

PAPELES ICLA

CONSEJO NORUEGO PARA REFUGIADOS

CONTENIDO:

**EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO PENAL
INTERNACIONAL EN CASO DE AGRESIONES SEXUALES.**

Revista Temática Consejo Noruego Para Refugiados Colombia - Edición No.1

ISSN: 2145-9991





Foto: NRC

CONSEJO NORUEGO PARA REFUGIADOS

El Consejo Noruego para Refugiados (NRC por sus siglas en inglés) es una organización humanitaria internacional, fundada en 1946. Es la única organización noruega especializada en trabajo internacional con población refugiada y población desplazada.

NRC inició labores en Colombia en 1991. A partir de 2004, implementa su labor a través de sus oficinas en Cúcuta (Norte de Santander), Santa Marta (Magdalena), Pasto (Nariño) y Bogotá. Adicionalmente, tiene presencia en Ciudad de Panamá (Panamá), San Cristóbal (Venezuela) y Quito (Ecuador) con el propósito de brindar asistencia a personas con necesidad de protección internacional.

Todas las actividades de NRC en Colombia están orientadas a promover y proteger los derechos de la población desplazada o en riesgo de desplazamiento, independientemente de su edad, género, condición social, étnica, religiosa o nacionalidad.

En Colombia NRC realiza actividades específicas en el marco de 3 áreas programáticas:

- 1) Programa ICLA
- 2) Programa de Educación
- 3) Incidencia y Política Pública

El Programa ICLA (por su sigla en Ingles que significa Información, Orientación y Asistencia Legal) promueve la protección de los derechos de las personas en situación de desplazamiento forzado, o personas con necesidad de protección internacional, con perspectiva de soluciones duraderas.

Tiene como objetivos principales:

- 1) La prestación de servicios de información, orientación y asistencia legal a personas desplazadas, en materia de acceso a derechos y a la oferta del Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada y
- 2) Apoyo legal a las víctimas del desplazamiento forzado para acceder a la verdad, justicia y reparación, con especial énfasis en restitución de tierras y violencia sexual basada en género.

Atle Solber
Director de País
CONSEJO NORUEGO PARA REFUGIADOS
Colombia

PROGRAMA ICLA

“Evolución jurisprudencial del derecho penal internacional en caso de agresiones sexuales.”

EL CONSEJO NORUEGO PARA REFUGIADOS Colombia, Programa ICLA (por su sigla en inglés: información, consejería y asistencia legal), ofrece, a partir de esta publicación, una serie de documentos afines con la problemática de acceso a la justicia por parte de la población desplazada o en necesidad de protección internacional. Este primer documento, elaborado por el profesor Oscar Julián Guerrero, asesor NRC ICLA, tiene la pretensión de “ilustrar en forma descriptiva la evolución del tratamiento legal de la violencia sexual en el derecho penal internacional con fundamento en la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales. A ello se agrega un inventario de los problemas procesales y probatorios con el objeto de que se presten a una consideración comparativa con lo ocurrido en el derecho doméstico”.

Consideramos que éste y los próximos documentos pueden ser de gran utilidad para los funcionarios judiciales; las organizaciones sociales defensoras de DDHH y especialmente de los derechos de las mujeres; las organizaciones defensoras de la población desplazada y los abogados y abogadas comprometidos en la lucha contra la impunidad por los delitos de violencia sexual basada en género (VSBG).

Este texto describe desde un principio, el proceso de construcción progresiva de delitos autónomos de violencia sexual basada en género, para la judicialización particular e independiente en varios escenarios de agresiones sexuales, encuadradas en conflictos armados, así, como la necesidad histórica de acudir a delitos que castigan otras conductas punibles para la judicialización de estos crímenes, como en el caso de las relaciones entre las conductas sexuales ilícitas y los crímenes contra la humanidad, así como, las conductas sexuales ilícitas y el genocidio, y finalmente el reconocimiento de la violencia sexual como delito internacional

El autor refiere, que la dificultad en la persecución de este tipo de crímenes por la inexistencia de delitos autónomos, ha sido gradualmente superada gracias al progreso jurisprudencial que ha permitido avances de gran importancia, como la inclusión de 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 el Estatuto de Roma, donde se estableció entre otros, el alcance de la acción y los elementos del crimen, así como un nuevo espectro de conductas que encajan en la descripción típica.

Igualmente, permite establecer las estructuras de imputación independientes, dependiendo del contexto y conforme los contornos de conducta, que cualifican la agresión sexual, los cuales deben tenerse presentes al momento de identificar, documentar, investigar la agresión, en general en el proceso de construcción de la teoría del caso.

De las diferentes estructuras de imputación tratadas en el documento, subyacen la comisión por omisión, la comisión por órdenes, la comisión directa, la contribución y ayuda a la comisión, así como la empresa criminal conjunta. Todas estas categorías, fortalecen las estructuras de nuestro derecho penal interno, con miras a implementar un sistema de imputación más preciso en la persecución de estos crímenes, siempre enfocado a la edificación del proceso bajo consideraciones de género.

Por otra parte, el autor examina dos aspectos sustanciales en el proceso de imputación de la conducta, el primero tiene que ver con la agresión sexual como medio idóneo para torturar a una persona, y en segundo lugar, con el examen de la culpabilidad del perpetrador de la conducta, temas siempre debatidos, y que en el marco de un proceso de judicialización de crímenes de violencia sexual basada en género en el marco del conflicto, exigen una especial carga argumentativa, acompañada de una fortaleza probatoria que permita establecer responsabilidades y reparar a las víctimas.

A renglón seguido, el autor explora una modalidad de ejecución del crimen de violación, que no exige el sometimiento por medio de la fuerza física, sino que apela a las circunstancias de contexto inherentes al conflicto que puedan afectar el consentimiento de la víctima. Este argumento permite ampliar el alcance de protección de las normas que prohíben en el derecho penal interno los delitos constitutivos de violencia sexual basada en género, ya que conforme a la comprensión del contexto de conflicto armado, ensancha la protección del delito a modalidades de intervención delictiva presentadas en los aparatos de guerra y estructuras organizadas de poder propias de nuestra confrontación armada.

Finalmente, el aporte de la experiencia internacional en la persecución de este tipo de crímenes, nos deja dos importantes reflexiones en materia probatoria, la primera enfocada al tratamiento de la prueba testimonial de la víctima, y en segundo lugar a la naturaleza y contenidos de la misma, al momento de ser asumidas por el juez. Ya que en su mayoría, las acusaciones son soportadas con los testimonios de las víctimas, quienes al momento de hacer los descargos en ocasiones cometan imprecisiones, causadas por su condición física y emocional, circunstancias que en estos casos no resta credibilidad al contenido de la prueba testimonial.

Alberto Lara
Gerente de Programa ICLA - NRC Colombia



Foto: Michael Kooren

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL EN CASO DE AGRESIONES SEXUALES

La instauración de la Corte Penal Internacional ha despertado interés para académicos, jueces y juristas sobre las diversas formas de tratamiento legal de la criminalidad internacional. El problema de la violencia sexual en el contexto de conflictos armados, la subsunción de agresiones sexuales dentro de crímenes que tienen una consideración más grave o el tratamiento de ciertos delitos como parte de ataques generalizados que encuadren en la categoría de crímenes de lesa humanidad no ha sido un problema menor y por lo mismo es fácil observar que los avances en este campo han sido profundamente significativos y permitirán adoptar otra óptica para las legislaciones domésticas.

Este ensayo pretende ilustrar en forma descriptiva la evolución del tratamiento legal de la violencia sexual en el derecho penal internacional con fundamento en la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales. A ello se agrega un inventario de los problemas procesales y probatorios con el objeto de que se presten a una consideración comparativa con lo ocurrido en el derecho doméstico.

1. Tratamiento de la violencia sexual por el Derecho Penal Internacional

El Derecho Penal Internacional (DPI) moderno que se inicia con El Estatuto de Nuremberg no reconoció expresamente en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional las agresiones sexuales. No obstante esta ausencia, los crímenes de violencia sexual fueron acogidos en una cláusula de analogía referida a “otras acciones inhumanas.” Delitos como la violación fueron asumidos posteriormente por la ley número 10 del Consejo de Control Aliado. Theodor Meron,¹ recordando este aspecto hace alusión a los códigos penales militares que prohibían conductas como la violación en los conflictos armados, con la sanción de pena capital para los autores. Ejemplo de esta normatividad son las leyes de Ricardo II (1385) y las de Enrique IV (1419) y más inmediatamente la influyente normativa de las leyes de la guerra recogida por el Código Lieber (1863).

El mismo autor no encuentra razones valederas para que en una obra tan significativa como la que produjo el Tribunal Penal Militar Internacional de Nuremberg se hubiese excusado de aplicar el derecho consuetudinario, toda vez que una interpretación amplia de la noción de usos leyes y costumbres de la guerra, el artículo 46 de las regulaciones de la Haya relacionado con el respeto al honor familiar, la vida de las personas o la propiedad privada, así como las convicciones religiosas hubiera permitido sancionar las agresiones sexuales en los conflictos armados. A diferencia de lo ocurrido en Alemania, el Tribunal Militar Internacional de Tokio si sancionó como crimen de guerra la violación.

Con posterioridad a la segunda guerra mundial los esfuerzos doctrinales del Comité Internacional de la Cruz Roja para punir estas conductas se centraron en la búsqueda de una interpretación amplia de ciertas normas de derecho internacional humanitario que fuesen comprensivas de la violencia sexual en los conflictos armados.² Fue así como se adoptó una concepción amplia del artículo 147 del IV Convenio de 1949 relativo a las infracciones graves en la variante de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud de una persona protegida por el Convenio. En la misma medida se entendió que bajo ciertas circunstancias, los abusos sexuales podrían catalogarse en la categoría de tortura o tratos inhumanos. Si este tratamiento se extendía a otras construcciones legales también resultaba claro que el uso de la violencia sexual como instrumento de política nacional en ciertos eventos catalogaba como crimen de lesa humanidad y obviamente ciertas conductas de abuso y violencia sexual con fines de destrucción étnica correspondían al crimen de Genocidio.

En el nivel doméstico el reconocimiento de la normativa internacional humanitaria da cuenta de que este enfoque adoptado por el Comité Internacional de la Cruz Roja fue igualmente aceptado por algunos países, como por ejemplo, los Estados Unidos.³ De conformidad con un concepto del Departamento de Estado, se afirmó que no era necesario trascender el Derecho de Ginebra para proteger a los civiles o a personas fuera de combate y prisioneros de guerra de las agresiones sexuales en tiempos de conflicto armado, pues resultaba bien conocido que la violación sexual ya estaba catalogada en los Convenios como

una conducta prohibida al igual que en el derecho consuetudinario. En efecto, el Departamento de Estado sigue una interpretación sistemática y amplia de las Convenciones de Ginebra de donde se deduce la sanción de la violencia sexual de la siguiente forma:

El artículo 27 del IV Convenio en el cual se establece la protección especial de la mujer contra todo atentado a su honor y, en particular, contra la violación, la prostitución forzada y todo atentado a su pudor; los artículos 13 y 14 del III Convenio relativo al tratamiento de prisioneros de guerra establecen la protección de los cautivos contra todo acto de violencia o intimidación y frente a las mujeres prisioneras se establece el tratamiento con todas las consideraciones relativas a su sexo. A esto se agrega el ya nombrado artículo 147 del IV Convenio.⁴

Como se observa el Derecho Internacional Humanitario no ha reconocido en toda su extensión problemática las infracciones de violencia sexual en los conflictos armados a pesar de prohibirla como método de estrategia militar. Es decir, ciertas infracciones no se han considerado como crímenes de guerra autónomos, sino que resultan catalogadas como “ataques al honor personal o la dignidad humana”. En tal sentido ha sido una constante que no se valoren debidamente desde el punto de vista penal las lesiones físicas y psíquicas de la víctima y en consecuencia se recurra a construcciones sistemáticas más complejas que en lo general se apoyan en el artículo 27.2 del IV Convenio de Ginebra o los artículos 75.2 y 76.1 del Protocolo I y 4.2 del Protocolo II que incluyen de manera más especializada como infracciones la violación, prostitución forzada y “cualquier otra forma de atentado al pudor” dentro de los ataques al honor de la víctima.⁵

El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) contempla en su artículo 5 la violación como crimen de lesa humanidad. Un tratamiento similar surge del Estatuto para el Tribunal Penal Internacional de Ruanda (TPIR) que contempla la violación como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra en virtud de la violación del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II los ultrajes a la dignidad personal, en particular los tratos humillantes o degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquiera otra forma de agresión indecente.⁶

Por su parte el Estatuto de Roma (ER) si contempla una legislación expresa de delitos sexuales que en buena parte refleja los avances en la parte legislativa y soluciona los problemas que se han presentado en los Tribunales Ad-Hoc. Debe reconocerse que la normativa del ER fue acogida en este campo por Tribunales Penales Internacionales mixtos como el de Sierra Leona.

Si bien el cuadro legislativo internacional es abigarrado por las circunstancias de ausencia de tipificación expresa de ciertas conductas, existe un consenso en la doctrina sobre las bondades del tratamiento jurisprudencial que ha permitido avanzar aunque algunas críticas evidencien que se trata de victorias pírricas frente a las necesidades de protección penal de mujeres y niñas en el contexto de conflictos armados.



2. El Tratamiento Jurisprudencial

Relación entre conductas sexuales ilícitas y genocidio.

Los diversos estudios sobre la jurisprudencia de los Tribunales internacionales no se desprenden de las consideraciones anotadas anteriormente, a propósito de las dificultades que surgen de la legislación. Así, se suele señalar como una primera discusión significativa la relación entre el delito de genocidio y los comportamiento sexuales ilícitos desde le punto de vista internacional. La decisión *Akayesu* del TPIR marcó el primer punto de discusión a este respecto ya que la Sala de Instancia afirmó que la violación y la violencia sexual son algunas de “las peores formas de infiijir daño a la víctima y de causarle sufrimiento perjudicial a su integridad mental o física”.⁷ Es decir, el resultado punible que exige el genocidio en su modalidad de actos que tengan la intención de destruir total o parcialmente un grupo se puede lograr a través de conductas que impliquen violencia sexual y que causen lesiones graves a la integridad física o mental de sus miembros.

Este criterio fue posteriormente confirmado en otras decisiones del mismo TPIR entre las que cabe mencionar *Kayishema*⁸ y *Musema*⁹ en este caso la Sala de instancia entiende que las palabras lesión grave a la integridad física o mental puede incluir actos de tortura, tratos crueles inhumanos o degradantes, violación, violencia sexual y persecución sin que se asuma que se trata de un catálogo exhaustivo. En *Krstić*, suscribiendo la decisión *Akayesu* el Tribunal

afirma que los tratos inhumanos, la tortura, la violación el abuso sexual y la deportación son entre otros muchos actos aquellos que tienen entidad para causar lesiones graves a la integridad física o mental del grupo. La misma valoración es reconocida en las decisiones *Kamuhanda*, *Stakic* y *Kajelijeli*. En esta última el Tribunal reiteró que el concepto de lesión grave incluye actos no mortales de violencia sexual, violación y mutilación y en *Gacumbits*, se afirmó que la noción de lesión grave significa cualquier forma de lesión física o acto que cause un perjuicio grave a la víctima, tales como tortura y violencia sexual sin que ello implique un daño irremediable.¹⁰

La valoración que se ha realizado sobre esta jurisprudencia genera efectivamente una discusión sobre el concepto de destrucción parcial o total de un grupo. Si bien, una primera aproximación de la jurisprudencia se refería a este aspecto en una construcción de resultado que implicaba la muerte directa o indirecta de los miembros de un grupo o al menos la “intención” de causar la muerte como forma de destrucción, con las decisiones *Akayesu*, *Kayishema* y *Ruzindana* se asume que también las lesiones graves a la integridad física o mental de los miembros del grupo se pueden causar a través de comportamientos sexuales ilícitos. Este aspecto implica desde el punto de vista de la imputación y la carga de la prueba que la persecución penal tenga evidencia suficiente



de que una o más víctimas padecieron una lesión física o mental como resultado de la violencia sexual. A ello es necesario ligar la consideración del dolo, esto es, el intento de destrucción total o parcial de un grupo nacional, étnico, racial o religioso.¹¹

La relación entre genocidio y violencia sexual también fue establecida por la jurisprudencia para definir los contornos de la conducta conocida como “imposición de medidas destinadas a impedir los nacimientos dentro del grupo.” De conformidad con la decisión *Musema*, la noción de “medidas” incluye conductas como la mutilación sexual, esterilización forzada, control natal forzado, separación de hombres y mujeres y la prohibición de uniones matrimoniales.¹² Pero más interesante resulta la consideración de conductas de violencia sexual en el contexto legal que establece como genocidio “el sometimiento intencional del grupo a condiciones de vida que hayan de acarrear su destrucción física total y parcial. En este aspecto ocurre algo similar a la situación tratada con la conducta de lesiones a la integridad física o mental de los miembros del grupo. En efecto, la jurisprudencia de *Akayesu* recuerda que en estos casos, a diferencia de los homicidios en masa que corresponden a la forma de genocidio más conocida, se trata de situaciones propias de comisión por omisión. La noción de destrucción en estos eventos implica que el autor no mate de forma inmediata los miembros del grupo, sino

que busque métodos a través de los cuales obtenga su destrucción física por el sometimiento a condiciones de vida infráhumanas, como por ejemplo, la carencia de alimento y agua, el abandono en condiciones de enfermedad, o la reducción de un mínimo vital en las condiciones normales de habitación y salubridad.

La jurisprudencia enumera la violación dentro de las condiciones de vida que puedan implicar la destrucción del grupo. Obviamente, el sometimiento constante a vejaciones sexuales implica una condición de vida incompatible con la dignidad humana que tiene entidad para una destrucción física. No obstante, el TPIR prefirió en este evento reconducir la discusión a la noción de causación de lesiones graves a la integridad física o mental de los miembros del grupo,¹³ de tal manera que si bien se le critica a la jurisprudencia la falta de profundidad sobre la relación entre la violación sexual y la destrucción física del grupo, la doctrina ha encontrado que ciertas actuaciones, como por ejemplo, la liberación de prisioneros varones que padecían el VIH para violar a mujeres de otra etnia a sabiendas de las consecuencias de la infección podría ajustarse al presupuesto exigido por la ley.

Brouwer¹⁴ anota a este respecto que en ciertas sociedades patriarcales la situación correspondiente a no permitir el matrimonio de una mujer que previamente ha sido violada o



ha mantenido relaciones con hombres de otra etnia tiene como consecuencia la destrucción parcial de la etnia. En consecuencia también se comete genocidio por esta vía cuando las mujeres han estado sometidas a ciertas condiciones de vida que implican como resultado futuro la minusvalía de la víctima por razones culturales. A propósito de este punto la autora reafirma que esta conducta no requiere resultado, pues la jurisprudencia asume que se trata de un tipo de los que la doctrina se conoce como de mera conducta.

Esta última opinión es compartida por Werle¹⁵ quien siguiendo el modelo de interpretación germano anota que las violaciones masivas no son en sí condiciones de vida relevantes desde el punto de vista típico, pero sí lo son cuando se llevan a cabo de manera sistemática y generalizada al lado de otras medidas. Lo importante es que las condiciones vitales resulten aptas para eliminar físicamente a una parte del grupo, aunque el resultado de muerte no es necesario para la consumación delictiva, pues únicamente se requiere la intención destructiva.

El balance sobre la jurisprudencia ruandesa que vincula el genocidio con la violencia sexual ha sido bien recibido por la crítica jurídica que en lo general muestra como puntos de avance los pasos dados por el TPIR para sancionar conductas ilícitas bajo las consideraciones de género por parte del Derecho Penal

Internacional en tres aspectos:

El reconocimiento de la violencia sexual como parte integrante de delitos internacionales;

El reconocimiento que la violación y otras formas de violencia sexual como actos independientes constituyen crímenes contra la humanidad y

La ampliación de la definición de tipo de violación que normalmente aparece en los ordenamientos domésticos circunscrito a la invasión genital de la víctima para pasar a una definición que incluye la invasión de cualquier cavidad corporal de la misma.

Esta evaluación recalca que si bien la violencia sexual basada en el género no fue materia de los antiguos Tribunales Penales Internacionales, los esfuerzos del Tribunal se encaminan correctamente para que en un futuro se pueda construir un verdadero derecho penal internacional que considere adecuadamente la temática de la mujer como víctima en los conflictos armados.¹⁶

Relación entre conductas sexuales ilícitas y crímenes contra la humanidad.

Esta relación en la jurisprudencia internacional ha sido mucho más estrecha que en los casos de genocidio, aunque también resulta significativa la discusión sobre la violencia sexual como parte integrante o medio para la comisión de ciertos delitos. En este caso concreto las discusiones se han centrado en los delitos de esclavitud, tortura, persecución y otros actos que pueden catalogar como crímenes contra la humanidad, sin olvidar que conductas como la violación están contempladas en la legislación internacional como delitos autónomos.

En cuanto a la esclavitud como crimen de lesa humanidad la decisión del TPIY en dos casos *Kunarac, Kovac Vukovic*¹⁷ (verdaderos campos de concentración femenina para violaciones masivas) interpretó que la noción de atributo de propiedad no solo en los sentidos tradicionales del control deambulatorio de la víctima, la dominación o explotación económica, sino que también incluyó otras variables como el control de ambiente físico o psicológico, las medidas de coerción, el control de la sexualidad o los trabajos forzados. En este último aspecto caben dentro del concepto de esclavitud la prostitución o el sometimiento sexual. No son requisitos para la configuración delictiva ni la duración, ni la voluntad contraria de la víctima.

El ER avanza a este respecto y considera la esclavitud sexual como un tipo nuevo, en el cual se toman los elementos descriptivos del delito originario pero incluye el requisito de que el autor consiga que la víctima acceda a prácticas sexuales. Para Ambos¹⁸ estas cualificaciones no se deben tratar como tipos nuevos, sino especialidades con componente sexual de los crímenes de lesa humanidad.

Frente a la tortura y su relación con la violación y otros actos de violencia sexual la jurisprudencia ha reconocido una vía similar a la del genocidio.¹⁹ En efecto, la violencia sexual es un medio idóneo desde el punto vista del Derecho Penal Internacional para torturar a una persona. El requisito esencial es que los elementos de la tortura se encuentren con la conducta sexual ilícita.²⁰ El mismo caso *Kunarac* ilustra el problema cuando el TPIY condena por tortura a dos de los acusados con fundamento en su participación en la violación de varias mujeres. La sentencia establece específicamente que *Kunarac*²¹ actuó con un fin contrario a derecho, al escoger sus víctimas con el objeto de discriminárlas y seleccionarlas por su condición étnica a efecto de obtener información acerca de unos supuestos mensajes enviados por las fuerzas musulmanas relativas a la localización de información valiosa para sus militantes. *Vukovic* también fue condenado por su participación en estos actos de violación.

Importa destacar que la jurisprudencia del TPIY analizó la noción de función pública establecida por el derecho internacional consuetudinario para concluir que la configuración de la tortura como crimen de lesa humanidad no necesita un sujeto activo cualificado por su condición oficial, como tampoco su instigación o la comisión vía consentimiento.²² En este punto se establecen amplias diferencias con el tratamiento del delito desde las convenciones internacionales que lo sancionan.

En cualquier caso, el TPIY se refiere al problema del objeto específico de la tortura bajo el precepto de infligir intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves con un fin contrario a derecho, lo que implicaría la necesidad de buscar una construcción de dolo específico que dejaría por fuera las motivaciones de orden sexual del perpetrador. A este respecto la Sala de apelaciones del caso afirmó que aún si la motivación del autor es totalmente sexual de allí no se sigue que no pretenda cometer un acto de tortura o que su conducta no cause dolores y sufrimientos graves, bien sean físicos o mentales, ya que tal dolor o sufrimiento se asume como probable y como consecuencia lógica de su conducta. Desde el punto de vista de la definición de tortura es importante establecer si el autor intentó actuar de forma que en el curso normal de los acontecimientos causaría dolores y sufrimientos graves a sus víctimas. En otras palabras, el Tribunal asume que en materia de culpabilidad el autor reconoce que el resultado es más que probable a partir de su conducta lo que ubica el dolo en un contexto menos exigente que aquel conocido en el derecho continental como *dolus eventualis*, pues aquí se parte de un modo relativamente seguro de la producción del resultado.²³

La apreciación que relaciona la violación con los dolores y sufrimientos que padece la víctima de tortura se confirma con la jurisprudencia que establece que en la violación aparece implícito el objeto de causar el dolor y sufrimiento a la víctima. También cuando se obliga a otra persona a observar una violación con los mismos fines.²⁴

Acceso carnal violento como crimen de lesa humanidad.

La violación está considerada crimen de lesa humanidad en el artículo 5 (g) del Estatuto para el TPIY y el artículo 3(g) del Estatuto para el TPIR. El ER también contempla este comportamiento en el artículo 7 (g) al lado de otras conductas de violencia sexual como esclavitud sexual, la prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable.

La conducta de violación en los Tribunales Ad-hoc ha tenido un tratamiento complejo, por lo que se refiere a su distinción como crimen contra la humanidad y como crimen de guerra. Como se sabe, la diferencia entre estas conductas estriba en la relación que ella misma tenga con un conflicto armado. Nuevamente la decisión *Akayesu* del TPIR marca un punto de análisis significativo al definir la conducta de violación como “una invasión física de naturaleza sexual, cometida contra una persona en circunstancias de coacción.”²⁵ Esta definición trasciende la visión doméstica del delito que normalmente se ha centrado en una descripción mecánica del acceso carnal entendido como el intento o la consumación de la penetración del asta viril masculina en las cavidades corpóreas de la víctima mediante la violencia. La definición adoptada por el TPIR la entiende como una forma de agresión cuyo elemento central no es la violencia en la realización del acto sexual sino “la coacción como ausencia de consentimiento de la víctima.”²⁶ Con posterioridad a esta decisión el TPIY en el caso *Celebić* optó por la misma definición.²⁷ Pero en el caso *Furundžija* se aplicó una definición que los expertos han entendido como una definición tradicional o mecánica que privilegia el aspecto descriptivo relacionado con la penetración forzada y las partes de la anatomía del perpetrador y la víctima involucradas en el acto. La literatura especializada ha esbozado su debida crítica frente a este aspecto debido a que la decisión se basa fundamentalmente en el estado del derecho doméstico.²⁸ En efecto en la decisión se afirmó que la violación se entiende como:

- La penetración sexual por leve que sea de la vagina o el ano de la víctima por parte del pene del autor o de cualquier otro objeto usado por el autor o
- De la boca de la víctima por parte del pene del autor, mediante coacción, fuerza o amenaza del uso de la fuerza contra la víctima o un tercero.”²⁹

Los diferentes enfoques utilizados por la jurisprudencia de los Tribunales revivieron en la discusión del caso *Musema* de tal manera que en esta decisión se discute sobre las dos formas de asumir la noción de violación en su sentido tradicional doméstico y en su sentido conceptual moderno para el derecho penal internacional y de tal apreciación se concluye que la sentencia *Furundžijac* no refleja en toda su extensión la problemática que



Foto: Espen Rasmussen

entraña el concepto de “violencia”. Las censuras a la decisión del TPIY en el caso *Furundžijac* se centran sobre todo en la visión restringida del ejercicio de fuerza física o la amenaza de la utilización de fuerza física para someter a la víctima de tal manera que con posterioridad el TPIY se refiere a la noción de violación con los siguientes elementos:

La penetración sexual por leve que sea :

- De la vagina o el ano de la víctima por el pene del autor o cualquier otro objeto usado por el perpetrador o
- De la boca de la víctima por parte del pene del perpetrador allí donde la penetración sexual ocurra sin el consentimiento de la víctima. Para estos efectos, el consentimiento voluntario de la víctima debe ser valorado en el contexto de las circunstancias específicas. El dolo corresponde a la intención de llevar a cabo una penetración sexual y el conocimiento de que ello ocurre sin el consentimiento de la víctima.

Este mismo criterio se aplicó en decisiones posteriores, tales como *Vočka*, *Kamuhanda*, *Semanza*, *Stakic*, *Nikolic*, *Kajeljeli*, *Gacumbitsi*, y *Muhimana*.³⁰ Los Elementos de los Crímenes del ER a pesar de usar un criterio más tradicional no se apartarían de esta definición, si se tiene en cuenta el avance hermenéutico que permite valorar los conceptos de fuerza, amenaza de fuerza o coerción teniendo en cuenta el ambiente y las circunstancias que impedirían a la víctima otorgar un consentimiento genuino para la relación sexual. En tal sentido la definición del ER cubre el rango de casos en los cuales se apreciaría una relación no consensuada y por lo



tanto punible, asumiendo un criterio fundamental de vulneración de la autonomía sexual. Interesa anotar que la Sala de apelaciones en el caso *Kvočka* rechazó el concepto de la defensa en el entendido de buscar una situación de resistencia continua al lado del uso de la fuerza como elemento constitutivo del delito de violación como crimen de lesa humanidad.³¹ A este respecto la jurisprudencia se manifestó posteriormente buscando una definición acertada de la relación entre fuerza y consentimiento. En tal sentido la manifestación del Tribunal establece:

“Existen factores diversos a la fuerza, los cuales se traducirían en un acto de penetración sexual no consentida, ni aceptado voluntariamente por parte de la víctima. Un concepto restringido de la noción de fuerza o amenaza de del uso de la fuerza permitiría a los perpetradores evadir responsabilidad por su actividad sexual sobre la cual la otra parte no ha consentido debido a las ventajas que otorgan las circunstancias coercitivas sin las cuales no habría lugar a contar con la fuerza física.”³²

Al igual que en otros delitos, como por ejemplo la tortura, el TPIY ha tratado en su jurisprudencia varios casos en los cuales se ha condenado a los autores del delito de persecución como crimen contra la humanidad con un sustento fáctico que involucra violaciones o actos diversos de violencia sexual. Steven Todorović, por ejemplo alegó su culpabilidad por el delito de persecución que le había imputado la Fiscalía con fundamento en los actos sexuales sobre la población musulmana Bosnio Croata detenida en los campos de concentración en la población de *Bosanski Šamac*.³³

El general *Radislav Krstić* fue también acusado por el delito de persecución con fundamento en los tratos crueles inhumanos y degradantes contra la población civil musulmana de Bosnia. Los actos crueles también incluyeron violaciones y maltratos sexuales en la población de Potočari.³⁴

Este cuadro se completa con las imputaciones por delitos de lesa humanidad que tiene una característica muy especial, esto es, están comprendidos dentro de lo que los Estatutos Penales de los Tribunales Ad-hoc y la jurisprudencia conocen como “otros actos inhumanos” que también están contemplados en el ER de la CPI artículo 7(1)(k) bajo la denominación de “Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.”

La jurisprudencia de Ruanda en el caso *Kayishema* define esta noción como:

“Cualquier acto de gravedad y carácter similar comparable a los actos de asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, tortura, violación, o persecución por razones políticas, raciales y religiosas. Se trata de actos u omisiones que deliberadamente causen sufrimientos o lesiones graves, físicas o mentales o constituyan un ataque grave a la dignidad humana.”³⁵

Este mismo criterio adoptado por el TPIR se aplicó en el caso *Bagilishema*³⁶ y para efectos de adecuación, la jurisprudencia adopta un enfoque caso por caso. Interesa destacar que la aplicación de esta definición en el caso *Niyitegeka* vinculó la noción de actos inhumanos con la violencia sexual.³⁷ En este evento el *factum* que permitió la adecuación corresponde a la actuación de un individuo que se regocijó con el asesinato, la decapitación y la castración de la víctima. La cabeza de la víctima fue atravesada por una vara de oreja a oreja y exhibida junto con sus genitales en un lugar público. El acusado también había ordenado desnudar el cuerpo recientemente baleado de una mujer Tutsi, para introducirle un madero puntiagudo dentro de sus genitales.³⁸ Aquí el Tribunal concluye que estos actos son de una gravedad comparable a otros actos contemplados en el Estatuto realizados con la intención de causar un sufrimiento mental a los civiles. Agrega la decisión que tales actos constituyen un ataque de inusitada gravedad a la dignidad humana y a la comunidad Tutsi.³⁹ En igual sentido en el caso *Kajelijeli* el TPIR entiende como “otros actos inhumanos” de naturaleza sexual, por ejemplo, exhibir los pechos de una madre en estado de lactancia y chuparlos en público, así como coser los genitales de una mujer. Para la misma catalogación forzar prisioneros a tener relaciones sexuales orales u obligar las mujeres a desnudarse en público también son comprendidos dentro de esta modalidad.⁴⁰



Foto: UNHCR/N. Ng

La noción de otros actos inhumanos resulta compleja frente a los actos de agresión sexual, pues como se ha observado la violencia sexual realmente es un medio para degradar a la víctima que dependiendo de las circunstancias se concreta en otras conductas punibles internacionales. Por esta razón el ER trae en su catálogo más delitos de violencia sexual que los Estatutos de los Tribunales Ad-hoc, a lo que se agrega que el artículo 7(1)(g) comprendería las conductas antes mencionadas ya no como “otros actos inhumanos” sino como “cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable.”

El Estatuto especial para Sierra Leona adopta un enfoque similar al del ER separando las dos categorías y en cualquier caso resulta importante destacar que estas apreciaciones del Tribunal mixto de Sierra Leona ya han permitido una discusión relacionada con la posible vaguedad o anfibología a la que se pueda prestar dicho enfoque disminuyendo las exigencias del principio de legalidad, de tal manera que para efectos de una imputación resulta preferible que en el momento de la acusación se le indique al imputado de forma adecuada y por descarte, los actos de naturaleza sexual no catalogados explícitamente en el Estatuto, sin esperar a que las circunstancias que se desarrollen en el juicio con las pruebas presentadas impliquen una calificación diversa.⁴¹

Este análisis debe complementarse con las decisiones más recientes de la Corte Penal Internacional en materia de confirmación de cargos. Para estos efectos es menester referirse a varias decisiones, entre otras, *Katanga et al* de la situación del Congo y la más reciente la confirmación de cargos del caso *Jean Pierre Bemba* en República Centroafricana. La Sala de Cuestiones Preliminares en el primer caso ha considerado frente al delito de esclavitud sexual contemplado en el artículo 7(1)(g) del ER que a pesar del tratamiento que puede tener como un crimen de naturaleza sexual no se aparta de las mismas consideraciones que la esclavitud, pues ambas modalidades contemplan el ejercicio de uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o todos ellos, o les haya impuesto algún tipo similar de privación de libertad siguiendo la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956.

Para la Sala la esclavitud sexual también comprende situaciones en las que niñas y mujeres han sido forzadas a uniones de hecho o matrimonios forzados, servicios domésticos u otras labores que involucran una actividad sexual compulsiva, incluida la violación por parte del autor que asume el carácter de propietario. Por vía de ejemplo la pieza procesal de *Katanga* afirma que confinar grupos de mujeres en campos destinados para servicios sexuales de la tropa o incluso estaciones confortables para matrimonios forzados así

como otras prácticas que impliquen el tratamiento de la mujer como prenda mobiliaria son constitutivas por sí solas de esta forma de esclavitud.

El segundo elemento que configura la tipología de esclavitud sexual establece que *el autor haya hecho que la persona o personas que trata como su propiedad realicen uno o más actos de naturaleza sexual*. Esta disposición ha sido interpretada como un componente que vincula a las limitaciones propias de la autonomía y la libertad de movimiento de la víctima con la capacidad del autor para decidir sobre los aspectos relacionados a la actividad sexual de la misma. Este cuadro se complementa con una exigencia de culpabilidad que requiere del autor dolo directo de primero o segundo grado.⁴²

La Sala ha encontrado con los testimonios de las víctimas que antes y después del ataque a la población de Bogoro en febrero 2003 los combatientes raptaron mujeres y niñas de las poblaciones y alrededores de Bogoro con el propósito de usarlas como “esposas”; forzarlas a tener relaciones sexuales con los combatientes y servir como esclavas sexuales para los militantes y los comandantes. A este *factum* se agrega que capturaron e hicieron prisioneras a niñas y mujeres para trabajar en los cuarteles al servicio de los soldados, más específicamente, las mujeres en la población de Bogoro fueron capturadas, violadas y raptadas para luego proveer servicios domésticos incluidos cocina y limpieza a la vez que eran obligadas a prestar servicios sexuales a combatientes y comandantes.⁴³

En la misma decisión la violación como crimen de lesa humanidad parte del *factum* de la comisión directa, conjunta y por órdenes para cometer crímenes de guerra que de hecho ocurrieron, es decir, la violación de mujeres civiles que eran residentes o estaban de paso por Bogoro distrito de Ituri en el Congo.

Frente al crimen de violación como conducta de lesa humanidad la Sala reitera la discusión sobre los siguientes elementos:

- 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.
- 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 sicológica o el abuso de poder, contra esa u otra persona o aprovechando un entorno de coacción, o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento.

La Sala recuerda que las notas de pie de página que acompañan estos elementos aclaran la noción de “invasión” y “consentimiento”, esto es, “invasión” se utiliza en sentido amplio

para que resulte neutro en cuanto al género. En lo que toca al consentimiento, se entiende que una persona es incapaz de dar su libre consentimiento si adolece de una incapacidad natural, inducida o debida a la edad.

La Sala asume que la noción de coacción sigue el parámetro trazado en la decisión *Akayesu* del TPIR en el sentido de que no se requiere la fuerza física para el sometimiento de la víctima sino la situación y las circunstancias del ambiente que puedan determinar un evento de intimidación, extorsión u otras formas de coacción que hagan a la víctima presa del temor o la desesperación son suficientes para configurar la ausencia de consentimiento y pueden resultar inherentes al conflicto armado o la presencia militar.

En la decisión de conformación de cargos contra *Jean Pierre Bemba* la Sala del caso establece que entre el 26 de octubre de 2002 y el 15 de marzo de 2003 *Bemba* cometió, junto con otros, Ange-Félix Pattasé crímenes contra la humanidad a través de actos de violación contra civiles mujeres, hombres y niños en la República Centroafricana de conformidad con el artículo 7 (1) (g) del ER.⁴⁴

La Sala llega a la conclusión de que los actos de violación cometidos contra la población de Mongoumba entre el 26 de octubre de 2002 y 15 de marzo de 2003 ocurrieron mientras los civiles resistieron el saqueo de sus bienes por parte de los soldados del Movimiento para la Liberación del Congo. La violación fue utilizada como medio para aterrorizar la población civil en los poblados de PK 12, Fouth, Boy Rabe y Mongoumba.

El enfoque adoptado por la Sala del caso *Bemba* no se aparta de la temática del caso *Katanga et al.*, esto es, se reiteran las discusiones correspondientes al contexto en el cual tiene ocurrencia la violación y la ausencia de consentimiento de la víctima. Pero en todo caso es interesante destacar en este punto los umbrales probatorios adaptados por la Sala para confirmar los cargos. En efecto, el material de prueba recolectado corresponde en su mayor parte a las declaraciones de las víctimas, en las cuales aparecen fechas de hechos no confirmadas o en algún caso contradictorias. La Sala no desecha estas declaraciones tomadas por la Fiscalía para efectos de confirmación de cargos, pues considera que frente a eventos tan traumáticos como la violencia sexual indiscriminada es factible la imprecisión de la fecha de la ocurrencia de los hechos, pero no así el hecho mismo, si se tiene en cuenta que se han identificado por otras vías los autores, las partes involucradas en el conflicto, y otras pruebas que observadas en conjunto permiten hacer inferencia de la fecha en la que ocurrieron los hechos.

Conformación del contexto de lesa humanidad en delitos sexuales.

La doctrina sobre la conformación del contexto que permite calificar una conducta dentro de la categoría de lesa humanidad reconoce que no se trata de una aplicación mecánica de conceptos, pues es bien sabido que se trata de una construcción que ha tenido su origen en los crímenes de guerra reconocidos al menos en el derecho consuetudinario.⁴⁵ En cualquier caso, el balance que arrojan los Tribunales Ad-hoc sobre este particular nos permite la siguiente caracterización sumaria:

El crimen de lesa humanidad requiere un elemento material conocido como ataque sistemático o masivo. La noción de sistematicidad como lo señala la sala en el caso *Blaskic*⁴⁶ extrae su especificidad de los medios empleados para la realización del delito, y se deduce de la descripción de cada configuración en especial y de las catalogaciones que provienen del derecho internacional consuetudinario.⁴⁷ Así, el carácter sistemático hace referencia a cuatro elementos, esto es:

- La existencia de un objetivo de carácter político, de un plan o de una ideología para destruir, perseguir o debilitar una comunidad;
- La perpetración de un acto criminal de gran amplitud contra un grupo de civiles o la comisión repetida y continua de actos inhumanos con un vínculo entre ellos; la preparación y el uso de medios y recursos públicos o privados significativos, ya sean de carácter militar o de cualquier otra naturaleza;
- La implicación de autoridades políticas y/o militares de alto nivel (no necesariamente estatal) en la descripción o el establecimiento del diseño de un método que permita el desarrollo de actividades criminales.⁴⁸

Frente a este último aspecto se puede deducir la noción de un contexto en el que la creación de poderes y estructuras no estatales para el dominio de un territorio, la expedición de un programa de contenido político, la utilización de propaganda mediática, o la simple coordinación de actividades militares reiteradas con fines étnicos, discriminatorios contra la población civil permiten la configuración.

El carácter masivo o colectivo de los crímenes contra la humanidad tiene una referencia que no es simplemente cuantitativa, pues la jurisprudencia ha hecho más relevantes elementos como la pertenencia a un determinado grupo social, cultural o religioso, entendiendo que no necesariamente un ataque debe ir dirigido contra toda la población civil, esto es, el carácter del delito en su acepción de “generalizado” pasa a un segundo plano, de tal manera que es suficiente con que el ataque sea masivo o a gran escala.

Obviamente, se pregunta si un solo acto delictivo puede ser constitutivo de un crimen de lesa humanidad. A este respecto la

decisión *Tadic* del TPIY estableció que si el delito se inscribe, hace parte o es cometido en el contexto de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil, si puede clasificar como crimen de lesa humanidad.⁴⁹ La Sala se ocupa de este aspecto argumentando que un ataque generalizado sistemático contra la población civil conduce a una responsabilidad penal individual, y un autor individualmente considerado no debe tener la condición de haber cometido multiplicidad de crímenes para que se le considere penalmente responsable. Un argumento del mismo talante que apoya esta tesis es la decisión del mismo TPIY en el caso del hospital de *Vukovar*,⁵⁰ en el cual la Sala de Primera Instancia reconoció que los crímenes de lesa humanidad deben ser generalizados o tener un carácter sistemático. Sin embargo, un crimen individual que tenga un nexo con los ataques generalizados y sistematizados contra la población civil también clasifica como crimen de lesa humanidad.

Igualas consideraciones tiene el TPIY en el caso *Kunarac et al.*, en el que se afirma que un delito individualmente considerado que presente vínculo con el ataque generalizado y sistemático contra la población civil llena las condiciones de la configuración de crímenes de lesa humanidad.

No es menos complejo el concepto de “población civil”, pues normalmente se tiende a confundir la noción de lo “civil” tal y como aparece en las disposiciones establecidas por los estatutos de protección del derecho internacional humanitario para efectos de la configuración de crímenes de guerra. En la jurisprudencia sobre crímenes de lesa humanidad el concepto de población civil es mucho más amplio y permite incluir en esta expresión los movimientos de resistencia, todos los civiles en sentido estricto y todas las personas que no tienen relación con el conflicto armado. Una delimitación de las nociones entremezcladas en esta expresión ha permitido al TPIY incluir los elementos de sistematicidad, masividad y planificación que requiere la descripción general de los crímenes contra la humanidad para determinar la gravedad necesaria a efecto de que un acto delictivo se catalogue como tal.

En la jurisprudencia del caso *Stakic* el término “población” indica el carácter colectivo de estos crímenes, que se traduce en concreto en tres presupuestos:

- Se excluyen actos individuales o aislados, imputables como crímenes de guerra o delitos comunes;
- Los autores de crímenes contra la humanidad discriminan entre la población y seleccionan a sus víctimas por su pertenencia a una población civil específica y agrupada en torno a rasgos que la caracterizan ante otros grupos sociales;
- Tiene que existir una política tras la discriminación de la población civil, aunque no es necesario que esta política esté



explícitamente formulada, ni tampoco que sea obra de un Estado; por ello se afirma el requisito de la sistematicidad en la comisión de los crímenes contra la humanidad, por el hecho de haber sido planificada u organizada contra una determinada población civil.⁵¹

En el caso *Tadic* el TPIY aclaró en buena parte el artículo 5 del estatuto del TPIY, según la cual los actos prohibidos deben de ser dirigidos contra una “población civil”. De conformidad con esta jurisprudencia no significa que el acto ilícito se dirija contra toda la población de un Estado o un territorio cedido se convierta en víctima para que el hecho se asuma como crimen de lesa humanidad. El elemento “población” está destinado a implicar crímenes de naturaleza colectiva y como resultado excluye los actos individuales o aislados que, aunque puedan constituir crímenes de guerra o crímenes contra la legislación penal nacional, no se consideran en el mismo nivel de crímenes de lesa humanidad. La Sala de Primera Instancia al referirse a la acusación, en este tópico establece que la introducción en el artículo 5 de la condición de que los actos “sean dirigidos contra cualquier población civil” garantiza que los actos imputados no sean actos específicos, sino por el contrario, que sean un tipo de comportamiento”. El objetivo de esta condición ha sido claramente articulado por la Comisión de las Naciones Unidas para los Crímenes de Guerra.

Los crímenes aislados no pertenecen a la noción de crímenes de

lesa humanidad. La regla sistemática es que una acción de masa, en particular si revestida de autoridad, únicamente era necesaria para transformar un crimen ordinario, punible dentro del marco del derecho interno, en un crimen de lesa humanidad que entonces estaba incluido en la esfera del derecho internacional.

El deseo de excluir los actos aislados o fortuitos de la noción de crímenes contra la humanidad condujo a poner como condición que los actos sean dirigidos contra una “población” civil. Según la formulación de la Sala de Primera Instancia en el asunto *Tadic*, la expresión, “dirigidos contra una población civil cualquiera que sea” garantiza que, en general, el ataque no consistirá en un acto particular sino en un tipo de comportamiento.

La expresión “población” no significa que el ataque deba referirse a **toda** la población de la zona geográfica donde se efectúa (un Estado, una municipalidad u otra zona delimitada).⁵²

La labor de la Corte Penal Internacional en el tema de la contextualización de los crímenes de lesa humanidad es significativa, pues puede implicar un cambio de jurisprudencia. Así, de la decisión de confirmación de cargos del caso *Bemba* es factible extraer la conclusión de que se ha priorizado el aspecto externo del ataque a la población civil como fundamento de caracterización de

crímenes de lesa humanidad. Al respecto destacamos los siguientes puntos:

■ La noción de “ataque a la población civil” requiere que los civiles en sentido amplio sean el objeto primario y directo de las represalias del grupo que ejecuta la acción, de tal manera que incluso en el marco de conflictos armados si la población civil se convierte en objeto directo de acciones militares o acciones criminales disfrazadas de operación bélica el delito se puede catalogar como crimen de lesa humanidad. A estos efectos el fiscal debe probar que el ataque no se dirige a un grupo especial o aislado, sino a la población civil de forma indiscriminada;⁵³

■ La noción de “ataque” no se interpreta con las nociones tradicionales del Derecho Internacional Humanitario. Realmente el lenguaje genuino del ER se refiere más bien a una campaña

u operación contra la población civil que implica un “curso de conducta.”⁵⁴ Si, por ejemplo, las tropas ingresan a un poblado sin ningún tipo de resistencia es factible adaptar este concepto;

■ La noción de ataque directo comprende dos elementos acumulativos, esto es, la comisión múltiple de actos contra los civiles, lo que excluye acciones incidentales o aisladas y la política organizacional o estatal que implica el seguimiento de un esquema o patrón regular de actuación que no requiere que este formalizado, como lo opuesto a una situación espontánea o aislada;

■ La noción de lo amplio o generalizado reitera la temática de la multiplicidad de víctimas.



Foto: UNHCR/N. Ng

Relación entre violencia sexual y crímenes de guerra.

Como se ha establecido anteriormente, ha existido dificultad en la catalogación expresa de los crímenes de violencia sexual en el derecho internacional humanitario. El ER intenta solucionar esta vieja problemática, aunque para ser precisos todavía se enfrentan severos problemas de tipificación. El artículo 8 (2)(a) contempla como delito internacional las infracciones graves de los convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949, el artículo 8 (2)(b) comprende otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de Derecho Internacional. Específicamente en esta sección del artículo octavo se contempla la conducta establecida en el numeral XXII que establece la prohibición en los conflictos armados internacionales de “cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra”.

Dörmann informa a este respecto que la redacción del crimen de violación ocupó buen tiempo del Cómite preparatorio de los elementos de los crímenes del ER.⁵⁵ En efecto, la discusión primaria optó por un enfoque que reflejara adecuadamente las decisiones del TPIY y del TPIR. Por esa razón a efecto de cualificar los elementos se siguieron las pautas del artículo séptimo para las mismas conductas que son constitutivas de crímenes de lesa humanidad. La recurrencia de los casos *Akayesu* y *Furundzija* es notable y para el caso de los elementos de los crímenes incorpora supuestos de las dos decisiones.⁵⁶ Es necesario comentar que el elemento uno, vale decir, una conducta en la 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 genital de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo” establece un concepto de invasión que se utiliza en un sentido que resulta neutro en cuanto al género y por lo tanto también cubre los casos de violación cometidos por mujeres. Este aspecto se enfatiza con la nota de pie de pagina 50 de los elementos de los crímenes que se refiere esta noción de “invasión” y a la numeración de las posibles constelaciones de la penetración que incluyen no solo los caso en que la víctima es penetrada, sino también los casos en los que la víctima es forzada a penetrar a otro sujeto.

El segundo elemento del crimen de guerra de violación en el ER, se refiere a “que la invasión se haya cometido 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 del poder, contra esa persona u otra persona u aprovechando el entorno coercitivo, o se haya realizado en condiciones en que la persona era incapaz de dar su

libre consentimiento”. De conformidad con la crítica jurídica esta definición refleja completamente la decisión del caso *Akayesu* teniendo en cuenta los efectos especiales que padece la víctima en un conflicto armado. La nota de pie de pagina 51 que complementa esta acepción en los Elementos de los Crímenes entiende que una persona es incapaz de dar su libre consentimiento si sufre de una incapacidad natural inducida o debida a la edad, con lo cual se refuerza el concepto fundamental de consentimiento para la relación sexual.

El crimen de esclavitud sexual sigue los parámetros de la esclavitud sexual como delito de lesa humanidad contemplado en el artículo 7 (2)(c) que como ya se ha observado anteriormente no se aparta de la definición de esclavitud contenida en la Convención de 1926. En igual sentido, la referencia a la noción de privación de la libertad se debe entender en el lenguaje estatutario establecido en la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y práctica análogas de la esclavitud del año de 1956.⁵⁷

Interesa destacar dentro de la historia de la redacción de los elementos de los crímenes del ER, la discusión relativa al crimen conocido como “cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los convenios de Ginebra”. Siguiendo a Dörmann, la descripción de los elementos contempla dos situaciones:

- La situación en la cual el perpetrador comete acto sexuales contra la víctima;
- La situación en la cual la víctima es forzada o coaccionada a realizar un acto de naturaleza sexual. Este último aspecto incluiría, por ejemplo, los eventos en que la víctima es obligada a desnudarse.

Obviamente, la redacción de los elementos de los crímenes da cuenta de la problemática del principio de legalidad, pues la exigencia del elemento (2) establece “que la conducta haya tenido una gravedad comparable a la de una infracción grave contemplada en los Convenios de Ginebra”. Mientras que algunas de las delegaciones argumentaron que esta formulación debería entenderse solamente a efecto de indicar que el crimen sexual podría ser perseguido como una infracción grave, otros pensaban que la conducta debería constituir uno de los crímenes definidos en el artículo 8 (2)(a), pero de naturaleza sexual, toda vez que el catálogo no es exhaustivo. La mayoría de las delegaciones en un intento de reconciliar la redacción del ER con sus pretensiones originarias, consideraron la formulación estatutaria como un elemento del crimen introduciendo el umbral específico que hace referencia a la noción de “gravedad comparable”. En consecuencia se adopta un enfoque según el cual el acto de naturaleza sexual



cometido en relación o con ocasión del conflicto armado no está necesariamente catalogado como una infracción grave.

La redacción de los elementos de los crímenes en el ER requiere para su comprensión de las pautas sentadas por los Tribunales AD-Hoc, pues se trata de una jurisprudencia valiosa sobre la evolución del Derecho Internacional Humanitario. Así por ejemplo el TPIY puntualizó en la decisión *Delalic*:

“No puede existir duda de que la violación y otras formas de violencia sexual son expresamente prohibidas por el Derecho Internacional Humanitario. Los términos del artículo 27 de la Cuarta Convención de Ginebra prohíben específicamente la violación y cualquier otro atentado al pudor de la mujer, así como la prostitución forzada y cualquier otro atentado al honor que se encuentra en el artículo 4 (2) del protocolo adicional (2) aplicado a los conflictos armados no internacionales. El mismo protocolo contempla implícitamente una prohibición de violación y cualquier otro atentado contra el pudor sexual cuando establece que todas las personas tienen derecho a que se les respete su persona y su honor. Además, el artículo 76 (1) del protocolo adicional (1) exige de forma expresa que las mujeres sean protegidas en particular contra la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de atentado al pudor. Una prohibición implícita de violación y atentado contra el honor se encuentra en el artículo 46 de la Convención de la Haya de 1907 que dispone la protección del honor familiar y los derechos de la familia.”

“Existe sobre las bases de estas disposiciones una clara prohibición de la violación y cualquier otro atentado de violencia sexual bajo las consideraciones del Derecho Internacional Humanitario. No obstante ninguna de las disposiciones relevantes define la conducta de violación”⁵⁸

Referencias jurisprudenciales.

Tal y como ocurre en los crímenes de lesa humanidad, en los crímenes de guerra los actos sexuales ilícitos se incardinan en conductas que tienen claros desarrollos en el Derecho Internacional consuetudinario o en el Derecho Internacional codificado de los conflictos armados. En el caso de las infracciones graves, la jurisprudencia cuenta con la relación de actos de violencia sexual como parte de la tortura, los tratos crueles o inhumanos y los atentados contra la dignidad personal.⁵⁹

En el caso de la tortura, la decisión *Celebić* muestra el evento en el que a un acusado le fueron imputados la tortura y los tratos inhumanos debido a que causó grandes dolores y sufrimientos al cuerpo o a la salud de la víctima como consecuencia de las violaciones y los actos de violencia sexual. La jurisprudencia en este caso establece que los elementos de la tortura catalogados como una infracción grave del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra comprende estos aspectos:

- Infingir, por acción u omisión dolores o sufrimientos graves, bien sean estos físicos o mentales;
- El acto, la acción u omisión deben ser intencionales.

Con respecto a este último elemento la intención debe dirigirse a la obtención de una información o una confesión, o a castigar, intimidar o coaccionar la víctima o a una tercera persona o por cualquier otra razón basada en la discriminación contra la víctima o el tercero. A estos elementos, la temprana jurisprudencia había sumado la capacidad o posición oficial del perpetrador, pero en el famoso caso Foca (*Kunarac et al*) del año 2001 la Sala de Apelaciones del TPIY tampoco asumió este elemento como determinante para los crímenes de guerra siguiendo el perfil establecido para los casos de lesa humanidad.



La evolución jurisprudencial muestra que la violación, así como otros actos de violencia sexual pueden ser constitutivos de tortura como una infracción grave de los Convenios de Ginebra o una violación del artículo 3 común si se satisfacen los elementos anteriormente establecidos. Así, en el caso *Furundzija* la Sala de Instancia afirmó: “la violación es un recurso idóneo para que el interrogador por si mismo o por medio de otra persona asociada con el interrogatorio de un detenido le de a este el significado de un medio de castigo, intimicación o intimidación de la víctima, bien para obtener información o una confesión del torturado o de una tercera persona.” En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, existen situaciones en las cuales la violación puede llegar equivaler a torturar, como ha sido demostrado por la doctrina del tribunal europeo de Derechos Humanos en el caso *Aydin* y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Mejía*.

Čelebićí fue el primer caso de condena en el TPIY por el crimen de guerra de tortura cometido a través de una violación y diversas agresiones sexuales. La Sala concluye que los sufrimientos y dolores corporales y mentales padecidos por la víctima fueron absolutamente intencionales. La violación fue intencional y fue cometida para varios propósitos prohibidos. Los fundamentos de prueba hablan de las afectaciones mentales y corporales probadas como “un estado constante de miedo y de presión, tendencias suicidas y cansancios extremos, tanto físicos como mentales. Los propósitos prohibidos incluyeron la obtención de información relacionada con la ubicación del marido de la víctima, el castigo de la víctima al no proveer la información solicitada, la coacción de la víctima para otorgar la información deseada, el castigo de la víctima por las actuaciones de su esposo, la intimidación de la víctima y otros internamientos en el campo de prisioneros donde tuvieron lugar las violaciones y finalmente la discriminación de la víctima por razón de su género.

En el caso *Furundzija* la Sala concluye que la violación intencional de un testigo constituye tortura debido a que el acusado obtuvo a través de este medio información. Adicionalmente el acusado obligó a otra víctima a observar el ataque sexual en orden a obtener información acerca del presunto traidor del Consejo de Defensa Croata. La obligación de observar un ataque sexual tiene suficiente entidad para producir un grave sufrimiento físico o mental.

La discusión relacionada con el dolo específico resulta relevante, pues pueden existir casos en los que el sufrimiento o los dolores sean producto de la violación. No obstante, la Sala de Apelaciones en el caso *Foca* sostuvo como ya se anotó anteriormente, que si la motivación del autor es únicamente sexual de ello no se sigue que quien perpetra semejante acto no haya tenido la intención de cometer una tortura puesto que tal dolor o sufrimiento es una consecuencia lógica y probable de su conducta. Desde el punto de vista de esta definición es importante establecer si el perpetrador intento actuar en un sentido de tal manera que en curso normal de los acontecimientos causaría dolores y sufrimientos graves, físicos o mentales a sus víctimas.

Los tratos crueles, también fueron tema de la jurisprudencia en el caso de crímenes de guerra con contenido sexual. Estos casos se conocen como *Čelebićí*,⁶⁰ *Simic*,⁶¹ and *Semanza*.⁶²

En el caso *Čelebićí* el acusado *Delalic* fue condenado por tratos crueles por infligir a los prisioneros dolores intensos, a través de la atadura de cables eléctricos alrededor de sus genitales y por forzar a los mismos prisioneros a mantener relaciones sexuales entre ellos. *Simic* fue acusado por tratos crueles al patear cuatro individuos en sus genitales y repetidamente bajar los pantalones a un individuo al cual lo golpeaba y lo amenazaba con cortarle el pene.

En el caso *Semanza*, los hechos corresponden a violaciones continuas y abusos sexuales contra varias víctimas que motivaron que la Sala de Apelaciones del TPIY clarificara la diferencia entre un crimen de lesa humanidad y los crímenes de guerra, así como los eventos de concurso de conductas.

En esta misma línea de diferenciación aparecen los atentados contra la dignidad personal contemplados en el artículo 3 del estatuto del TPIY y del artículo 4 (e) del TPIR. Este último contempla los ultrajes a la dignidad personal, en particular los tratos humillantes o degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de agresión al pudor. El ER refleja estas disposiciones en el artículo 8 (2)(e)(VI) que cataloga los actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra.

La jurisprudencia de los tribunales contempla al menos dos presupuestos para tipificar los ataques a la dignidad personal de la siguiente forma:

- Que el acusado intencionalmente realice o participe a través de una acción u omisión la cual sería generalmente considerada apta para causar humillaciones graves, degradación o cualquier otra forma de ataque grave a la dignidad humana y
- Que él conozca que el acto o la omisión tendrían como consecuencia dicho efecto.

La Sala de Apelaciones TPIY en el caso *Foca* reafirmó esta definición rechazando el requerimiento del apelante en el sentido de que la Sala de Instancia debió haber definido un catálogo de actos que constituirían el marco de afectación de la dignidad personal. La Sala respondió esta solicitud de la siguiente manera:

"No es necesario que el acto lesioné directamente el bienestar físico o mental de la víctima. Es suficiente que el acto cause un sufrimiento real y significativo al individuo al exponerlo a la humillación o al ridículo. El grado de sufrimiento dependerá en todo caso del temperamento de la víctima."⁶³

En el caso *Foca* la Sala de Instancia incluyó dentro de los actos que pueden ser constitutivos de los ataques a la dignidad humana conductas sexuales como las de forzar a unas mujeres a bailar desnudas en una mesa y degradarlas, introduciendo en sus ropas íntimas dinero. La violación y otros actos de violencia sexual también constaron como base de la acusación en los casos de *Kamuhanda* y *Cesic*.

La configuración del dolo en el caso de los ataques a la dignidad humana recibe una configuración normativa en la jurisprudencia del tribunal. Así en el caso *Cesic*, la Sala de Apelaciones del TPIY afirma: "la naturaleza de los actos cometidos por el apelante contra

sus víctimas innegablemente alcanzan el umbral objetivo para que se les califiquen como otros atentados contra la dignidad humana, la Sala correctamente concluye que cualquier persona razonable hubiera percibido que sus actos causarían una humillación grave, degradación o cualquier otra forma de ataque grave a la dignidad humana. Por consiguiente, resulta altamente improbable que el apelante no hubiera estado al menos consciente de que sus actos tendrían tal efecto."

La violación como crimen de guerra autónomo sigue en general el patrón establecido para la violación como crimen de lesa humanidad, tan solo requiere aclaración el problema relativo al contexto. Así, en el caso *Čelebići* se afirma:

"Aunque la norma del derecho internacional humanitario que prohíbe la violación es de claridad absoluta, no existe una convención u otro instrumento internacional que defina el término mismo. Para estos efectos, entonces, la Sala de Primera Instancia se ha orientado por las conclusiones alcanzadas al respecto en el reciente fallo del Tribunal Penal Internacional para Ruanda en el caso Fiscalía vs. Jean-Paul Akayesu, en que se ha considerado una definición de la violación en el contexto de delitos de lesa humanidad."

"La Sala de Primera Instancia que falló este caso pudo comprobar que no existe en el derecho internacional una definición comúnmente aceptada del término y reconoció que, si bien "... en ciertas jurisdicciones nacionales la violación se ha definido como el coito sin consentimiento", de hecho existen diferentes definiciones de las variantes de que puede constar un acto de esta naturaleza. [...]"

"Esta Sala... no ve motivo alguno para apartarse de las conclusiones del Tribunal Penal Internacional para Ruanda en el caso Akayesu, y por consiguiente considera la violación como la invasión física de carácter sexual cometida contra una persona bajo circunstancias coercitivas..." (párrafo 479).⁶⁵

La valoración de la crítica jurídica a la jurisprudencia de los Tribunales es bastante severa, sobretodo desde una óptica feminista que aduce la necesidad de desarrollar nuevos conceptos que capten el fenómeno de la violencia sexual en los conflictos armados. Si bien se reconoce que se ha avanzado bastante existen dificultades en la catalogación clara de ciertos actos como por ejemplo, el tratamiento que se ha dado a las mujeres detenidas, obligándolas a desnudarse sin ningún otro objetivo que observar el cuerpo de la víctima.⁶⁶

La Corte Penal Internacional también ha realizado sus aportes frente a la violencia sexual como crimen de guerra. Los casos que

actualmente se tramitan se han centrado en los delitos de esclavitud sexual (*Katanga, Kony*); violación (*Bemba, Muhammed Harun, Ali abd al Rahman*) y otros actos de violencia sexual.⁶⁷ Interesa destacar de la decisión Bemba que para el caso de los delitos que se imputaron a título de “ultrajes a la dignidad personal” como constitutivos de crimen de guerra se ha entendido que la violación en ciertas circunstancias apareja un ultraje a la dignidad personal. Y en efecto, la Fiscalía argumenta que a pesar de la naturaleza diversa de los dos delitos, cualquier acto de violación como crimen de guerra satisface las exigencias tipológicas del “ultraje a la dignidad” debido a que las circunstancias que acompañan el acceso carnal humillan o degradan la dignidad de las civiles, por

ejemplo, cuando las concentran en un sitio para violarlas, cuando las despojan de sus ropa antes de accederlas, cuando son violadas frente a sus familias o a ojos vistas de la tropa o de otras víctimas. Igualmente, la impotencia de quien observa un acto de violación y el impacto que le produce el que sea un familiar cercano implican un trato indignante. Sin embargo, la Sala observa que la Fiscalía no debe pasar el acto de violación como constitutivo del trato indigno, sino realizar los suficientes esfuerzos como para que la conducta efectivamente se asuma con las dos vertientes. La violación no implica *per se* el trato indigno.⁶⁸



Foto: UNHCR/N. Ng



Contexto para crímenes de guerra (la noción de conflicto armado).

La definición de conflicto armado recurre en lo esencial a la jurisprudencia del famoso caso *Tadic* en el cual Sala de apelaciones del TPIY adoptó una definición de conflicto armado que admite la evolución de la costumbre internacional desde la aprobación del Protocolo Adicional II de 1977 (PA). El concepto fundamental de conflicto armado estriba en la recurrencia a la fuerza armada entre los Estados, o a la violencia armada prolongada entre las autoridades y grupos armados organizados, o entre estos últimos entre sí, dentro del territorio de un Estado.⁶⁹

Esta decisión del TPIY trae una innovación hermenéutica al afirmar expresamente dos situaciones especiales:

- Se habla de conflicto armado en aquellas situaciones de enfrentamiento entre grupos armados organizados en el territorio de un Estado Parte sin hablar del tipo de fuerzas enfrentadas y
- Limita de manera significativa uno de los requisitos exigidos por el artículo 1 (1) PA, consistente en la necesidad de que el grupo armado organizado que participa del conflicto controle una parte del territorio del Estado afectado.⁷⁰

La decisión reafirma los requisitos de estructura y temporalidad que como regla general se imponen a efecto de hacer aplicación del Derecho Internacional Humanitario, esto es, la organización interna de los grupos armados involucrados en el conflicto, lo que implica un examen de al menos una estructura jerarquizada que le permita a los superiores o mando responsable un control operacional y una especie de control quasi-disciplinario que posibilite a los miembros del grupo dar aplicación a la normatividad del Derecho Internacional Humanitario. En segundo lugar, se destaca el concepto intensidad y duración en el recurso a la vía militar por parte de los grupos armados implicados que le debe permitir al intérprete catalogar dicha actividad como “violencia armada prolongada”.

En suma, lo que resulta significativo para calificar un conflicto armado es la confrontación colectiva que a su vez requiere la existencia de un grupo de individuos con una mínima coordinación que resulta absolutamente necesaria para planear y ejecutar operaciones bélicas de manera sostenida y concertada. A ello se agrega la posibilidad real de imponer dentro del grupo un cierto grado de disciplina.

Ahora bien, la jurisprudencia no detalla muy bien las categorías necesarias para configurar la noción de conflicto armado con los componentes antes nombrados. Así, por ejemplo, la decisión *Tadic* no contempla una definición de la expresión “grupo armado organizado”. Solo por vía de ejemplo, se dispone que se trate de un grupo de individuos que están dentro de una estructura, una cadena de mando, una normatividad interna, y un conjunto de símbolos dirigidos a expresar externamente la autoridad de sus miembros.

En lo que respecta a las “operaciones militares sostenidas” la sentencia de primera instancia del TPIY en el caso *Blaskic* da cuenta de la necesidad de analizar el tipo de operaciones definidas por su preparación, el tipo de armamento utilizado, el soporte de inteligencia con el que se desarrollaban las operaciones, así como el número de participantes en las mismas. Igualmente la jurisprudencia secundaria toma vías de ilustración que señalan como indicativos valiosos el despliegue militar de las fuerzas regulares evaluada en conjunto con otros indicadores, tales como la organización y capacidad logística y operacional del grupo armado de oposición involucrado y el número de miembros del mismo que participan efectivamente en el conflicto.

La Sala de primera instancia del TPIY en el caso *Milosevic*, reiteró los elementos del caso *Tadic* para definir la situación de conflicto armado en Kosovo y sus variantes para efectos de aplicación del Derecho Internacional Humanitario. En un ejercicio de ponderación de los elementos de la organización de las partes involucradas en el



conflicto y la intensidad del mismo, llega la conclusión de que una interpretación de la regla 98 bis de las Reglas de procedimiento y Prueba del TPIY permite hablar de conflicto armado. Es interesante este análisis debido a que la Sala encuentra que el Ejército de Liberación Kosovar constituía una fuerza militar organizada, con una estructura oficial de mando conjunta, cuarteles generales, zonas designadas de operación y la capacidad para obtener, transportar y distribuir armas. Esta organización le permitía actividad bélica con fuentes de abastecimiento y transporte de armamento, tenía el apoyo de la población y su actividad era visible. En relación con la segunda cuestión, esto es, la intensidad del conflicto la Sala concluye que la Fiscalía había presentado suficientes elementos de prueba relativos a la “violencia prolongada”, teniendo en cuenta el ataque a las patrullas de policía y sobre todo la ofensiva de las fuerzas regulares contra las poblaciones kosovares consideradas independentistas.

Siguiendo a *Olasólo* se puede concluir que de acuerdo con la jurisprudencia del TPIY, tienen la condición de conflicto armado todas aquellas situaciones de enfrentamiento entre fuerzas armadas gubernamentales y grupos armados de oposición -o entre estos últimos entre si- que actúen bajo un mando responsable, tengan un sistema disciplinario interno, y posean la estructura interna y la capacidad logística y operacional necesaria para mantener un cierto nivel de violencia armada durante un cierto periodo de tiempo mediante el desarrollo de operaciones de manera concertada.⁷¹

A lo anterior hay que añadir que el apartado (2) (f) del art.8 ER, al menos en relación con los crímenes de guerra previstos en su apartado 2 (e), extiende el contenido de la noción de conflicto armado a las fuerzas enfrentadas entre si sin intervención algunas de las fuerzas armadas gubernamentales, e introduce como elemento novedoso la exigencia de que el conflicto de que se trate tenga un carácter “prolongado”.

Frente a los desarrollos jurisprudenciales de la CPI hay que anotar que la decisión de confirmación de cargos de la Sala de Cuestiones Preliminares en el caso *Lubanga*, tras analizar el contenido de la noción de conflicto armado de carácter no internacional en el artículo 1(1) PA II y en la jurisprudencia del TPYI, reconoce que una cosa es el recurso a la fuerza armada durante un cierto período de tiempo tal y como lo contemplaba la jurisprudencia y otra cosa es la existencia de un conflicto armado que tenga un carácter “prolongado” tal y como requiere el artículo 8 (2)(f) ER.⁷²

En la confirmación de cargos del caso *Bemba*, el examen de la Sala de instancia que recurre básicamente a las fuentes de *Tadic*, *Akayesu* y *Lubanga* concluye que el concepto de conflicto armado no internacional en el ER está caracterizado por la irrupción de hostilidades armadas de cierto nivel de intensidad que excedan la situación de disturbios o tensiones internas, tales como motines o actos de violencia esporádicos y aislados u otros actos de naturaleza similar que tienen lugar en el territorio de un Estado. Las hostilidades pueden ocurrir entre el gobierno y grupos armados disidentes o entre dichos grupos.⁷³

El sistema de imputación de delitos sexuales en la jurisprudencia.

El caso *Akayesu* muestra uno de los eventos de comisión por instigación en el TPIR. De conformidad con la doctrina del Tribunal la instigación consiste en la “incitación a otro para cometer el delito”. La sala de instancia encuentra que actos, tales como los de permitir a los subordinados tomar prisioneras civiles para luego promover juegos de naturaleza sexual como hacer desnudar en público las víctimas son claros ejemplos de instigación a la comisión de violación.

En igual sentido en el caso *Semanza* el Tribunal encuentra culpable de violación como crimen contra la humanidad al acusado por alentar ante la muchedumbre a otro a violar a una mujer Tutsi antes de matarla. La Sala concluye a este respecto que “la influencia

del acusado y el hecho de que la violación ocurriera justamente después de que fueran instruidos para violar son constitutivos de instigación debido a que existe una conexión causal y sustancial entre tales acciones y las del perpetrador principal. Las afirmaciones de los agresores en el sentido de tener permiso para violar la víctima representan evidencia suficiente del vínculo claro entre las afirmaciones del acusado y la comisión del crimen.”⁷⁴ La Sala concluye igualmente que el acusado era consciente de que sus afirmaciones podían influenciar perfectamente al perpetrador para cometer el crimen.

Comisión por órdenes. El caso *Niyitegeka* es el más relevante en el TPIR. Se trata de un evento de violencia sexual en el cual se ordenó desvestir una mujer Tutsi muerta e insertar una pieza de madera puntiaguda en sus genitales.⁷⁵ El acto de violencia sexual fue catalogado por el Tribunal como “otros de los actos inhumanos.”

Comisión directa. Estos casos no representan mayor problema en la jurisprudencia de los Tribunales, pues en lo general se siguen las reglas del derecho doméstico. De conformidad con la jurisprudencia un individuo se tiene como penalmente responsable cuando materialmente perpetra la conducta relevante o le compromete una omisión culpable en violación de una norma de derecho penal. Desde este punto de vista son interesantes las decisiones *Čelebići*⁷⁶ y *Muhimana*.

Contribución y ayuda a la comisión. La regla general en la jurisprudencia de los Tribunales ha sido la de una colaboración sustancial a la comisión del delito.⁷⁷ En el caso *Furundzija*, la Sala de instancia sostiene que el *actus reus* de ayudar o auxiliar en el derecho penal internacional requiere una asistencia práctica, un fomento o apoyo moral que tenga efectos sustanciales en la comisión del delito. El acto de ayuda o contribución no requiere que sea la causa del acto principal, pues en este caso puede tratarse de una omisión que tenga lugar antes, después, o durante la comisión del crimen, por ejemplo, llevar las mujeres a una localización especial para ser violadas por los soldados constituye una ayuda o contribución esencial a la violación.

La presencia durante la comisión del crimen a título de contribución también ha sido sancionada por la jurisprudencia. En el caso *Kayishema* la Sala sostuvo que si el colaborador sabía que su mera presencia permitiría a los perpetradores la comisión del delito es factible deducir responsabilidad criminal por esta vía. Igualas precisiones se hacen en el caso *Foca* en el cual se afirma que la presencia en la escena del hecho es determinante para la responsabilidad cuando permite legitimar el acto de otro o alienta el efecto del perpetrador principal.



Foto: Sri Lanka



Empresa criminal conjunta. La figura considera que existe responsabilidad penal en los actos de otra persona cuando ambos participan de la ejecución de un plan criminal común. La figura que fundamenta la responsabilidad conjunta es la intervención del autor en un plan criminal. La diferencia entre la comisión conjunta y la mera participación se encuentra en el aspecto subjetivo. El elemento clave es el plan común (*"common plan, design or purpose"*). Éste debe ir dirigido a la comisión de uno o varios crímenes de derecho internacional. Sin embargo, el acuerdo no tiene necesariamente que producirse antes de la comisión del delito, también puede ser espontáneo. Su presencia puede derivarse de la cooperación entre las distintas personas que llevan a cabo la ejecución de la empresa criminal.

El TPIY reconoce tres formas de empresa criminal conjunta. La primera consiste en los casos en los que un grupo de personas comparte la intención de cometer un delito internacional y se ejecuta de conformidad con un plan común. Los coautores desempeñan distintos roles. No es necesario que todos quieran cometer el hecho por el mismo motivo. La afirmación de la ejecución conjunta requiere de un aporte causal e importante a la realización del plan común, entendiendo que este aporte no está necesariamente relacionado con la fase de la ejecución delictiva sino que puede consistir en cualquier ayuda, asistencia o contribución a la ejecución del plan o el propósito delictivo. En este sentido una contribución en la fase de preparación es suficiente para deducir responsabilidad penal. La jurisprudencia resalta que no es necesaria la conformación de una organización militar, política, o administrativa que vincule a los coautores.

La segunda modalidad corresponde a la configuración de los llamados “campos de concentración”. Se trata de casos en los que se diseña un sistema para la comisión de crímenes internacionales. El autor participa de forma activa en la implementación de un sistema represivo o un sistema de maltrato. La participación se deriva por lo general de la posición del acusado en el sistema y se diferencia de un modelo de órdenes o de aparatos organizados de poder por el plano subjetivo, esto es, se requiere que el autor actué con dolo frente al carácter del sistema y actué con la intención de apoyarlo con una posición dentro de la ejecución de los planes delictivos. En los dos modelos anteriores los intervenientes son responsables de todos los crímenes que se hayan llevado a cabo en el marco del acuerdo común.

La tercera categoría se conoce como “empresa criminal extensiva” y se refiere aquellos casos que solucionan los problemas que se presentan cuando uno de los coautores comete un exceso que va más allá del plan común. Los intervenientes en el plan conjunto responden penalmente por el exceso de un autor si el resultado es una consecuencia natural y previsible de la ejecución del plan. En

Conclusión

el plano subjetivo, el interviniante acepta de forma consciente el riesgo de producción de una consecuencia lesiva.⁷⁸

Estos elementos fueron aplicados en *Furundžija, Krstić, y Kvočka* por casos de violencia sexual. En el primer caso se imputó responsabilidad penal a quienes interrogaron a una mujer de la siguiente forma: uno dirigió el interrogatorio a la mujer cuando estaba desnuda, otro presionó con su rodilla el cuerpo de la víctima y amenazó con cortar sus partes íntimas sino contaba la verdad al interrogador. El perpetrador se valía de un cuchillo que rozaba los genitales de la víctima durante el interrogatorio. En una segunda fase del interrogatorio otro de los acusados violó a la víctima, oral, vaginal y analmente y la obligó posteriormente a limpiar su miembro viril. El autor principal continuó el interrogatorio intensificando los abusos sexuales y las violaciones frente a cada pregunta. La Sala concluye que el acusado *Furundžija* es responsable como coautor debido a que participa de forma integral en la tortura cometida como crimen de guerra por medio de la violación, la intimidación, humillación y coacción con fundamento discriminatorio para la víctima por su condición de género.

La Sala de apelaciones confirma la apreciación de la Sala de instancia con fundamento en la decisión *Tadic*. Según la Sala cuando un acusado contribuye al propósito de otro y ambos actúan simultáneamente en el mismo lugar, de manera conjunta, o durante un periodo prolongado de tiempo no se puede sostener que el propósito común planeado no existe.

En el caso *Kvočka* la Sala de instancia concluyó que el campo de Omarska funcionó como una empresa criminal conjunta en la cual fueron intencionalmente cometidos crímenes contra la humanidad de manera selectiva y en algunos casos de forma sádica contra los prisioneros no serbios del campo. Los cinco acusados fueron condenados por la persecución, los abusos sexuales y las violaciones por razones étnicas. La importancia de la decisión reside en la apreciación de la Sala sobre la forma en que un interviniante que no ha hecho parte del plan criminal primario se vincula con posterioridad en el mismo.

El caso *Krstić* ilustra el tercer modelo, pues se trata de un evento en el que se planeó la transferencia de las mujeres musulmanas de la población de Srebrenica por razones étnicas. En el curso normal de los acontecimientos era natural y previsible que las víctimas fueran objeto de violaciones y abusos sexuales debido a la campaña de limpieza étnica, una vez se habían separado las mujeres, los niños y los ancianos de la población masculina. Bajo estos presupuestos el General *Krstić* fue condenado por las violaciones, la persecución y los actos subyacentes a la deportación en el modelo extendido de empresa criminal conjunta.

Los aportes de los Tribunales Ad-hoc son significativos en lo que toca a una novedosa forma de entender la violencia sexual en contexto de violencia generalizada o conflictos armados. Para los efectos de comprensión del problema en el caso colombiano la Jurisprudencia nacional ya tiene algunos avances que vale la pena reconocer. Por ejemplo, se ha intentado trascender conceptos como la violencia moral para acercarnos al modelo de comisión que se fija más en la autonomía sexual de la víctima a estos efectos transcribimos la reciente decisión del 23 de enero de 2008 en la que se afirma:

Dado que la acción constitutiva del delito en comento debe ser entendida en un sentido normativo y no ontológico, en la medida en que comprende una actividad compleja que no se reduce a la realización del simple acto de acceso carnal ni de un simple acto de agresión, es innegable que las modalidades de violencia son susceptibles de adaptarse a todo tipo de combinaciones y variantes, dependiendo de la manera en que se desarrollen las circunstancias de cada caso en particular (por ejemplo, cambiar de amenazas a vías de hecho y luego volver a las amenazas), e incluso su concurrencia ni siquiera tiene que ser concomitante a la perpetración de la acción que configura el acceso, siempre y cuando la violencia objetivamente valorada ex ante sea la que determine su realización

Por lo demás hacen falta esfuerzos claros en lo que se relaciona con la incardinación de estos delitos en los contextos de conflicto armado.⁷⁹

Referencias

- 1 Theodor Meron. Rape as Crime under International Humanitarian Law. American Journal of International Law. N° 87. 1993 p 4 24-428.
- 2 ICRC. Aide Mémoire. Diciembre 3 de 2002. Referida a la utilización sistemática de la violencia sexual en la antigua Yugoslavia.
3 (FM 27-10 para 499)
- 4 Citado por Meron Supra nota 1.
- 5 PROTOCOLO ADICIONAL I Art 75.2. Están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar los actos siguientes, ya sean realizados por agentes civiles o militares: b) los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor.
PROTOCOLO ADICIONAL I Art 76.1.1. 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.
PROTOCOLO ADICIONAL II Art 4.2 Sin perjuicio del carácter general de las disposiciones que preceden, están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar con respecto a las personas a que se refiere el párrafo 1: 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.
- 6 Critica frente a estos tratamientos Fiona Londras. Prosecuting Sexual violence in the Ad-hoc International Criminal Tribunals for Rwanda and the former Yugoslavia. University College Dublin UCD Working Papers in Law Criminology & Socio-legal Studies N° 6. 2009.
- 7 Prosecutor v. Akayesu. ICTR-96-4-T.Judgment . Septiembre 2 1998. parr 731.
- 8 Prosecutor v. Kayishema / Ruzindana. ICTR-95-1-T. Judgment. Mayo 16 1999. parr. 116.
- 9 Prosecutor v. Musema. ICTR-96-13 T. Judgment . Enero 27 2000. parr 156.
- 10 Las decisiones consultadas para este trabajo son: Prosecutor v. Kayishema & Ruzindana, Case No. ICTR-95-1-T, Judgment & Sentence parr. 108 (Mayo 21 1999); Prosecutor v. Musema, Case No. ICTR-96-13, Judgment & Sentence parr. 156 (Enero 27 2000); Prosecutor v. Krstić, ICTY Case No. IT-98-33, Judgment parrs. 509, 513 (Agosto 2 2001); Prosecutor v. Kamuhanda, Case No. ICTR-97-23-S, Judgment & Sentence parr. 634 (Septiembre 4 1998); Prosecutor v. Stakic, ICTY Case No. IT-97-24, Judgment parr 516 (Julio 31 2003); Prosecutor v. Kajelijeli, TPIY Case No. ICTR-98-44A-T, Judgment & Sentence parr 815 (Diciembre 1 2003); Prosecutor v. Gacumbitsi, Case No. ICTR-2001-64-T, Judgment parr 291 (Junio 17 2004).
- 11 Véase Anne Marie, Brouwer. Supranational Criminal Prosecution of Sexual Violence. Intersentia. Tilburg. 2005. p 56
- 12 Prosecutor v. Musema. Supra nota 10 parr. 158.
- 13 Kelly, Akin. Gender Crimes Jurisprudence in the ICTR: Positive Developments. Journal of International Criminal Justice, 2005. Vol 3 N° 4. p 1007-1018.
- 14 Ob cit Supra nota 11. p 57
- 15 Gerhard, Werle. Tratado de Derecho Penal Internacional. Tirant lo Blanch. Valencia. 2005. p 328.
- 16 Kelly, Askin. Sexual violence in decisions and indictments of the Yugoslav and Rwandan Tribunals: Current Status. American Journal of International Law. N° 97. 1999. p 97-123.
- 17 Prosecutor v Kunarac et al conocido como caso FOCA. ICTY IT-96-23&23/1. Judgment. Febrero 22 2001.
- 18 Kai, Ambos. Internationales Strafrecht. 2 Auflage. Verlag C.H. Beck. Munich. 2008. p 243.
- 19 Jasper, Wauters. Case Analysis: Torture and Related Crimes – A Discussion of the Crimes Before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. Leiden Journal of International Law. 1998. N° 11 p 155-164.
- 20 Prosecutor v. Kvočka. ICTY . IT-98-30-. Judgment. Noviembre 2 2001. parr. 145.
- 21 Prosecutor v. Kunarac, Kovac, Vukovic, ICTY. IT-96-23&23/1. Judgment. Febrero 22 2001. parr 148.
- 22 Prosecutor v. Semanza. ICTR-97-20. Judgment. Mayo 15 2003. parr 485.
- 23 Kai, Ambos. La parte general del derecho penal internacional. Temis. Bogotá. 2005. p 398.
- 24 Prosecutor v. Furundžija, ICTY IT-95-17/1. Judgment. Diciembre 10 1998 parr 162, reiterado en Prosecutor v. Kvočka, Supra nota 20 parr 149.
- 25 Prosecutor v. Akayesu Judgment Supra nota 7 parr 598.
- 26 Prosecutor v. Akayesu Judgment Supra nota 7 parr 597.
- 27 Prosecutor v. Delalic, et al. Conocido como Caso Čelebić. ICTY IT-96-21. Judgment. parr 494 Rape is "a physical invasion of a sexual nature, committed on a person under circumstances that are coercive."
- 28 Kelly, Askin. Sexual violence in decisions and indictments of the Yugoslav and Rwandan Tribunals: Current Status. American Journal of International Law. Vol 93. 1999. p 97-123.
- 29 Prosecutor v. Furundžija ICTY. Judgment, Supra nota 24. parr 185.
- 30 Kvočka Trial Judgment. parr 177; Kamuhanda Trial Judgment, parr 495-97; Semanza Trial Judgment, parr 344-46; Stakic Trial Judgment parr 755; Nikolic, Case No. IT-94-2, Sentencing Judgment parr 113; Kajelijeli Trial Judgment parr 915; Gacumbitsi Trial Judgment parr 321.
- 31 Prosecutor v. Kvočka. ICTY IT-98-30/1, Appeals Judgment. Febrero 28 de 2005 parrs 393, 395.
- 32 Prosecutor v. Kvočka, Supra nota 31.
- 33 Prosecutor v. Todorović, ICTY Case No. IT-95-9/1, Second Amended Indictment Marzo 25 1999 parr. 34; Prosecutor v. Todorović. ICTY IT-95-9/1. Sentencing Judgment Julio 31 2001 parr. 9 (Todorović agreed that he ordered six men to "perform fellatio on each other at the police station in Bosanski Samac on three different occasions in May and June 1992.")
- 34 Prosecutor v Krstić Trial Judgment Supra nota 10.
- 35 Prosecutor v. Kayishema . Judgment Supra nota 10 parr. 151.
- 36 Prosecutor v. Bagilishema, ICTR-95-1A-T. Judgment. Junio 7, 2001 parr 92
- 37 Prosecutor v. Niyitegeka. ICTR-96-14-T. Judgment . Mayo 16 2003. parr. 467.
- 38 Supra nota 37 parr. 463.
- 39 Supra nota 37 parr. 465.
- 40 Akayesu Trial Judgment. Supra nota 7, parr. 697.
- 41 Véase este aspecto en la acusación de Charles Taylor.
- 42 ICC-01/04-01/07-717 01-10-2008 p 145 parr 431-432
- 43 ICC-01/04-01/07-717 01-10-2008 p 145 parr 431-433
- 44 ICC-01/05-01/08 15 de Junio 2009 parr 94
- 45 Véase Alicia, Gil Gil. Los crímenes contra la humanidad y el Genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de los elementos de los crímenes. Kai, Ambos (Ed) La nueva Justicia penal supranacional. Desarrollos Post-Roma.Tirant lo Blanch. Valencia 2001. p 69
- 46 Prosecutor v. Blaskic ICTY IT-95-14. Judgment. Marzo 3 de 2000 parr 208.
- 47 Prosecutor v. Stakic ICTY IT- 97-24 Judgment (Prijedor) Julio 31 de 2003 parr 623
- 48 Prosecutor v. Blaskic Trial Judgment.Supra nota 46 parr. 208.
- 49 Prosecutor v Tadic Trial Judgment. 14 julio 1997 parr 648
- 50 Prosecutor Vs Mile Mrskic, Veselin Slijvancanin y Miroslav Radic. Apelación mayo 2009.
- 51 Supra nota 47.
- 52 Para todas las referencias en la jurisprudencia del TPIY véase Margalida Capellá i Roig. La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad. Tirant lo Blanch. Valencia. 2005 p 224-230.
- 53 ICC-01/05-01/08 15 de junio de 2009. parr 74
- 54 Supra nota 53 parrs 76-80
- 55 Knut, Dörmann. Elements of War Crimes Under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary. Cambridge. ICRC. 2003. P 318-343.
- 56 Véase Jennifer Park. Sexual Violence as Weapon of war in international humanitarian law. International Public Policy Review. Vol 3 N° 1. p 13-18
- 57 Véase a este respecto supra esclavitud como delito sexual anteriormente tratado.
- 58 Prosecutor v. Zejnil Delalic et al, ICTY IT-96-21 Judgement. 16 Noviembre 1998 parr. 476
- 59 Véase Jennifer Park. Sexual Violence as Weapon of war in international humanitarian Law. International Public Policy Review. Vol 3 N° . p 13-18
- 60 Prosecutor v. Zejnil Delalic et al, Juddgement Čelebić Trial,Supra nota 58 parr 552.
- 61 Prosecutor v. Simic, ICTY IT-95-9/2, Judgment, Octubre 17 2002 parrs 11-12.
- 62 Prosecutor v . Semanza, ICTR-97-20-A, Judgment ,Mayo 20 2005 parr368.
- 63 Prosecutor vs kunarac et al. Supra nota 21 parr 506.
- 64 Referencias en Dörmann Ob cit supra nota 48.
- 65 Traducción tomada de "Extracto de Fallos relativos a violencia sexual" Caucus de Mujeres por una Justicia de Género.www.iccwomen.org
- 66 Véase a este respecto Kirsten Cambell. The gender of transitional justice: law, sexual violence and the international criminal tribunal for the former Yugoslavia. International Journal of Transitional Justice vol 1. 2007. P 411-432. También Rosalind Dixon. Rape as Crime in International Humanitarian Law: Where to from her?. European Journal of International Law. Vol 13 n° 3 p 697-719.
- 67 Referencias en Ashley Dallman. Prosecuting conflict-related sexual violence at the International Criminal Court. SIPRI Insights on Peace and Security. Mayo 2009.
- 68 ICC-01/05-01/08.Junio 15 de 2009. par 308. Iguales referencias frente a la tortura como crimen de guerra en relación con la violencia sexual.
- 69 Prosecutor v Tadic. ICTY IT-94-1 Motion Appeal on jurisdiction. Octubre 2 1995.parr 70. En igual sentido Prosecutor v Akayesu, ICTR-96-4-T. Judgment. Septiembre 2 1998. parr 620.
- 70 Prosecutor v Tadic. Supra nota 68. parr 70
- 71 Todas las referencia corresponden a Héctor Olásolo /Ana Isabel Pérez. Terrorismo Internacional y conflicto armado. Tirant lo Blanch Valencia.2008. p115-130.
- 72 ICC-01/04-01/06-803 02 02 07,parr 200-285
- 73 ICC-01/05-01/08.Junio 15 de 2009. parr 231
- 74 Prosecutor v. Semanza. Supra nota 22. parr 476
- 75 Prosecutor v Niyitegeka. Supra nota 37. parr 463.
- 76 Čelebić Trial Judgment. Supra nota 25. parrs. 940, 943.
- 77 Prosecutor v. Krstić Judgment. Supra nota 10. parr 601
- 78 Para todos los efectos Kai Ambos. La Parte General del Derecho Penal Internacional. Temis. Bogotá. p 185-200.
- 79 Recuperamos a este respecto el trabajo de la ONG HUMANAS. Guía para llevar casos de violencia sexual. Propuestas de argumentación para enjuiciar crímenes de violencia sexual cometidos en el marco del conflicto armado colombiano. Para las referencias internacionales del fenómeno véase Megan Bastick, Karin Grimm, Rahel Kunz Sexual Violence in Armed Conflict: Global Overview and Implications for the Security Sector. (2007).



CONSEJO NORUEGO
PARA REFUGIADOS

Consejo Noruego para Refugiados

Consejo Norteamericano para Negocios Carrera 9 No. 81^a - Piso 9 y Piso 6, Bogotá - Colombia
Teléfono. (+57) 1 317 14 81 www.nrc.org.co / www.nrc.no
nrc@nrc.org.co Fax. (+57) 1 317 15 04

Apoyado por:



Foreign Affairs and
International Trade Canada