacionales que definan el crimen de «violación sexual», los tribunales tuvieron que buscar un común denominador de dicha definición en las jurisdicciones nacionales, en sus respectivos países. Sin embargo, esta búsqueda estuvo de alguna manera parcializada, pues se tomaron en cuenta solo jurisdicciones dentro del sistema del derecho común anglosajón, y dejaron de lado las leyes de los Estados de los cuales los perpetradores eran nacionales²³. Además, no se pueden transferir automáticamente elementos de las legislaciones nacionales hacia un plano internacional sin tener en cuenta las distintas circunstancias en las que la violación sexual se enmarca y los diferentes contextos en que los actores operan. En el caso *Furundžija*, los jueces del TPIY invocaron el principio de dignidad humana como criterio para establecer si los actos sexuales podrían calzar dentro de la definición de violación sexual. Sin embargo, si se tomara a este principio como la base estándar

¹⁹ Sentencia *Prosecutor v. Kvočka, Judgement*, IT-98-30-T, 2 de noviembre de 2000.

²⁰ Sentencia *Prosecutor v. Delalic, Judgement*, IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998.

²¹ Sentencia *Prosecutor v. Musema*, Case No. ICTR-96-13-A, 27 de enero de 2000.

²² Ver la apelación del caso *Celebici*, 573-579, en el concepto del «incapacidad mental».

²³ Por ejemplo, el código penal ruandés de 1977 prohíbe estrictamente la violación, la tortura y la tortura sexual, pero no define estos conceptos. La existencia de una abierta discreción judicial ha tenido como resultado varios veredictos condenatorios inconsistentes, mientras algunas sentencias categorizan a la violación sexual como «tortura sexual», otras reservan este concepto para actos de mutilación sexual y violaciones sexuales en grupo. Ver Human Rights Watch, 2004b, p. 32.

según la cual se deben analizar los actos de violencia sexual, entonces la referencia a un común denominador en las legislaciones nacionales se hace superflua, toda vez que muchos más actos encajarían dentro de la definición de violación sexual. Por consiguiente, la pregunta es, ¿cuál es el estándar según el cual los crímenes indefinidos deberían ser considerados? La respuesta debería estar en el contexto en el cual se producen las violaciones sexuales²⁴.

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

3.4.1. Los elementos en disputa en los TPI

Las definiciones planteadas por los TPI demuestran una falta de uniformidad respecto a los elementos que componen la definición de violación sexual. Por un lado, se debe aclarar qué término es el más adecuado, «invasión» o «penetración». Y por otro, determinar si el elemento de ausencia de consentimiento es pertinente para la definición de violación sexual como crimen internacional.

3.4.1.1. La invasión o penetración

La definición de violación sexual elaborada por el TPIR en la sentencia de *Akayesu* —«una invasión física de naturaleza sexual, cometida contra una persona en circunstancias coercitivas»— deja espacio para incluir situaciones de naturaleza sexual en las que no haya habido necesariamente penetración con un órgano sexual, tales como masturbación forzada, introducción de otras partes de cuerpo en la vagina o ano, mutilación o cualquier otro acto sexual. Esta definición es más amplia que su contraparte, la definición de *Furundžija* y *Foča*. *Furundžija* se limita a hacer una descripción de las partes del cuerpo involucradas en la penetración:

²⁴ BOON, Kristen. «Rape and Forced Pregnancy under the ICC Statute: human dignity, autonomy and consent». *Columbia Human Rights Law Review*, 32 (2001), pp. 648-655.

(i) La penetración, por más insignificante que esta sea:

- De la vagina o ano de la víctima por el pene del perpetrador o por cualquier objeto usado por el perpetrador;
- De la boca de la víctima por el pene del perpetrador [...].

Lo interesante de esta definición es que, aun usando el término «penetración», se contemplan los supuestos más comunes de actos de violación sexual, sin dejar de lado la penetración oral y anal, e incluye la posibilidad de penetración por medio de objetos. Sin embargo, como se ha podido constatar en las sentencias revisadas, la violación sexual tiene diversas formas de manifestación no contempladas, como la penetración de la vagina de la víctima por la lengua o por los dedos del perpetrador.

3.4.1.2. *La ausencia de consentimiento*

Como explicamos anteriormente, el elemento de ausencia de consentimiento fue introducido por la Sala de Primera Instancia del TPIY en el caso *Foča*, luego de repetirse la descripción mecánica de partes del cuerpo y objetos involucrados, hecha por el mismo tribunal en el caso *Furundžija*. En este último caso, la Sala de Primera Instancia señaló en el punto (ii) de su definición de violación que la penetración cuando se produzca «(ii) [m]ediante coerción o fuerza o amenaza de fuerza contra la víctima o una tercera persona» será considerada violación. En *Foča*, luego de señalar su concordancia con el punto (i) de la definición dada en *Furundžija*, añade que la actividad sexual será considerada violación cuando:

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

En primer lugar, a pesar que la ausencia de consentimiento es considerada un elemento del crimen de violación para un número significativo de legislaciones nacionales (la mayoría dentro del sistema común anglosajón, que difícilmente representa a la mayoría de las legislaciones en el mundo²⁵), las leyes nacionales de los Estados no fueron elaboradas para encajar dentro de la definición de violación sexual en situaciones de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. No es posible

²⁵ Muchos códigos penales se refieren a «la fuerza, amenaza de fuerza o coerción» en vez que a la ausencia de consentimiento. Para mayor información revisar los ejemplos mencionados en la Sentencia *Furundžija* de la Sala de Primera instancia, pár. 180 y en la Sentencia *Foča*, pár. 443-445.

transferir los elementos del crimen de violación sexual señalados en las legislaciones nacionales a las normas penales internacionales sin antes tomar en consideración las situaciones que diferencian a estos dos ámbitos. Las leyes nacionales están hechas para situaciones de paz, lo cual sí justifica la inclusión de la ausencia de consentimiento; sin embargo, en contextos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra, las violaciones sexuales son mayormente producidas dentro de un contexto de coerción, fuerza o amenaza de fuerza, lo cual hace al requerimiento de ausencia de consentimiento redundante y perpetúa estereotipos sobre que las víctimas soliviantaron a sus agresores²⁶. En situaciones de opresión y violencia, la ausencia de consentimiento es un elemento. Introducir la ausencia de consentimiento como elemento del crimen de violación en el marco del derecho internacional (tal y como fue hecho en *Foča*) es inapropiado e innecesario, pues dicha violación tendría —de todas maneras— que haberse cometido como parte de un ataque sistemático o generalizado y con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, o dentro de un conflicto armado, lo cual evidentemente supone circunstancias coercitivas y niega cualquier posibilidad de consentimiento.

En segundo lugar, al introducir la regla 96 de las Reglas de Procedimiento y Prueba²⁷, se eliminó el tema del consentimiento como un asunto relevante. De acuerdo con la regla 96, el consentimiento puede ser aceptado como defensa solamente en circunstancias muy limitadas: si el acusado puede probar la ausencia de temor a la violencia, de la amenaza de esta o de violencia real, de coacción, de detención o de opresión psicológica contra la víctima o contra una tercera persona²⁸. Esta regla está basada en que una vez probadas las circunstancias coercitivas, probar la ausencia de consentimiento es irrelevante, ya que hace que el consentimiento pueda ser sostenido por la defensa, en los muy limitados casos ya mencionados, traspasando la carga de la prueba a la defensa en lugar de la Fiscalía (como se hizo en *Foča*). En *Foča*, el TPIY interpreta la regla 96

²⁶ Esto fue confirmado por Ms. Jay G. McDougall, relatora de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su Informe Final en el cual sostuvo que «las manifiestas circunstancias coercitivas que existen en todas las situaciones de conflicto armado, establecen una presunción de ausencia de consentimiento por lo que se niega la necesidad de que la fiscalía establezca la ausencia de consentimiento como un elemento del crimen» (Final Report of the Special Rapporteur of the Working Group on Contemporary forms of Slavery, on Systematic Rape, Sexual Slavery and Slavery like Practices During Armed Conflict (UN Doc. EN/CN.4/Sub2/1998/13, 22 June 1998, par. 25). Esta observación se aplicaría también para situaciones de genocidio y crímenes de lesa humanidad.

²⁷ Reglas de Procedimiento y Prueba Comunes al TPIY y TPIR (UN Doc. IT/32/Rev.36).

²⁸ La regla 96, establece que: «In cases of sexual assault: (i) no corroboration of the victim's testimony shall be required; (ii) consent shall not be allowed as a defence if the victim (a) has been subjected to or threatened with or has had reason to fear violence, duress, detention or psychological oppression, or (b) reasonably believed that if the victim did not submit, another might be so subjected, threatened or put in fear; (iii) before evidence of the victim's consent is admitted, the accused shall satisfy the Trial Chamber in camera that the evidence is relevant and credible; (iv) prior sexual conduct of the victim shall not be admitted in evidence».

como inclusiva del elemento de ausencia de consentimiento. Si bien esta referencia al consentimiento en la regla, de alguna manera introduce la ausencia de consentimiento como un tema de debate por la Sala a la hora de analizar los hechos; no es correcta la exigencia que impuso este Tribunal a la Fiscalía, de demostrar la ausencia de consentimiento, pues la regla 96 le pone la carga de la prueba en esta materia a la defensa.

Por último, sostener que la ausencia de consentimiento es un elemento del crimen de violación sexual afectaría también a las víctimas, pues atentaría contra su vulnerabilidad y sensibilidad. Teniendo en cuenta que la violación sexual es un crimen que afecta tanto la integridad física como mental de las personas en las cuales es infligida, así como también sus relaciones sociales y familiares dependiendo de su contexto cultural. Someter a las víctimas de genocidio, de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra a un cuestionamiento sobre el consentimiento, una vez probadas las circunstancias coercitivas, podría parecer hasta ofensivo que se les interrogue a las víctimas sobre si consintieron y animaron los hechos perpetrados. Esto tendría consecuencias lamentables para el juzgamiento de aquellos responsables, puesto que al ser la violación sexual un crimen que no es denunciado en su mayoría, este requerimiento podría tener como resultado que las víctimas se abstengan de denunciar para evitar ser sometidas a un cuestionamiento que dañaría su susceptibilidad, resultando así, en una mayor impunidad respecto a este crimen.

4. La incidencia de los avances de los TPI en el derecho penal internacional

4.1. Los crímenes del Estatuto de Roma y la violación sexual

El artículo 8 del Estatuto recoge una fórmula restringida de crímenes de guerra, al establecer que «la Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión a gran escala de tales crímenes»²⁹. Es decir, que se deberá probar que dichos crímenes se cometieron como parte de una estrategia de guerra, sin incluir crímenes aislados que no tengan relación con el conflicto armado o con los individuos implicados en este. Asimismo, en este artículo se enumera una lista de actos que constituirán crímenes de guerra tanto en conflictos armados internacionales como no internacionales, en vez de sugerir que serán crímenes de guerra todas aquellas violaciones a los Convenios de Ginebra, en ambos contextos. De esta manera, se incluyen en la lista las infracciones graves a los Convenios de Ginebra, pero también actos reconocidos como crímenes de guerra por el derecho internacional consuetudinario.

²⁹ Es decir, una fórmula distinta a la recogida por los TPI en sus estatutos. Ver artículos 4 y 2-3, respectivamente.

Respecto a las disposiciones de naturaleza sexual, el artículo 8 reconoce en el inciso 8.2.b.xxii que «[c]ometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definidos en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra», será considerado crimen de guerra, en contextos de conflicto armado internacional. Esta misma disposición se repite en el artículo 8.2.e.vi sobre crímenes de guerra en contextos de conflicto armado no internacional. De esto podemos inferir que, a pesar que dichas disposiciones no están incluidas expresamente en el epígrafe dedicado a la infracciones graves a los Convenios de Ginebra, los crímenes de violación y otras formas de violencia sexual son considerados como crímenes de guerra en el derecho penal internacional contemporáneo.

Por otro lado, respecto a los crímenes de lesa humanidad, el Estatuto de Roma en su artículo 7 regula de forma expresa la violencia sexual, aumentando el número de actos constitutivos de la misma respecto a los estatutos de los TPI, dado que estos se refieren únicamente a la violación. Dichos actos, enumerados, se encuentran en el numeral g) como «[v]iolación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable», configurando la enumeración convencional más completa hasta el momento sobre las conductas que constituyen violencia sexual. Esto sin duda responde a los avances logrados por la jurisprudencia de los TPI que adoptaron sentencias muy progresistas y extensas en materia de violencia sexual, y en general, para el derecho penal internacional, lo cual contribuyó de manera significativa al desarrollo del derecho internacional.

Al momento de la elaboración del estatuto se contaba con precedentes jurisprudenciales de dos naturalezas distintas a la hora de proceder a definir el crimen de violación sexual. Ante esta situación, el Estatuto de Roma decidió emplear una postura exegética —postura intermedia entre ambas posiciones—, sin llegar a enumerar los actos constitutivos de violación, pero sí estableció algunas condiciones, siendo finalmente definida de la siguiente manera en los Elementos de los Crímenes: «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». Adicionalmente, se requiere: «Que la invasión haya tenido lugar por la fuerza *o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coerción*, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa u otra persona *o aprovechando un entorno de coerción*, o se haya realizado contra una *persona incapaz de otorgar*

su genuino consentimiento»³⁰. Esta definición es aplicable tanto para los crímenes de guerra como para los de lesa humanidad, aunque ambas categorías incorporen elementos contextuales específicos.

Lamentablemente, la CPI aún no cuenta con sentencias emitidas en materia de violación sexual, lo cual no permite hacer un análisis de la aplicación de esta definición en los casos en concreto. Sin embargo, el 15 de junio de 2009 se realizó la confirmación de cargos de Jean Pierre Bemba Gombo en lo referente a la situación en el Congo³¹. En la «Decisión de acuerdo al artículo 61.7.a y b del Estatuto de Roma sobre los cargos del fiscal contra Jean-Pierre Bemba Gombo»³², la Sala de Cuestiones Preliminares II de la CPI analizó el aspecto jurídico de los supuestos actos de violación sexual, cometidos por las tropas del MLC en el Congo, a las cuales pertenecía Bemba³³. En dicho documento se analizaron los actos de violación supuestamente perpetrados por Bemba, dentro las categorías de violación como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra.

De esta manera, la Sala de Cuestiones Preliminares II —respecto al *actus reus* del crimen— señaló que el término «coerción» no requiere de fuerza física. Se señala que las «amenazas, intimidación, extorsión y otras formas de coacción que se aprovechen del miedo de la víctima son las que constituirán coerción, y la coerción podrá ser inherente en ciertas circunstancias, tales como conflicto armado o presencia militar»³⁴. Respecto al *mens rea*, la Sala señaló que el perpetrador debe haber cometido el acto de violación con intencionalidad y conocimiento de acuerdo con lo establecido en el artículo 30 del Estatuto. En este orden de ideas se dispone que el fiscal debe probar el requerimiento del nexo causal, es decir, deberá probar la existencia de un nexo entre los actos de violación sexual cometidos y el ataque generalizado o sistemático a la población civil. Luego, respecto a los actos de violación como crímenes de guerra, la Sala de Cuestiones Preliminares II volvió a citar la definición de violación de los Elementos de los Crímenes y señaló que el *actus reus* y el *mens rea* son los mismos que para el caso de crímenes de lesa humanidad. La única diferencia es el requerimiento

³⁰ La Corte Penal Internacional, Elementos de los Crímenes (U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.2 [(2000)]. Artículo 7 1) g)–1.

³¹ Jean Pierre Bemba Gombo fue uno de los cuatro vicepresidentes en el gobierno de transición de la República Democrática del Congo del 17 de julio 2003 a diciembre 2006. Bemba también lideró el Movimiento para la Liberación del Congo (MLC), un grupo rebelde convertido en partido político.

³² Cf. Situation in the Central African Republic in the Case of the Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo. Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo. No.: ICC-01/05-01/08.

³³ Movement for the Liberation of the Congo.

³⁴ Cf. Situation in the Central African Republic in the Case of the Case of the Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo. Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo. No.: ICC-01/05-01/08, par. 162.

del nexo causal, que para esta categoría de crimen será la asociación entre los actos de violación sexual y el conflicto armado no internacional³⁵.

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

4.2. Los elementos que componen la definición de violación sexual en los Elementos de los Crímenes

En cuanto al primer elemento, la definición se concentra inicialmente en el concepto de «invasión» utilizado en el caso *Akayesu*, luego especifica que dicha invasión tiene que resultar en la penetración del cuerpo de la víctima por medio de alguna parte del cuerpo del perpetrador o algún objeto. Esta redacción ha sido, obviamente, influenciada por la definición de violación sexual de *Furundžija* y por un número considerable de legislaciones nacionales en la materia. El elemento de «invasión» es combinado con el elemento de «penetración», dado el acuerdo alcanzado por las delegaciones en la Conferencia de Roma de 1998³⁶. Siguiendo esta línea, debe resaltarse que a pesar de que hubo un respaldo considerable por parte de varias delegaciones y ONG para incluir el término «invasión» en vez de «penetración»; finalmente, algunas delegaciones de Estados influyentes sostuvieron que era mejor optar por el término «penetración» pues consideraron al término «invasión» muy vago y potencialmente incompatible con su normativa interna³⁷. Sin embargo, al considerar que el enfoque

³⁵ Cf. Situation in the Central African Republic in the Case of the Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo. Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo. No.: ICC-01/05-01/08, par. 162, par. 285.

³⁶ RÜCKERT, Wiebke y Georg WITSCHHEL. «Genocide and Crimes against Humanity in the Elements of Crimes». En Horst Fischer et al. (eds.). *International and national prosecution of crimes under international law: current developments*. Berlin: Spitz, 2001, p. 82.

³⁷ Veinticuatro Estados estuvieron a favor de utilizar el término «invasión», por considerarlo más neutral, sin embargo un grupo de Estados miembros —incluyendo Francia, Países Bajos y Estados Unidos estuvieron en contra de emplear este término por las razones ya mencionadas líneas arriba y sostuvieron que debería utilizarse el término «penetración». Al respecto, ver BOON, Kristen. Ob. cit., p. 649. Ver también los informes preparados por algunas ONG, en los cuales se defiende el uso del término «invasión»: Women Caucus for

principal iba a estar en el acto de «penetración», el uso del término «invasión» era superfluo. El término «invasión» fue introducido en la sentencia del caso *Akayesu*, con la intención del TPIR de no limitar la definición de «violación sexual» solamente a actos que incluyan penetración.

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

De acuerdo con los elementos del crimen de violación sexual de la CPI, toda penetración de naturaleza sexual cae dentro de la definición de violación sexual. Otros actos sexuales que no equivalgan a una penetración tales como tocamientos sexuales no intencionales, estarán entonces excluidos. Teniendo en cuenta el principio de legalidad, el hecho de establecer una definición de violación sexual que sea clara y específica, es en definitiva un gran aporte al desarrollo en esta materia³⁸. Sin embargo, esta definición, no se encuentra claramente fraseada, por lo que podría llevar a confusiones. La oración empleada en la primera parte: «Que el autor haya invadido el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual», es muy confusa. Particularmente, no deja en claro lo que se quiere decir con la referencia al segundo «perpetrador». Probablemente, quienes redactaron los Elementos de los Crímenes tuvieron la intención de que la frase incluyera aquellas

Gender Justice (1999); Preparatory Comision for the International Criminal Court. Nueva York: Human Rights Watch, 1999.

³⁸ SMEULERS, Alette y Roelof HAVEMAN (eds.). *Supranational Criminology: Towards A Criminology of International Crimes*. Amberes: Intersentia Publishers, 2008, p. 62.

situaciones en que las víctimas sean obligadas a realizar actos sexuales a la persona que los obliga o a otras personas. De esta manera, el autor anterior no es nada menos que la víctima de la violación, coaccionado por el autor real —posterior— a ser sexualmente penetrado, él mismo (el perpetrador posterior) o a penetrar a otra persona (segunda víctima). Este escenario puede incluir situaciones en que la víctima es obligada a penetrar con su pene o con cualquier otra parte del cuerpo u objeto la vagina, ano, boca de aquel quien la obliga o de una tercera persona. Estas situaciones parecen tratarse de casos de violaciones hombre-hombre (hombres que obligan a hombres a penetrar otros hombres o a ellos mismos) y mujer-mujer (mujeres que obligan a hombres a penetrarlas o a otras mujeres). También fue el caso de las definiciones esbozadas en *Furundžija* y *Foča*, ya que la redacción en estas tampoco fue clara sobre este punto. Más aún, de esta definición no se puede deducir si, por ejemplo, se incluiría la masturbación del perpetrador por la víctima obligada a realizar el acto, la masturbación de la propia víctima obligada por el perpetrador a realizar el acto en frente de este o de otras personas, la mutilación sexual, etcétera. Una interpretación literal de este elemento, excluiría todos estos actos sexuales, puesto que no incluyen penetración con un órgano sexual.

Por otro lado, la definición de violación sexual según el TPIR en la sentencia *Akayesu* —una invasión física de naturaleza sexual a una persona bajo circunstancias coercitivas— deja espacio para incluir situaciones de naturaleza sexual en las que no haya habido necesariamente penetración con un órgano sexual, tales como masturbación forzada, mutilación o cualquier otro acto sexual actualmente desconocido. No obstante, se debe reconocer que la definición de la CPI abarca todas las posibles formas de violación sexual que incluyen actos de penetración³⁹. La definición de la CPI es definitivamente más amplia que su contraparte, la de *Furundžija/Foča*, pero más restrictiva que la definición de violación sexual utilizada en *Akayesu*. El desarrollo dentro de las legislaciones nacionales sobre la definición de violación sexual ha sido tomado en cuenta en la definición utilizada por la CPI⁴⁰, pero particularmente —y más importante— ha sido tomada en cuenta la realidad de las violaciones sexuales cometidas en situaciones de conflicto armado y violencia masiva.

Aquellos actos sexuales que no alcancen la definición de violación sexual deberían, entonces, ser clasificados como violencia sexual, tipificada en el artículo 7.1.g, ya que esta incluye «cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable». Considerando que todos los actos sexuales mencionados en esta sección son similares

³⁹ Los elementos del crimen de violación sexual fueron negociados con el objetivo de elaborar una definición expansiva que abarcara todas las posibles formas de violación.

⁴⁰ Report of the Ad hoc Committee in the Establishment of an International Criminal Court. Official Records Fiftieth Session, Supplement No. 22 (A/50/22).

en cuanto a su gravedad, no importa bajo qué tipo penal se condena un determinado acto sexual siempre y cuando sea condenado por lo que es. Por el contrario, procesar aquellos actos sexuales que no involucren penetración con un órgano sexual como si se trataran de violación sexual, nos llevaría a una injusticia para con aquellas víctimas de violencia sexual que sí reúnan los requisitos del crimen de violación sexual según la CPI y quienes se consideran a sí mismas como «las verdaderas víctimas de crímenes de violación sexual⁴¹».

Una ventaja de la definición empleada por la CPI es su neutralidad de género: es aplicable a víctimas y perpetradores de ambos sexos⁴². Aunque la gran mayoría de las víctimas de violencia sexual son de sexo femenino, hay evidencia importante que demuestra el aumento de víctimas masculinas de violencia sexual en contextos de violencia masiva⁴³. Asimismo, la mayoría de los perpetradores de violencia sexual son de sexo masculino, pero también hay mujeres que se podrían ver involucradas en crímenes de violencia sexual; por ejemplo, al ordenar a hombres que violen a otras mujeres⁴⁴. Por lo tanto, la descripción del crimen de violencia sexual según los Elementos de los Crímenes es apropiada en cuanto a términos neutrales de género, usando terminología como «perpetrador», «víctima» y «persona». En la nota 15 se especifica que el concepto de «invasión» está previsto para ser lo suficientemente amplio y neutral en cuanto al género. Esta es otra evidencia que demuestra que los delegados de la Comisión Preparatoria querían cubrir todos los casos de violación sexual cometida por una persona de cualquiera de los sexos contra una víctima de cualquiera de los sexos.

Respecto al segundo elemento de la definición de violación sexual —las circunstancias que convierten a los actos sexuales en criminales—, estamos nuevamente ante una

⁴¹ De acuerdo con Marc Groenhuisjen, profesor de Derecho Penal y Procesal Penal, y director del Instituto Internacional de Victimología de Tilburg (INTERVICT) en los Países Bajos, muchas de las víctimas de violación sexual se sintieron molestas por la sentencia dictada por la Corte Suprema Danesa en el caso Tongzoen, donde el beso estilo francés fue aceptado como constitutivo de violación sexual. Según el punto de vista de estas víctimas, el hecho de considerar el beso estilo francés como violación sexual, constituía una negación de su propia victimización.

⁴² Varias legislaciones nacionales aún se refieren exclusivamente a la mujer como víctima y al hombre como perpetrador del crimen de violación sexual (por ej. Francia).

⁴³ Ver el abuso sexual de prisioneros iraquíes por parte de soldados norteamericanos e ingleses en 2004. Por ejemplo, BBC News. *Soldado norteamericano apresado por violencia sexual*, 22 de octubre de 2004. En este reportaje se informó que el soldado norteamericano, *Sgt. Ivan Frederick*, fue sentenciado a ocho años de prisión por, *inter alia*, haber forzado a los detenidos a masturbarse mientras otros soldados observaban y tomaban fotos.

⁴⁴ Ver, por ejemplo el caso *Butare* ante el TPIR, en donde Pauline Nyiramasuhuko (la exministra de la Familia y Desarrollo de la Mujer) fue acusada de haber ordenado a hombres a que violaran mujeres en la provincia de Butare. Ver, también BBC News. *Women Soldier in Abuse Spotlight*, 7 de mayo de 2004, en donde Lynndie England fue acusada de abusar sexualmente a prisioneros iraquíes dentro de una prisión iraquí, Abu Ghraib, cerca de Bagdad. Hay evidencia de que esto también ocurrió en la República Democrática del Congo. Las tropas de Jean-Pierre Bemba incluyeron mujeres que perpetraron actos de violencia sexual.

postura influenciada por la jurisprudencia de los TPI y algunas legislaciones nacionales. Para que una «invasión» sea considerada violación sexual se consideran tres tipos de circunstancias, que la penetración haya sido: (1) «por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coerción», redacción de la sentencia *Furundžija*; (2) «aprovechando un entorno de coerción», lo cual se asemeja a la formulación empleada en la sentencia *Akayesu*; o (3) «contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento», lo cual no se refiere al requerimiento de ausencia de consentimiento de la definición de *Foča*, sino a los casos que involucren personas que son incapaces legalmente de dar su consentimiento, tal y como se incluye comúnmente en algunas legislaciones nacionales. La lista no exhaustiva de ejemplos de «coerción» en la segunda parte de la definición de la CPI incluye «la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa u otra persona». Los ejemplos dejan claro que la coerción se puede dar sin el uso de la fuerza física.

El uso de la frase «libre consentimiento» es aclarado en un pie de página al establecer que si alguien «adolece de una incapacidad natural, inducida o debida a la edad», se presume que no será capaz de dar su libre consentimiento⁴⁵. Si determinadas personas han sido declaradas como incapaces de dar su libre consentimiento, la ausencia de consentimiento se presumirá en caso de ser víctimas de violación sexual. Lo importante es que el enfoque de la definición expuesta por la CPI está sobre las circunstancias coercitivas y no sobre la ausencia de consentimiento por parte de la víctima⁴⁶.

Al emplear esta redacción, parece ser que los Elementos de los Crímenes han incorporado las perspectivas de las sentencias *Akayesu* y *Furundžija* a los tipos de circunstancias que transforman las relaciones sexuales en actos criminales, y para eso añadieron la imposibilidad fáctica de dar consentimiento sobre la base de factores naturales, inducidos o relativos a la edad⁴⁷. De esta manera, la definición de la CPI se alejó del uso y significado de «consentimiento» tal como fuera aplicado en la sentencia *Foča*.

Además, cabe sostener que la definición de violación sexual cubre no solo las situaciones en las cuales la violación podría haberse cometido si es que la misma persona

⁴⁵ Artículo 7.1.g.1 EdC, pie de página 16. Este pie de página también es de aplicación para los casos de prostitución forzada, esterilización forzada y violencia sexual. Algunas organizaciones de mujeres consideraron problemática esta referencia al consentimiento. Agregar el término «libre» fue considerado superfluo, dado que el consentimiento existe o no existe. Además, la regla 70 de las RPP en «Principios de la prueba en casos de violencia sexual», usa la terminología de «un consentimiento voluntario y libre». Esto podría dar la impresión de que el libre consentimiento del que se habla en los EdC, no incluye el concepto de ser voluntario. Ver *ICC Prep Com Report*, March 13-31, 2000. Sin embargo, de acuerdo con La Haya, la palabra «libre» está destinada a cubrir conceptos tales como consentimiento voluntario e informado.

⁴⁶ Ver RUCKERT, Wiebke y Georg WITSCHERL. *The Crime of Genocide and Contextual Elements. A Comment on the ICC Pre-Trial Chamber's Decision in the Al Bashir Case*. 2001, p. 83.

⁴⁷ DAMASK, Mirjan R. *The International Criminal Court Between Aspiration and Achievement*. Yale Law School Legal Scholarship Repository. 2009, p. 30.

era sometida a circunstancias imperantes, sino también en aquellos casos en las que una tercera persona podría haberse visto victimizada si es que la primera persona no accedía a los actos requeridos. La sentencia de *Furundžija* menciona a una «tercera persona», mientras que los Elementos de los Crímenes se refieren a «otra persona». Ciertamente, no es problemático hacer tal inclusión a la definición de violación, pero esto se podría haber deducido de la frase «por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coerción». De hecho, los Elementos de los Crímenes, al explicar el concepto de coerción, se refieren a la opresión psicológica *inter alia*, lo cual definitivamente abarcaría este tipo de situaciones.

El *mens rea* requerido por el artículo 30 del Estatuto de Roma es aplicable tanto a crímenes de lesa humanidad como a crímenes de guerra. Siendo este, que el perpetrador haya tenido la intención de invadir el cuerpo de la víctima mediante una conducta resultante en una penetración, por más leve que esta sea, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del perpetrador con un órgano sexual, o de la cavidad genital o anal de la víctima con un objeto o cualquier otra parte del cuerpo (primer elemento); con el conocimiento del perpetrador que dadas las circunstancias en las que se encontraba, se sobreentendía que dicha invasión sexual estaba siendo cometida por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coerción o aprovechando un ambiente coercitivo; o cuando la invasión se da contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento (segundo elemento)⁴⁸. Dado que la definición de violación sexual de los Elementos de los Crímenes no incluye el elemento de ausencia de consentimiento, el conocimiento de que este no existía no será parte del requerimiento de intencionalidad y, por lo tanto, no será necesario ser probado por la Fiscalía. El conocimiento de las circunstancias coercitivas, por parte del perpetrador, será suficiente para probar que hubo intencionalidad de cometer la violación sexual. Las sentencias de los TPI posteriores a la adopción de los Elementos de los Crímenes demuestran que dichos tribunales siguieron optando tanto por la definición amplia de *Akayesu*, como la más restrictiva, expuesta en *Foča*, a pesar de ya haber sido adoptada la definición de los Elementos de los Crímenes, que se encuentra en un punto medio entre estas dos definiciones.

Los Elementos de los Crímenes —documento no vinculante para los TPI— enumeran minuciosamente los elementos del crimen de violación. Sin embargo, desde su adopción, los TPI no se han mantenido en una misma línea: demuestran la aplicación de varias otras definiciones de violación sexual, más allá de la propuesta en los Elementos de los Crímenes. La definición de violación sexual expuesta en la sentencia *Foča* es posterior a la redacción de los Elementos de los Crímenes y constituye

⁴⁸ Comparar la similitud con el requerimiento de *mens rea* tal y como fue planteado en la sentencia *Foča*. Ver pár. 460 de la Sentencia de la Sala de Primera Instancia.

una definición mecánica de violación con un enfoque sobre el consentimiento por parte de la víctima, mientras que la definición más amplia de la sentencia de *Akayesu*, establecida antes de la redacción de los Elementos de los Crímenes, ha sido sostenida en sentencias posteriores a la adopción de los Elementos de los Crímenes.

Tal y como ha sido explicado anteriormente, la definición de violación sexual de los Elementos de los Crímenes es una mezcla de las definiciones expuestas por las sentencias *Akayesu*, *Furundžija* y *Foča*, tomando en cuenta perspectivas de legislaciones nacionales. La ventaja de la definición de los Elementos de los Crímenes es que no está centrada en el tema del consentimiento, pero sí en el tema del uso (amenaza de) de la fuerza, coerción o la existencia de un ambiente coercitivo. A pesar que los jueces del TPIR en *Akayesu* se dieron cuenta de que existe un número considerable de legislaciones nacionales que incluyen la ausencia de consentimiento como un elemento de la definición de violación sexual, consideraron innecesario introducir este elemento en el marco del derecho penal internacional, especialmente teniendo en cuenta los contextos de violencia y opresión en los que se enmarcan la práctica de violaciones sexuales como genocidios, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. De esta manera, si el fiscal logra probar las circunstancias coercitivas, entonces se presumirá la ausencia de consentimiento. Esto significa que no será necesario cuestionar las acciones ni el estado mental de la víctima. De esa manera se pueden evitar varias preguntas que podrían resultar insultantes para la víctima.

La definición de los Elementos de los Crímenes también incluye un mayor número de actos sexuales prohibidos que la versión más restrictiva y mecánica propuesta por las sentencias de los casos *Foča* y *Furundžija*, en las que se señalaron determinadas partes del cuerpo. Sin embargo, la definición de los Elementos de los Crímenes no es tan amplia como la expuesta en el caso *Akayesu*, lo cual hace más fácil la tarea de distinguir entre violación sexual y violencia sexual. La diferenciación entre violación sexual y violencia sexual ha sido analizada por la mayoría de la jurisprudencia mencionada en este texto⁴⁹.

Los actos sexuales no incluidos en la categoría de violación sexual deberán ser condenados bajo «otra forma de violencia sexual de gravedad comparable» (artículo 7.1.g del Estatuto de Roma), categoría que podría incluir, por ejemplo, desnudez forzada, masturbación forzada, o tocamientos forzados indebidos del cuerpo. Esto no quiere decir que los actos condenados a través de esta llamada «categoría residual» sean menos severos que aquellos que sí encajan dentro de violación sexual o cualquiera de los otros crímenes de violencia sexual explícitamente mencionados en el artículo

⁴⁹ Sentencia *Akayesu*, pár. 598-688; sentencia *Musema*, pár. 227; sentencia *Kvočka et al.*, pár. 180, sentencia *Semanza*, pár. 345 y sentencia *Kajelijeli*, pár. 916.

7.1.g del Estatuto de Roma, por eso la precisión «de gravedad comparable». Cabe resaltar que cada situación es distinta y debería ser evaluada individualmente.

En conclusión, la definición de los Elementos de los Crímenes es más favorable para la víctima porque no acepta el elemento de ausencia de consentimiento y porque reconoce una mayor variedad de actos sexuales dentro del crimen de violación sexual que su contraparte, el TPIY en los casos *Furundžija* y *Foča*, cuyas definiciones fueron sostenidas posteriormente en varias sentencias de los TPI. En su redacción, la definición de violación sexual de los Elementos de los Crímenes toma en cuenta la realidad de la violencia sexual en el marco de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio en su total extensión. Por lo tanto, debería ser considerada la definición estándar de preferencia dentro del derecho penal internacional. El objetivo de los TPI y de la CPI en esta materia es escuchar la evidencia en los casos de violación sexual, y no la de excluir la participación de los testigos mediante la aplicación de definiciones que se centren en el consentimiento⁵⁰. Solamente cuando el crimen de violación sexual sea reconocido por lo que es, las víctimas de violencia sexual se sentirán capaces de salir a la luz y podrán obtener la justicia que se merecen.

5. Comentarios finales

Los TPI dotaron de significado a la expresión «violación sexual» enunciada en sus estatutos, a través de su jurisprudencia, pues no había sido calificada, ni definida como crimen internacional en ningún instrumento jurídico de carácter convencional anterior a la creación de los TPI. Estos tribunales ad hoc fueron los primeros en reconocer expresamente a la violación sexual como crimen internacional, sin embargo, la ausencia de una definición significó un gran problema al momento de juzgar este acto. Las definiciones elaboradas por los TPI demuestran una falta de uniformidad dada su falta de referencia y una necesidad de subsumir los actos de violación dentro de otras figuras penales para poder ser juzgados.

A pesar que el desarrollo de los TPI en esta materia es de alguna manera confuso, ha significado, indudablemente, un gran aporte para el desarrollo del concepto de violación sexual como crimen internacional. Se puede hacer esta afirmación dada la inclusión de la violación y otras formas de violencia sexual en el Estatuto de Roma y a los Elementos de los Crímenes, en los cuales es notable la influencia heredada de la jurisprudencia elaborada por los TPI frente a los actos de violencia sexual cometidos en Ruanda y en la Ex República Federal de Yugoslavia.

⁵⁰ Al interpretar los estatutos de los tribunales, el Tribunal de Apelaciones ha perseguido un enfoque deliberado, en el cual ha buscado establecer el objetivo y propósito de las disposiciones del Estatuto, en vez de una construcción delimitada. Ver sentencia de apelación *Dusko Tadic* del TPIY, pár. 189.