

PAPELES ICLA

CONSEJO NORUEGO PARA REFUGIADOS

CONTENIDO:

MEMORIAS DEL TERCER SEMINARIO INTERNACIONAL
SOBRE LOS DESAFÍOS EN LA JUDIALIZACIÓN
DE CRÍMENES DE VIOLENCIA SEXUAL BASADO
EN GÉNERO

Revista Temática Consejo Noruego Para Refugiados Colombia - Edición No.3

ISSN: 2145-9991



Foto: Siri Elverland

NRC

CONSEJO NORUEGO
PARA REFUGIADOS





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 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 y Tumaco (Nariño) y Bogotá. Adicionalmente, tiene presencia en Ciudad de Panamá (Panamá), San Cristóbal (Venezuela) y en Quito y Tulcán (Ecuador) con el propósito de brindar asistencia a personas con necesidad de protección internacional y refugiadas.

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, con una perspectiva de goce efectivo de derechos y de soluciones duraderas.

En Colombia NRC realiza actividades específicas en el marco de 3 áreas programáticas: Programa de Información, orientación y asistencia legal (ICLA), Programa de Educación y Programa de Incidencia y Política

Pública; así mismo NRC también implementa un programa regional orientado a responder a las necesidades de protección internacional de los y las colombianas que, como consecuencia del conflicto armado en Colombia, se encuentran en Venezuela, Ecuador y Panamá.

El programa de Información, orientación y asistencia legal (ICLA, por sus siglas en Inglés), tiene como propósito promover y proteger los derechos de la población en situación de desplazamiento en perspectiva de soluciones duraderas. Se desarrolla a través de: 1) información, orientación y asistencia legal para el acceso a derechos; 2) la promoción y acceso a los derechos de protección y restitución de tierras y territorios étnicos; 3) la promoción y acceso al sistema judicial, en perspectiva de reparación integral, como víctimas del delito de desplazamiento forzado y de Violencia Sexual Basada en Género.

Atle Solberg
Director de País
CONSEJO NORUEGO PARA REFUGIADOS
Colombia

PROGRAMA ICLA

MEMORIAS DEL TERCER SEMINARIO INTERNACIONAL SOBRE LOS DESAFÍOS EN LA JUDIALIZACIÓN DE CRÍMENES DE VIOLENCIA SEXUAL BASADO EN GÉNERO

Con ocasión del III Seminario Internacional sobre los desafíos en la judicialización de crímenes de Violencia Sexual Basada en Género (VSBG) en el marco del conflicto armado interno, organizado por el Consejo Noruego para Refugiados y por la Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forenses de la Fiscalía General de la Nación, realizado Bogotá, se reunieron Magistrados, Fiscales, asistentes de fiscales expertos nacionales e internacionales para abordar, entre otros, los temas atinentes a los obstáculos técnicos de origen dogmático, procesal, probatorio y en general aquellos que dificultan el acceso a la administración de justicia por parte de las mujeres víctimas.

A la instalación del seminario asistió la señora Fiscal General de la Nación Doctora Vivian Morales Hoyos, quien en sus palabras de instalación sentó no solo una posición comprensiva del reto que significa la persecución de estos crímenes, sino una postura de compromiso institucional altamente ilustrada por las obligaciones internacionales del Estado Colombiano en la materia, así como por el reconocimiento de una realidad de conflicto armado que exige una visión jurídica de la acción penal coherente con la protección reforzada demandada constitucionalmente para las mujeres, niñas y niños afectados por el conflicto. Sus palabras abren esta edición de la Revista Papeles de ICLA, y estamos seguros serán traducidas en el diario ejercicio de la Fiscalía General de la Nación.

Del mismo modo, fueron invitados como conferencistas los profesores Natalia Barbero (Universidad de Buenos Aires), Jorge Fernando Perdomo Torres (Universidad Externado de Colombia), y Oscar Julián Guerrero Peralta (NRC - Universidad Externado de Colombia y Universidad Nacional de Colombia), quienes compartieron con los funcionarios un conjunto de recomendaciones para la incorporación de instrumentos y herramientas normativas internacionales, así como métodos y líneas investigativas comprensivas de un fenómeno macro criminal como la VSBG, y de un enfoque de género garantista y respetuoso de los derechos de las víctimas.

Igualmente, la Magistrada de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia Doctora María Del Rosario Gonzáles de Lemus, aportó a la presente edición un artículo sobre *Violencia de Género y Conflicto Armado*. Este documento refleja el creciente nivel de conocimiento de este fenómeno por parte de la Corte Suprema, a tal nivel, de empezar a incorporar al discurso institucional no solo las nociones de conflicto armado y crimen internacional, sino las lógicas de judicialización de crímenes internacionales como la VSBG en el marco de conflictos armados, a partir de la identificación de las dificultades de acceso a la justicia que afectan a las mujeres víctimas.

Finalmente, incorporamos las dos ponencias presentadas por la profesora Natalia Barbero, la primera titulada Crímenes de Lesa Humanidad, con especial referencia a las agresiones sexuales, un trabajo en donde se explora el proceso de incorporación al derecho penal internacional y sistemas penales domésticos de las conductas de agresión basadas en género como crímenes internacionales, hasta llegar a la reglamentación establecida por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. El segundo aporte aborda la violencia sexual contra mujeres en el derecho internacional, su aplicación en los sistemas penales domésticos, desde un análisis que transita los avances internacionales, así como desde los avances en materia de judicialización de estos crímenes en la experiencia de la dictadura argentina, formulando un conjunto de recomendaciones que creemos pueden tener eco al interior de la judicatura colombiana.

TERCER SEMINARIO INTERNACIONAL “DESAFÍOS DE LA JUSTICIA FRENTE A DELITOS DE VIOLENCIA SEXUAL BASADA EN GÉNERO”

Palabras de instalación

Viviane Morales Hoyos, Fiscal general de la Nación. Bogotá, 24 de marzo de 2011.

Me invitan normalmente a muchos eventos que tengo que instalar o participar diariamente, y este es uno de los eventos en los que participo con gran gusto. La Señora Embajadora me dice gracias por venir, yo le digo gracias por invitarme. Lamento no poder quedarme porque me encantaría, veo el temario y es de esos temas en los cuales de verdad me siento comprometida de corazón pero espero que los fiscales que quedan aquí me den un informe serio y pormenorizado de las conferencias que se van a sostener a lo largo del día.

A lo largo de la historia de la humanidad, las mujeres han sido víctimas predilectas de violencia en tiempos de paz y con mayor énfasis en contextos de guerra, en los que la violencia se exagera, profundiza y agrava produciendo en las mujeres impactos desproporcionados. Las formas de violencias son variadas, pero es la violencia sexual la expresión dominante aquella cualquiera que sea el escenario y la modalidad que se utilice. La violencia debe entenderse como una forma de discriminación contra las mujeres; a pesar de la ocurrencia sistemática de las distintas tipologías ha sido un constante desinterés por la persecución penal, como si existiese una naturalización de la violencia de género, que se explica en parte desde la perspectiva cultural, patriarcal y imperante en las sociedades en las que también en derecho de origen androcéntrico se consideraba privilegio exclusivo de los hombres.

En la fase incipiente del Derecho Internacional Humanitario – DIH se acogió una regla que haciendo un esfuerzo de interpretación mayor, podría decirse subyace en ella la prohibición de la violencia sexual en conflictos bélicos. Estipulaba la norma que la conducción de operaciones debería de hacerse de acuerdo a las costumbres y tradiciones de la guerra, en realidad fueron los primeros códigos militares entendiendo que dicho concepto los que prohibieron de iure los atentados contra el honor contenía la proscripción de la violencia sexual, pero la prohibición quedaba subordinada a la categoría moral, lo que significaba la pérdida total de autonomía frente a la exigibilidad del derecho de las mujeres a no ser objeto de violencia.

En 1949 con la firma de los Cuatro Convenios de Ginebra se obligó a los Estados a proteger de manera especial a las mujeres, las normas hacían referencia expresa a los conflictos armados de carácter internacional, sin embargo, del Artículo Tercero como una de las Cuatro Convenciones se desprende la ampliación del ámbito de protección de las mujeres en el conflicto armado interno bajo la égida del principio del trato humano. La disposición es imperativa para los Estados en cuanto al carácter de constitutivo de la misma.

El breve recuento permite concluir que el reconocimiento de la violencia sexual estaba ligado en exclusivo a la guerra, la premisa se explica porque para la época primera del Derecho Internacional Humanitario no estaban vigentes las disposiciones de protección de derechos humanos que tratan la violencia de género como una violación de derechos humanos. Fue desarrollo del Derecho Internacional de los derechos humanos el que propició que la violación sexual fuera considerada como un crimen internacional.

Después de la Segunda Guerra Mundial con la conformación de los tribunales de Núremberg y Tokio se sumaron a los crímenes de guerra los crímenes perpetrados contra la humanidad, y los crímenes contra la paz, más hay que decirlo el Tribunal de Núremberg desatendió completamente las violaciones ocurridas contra las mujeres, en tanto que el de Tokio se pronunció tímidamente sobre algunas de ellas. Fueron los Tribunales Penales ad hoc para Yugoslavia y Ruanda y el Estatuto de la Corte Penal Internacional que bajo una interpretación sofisticada del crimen de violación sexual han contribuido a su desarrollo y avance, no solo en la



Foto: NRC

determinación de los elementos y asignación de las responsabilidades sino en la asignación de conductas distintas que comparten aspectos que posibilitan su consideración como crimen de lesa humanidad.

La visión global presentada obliga a entender que la persecución penal de los delitos cometidos contra las mujeres en el marco del conflicto armado colombiano constituye una medida de protección de los derechos de las mujeres que nos corresponde investigar en justicia, aquí y ahora, y que el deber de develar el fenómeno de macro criminalidad es guía de humanidad imprescindible. Hemos avanzado pero somos conscientes de que aún falta mucho, pero partimos de la identificación de los obstáculos que impiden la visibilización no solo de la violencia sexual, sino de todos los crímenes que se cometieron en contra de las mujeres, por el hecho de ser mujeres. Sabemos que la falta de sensibilización de los servidores, la persistencia de estereotipos y otros prejuicios en materia procesal llevan a desatender las denuncias.

La investigación de estos crímenes tiene que superar la estricta mirada jurídica y doméstica, un Estado democrático debe incorporar una nueva visión de justicia basada no solo en presupuestos jurídicos sino éticos, históricos y políticos y estas categorías deben trasladarse a la investigación de los delitos cometidos en el marco de un conflicto armado. En esa medida el acogimiento de sistemas internacionales de protección de derechos humanos, imponen a los estados la obligación de la prevención, investigación con la debida diligencia y sanción de los actos de violencias ejercidos contra mujeres resulta perentorio.

No debe causar temor la interpretación de los crímenes acorde con

la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales. Algunos criterios de estos foros resultan convenientes por la homogeneidad de lo fáctico y lo jurídico cuando se trata de justicia para mujeres víctimas, la experiencia comparada resulta provechosa en la construcción jurídica en los crímenes de género; por ejemplo la violencia sexual no debe girar en torno a la evidencia de violencia o de demostración de la resistencia física de la mujer. El contenido de la violencia debe ser amplio y deducirse del análisis de las circunstancias del caso.

En materia probatoria lejos está la exigencia de prueba forense, cuando los casos han ocurrido hace tanto tiempo, ni se puede derivar la presencia del consentimiento por palabras o conductas de la víctima, o por su comportamiento sexual anterior, tampoco es permitido soslayar la denuncia cuando obra como único medio de prueba el testimonio de la mujer.

La consideración de la violencia sexual debe dar alcance legal a otras disposiciones: al genocidio, incitación directa y pública al genocidio, tortura, persecución, esclavitud, actos inhumanos, ultrajes a la dignidad personal, trata de personas e incluso con criterios ponderados y con respeto absoluto por principios fundantes de nuestro Estado de derecho podría acudir a aplicación de la cláusula residual que plantea el Estatuto de la Corte Penal Internacional para que conductas de gravedad comparables puedan encajar en el ámbito de la violencia sexual.

El formato de la responsabilidad penal individual debe redefinirse en este tipo de delitos. Existe dificultad para identificar a los ejecutores del acto físico concreto pero ello no es óbice para que se

pueda acusar y condenar a aquellos que por estructura jerárquica bien por omisión propiciaron el crimen. En contexto de guerra la violencia sexual no es un acto aislado e inevitable, por el contrario generalmente son actos ocurridos en contextos de ataque a la población civil, masacres, toma territorial, imposición de controles sociales ligados a crímenes como desplazamiento forzado, reclutamiento ilícito y homicidio. De ahí que la jurisprudencia reiterada de los Tribunales Penales Internacionales sostenga que aquellas personas que desempeñan puestos de autoridad superior, militar, política, financiera responden por las violaciones sexuales cuando esta sea una consecuencia natural y previsible de otras violaciones y la modalidad de atribución puede ser como crimen de guerra, como crimen de lesa humanidad e incluso puede apelarse a las dos. La comprensión que hagamos de la verdad respecto de la padecida por las mujeres en el conflicto armado colombiano es el presupuesto bajo el cual puede construirse la justicia, la sintonía

con instrumentos de Derechos Humanos que promueven la igualdad en la protección de los derechos, la coherencia en la interpretación de nuestra legislación con sistemas de Derecho Penal Internacional, evitará la impunidad y hará que las mujeres no tengan ni lo propio de vivir dos veces lo sufrido cuando se les victimiza y cuando se les deniega justicia.

Conocemos el reto que enfrenta la Fiscalía en la investigación de los crímenes por géneros, lo aceptamos, no solo como deber legal, sino como un iterativo ético, profundo de tratar de brindar un poco más de justicia, verdad y luz para las mujeres con quienes la humanidad está en deuda. Muchas gracias.

VIOLENCIA DE GÉNERO Y CONFLICTO ARMADO

**Autor: María del Rosario Gonzáles de Lemos,
Magistrada de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.**

La confrontación armada padecida por nuestra nación durante más de medio siglo, ha generado el desconocimiento sistemático y extendido de numerosos derechos fundamentales, no sólo de sus actores, sino también y con particular saña, de grupos ajenos a ella, involucrados por razones políticas, económicas, ideológicas y de género, entre otras.

A partir de decisiones adoptadas por la Corte Suprema de Justicia y por la Corte Constitucional, así como de documentos elaborados por agencias y organizaciones internacionales sobre el caso colombiano, esta intervención se orienta a presentar un panorama general sobre la violencia ejercida en el contexto armado y referida al género femenino de las víctimas.

Con ese propósito, de manera preliminar se precisarán algunos conceptos dirigidos a facilitar el entendimiento del tema, para luego abordar el marco legal a través del cual se protege la condición de género, destacar las formas de violencia más recurrentes, señalar las medidas de carácter global adoptadas por el Estado, referir cuáles son los principales obstáculos para hacer efectivos los derechos de las víctimas y enumerar, por último, algunas recomendaciones que creemos pertinentes.

1. Conceptualización

Conflicto armado interno. Sobre la existencia de un conflicto armado en Colombia, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia¹ tiene establecido que si bien su reconocimiento no está en cabeza de la judicatura por tratarse de un acto político del cual se desprenden especiales y serias consecuencias, lo cierto es que los jueces en sus fallos no pueden desconocer la realidad sociológica surgida del acontecer nacional.

La existencia de un conflicto armado en Colombia fue señalada en los fundamentos de la Ley de Justicia y Paz al asignarse a esta normativa, como fines específicos, la consecución de la paz y la reconciliación nacional; circunstancia que ha permitido a la jurisprudencia nacional referirse a un conflicto armado interno, generador de trascendentes secuelas para la población nacional.

Por lo demás, la aplicación de la ley de justicia y paz, por su naturaleza y fines, impone al operador judicial verificar las

condiciones en las cuales se desarrolla el conflicto, en orden a juzgar las conductas que pueden subsumirse en las descripciones típicas de los delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, entre ellas manifestaciones severas de violencia asociadas al género.

Pero, ¿qué se entiende por conflicto armado?

Para aproximarse a ese concepto debemos remitirnos a los criterios contenidos en el artículo 3° del Convenio de Ginebra de 1949, reproducido en el Protocolo II de 1997, a través del cual se regulan los conflictos armados no internacionales, si bien no se definen.

Según esta regla, un conflicto armado interno es aquél desarrollado al interior de un país, entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados, los cuales, bajo la dirección de un mando responsable, ejercen sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permite realizar operaciones militares sostenidas y concertadas.

Por esa razón, las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, actos esporádicos y aislados de violencia no son consideradas conflictos armados, en tanto carecen de la última condición citada.

El concepto de conflicto armado supone, entonces, la existencia de una confrontación, en la cual es necesario que los grupos actores, llámense guerrilla o grupos de autodefensa, tengan una organización suficiente para planear y ejecutar operaciones militares de manera sostenida y concertada, así como para imponer disciplina en nombre de una autoridad de hecho.

Del Género. Tradicionalmente el término género se ha asimilado al concepto biológico, esto es, se ha equiparado con las diferencias físicas características de cada uno de los componentes de la raza humana.

Sin embargo, el género no agota en ese dato biológico pues comprende una noción más compleja y cambiante asociada a diferencias sociales determinadas por la familia, la cultura, los ritos, la religión y las costumbres.

Se trata, entonces, de una acepción cultural, orientada a la

clasificación social en dos categorías: lo masculino y lo femenino. Por esa razón el influjo del entorno es definitivo para su aprendizaje y desarrollo, por cuanto los comportamientos asignados a cada una de aquellas categorías, son adquiridos del grupo social al cual se pertenece, donde se establecen cuáles deben ser los quehaceres y responsabilidades asignadas tanto a los hombres como a las mujeres. A manera de ejemplo: ser padre/madre, esposo/esposa, trabajador/trabajadora.

Así, el género se define mediante creencias, expectativas, costumbres y prácticas fuertemente arraigadas en una sociedad que dicta los atributos, comportamientos, roles y responsabilidades "masculinos" y "femeninos".

En nuestro caso, la noción de género tradicionalmente ha tenido un marcado enfoque patriarcal donde la mujer se encuentra subordinada al hombre, circunstancia a partir de la cual se han generado desigualdades que, además de afectarla como individuo, tienen repercusiones en el desarrollo de la organización social.

Por ser el género una creación cultural, a su alrededor se han tejido una serie de relaciones que imponen a los integrantes del grupo social, ciertos derechos y responsabilidades.

Sin embargo, como su concepción varía en consonancia con el entorno dentro del cual surge, esta característica debe servir para generar igualdad de oportunidades para mujeres y hombres, con independencia de las diferencias biológicas existentes entre unas y otros, en tanto la igualdad de género es asunto de derechos humanos y constituye preconditione e indicador del desarrollo sostenible de una sociedad.

Violencia basada en el género (VBG). Con fundamento en el concepto elaborado por las Naciones Unidas para la Plataforma de Acción de Beijing (Pekín) de 1995, la violencia basada en el género puede definirse como todo acto de agresión específica originado por razones sexistas, cumplido en el ámbito familiar, laboral o social.

Entre ellos se mencionan los malos tratos, las agresiones físicas, las mutilaciones genitales, el incesto, el acoso sexual, el abuso sexual, la trata de mujeres y la violación, siempre que conlleven o puedan conllevar daños o sufrimientos físicos, sexuales o síquicos para las mujeres. Incluye, además, la amenaza de perpetrar tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad.

Este concepto fue retomado en la legislación patria, a través del artículo 2° de la Ley 1257 del 4 de diciembre de 2008, donde la violencia de género se define como:

“Cualquier acción u omisión, que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial por su condición de mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, bien sea que se presente en el ámbito público o en el privado”.

La misma normativa define como otra forma de violencia de género la económica, perpetrada mediante:

“...cualquier acción u omisión orientada al abuso económico, el control abusivo de las finanzas, recompensas o castigos monetarios a las mujeres por razón de su condición social, económica o política”.

2. Marco Jurídico

Regulación internacional. Sin pretender hacer una relación exhaustiva, se mencionan a continuación las principales normativas que a nivel internacional propenden por preservar el derecho de las mujeres a vivir libres de discriminación y violencia, consagrado, básicamente, en los estatutos de protección de los derechos humanos y en la jurisprudencia internacional, así:

- Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 25, sobre el derecho a un nivel de vida adecuado de todas las personas y la especial protección a la maternidad y la infancia.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 7 y 10, relativos a la igualdad de condiciones de trabajo y especial protección a las madres, niños y adolescentes. Fue aprobado por la Ley 74 de 1968.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 3 y 26, sobre igualdad de hombres y mujeres en su ejercicio y prohibición de discriminación. Fue aprobado por la ley antes citada.
- Convención Americana de Derechos Humanos de la OEA, incorporada al ordenamiento interno mediante la Ley 16 de 1972. Esta normatividad en su primer artículo impone a los Estados parte, entre otras obligaciones, a respetar y garantizar todos los derechos y libertades reconocidas sin discriminación basada en el sexo.
- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), adoptada por la Asamblea General de la ONU en 1979.
- Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer,



Foto: Michael Koren

En otras normas, la Constitución Política reconoce derechos fundamentales, afectados, sin embargo, por la discriminación asociada al género; entre ellos, el artículo 14 sobre el derecho a la personalidad; el 15 relativo al derecho a la honra, intimidad e imagen; el 17 prohíbe la esclavitud; el 40 sobre derechos políticos; el 42 consagra el derecho a la familia, para citar sólo algunos cánones.

Adicionalmente, con la expedición de leyes se ha procurado atender las decisiones y directrices impartidas por la ONU en relación con el tema. Algunas de ellas son:

- Ley 599 de 2000, Código Penal, cuyo libro segundo sanciona en sus Títulos II y IV los delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario y los delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales.
- Ley 248 de 1995 aprobatoria de la Convención Internacional para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, suscrita en la ciudad de Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994.
- Ley 294 de 1996 a través de la cual se adoptan medidas para la prevención de la violencia intrafamiliar.
- Ley 581 de 2000 sobre participación de la mujer en niveles decisorios de la administración pública.
- Ley 731 de 2001 por la cual se dictan normas para favorecer a las mujeres rurales.
- Ley 823 de 2003 relacionada con la igualdad de oportunidades.
- Ley 984 de 2003 aprobatoria del Protocolo facultativo sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 6 de octubre de 1999.
- Leyes 800 de 2003 y 985 de 2005 sobre trata de personas.
- Ley 1009 de 2006 por cuyo medio se crea el Observatorio de Asuntos de Género a cargo del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.
- Ley 1257 de 2008 mediante la cual se recogen las recomendaciones plasmadas en los planes de acción de las Conferencias de las Naciones Unidas, celebradas en Viena, El Cairo y Beijín y se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres.

3. Violencia de género y conflicto armado

Violencia de género y conflicto armado. La prolongada confrontación vivida en Colombia ha propiciado que la violencia de género se agudice en tal forma que constituya, incluso, un arma de guerra, según denuncian organizaciones no gubernamentales nacionales y foráneas en documentos sobre su seguimiento del tema.

Una de las consecuencias más evidente de esa realidad es el alto número de mujeres víctimas de desplazamiento forzado, situación que llevó a la Corte Constitucional a declarar, en la sentencia T-025 de 2004, la existencia de un estado de cosas inconstitucional en el ámbito del desplazamiento forzado y a impartir diversas órdenes dirigidas a superar tal escenario y a garantizar a las víctimas de ese crimen sus derechos fundamentales.

No obstante, la persistencia del estado de cosas inconstitucional, —reconocida en audiencia pública celebrada en febrero de 2008 por autoridades gubernamentales²—, con su consecuente “...violación masiva, sistemática, profunda y persistente de los derechos fundamentales de millones de personas en el territorio nacional victimizadas por este complejo fenómeno...”³, condujo a la Sala Segunda de Revisión de la misma Corporación a proferir el auto 092 del 14 de abril de 2008, cuyo presupuesto fáctico fue el impacto desproporcionado en las mujeres colombianas, del conflicto armado interno y del desplazamiento forzado.

En esta decisión, el Tribunal Constitucional identificó diez riesgos de género en el marco de la confrontación colombiana, “...es decir, diez factores de vulnerabilidad específicos a los que están expuestas las mujeres por causa de su condición, los cuales no son compartidos por los hombres y que explican en su conjunto el impacto desproporcionado del desplazamiento forzado sobre las mujeres”. Ellos son:

- *Riesgo de violencia sexual, explotación sexual o abuso sexual en el marco del conflicto armado.*
- *Riesgo de explotación o esclavización para ejercer labores domésticas y roles considerados femeninos en una sociedad con rasgos patriarcales, por parte de los actores armados ilegales.*
- *Riesgo de reclutamiento forzado de sus hijos e hijas por los actores armados al margen de la ley, o de otro tipo de amenazas contra ellos, que se hace más grave cuando la mujer es cabeza de familia.*

- *Riesgos derivados del contacto o de las relaciones familiares o personales —voluntarias, accidentales o presuntas— con los integrantes de alguno de los grupos armados ilegales que operan en el país o con miembros de la Fuerza Pública, principalmente por señalamientos o retaliaciones efectuados a posteriori por los bandos ilegales enemigos.*
- *Riesgos derivados de su pertenencia a organizaciones sociales, comunitarias o políticas de mujeres, o de sus labores de liderazgo y promoción de los derechos humanos en zonas afectadas por el conflicto armado,*
- *Riesgo de persecución y asesinato por las estrategias de control coercitivo del comportamiento público y privado de las personas que implementan los grupos armados ilegales en extensas áreas del territorio nacional.*
- *Riesgo por el asesinato o desaparición de su proveedor económico o por la desintegración de sus grupos familiares y de sus redes de apoyo material y social.*
- *Riesgo de ser despojadas de sus tierras y su patrimonio con mayor facilidad por los actores armados ilegales dada su posición histórica ante la propiedad, especialmente las propiedades inmuebles rurales.*
- *Riesgos derivados de la condición de discriminación y vulnerabilidad acentuada de las mujeres indígenas y afrodescendientes.*
- *Riesgo por la pérdida o ausencia de su compañero o proveedor económico durante el proceso de desplazamiento”⁴.*

Como puede verse, el primer factor de vulnerabilidad identificado por la Corte Constitucional, a partir de la información reiterada, coherente y consistente suministrada por las víctimas o por las agremiaciones promotoras de sus derechos⁵ a la propia Corporación, lo constituye la violencia sexual.

Ésta ha sido definida por la Organización Mundial de la Salud como:

“Todo acto sexual no deseado, la tentativa de consumarlo, los comentarios, insinuaciones sexuales no deseadas, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier modo la sexualidad de una persona, independientemente de la relación con la víctima y en cualquier ámbito, incluidos el hogar y el trabajo, sucedida en cualquier momento de la vida de la víctima”⁶.

En el auto 092 comentado, la Corte Constitucional enfatizó este

riesgo y señaló que la información sobre situaciones concretas suministradas por las víctimas y consignadas en anexo reservado de la misma decisión, permitían señalar que la violencia sexual, además de constituir una situación generalizada, se reflejaba en:

“... (a) Actos de violencia sexual perpetrados como parte integrante de operaciones violentas de mayor envergadura —tales como masacres, tomas, pillajes y destrucciones de poblados—, cometidos contra las mujeres, jóvenes, niñas y adultas de la localidad afectada, por parte de los integrantes de grupos armados al margen de la ley.

(b) Actos deliberados de violencia sexual cometidos ya no en el marco de acciones violentas de mayor alcance, sino individual y premeditadamente por los miembros de todos los grupos armados que toman parte en el conflicto, que en sí mismos forman parte (i) de estrategias bélicas enfocadas en el amedrentamiento de la población, (ii) de retaliación contra los auxiliares reales o presuntos del bando enemigo a través del ejercicio de la violencia contra las mujeres de sus familias o comunidades, (iii) de retaliación contra las mujeres acusadas de ser colaboradoras o informantes de alguno de los grupos

armados enfrentados, (iv) de avance en el control territorial y de recursos, (v) de coacción para diversos propósitos en el marco de las estrategias de avance de los grupos armados, (vi) de obtención de información mediante el secuestro y sometimiento sexual de las víctimas, o (vii) de simple ferocidad.

(c) La violencia sexual contra mujeres señaladas de tener relaciones familiares o afectivas (reales o presuntas) con un miembro o colaborador de alguno de los actores armados legales e ilegales, por parte de sus bandos enemigos, en tanto forma de retaliación y de amedrentamiento de sus comunidades.

(d) La violencia sexual contra las mujeres, jóvenes y niñas que son reclutadas por los grupos armados al margen de la ley, violencia sexual que incluye en forma reiterada y sistemática: (i) la violación, (ii) la planificación reproductiva forzada, (iii) la esclavización y explotación sexuales, (iv) la prostitución forzada, (v) el abuso sexual, (vi) la esclavización sexual por parte de los jefes o comandantes, (vii) el embarazo forzado, (viii) el aborto forzado y (ix) el contagio de infecciones de transmisión sexual.



Foto: NRC

(e) El sometimiento de las mujeres, jóvenes y niñas civiles a violaciones, abusos y acosos sexuales individuales o colectivos por parte de los miembros de los grupos armados que operan en su región con el propósito de obtener éstos su propio placer sexual.

(f) Actos de violencia sexual contra las mujeres civiles que quebrantan con su comportamiento público o privado los códigos sociales de conducta impuestos de facto por los grupos armados al margen de la ley en amplias extensiones del territorio nacional.

(g) Actos de violencia sexual contra mujeres que forman parte de organizaciones sociales, comunitarias o políticas o que se desempeñan como líderes o promotoras de derechos humanos, o contra mujeres miembros de sus familias, en tanto forma de retaliación, represión y silenciamiento de sus actividades por parte de los actores armados.

(h) Caso de prostitución forzada y esclavización sexual de mujeres civiles, perpetrados por miembros de los grupos armados al margen de la ley; o

(i) Amenazas de cometer los actos anteriormente enlistados, o atrocidades semejantes”.

El anterior espectro también es reportado por la Mesa de Trabajo MUJER Y CONFLICTO ARMADO⁷ en sus Informes VIII y IX sobre Violencia Sociopolítica contra mujeres, jóvenes y niñas en Colombia, correspondientes, en su orden, a 2007 – 2008 y 2009, documentos que comprendían en forma detallada la información obtenida por Organizaciones no Gubernamentales⁸, directamente de las víctimas y de organismos estatales sobre la violencia de género, mayormente reflejada en las agresiones sexuales de diversa índole padecidas por mujeres, jóvenes y niñas de todas las edades.

Ese aterrador y persistente escenario ha permitido que una de estas Organizaciones, OXFAM INTERNACIONAL, publicara el 9 de septiembre de 2009, el informe titulado *La violencia sexual en Colombia Un arma de guerra*⁹, en el cual se concluye que este tipo de agresiones es usado, sin excepción, por todos los actores armados — Fuerzas Militares Estatales, grupos de autodefensa y guerrilleros — como método de terror, tortura o castigo; instrumento para obtener el control en la población; medio para imponer patrones de conducta acordes con sus propósitos; forma de venganza y presión o medio para lesionar a su enemigo.

Implementar la violencia sexual en contra de las mujeres, advierte el mismo informe, “...lejos de ser esporádico, se ha convertido en una práctica sistemática y generalizada que ha pasado a

formar parte integral del conflicto armado...”¹⁰, pese a lo cual es un hecho cuya trascendencia se desconoce, generando con ello la “normalización” de este delito y la condena al silencio y olvido de quien lo padece.

Hay que recordar cómo la violencia de género impacta no sólo a las mujeres adultas, sino también en grado sumo a las adolescentes y niñas, respecto de quienes la Revista Forense para la vida, del Instituto Nacional de Medicina Legal, correspondiente a 2009, revela:

“Entre 2004 y 2008, cada hora cerca de 9 mujeres sufrieron agresiones sexuales en el país, en su mayoría niñas y adolescentes menores de 18 años (84% de los casos). 534 mujeres fueron víctimas de violencia sexual en casos asociados a contextos de violencia sociopolítica y a prácticas tales como secuestro y acciones bélicas; 22.389 mujeres fueron agredidas sexualmente por algún miembro de su familia; y en el 64% del total de casos de violencia sexual registrados, fue la vivienda el escenario del hecho”¹¹.

El 1° de julio de 2006, bajo el título de Infamia, la revista Semana publicó un artículo reseñando el hallazgo, o en los computadores de “Raúl Reyes”, de fotos y archivos relacionados con la violencia ejercida por las FARC sobre niñas y adolescentes, con especial énfasis en las agresiones sexuales de las que son víctimas. Específicamente, denuncia:

“...La vida sexual es un tema crítico que empieza desde muy temprano, hay promiscuidad y abuso de comandantes que buscan a las más jóvenes como sus compañeras sexuales. Las niñas terminan siendo propiedad de los guerreros, como lo sugieren en un documento reciente sobre violencia y género los investigadores de la Universidad de los Andes Mauricio Rubio y María Victoria Llorente”¹².

Además se refiere a la prohibición de concebir y cita casos concretos de sanciones por embarazos, así como las prácticas abortivas implementadas por ese grupo guerrillero.

A su vez, el IX Informe de la Mesa de Trabajo Mujer y Conflicto Armado, antes citado, refiere la violencia sexual contra las niñas y niños en la frontera con el Ecuador y menciona la implementada respecto de niñas indígenas a quienes integrantes de la fuerza pública *enamoran* como táctica de guerra para obtener información, con sus secuelas de embarazos tempranos, etiquetamientos y peligro para sus vidas¹³.

El VIII Informe de la Mesa de Trabajo Mujer y Conflicto Armado,

aborda igualmente esta temática y señala que la Comisión Colombiana de Juristas tiene registradas 103 víctimas de hechos de violencia sexual ocurridos entre enero de 1997 y diciembre de 2007, en 47 de los cuales, por conocerse la edad de las víctimas, se identificó que 25 de ellos corresponden a niñas y 13 a mujeres jóvenes, esto es entre 18 y 25 años de edad¹⁴.

Corresponde sí aclarar que la especial atención dada a este tipo de agresión, no implica desconocer la gravedad de otros tipos de violencia contra niñas y jóvenes en el marco del conflicto armado, relacionados con la desintegración de sus familias, la muerte de quienes los sustentan, su reclutamiento y desplazamiento forzado, la imposición de códigos de conducta acordes con la ideología de los perpetradores y la obligación de apoyarlos en sus actividades realizadas, entre otras.

4. Medidas estatales frente a la violencia en el conflicto armado.

Frente al panorama descrito corresponde preguntarse, cuál ha sido la actuación del Estado Colombiano.

Los organismos defensores de los derechos humanos y los observadores del conflicto nacional, coinciden en atribuirle una actitud negligente, con la cual se ha facilitado la impunidad de estos crímenes, su tolerancia, invisibilidad y repetición.

No obstante, reporta Casa de la Mujer y Ruta Pacífica de las Mujeres¹⁵, en los últimos años se han implementado algunas medidas tendientes a cumplir con las obligaciones impuestas por el ordenamiento jurídico patrio y con los compromisos internacionales derivados de las resoluciones emitidas por la ONU y de los acuerdos relativos a la protección de los derechos de las mujeres, suscritos por el Gobierno Nacional.

Una de esas medidas, dice el documento, es la expedición, el 4 de diciembre de 2008, de la Ley 1257, a través de la cual se busca sensibilizar, prevenir y sancionar la violencia y discriminación contra las mujeres, reformando, con esos fines, los Códigos Penal y de Procedimiento Penal y la Ley 294 de 1996 — de violencia intrafamiliar —.

De esta normativa debo destacar que, en consonancia con las nociones internacionales, precisó los conceptos de violencia y daño contra la mujer, fijó criterios de interpretación y principios favorables a las mujeres, determinando medidas de sensibilización y prevención del fenómeno a nivel nacional y territorial, para ser aplicadas en los ámbitos educativo, laboral, sanitario, familiar y social.

El informe citado alude también los esfuerzos realizados desde 2006 por la Procuraduría General de la Nación y la Consejería de Equidad de la Mujer, entidades que crearon e implementaron, en su orden, el Sistema de Vigilancia Superior a la Garantía de los Derechos desde la Perspectiva de Género y el Observatorio de Asuntos de Género, a través de los cuales, entre otros propósitos, se busca consolidar una información confiable, indispensable para afrontar la violencia de género y minimizar su impacto, por cuanto la falta de denuncia de los hechos que la constituyen, impide en buena medida conocer su magnitud.

Otras de las iniciativas estatales, mencionada por el Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, ILSA¹⁶, corresponden a las desarrolladas por la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, a través de los programas Familias en Acción, Red de Seguridad Alimentaria y Laboratorios de Paz; por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar mediante los “Hogares Fami”, de apoyo a las mujeres gestantes y lactantes menores de dos años; el Ministerio de Protección Social con la creación de la Política Nacional de Construcción de Paz y Convivencia Familiar y, finalmente, por el Ministerio de Educación Nacional con los programas de Competencias Ciudadanas y Educación para la Sexualidad y Construcción de Ciudadanía, así como con el Proyecto Piloto de Educación para el ejercicio de los Derechos Humanos, cuya inclusión en su proyecto educativo institucional (PEI) solicitó a las instituciones educativas.

Pero, señala la primera de las organizaciones citadas, es el Auto 092 de 2008 emitido por la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, la providencia que marca un hito en esta temática, al establecer directrices para una política pública frente a ella.

Sobre esta decisión debo indicar que constituye un diagnóstico de la violencia de género en el ámbito nacional.

En ella, con fundamento en los informes presentados por las entidades gubernamentales responsables de afrontar el tema del desplazamiento forzado y sus consecuencias familiares, sociales, económicas y de todo orden, se analiza de manera pormenorizada,

respecto de cada uno de los factores de vulnerabilidad asociados con el género, cuál ha sido la acción estatal, para luego concluir y hacer constar su precariedad.

Tal circunstancia determinó impartir al Director de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, la orden perentoria de adoptar trece programas encauzados a llenar los vacíos detectados en la política pública de atención al desplazamiento forzado, así:

- *Programa de Prevención del Impacto de Género Desproporcionado del Desplazamiento, mediante la Prevención de los Riesgos Extraordinarios de Género en el marco del Conflicto Armado.*
- *Programa de Prevención de la Violencia Sexual contra la Mujer Desplazada y de Atención Integral a sus Víctimas.*
- *Programa de Prevención de la Violencia Intrafamiliar y Comunitaria contra la Mujer Desplazada y de Atención Integral a sus Víctimas.*
- *Programa de Promoción de la Salud de las Mujeres Desplazadas.*
- *Programa de Apoyo a las Mujeres Desplazadas que son Jefes de Hogar de Facilitación del Acceso a Oportunidades Laborales y Productivas y de Prevención de la Explotación Doméstica y Laboral de la Mujer Desplazada.*
- *Programa de Apoyo Educativo para las Mujeres Desplazadas Mayores de 15 Años.*
- *Programa de Facilitación del Acceso a la Propiedad de la Tierra por las Mujeres Desplazadas.*
- *Programa de Protección de los Derechos de las Mujeres Indígenas Desplazadas.*
- *Programa de Protección de los Derechos de las Mujeres Afrodescendientes Desplazadas.*
- *Programa de Promoción de la Participación de la Mujer Desplazada y de Prevención de la Violencia contra las Mujeres Desplazadas Líderes o que adquieren visibilidad Pública por sus Labores de Promoción Social, Cívica o de los Derechos Humanos.*

■ *Programa de Garantía de los Derechos de las Mujeres Desplazadas como Víctimas del Conflicto Armado a la Justicia, la Verdad, la Reparación y la No Repetición.*

■ *Programa de Acompañamiento Psicosocial para Mujeres Desplazadas.*

■ *Programa de Eliminación de las Barreras de Acceso al Sistema de Protección por las Mujeres Desplazadas”.*

Respecto de cada uno de estos programas, la Sala precisó sus elementos comunes y los elementos mínimos necesarios que deben cumplir, así como el término en el cual debían iniciarse.

En la misma decisión se mencionaron como acciones estatales relacionadas con la violencia sexual en el ámbito del conflicto armado, las siguientes: “...(a) la aprobación de distintas normas legales contra la violencia sexual, incluyendo la tipificación de diferentes variantes de la misma en el Código Penal vigente; (b) la atención a las víctimas de violencia sexual a través de instancias tales como las Comisarías de Familia, el Centro de Atención Integral a Víctimas de Delitos Sexuales de la Fiscalía General de la Nación, o los Comités Interinstitucionales de la Defensoría del Pueblo para atender a las víctimas y sobrevivientes de delitos sexuales; (c) la implementación de un proyecto entre el ICBF y el Fondo de Población para las Naciones Unidas para la Atención Integral de Víctimas de Violencia Sexual, así como la extensión territorial de las Unidades Móviles de este Instituto; y (d) la implementación de un proyecto por el Ministerio de la Protección Social y la Organización Internacional para las Migraciones, destinado a fortalecer la capacidad de atención en salud mental y física a las víctimas de violencia intrafamiliar y violencia sexual, el cual atravesó su fase piloto en 2006 en las ciudades de Bucaramanga, Cali, Pasto, Isthmina y Quibdó, y se reformuló en términos semejantes mediante Convenio 114 de 2006 con una duración de 24 meses¹⁷.

Y se concluyó, a partir de los informes presentados por las entidades gubernamentales, que las enunciadas “... no constituyen medidas específicas para conjurar el riesgo...”.

5. Dificultades de las Víctimas de la Violencia Sexual Basada en el Género –VSBG–, en el marco del conflicto armado, para concretar sus derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición.

Señalada la violencia sexual asociada al género como una práctica sistemática y extendida de todos los actores del conflicto nacional, su impacto en las niñas y adolescentes, así como su incidencia en la construcción de nuestra sociedad, estimo necesario destacar los principales obstáculos afrontados por las mujeres para hacer efectivos sus derechos, según han detectado, de manera coincidente, organizaciones no gubernamentales en sus estudios de campo¹⁸.

Éstos dan cuenta de tres tipos de dificultades:

1. Psicosociales, reflejadas básicamente en el dolor y en los sentimientos de culpa y vergüenza generados por el trauma en las víctimas, quienes no quieren recordar ni contar lo sucedido y se refugian en el silencio, situación agravada por la ausencia de un accesible y efectivo apoyo psicológico y social.

2. Desconfianza en las acciones de las autoridades, surgida de:

- Miedo a que no se otorgue credibilidad a su versión.
- Creencia sobre una supuesta alianza entre las autoridades

y los perpetradores, sobre todo en las regiones, dada la presencia continua e intimidatoria de éstos.

- Temor a ser señaladas por la comunidad y las autoridades por causa de la agresión padecida, con la consecuente estigmatización.
- Temor a que la información suministrada a las autoridades sea conocida por los agresores.
- Convicción sobre la necesidad de aportar pruebas para respaldar su denuncia, pues de lo contrario ésta no será tomada en cuenta.
- Carencia de un espacio físico adecuado para recaudar las denuncias con la confidencialidad y el respeto mínimos para asegurar la intimidad e impedir la revictimización.
- Revictimización favorecida por el sistema de procesamiento impuesto por la Ley 906 de 2004, en tanto se obliga a la víctima mayor de edad a confrontar a su agresor en el juicio público.
- Falta de capacitación de la mayoría de los funcionarios encargados de recaudar denuncias e instruir procesos, en tanto carecen de la sensibilidad y preparación indispensables para comprender a la víctima y garantizarle el respeto a su condición.
- Predominio de estereotipos de género reproductores de discriminación, los cuales impiden abordar los casos de manera desprevénida.

3. Falta de garantías de seguridad y protección, reflejadas en

- Temor a recibir nuevas agresiones por los perpetradores.
- Los programas de protección a víctimas y testigos no estimulan la participación de unas y otros por implicar trámites engorrosos para ello y por las condiciones impuestas para su ingreso y permanencia, algunas de las cuales conducen a la revictimización.

Adicionalmente, en cuanto a la Ley de Justicia y Paz, los informes destacan la tendencia de los instructores a no indagar sobre los casos de violencia sexual, por centrar su atención en otro tipo de crímenes y porque carecen de información previa sobre las actividades desplegadas por los desmovilizados, quienes terminan

refiriendo, en forma selectiva, los hechos que quieren o les interesa informar, entre los cuales usualmente no se encuentran los relativos a las manifestaciones de violencia basada en el género. Menos aún si comportan agresiones de tipo sexual.

Todas estas circunstancias determinan una reiterada falta de información que permita conocer de manera integral este fenómeno y adoptar las políticas públicas necesarias y adecuadas para prevenirlo y afrontar sus efectos.

También impiden concretar los derechos a verdad y justicia, así como el de no repetición, en tanto la ausencia de investigación o de una instrucción adecuada y suficiente, generan impunidad y alientan la continuidad de estas conductas.

En cuanto al derecho de las víctimas a ser reparadas, si bien este puede intentarse a través del incidente correspondiente o de una acción administrativa, excluyentes entre sí, no existe un mecanismo acorde con los estándares internacionales, los cuales aconsejan un tratamiento diferente a las víctimas de crímenes de violencia sexual.

Todo esto favorece la impunidad de este tipo de conductas, su invisibilización en la comunidad y su repetición, ante el convencimiento de su intrascendencia y falta de sanciones.

Recomendaciones. Lo expuesto hasta aquí lleva a señalar algunas pautas en procura de mejorar, en alguna medida, la situación de violencia y discriminación que afecta a las mujeres y niñas colombianas:

- Promover la aplicación plena de los convenios internacionales relacionados con la eliminación de la violencia y discriminación contra las mujeres y niñas.
- Velar por la efectiva aplicación de las leyes que consagran derechos a favor de las mujeres.
- Crear y aprovechar espacios para sensibilizar y concientizar a la sociedad sobre la existencia de la violencia de género, sus formas y su incidencia en el desarrollo social.
- Insistir en la necesidad de reforzar programas pedagógicos con énfasis de género, dirigidos:

A las mujeres y niñas para que conozcan y se empoderen de los derechos propios de esa condición.

A las entidades estatales para que adopten enfoques de género en la configuración de sus políticas y adopten parámetros orientados a superar cualquier tipo de discriminación.

A la comunidad en general, con el objeto de modificar el estereotipo cultural subyacente, generador de violencia y discriminación contra el género femenino al considerarlo históricamente con menos derechos y capacidades.

En este sentido, el Ministerio de Educación Nacional debería impartir directrices para que todas las instituciones educativas incorporen de manera efectiva y verificable en su Programa Educativo Institucional, PEI, la cátedra de igualdad de género desde los primeros grados, forma idónea para interiorizarla en las nuevas generaciones como un valor indispensable para la construcción de una sociedad más equitativa y justa.

- Para superar las barreras de acceso a la administración de justicia, se propone crear una mesa de trabajo interinstitucional donde se examine, con perspectiva de género, la normatividad vigente, en especial la relacionada con el procedimiento de investigación y juzgamiento penal y, proponga, si es del caso, las reformas legislativas pertinentes acordes con los estándares internacionales y las dificultades expresadas por las víctimas. — Promover la capacitación de los funcionarios estatales, en especial la de quienes tienen la función de atender esta temática en todo el territorio nacional, para que la aborden con el respeto y consideración debida a las víctimas.

Como dijera el entonces Secretario de las Naciones Unidas, KOFI ANNAN *“La violencia contra la mujer es quizás la más vergonzosa violación de los derechos humanos. No conoce límites geográficos, culturales o de riquezas. Mientras continúe, no podemos afirmar que hemos realmente avanzado hacia la igualdad, el desarrollo y la paz”*¹⁹.

Esa realidad, que en Colombia alcanza niveles extremos, torna imperativo y urgente emprender un proceso de educación que, comprometiendo a todas las instancias sociales, esté dirigido especialmente a los niños, niñas y adolescentes, por cuanto son ellos los llamados a cambiar los paradigmas de discriminación de género vigentes.

Sólo cuando a los niños se les eduque en y para la igualdad, crearán en ella, la implementarán y aprenderán a defenderla, como modelo de comportamiento que permita un desarrollo sano y equilibrado de la sociedad.

Bibliografías

La interiorización de la igualdad de género desde la niñez y la adolescencia como valor intrínseco del ser humano, contribuirá a la transformación social por cuanto los adultos del mañana formarán una nueva generación sin criterios discriminatorios, forjándose, desde la familia, como pilar fundamental de la sociedad, el verdadero y definitivo cambio que se demanda para concretar sus aspiraciones de igualdad social.

En este sentido, la incorporación al sistema jurídico colombiano de normas que pregonan la igualdad de género, si bien constituye una herramienta importante, no es suficiente para obtener el cambio requerido. Además de ello, se necesita la implantación de una política de Estado que establezca acciones efectivas desde todas sus instituciones e incentive su aplicación en las diversas organizaciones sociales

Entonces, la invitación de ahora a todos los operadores judiciales y a quienes de una u otra manera tienen a su cargo la formación de los niños, niñas y adolescentes, consiste en que implementen en el ámbito de sus competencias acciones consecuentes con una perspectiva de género, para que la igualdad entre hombre y mujeres se haga realidad.

Muchas gracias por su atención.

Bogotá, D.C., 23 de septiembre de 2010.

Constitución Política de Colombia

Ley 599 de 2000 o Código Penal

Ley 906 de 2004 o Código de Procedimiento Penal

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto del 21 de septiembre de 2009, Rad. 32022.

Corte Constitucional, Sentencia T-025 de 2004 y Auto No. 092 del 14 de abril de 2008.

Médicos Sin Fronteras, documento “Médicos Sin Fronteras pide al Estado Colombiano y prestadoras de servicio de salud que garanticen atención integral a las víctimas de violencia sexual en las primeras 72 horas”.

VIII y IX Informe sobre “Violencia Sociopolítica contra mujeres, jóvenes y niñas en Colombia”, de la Mesa de Trabajo Mujer y Conflicto Armado. En especial:

- * Corporación Casa Amazonia, “Violencia sexual contra los niños y las niñas en la zona de frontera colombo – ecuatoriana.”

- * Organización Nacional Indígena de Colombia, ONIC, “Derechos Humanos de las mujeres indígenas.”

- * Comisión Colombiana de Juristas, 2008, “La violencia contra las mujeres y las niñas en Colombia agravada por la Política de ‘Seguridad del Estado’”.

- * Corporación Sisma Mujer, “La ausencia de políticas de Estado para enfrentar la violencia sexual contra las mujeres en Colombia”

- * Corporación Humanas “Interpretaciones androcéntricas de los delitos de violencia sexual cometidos contra mujeres, otro obstáculo para acceder a la justicia en Colombia”.

- * Comisión colombiana de Juristas “Aplicación de las Ley de ‘Justicia y Paz’ en el crimen de violencia sexual: silencio e impunidad”.

- * Adriana Benjumea “Obstáculos que enfrentan las mujeres víctimas de violencia sexual para acceder al derecho a la reparación”.

www.nacionesunidas.org.co.

www.cinu.org.mx/prensa/comunicados/. Mensaje del Secretario General de las Naciones Unidas en el Día Internacional para la eliminación de la violencia contra la mujer, 25 de noviembre de 2003.

Convenios y Tratados Internacionales de La Naciones Unidas y Organización de Estados Americanos.

Referencias

- 1 Cfr. Auto del 21 de septiembre de 2009, Rad. 32022.
- 2 Pág. 7 Auto 092 del 14 de abril de 2008
- 3 Cfr. Antecedentes y Fundamentos Constitucionales de la decisión, Pág. 7 ib.
- 4 Cfr. Auto 092 del 14 de abril de 2008, Síntesis de la presente decisión, punto c.
- 5 Cfr. Auto 092 del 14 de abril de 2008.
- 6 Documento "Médicos Sin Fronteras pide al Estado Colombiano y prestadoras de servicio de salud que garanticen atención integral a las víctimas de violencia sexual en las primeras 72 horas".
- 7 La Mesa de Trabajo Mujer y conflicto Armado recopila información sobre el impacto de éste en mujeres, jóvenes y niñas, a través de talleres con las personas afectadas, de testimonios e informes aportados por otras organizaciones de mujeres y derechos humanos y otras fuentes. Su trabajo se publica en informes anuales que se remiten a la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre Violencia contra la Mujer, a la Relatora sobre los derechos de la mujer de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y otras organizaciones con el mismo objetivo, nacionales e internacionales.
- 8 Casa de la Mujer y Ruta Pacífica de las Mujeres; Comisión Colombiana de Juristas y Colectivo de Mujeres Excombatientes; Corporación Humanas; Organización Nacional Indígena de Colombia, ONIC; Corporación Sisma Mujer; Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Corporación Casa Amazonia; Liga de Mujeres Desplazadas; Vamos Mujer y Mujeres que crean de Medellín; Adrian Benjumea; Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, ILSA; Corporación de Apoyo a Comunidades Populares, CODACOP; María Isabel Casas.
- 9 www.oxfam.org/es/.../violencia-sexual-colombia
- 10 Cfr. Resumen del Informe.
- 11 www.medicinalegal.gov.co
- 12 Revista Semana, Edición 1261 del 1° de julio de 2006, Infamia.
- 13 IX Informe sobre violencia sociopolítica contra mujeres, jóvenes y niñas en Colombia. Artículos Violencia sexual contra los niños y las niñas en la zona de frontera colombo – ecuatoriana y Derechos Humanos de las mujeres indígenas, elaborados por Corporación Casa Amazonia y la Organización Nacional Indígena de Colombia, ONIC, en su orden.
- 14 VIII Informe sobre violencia sociopolítica contra mujeres, jóvenes y niñas en Colombia. Artículo de la Comisión Colombiana de Juristas, 2008, La violencia contra las mujeres y las niñas en Colombia agravada por la Política de 'Seguridad del Estado'".
- 15 Cfr. IX Informe sobre violencia sociopolítica contra mujeres, jóvenes y niñas en Colombia, Págs. 31 a 44 "Las violencias sexuales contra las mujeres en Colombia: una realidad que no se transforma"
- 16 VIII Informe sobre violencia sociopolítica contra mujeres, jóvenes y niñas en Colombia, Artículo Respuesta estatal a las violaciones sexuales perpetradas contra las mujeres.
- 17 Aparte III 3.3.1.
- 18 IX Informe sobre violencia sociopolítica contra mujeres, jóvenes y niñas en Colombia, de la Mesa de Trabajo Mujer y Conflicto Armado, Corporación Sisma Mujer, "La ausencia de políticas de Estado para enfrentar la violencia sexual contra las mujeres en Colombia" y Corporación Humanas "Interpretaciones androcéntricas de los delitos de violencia sexual cometidos contra mujeres, otro obstáculo para acceder a la justicia en Colombia". VIII Informe sobre violencia sociopolítica contra mujeres, jóvenes y niñas en Colombia, de la Mesa de Trabajo Mujer y Conflicto Armado, Comisión colombiana de Juristas "Aplicación de las Ley de 'Justicia y Paz' en el crimen de violencia sexual: silencio e impunidad" y Adriana Benjumea "Obstáculos que enfrentan las mujeres víctimas de violencia sexual para acceder al derecho a la reparación".
- 19 www.cinu.org.mx/prensa/comunicados/. Mensaje del Secretario General de las Naciones Unidas en el Día Internacional para la eliminación de la violencia contra la mujer, 25 de noviembre de 2003



Foto: NRC

LA VIOLENCIA SEXUAL CONTRA MUJERES EN DERECHO INTERNACIONAL. SU APLICACIÓN EN DERECHO INTERNO. CASOS Y RECOMENDACIONES.

Doctora Natalia Barbero

1. Introducción

La violencia sexual contra mujeres es una práctica habitual en la comunidad internacional.

En este trabajo intento hacer un racconto de la normativa vigente en Derecho Internacional sobre el tema, desde la protección general hasta la protección particular existente. Considero que el marco internacional debe ser utilizado como referencia de contexto por los operadores del Derecho al momento de fundar una imputación penal. Es decir, una imputación penal por violencia sexual en cualquiera de sus formas requiere de la previa tipificación penal correspondiente, pero no puede dejar de atenderse el contexto normativo internacional, sobre todo porque de allí surgen las obligaciones que los Estados asumen al tomar la decisión de ser parte de los instrumentos internacionales en vigencia.

Estas obligaciones asumidas por los Estados tienen sus consecuencias en los tres poderes. El Poder Ejecutivo deberá tomar las políticas necesarias para cumplir con la protección que protege dar a las mujeres, desde el respeto y su obligación de garantía. El Poder Legislativo debe reformar la legislación interna a fin de adatarla a los estándares internacionales. Y finalmente el Poder Judicial deberá perseguir y juzgar por medio de un debido proceso a los perpetradores de las conductas prohibidas por aquellos instrumentos internacionales aplicables.

2. Hechos de violencia sexual contra mujeres

La violencia sexual se da en toda sociedad, democrática o no, en guerra o no. En el particular ámbito de los conflictos armados, la violencia contra la mujer en general, que llega al caso de violencia sexual en algunas situaciones, ocurre en un ciclo particular. Se pueden distinguir diferentes fases de esta violencia¹:

Durante el conflicto, antes de la huida:

- Agresión sexual a mujeres por parte de las personas en el poder
- Violencia sexual por parte de los “soldados”

Durante la huida:

- Agresión sexual por parte de delincuentes o policía fronteriza
- Trata y contrabando

En el país de asilo:

- Agresión sexual y extorsión por parte de las autoridades
- Abuso sexual de niñas adoptadas
- Violencia doméstica
- Agresión sexual durante la provisión de recursos: recolección de leña, agua, etc.
- Sexo para sobrevivir.

Durante la repatriación:

- Abuso sexual de mujeres y niñas separadas de la familia
- Agresión sexual por parte de las personas en el poder
- Agresión sexual por parte de delincuentes o policía fronteriza

Debe advertirse la magnitud de este problema. Las estadísticas son alarmantes:

- Una de cada tres mujeres ha vivido o vivirá algún tipo de violencia a lo largo de su vida.
- Una de cada cinco mujeres ha sido o será víctima de violación sexual o su intento.
- El 19% de los problemas de salud que tienen las mujeres de entre 15 y 44 años en los países desarrollados se relacionan con la violencia en el hogar y las violaciones.
- Muchas mujeres sufren acoso sexual en diferentes momentos de su vida. Entre un 40% y un 50% de mujeres de la Unión Europea lo reportaron en el lugar de trabajo.
- Más del 80% de las víctimas de trata de personas, son mujeres

obligadas a ejercer la prostitución, trabajos forzados o servidumbre².

- Durante el conflicto armado de 1971 en Bangladesh, se estima que 200.000 mujeres y niñas fueron víctimas de violaciones cometidas por los soldados paquistaníes.
- Un comité investigador de la Comunidad Europea estimó que más de 20.000 mujeres musulmanas fueron violadas en Bosnia desde que se inició la huida en abril de 1992.
- Entre un 16 y un 41% de las mujeres examinadas denunciaron un ataque físico por parte de un compañero en el contexto de una relación íntima, según estudios realizados entre 1986-1997 en los siguientes países: Canadá, Nueva Zelanda, Suiza, Reino Unido, Estados Unidos de América, Camboya, India, Corea, Tailandia, Egipto, Israel, Kenya y Uganda.
- El 14,8% de todas las mujeres adultas dijo haber sido víctima de una violación consumada. Un 2,8% adicional dijo haber sido víctima de intentos de violación.
- Se estima que, en África del Sur, violan a una mujer cada 83 segundos: solamente uno de cada 20 casos son denunciados ante la policía.
- Más de 90 millones de mujeres y niñas africanas son víctimas de la mutilación genital femenina u otras formas de mutilación genital³.

Estas situaciones de violencia sexual han recibido un tratamiento particular en diversas ramas del Derecho, tanto en el Derecho Internacional Humanitario y de Refugiados y Desplazados, como en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y finalmente en Derecho Penal Internacional. Del mismo modo, debe ser tratada en el Derecho interno de cada Estado.

3. Derecho Internacional Humanitario

Protección general. En el ámbito de los conflictos armados, por medio de una enumeración de principios básicos⁴, se dio un marco de protección general. Son tres estos principios fundamentales:

- 1) El principio de no discriminación funda el Derecho Internacional Humanitario. En breve, significa que las mismas garantías son merecidas por todas las personas, sin discriminación, sin distinción de ningún tipo, en particular, sin distinción de género o sexo. La no discriminación implica

igualdad. En los cuatro Convenios de Ginebra y en los dos Protocolos Adicionales se estipula que las categorías específicas de personas a quienes se concede protección deben ser “tratadas con humanidad (...) sin distinción desfavorable basada en el sexo”.

2) El principio de trato humano impone a los beligerantes la obligación de tratar con humanidad a las personas civiles que se encuentren bajo su poder.

Existen pautas mínimas sobre el trato que las partes en conflicto deben dar a toda persona que se halle en su poder. Son garantías básicas que son aplicables de conformidad con el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, por el cual están prohibidos: los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; entre otras conductas.

3) El principio de protección contra los efectos de las hostilidades obliga a las partes en un conflicto armado a hacer distinción entre la población civil y los combatientes, y a no dirigir ataques contra los civiles. Además se prohíben los ataques indiscriminados, esto es, los ataques que pueden alcanzar indistintamente a militares y a civiles.

Protección específica de mujeres y contra la violencia sexual. Existen disposiciones del DIH específicas para la protección de las mujeres, algunas de las cuales se pueden relacionar con la protección contra la violencia sexual en algunas de sus formas.

La IV Convención de La Haya de 1907 referida a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, considerada Derecho Internacional consuetudinario, prevé en su artículo 46 la protección al honor y derechos de la familia. Allí podría verse cubierto el crimen de violación, pero es una prohibición vaga e indirecta contra la violencia sexual al tipificarla como una violación “al honor familiar”. Tal artículo es neutral en lo que concierne al género y se aplica tanto a hombres como a mujeres que resultan víctimas de violencia sexual en conflictos armados.

Desde 1907, con la adopción de la cláusula Martens en el preámbulo de la IV Convención de La Haya, la comunidad internacional ha reconocido que, en todo tipo de conflicto, tanto las poblaciones como los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes, por las leyes de la

humanidad y por las exigencias de la conciencia pública. Por su parte, en el Derecho de Ginebra encontramos:

El art. 12 del I Convenio de Ginebra protege las mujeres que son miembros de fuerzas armadas, que resulten heridas o enfermas en conflictos armados. Dice que “Serán tratados y asistidos con humanidad por la Parte en conflicto que los tenga en su poder, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en el sexo (...). Está estrictamente prohibido todo atentado contra su vida y su persona (...) Se tratará a las mujeres con todas las consideraciones debidas a su sexo”.

El II Convenio de Ginebra, en su art. 12, prevé una disposición similar que cubre la situación de las víctimas de naufragio.

El III Convenio de Ginebra, en su art. 14 sobre el respeto a prisioneros, dice: “Los prisioneros de guerra tienen derecho, en todas las circunstancias, al respeto de su persona y de su honor. Las mujeres deben ser tratadas con todas las consideraciones debidas a su sexo y, en todo caso, se beneficiarán de un trato tan favorable como el que reciban los hombres. (...)”.

Y el IV Convenio de Ginebra, en su art. 16, prevé: “Los heridos y los enfermos, así como los inválidos y las mujeres encintas, serán objeto de protección y de respeto particulares (...)”.

También, el art. 27 del IV Convenio de Ginebra dispone: “Las mujeres serán especialmente protegidas contra todo atentado a su honor y, en particular, contra la violación, la prostitución forzada y todo atentado a su pudor”.

Los actos contra los cuales las mujeres están protegidas por este artículo están y permanecen prohibidos en todos los lugares y en todas las circunstancias, y las mujeres cualquiera sea su nacionalidad, raza, creencias religiosas, edad, estado civil o condición social tienen el derecho a ser respetadas.

Otras disposiciones presentes en los Protocolos Adicionales son:

Artículo 75.2.b del Protocolo Adicional I de 1977: “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 otra forma de atentado al pudor”.

Artículo 76.I del Protocolo Adicional I de 1977: “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”⁶.

Artículo 4.2.e del Protocolo Adicional II de 1977: “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 en el párrafo 1⁷: e) los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de atentado al pudor”.

Así, en estos convenios y protocolos generales del Derecho Internacional Humanitario se advierte cierta protección contra la violencia contra mujeres en situación de conflicto en sus diferentes formas. En cambio, en normativa específica como la Declaración de 1974 sobre la Protección de Mujeres y Niños en Emergencias y Conflictos Armados, se omite toda referencia explícita a la violencia sexual.

Infracciones graves. A su vez, en el Derecho de Ginebra se tipifican “infracciones graves”⁸, ante las cuales los Estados tienen deberes de persecución y castigo, o extradición. Tales infracciones son: el homicidio intencional; la tortura o tratos inhumanos; los experimentos biológicos; causar deliberadamente grandes sufrimientos; atentar gravemente contra la integridad física o la salud; entre otras.

Las disposiciones que se refieren a las infracciones graves de los Convenios de Ginebra han alcanzado el status de Derecho Internacional consuetudinario y algunas incluso el carácter de normas de *ius cogens*.

El artículo 46 del IV Convenio de Ginebra establece: “Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuera su nacionalidad”.

Las disposiciones de los Convenios de Ginebra sobre infracciones graves buscan proteger “aquellas personas que, en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto armado o de ocupación, en poder de una Parte en un conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas” (artículo 4 del IV Convenio de Ginebra).

Pero la “violencia sexual” no está expresamente enumerada como una infracción grave. Se la puede considerar comprendida dentro

de otras categorías, tales como “causar deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud” y “tortura o tratos inhumanos”⁹.

Crímenes de guerra. Desde la labor del Derecho Internacional Humanitario en la enumeración y desarrollo de “infracciones graves”, se llegó luego a la tipificación específica de los crímenes de guerra en Derecho Penal Internacional.

El artículo 8 del Estatuto de Roma define como crímenes de guerra a las infracciones graves de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y a otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco del Derecho Internacional. Como “crímenes de guerra” se encuentran las ofensas basadas específicamente en el *género*, como “cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado (...) esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra” (art. 8.2.b.xxii).

También es incluido como crimen de guerra “cometer ultrajes contra la dignidad de la persona, en particular tratos humillantes y degradantes” (art. 8.2.b.xxi).

En un histórico debate en la Sesión de la Comisión Preparatoria, los delegados rechazaron ubicar a la violación y a la violencia sexual bajo la categoría de “tratos humillantes y degradantes”, para ponerla al amparo de infracciones graves.

En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, el Estatuto de Roma define como crímenes de guerra a las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949. Así se incluyen “los ultrajes contra la dignidad personal, en particular los tratos humillantes y degradantes” (art. 8.2.c.ii). En estos conflictos, los siguientes actos quedan comprendidos dentro de la competencia material de la Corte Penal Internacional: “cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado (...) esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una infracción grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra” (art. 8.2.e.vi).

La prostitución forzada y el embarazo forzado, del mismo modo que se definen como crímenes contra la humanidad¹⁰, también son incluidos en el listado de crímenes de guerra junto con la violación y la esclavitud sexual.

La distinción entre un mismo acto constitutivo de crimen de guerra o de crimen contra la humanidad no está ya en el carácter del sujeto

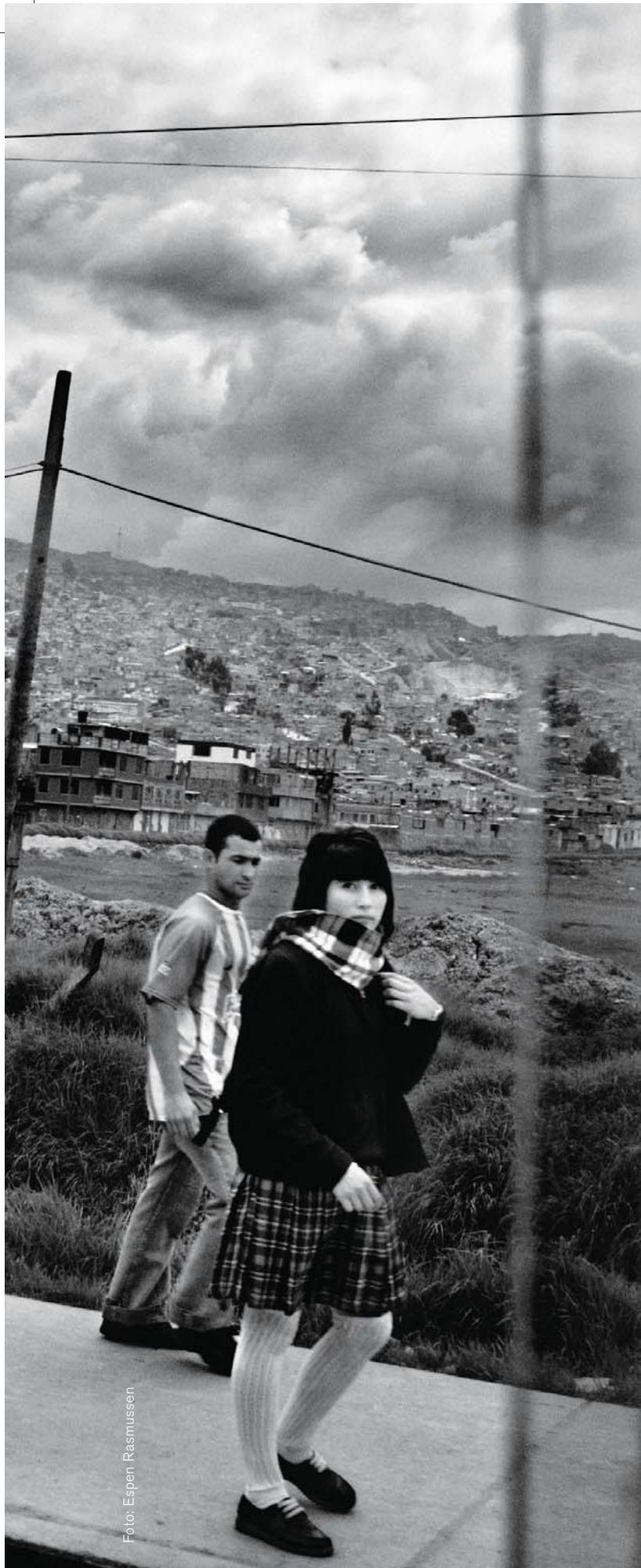


Foto: Espen Rasmussen

pasivo -si es civil o combatiente-, sino en que los crímenes contra la humanidad se pueden dar tanto en tiempos de paz como de conflicto armado, pero siempre tienen que darse en el marco de un “ataque” sistemático o generalizado.

Por el contrario, un crimen de guerra puede ser puntual y aislado sin ser parte de un “ataque” propiamente dicho (con todos los elementos específicos que este término conlleva), aunque debe ser parte de un “plan” o “política”, o de una comisión en gran escala de este tipo de crímenes¹¹.

4. Derecho Internacional de los Refugiados y Desplazados.

El Derecho Internacional de los Refugiados fortalece el marco legal internacional de protección de mujeres en situación de conflicto armado, normas relevantes tras su finalización. Las líneas directrices y las guías referidas a la protección de mujeres y niños refugiados, lo atinente a su salud reproductiva, y a la violencia sexual, formuladas predominantemente por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)¹² en los últimos 20 años, han conducido a la expansión de la protección hacia las mujeres y las niñas en este contexto¹³.

Al menos la mitad de cualquier población refugiada está representada por mujeres, con necesidades de protección contra la devolución o la expulsión; seguridad contra los ataques armados y otras formas de violencia; el respeto de los derechos fundamentales durante el exilio. Estas son necesidades generales. Pero además, tienen necesidades específicas durante su experiencia como refugiadas. Se encuentran expuestas a la violencia sexual en sus diferentes formas. Frecuentemente deben tomar la responsabilidad de hacerse cargo de los miembros de la familia más vulnerables, tal el caso de los niños y de los ancianos y también, muy a menudo, se hallan separadas de los miembros varones de su familia, los cuales toman parte en el conflicto o permanecen en el país de origen para ocuparse de los bienes de la familia¹⁴.

Se han dado casos de violencia sexual durante la distribución de ayuda, ocasión en la cual las mujeres pueden verse obligadas a

intercambiar favores sexuales a cambio de recibir alimentos. Se encuentran, asimismo, expuestas a la violencia sexual por parte de otros refugiados, de la población local, de los combatientes que actúan en las cercanías y de las fuerzas de policía o de seguridad del país de asilo.

Luego están los desplazados internos (entre ellos, gran cantidad de mujeres), quienes tienen las mismas necesidades que los refugiados en materia de protección, pero no están amparados por la Convención de 1951, ni por el Estatuto del ACNUR, pues permanecen dentro de su país. Sin embargo, hoy ya se los considera internacionalmente protegidos en igualdad de trato que los refugiados.

Si los desplazados están en un Estado que participa en un conflicto armado, se los considerará como “civiles” y, como tales, tendrán derecho a la protección que se les confiere a las personas civiles en general¹⁵.

Cabe destacar que el Representante Especial de las Naciones Unidas ha difundido los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, los cuales recogen los lineamientos de protección internacional aplicados a los desplazados internos. Fueron presentados a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en Abril de 1998¹⁶. Los principios no generan una obligación legal, sino que constituyen “recomendaciones”. Se destacan los siguientes:

Principio 5. Todas las autoridades y órganos internacionales respetarán y harán respetar las obligaciones que les impone el derecho internacional, incluidos los derechos humanos y el derecho humanitario, en toda circunstancia, a fin de prevenir y evitar la aparición de condiciones que puedan provocar el desplazamiento de personas.

Principio 15. Los desplazados internos tienen derecho a: Buscar seguridad en otra parte del país;

- Abandonar el país;
- Solicitar asilo en otro país; y
- Recibir protección contra el regreso forzado o el reasentamiento en cualquier lugar donde su vida, seguridad, libertad y/o salud se encuentren en peligro.

Principio 28.1. Las autoridades competentes tienen la obligación y responsabilidad primarias de establecer las condiciones y proporcionar los medios que permitan el regreso voluntario, seguro y digno de los desplazados internos a su hogar o a su lugar de residencia habitual, o a su reasentamiento voluntario

en otra parte del país. Esas autoridades tratarán de facilitar la reintegración de los desplazados internos.

5. Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Fue necesaria una larga lucha para alcanzar el marco de protección que existe hoy para las mujeres, de contenido general y específico, universal y regional¹⁷, que busca establecer los derechos humanos básicos y garantizar su respeto para este particular grupo de personas, “particular” por razones de mayor vulnerabilidad, en primer lugar, y por razones de respeto al principio de igualdad y no discriminación, en segundo término.

Recién por la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, los Estados tienen obligación de poner fin a la discriminación contra las mujeres en el goce de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

La Convención también impone obligaciones a los Estados respecto de las situaciones específicas de trata, explotación y prostitución de mujeres¹⁸, lo cual puede darse en tiempos de conflicto armado o en tiempos de paz (tras un conflicto armado).

Las niñas tienen además la protección específica dada en general a los niños en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. Dicha protección debe ser garantizada por los Estados, sin ningún tipo de discriminación, es decir, para niños y para niñas, y en particular aplica en caso de conflicto armado según lo dispuesto por el artículo 38 de la Convención¹⁹.

La Convención sobre los Derechos del Niño también ha previsto la adopción de medidas dirigidas a la eliminación de la explotación y abuso sexual. Su artículo 34 dispone: “Los Estados parte se comprometen a proteger al niño en todas las formas de explotación y abuso sexuales”, y su artículo 35 busca que los Estados impidan el secuestro, la venta o la trata de niños.

Una protección adicional es conferida por medio del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, sobre la venta de niños, prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre

los Derechos del Niño, relativo a la participación de los niños en los conflictos armados, aplicable por supuesto a niñas mujeres. Ambos instrumentos fueron adoptados en el año 2000 y entraron en vigencia el 18 de enero y el 12 de febrero de 2002.

En los conflictos armados o tras su finalización, puede configurarse el delito de trata de mujeres y niñas. El primer instrumento consolidado sobre el tema, la Convención para la Supresión del Tráfico de Personas y la Explotación de la Prostitución de Otros, fue adoptado por la Asamblea General en el año 1950.

Asimismo, la Convención 182 sobre las Peores formas de Trabajo Infantil de la Organización Internacional del Trabajo estipula que cada Estado Parte debe tomar medidas inmediatas y efectivas para prohibir y eliminar las peores formas de trabajo infantil, lo cual incluye la esclavitud o prácticas similares, tales como la venta y el tráfico de niños.

En el año 2000, la Asamblea General adoptó la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos Suplementarios: el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños y el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire.

En el particular ámbito del Derecho Penal Internacional, la violencia sexual en varias de sus formas fue tipificada como delito en el Estatuto de Roma de 1998, como “crimen contra la humanidad”. El art. 7.1.g. del Estatuto considera crimen contra la humanidad los siguientes casos: “Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable”. Siempre tienen que cumplir con los requisitos del elemento de contexto común a todos los crímenes contra la humanidad, es decir, ser parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil”.

6. Trabajo de las Naciones Unidas en violencia sexual.

En el año 1969, la Comisión sobre la condición jurídica y social de la mujer comenzó a considerar si una especial protección debía ser brindada a grupos particularmente vulnerables, como sería

el caso de las mujeres en los conflictos armados y situaciones de emergencia.

La respuesta de la Asamblea General fue la adopción de la Declaración sobre la Protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado 814 de diciembre de 1974²⁰.

Sin embargo, en esta Declaración no se hace referencia expresa a la vulnerabilidad de las mujeres respecto a la violencia sexual que se da en los conflictos armados. Esto ocurrió, aun cuando se tenía la evidencia de que en 1971, con motivo del conflicto en Bangladesh, se cometieron violaciones en gran escala.

La Declaración sólo establece que deben tomarse todas las medidas necesarias para prohibir, entre otras cosas, el trato degradante y la violencia, desde donde se puede inferir que implícitamente incluye la violencia sexual.

Se trató también la vulnerabilidad de la mujer en situación de conflicto armado en la Resolución 1687 de 1972 del Consejo Económico y Social, y en la Conferencia Mundial sobre la Mujer, en México en 1975.

En la Conferencia de Nairobi de 1985, se reconoció la vulnerabilidad de las mujeres respecto del abuso sexual y la violación en la vida diaria, pero la violencia sexual no fue específicamente relacionada con el conflicto armado.

A partir de los 90, cuando Irak invadió Kuwait, la violencia sexual se configuró frecuentemente durante las hostilidades, dando cuenta las Naciones Unidas de la prevalencia de la violación llevada a cabo contra mujeres de Kuwait por los soldados iraquíes (de acuerdo a estadísticas oficiales al menos 5000 mujeres fueron víctimas de violación).

El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas no hizo referencia expresa a la violencia sexual contra las mujeres en sus resoluciones concernientes al conflicto del Golfo, sólo creó la Comisión de Compensación de las Naciones Unidas, a fin de reparar los daños sufridos por las víctimas de la invasión de Irak a Kuwait.

En 1992, el Comité sobre la Eliminación de Discriminación contra la Mujer, órgano que monitorea la respectiva Convención, adoptó la Recomendación General N° 19 sobre “La violencia contra la mujer”²¹.

A fines de 1993, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer²², la cual identifica tres categorías de violencia contra las

mujeres: física, sexual y psicológica. Esta Declaración reconoce en su Preámbulo que las mujeres, en situación de conflicto armado, son especialmente vulnerables a la violencia, por lo que los gobiernos deben tomar todas las medidas necesarias para apoyar a las víctimas y castigar a los perpetradores.

Dice esta Declaración:

“Artículo 1. A los efectos de la presente Declaración, por "violencia contra la mujer" se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada.

Artículo 2. Se entenderá que la violencia contra la mujer abarca los siguientes actos, aunque sin limitarse a ellos:

a) La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación;

b) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada;

c) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra”.

Con motivo del conflicto armado en la ex Yugoslavia, en su sesión 48 la Asamblea General adoptó la Resolución 48/103 del 20 de diciembre de 1993, titulada “Violación y abuso sexual de mujeres en áreas de conflicto armado en la antigua Yugoslavia”, en la cual condenó y ordenó que finalizara la práctica de violación y abuso a mujeres y niños. También expresó indignación por el uso de esta práctica como arma de guerra e instrumento de limpieza étnica, en particular contra las mujeres musulmanas y niños en Bosnia-Herzegovina. La Comisión de Derechos Humanos, en su sesión 51 de 1995, volvió a reiterar este gesto reconociendo que la violación en dichas circunstancias constituyó un crimen de guerra. En el año 1995, la Subcomisión sobre la Promoción y Protección

de los Derechos Humanos designó al Relator Especial sobre la violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempos de conflicto armado, quien presentó su informe final en 1998 y un informe actualizado en junio de 2000, con un examen detallado sobre violencia sexual²³.

En su Informe del 2000²⁴ la Relatora Especial, Radhika Coomaraswamy, se dedicó en particular a tratar los riesgos específicos que corren las mujeres durante los conflictos armados y a las deficiencias concretas que existen en la protección y asistencia a las mujeres que se hallan desplazadas en el interior del territorio.

Destacó la creciente alarma que produce el hecho de que las mujeres de los campamentos de refugiados y otros albergues creados para su protección sean objeto de trata, y lo sean también para servir al personal de las Naciones Unidas encargado del mantenimiento de la paz en los países adonde está asignado.

Principalmente la Relatora Especial expresó su preocupación por el creciente número de informes de violaciones y otros abusos sexuales cometidos por las fuerzas de mantenimiento de la paz y el personal de las Naciones Unidas, y por los soldados y el personal asociado a las bases militares en todo el mundo, e hizo hincapié en la responsabilidad particular que tiene la ONU de adoptar medidas apropiadas para evitar ese abuso.

Se refirió a la brutalidad inconcebible que sufren las mujeres. Explicó que la violencia por motivos de sexo puede adoptar múltiples formas. Desde 1997 han violado a mujeres y niñas tanto fuerzas gubernamentales y agentes no estatales, como policías encargados de protegerlas, guardas de los campamentos de refugiados y de fronteras, vecinos, políticos locales y hasta parientes bajo amenaza de muerte. Se las ha lisiado o dejado mutiladas sexualmente y después se las ha dado muerte o dejado morir. Se las ha sometido a humillantes registros desnudas, se las ha obligado a desfilar o a bailar desnudas ante soldados o en público o a hacer labores domésticas completamente desnudas²⁵.

También detalló que se han secuestrado mujeres o se las ha tenido cautivas y se las ha obligado a hacer labores domésticas como limpiar, cocinar, servir u otros menesteres, además de prestar los "servicios" sexuales que pudieran exigírselas²⁶.

A veces se obliga a mujeres y a niñas a "casarse". Un soldado puede decir que determinada mujer es su "esposa" y obligarla en ocasiones a seguirlo de región en región, y otras veces la traspasa a otros; durante todo ese tiempo se la viola y se la maltrata de otras maneras. Esto constituye esclavitud y también puede constituir

tortura o trato cruel, inhumano o degradante, según la Relatora.

Además, la Relatora Especial ha analizado el papel de los agentes no estatales y su impunidad ante la violación de los derechos humanos y del derecho humanitario²⁷. Aunque a menudo la violación y los actos de violencia sexual contra mujeres los cometen las fuerzas gubernamentales, también los agentes no estatales son autores de estas conductas y suelen tomar como blanco a la población civil, en particular a mujeres y niñas, como parte de una guerra táctica.

Según la Relatora, a los agentes no estatales, lo mismo que a las fuerzas gubernamentales, se les debe imputar responsabilidad por la violación del derecho internacional humanitario y deberían quedar sujetos a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

La Relatora explicó luego en su Informe la situación particular de las mujeres desplazadas internas, quienes corren el riesgo de violación, de otro tipo de violencia por motivos de sexo y de secuestro no sólo durante los conflictos armados, sino también cuando huyen y después de haber abandonado la zona de conflicto²⁸.

Criticó la Relatora la falta de investigación, enjuiciamiento y castigo de los culpables de las violaciones y la violencia sexual, lo cual contribuye a la propagación del problema²⁹.

En marzo de 2002, la Relatora Especial en un nuevo Informe explicó a los miembros del Consejo de Seguridad acerca de la violencia contra las mujeres en Sierra Leona en particular y destacó la necesidad de investigar, enjuiciar y penalizar a aquellos responsables de haber cometido el delito de violación y otras formas de violencia por cuestiones de género³⁰. De modo permanente, el Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la mujer (UNIFEM) trabaja especialmente en la lucha

contra la violencia contra mujeres³¹.

Por su parte, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)³² trabaja en distintas partes del mundo para abordar la violencia hacia las mujeres, retomando los objetivos de la Campaña del Secretario General de las Naciones Unidas “Unidos para poner fin a la Violencia contra las Mujeres”³³.

La violencia hacia las mujeres es uno de los ejes de trabajo de la estrategia para la acción del PNUD a nivel global durante el período 2008-2011.

7. Principales Conferencias de Naciones Unidas.

La Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos que se llevó a cabo en Viena en 1993 marcó un punto de quiebre respecto de los derechos humanos de las mujeres³⁴. En dicha Conferencia se reconoció expresamente la vulnerabilidad de las mujeres respecto a la violencia sexual en los conflictos armados, y en el artículo 38 de la Declaración y el Programa de Acción se concluyó:

“Las violaciones de los derechos humanos de la mujer en situaciones de conflicto armado constituyen violaciones de los principios fundamentales de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario. Todos los delitos de este tipo, en particular los asesinatos, las violaciones sistemáticas, la



esclavitud sexual y embarazos forzados, requieren una respuesta especialmente eficaz”.

Una respuesta efectiva requiere que los actos de violencia sexual y esclavitud sean documentados de manera adecuada, que los perpetradores sean enjuiciados y que a las víctimas de tales actos atroces se les brinde una efectiva reparación.

Finalmente en noviembre de 1995 tuvo lugar en Beijing la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, donde se estipuló que la eliminación de la violencia sexual en los conflictos armados es esencial para la igualdad y desarrollo y la paz mundial³⁵.

8. Normas internacionales obligatorias en el ámbito interno.

Todos los países firmantes de los tratados internacionales de derechos humanos, entre ellos, las declaraciones y convenciones que protegen a la mujer, así como los participantes de las conferencias internacionales y aquellos países abarcados por trabajos del Relator Especial, deben cumplir con la normativa y las directrices internacionales sobre el tema en el ámbito interno, porque a ello se comprometen al firmar tales declaraciones y convenciones.

Así, deben adoptar las medidas legislativas necesarias, reformar y adaptar sus legislaciones internas a fin de compatibilizar la normativa local con la normativa internacional. Pero además, deben perseguir a los responsables penales y evitar toda clase de impunidad, situación que podría darse por medio de amnistías, indultos, prescripción, caducidad, entre otros escenarios jurídicos en principio “legítimos”.

Si el Estado no cumple, si no adapta su legislación o no juzga a los responsables, cualquier otro Estado podrá suplirlo y hacerlo en su lugar, con base en el principio de justicia universal y otros principios de aplicación extraterritorial de la ley interna. Incluso la Corte Penal Internacional podrá intervenir si se dan los requisitos de competencia y admisibilidad previstos por el Estatuto de Roma.

9. La posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El caso del Penal *Miguel Castro Castro* marca un antes y un después en la protección de los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. El Tribunal regional hace una cuidadosa aplicación de las normas generales y específicas, y se apoya en la evolucionada jurisprudencia internacional, teniendo especial consideración de las mujeres víctimas³⁶.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ya había asignado a la violación el carácter de tortura en los Casos Raquel Martín de Mejía c. Perú³⁷ y en el Caso Ana Beatriz y Celia González Pérez c. México³⁸, entre otros.

En el caso del Penal *Miguel Castro Castro*, que trató de un ataque masivo y sistemático perpetrado contra personas privadas de su libertad en una dependencia penitenciaria estatal, la Corte Interamericana sostiene por primera vez que la violación de una mujer y la violencia sexual contra ella ejercida constituyen tortura y, por tanto, un delito de lesa humanidad. Las consecuencias de esta afirmación son contundentes y se derivan de los caracteres esenciales de dicha clase de crímenes: inderogabilidad e inadmihiabilidad; responsabilidad individual; retroactividad y paralela imprescriptibilidad del crimen y, por último, en lo que respecta al ámbito espacial, la jurisdicción universal.

Por tanto, los Estados en general serán responsables por toda situación de violencia hacia la mujer que no eviten o persigan debidamente.

10. Justiciabilidad en el Derecho Penal: Formas de imputación al superior de los crímenes sexuales sistemáticos cometidos por los subordinados.

En aquellos casos en que la conducta prohibida se ve específicamente tipificada como delito en el ámbito penal (más allá de la normativa de los derechos humanos o el Derecho Internacional Humanitario), procede entonces la viabilidad de la acción penal tanto contra aquéllos que cometieron los hechos de modo directo, como contra aquéllos que dieron las órdenes o permitieron su comisión.

En este ámbito, se debe analizar el modo de imputación de los crímenes al superior, más allá de la responsabilidad del ejecutor directo (verdadero autor). Se han ensayado varias teorías⁴⁰.

La teoría predominante es la de la *Autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder*, de Claus Roxin.

En este caso la punibilidad del autor mediano no depende del comienzo de la ejecución del hecho por parte del autor directo, pues aquí no rige el principio de accesoriedad en su faz externa o cuantitativa. Independientemente del comienzo de ejecución del autor directo, su propia actuación sobre los subordinados es ya autónomamente típica: el autor mediano comienza a ejecutar su hecho ya en el momento de dar la orden.

Es que "... las órdenes impartidas ya constituyen un comienzo de ejecución de todo el plan, para el autor mediano. Entonces a partir de ese momento, el autor mediano es responsable con dolo directo

o eventual de la tentativa de todos los hechos que podrían ser derivados de la ejecución, aunque finalmente no se produjeran los resultados previstos. Dado entonces que, quien da la orden, tiene dolo directo de que habrá muertes, aunque no sepa con certeza cuántas, ni cómo serán determinadas en particular las víctimas de cada secuestro, ni cuáles de estas serán atormentadas o matadas por los autores directos, el autor mediano asume con dolo directo que habrá muertes, y con dolo eventual sólo el número (indefinido) de ellas que serán producidas efectivamente"⁴¹.

La Cámara Federal que juzgara a los militares argentinos en el Juicio a la Junta optó por esta tesis⁴².

La segunda posibilidad es la imputación por *Participación necesaria*.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en Argentina ha optado por esta tesis al momento de modificar la sentencia de la Cámara Federal por la que se condenara a los militares en el Juicio a la Junta. Se basó en que:

"...El dominio mental del hecho y la realización de acciones extratípicas encaminadas con abuso de poder hacia la ejecución colectiva por otros, no puede representar otra cosa que la cooperación intelectual y material para que los subordinados realizaran las características de los tipos de homicidios, privaciones ilegítimas de la libertad, tormentos y demás delitos investigados"⁴³.

Una tercera posibilidad es la *Coautoría*.

Parte de la doctrina, partiendo de las usuales objeciones a la teoría de Roxin del dominio del hecho en virtud del dominio de un aparato organizador de poder -especialmente de un autor mediano con instrumento responsable-, considera que este tipo de casos deber ser resuelto por medio de la imputación de coautoría respecto del ejecutor y el autor de escritorio⁴⁴.

La tesis de la *coautoría impropia* ha sido sostenida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. En los casos "Yamid Amat"³⁷, "La Gabarra"³⁸ y "Machuca"³⁹, se establece la coautoría impropia y se rechaza la autoría mediata en aparatos organizados de poder porque, aunque no todos los participantes hayan concurrido por sí mismos en la realización material de los delitos específicos, está presente en los autores materiales una voluntad propia que concurre a la misma causa, se comparten los fines ilícitos, hay acuerdo en relación con los medios delictivos y todos dominan el hecho colectivo en la medida justa

del trabajo que les corresponde efectuar, dividido previamente. Se descarta, pues, la determinación porque se considera que los superiores no hicieron nacer la idea criminal en los subordinados y tampoco dominaban su voluntad; por el contrario, se insiste en que había previo acuerdo y voluntad propia de los autores materiales.

Además, en los casos de “Yamid Amat”, “La Gabarra” y “Machuca”, se llega a la conclusión de que no se trata de un evento de autoría mediata por aparatos organizados de poder, porque en estos casos no se configura en realidad una estructura vertical en cuya virtud en la cima está el superior y, en la base, el ejecutor, sino que estos grupos criminales se organizan horizontalmente, “cara a cara”, con tareas similares, simultáneas, previamente acordadas y con dominio del hecho por parte de todos sus miembros.

Sin embargo, esta postura ha sido observada. Se ha dicho que la autoría mediata a través de estructuras o aparatos organizados de poder, para satisfacer los problemas que presenta la imputación de responsabilidad penal a los jefes de la criminalidad organizada, por trazar políticas generales de actuación, por señalar víctimas, por decidir el *modus operandi*, o por pertenecer a la cúpula de la organización, se podría aplicar en Colombia, pues en la mayoría de los casos el jefe emite la orden criminal con la seguridad de que cualquier miembro conocido o desconocido de la estructura jerárquica la cumplirá, y ya se ha comprobado que la estructura es vertical, no horizontal⁴⁵.

De hecho la Corte Suprema de Colombia, en el fallo ÁLVARO ALFONSO GARCÍA ROMERO del 23/2/2010, ha cambiado su criterio en cuanto al modo de imputación aplicable y se ha pasado a la línea de la autoría mediata por aparatos organizados de poder⁴⁶.

La cuarta posibilidad de imputación es la *Inducción*.

Se ha propuesto solucionar estos casos considerando al superior como inductor. Se ha dicho que “si alguien debe responder por determinar directamente al autor, entonces ya no podrá responder como autor. El instigador no causa [...] el resultado de la misma manera que el autor del hecho. Por eso tampoco satisface el tipo penal delictivo de la misma manera que lo hace el autor”⁴⁷.

Una quinta forma de imputación es la vigente en la normativa penal internacional recogida por el Estatuto de Roma.

En su artículo 28⁴⁸, el Estatuto prevé la responsabilidad penal del superior por la falta de control de sus subordinados. Si no se da la implementación del Estatuto por medio de la debida legislación a nivel interno, podría considerarse viable la aplicación directa

de este artículo 28 con fundamento en la operatividad directa de las disposiciones de los tratados internacionales que sean lo suficientemente precisas. Ello no atentaría contra el principio de legalidad que rige en Derecho Penal.

El Estatuto prevé la posibilidad de imputar responsabilidad a los superiores por los hechos de los subordinados:

- Por no haber ejercido un control apropiado, siempre que:
 - o Hubiere sabido, o,
 - o Hubiere debido saber de los hechos.
- Por haber tenido conocimiento o deliberadamente haber hecho caso omiso de información sobre los hechos.
- Por no haber adoptado medidas para prevenir o reprimir los hechos o para ponerlos en conocimiento de las autoridades.

11. Casos judiciales de delitos sexuales sistemáticos: el caso argentino.

Juicio a la Junta Militar argentina. Durante la dictadura militar argentina ocurrida entre 1976 y 1983, se han cometido actos de violencia contra mujeres, y particularmente de violencia sexual.

En el Juicio a la Junta Militar argentina no se condenó por esta clase de delitos.

A partir de 2005, tras la nulidad de las leyes de punto final y obediencia debida⁴⁹, y la declaración de inconstitucionalidad de los indultos⁵¹, se han reabierto las causas judiciales contra todos los militares que fueran procesados y condenados (indultados) e incluso contra aquéllos que nunca fueron juzgados. En todas ellas se ha omitido imputación expresa de delitos de violencia sexual contra mujeres y sólo se han referido situaciones de vejaciones a modo de contexto.

Las violaciones y el abuso sexual cometidas durante la última dictadura militar comenzaron a ser tratados como delitos de lesa humanidad recién en el año 2010, ya que previamente fueron

considerados hechos eventuales y, al no ser parte de un plan sistemático, la Justicia los consideró prescriptos.

Caso Barcos. El primer fallo en establecer la violación como delito de lesa humanidad, por tanto imprescriptible, fue dictado en abril de 2010 por el Tribunal Oral Federal de Santa Fe, que condenó a 11 años de prisión a Horacio Américo Barcos, un agente civil de Inteligencia de esa provincia. En la sentencia, los jueces consideraron que la violencia sexual que ejerció el represor también constituye una forma más de tormentos y, por ende, es un crimen contra la humanidad. Se dijo:

“Lo constituyen (los tormentos) los abusos sexuales y la violación sufrida por la víctima durante su cautiverio (...). Consideramos que la violencia sexual soportada por las víctimas de estos aberrantes crímenes, también constituye una forma más de tormentos, y por ende corresponde encuadrar tales hechos en dicha figura penal, constitutiva de crímenes contra la humanidad”³².

Se lo condenó como autor, por haber tenido el dominio del hecho, al haber realizado todos los elementos del tipo de propia mano³³.

Caso Molina. El fallo Barcos fue seguido por otro en Mar del Plata (Provincia de Buenos Aires), donde la Justicia condenó a prisión perpetua al ex subjefe de la Base Aérea local, Gregorio Rafael Molina, por homicidio agravado, violaciones reiteradas agravadas, privación ilegítima de la libertad y tormentos agravados. En el caso del delito de violación se lo condenó a Molina en calidad de autor.

A diferencia del fallo anterior, en este caso la condena fue por violaciones reiteradas, no por violación como modo de tortura. En lo principal, se dijo:

“Era habitual que las mujeres ilegalmente detenidas en los centros clandestinos de detención fuesen sometidas sexualmente por sus captores o guardianes. Los agresores, al llevar adelante estas aberrantes prácticas sexuales, contaban con la impunidad que traía aparejada el silencio de las víctimas quienes por miedo, prejuicio o vergüenza se negaban a denunciar las vejaciones o sometimientos de índole sexual sufridos, constituyendo durante mucho tiempo un ‘secreto a voces’”.

“(…) La jurisprudencia internacional es unánime en sostener que los delitos de violación y violencia sexual cometidos contra mujeres en época de guerra o conflicto interno en un país constituyen delitos de lesa humanidad. En esta dirección

se han expedido los Tribunales Internacionales creados para Juzgar los crímenes cometidos en la ex Yugoslavia y Ruanda. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional menciona específicamente la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada y la esterilización forzosa, cuando se cometan en tiempo de guerra o conflicto armado, como crímenes contra la humanidad”.

“La Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido en el caso “Aydin vs. Turkey” que “la violación de una persona detenida por un agente del Estado debe considerarse como una forma especialmente grave y aberrante de tratamiento cruel, dada la facilidad con la cual el agresor puede explotar la vulnerabilidad y el debilitamiento de la resistencia de su víctima. Además la violación deja profundas huellas psicológicas en la víctima que no pasan con el tiempo como otras formas de violencia física y mental. (Corte Europea de Derechos Humanos, “Caso Aydin vs. Turkey” (57/1996/676/866), sentencia del 25 de septiembre de 1997)”.

“Configura un importante precedente en este tema la sentencia dictada el 25 de noviembre de 2006 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del Penal Miguel Castro Castro en la cual, por primera vez, le asigna a la violación de una mujer por parte de un miembro de las fuerzas de seguridad del Estado la categoría de crimen de lesa humanidad:

‘La Corte reconoce que la violación sexual de una detenida por un agente del Estado es un acto especialmente grave y reprobable, tomando en cuenta la vulnerabilidad de la víctima y el abuso de poder que despliega el agente. Asimismo, la violación sexual es una experiencia sumamente traumática que puede tener severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico que deja a la víctima “humillada física y emocionalmente”, situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece con otras experiencias traumáticas”’.

“(…) La violencia sexual contra la mujer tiene consecuencias físicas, emocionales y psicológicas devastadoras para ella, que se ven agravadas en los casos de mujeres detenidas”.

“Concluye entonces el Tribunal que una violación por sus efectos constituye tortura y “las muertes y torturas cometidas contra las víctimas de este caso por agentes estatales ... constituyen crímenes de lesa humanidad... (CIDH, “Caso Penal

Miguel Castro Castro vs. Perú” sentencia del 25 de noviembre de 2006, párrafos 311, 313 y 404)”.

“En base a todo lo precedentemente expuesto, interpreta el Tribunal que las violaciones sexuales cometidas por Gregorio Rafael Molina en perjuicio de las sras. Carmen Ledda Barreiro y Marta Haydée García durante su cautiverio en el Centro Clandestino de Detención “La Cueva” constituyen sin ningún lugar a dudas delitos de lesa humanidad”⁵⁴.

Caso D2. En la actualidad se destaca la causa llevada a juicio ante la Justicia de Mendoza, en la cual se imputan cargos de violencia sexual.

Se trata de la causa por los hechos ocurridos entre 1975 y 1979 en el Centro Clandestino de Detención y Torturas, denominado Departamento de Informaciones de Policía de Mendoza - D2, ubicado en el Palacio Policial.

Dos policías retirados que integraron el D2, el centro de detención y torturas de la ciudad de Mendoza en la última dictadura militar, fueron detenidos y encarcelados, tras ser denunciados en el juicio por crímenes de lesa humanidad que se sigue en la capital de esa provincia. Se los señaló como quienes violaron a varias mujeres de modo reiterado en la cárcel clandestina que funcionaba en la Central de Policía.

Las tres víctimas principales, Rosa del Carmen Gómez, Silvia Ontivero y Luz Faingold, relataron haber sido violadas salvajemente durante su permanencia en el D2. Las violaciones fueron reiteradas, sistemáticas y ejercidas por varios sujetos.

Se han presentado como querellantes en esta causa el Movimiento Ecuémico por los Derechos Humanos, el gobierno provincial y la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación.

Los imputados Héctor Lapaz y Miguel González son acusados por violación agravada, tormentos y privación ilegítima de la libertad, todos en carácter de delitos de lesa humanidad, imprescriptibles. Sus pedidos de excarcelación fueron rechazados y la causa se encuentra en este momento en etapa de juicio oral.

Los abogados presentados por el MEDH, Pablo Gabriel Salinas y Viviana Beigel, explican que los Centros Clandestinos de Detención y Tortura formaron parte de la estructura de la represión, aún con anterioridad al golpe militar del 24 de marzo de 1976. El sistema de eliminación de reales o potenciales opositores políticos se llevó a cabo a través de la detención ilegal de personas en aquellos lugares secretos con el fin de poder interrogarlas y, bajo tortura, obtener

información, para posteriormente matarlos o mantenerlos presos, consiguiendo con ello los objetivos planteados conforme a la ideología de la dictadura militar.

Las torturas físicas y psicológicas se practicaban sistemáticamente sobre todos y cada uno de los detenidos. El ensañamiento y la crueldad ejercidos por el personal destacado para esa actividad, llevaban al prisionero al límite de su resistencia y con frecuencia le causaban la muerte.

En este contexto, las violaciones a las mujeres detenidas fueron otra forma de tortura utilizada en los Centros Clandestinos tanto para quienes las padecían como para las demás personas secuestradas en el lugar, que se veían obligadas a tomar conocimiento de estos hechos aberrantes sin poder evitarlos.

Los imputados en esta causa integraban el personal policial que se desempeñaba en el D2 en contacto con los secuestrados. Incluso se investiga la actuación de los médicos que asistían a las secuestradas en el D-2 y que trataban los embarazos y los abortos a causa de las violaciones.

Recomendaciones. Para contribuir a la eliminación de la violencia contra la mujer en el mundo, se deberán seguir los lineamientos de previsión y de persecución establecidos a nivel internacional en las diferentes ramas del Derecho. Lo recomendado por la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2003/45 resulta plenamente aplicable como guía.

Se debe partir desde la tipificación de los delitos de violencia sexual en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (A/CONF.183/9), donde se afirma que la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada y otras formas de violencia sexual constituyen, en determinadas circunstancias, un crimen de lesa humanidad o un crimen de guerra, y reiterando que los actos de violencia sexual en situaciones de conflicto armado pueden constituir violaciones o infracciones graves del derecho internacional humanitario.

En este sentido, por "violencia contra la mujer" se debe entender todo acto de violencia que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada, e incluida la violencia doméstica, los delitos cometidos por cuestiones de honor, los crímenes pasionales,

la trata de mujeres y niñas, las prácticas tradicionales nocivas para la mujer, incluida la mutilación genital femenina, el matrimonio precoz y forzado, el infanticidio de niñas, los actos de violencia y los asesinatos relacionados con la dote, los ataques con ácido y la violencia relacionada con la explotación sexual comercial y con la explotación económica.

Así se deben perseguir todos los actos de violencia contra la mujer y la niña y, a este respecto, de conformidad con la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, se exige que se eliminen todas las formas de violencia sexista en la familia, en la comunidad y dondequiera que sea perpetrada o tolerada por el Estado, y se pone de manifiesto el deber que tienen los gobiernos de no emplear la violencia contra la mujer, actuar con la necesaria diligencia para prevenir, investigar y, de conformidad con la legislación nacional, castigar los actos de violencia contra la mujer y de adoptar medidas apropiadas y eficaces respecto de los actos de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado, por particulares o por grupos armados o facciones en lucha, y proporcionar a las víctimas el acceso a unos medios de reparación justos y eficaces y a una asistencia especializada, incluida la asistencia médica.

Se afirma, en vista de lo antedicho, que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos y libertades fundamentales de la mujer y que la violencia contra la mujer menoscaba o anula su disfrute de estos derechos y libertades.

Así se debe condenar la violencia contra la mujer cometida en situaciones de conflicto armado, como el asesinato, la violación, incluida la violación sistemática, la esclavitud sexual y el embarazo forzado, y se debe dar una respuesta efectiva a estas violaciones de los derechos humanos internacionales y del derecho humanitario internacional.

En este mismo sentido, y dentro del particular ámbito de los refugiados, se sugiere un plan de acción que incluya las siguientes tareas :

- Desarrollar e incrementar el conocimiento y la comprensión de las relaciones de género y de violencia contra mujeres dentro de la comunidad de refugiados.
- Mantener y fortalecer las redes de apoyo social existentes.
- Actuar en calidad de promotores de las campañas de concientización en la prevención y respuesta a la violencia de género.
- Apoyar el papel de las mujeres como encargadas de la toma de decisiones y líderes comunitarias capaces.
- Ofrecer a las sobrevivientes albergue seguro y asistencia inmediata en caso de emergencia.

- Acompañar a las sobrevivientes para que soliciten asistencia social, médica y legal.
- Garantizar la seguridad de la sobreviviente, el ofensor, sus familias y la comunidad.
- Coordinar dentro de la comunidad de refugiados, y junto con otros actores, la promoción eficaz de las actividades de prevención y respuesta a la violencia de género.
- Defender la inclusión de los refugiados en la toma de decisiones de las actividades de los programas de violencia de género, tales como qué servicios se ofrecerán, en qué lugares, en qué idioma y a cargo de quién.
- Defender la sensibilidad cultural de los servicios de violencia de género.
- Defender los derechos de las sobrevivientes y de las mujeres en general.

“El problema de la violencia basada en el género, que por lo general se manifiesta como violencia hacia las mujeres y las niñas, está presente en todas las regiones del mundo y sigue siendo un gran obstáculo para alcanzar la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres. Se ha logrado un progreso importante al establecer varios estándares internacionales y leyes nacionales, pero hasta ahora no es evidente que disminuya su prevalencia” .

Las tareas de prevención, de trato, de organización de los cuerpos de ayuda y de aquéllos que están en contacto con personas vulnerables, así como la reforma legislativa por parte de los Estados a nivel interno, la persecución y el castigo de los responsables, contribuirá en los hechos a una toma de conciencia, y a un intento de efectiva disminución de la violencia de género de modo considerable.

Referencias

- 1 Cuadro de PURDIN, Susan J., en ACNUR, Violencia sexual contra los refugiados: directrices relativas a su prevención y respuesta, Ginebra, 1995.
- 2 Estos datos fueron tomados del Estudio a Fondo de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra las mujeres.
- 3 Conclusiones de la Conferencia Interagencial sobre las Lecciones Aprendidas, Prevención y Respuesta a la Violencia Sexual y de Género en Situaciones de Refugiados, 27-29 Marzo de 2001, pág. 14 y ss.
- 4 Ver MOREYRA, María Julia, Conflictos armados y violencia sexual contra las mujeres, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, pág. 27 y ss.
- 5 Véase sobre la igualdad de género y derechos humanos, Desafíos para la Igualdad de Género en la Argentina, Estrategia del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, pág. 16 y ss.
- 6 El art. 27 del IV Convenio de Ginebra no evitó la violación de un número significativo de mujeres en Bangladesh en 1971, por ejemplo. Esta fue una de las razones por las cuales los autores del Protocolo Adicional I consideraron necesario repetir en el art. 76, párrafo 1, los contenidos del art. 27. El art. 76 del PAI representa un avance en el DIH si se lo compara con el art. 27, párrafo 2, del IV Convenio de Ginebra, desde que amplía el círculo de beneficiarios y también constituye una sustancial extensión del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que no contiene disposiciones específicas de protección a las mujeres.
- 7 Se refiere a todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de libertad. Art. 4.1., Protocolo Adicional II de 1977.
- 8 Art. 50 del I Convenio de Ginebra, art. 51 del II Convenio de Ginebra, art. 130 del III Convenio de Ginebra, art. 147 del IV Convenio de Ginebra.
- 9 Art. 147 del IV Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra.
- 10 Art. 7 del Estatuto de Roma: "1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física".
- 11 En definitiva, la diferencia en este punto se vuelve sutil, ya que no se exige ataque, pero se exige plan o política o comisión en gran escala, contexto éste que casi equipara las exigencias del "ataque" presente en los crímenes contra la humanidad. Véase el art. 7.2.a) del Estatuto de Roma: "Por 'ataque contra una población civil' se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política (...)".
- 12 El ACNUR desarrolló guías sobre la protección de mujeres refugiadas en el año 1991 y sobre la prevención y respuesta a la violencia contra refugiados en 1995.
- 13 MOREYRA, ob. cit., pág. 43.
- 14 MOREYRA, ob. cit., pp. 44-45.
- 15 MOREYRA, ob. cit., pp. 45-47.
- 16 E/CN.4/1998/53/Add.2, del 11 de febrero de 1998.
- 17 Véase, MOREYRA, ob. cit.; ODIO B., Elizabeth, "Los Derechos Humanos de las Mujeres, la Justicia Penal Internacional y una Perspectiva de Género", ponencia presentada en la Novena Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe, CEPAL, México D.F., México, 9-12 de junio, 2004.
- 18 Art. 6, Convención.
- 19 MOREYRA, ob. cit., pág. 37.
- 20 Resolución: A/RES/3318 (XXIX).
- 21 A/47/38.
- 22 A/RES/48/104.
- 23 MOREYRA, ob. cit., pág. 55 y ss.
- 24 Integración de los Derechos Humanos de la Mujer y la Perspectiva de Género, la Violencia contra la Mujer, Comisión de Derechos Humanos, 57º período de sesiones, Tema 12 a) del programa provisional, Informe de la Sra. Radhika Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, presentado de conformidad con la resolución 2000/45 de la Comisión de Derechos Humanos, La violencia contra la mujer perpetrada y/o condonada por el Estado en tiempos de conflicto armado (1997-2000).
- 25 Apartado 44, del mismo Informe.
- 26 Apartado 45, del mismo Informe.
- 27 Apartado 47, del mismo Informe.
- 28 Apartado 54, del mismo Informe.
- 29 Apartado 66, del mismo Informe.
- 30 MOREYRA, ob. cit., pág. 57.
- 31 www.unifem.org
- 32 www.pnud.org
- 33 Véase, Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo, Podemos vivir sin violencia, Campaña argentina por la equidad de género y contra la violencia, Brochure, 2009.
- 34 MOREYRA, ob. cit., pág. 58.
- 35 Ver MOREYRA, ob. cit., pág. 59 y ss. Esta Conferencia fue complementada luego con la Conferencia Beijing + 5, llevada a cabo del 5 al 9 de junio de 2000 en Nueva York. Ver MOREYRA, ob. cit., pág. 61
- 36 CASAS, Laura J., y, BERTERAME, María Celina, La perspectiva de género en la aplicación del derecho internacional de los Derechos Humanos: el Caso del Penal Miguel Castro Castro, Sup. Const. 2008 (octubre), 43-LA LEY 2008-F, 176. Fallo Comentado: Corte Interamericana de Derechos Humanos ~ 2006-11-25 ~ Penal Miguel Castro Castro c. Perú.
- 37 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso N° 10.970, del 01/03/96.
- 38 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso N° 11.565, del 04/04/01.
- 39 Véase en particular lo tratado en profundidad en: AMBOS, Kai, Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2010, pp. 45-77.
- 40 MALARINO, Ezequiel, "El caso argentino", en AMBOS, Imputación de crímenes de los subordinados..., ob. cit., pág. 45 y ss.
- 41 SANCINETTI, Marcelo, Derechos Humanos en la Argentina Postdictatorial, Lerner, Buenos Aires, 1998, pág. 29 y ss.; ver también pág. 44.
- 42 Sentencia publicada en El Diario del Juicio, Congreso de la Nación, del 7 al 28 de enero de 1986, en cuatro partes.
- 43 CSJN, causa 13/84, voto de los jueces Caballero y Belluscio, Considerando 23. La autoría mediata en el sentido señalado por la Cámara Federal (esto es, autoría mediata en virtud de dominio de un aparato organizado de poder) no encuentra sustento legal en el Derecho argentino CSJN, causa 13/84, voto de los jueces Caballero y Belluscio, considerando 18, 26 y 27.
- 44 RIGHI, Esteban, Derecho Penal, Parte General, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pág. 387; GARCÍA VITOR, Enrique, "La tesis del dominio del hecho a través de los aparatos organizados de poder, en Nuevas formulaciones, Libro homenaje a Roxin, La Lectura-Lerner, Córdoba, 2001, pág. 347 y ss.; FIERRO, Guillermo J., Teoría de la Participación Criminal, Astrea, Buenos Aires, 2004, pág. 393 y ss. Al menos en ciertos casos, también ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro, y, SLOKAR, Alejandro, Derecho Penal, Parte General, Ediar, Buenos Aires, 2003, pág. 780.
- 45 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso N° 25.947, de 8-8-2007. M. P. María del Rosario González de Lemos. En este caso se dijo: "... la jurisprudencia de la Sala considera que quienes imparten las órdenes dentro de tales organizaciones tienen la condición de coautores materiales impropios por división del trabajo, y no, de autores mediatos como lo postula el profesor Roxin...".
- 46 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso N° 24.448 de 12-9-2007. M. P. Augusto Ibáñez Guzmán. En el caso de "La Gabarra", la Sala también tomó partido por la coautoría impropia para responsabilizar a los miembros de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) junto con un teniente del Ejército Nacional por los hechos punibles de homicidio agravado y concierto para delinquir. Se argumentó que el teniente del Ejército Nacional era coautor impropio por omisión, porque su acuerdo con los miembros del grupo armado ilegal consistió en "dejar hacer, dejar pasar", en hacer "oídos sordos" a su ineludible deber de combatir al grupo irregular que dejaba rastros de sangre a su paso y de negarse a proteger a la población civil, respecto de cuyas vidas tenía posición de garante, con el argumento de que "el que la debe, que la pague". Se destaca en este género de manifestaciones del crimen organizado se gesta un conocimiento y una voluntad común, que existen ideologías compartidas, voluntades concurrentes e intervención con aportes concretos según la división preacordada del trabajo criminal entre el teniente y los miembros de las AUC, para afirmar que todos son coautores globalmente de la conducta delictiva realizada y, por ende, responsables por sus consecuencias.
- 47 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso N° 23.825, de 7-3-2007. M. P. Javier Zapata Ortiz. En síntesis, expone la Corte: "... la jurisprudencia de la Sala considera que quienes imparten las órdenes dentro de tales organizaciones tienen la condición de coautores materiales impropios por división del trabajo, y no, de autores mediatos como lo postula el profesor Roxin...".
- 48 Esta tesis de imputación deviene posible en la legislación local en Colombia ya que encuentra soporte legal en los artículos 23 del Código Penal de 1980 y 9 y 29 de la Ley 599 de 2000. Véase LÓPEZ DÍAZ, Claudia, "El caso colombiano", en AMBOS, Imputación de crímenes de los subordinados..., ob. cit., pág. 195 y ss.
- 49 "(...) Cuando se está ante el fenómeno delincencial derivado de estructuras o aparatos de poder organizados, los delitos ejecutados son imputables tanto a sus dirigentes -gestores, patrocinadores, comandantes- a título de autores mediatos, a sus coordinadores en cuanto dominan la función encargada -comandantes, jefes de

- grupo- a título de coautores; y a los directos ejecutores o subordinados -soldados, tropa, patrulleros, guerrilleros o milicianos-, pues toda la cadena actúa con verdadero conocimiento y dominio del hecho y mal podrían ser amparados algunos de ellos con una posición conceptual que conlleve la impunidad. En estos supuestos la criminalidad puede incubarse dentro de aparatos estatales -casos EICHMANN -funcionario administrativo nazi encargado de ubicar, perseguir, seleccionar y capturar a los judíos que posteriormente eran llevados a los campos de exterminio-, Juntas Militares que gobernaron Argentina entre 1976 y 1983, y Consejo Nacional de Defensa de la antigua República Democrática Alemana -disparos en el muro de Berlín- o en estructuras propiamente delincuenciales -caso de la cúpula de Sendero Luminoso en la masacre de Lucanamarca -un grupo de hombres de dicha banda asesinó a 69 campesinos en Santiago de Lucanamarca, región de Ayacucho (...)-. Sentencia del 23/2/2010, de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, pág. 78.
- 47 DONNA, Edgardo A., *La Autoría y la Participación Criminal*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2005, pág. 80; DONNA, Edgardo A., "El concepto de la Autoría y los aparatos organizados de poder de Roxin, en *Nuevas formulaciones*, Libro en homenaje a Roxin, ob. cit., pág. 325. Se aclara que el Dr. DONNA ha cambiado recientemente su posición sobre el tema, pasando a considerar "autores" directos a todos los integrantes de la cadena, según ha expuesto en el Encuentro de la Academia Humboldt, en Bogotá, Colombia, en octubre de 2010.
- 48 Art. 28, Estatuto de Roma: "Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte: a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando: i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento. b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando: i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento".
- 49 En Argentina, CSJN, causa "Ekmekdjian", Considerando 20: "... Cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hechos que hagan posible su aplicación
- 50 inmediata. Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso".
- 51 Causa N° 17.768, "Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc.", CSJN, Sentencia del 14 de junio de 2005. Ver análisis de las leyes de punto final y obediencia debida en AMBOS, Kai, *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 175-182 y pp. 275-278. Ver sobre el tema, SABELLI, Héctor E., y SANTIAGO, Alfonso (h.), *Tiempo, Constitución y Ley Penal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pp. 105-154. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en pleno, por fallo del 25/04/07, resolvió declarar la inconstitucionalidad parcial del Decreto Nro. 2741/90 del Poder Ejecutivo Nacional, en cuanto indultó las penas impuestas en la causa 13/84 a Jorge Rafael Videla y a Eduardo Emilio Massera (arts. 29, 75 inciso 2° y 95 inciso 5 de la Constitución Nacional), y remitió las actuaciones al Juzgado Nacional de Ejecución Penal correspondiente con el objeto de que, de acuerdo con la ley 24.660, se continúe con la ejecución de la pena privativa de la libertad que se le impuso a Videla y Massera. La Cámara Nacional de Casación Penal (Sala II) resolvió en igual sentido en C. 5920, "Mazzeo, Julio L. y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad", el 15/09/2006: "El Decreto 1002/89 no tuvo la consecuencia de dejar sin efecto una pena impuesta por un órgano jurisdiccional, ni tampoco su conmutación, sino la inhibición de la actividad jurisdiccional de la justicia penal por hechos sujetos a su conocimiento. Vale decir, que el tribunal competente se vio impedido por la norma de mención de llevar adelante la misión de justicia atribuida por el ordenamiento normativo". "Así las cosas, la solución que mejor realiza el valor justicia, resulta de acordar a víctimas, familiares y sociedad, el acceso a la jurisdicción a los efectos de que se investiguen los graves hechos -calificados de lesa humanidad- que motivaron las actuaciones, garantizando a las partes sometidas a esa jurisdicción, como en todo proceso, el pleno respeto de sus derechos constitucionales para que en esas condiciones se establezcan las responsabilidades penales que puedan corresponder". "En este sentido se ha dicho que "la impunidad de los criminales niega a las víctimas su derecho a saber, a la justicia y a la reparación. La impunidad también destruye familias y deteriora la esencia de la sociedad en sí misma. Como los más perversos efectos, la impunidad envenena la memoria colectiva de un grupo, alimenta la venganza e induce al pueblo a repetir sus trágicos errores del pasado. La represión y negación de estos solo llevan a repetir las atrocidades pasadas en el presente y en el futuro. Justicia significa reconocimiento de que las atrocidades del pasado efectivamente ocurrieron. Significa, reconocer los derechos de las víctimas a testificar públicamente frente a un tribunal, el castigo de los responsables y la compensación por los daños sufridos por las víctimas. Al proponer la eliminación de algunas limitaciones entre consideraciones legales, éticas y políticas, también es de mi opinión que debemos hacer más fuertes las discusiones entre la justicia y la impunidad las que se mantienen incompatibles como la verdad y la deshonestidad. La impunidad termina cuando los autores y los líderes políticos asumen sus responsabilidades individuales por aquello que han hecho y por lo que no previnieron" (Odio Benítez, Elizabeth, "Justice For Peace: No to Impunity" en "Reigning in impunity..." op. cit. pág. 150)". "Esta decisión, es a juicio de este Tribunal, la que mejor concilia los derechos que las partes intentan hacer valer". "Es dable destacar que la idea de justicia que esta decisión realiza, removiendo los impedimentos para el ejercicio de la actividad jurisdiccional, en el marco de la Constitución Nacional y las leyes, también encuentra consenso en instrumentos normativos del derecho internacional, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en las voces de la doctrina". "El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional -ley 25.390, promulgada el 8 de enero de 2001- en su art. 20. 3 dispone que "la Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal: a) obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o b) no hubiere sido instruida en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia". "Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado "que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos" -el resaltado nos pertenece- (cfr. caso "Barrios Altos", más arriba citado, parágrafo 41)". "Esta Sala ha afirmado recientemente in re: "Telldín, Carlos Alberto y otros s/ recurso de casación", causa n° 5667, reg. n° 8621, rta. el 19 de mayo del corriente año, con cita del voto concurrente del juez Sergio García Ramírez a la sentencia recaída en el mencionado caso "Barrios Altos", que: "La Corte ha sostenido que el Estado no puede invocar 'dificultades de orden interno' para sustraerse al deber de investigar los hechos con los que se contravino la Convención y sancionar a quienes resulten penalmente responsables de los mismos. En la base de este razonamiento se halla la convicción, acogida en el Derecho internacional de los derechos humanos y en las más recientes expresiones del Derecho penal internacional, de que es inadmisibles la impunidad de las conductas que afectan más gravemente los principales bienes jurídicos sujetos a la tutela de ambas manifestaciones del Derecho internacional. La tipificación de esas conductas y el procesamiento y sanción de sus autores -así como de otros participantes- constituye una obligación de los Estados, que no puede eludirse a través de medidas tales como la amnistía, la prescripción, la admisión de causas excluyentes de incriminación y otras que pudieran llevar a los mismos resultados y determinar la impunidad de actos que ofenden gravemente esos bienes jurídicos primordiales". "(...) Resulta claro que la pretensa cosa juzgada respecto a la validez del indulto -que en el caso implicó una decisión acerca de la posibilidad de indultar a una persona sin condena firme, lo que aquí no es materia de estudio-, no puede constituir un impedimento para la realización de los derechos reconocidos en los arts. 1, 2, 8.1. y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues esa es la manda preambular de afianzar la justicia que estamos llamados a realizar".
- 52 Sentencia N° 08/10, Santa Fe, 19 de abril de 2010, "BARCOS, Horacio Américo S/ Inf. art. 144 bis inc. 1°, 142 inc. 1°, 144 ter. 2do. Párrafo y 55 del C.P.", Expte. N° 43/08. Considerando 3-a).
- 53 Conf. ROXIN, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 149.
- 54 Causa N° 2086 y su acumulada N° 2277, junio de 2010, TOF Mar del Plata. Considerando 1.2.
- 55 59ª sesión, 23 de abril de 2003.
- 56 Conferencia Interagencial, cit., pág. 15.



Foto: Espen Rasmussen

CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD ESPECIAL REFERENCIA A LAS AGRESIONES SEXUALES

Dra. Natalia Barbero

PARTE I: LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

1. Introducción

Los delitos comunes y los crímenes internacionales. Los crímenes de lesa humanidad son crímenes internacionales, pero en el fondo son delitos comunes, como la violación, la esclavitud sexual, el homicidio, la tortura, la privación ilegal de la libertad, entre otros, siempre punibles por la legislación interna de cada Estado. Esas conductas “base”, que son en realidad delitos comunes, al ser cometidas en el marco de un contexto determinado (“*como parte de un ataque generalizado y sistemático dirigido contra cualquier población civil*”), pasan a la categoría “superior” de crímenes de lesa humanidad. Y allí rigen una serie de normas que no aplican a los delitos comunes.

En realidad todos los delitos atentan “contra la humanidad”, porque ningún delito es querido ni aceptado por el hombre o por la comunidad, por ello mismo se lo tipifica. Pero hay ciertos delitos que, al ser cometidos como parte de un plan mayor, por parte de ciertos agentes determinados y contra ciertas personas determinadas, adquieren el nivel de crímenes contra TODA la humanidad. Es toda la humanidad la que se ve damnificada, aunque el acto en cuestión sea contra una sola persona

Los crímenes internacionales y los ilícitos internacionales.

También se debe distinguir entre los crímenes internacionales, entre ellos los crímenes de lesa humanidad, y los ilícitos internacionales.

Una misma conducta de violación, de homicidio, de tortura o de privación ilegal de la libertad, es *al mismo tiempo* un delito (común o internacional, según el contexto) y también un ilícito internacional.

Será delito de conformidad con las disposiciones penales, e ilícito de conformidad con la normativa del Derecho Internacional Público. Pero la vigencia y aplicación de una normativa no quita la vigencia y aplicación de la otra. Ambas normativas pueden ser aplicadas a la vez.

En caso de incumplimiento por parte de los Estados de la normativa internacional que prohíbe el ilícito en cuestión, la responsabilidad emergente estará alcanzada por los mecanismos previstos por la normativa del mismo ámbito internacional que aquella que tipifica las infracciones. Se activará la responsabilidad del Estado ante el Derecho Internacional Público en caso de estar en presencia de un ilícito internacional¹. Como principio general de Derecho Internacional, cualquier incumplimiento de un compromiso impone la obligación de reparar².

En cambio, en caso de tratarse de un “crimen internacional”, lo cual involucra un tipo penal que en cierto modo recepta una grave violación de derechos humanos protegida especialmente, aquí se abre paso a la responsabilidad penal de aquellos individuos que participaron en la violación o que son responsables de la decisión³. Se ingresa aquí al ámbito penal⁴.

En este ámbito penal, por un lado se da la posibilidad de aplicación extraterritorial de la ley penal interna de un Estado⁵, es decir, cualquier Estado puede solicitar la extradición del sujeto activo que hubiere incurrido en un crimen internacional y juzgarlo según sus propias leyes, con base en el principio de justicia universal, cuando la legislación interna del Estado en cuestión así lo permite. Por otro lado, es factible la activación del Derecho Penal Internacional⁶ propiamente dicho, es decir, la aplicación directa -a través del órgano internacional pertinente- de la normativa penal internacional⁷.

El juzgamiento de los crímenes internacionales vino a complementar la imputación de responsabilidad en el ámbito del Derecho Internacional Público a los responsables de los

Estados a fin de cubrir el aspecto penal de la violación, así como complementó también la aplicación extraterritorial de la ley penal que ejercitan ciertos Estados con base en el principio universal.

Ahora bien, una conducta prohibida puede ser “ilícito internacional” y no ser “crimen internacional” si no está tipificada como tal. Atenta contra el principio de legalidad considerar que puede ser crimen internacional una figura acogida exclusivamente por normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos o del Derecho Internacional Humanitario. Por ejemplo, que la Convención Internacional contra la Tortura de 1984 establezca el ilícito internacional de tortura, no implica que tal recepción normativa sea suficiente para fundar una imputación penal. La vigencia del principio de legalidad requiere que un texto de índole criminal tipifique el DELITO y la PENA para entonces hablar de “Derecho Penal”.

Desde los tribunales militares internacionales de Nuremberg y Tokio, pasando por los tribunales penales internacionales ad hoc para la Ex-Yugoslavia, Ruanda, y los tribunales mixtos de Sierra Leona, Camboya, Timor Oriental y Kosovo, entre otros, hasta la Corte Penal Internacional creada por el Estatuto de Roma de 1998, la imputación de responsabilidad penal individual y la represión de los delitos internacionales ha logrado afianzamiento en el ámbito criminal, con total independencia de la sanción a los Estados por su actuación en el ámbito del Derecho Internacional Público⁸. Porque se han tipificado delitos y se han tipificado penas en cada uno de sus estatutos¹⁰, y así se han aplicado.

Derecho Penal Internacional. El Derecho Penal enfoca al individuo. Con base en los principios de la personalidad de la pena y de culpabilidad, son las personas quienes sufren las penas impuestas por el Derecho Penal. El Derecho Penal Internacional busca castigar crímenes internacionales cometidos por personas físicas, desde quienes ordenaron su comisión hasta quienes los ejecutaron¹¹.

La labor de los tribunales penales internacionales confirmó al individuo en su posición de sujeto de Derecho Internacional, ya que pasa a ser responsable de manera personal e individual frente a la comunidad internacional. El Derecho Internacional, hasta el nacimiento del Derecho Penal Internacional que podría darse por iniciado a partir de los juicios de Nuremberg (con sus primeros defectos), reconocía de manera muy limitada la condición de sujeto de la persona física. Los principales sujetos eran los Estados y la consecuencia normal del incumplimiento de una norma internacional era la responsabilidad internacional del Estado, lo

que continúa siendo así, pero se agrega la responsabilidad penal internacional del individuo, que vino a vincular directamente al individuo con el Derecho Internacional¹².

Dentro del ámbito de la responsabilidad internacional, se distingue así entre la responsabilidad de los Estados por los “ilícitos internacionales” cometidos y la responsabilidad de los individuos por los “delitos” o “crímenes internacionales”¹³ por los que deben responder penalmente.

En los juicios de Nuremberg ya se imputó responsabilidad penal individual frente al incumplimiento de normas internacionales, es decir, frente a crímenes internacionales¹⁴. Sin perjuicio de haber caído precisamente en una violación expresa al principio de legalidad¹⁵, se dijo: “Ha sido ya reconocido que las normas internacionales imponen obligaciones y responsabilidades sobre los individuos y sobre los Estados. Los individuos pueden ser penados por violaciones a las normas internacionales. Los crímenes contrarios a las normas internacionales son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y sólo castigando a los individuos que cometen tales crímenes se pueden hacer efectivas las normas internacionales”¹⁶. En los juicios de Nuremberg se entendió que la costumbre internacional y las disposiciones del Estatuto de Londres son aplicables a los individuos, de lo cual derivó la responsabilidad individual por un crimen internacional.

Así, la comunidad internacional actual busca evitar y castigar ciertas conductas delictivas, en especial aquellas conductas más graves que atentan contra el orden y la paz internacional. Se tiende a la persecución internacional de este tipo de conductas ya que a toda la comunidad le interesa y ello no debe quedar librado a los eventuales impulsos de las jurisdicciones locales. Se busca evitar que las personas que cometen los crímenes más serios y horrendos no queden impunes, en lo personal, tras la figura del Estado.

También, se debe distinguir entre las conductas delictivas que atentan contra derechos humanos fundamentales y que algunos autores denominan “delitos contra los derechos humanos”¹⁷ y los verdaderos “crímenes internacionales”, como son los crímenes de lesa humanidad. En el primer caso, se intenta proteger justamente los derechos humanos de todos los individuos; en el segundo caso, en cambio, se protegen bienes jurídicos individuales autónomos que no siempre coinciden con los “derechos humanos” porque el bien jurídico final que se protege es la paz internacional.

El Derecho Penal Internacional intenta proteger *sólo ciertos bienes jurídicos* especiales a través de la incriminación de ciertas

conductas indeseadas por la comunidad internacional en su conjunto, siempre en resguardo de la paz y la seguridad de la humanidad. Los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal Internacional son aquéllos que resultan “vitales” para el orden y la paz internacional¹⁸, por lo que varios delitos “graves” no son abarcados por esta nueva rama del Derecho¹⁹.

2. Los crímenes de lesa humanidad.

“Los crímenes contra la humanidad son tan viejos como la humanidad”, mientras que sólo su *concepción jurídica* es nueva²⁰.

Ya en el siglo XIX, existió cierta “conciencia” sobre esta clase de crímenes en el ámbito de los conflictos armados, pero no en el ámbito penal. Tuvieron la iniciativa Gran Bretaña, Francia y Rusia en 1827 para acabar con la guerra que enfrentaba a los griegos contra los turcos, o la expedición militar de Francia a Turquía en 1860 por las masacres contra los cristianos en Siria²¹. No había entonces una política de intervención y entonces comenzó a nacer la idea de las “leyes de la humanidad”.

En la Declaración de San Petersburgo de 1868 para la prohibición del uso de cierto tipo de proyectiles en tiempos de guerra, la cual exigía “requisitos de humanidad”²², ya se vislumbraba la idea de evitar el sufrimiento innecesario en caso de guerra.

Luego el Preámbulo de la IV Convención de La Haya de 1907 sobre las leyes y los usos de la guerra hablaba de “*las leyes de humanidad y los dictados de la conciencia pública*” aplicables frente a atrocidades cometidas contra los nacionales, como contra los extranjeros, lo cual se conocería como la “Cláusula Martens”²³.

Pero hasta aquí la referencia a las leyes de la humanidad se daba en un sentido no técnico ni penal, no existían tipos ni sanciones penales²⁴.

El término “crímenes contra la humanidad” propiamente dicho surge en la Declaración del 28 de mayo de 1915, de los gobiernos de Francia, Gran Bretaña y Rusia, ante la masacre de la población armenia en Turquía. A las atrocidades allí cometidas se les dio el nombre de “crímenes contra la civilización y la humanidad”²⁵ y se consideró a los miembros del gobierno otomano personalmente responsables por la comisión de “crímenes contra la humanidad”.

Entre 1914 y 1918, durante la Primera Guerra Mundial, ocurrieron hechos que pueden ser catalogados como “crímenes contra la humanidad”. En la Conferencia de París de 1919 se nombró la Comisión sobre la Responsabilidad de los autores de la guerra y sobre la aplicación de las penas por la violación de las leyes y las costumbres de la guerra²⁶ que incluyó expresamente el término de “crímenes contra la humanidad” entre las ofensas cometidas.

El Informe presentado por la Comisión el 29 de marzo de 1919 trató primeramente la responsabilidad de los autores de la guerra, cuales eran, Alemania y Austria como principales, y Turquía y Bulgaria como secundarios. El Informe enumeró luego los 32 tipos de actos cometidos que representaban violaciones graves de las leyes de guerra y “las normas más elementales de la humanidad”²⁷.

Más tarde aparecen las disposiciones del Tratado de Paz de Versalles que puso fin al conflicto armado y determinó a su vez el enjuiciamiento de los presuntos criminales de guerra por los tribunales nacionales de las Potencias vencedoras (Art. 228 y 229, Tratado de Versalles) y del Kaiser Guillermo II de Hohenzollern por un Tribunal Internacional que se constituiría al efecto, sobre la base del cargo de “ofensa suprema a la moral internacional y a la autoridad sagrada de los tratados” (Art. 227, Tratado de Versalles)²⁸.

Este intento de tribunal internacional fracasó cuando las Potencias Aliadas y Asociadas dirigieron a los Países Bajos la solicitud de extradición del Kaiser -refugiado en ese Estado- y ésta fue denegada²⁹. Sólo se llevaron a cabo ciertos juicios bajo el mando del recién creado gobierno alemán a través de la ley de 18 de diciembre de 1919³⁰, completada con la del 24 de marzo de 1920³¹. Se cedió el enjuiciamiento al Tribunal Supremo del Reich³² y se declaró competente la Corte de Leipzig³³.

En el Tratado de Versalles no se incluyó la expresión de “leyes de la humanidad” ni nada similar. Recién volvió a aparecer cierta referencia en el Tratado de Sévres del 10 de agosto de 1920 firmado con el gobierno turco, aunque este tratado no fue ratificado³⁴.

Durante la Segunda Guerra Mundial, la primera acusación internacional se hizo contra Alemania el 17 de abril de 1940 por los gobiernos inglés, francés y polaco, apelando a la “conciencia mundial” por las atrocidades que venía cometiendo Alemania. En esta acusación se le imputaba a Alemania que había cometido crímenes de guerra incluso en tiempos de paz, y se le advierte entonces que ello lesiona las leyes de guerra y el Convenio de La Haya de 1907³⁵.

Aquí estaría por nacer el concepto de crímenes contra la

humanidad, porque en aquella confusión de términos se hablaba de estos actos atroces cometidos antes de la guerra, que no violaban las leyes de guerra en sentido estricto, por lo que podría decirse que estaba naciendo así el término autónomo de crímenes contra la humanidad. Ello en referencia a actos que violaban otras leyes, no las leyes de guerra, y que eran cometidos antes de la guerra o sin conexión con una guerra, a diferencia de los crímenes de guerra propiamente dichos.

En la Declaración del 25 de octubre de 1941, el Presidente de Estados Unidos Roosevelt, el Mariscal Stalin y el Primer Ministro inglés Churchill declararon: “Los criminales de guerra serán juzgados y condenados por una decisión conjunta de los Gobiernos aliados, precisándose que a esta forma de proceso mixto serían sometidos los principales culpables, cuyos crímenes no tengan una localización geográfica especial”³⁶.

Tras cierta evolución, finalmente “los crímenes contra la humanidad”, como categoría separada a los crímenes de guerra, se incluyeron expresamente en la Carta del Tribunal de Nuremberg.

3. Los Estatutos de los Tribunales Militares Internacionales de Nuremberg y Extremo Oriente.

El Estatuto del Tribunal de Nuremberg previó expresamente los crímenes contra la humanidad. La inclusión de este delito respondía a la intención de no limitar la competencia del tribunal a los crímenes de guerra en sentido estricto³⁷, a castigar los atroces actos cometidos por los criminales nazis que no podían ser considerados ni crímenes de guerra ni como violaciones al Derecho Internacional en sí³⁸.

Constituía delito para el Estatuto³⁹:

“Crímenes contra la Humanidad: es decir, asesinatos, exterminación, sometimiento a esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos antes o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, en

ejecución o en conexión con cualquier crimen de la jurisdicción del Tribunal, sean o no una violación de la legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados (...)”⁴⁰.

De este modo se observa que el término “crímenes contra la humanidad” en el Derecho Penal Internacional positivo se dio por primera vez en el Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg⁴¹, a pesar de que la noción de la protección de civiles en tiempos de guerra ya estaba vigente en la regulación de los conflictos armados⁴². Pero los crímenes contra la humanidad de entonces no tenían la autonomía que luego tomarían.

La Carta del Tribunal de Nuremberg estableció que podía entenderse como crímenes contra la humanidad hechos cometidos “antes o durante la guerra” contra “cualquier población civil”, pero limitó la posibilidad de que el Tribunal pudiera juzgarlos a los casos en los que hubieran sido cometidos en ejecución o en conexión con otro crimen de competencia del tribunal. Así, para que un hecho fuera considerado “crimen contra la humanidad”, según la Carta de Nuremberg, tenía que comprobarse que había sido cometido “en ejecución o en conexión con un crimen de guerra o un crimen contra la paz”, y por tanto la figura carecía de autonomía⁴³. Aparecía necesariamente ligada a un conflicto armado⁴⁴, por lo que se condicionaba la posibilidad de represión de dichos crímenes⁴⁵.

En el Estatuto de Londres, los crímenes contra la humanidad (art. 6.c.) presentaban las siguientes características⁴⁶:

1. Debían ser cometidos durante una guerra, o en conexión con una guerra⁴⁷.
2. Debían cometerse contra una población civil, y tal concepto incluía a los propios nacionales como a los nacionales de terceros países⁴⁸.
3. Los autores de los crímenes debían ser personas que actuaran en interés del Estado⁴⁹.
4. No se exigía móvil alguno en los crímenes contra la humanidad. No surge esta exigencia del Estatuto de Londres⁵⁰, ya que sólo se exigen determinados móviles exclusivamente para el caso de persecución⁵¹.

El elemento controvertido de los crímenes contra la humanidad según la tipificación dada por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg fue el “nexo de guerra” o la conexión de estos delitos con alguno de los otros delitos de competencia del Tribunal. Por la exigencia de este requisito, el crimen contra la humanidad nació como una extensión del crimen de guerra⁵² y el alcance del delito quedó limitado⁵³.

El motivo de la inclusión del requisito de nexos de guerra en Nuremberg para los crímenes contra la humanidad reside en que los autores del Estatuto no habrían encontrado, en el Derecho Internacional de la época, fundamento para la competencia del Tribunal sobre los crímenes perpetrados por las fuerzas del Estado alemán contra sus propios ciudadanos⁵⁴. A su vez, la inclusión del nexos de guerra se debía al origen del delito: los crímenes contra la humanidad nacieron como un “accesorio” de los crímenes de guerra⁵⁵.

La conexión de los crímenes contra la humanidad con la guerra resultaba un elemento de difícil prueba, ya que se debía probar la relación directa entre el plan nazi contra los judíos y el plan nazi de agresión. Ante la dificultad de prueba de esta relación, el Tribunal no pudo condenar por crímenes contra la humanidad aquellos hechos anteriores a 1939⁵⁶.

Lo previsto por el Estatuto de Nuremberg fue idéntico a lo estipulado por el Estatuto para el Tribunal Militar Internacional para Extremo Oriente, salvo por la eliminación de las persecuciones por motivos religiosos⁵⁷.

Luego, la exigencia del nexos de guerra en los crímenes contra la humanidad se incluyó incluso en los “Principios de Nuremberg”, confirmados por la Asamblea General de Naciones Unidas, por Resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, en particular en el Principio VI que incluye como crímenes contra la humanidad⁵⁸:

“El asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevadas a cabo al perpetrar un delito contra la paz o un crimen de guerra o en relación con él”.

4. La Ley Nº 10 del Consejo de Control Aliado.

La Ley Nº 10 del Consejo de Control Aliado en su artículo 2.c. definió los crímenes contra la humanidad⁵⁹ como:

“Atrocidades y delitos que comprendan, sin que esta enumeración tenga carácter limitativo, el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación, el encarcelamiento,



Foto: UNHCR/NING

*la tortura, las violaciones u otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, violen o no estos actos las leyes nacionales de los países donde se perpetraran*⁶⁰.

La previsión sobre crímenes contra la humanidad contenida en la Ley N° 10 del Consejo de Control aliado difiere de aquella contenida en las cartas de los tribunales de Nuremberg y Tokyo principalmente porque elimina el nexo de guerra que era requerido en sus precedentes⁶¹. Así, los crímenes contra la humanidad logran autonomía absoluta⁶², y los tribunales amplían su competencia⁶³.

Llama la atención el texto de la Ley, y se diferencia también en ello de los estatutos de Nuremberg y Tokyo, al referirse a “*atrocidades y delitos*”, y al incluir una enumeración no exhaustiva y dar expreso aviso de ello (“*sin que esta enumeración tenga carácter limitativo*”).

Al eliminar la Ley N° 10 el nexo de guerra requerido para los crímenes contra la humanidad, permitió el juzgamiento de conductas anti-humanas desligadas del conflicto bélico propiamente dicho, como la de los médicos culpables de experiencias biológicas crueles y de eutanasia eugénica sobre súbditos alemanes⁶⁴. También permitió el juzgamiento de conductas cometidas muchos años antes de la guerra⁶⁵.

Sin embargo, el texto de la Ley fue considerado confuso ya que no incluía expresamente el nexo de guerra pero en su Preámbulo refería que su fin era hacer efectiva la Carta de Nuremberg, lo cual

llevó a discutir si se debía incluir entonces o no el nexo de guerra⁶⁶.

El requisito del nexo de guerra apareció en algunos documentos posteriores a la Ley N° 10 pero vuelve a desaparecer más tarde en el texto del Convenio contra el Genocidio de 1948, en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968⁶⁷, en la decisión del caso “Tadic” del Tribunal para la Ex Yugoslavia⁶⁸, y en el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad⁶⁹.

5. Los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales Ad hoc para la Ex Yugoslavia y Ruanda.

Los Estatutos de los Tribunales para la Ex Yugoslavia y Ruanda prevén expresamente los crímenes contra la humanidad.

En cuanto al elemento de contexto de los crímenes contra la humanidad, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para

Ruanda⁷⁰ exige que el crimen contra la humanidad se cometa como parte de un “ataque generalizado y sistemático”⁷¹, y exige cierta motivación o elemento intencional adicional como “razones de nacionalidad, política, etnia, raza o religión”⁷². En contrario, el Estatuto del Tribunal para la Ex Yugoslavia no exige ninguno de esos dos requisitos, aunque requiere expresamente la existencia de conflicto armado interno o internacional para la configuración de estos crímenes⁷³.

La introducción de este requisito por el Tribunal para la Ex Yugoslavia puede explicarse en el contexto histórico que llevó a la conformación del tribunal *ad hoc*. Si la intención era cubrir el conflicto bélico que ocurría en la época de conformación del tribunal, se considera que hubiera sido deseable una frase genérica en el texto del Estatuto referida a esta conexión requerida y no su inserción en la tipificación de los crímenes contra la humanidad⁷⁴.

La inclusión del requisito de nexo de guerra vuelve borrosa la línea límite entre los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra⁷⁵. Sin embargo, en el caso TADIC, el Tribunal para la Ex Yugoslavia abandonó la exigencia del requisito de nexo de guerra, en contra del texto de su propio Estatuto⁷⁶.

6. Los Estatutos de los Tribunales Híbridos: Sierra Leona, Camboya, Timor Oriental y Kosovo.

Los crímenes de lesa humanidad fueron cubiertos por la competencia de los tribunales híbridos, tribunales éstos que conforman intermedios entre tribunales nacionales e internacionales, según el caso concreto.

El Estatuto del Tribunal para Sierra Leona no requiere el nexo con el conflicto armado ni el elemento discriminatorio en los crímenes contra la humanidad⁷⁷, aunque sí requiere el elemento de ataque a la población civil y que dicho ataque sea “generalizado o sistemático”⁷⁸.

Por su parte, la normativa aplicable por las Salas Extraordinarias en

Camboya sigue la normativa del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, ya que exige la motivación discriminatoria o persecutoria en el elemento de contexto de los crímenes contra la humanidad⁷⁹.

La Regulación 2000/15 del Tribunal Especial para Timor Oriental es coincidente con la normativa del Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional⁸⁰, según se verá.

Finalmente, los paneles mixtos creados por la United Nations Interim Administration in Kosovo (UNMIK) aplican Derecho nacional, es decir, el Código Penal yugoslavo. Esta legislación no contemplaba los crímenes contra la humanidad⁸¹, hasta que entró en vigor el nuevo Código Penal kosovar que los incluye de manera idéntica a lo previsto por el Estatuto de Roma⁸².

7. Los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de Roma.

El Estatuto de Roma prevé expresamente los “crímenes contra la humanidad”⁸³. Dice el artículo 7 del Estatuto sobre este delito:

“1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- a) Asesinato;*
- b) Exterminio;*
- c) Esclavitud;*
- d) Deportación o traslado forzoso de población;*
- e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;*
- f) Tortura;*
- g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;*
- h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente*

párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;

- i) Desaparición forzada de personas;
- j) El crimen de apartheid;
- k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

2. A los efectos del párrafo 1:

a) Por "ataque contra una población civil" se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política;

El artículo 7 del Estatuto tipifica primero el elemento de contexto, exigible para todos los tipos penales que luego enumera como especies de crímenes contra la humanidad. El elemento de contexto distingue a estos crímenes de los delitos comunes⁸⁴.

El elemento de contexto de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de Roma. Dice el apartado inicial del artículo 7 del Estatuto de Roma:

"A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por 'crimen de lesa humanidad' cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque".

Se desprenden de este elemento de contexto ciertos requisitos típicos: que el acto sea cometido como parte de un ataque; que dicho ataque sea generalizado o sistemático; que dicho ataque sea contra una población civil; y, que el autor tenga conocimiento de dicho ataque.

También se desprende de este elemento de contexto que no se exige el requisito de contexto de conflicto armado o nexo de guerra, ni una motivación determinada, como se exigió en Derecho Internacional⁸⁵ anteriormente para los crímenes contra la humanidad.

La ausencia de exigencia de contexto de conflicto armado. En primer lugar, el Estatuto no exige expresamente que la conducta deba ser cometida en el contexto de un conflicto armado internacional. Se decidió excluir esta exigencia toda vez que en Derecho positivo ya no se requería este vínculo que antiguamente se había requerido en el Tribunal de Nuremberg, como lo demostraban, por ejemplo, el artículo I del Convenio contra el Genocidio, la Ley N° 10 del Consejo de Control Aliado, el Convenio sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad⁸⁶, la decisión del caso "Tadic" del Tribunal para la Ex

Yugoslavia⁸⁷, y el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad⁸⁸. A nivel interno, también el nexo de guerra fue abandonado. Así se dio en el caso EICHMANN en Israel, BARBIE en Francia, y FINTA en Canadá⁸⁹.

Además, si se requería nexo de guerra, las conductas incluidas en el art. 7 del Estatuto de Roma podrían también ser encuadradas en el art. 8 de crímenes de guerra, y, toda vez que el ataque sistemático o generalizado no es un elemento típico de los crímenes de guerra, resultaría mucho más fácil probar un hecho según el art. 8 que hacerlo según el art. 7 de crímenes contra la humanidad. Así, esta figura se volvería inútil⁹⁰.

Así, la exigencia del nexo de guerra en el caso de los crímenes contra la humanidad se halla totalmente superada⁹¹.

El término "ataque". El Estatuto de Roma requiere que la conducta constitutiva de crimen contra la humanidad sea parte de un ataque, término que define el mismo artículo en su apartado 2 cuando dice:

"Por ataque contra una población civil se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política".

El elemento de política y el sujeto activo. Existen principalmente dos posiciones doctrinales opuestas: quienes exigen la intervención o al menos la tolerancia del poder político en el sujeto activo del delito, y quienes defienden que el delito no exige un sujeto activo especial y puede ser cometido por individuos privados⁹³.

Por un lado, se exige cierto grado de vinculación entre los actos y la política de un Estado u organización ("policy element")⁹⁴. Este elemento de política fue desconocido en Nuremberg⁹⁵, pero fue confirmado en los tribunales para la Ex Yugoslavia y Ruanda, así como por tribunales locales⁹⁶.

Esta política del Estado o de la organización debe ser activa, esto es, que se dé ejecución directa de actos a través de agentes propios o que se proporcionen medios a terceros, por ejemplo⁹⁷. No se indica a qué tipo de organización se hace referencia, pero una primera postura entiende que sólo el Estado o una organización que tenga poder de facto podrían cometer el ataque⁹⁸.

En los Elementos de los Crímenes se establece que la política de cometer ese ataque requiere que el Estado o la organización

promuevan o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil⁹⁹. Sin embargo, en nota al pie se agrega que “en circunstancias excepcionales podría ejecutarse por medio de una omisión deliberada de actuar y que apuntase conscientemente a alentar un ataque de ese tipo”¹⁰⁰.

La postura opuesta postula que la política puede ser de un Estado o de una organización y que nada se opone a que dicha organización sea de carácter privado, criminal o terrorista, ya que el Estatuto nada especifica sobre la naturaleza de la organización. No se requiere una naturaleza determinada sino tan sólo una estructura orgánica necesaria¹⁰¹. Una “organización” podría ser un grupo de personas que cuenta con el potencial suficiente, material y personal, para llevar a cabo un ataque como el que requiere el contexto típico, sin ser necesaria participación activa estatal, porque el texto del Estatuto prevalece sobre el texto de los Elementos de los Crímenes¹⁰².

En línea similar, se considera que, en cuanto al concepto de organización, no deben extremarse las exigencias de estabilidad y estructura jerárquica, aunque tampoco extenderse a cualquier grupo de personas que actúan con un mismo plan. En este sentido se entiende que la organización es un grupo dotado de medios determinados para alcanzar ciertos objetivos comunes, porque este es el significado del término “organización” en nuestro idioma. Y así, organizaciones terroristas, racistas, o dedicadas al tráfico ilegal de personas, podrían ser incluidas entre aquéllas que pueden promover o alentar activamente actos que constituyen crímenes contra la humanidad según el Estatuto, y no cabe duda sobre la idoneidad al respecto de las organizaciones para-estatales y/o paramilitares¹⁰³. En esta línea, se admite que el ataque sea cometido por agentes estatales o no estatales¹⁰⁴.

En mi opinión, se debería admitir la postura amplia, en cuanto a que pueda no ser estrictamente “estatal” el agente y que la organización eventualmente no tenga una conexión directa con el Estado, siempre que se den los específicos caracteres del ataque como elemento de contexto. Fundamento mi postura en la letra del Estatuto y su interpretación integral en el ámbito internacional. Esta concepción colabora con la idea de la tipificación de los crímenes contra la humanidad en caso de que el Estado haya sido desintegrado o haya colapsado por guerra civil interna, como se dio en la Ex Yugoslavia¹⁰⁵.

El artículo 7 del Estatuto de Roma en sentido estricto, teniendo en cuenta su carácter prioritario sobre las disposiciones de los Elementos de los Crímenes, nada dice sobre la activa participación del Estado en la política detrás del ataque, por lo que dicho elemento restrictivo no deberá ser exigido.

Violencia en el ataque. Aunque el ataque suele desarrollarse con rasgos de violencia, puede darse mediante medidas no violentas en contra de una parte de la población, como el apartheid¹⁰⁶. No se requiere que sea un ataque violento¹⁰⁷ ni de fuerzas armadas¹⁰⁸ o militares¹⁰⁹.

Ataque generalizado “o” sistemático. El ataque debe ser “generalizado o sistemático”¹¹⁰, con lo que se intenta evitar la actuación de la Corte en casos aislados y fortuitos¹¹¹, tal vez menos relevantes. El carácter impuesto al ataque supone así la exclusión de los actos singulares¹¹².

Exigencias alternativas o simultáneas. El Estatuto quedó redactado de modo alternativo o disyuntivo¹¹³, por lo que aparenta ser más extensivo ya que cubre una situación y la otra, y no exige las dos características en el ataque¹¹⁴; es decir, el elemento “sistemático” no necesita ser acumulativo del elemento “generalizado”, y, en caso de que uno sólo sea probado, no sería necesario probar el segundo¹¹⁵.

Sin embargo, esta extensión es sólo aparente ya que, de conformidad con la definición de “ataque” que trae el Estatuto en el mismo artículo, éste debe presentar ambas características, es decir, ser generalizado y sistemático. Ello así en atención al “policy element”, o elemento de política, que está presente en la exigencia de que el ataque debe ser “generalizado” y “sistemático”, como todo plan o política.

Generalidad del ataque. El término “generalizado”¹¹⁷ se refiere a la escala en la que se comete el delito¹¹⁸, es un elemento cuantitativo del hecho global¹¹⁹. Se caracteriza “por el efecto acumulativo de una serie de actos inhumanos o por el efecto singular de un acto inhumano de extraordinaria magnitud”¹²⁰. Así, lo que primero se consideró como que sólo incluía el ataque a una gran cantidad de víctimas¹²¹, se vio ampliado y se incluyó también el caso del ataque conformado por un solo acto pero de gran magnitud¹²².

Así, habrá ataque generalizado si existe una gran cantidad de víctimas, pero la gran cantidad de víctimas puede ser resultado de múltiples actos o bien de un acto único¹²³ “de extraordinaria magnitud”, lo cual destaca la naturaleza del ataque¹²⁴. Porque el punto es punir los actos, aunque sean únicos o individuales, que sean parte de un ataque de determinadas características¹²⁵.

También la generalidad del ataque puede derivarse de su extensión geográfica, al darse en un territorio amplio, aunque no es imprescindible que se dé este requisito¹²⁶.



Sistematicidad del ataque. Por su parte, el término “sistemático” se relaciona con el nivel de planificación u organización¹²⁷, requiere de una “pauta o un plan metódico”¹²⁸, que haya sido “minuciosamente organizado”¹²⁹, que no ocurra por mera coincidencia sino por la organización de actos¹³⁰. Lo relevante es que haya una sistematicidad y que no se trate de actos al azar o accidentales¹³¹.

En conclusión, lo que hace sistemático un ataque es “la dirección brindada a los perpetradores individuales hacia el objeto visualizado para el ataque, es decir, el grupo de las víctimas”¹³².

Caracteres del ataque y no del acto. Se debe aclarar que el ataque dentro del cual se comete el acto debe ser generalizado o sistemático, y no el acto en particular¹³³, aunque debe haber un nexo directo entre el acto y el ataque, ya que el acto no será típico si no es parte del ataque. Se podría presumir que existe nexo entre el acto y el ataque en base a las similitudes existentes entre el acto del acusado y los actos que ocurran en el ataque; la proximidad temporal y espacial entre el acto y el ataque; y la naturaleza y el grado de conocimiento que el acusado tiene del ataque¹³⁴.

Es irrelevante el número de actos, bastando la constatación de una sistematicidad como factor concatenante de actos aunque sean individuales. Se debe admitir que la propia característica de sistematicidad en el ataque exige, de por sí, la comisión de varios actos, no necesariamente múltiples¹³⁵. Pero el autor de un acto

puede haber cometido ese solo acto y constituir la conducta crimen contra la humanidad, siempre que ese acto forme parte de un ataque de las exigencias típicas¹³⁶, lo cual, lógicamente, llevará a que existan otros actos cometidos por otros autores, y de allí podría surgir una multiplicidad de actos¹³⁷.

Si el ataque se basa en una política o un plan que sirva de guía a los autores individuales respecto al objeto del ataque, será sistemático¹³⁸.

Ataque “contra una población civil”. El acto debe ser parte de un ataque dirigido directamente contra una población civil¹³⁹. La conducta así se distingue de los “crímenes de guerra” que pueden ser dirigidos contra combatientes o civiles¹⁴⁰, y el tipo se puede dar tanto en tiempos de paz como en tiempos de guerra¹⁴¹. Si una conducta encuadra en el tipo de crimen contra la humanidad, con la excepción que conforma un ataque que es dirigido contra combatientes, entonces será crimen de guerra, como violación grave a las Convenciones de Ginebra de 1949¹⁴².

Significado de “civil”. Se interpreta el término “civil” en un sentido amplio¹⁴³, que busca resaltar el propósito humanitario de la disposición. Así, se pueden incluir las conductas contra civiles que participen en un movimiento de resistencia, combatientes que depongan sus armas, combatientes internados como pacientes en hospitales, entre otros casos¹⁴⁴. Son “civiles” aquellas personas que no forman parte del poder organizado del que proviene la violencia,

y lo importante no es el status sino el rol efectivo en el momento de la comisión delictiva¹⁴⁵. Lo que se intenta es proteger a las víctimas por su estado de indefensión frente a la violencia organizada¹⁴⁶.

"Dirigido contra". El Estatuto en su texto español sólo incluye la frase "contra una población civil", no dice, como impondría una traducción textual del texto en inglés, que el ataque debe ser "dirigido contra una población civil". Al no incluir nuestro texto el término "dirigido", no se trata este especial requisito con atención. El término implica que la población civil en cuestión debe ser el objetivo primario e inmediato del ataque, no una mera víctima incidental o colateral¹⁴⁷.

"Una" o "cualquier" población civil. Al hablar el Estatuto de "una" población civil, se interpreta –en contrario al texto oficial literal– que se refiere a "cualquier" población civil¹⁴⁸, por lo cual se refiere a cualquier nacionalidad y queda incluido el caso en que las víctimas sean de la misma nacionalidad de los agresores¹⁴⁹. Así, los crímenes contra la humanidad no se limitan a los cometidos contra los nacionales de un Estado extranjero, como sucede con los crímenes de guerra¹⁵⁰.

"Población". Se interpreta que la víctima destinataria del ataque debe ser colectiva¹⁵¹, así se descartan los actos aislados y casuales¹⁵², exigencia que también se deriva del término "ataque"¹⁵³. Y aunque se hace referencia a "un grupo autónomo de individuos, ya por razones geográficas, ya como consecuencia de otras características", este elemento adicional no debe interpretarse de manera restringida, y por ello no se exige que se tenga en mira a una población de forma indiscriminada¹⁵⁴.

Al hablarse de "población" no se entiende que necesariamente deba verse atacada *toda* la población de un territorio ni que ella haya sido la intención del agente¹⁵⁵. No se exige que la totalidad de la ciudadanía se vea afectada, sino que se intenta evitar los actos aislados¹⁵⁶.

Además, así como no se requiere que los crímenes sean dirigidos contra toda una población entera, tampoco se requiere que todos los que integran la población en cuestión sean propiamente civiles¹⁵⁷.

Ahora bien, esta pluralidad de víctimas no debe eliminar la concepción de que el portador del bien jurídico protegido es el individuo, y se intenta por este requisito excluir los ataques comunes o actos de violencia aislados¹⁵⁸. No se trata de exigir multiplicidad de actos¹⁵⁹, sino que cada acto individual, dentro del ataque generalizado, atenta contra un bien jurídico fundamental y constituye crimen contra la humanidad¹⁶⁰.

Conocimiento del ataque y *mens rea*. El tipo exige "conocimiento del ataque" por parte del autor del delito, por lo que se trata de una forma de dolo especial¹⁶¹. La previsión excede el elemento de intencionalidad requerido por el Estatuto de manera genérica¹⁶², pero en definitiva el "ataque" es tan sólo un elemento objetivo más del tipo, que debe ser abarcado por el dolo¹⁶³.

Cada autor debe saber que existe un ataque contra la población civil y que su acto individual forma parte de dicho ataque¹⁶⁴, pero no se exige que sea responsable del ataque en sí¹⁶⁵, que haya colaborado en la planificación o dirección del ataque¹⁶⁶, que conozca la política que está detrás de dicho ataque¹⁶⁷, o que conozca los detalles del ataque¹⁶⁸. Si una persona participa en un crimen de lesa humanidad pero desconoce que éste es parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, su conducta no cumplirá con las exigencias típicas de este delito, aunque podrá tratarse de un delito común o, tal vez, de alguna de las especies de crímenes de guerra.

La exigencia del conocimiento del ataque denota la verdadera esencia de este delito: se busca perseguir conductas individuales que son vistas como crímenes internacionales contra la humanidad por su inclusión en un marco más amplio de conducta criminal.

AMBOS considera que "según el Derecho consuetudinario internacional un criminal tiene conocimiento del ataque si está consciente del riesgo de que su conducta forma parte objetivamente de un ataque de mayor envergadura¹⁶⁹. Luego, los tribunales *ad hoc* vinieron a convenir que el criminal debe tener conocimiento "tanto del ataque como del vínculo que hace que el acto penal individual forme parte del ataque"¹⁷⁰.

Es admisible el dolo eventual, pero lo que resulta inadmisibles es la posibilidad de culpa. El sujeto activo se debe representar claramente el resultado de su conducta, lo cual incluye el conocimiento del ataque y que su acto coadyuva a tal ataque, y esta exigencia no es compatible con un actuar negligente o imprudente que pueda favorecer al ataque.

Irrelevancia de la motivación. Por último, la conducta típica del crimen contra la humanidad no requiere un motivo o una motivación en particular¹⁷¹. Esto no significa que la prueba de una motivación determinada no pueda constituir un indicio de culpabilidad, así como su absoluta inexistencia pueda dar lugar a la duda sobre la inocencia¹⁷².

8. Conclusión.

En síntesis, a partir del Estatuto de Roma, son crímenes de lesa humanidad cualquiera de los actos enumerados en su artículo 7 siempre que sean cometidos como parte de un ataque generalizado y sistemático dirigido contra cualquier población civil.

La violación, la tortura, la desaparición forzada, el apartheid, y otros actos inhumanos, cuando se dan en el contexto típico descrito, son crímenes contra la humanidad. Difieren así de los delitos comunes, de violación, de tortura, de desaparición forzada, o del acto en particular de que se trate según Derecho interno de cada país. El delito común difiere del delito internacional justamente por el contexto que no tiene.

Un mismo acto puede ser delito común, punible según Derecho interno, o delito o crimen de lesa humanidad, punible tanto por el Derecho Penal Internacional, a través del Estatuto de Roma aplicable por la Corte Penal Internacional, como por los tribunales locales de cada país que ha ratificado el Estatuto, como es el caso de Brasil, Colombia, Argentina, entre otros países sudamericanos.

Deberá cada legislación interna evaluar las eventuales violaciones al principio de legalidad que pueda acarrear la aplicación del Estatuto, en particular, en atención a la elección de tipos abiertos como se observa en la redacción de los crímenes de persecución, violencia sexual, y en especial por la frase final de “otros actos inhumanos” del art. 7.

A su vez, un mismo acto puede ser delito (“crimen de lesa humanidad” como “crimen internacional”) y también ser ilícito internacional. Las responsabilidades generadas son diferentes y los dos ámbitos rigen y se aplican sin exclusión.



Foto: NRC

PARTE II: LAS AGRESIONES SEXUALES COMO CRIMENES DE LESA HUMANIDAD¹⁷³

“La violencia sexual daña mucho más que el cuerpo. Las víctimas de violencia sexual sufren un grave daño post-traumático, un desorden, un síndrome de stress posterior al acto injuriente. Pueden vivir a diario con insomnio, ira, angustia, disfunciones sexuales, y todo tipo de síndromes a modo de desórdenes en la vida cotidiana.

La violencia sexual desmoraliza y humilla a la víctima. Provoca miedo, ira y odio que sobrepasan en el tiempo los límites del conflicto en el que se generan. El poder de la violencia sexual daña más allá de la víctima inmediata: destruye una familia y una sociedad”¹⁷⁴.

Las agresiones sexuales en la Ex Yugoslavia. La violencia sexual ha sido utilizada en la historia en numerosos conflictos bélicos como medio para causar terror, como vejación, como medio para desmoralizar al enemigo o causar humillación en la población¹⁷⁵.

El uso de la violencia sexual en la guerra se manifiesta a la opinión pública internacional de manera clara y determinante a partir del conflicto de la Ex Yugoslavia. El 6 de octubre de 1992, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas adoptó la Resolución 780 por la que se creó la Comisión de Expertos para investigar y recoger pruebas sobre las violaciones del Derecho humanitario bélico cometidas en el conflicto de la Ex-Yugoslavia.

Esta Comisión redactó dos informes internos en 1993 y un informe

final en 1994. Dentro de la Comisión se organizó un equipo especial, formado por abogadas, psiquiatras y traductoras, para investigar las violaciones y agresiones sexuales ocurridas en aquel conflicto. Este equipo interrogó a 226 refugiadas y la Comisión recogió 1.100 casos documentados de violación y violencia sexual.

Este estudio sobre violencia sexual concluyó que se trató de una práctica utilizada de manera calculada y deliberada, como herramienta para la llamada “limpieza étnica”¹⁷⁶ al identificarse amplios modelos de conducta en el uso de la violencia sexual¹⁷⁷.

El informe del Relator especial para la Ex Yugoslavia de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas también resaltó la utilización de la violación no sólo como ataque a la víctima individual sino también como método de limpieza étnica “dirigido

a la humillación, vergüenza, degradación y terror de todo el grupo étnico.

La violencia sexual en el conflicto de la Ex Yugoslavia se caracterizó por la motivación étnica, la intención de humillar especialmente a la víctima, su familia y su comunidad entera, la extrema brutalidad utilizada, la elección en ocasiones de las víctimas entre los líderes y profesionales de una comunidad, la gestación forzada del hijo del violador y la intención de aterrorizar a la población para impedir su regreso¹⁷⁸.

Los grupos étnicos agredidos fueron diversos: bosnios musulmanes, bosnios católicos, croatas católicos, croatas serbios, croatas musulmanes y otros. La mayoría de las víctimas fueron bosnios musulmanes, y la mayoría de los perpetradores fueron bosnios serbios. Los serbios manejaban la mayoría de los campos de detención en los cuales ocurrió la mayor cantidad de casos de violencia sexual.

El volumen, generalización y tiempo en el que estos actos fueron realizados, unido a la repetición de modelos indica una planificación de los mismos y su realización con el consentimiento de los líderes políticos y militares¹⁷⁹.

Se estudiaron cinco patrones básicos en la comisión de estos crímenes:

1) **Violencia sexual con intimidación y saqueos**

Ya al comienzo de las primeras tensiones étnicas, miembros del grupo que controlaba el gobierno local comenzó a aterrorizar a vecinos y miembros de otros grupos. Paramilitares y otros individuos o grupos de individuos entraban en las casas a fin de intimidar a sus residentes, robar bienes, golpearlos, y abusar sexualmente de las mujeres que allí habitaban, generalmente frente a los otros miembros de la familia. También se dio la metodología de raptar a las mujeres, llevarlas a campos alejados, violarlas reiteradamente y luego abandonarlas sin ayuda.

2) **Violencia sexual durante la lucha**

Esto ocurrió junto con la lucha masiva y expandida. Cuando las fuerzas ingresaban a pueblos o aldeas, reunían a la población y los separaban por edad y género. Algunas mujeres eran violadas o abusadas sexualmente en sus casas mientras que las fuerzas aseguraban el área. Otras mujeres eran seleccionadas y violadas o abusadas sexualmente en público.

3) **Violencia sexual durante la detención**

Ciertas instalaciones donde se alojaba a las personas detenidas y otros sitios similares eran llamados “collection centers”. Luego de que las mujeres eran separadas de los hombres en cada aldea, pueblo o ciudad, el trato era diferenciado. Los hombres eran torturados hasta la muerte o enviados a los campos a trabajar. Las mujeres eran enviadas a otros campos, donde soldados, guardias de seguridad, paramilitares e incluso civiles eran autorizados a elegir las, llevarlas, violarlas o abusar de ellas a su discreción. Esta metodología aterrorizaba a las restantes mujeres de los campos. Luego del abuso o la violación, las mujeres eran asesinadas o regresadas a los campos a fin de cambiarlas, eventualmente, por algún prisionero, según la necesidad.

Otras mujeres no eran llevadas de los campos sino que permanecían allí y eran abusadas o violadas allí mismo, frente a las otras detenidas. El jefe del campo participaba o controlaba estas agresiones públicas. Eran muy habituales las violaciones en grupo, y también las violaciones seguidas de tortura o golpes, e incluso otras formas de humillación.

En los campos donde sólo había hombres, o en los campos mixtos, los hombres también eran víctimas de agresiones sexuales. Éstas eran mayormente públicas, con altos grados de humillación, ya que su objetivo era exclusivamente causar terror, demostrar poder, humillar.

4) **Violencia sexual en campos de violación**

En estos campos, todas las mujeres eran violadas o abusadas sexualmente, de modo rutinario y metódico. También se daban las agresiones junto con torturas y golpes, e incluso frente a otras detenidas.

5) **Violencia sexual en “bordello camps”**

Estos campos eran creados especialmente para mantener mujeres cautivas a fin de ser utilizadas sexualmente por los hombres que regresaban del combate. Se recolectaban mujeres de los campos y de sus propias casas y se las llevaba a hoteles o casas privadas, donde eran obligadas a mantener relaciones sexuales con soldados y civiles. En estos casos, a diferencias de lo que sucedía en los campos, el objetivo de la detención de las mujeres no era golpearlas ni castigarlas, sino preservarlas para dar sexo a los hombres. Una vez que eran abusadas reiteradamente, eran asesinadas, no se las cambiaba por otros prisioneros ni eran regresadas a los campos.

Hasta aquí los patrones que fueron observados por el trabajo de la Comisión en la Ex Yugoslavia. A su vez, se determinaron las

características comunes a las agresiones sexuales estudiadas. Éstas fueron:

- 1) la motivación étnica
- 2) la búsqueda de la causación de vergüenza y humillación en la víctima
- 3) la brutalidad de los ataques
- 4) el contexto lesivo
- 5) el objetivo de víctimas bellas, vírgenes, profesionales o importantes en la comunidad
- 6) el embarazo forzado
- 7) el elemento de intencionalidad

Las agresiones sexuales en Ruanda. En las comunidades musulmanas, la mujer que tiene relaciones sexuales fuera del matrimonio, aunque las mismas hayan sido forzadas, resulta impura. Las mujeres solteras dejan de ser aptas para el matrimonio y las casadas son expulsadas de sus familias¹⁸⁰.

Además, a la mujer violada o ultrajada que declara y denuncia sobre el hecho sufrido se la estigmatiza como incapaz de mantener una vida organizada, por tanto las denuncias son excepcionales.

Se suma a ello que los síntomas post-traumáticos que sufre gran parte de las mujeres violadas las conduce a sentirse realmente incapaces de continuar cuidando de sí mismas y de sus familias. Así el grupo sufre un grave daño y se producen perjuicios irreparables en las relaciones sociales y de familia¹⁸¹.

Otros casos de agresiones sexuales. Las agresiones sexuales como método utilizado en situaciones de conflicto es habitual y generalizado en diferentes culturales y sociedades. Así lo demuestran el Informe de Amnistía Internacional sobre la violencia sexual en el conflicto de Darfur, Sudan, el informe de Human Rights Watch, sobre violencia sexual contra mujeres y niñas en la República Democrática del Congo y los informes de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer, Radhika Coomaraswamy, todos describen escenarios similares.

La violencia sexual estuvo presente en la Segunda Guerra Mundial, no sólo por medio de agresiones sexuales expresamente destinadas a ser utilizadas como arma de guerra contra el bando enemigo, sino a modo de violencia sexual rutinaria llevada a cabo por soldados rusos y japoneses y, a menor escala, por las tropas alemanas. Se ha informado que los japoneses mantuvieron cautivas a más de 300.000 mujeres coreanas que llamaron “comfort women”. Eran confinadas en campos para ser usadas y abusadas por las tropas a su discreción. Y estos hechos no fueron juzgados.

La primera tipificación de la violencia sexual. El uso sistemático de la violencia sexual como método vejatorio y medio de violación masiva de derechos humanos, como arma de guerra, y como instrumento de limpieza étnica, se ha extendido y generalizado en los últimos años. Por ello, necesariamente se ha avanzado y evolucionado en la regulación de este tipo de conductas a nivel internacional. Gran parte del trabajo se dio gracias a la vasta jurisprudencia de los tribunales penales internacionales *ad hoc* para la Ex Yugoslavia y Ruanda, así como por la labor de las ONGs al momento de definir la redacción final del Estatuto de Roma de 1998.

Las agresiones sexuales, y la violencia sexual en general, no estaban tipificadas expresamente como constitutivas de un delito autónomo en los primeros instrumentos internacionales. No aparecía en los Estatutos de los Tribunales de Nuremberg y Tokio. Allí sólo podía considerarse incluida en la cláusula “otros actos inhumanos” de la definición de los crímenes contra la humanidad¹⁸². Por su parte, el Tribunal militar internacional de Tokio condenó varios casos de violación como crímenes de guerra¹⁸³, no como crímenes contra la humanidad.

Tampoco se tipificó la violencia sexual expresamente como delito en el Derecho de la Guerra y el Derecho Internacional humanitario. En este ámbito, la violación y otros actos de carácter sexual estaban prohibidos, pero se consideraban actos que afectaban al honor, y no a la integridad y libertad sexual de la víctima. Además, no eran delitos, sino ilícitos, por lo que su comisión no generaba responsabilidad penal internacional en el individuo¹⁸⁴.

Así, por ejemplo el art. 27. 2 del IV Convenio de Ginebra, los arts. 75.2 y 76.1 del Protocolo I y art. 4.2 del Protocolo II incluyen la violación, prostitución forzada y cualquier otra forma de atentado al pudor como formas de ataque al honor contra las que los Estados deben proteger.

A partir de los años 90¹⁸⁵ cambia la situación. El trabajo de la Comisión de Expertos para investigar y recoger pruebas sobre las violaciones del Derecho humanitario cometidas en el conflicto de la Ex-Yugoslavia dio lugar a que ciertas formas de violencia sexual fueran incluidas en la definición de los crímenes contra la humanidad de los arts. 5 del Estatuto del TPIY y 3 del Estatuto del TPIR.

El artículo 5 del Estatuto del TPIY dice:

“El Tribunal Internacional tendrá competencia enjuiciar a

los presuntos responsables de los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos contra la población civil durante un conflicto armado interno o internacional:

- a) Asesinato;
- b) Exterminio;
- c) Esclavitud;
- d) Deportación;
- e) Encarcelamiento;
- f) Tortura;
- g) Violación;
- h) Persecución por motivos políticos, raciales o religiosos
- i) Otros actos inhumanos”.

Por su parte, el artículo 3 del Estatuto del TPIR dice:

“El Tribunal Internacional para Ruanda está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando éstos han sido cometidos en el curso de un ataque generalizado y sistemático, y dirigidos contra cualquier población civil en razón de su nacionalidad o pertenencia a un grupo político, étnico, racial o religioso:

- a) Asesinato;
- b) Exterminio;
- c) Esclavitud;
- d) Deportación;
- e) Encarcelamiento;
- f) Tortura;
- g) Violación;
- h) Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos;
- i) Otros actos inhumanos”.

La ausencia de tipificación expresa de actos de violencia sexual en instrumentos anteriores no impedía, para cierta doctrina, considerar que podían subsumirse tanto en los tipos de crímenes contra la humanidad como en los crímenes de guerra y el genocidio, por ejemplo en las siguientes figuras: graves violaciones de los Convenios de Ginebra de 1949, como delitos de tortura, tratos inhumanos, y deliberada causación de grandes sufrimientos y lesiones graves al cuerpo o la salud¹⁸⁶; crímenes de guerra de Derecho consuetudinario¹⁸⁷; genocidio, en la modalidad de sometimiento del grupo a condiciones de vida dirigidas a impedir los nacimientos con la intención de causar su destrucción¹⁸⁸; y crímenes contra la humanidad, en la modalidad de tratos inhumanos¹⁸⁹.

Sin embargo, la tipificación expresa de la violencia sexual como

crimen internacional aumenta y especializa el ámbito de protección debida, contribuyendo así a la erradicación de esta conducta.

Las agresiones sexuales en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*. Los tribunales para la Ex Yugoslavia y Ruanda no sólo utilizaron la nueva tipificación expresa de la violación como crimen contra la humanidad en sus Estatutos, sino que condenaron también agresiones sexuales como crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y genocidio.

A falta de una tipificación expresa de la violación y otras formas de violencia sexual como crímenes de guerra, los Tribunales *ad hoc* subsumieron estos actos en otros crímenes sí recogidos expresamente en los Convenios de Ginebra y en las leyes de la guerra, como la tortura y los actos inhumanos, o los actos deliberados que causen graves padecimientos o graves daños a la integridad física y la salud, tratos humillantes o degradantes, y aceptaron también que la violación y otros delitos de naturaleza sexual, como por ejemplo el embarazo forzoso, podían constituir genocidio si se realizaban con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo protegido.

A su vez, los tribunales elaboraron una avanzada definición de la violación, que después sería acogida en los Elementos de los Crímenes del Estatuto de Roma.

El primer proceso celebrado ante el TPIY, el caso Tadic, incluyó cargos por violación y otras formas de violencia sexual. Tadic fue condenado por delitos sexuales constitutivos de crímenes de guerra en sus modalidades de tratos inhumanos y daños a la integridad física y moral, la salud o la dignidad humana y de crímenes contra la humanidad en su modalidad de persecución, por participar en una campaña de terror de la que formaban parte las violaciones, aunque no se pudo probar su participación y comisión directa de modo personalmente.

En la sentencia del caso *Akayesu*¹⁹⁰ del TPIR, la violación fue considerada crimen de guerra y así como otros actos de violencia sexual como por ejemplo la prostitución forzada, como atentados contra la dignidad y tratos humillantes y degradantes (violaciones del art. 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo II), y se afirmó que la violación podía también constituir tortura¹⁹¹. La violación y otros actos de violencia sexual¹⁹² también se consideraron crímenes contra la humanidad, para lo cual el Tribunal exigió que formaran parte de un ataque masivo o sistemático, que se ejerciera contra la población civil, y, en virtud de las limitaciones establecidas en su estatuto, que se realizara por motivos discriminatorios¹⁹³.

La violación y el embarazo forzado se consideraron además en el caso contra Akayesu¹⁹⁴, métodos de genocidio biológico, cuando se realizaban con la intención de destruir al grupo mediante el impedimento de nacimiento de niños en el seno de grupo.

En el caso *Furundzija*¹⁹⁵, el TPIY reconoció que la violación podía ser castigada como crimen de guerra, crimen contra la humanidad o genocidio, si se daban los elementos típicos de cada uno de ellos¹⁹⁶, (aunque en el caso concreto solo se condenó como crimen de guerra).

En el caso *Delalic, Mucic, Delic and Landzo*¹⁹⁷, el TPIY calificó la violación como crimen de guerra en la modalidad de tortura¹⁹⁸, basándose en la jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y de la sentencia *Akayesu*¹⁹⁹.

En el caso *Kunarac, Kovac and Vukovic*²⁰⁰, primer caso exclusivamente basado en crímenes sexuales, el TPIY calificó la violación como crimen de guerra y como crimen contra la humanidad, y admitió que la esclavitud sexual constituía esclavitud a los efectos de la letra c) del art. 5 -crímenes contra la humanidad- del Estatuto del TPIY²⁰¹.

Así los tribunales ad hoc fueron forjando una concepción de la violación que después sería recogida por los Elementos de los Crímenes.

El primer concepto surgió del caso *Akayesu*²⁰², a modo de definición amplia²⁰³ que después sería seguida en los casos *Delalic, Mucic, Delic and Landzo*²⁰⁴, y concretada en el caso *Furundzija*, y en el caso *Kunarac, Kovac y Vukovic*.

La sentencia *Furundzija*, además de concretar la definición del delito, dejó claro que tanto el sexo oral como la introducción de objetos por vía vaginal o anal constituían violación²⁰⁵, y que el consentimiento de la víctima quedaba excluido por viciado en situaciones de cautiverio²⁰⁶.

La sentencia contra *Kunarac, Kovac y Vukovic* concluye que lo relevante para caracterizar el hecho como violación no es el uso o amenaza de la fuerza, que había destacado el caso *Furundzija*, sino la ausencia de consentimiento, lo que puede suceder también en situaciones de inconsciencia, de incapacidad de la víctima para resistir, etc.²⁰⁷, con lo que llega a la siguiente definición:

“El actus reus del crimen de violación en Derecho Internacional está constituido por la penetración, por pequeña que sea, (a)

*de la vagina o el ano de la víctima por el pene del autor o por cualquier objeto usado por el autor, o (b) de la boca de la víctima por el pene del autor, cuando tal penetración ocurre sin consentimiento de la víctima. Consentimiento, para este propósito, debe ser consentimiento dado voluntariamente, como resultado de la voluntad libre de la víctima, evaluada en el contexto de las circunstancias existentes”*²⁰⁸.

Esta sentencia influiría considerablemente en la definición de la violación receptada por el art. 7 1) g)–1 de los Elementos de los Crímenes que completan al Estatuto de Roma.

Los delitos sexuales en el Estatuto de Roma. El art. 7 del Estatuto de Roma regula los Crímenes de lesa humanidad de competencia de la Corte Penal Internacional y recoge en su apartado g) *la violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable*. Además, el apartado h) trae al género como uno de los motivos que pueden calificar un hecho como delito de persecución.

Al ser éstos “crímenes de lesa humanidad”, como tales todos deben reunir ciertos elementos típicos específicos que trae la redacción de cada conducta, y además los elementos típicos que exige el elemento de contexto común a todos estos crímenes, es decir, que cada conducta, en particular, debe ser parte de un ataque generalizado y sistemático contra una población civil, con conocimiento de dicho ataque.

Violación. La tipificación de la violación como crimen autónomo, ya no vinculado a las ideas de dignidad y honor de la mujer o de la familia, constituye un gran avance que independiza al delito y lo coloca en la situación jurídica que le corresponde.

Los Elementos de los crímenes definen la violación de una manera amplia y avanzada, siguiendo la jurisprudencia de los tribunales ad hoc. Así se exige:

*“Artículo 7 1) g)-1
Elementos*

1. Que el autor haya invadido el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo.

2. *Que la invasión haya tenido lugar por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa u otra persona o aprovechando un entorno de coacción, o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento (...)*”.

Además, como sucederá en todos los casos, se exige que se dé el elemento de contexto común a todos los crímenes de lesa humanidad.

En nota al pie se agrega que no es necesario probar un especial ánimo lascivo; que sujeto pasivo de la violación puede ser tanto el hombre como la mujer, al utilizarse el término “invasión” en un sentido neutro; y, que una persona es incapaz de dar su libre consentimiento si adolece de una incapacidad natural, inducida o debida a la edad, lo que convierte en violación todo acceso carnal con niños cuyo consentimiento no pueda considerarse válido, aunque no se concreta una edad, que deberá ser decidida por el tribunal, o incapaces cuyo consentimiento igualmente no pueda ser considerado válido²⁰⁹.

Esclavitud sexual. La esclavitud sexual es una forma de esclavitud. El Estatuto define la “esclavitud” como “el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños”.

Los Elementos de los crímenes añaden:

“Artículo 7 1) g)-2

Elementos

1. *Que el autor haya ejercido 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*

Para interpretar esta privación de libertad, la nota 18 remite a la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 1956, y aclara que además comprende en todo caso el tráfico de personas, en particular de mujeres y niños²¹⁰.

2. *Que el autor haya hecho que esa o esas personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual (...)*”.

Prostitución forzada. La prostitución forzada ya estaba prohibida en algunos instrumentos de Derecho Internacional humanitario, pero su tipificación como crimen contra la humanidad independiente se da por primera vez en el Estatuto de Roma.

“Artículo 7 1) g)-3

Elementos

1. *Que el autor haya hecho que una o más personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder contra esa o esas personas u otra persona, o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento.*

2. *Que el autor u otra persona hayan obtenido, o esperaran obtener, ventajas pecuniarias o de otro tipo a cambio de los actos de naturaleza sexual o en relación con ellos (...)*”.

Embarazo forzado. Dice el Estatuto de Roma, art. 7.2.f):

Por “embarazo forzado” se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del Derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de Derecho interno relativas al embarazo”.

En Elementos de los crímenes, se prevé:

“Artículo 7 1) g)-4

Elementos:

1. *Que el autor haya confinado a una o más mujeres que hayan quedado embarazadas por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otra infracción grave del derecho internacional (...)*”.

La comisión de este delito presupone la comisión previa por el mismo u otro sujeto de un delito de violación que dé lugar a un embarazo.

Deben darse determinados móviles que restringen el tipo: la intención de modificar la composición étnica, u otros fines contrarios al Derecho Internacional, como por ejemplo el mantenimiento forzado de un embarazo con el fin de utilizar los fetos o los niños en experimentos.

El confinamiento de la mujer embarazada para asegurar la prosecución del embarazo, en realidad no será necesario en muchos casos al prohibir las propias normas religiosas o sociales del grupo el aborto. En este sentido, este requisito podría haber sido sustituido por una fórmula más general que recogiera los casos en que el autor se asegura la prosecución del embarazo por cualquier medio y no sólo mediante el confinamiento de la víctima, o, en su defecto, establecerse como alternativo, y no como acumulativo a la exigencia de determinados fines ilícitos.

La rigidez de las expresiones utilizadas sin duda dejará fuera supuestos igualmente merecedores de castigo, realizados con los fines exigidos pero por otros medios.

La conducta de embarazo forzado también puede ser calificada como genocidio si se realiza con la intención de destruir biológicamente al grupo²¹¹.

Esterilización forzada. Esta conducta se recoge como constitutiva de Crímenes contra la humanidad de manera expresa por primera vez en el Estatuto de Roma. Pero fue un crimen ya perpetrado por los nazis, para conseguir la llamada “limpieza étnica” y juzgado por los tribunales americanos de ocupación²¹².

En Elementos de los crímenes se prevé:

“Artículo 7 I) g)-5

Elementos

1. Que el autor haya privado a una o más personas de la capacidad de reproducción biológica. Aunque se especifica en la nota 19 que esto no incluye las medidas de control de la natalidad que no tengan un efecto permanente en la práctica.

2. Que la conducta no haya tenido justificación en un tratamiento médico o clínico de la víctima o víctimas ni se haya llevado a cabo con su libre consentimiento, y se entiende que “libre consentimiento” no incluye el consentimiento obtenido mediante engaño (nota 20) (...).”

Cláusula final genérica:

Cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable. En Elementos de los crímenes se aclara a qué apunta esta cláusula final y amplía del Estatuto de Roma. Se exige:

“Artículo 7 I) g)-6

Elementos

1. Que el autor haya realizado un acto de naturaleza sexual contra una o más personas o haya hecho que esa o esas personas realizaran un acto de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas u otra persona o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento.

2. Que esa conducta haya tenido una gravedad comparable a la de los demás crímenes del artículo 7 I) g) del Estatuto.

3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinaban la gravedad de la conducta (...).”

Esta previsión responde a la doctrina de los tribunales ad hoc que condenaron como crímenes contra la humanidad otros delitos sexuales diferentes a la violación, a pesar de no aparecer expresamente citados en sus Estatutos.

De la misma manera que en la violación, el término “violencia” aquí se emplea en un sentido amplio, en sentido de violencia física, psíquica o moral, equivalente así a la falta de consentimiento. Esto incluye los actos de naturaleza sexual realizados sin uso ni amenaza de la fuerza en los que autor aprovecha la incapacidad de la víctima, bien sea por una minusvalía física o mental o por su edad.

Sin perjuicio de la estimada intención que puede haber existido en los redactores del Estatuto de Roma al incluir esta cláusula genérica, por la cual seguramente se intentó dejar cubierta la protección de otras prácticas sexuales aberrantes de igual magnitud que no estuvieran expresamente receptadas por la enumeración precedente, es evidente que la disposición viola el estricto principio de legalidad que exige que el delito sea redactado de modo preciso, estricto y cierto, además de que lo sea en forma escrita y previa. De este modo, es de esperar que los siguientes instrumentos penales internacionales, y en particular podría darse aquí a través de una Enmienda futura, se dediquen a acotar estas cláusulas genéricas no deseadas, cumpliendo así con las exigencias derivadas del principio de legalidad estricto que, a mi modo de ver, debe regir en Derecho Penal Internacional.

Persecución por motivos de género. El crimen de persecución, como crimen contra la humanidad se regula en el apartado h) del art. 7 del Estatuto de Roma: “Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte”. Y agrega el Estatuto:

“g) Por “persecución” se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad”.

Los Elementos de los crímenes añaden:

“Artículo 7 I) h)

Elementos

1. *Que el autor haya privado gravemente a una o más personas de sus derechos fundamentales en contravención del Derecho internacional.*

2. *Que el autor haya dirigido su conducta contra esa persona o personas en razón de la identidad de un grupo o colectividad o contra el grupo o la colectividad como tales.*

3. *Que la conducta haya estado dirigida contra esas personas por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género, según la definición del párrafo 3 del artículo 7 del Estatuto, o por otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.*

4. *Que la conducta se haya cometido en relación con cualquier acto de los señalados en el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto o con cualquier crimen de la competencia de la Corte (...)*²¹³.

En la discusión del Estatuto algunos Estados confesionales y grupos religiosos se opusieron a la introducción de la perspectiva del género. Temían que este artículo abriera la puerta a la admisión de la homosexualidad, o bien lo consideraban contrario a la de la concepción mujer propia de sus ideologías²¹⁴. Esta oposición llevó a la definición expresa del término género a los efectos del Estatuto:

“3. A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término “género” se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término “género” no tendrá más acepción que la que antecede”.

Los delitos sexuales también se han recogidos en el Estatuto de manera expresa y autónoma como crímenes de guerra, tanto en conflictos internacionales como en conflictos internos. Ello está recogido en el artículo 8 del Estatuto, pero resulta ajeno al objeto de esta exposición.

Casos ante la Corte Penal Internacional. La Corte Penal Internacional investiga hoy cuatro casos y en algunos de ellos se presentan cargos por la comisión de delitos sexuales:

1) *Situación en la República Democrática del Congo*

Esta situación fue remitida a la Corte por el propio gobierno de la República del Congo, es decir, la investigación se abrió a solicitud de un Estado Parte (arts. 13 a y 14 del ER). La investigación de la situación generó la apertura de diversos casos, alguno de ellos incluye cargos por violencia sexual:

- Caso contra Katanga y Ngudjolo: violencia sexual en el ataque a Bogoro el 24 de febrero de 2003

- Orden de Arresto de 2 de Julio de 2007/Audiencia de confirmación de Cargos 27 de Junio de 2008. Incluye:

- a) Violación como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra
- b) Esclavitud Sexual como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra
- c) Atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes.

2) Situación en Uganda. Remitida también por el propio gobierno ugandés:

- Caso contra Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo y Dominic Ongwen, incluye delitos sexuales, entre ellos violación como crimen contra la humanidad y como crimen de guerra

3) Situación en República Centroafricana. Remitida también por el propio Estado:

- Caso contra Jean Pierre-Bemba: violencia sexual en la actuación de los miembros del movimiento por la liberación de congo en la república centroafricana entre el 25 de octubre 2002 y el 15 de marzo de 2003

- Orden de Arresto de 23 de Mayo de 2008. Incluye:

- a) Violación como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra;
- b) Atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes.

4) Situación en Darfur (Sudan): fue remitida por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en aplicación del art. 13 b del Estatuto de Roma (Resolución 1593). Sudán no ha ratificado todavía el Estatuto de Roma pero la mencionada Resolución le exige cooperar con la Corte aún sin ser Estado Parte:

- Caso contra Ahmad Muhammad Harun ("Ahmad Harun") y Ali Abd-Al-Rahman ("Ali Kushayb"), en el que también se incluyen acusaciones de violación como crímenes contra la humanidad y como crímenes de guerra.

Las Reglas de Procedimiento y Prueba y la protección de víctimas y testigos. El Estatuto de Roma y las Reglas de Procedimiento y Prueba contienen disposiciones relativas al procedimiento, a la prueba y al trato y la protección de víctimas y testigos de violencia sexual²¹⁵.

Así, por ejemplo, se dispone que la oficina del Fiscal debe tener

especialistas jurídicos sobre esta clase de delitos²¹⁶, se establece una Dependencia de Víctimas y Testigos con el fin de asesorarlas y protegerlas, que contará con especialistas para el tratamiento de los traumas derivados de la violencia sexual²¹⁷, se prevé la posibilidad de celebrar sesiones a puerta cerrada o prestar declaración por videoconferencia, etc.²¹⁸ se establecen normas de especial cuidado en el interrogatorio de víctimas de violencia sexual para evitar el hostigamiento o la intimidación de las mismas²¹⁹.

Especial atención merecen las reglas de prueba particulares para los delitos sexuales, que provienen de la experiencia y la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, y la continua reelaboración de sus propias Reglas de Procedimiento y Prueba²²⁰. Así, la Regla 70 de Procedimiento y Prueba ante la Corte Penal Internacional establece los siguientes principios que deben guiar a la Corte:

- a) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre;
- b) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre;
- c) El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual;
- d) La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo.

La Regla 71, por su parte, consagra otra norma que ya había sido elaborada para los Tribunales *ad hoc*: no se admite prueba del comportamiento sexual anterior o ulterior de la víctima o de un testigo.

Y la Regla 72 establece un procedimiento a puerta cerrada para considerar la pertinencia o la admisibilidad de pruebas cuando se tenga la intención de presentar u obtener, incluso mediante el interrogatorio de la víctima o de un testigo, pruebas de que la víctima consintió en el supuesto crimen de violencia sexual denunciado, o pruebas de las palabras, el comportamiento, el silencio o la falta de resistencia de la víctima o de un testigo.

A modo de conclusión. La tipificación expresa y autónoma de los delitos sexuales como crímenes de lesa humanidad y como crímenes de guerra en Derecho Penal Internacional, así como su condena, si se dan el resto de elementos, como modalidad de

genocidio, constituye un avance en la lucha contra estos delitos.

Sin embargo, se debe velar por el sumo respeto del principio de legalidad y evitar, al momento de acusar y juzgar, la subsunción de conductas en cláusulas genéricas que no satisfacen las exigencias del Derecho Penal.

Debemos aspirar a utilizar los tipos penales más específicos que, gracias al trabajo de doctrinarios, comisiones de expertos, y jueces de tribunales internacionales, hoy tenemos en instrumentos internacionales. Claramente el Estatuto de Roma prevé suficientes conductas para cumplir con el fin de incriminar delitos sexuales como crímenes de lesa humanidad y respetar, al mismo tiempo, el principio de legalidad. Ello evita la violación de derechos y garantías, como toda normativa de un proceso penal debe pretender.

De este modo, sería deseable, a modo de Enmienda, la especificación de la última cláusula que trae el artículo 7 del texto del Estatuto de Roma.

Desde otro aspecto, cierto es que por el momento la tipificación de los delitos sexuales no ha conseguido frenar o reducir al menos marcadamente su comisión. Y es que el efecto preventivo general del Derecho Penal es lento y, especialmente en esta clase de delitos, es un efecto a largo plazo²²¹.

Es que, además, el proceso penal -y el Derecho Penal en sí- no debe ser el único instrumento para la disminución de los índices de criminalidad y comisión de delitos sexuales. De hecho el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha aprobado dos resoluciones sobre este tema que vienen a complementar el trabajo judicial.

Primero, se aprobó la Resolución 1325, de 2000, sobre Mujeres, Paz y Seguridad, en la que se insta a todas las partes involucradas en los procesos de conflicto a adoptar la perspectiva de género. Sin embargo, no ha sido muy eficaz esta Resolución.

Más tarde, en el año 2008 se aprueba la Resolución 1820²²² que aborda el tema de la violencia sexual en un conflicto armado o tras su finalización, y exige el cese inmediato de estas conductas y la adopción por las partes en conflicto de medidas de protección contra la violencia sexual para civiles, en particular mujeres y niñas, que incluyan la exigencia de responsabilidades por la comisión de estos crímenes, recordando además que los mismos pueden ser constitutivos de crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y genocidio.

La Resolución además prevé sanciones para los Estados que

incumplan estas obligaciones, y encomienda al Secretario General la elaboración de programas específicos de formación del personal de misiones humanitarias y de mantenimiento de la paz en la prevención de estos delitos y el desarrollo de mecanismos para luchar contra la violencia sexual.

También es relevante la iniciativa denominada “Las Naciones Unidas contra la violencia sexual en los conflictos” que contiene el trabajo de 12 organismos de la ONU, y que ha sido establecida para concientizar sobre la violencia sexual durante los conflictos armados con el objetivo de eliminarla²²³.

Así, se advierte que existen iniciativas desde diversos ámbitos para luchar contra las agresiones sexuales y los delitos sexuales en particular. El Derecho Penal no es suficiente ni debe ser considerado el instrumento ideal para la disminución de este tipo de conductas en los conflictos actuales, sino que es un instrumento más que, integrado en un escenario de otros tantos medios, puede colaborar con la erradicación o al menos la reducción de la criminalidad en casos de violencia sexual.

Referencias

- Desde el Tratado de Westfalia firmado en 1648 tras la Guerra de los Treinta Años, los Estados soberanos e independientes son reconocidos como sujetos de Derecho Internacional. No se reconocía la posibilidad de juzgar a individuos. No existía jurisdicción universal en manos de un emperador o Papa o de ninguna otra organización internacional. La publicación del Levitán sólo tres años más tarde respaldó esta postura, en particular cuando Thomas Hobbes trató la "esencia de la soberanía". Ver LAUREN, Paul G., "From Impunity to Accountability: Forces of Transformation and the Changing International Human Rights Context", en THAKUR, Ramesh, y MALCONTENT, Peter (Edit.), *From Sovereign Impunity to International Accountability*, United Nations University Press, Nueva York, 2004, pág. 17.
- Esta obligación fue reconocida en el fallo "Chorzow Factory" de la Corte Permanente de Justicia, CPJ, serie A, N° 17, 1928, pág. 29. Ver, entre otros, URIOSTE BRAGA, Fernando, *Responsabilidad Internacional de los Estados en los Derechos Humanos*, B de F Ltda., Buenos Aires, 2002, pág. 7.
- AMBOS, Kai, *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 97-102; LIROLA DELGADO, Isabel y MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena M., *La Corte Penal Internacional*, Ariel Derecho, Barcelona, 2001, pág. 14 y ss.; JESCHECK, Hans-Heinrich, "International Crimes", *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 8, North-Holland, pág. 333.
- Ver AHTISAARI, Martti, "Justice and Accountability: Local or International?", en THAKUR, ob. cit., pp. xii-xvi.
- Se trata del ámbito de validez espacial de la ley penal de un país o su aplicación extraterritorial. Ver casos jurisprudenciales, como Noriega, Thomas, Vasquez-Velasco, Alvarez-Machain, Cook v. Tait, y Estados Unidos v. Layton. Análisis del fallo Alvarez-Machain en DONNA, Edgardo A., *Casos y Fallos de Derecho Penal*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, pp. 225-250. En materia de principios en general, ver SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, T. I, Tea, Buenos Aires, 1988, pág. 190 y ss.; NUÑEZ, Ricardo C., Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1987, pp. 159-165; FIERRO, Guillermo, *La Ley Penal y el Derecho Internacional*, Tea, Avellaneda, 1997, pp. 207-522; BOGGIANO, Antonio, *Derecho Penal Internacional*. En el Derecho de las Relaciones entre los Ordenamientos Jurídicos y en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, La Ley, Avellaneda, 2003, pp. 8-44 y 48-49; DIEZ SÁNCHEZ, Juan José, *El Derecho Penal Internacional*, Colex, Madrid, 1990; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina, *Derecho Penal Internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 103-144; entre otros. Este aspecto dio originalmente nacimiento al conocido término "Derecho Penal Internacional" para referirse a esta área del Derecho, ya que las normas del Derecho Penal local son aplicadas "internacionalmente". En este sentido, BOGGIANO define al Derecho Penal Internacional como un "sistema normativo destinado a solucionar razonablemente los casos multinacionales de Derecho Penal, esto es, casos vinculados a diversas jurisdicciones estatales", en BOGGIANO, ob. cit., pp. 1-2; FIERRO trae la definición de VON ROHLAND quien define al Derecho Penal Internacional como el "conjunto de principios de derecho por los cuales el Estado, como miembro de la comunidad internacional, determina el valor territorial de sus normas y leyes penales respecto a las personas y a los bienes jurídicos", y MARTITZ lo define como el "sistema de reglas de derecho concernientes a la aplicación al extranjero del derecho penal internacional o, mejor dicho, el derecho penal interno", en FIERRO, *La Ley Penal...*, ob. cit., pp. 54-71; entre otros. Sin embargo, este término es minoritariamente utilizado y ha sido casi reemplazado hoy por el de "Aplicación extraterritorial de la Ley Penal" o similares, evitando la confusión con el nuevo "Derecho Penal Internacional", que se refiere a un ámbito diverso y autónomo. Ver también ANDRÉS DOMÍNGUEZ, ob. cit., pp. 14-16.
- Por distinción entre los términos "Derecho Penal Internacional" y "Derecho Internacional Penal", ver DOBOVSEK, José, *El Derecho Internacional Penal*, La Ley, Buenos Aires, 2008, pág. 33 y ss. Sobre la primera utilización del término Derecho Penal Internacional, definiciones, y su relación con la jurisdicción universal, ver OLLÉ SESE, Manuel, *Justicia Universal para Crímenes Internacionales*, La Ley, Madrid, 2008, pág. 137 y ss.
- En cuanto a la coexistencia de la persecución universal a través de juzgamientos locales y el Derecho Penal Internacional ejercido a través de una corte internacional permanente, ver REMIRO BROTONS, Antonio, "Los Crímenes de Derecho Internacional y su Persecución Judicial", *El Derecho Penal Internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, VII, 2001, Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pág. 142 y ctes. Entre estos casos, es relevante la decisión del Tribunal Supremo de Israel en el caso EICHMANN de 1962 (Attorney General v. Eichmann, Jerusalem District Court (1961) 36 ILR 18, 39 y Supreme Court of Israel (1962) 36 ILR 277, 304). Lord Millet, en su voto en el fallo PINOCHET de la Cámara de los Lores, reconoce que, a partir del fallo Eichmann, surgen tres proposiciones: 1) Ninguna norma de Derecho Internacional prohíbe a un Estado ejercer jurisdicción penal extraterritorial sobre crímenes cometidos por extranjeros en el extranjero; 2) crímenes de guerra y atrocidades de la escala y carácter internacional del holocausto son crímenes pasibles de jurisdicción universal conforme al Derecho Internacional consuetudinario (esto es, existe "permiso" para asumir la jurisdicción universal pero ello no resulta obligatorio); y, 3) el hecho de que el acusado haya cometido esos crímenes en el curso de funciones oficiales no impide el ejercicio de jurisdicción de un tribunal estatal". El fallo EICHMANN fue confirmado en Estados Unidos por Demjanjuk v. Petrovsky, (1985) 603 F. Supágs. 1468 aff d. 776 F. 2d. 571, entre otros. Ver REMIRO BROTONS, "Los Crímenes...", ob. cit., pág. 88; OLLÉ SESE, *Justicia Universal...*, ob. cit., pág. 252. Otros fallos relacionados al tema, en Argentina: "Priebke, Erich s/ Solicitud de extradición", Causa N° 16.063/94, CSJN P. 457, XXXII, 2/11/1995; "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ Homicidio calificado y asociación ilícita y otros", Causa N° 259 A, 533 XXXVIII, CSJN 24/8/2004; "Lariz Iriondo Jesús María s/ Solicitud de extradición", L. 845 XL, CSJN 10/5/2005; "Simón, Julio Héctor y otros s/ Privación ilegítima de la libertad, etc.", Causa 17.768 (Declaración de inconstitucionalidad de las leyes 23.492 -de punto final- y 23.521 -de obediencia debida- y declaración de validez de la ley 25.779), S. 1767, XXXVIII; M. 2333. XLII - "Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad" - CSJN - 13/07/2007. En lo internacional: "Pinochet, Augusto", Juz. Central de Instrucción Nro. 6, España, en pleno, Sala de lo Penal, 1998/11/05, La Ley, 1999-D, 702; "La Reina c. Evans y otro y el Comisionado Metropolitano de Policía y otros", Cámara de Los Lores, Londres, 1998/11/25, La Ley, 1999-A, 431; "Pinochet, Augusto", Cámara de Los Lores, Londres, 1999/01/15, La Ley, 1999-B, 738, "La Reina c. Evans y otro y el Comisionado Metropolitano de Policía y otros", Cámara de Los Lores, Londres, 1999/03/24, La Ley, 1999-C, 651, "Pinochet, Augusto", Ministro del Interior, Jack Straw, 2000/03/02, La Ley, 2000-B, 81, "Pinochet Ugarte, Augusto", TConstitucional, Chile, 2000/08/08, Citas legales del fallo: leyes 23.054 (Adla, XLIV-b, 1250); 23.313 (Adla, XLVI - B, 1107). No resultaba posible imputar responsabilidad penal al Estado. Ver sobre el tema, SPINEDI, Marina, "La Responsabilité de l'État pour 'Crime': une Responsabilité Pénale?", en ASCENSIO, Hervé (Dir.), *Droit International Pénal*, Pedone, Paris, 2000, pág. 93 y ss. En contrario, se ha propuesto la posibilidad de imputar responsabilidad penal a los Estados, quienes responderían en tal caso como personas jurídicas y podrían ser pasibles de penas de multa y otro tipo de sanciones de carácter penal por hechos delictivos. Ver en tal sentido, RAMELLA, Pablo A., *Crímenes contra la Humanidad*, Depalma, Buenos Aires, 1986, pp. 1-4.
- Ver CLAPHAM, Andrew, "The Complexity of International Criminal Law: Looking beyond Individual Responsibility to the Responsibility of Organizations, Corporations and States", en THAKUR, ob. cit., pp. 246-247. Esta normativa es receptada luego por el Estatuto de Roma, art. 25, ap. 4.
- Sin perjuicio de que existen violaciones al principio de legalidad en otros aspectos, lo cual excede el ámbito de esta ponencia.
- Ello da lugar a la "responsabilidad funcional" en doctrina. Ver WLADIMIROFF, Michail, "The Individual within International Law", en THAKUR, ob. cit., pág. 105; AMBOS, Kai, *La Parte General del Derecho Penal Internacional*, Bases para una Elaboración Dogmática, traducido por MALARINO, Ezequiel, Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2005, pág. 78.
- Ver QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, "Criminalidad de Guerra", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo VI, Seix, Barcelona, 1971, pág. 10.
- No todas las infracciones del Derecho Internacional dan lugar a responsabilidad penal individual, porque no todas son receptadas por el Derecho Penal Internacional, sino sólo las infracciones más graves del Derecho Internacional. OLÁSALO ALONSO, Héctor, "Análisis del Caso Couso a la luz del Estatuto de Roma", en REDUR, N° 5, diciembre de 2007, pág. 71. Y no toda infracción contra los derechos del hombre puede considerarse crimen contra la humanidad. QUINTANO RIPOLLÉS, "Criminalidad...", ob. cit., pág. 7.
- GUERRERO PERALTA, Oscar Julián, "Justicia Penal y Paz, Una Mirada al Largo Camino hacia la Conformación del Derecho Penal Internacional Contemporáneo", en AMBOS, Kai, y GUERRERO, Oscar Julián, *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pág. 53; QUINTANO RIPOLLÉS, "Criminalidad...", ob. cit., pág. 10; RUEDA FERNÁNDEZ, Casilda, *Delitos de Derecho Internacional*, Bosch, Barcelona, 2001, pág. 62.
- Por la violación del principio de irretroactividad de la ley, en lo principal, al haberse "creado" la ley a aplicar justamente acorde a los hechos a juzgar, los cuales ya habían sido cometidos.
- Tribunal Militar Internacional, Sentencia del 1 de octubre de 1946, reimpresa en 41 Am. J. Int'l L. 172, 220-221 (1947).
- MERA FIGUEROA, Jorge, "Los Delitos contra los Derechos Humanos en los Códigos Penales Latinoamericanos", en *Doctrina Penal*, Año 8, Depalma, Buenos Aires, 1985, pág. 239 y ss.
- GIL GIL, Alicia, *Derecho Penal Internacional*, Tecnos, Madrid, 1999, pág. 28.
- Sin perjuicio de las grandes presiones que ejercen ciertas opiniones, los delitos relacionados con el tráfico ilegal de estupefacientes (o narcotráfico), el terrorismo y los delitos contra el medio ambiente, por ejemplo, no son aún crímenes internacionales tipificados de manera autónoma por el Estatuto. Ver GONZÁLEZ GALVÉZ, Sergio, "La Corte Penal Internacional", artículo publicado por la Barra Mexicana del Colegio de Abogados, pág. 7.
- GRAVEN, Jean, "Les Crimes contre l'Humanité", en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1950, T. 76, pág. 433. Por la génesis histórica de los crímenes contra la humanidad, ver GRAVEN, ob. cit., pág. 438 y ss.
- WINFIELD, P. H., "The History of Intervention in International Law", en *British Yearbook of International Law*, 1922, pág. 130 y ss.
- MANSFIELD, Leslie, "Crimes against Humanity: Reflections on the Fiftieth Anniversary of Nuremberg and a Forgotten Legacy", *NorJIL*, N° 64, 1995, pág. 297.

- 23 Ver GRAVEN, ob. cit., pág. 447 y ss.; ROBINSON, Darryl, "Defining 'Crimes against Humanity' at the Rome Statute", *American Journal of International Law*, Vol. 93, 1999, pág. 44; CLARK, Roger S., "Crimes against Humanity at Nuremberg", en GINSBURG, George, y KUDRIAVTSEV, V. N. (Edit.), *The Nuremberg Trial and International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 1990, pág. 178; SCHABAS, William A., *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, New York, 2001, pág. 2; GUERRERO PERALTA, Oscar Julián, "Justicia Penal y Paz, Una Mirada al Largo Camino hacia la Conformación del Derecho Penal Internacional Contemporáneo", en AMBOS, Kai, y GUERRERO, Oscar Julián, *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pág. 57; BASSIOUNI, Cherif, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Londres, 1992, pág. 163 y ss.; BASSIOUNI, Cherif, "Current Developments, The United Nations Commission of Experts established pursuant to Security Council Resolution 780 (1992)", en *American Journal of International Law*, Vol. 88, 1994, pág. 785; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, t. I, Madrid, 1955, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto "Francisco de Vitoria", pág. 608; GIL GIL, *Derecho Penal Internacional*, ob. cit., pág. 107; GIL GIL, Alicia, *El Genocidio y Otros Crímenes Internacionales*, UNED, Colección Inter ciencias, Valencia, 1999, pág. 107; JONES, John R. W. D., y POWLES, Steven, *International Criminal Practice*, Oxford University Press, New York, 2003, pág. 181; CAPELLÁ I ROIG, Margalida, *La Tipificación Internacional de los Crímenes contra la Humanidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 37; DOBOVSEK, ob. cit., pág. 272; RUEDA FERNÁNDEZ, Casilda, "Los Crímenes contra la Humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: ¿Por Fin la Esperada Definición?", en CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio (Coord.), *La Criminalización de la Barbarie: La Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pág. 306; BOURDON, William, y DUVERGER, Emmanuelle, *La Cour Pénale Internationale, Le Statut de Rome*, Éditions Du Seuil, Paris, 2000, pág. 45; SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Raúl E., "Los Delitos de Lesa Humanidad", en *Revista Internacional de Derecho Penal Contemporáneo*, N° 14, enero-marzo 2006, pp. 88-89; TORRES PÉREZ, María, *La Responsabilidad Internacional del Individuo por la Comisión de Crímenes de Lesa Humanidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 26.
- 24 En este sentido, GIL GIL, *El Genocidio...*, ob. cit., pág. 108.
- 25 Ver BASSIOUNI, *Crimes against Humanity...*, ob. cit., pág. 168; CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, pág. 68, nota 4; SCHABAS, *An Introduction...*, ob. cit., pág. 34; CLARK, "Crimes...", ob. cit., pág. 177. Sin embargo, ya en 1874, George Curtis denominó a la esclavitud como un "crimen contra la humanidad". GIL GIL, *El Genocidio...*, ob. cit., pág. 33; CAPELLÁ I ROIG, *La Tipificación...*, ob. cit., pág. 39; JONES, *International Criminal Practice*, ob. cit., pág. 181; KITTICHAISAREE, Kriangsak, *International Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 2001, pág. 85; TORRES PÉREZ, *La Responsabilidad...*, ob. cit., pág. 27.
- 26 GRAVEN, ob. cit., pág. 451 y ss.; MANSFIELD, ob. cit., pág. 298; CASSESE, *International Criminal Law*, ob. cit. pág. 68, nota 6; CLARK, "Crimes...", ob. cit., pág. 178.
- 27 LIÑÁN LAFUENTE, Alfredo, *El Crimen de Persecución*, tesis doctoral leída ante la Universidad Complutense de Madrid, 2007, pp. 10-12.
- 28 BASSIOUNI, Cherif, "El Derecho Penal Internacional: Historia, Objeto y Contenido", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XXXV, fasc. 1, enero-abril 1982, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, pág. 17; BASSIOUNI, Cherif, "L'Expérience des Premières Jurisdictions Pénales Internationales", en ASCENSIO, Hervé (Dir.), *Droit International Pénal*, Pedone, Paris, 2000, pág. 637; BASSIOUNI, "Current Developments...", ob. cit., pág. 785; SCHABAS, *An Introduction...*, ob. cit., pág. 3; GRAVEN, ob. cit., pág. 452; GLASER, Stéphane, *Introduction à l'Étude du Droit International Pénal*, Librairie du Recueil Sirey SA, Paris, 1954, pág. 146; LOMBOIS, Claude, *Droit Pénal International*, Dalloz, Paris, 1979, pág. 131; PIGNATELLI Y MECA, Fernando, "Los Asuntos de Yugoslavia y Ruanda", ponencia presentada en el XII Seminario Duque de Ahumada, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Educación a Distancia y la Academia de Oficiales de la Guardia Civil, Madrid, 10 y 11 de mayo de 2000, pág. 73; GIL GIL, *El Genocidio...*, ob. cit., pág. 33 y ss.; GIL GIL, Alicia, *Programa de Derecho Penal Internacional*, material de clase, pág. 20 y ss.; CAPELLÁ I ROIG, *La Tipificación...*, ob. cit., pág. 40; MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ, José Leandro, "El Concepto de Crímenes de Lesa Humanidad", en *Abogacía General del Estado*, Dirección del Servicio Jurídico del Estado, XXI Jornadas de Estudio, Hacia una Justicia Internacional, Civitas, Madrid, 2000, pág. 670; TORRES PÉREZ, *La Responsabilidad...*, ob. cit., pág. 28 y ss.
- 29 GIL GIL, Alicia, "Tribunales Penales Internacionales", en *Abogacía General del Estado*, Dirección del Servicio Jurídico del Estado, XXI Jornadas de Estudio, Hacia una Justicia Internacional, Civitas, Madrid, 2000, pág. 538; ANICAMA CAMPOS, Cecilia, "Reseña de la Evolución de la Justicia Penal Internacional", *Seminario Internacional: El Estatuto de Roma y la Corte Penal Internacional*, Instituto de Investigaciones del Ministerio Público, Lima, 2002, pág. 2; OLLÉ SESÉ, ob. cit., ver nota 26 en pp. 116-118; TORRES PÉREZ, *La Responsabilidad...*, ob. cit., pág. 30.
- 30 RGB1. 1919.I. pág. 2125.
- 31 RGB1. 1920.I. pág. 351.
- 32 Por medio de nota de 25 de enero de 1920.
- 33 No dieron buenos frutos los llamados juicios de Leipzig, ante el Tribunal Supremo del Reich. Ver OLLÉ SESÉ, ob. cit., pág. 118; BASSIOUNI, "L'Expérience...", ob. cit., pág. 638 y ss.; SCHABAS, *An Introduction...*, ob. cit., pág. 4; LIÑÁN LAFUENTE, *El Crimen de Persecución...*, ob. cit., pp. 18-20. Sin embargo, en tales juicios se estableció el principio por el cual los hombres, cuya sola concepción del deber que deben a su país es el de infligir tortura, deben ser juzgados. BASSIOUNI, "Current Developments...", ob. cit., pp. 786-787.
- 34 CASSESE, *International Criminal Law*, ob. cit. pág. 68, nota 5; SCHABAS, *An Introduction...*, ob. cit., pág. 4. En el Tratado de Lausanne que lo reemplazó, volvió a desaparecer toda referencia a principios o leyes de humanidad. Este tratado no sólo no consideraba punibles las conductas abarcadas por los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, sino que contenía una declaración de amnistía. Se llevaron a cabo juicios en el ámbito nacional contra varios de los responsables de las masacres en Turquía que concluyeron con esta declaración de amnistía tras la conferencia de Lausanne. Ver SCHABAS, *An Introduction...*, ob. cit., pág. 4; LIÑÁN LAFUENTE, *El Crimen de Persecución...*, ob. cit., pp. 20-21.
- 35 LIÑÁN LAFUENTE, *El Crimen de Persecución...*, ob. cit., pp. 26-27.
- 36 Ver MANSFIELD, ob. cit., pág. 304; CLARK, "Crimes...", ob. cit., pág. 179 y ss.; OLLÉ SESÉ, ob. cit., pp. 119-120. Luego, el 13 de enero de 1942 en la Declaración de Saint James se confirmó la acusación contra los alemanes por parte de todos los países ocupados. Eran Bélgica, Checoslovaquia, Francia, Grecia, Luxemburgo, Noruega, Holanda, Polonia y Yugoslavia. Ver GRAVEN, ob. cit., pág. 454. De esta Declaración surgía la intención de juzgar los actos criminales cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, bajo el Derecho interno de cada Estado. En igual sentido, la Declaración del 17 de diciembre de 1942 firmada por 12 países: Bélgica, Checoslovaquia, Grecia, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Polonia, EEUU, Gran Bretaña, la URSS, Yugoslavia y el Comité Nacional francés. Aquí se incluyeron solamente los crímenes de guerra, pero estaba clara la intención de castigar otras conductas. Ver LIÑÁN LAFUENTE, *El Crimen de Persecución...*, ob. cit., pág. 28. En la II Declaración de Moscú, de 1 de noviembre de 1943, y en la Advertencia Tripartita de 24 de abril de 1945, se trataron las atrocidades contra la población civil como uno de los objetivos para juzgar a los culpables a fin de lograr la paz próxima. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado...*, ob. cit., pág. 613; GRAVEN, ob. cit., pág. 455; PIGNATELLI Y MECA, "Los Asuntos...", ob. cit., pág. 73 y ss.
- 37 PARENTI, Pablo F., "Los Crímenes contra la Humanidad", en PARENTI, Pablo F., FILIPPINI, Leonardo G., y FOLGUEIRO, Hernán L., *Los Crímenes contra la Humanidad y el Genocidio en el Derecho Internacional*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2007, pág. 16; GIRALDO, Javier, "El Crimen de Lesa Humanidad, Fundamentación en el Derecho Internacional Consuetudinario", texto escrito para fundamentar la solicitud de enjuiciamiento de autores de crímenes de lesa humanidad en Colombia", pp. 7-8. El texto íntegro se encuentra en Documentos oficiales de la Asamblea General, 5 Período de sesiones, Suplemento N° 12 (A/1316), pág. 1. La diferencia esencial entre los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad está en que los primeros son actos cometidos en tiempo de guerra contra nacionales de otro Estado, en cambio los segundos son actos cometidos contra nacionales del mismo Estado que los autores. Así, la Carta de Nuremberg innovó en una "extensión de jurisdicción", al establecer que las víctimas del mismo tipo de conducta que constituía crimen de guerra fueran protegidas sin el requisito de ser de una nacionalidad distinta de la del agresor. BASSIOUNI, *Crimes against Humanity...*, ob. cit., pág. 179 y pág. 182.
- 38 ZOLLER, Elisabeth, "La Définition des Crimes contre l'Humanité", *Journal du Droit International*, N° 3, Editions Techniques, Paris, 1993, pág. 551.
- 39 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, Editorial Losada, Buenos Aires, 1964, pág. 1233.
- 40 Ver otra traducción -similar- en PARENTI, "Los Crímenes...", ob. cit., pág. 18; y AMBOS, Kai, *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pág. 95. Habla de "muerte", por asesinatos; de "esclavitud" por sometimiento a la esclavitud; y excluye AMBOS la última parte de la traducción que hace referencia a que pueda ser o no el crimen violación de la legislación interna del país donde hubiere sido cometido.
- 41 CASSESE, Antonio, "Crimes against Humanity", en CASSESE, Antonio, et al (Edit.), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, A Commentary, Oxford University Press, New York, 2002, pág. 353; WERLE, Gerhard, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 350; BOOT, Machteld, *Genocide, Crimes Against Humanity, War Crimes: Nullum Crimen Sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court*, Intersentia, New York, 2002, pág. 457; ROBINSON, Darryl, "Defining 'Crimes against Humanity' at the Rome Statute", *American Journal of International Law*, Vol. 93, 1999, pág. 44; ROBINSON, Darryl, "Crimes Against Humanity: Reflections on State Sovereignty, Legal Precision and the Dictates of the Public Conscience", en LATTANZI, Flavia, y SCHABAS, William A., *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Vol. I, Il Sirente, Roma, 2000, pág. 140; HUET, André, y KOERING-JOULIN, Renée, *Droit Pénal International*, Thémis Droit, Presses Universitaires de France, Paris, 1994, pág. 98. Por usos anteriores del cargo, ver BOOT, ob. cit., pp. 457-458; CAPELLÁ I ROIG, *La Tipificación...*, ob. cit., pág. 47; GIRALDO, ob. cit., pág. 1; KITTICHAISAREE, ob. cit., pág. 86; TORRES PÉREZ, *La Responsabilidad...*, ob. cit., pág. 37; RUEDA FERNÁNDEZ, *Delitos...*, ob. cit., pág.

135. Se considera que estos crímenes ya habían sido referenciados, y recién fueron perseguidos formalmente en el juicio de Nuremberg. JONES, *International Criminal Practice*, ob. cit., pág. 181.
- 42 CAPELLÁ I ROIG, *La Tipificación...*, ob. cit., pág. 47.
- 43 WERLE, ob. cit., pág. 53; BOOT, ob. cit., pp. 459-460; PARENTI, "Los Crímenes...", ob. cit., pág. 20.
- 44 TORRES PÉREZ, *La Responsabilidad...*, ob. cit., pág. 37.
- 45 DONNEDIEU DE VABRES, Henri, "Le Procès de Nuremberg devant les Principes Modernes du Droit Pénal International", en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1947, I, Vol. 70, pág. 520.
- 46 Ver GIL GIL, Alicia, "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'", en AMBOS, Kai (Coord.), *La Nueva Justicia Penal Supranacional, Desarrollos Post-Roma*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 68-69; GIL GIL, El Genocidio..., ob. cit., pág. 115; GIL GIL, Programa de Derecho Penal Internacional, ob. cit., pág. 128.
- 47 Ver análisis sobre la evolución del "nexo" de la guerra, desde Nuremberg hasta los tribunales ad hoc, en AMBOS, Kai, *La Corte Penal Internacional, Colección de Autores de Derecho Penal* (DONNA, Edgardo A.), Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2007, pp. 219-231. En contra, JONES y POWLES consideran que el Estatuto del Tribunal de Nuremberg no exige nexo de guerra, toda vez que incluye la frase "antes o durante la guerra". Es decir, los autores consideran que puede existir crimen contra la humanidad desconectado de un conflicto armado y en tiempo de paz, ya que el Estatuto prevé que se pueda dar "antes" de una guerra. JONES, *International Criminal Practice*, ob. cit., pág. 185.
- 48 Esta previsión difiere del Derecho de la Guerra.
- 49 Según el primer párrafo del art. 6: "El Tribunal tendrá competencia para juzgar y castigar los delitos que a continuación se enumeran cometidos por personas que actúan 'en interés de los países europeos del Eje'".
- 50 GIL GIL, "Los Crímenes...", ob. cit., pág. 69; GIL GIL, Programa de Derecho Penal Internacional, ob. cit., pág. 128. Ver sentencia de la Sala de Apelaciones en el caso TADIC, del Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia, que confirma la innecesidad de esta exigencia, IT-94-1-A, par. 284.
- 51 Tampoco se incluirá más de cincuenta años más tarde en el Estatuto de Roma.
- 52 GIL GIL, El Genocidio..., ob. cit., pág. 114; GIL GIL, Alicia, "Delitos contra la Comunidad Internacional", en prensa, nota 101; GIRALDO, Javier, "El Crimen de Lesa Humanidad, Aspectos Históricos Jurídicos", Informe Colombia Nunca Más, noviembre de 2000, pág. 2.
- 53 BOOT, ob. cit., pág. 460. La redacción original francesa e inglesa de la letra c) del artículo 6 de la Carta del Tribunal de Nuremberg llevaba el signo ortográfico de punto y coma tras la frase "antes o después de la guerra", mientras que la rusa la sustituía por una coma simple. Ello conducía a una diferencia gramatical: en el primer caso existían dos tipos de crimen contra la humanidad, el de contra la vida e integridad personal, y el de forma persecutoria. Por Acuerdo Cuatripartito de Berlín, de 6 de octubre de 1945, se substituyó el punto y coma por una coma, y se unificaron las tres versiones, todas de igual fe oficial. Así, no sólo se fundieron los dos tipos indicados, sino que también se facilitó la interpretación de relacionar los crímenes contra la humanidad con los demás de competencia del Tribunal. QUINTANO RIPOLLÉS, Tratado..., ob. cit., pp. 615-616; CLARK, "Crimes...", ob. cit., pág. 190 y ss.; KITTICHAISAREE, ob. cit., pág. 86; GIL GIL, El Genocidio..., ob. cit., pág. 111 y ss.
- 54 BETTATI, Mario, "Le Crime contre l'Humanité", en ASCENSIO, Hervé (Dir.), *Droit International Pénal*, Pedone, Paris, 2000, pág. 307 y ss. Dice MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ que, al incluirse esta exigencia del nexo de guerra en el Estatuto, resultaba inoperativa la tipificación para alcanzar las atrocidades cometidas por gobernantes contra sus propias poblaciones. MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ, ob. cit., pág. 673.
- 55 GRAVEN, ob. cit., pág. 466 y ss.
- 56 ZOLLER, ob. cit., pág. 554. Ver GRAVEN, ob. cit., pág. 464.
- 57 TORRES PÉREZ, *La Responsabilidad...*, ob. cit., pág. 44.
- 58 Dice el texto de los principios, en su Principio VI.c: "Crimes against humanity: namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhuman acts done against a civilian population, or persecutions on political, racial or religious grounds, when such acts are done or such persecutions are carried out in execution of or in connection with any crime against peace or any war crime". Ver RUEDA FERNÁNDEZ, Delitos..., ob. cit., pág. 36; MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, "El Genocidio, Delito Internacional", en *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. IV, Nº 2, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1951, pp. 385-386; BOOT, ob. cit., pág. 461; GIRALDO, "El Crimen de Lesa Humanidad, Aspectos Históricos Jurídicos", ob. cit., pág. 2. Otra traducción del texto en GIRALDO, "El Crimen de Lesa Humanidad, Fundamentación en el Derecho Internacional Consuetudinario", ob. cit., pág. 3. Ver ZOLLER, ob. cit., pág. 557; GRAVEN, ob. cit., pág. 528.
- 59 BOOT, ob. cit., pág. 507; DELAPLACE, Edouard, "La Torture", en ASCENSIO, Hervé (Dir.), *Droit International Pénal*, Pedone, Paris, 2000, pág. 370; TORRES PÉREZ, *La Responsabilidad...*, ob. cit., pág. 170.
- 60 Traducción según texto de RUEDA FERNÁNDEZ, "Los Crímenes contra la Humanidad...", ob. cit., pág. 308.
- 61 QUINTANO RIPOLLÉS, Tratado..., ob. cit., pág. 617; BASSIOUNI, Crimes against Humanity..., ob. cit., pág. 188 y ss.; BASSIOUNI, "L'Expérience...", ob. cit., pág. 650; ROBINSON, "Crimes...", ob. cit., pág. 140, nota 7; ZOLLER, ob. cit., pág. 555; DOBOVSEK, ob. cit., pág. 245; GIL GIL, El Genocidio..., ob. cit., pág. 116; GIL GIL, Alicia, "Los Crímenes contra la Humanidad y el Genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional"; www.cienciaspenales.net, ap. 3; GIL GIL, Programa de Derecho Penal Internacional, ob. cit., pág. 129; TORRES PÉREZ, *La Responsabilidad...*, ob. cit., pág. 41 y pág. 131. Al no requerirse el nexo de guerra, se podían juzgar los crímenes cometidos antes de 1939 contra civiles alemanes, incluyendo la persecución de judíos y la eutanasia de los discapacitados.
- 62 Dicha autonomía fue sostenida en el primer Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1954, cuyo art. 18 definía los crímenes de lesa humanidad del siguiente modo: "Actos inhumanos, tales como el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación o las persecuciones contra cualquier población civil por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales, perpetrados por las autoridades de un Estado o por particulares que actúen por instigación de dichas autoridades o con su tolerancia". La autonomía de los crímenes de lesa humanidad respecto de los crímenes de guerra también fue sostenida en el cuarto informe sobre el Proyecto, presentado en 1986 por el Relator Especial, luego de un receso en los trabajos del Código que duró de 1954 a 1985. El Relator afirmó: "La autonomía relativa se ha transformado en autonomía absoluta. Actualmente el Crimen de Lesa Humanidad puede perpetrarse tanto en el marco de un conflicto armado como fuera de él". A su vez, el Proyecto de Código de 1996, en su art. 18 decía: "Por crimen contra la humanidad se entiende la comisión sistemática o en gran escala e instigada o dirigida por un gobierno o por una organización política o grupo de cualquiera de los actos siguientes: ...". Ver GIRALDO, "El Crimen de Lesa Humanidad, Aspectos Históricos Jurídicos", ob. cit., pp. 3-4; GIRALDO, "El Crimen de Lesa Humanidad, Fundamentación en el Derecho Internacional Consuetudinario", ob. cit., pp. 3-4; TORRES PÉREZ, *La Responsabilidad...*, ob. cit., pág. 48 y ss.; RUEDA FERNÁNDEZ, Delitos..., ob. cit., pág. 138.
- 63 Sin embargo, esta ampliación de competencia no fue aprovechada por los tribunales aliados estadounidenses en los asuntos contra las Unidades de Operación y contra los Juristas. Ver TORRES PÉREZ, *La Responsabilidad...*, ob. cit., pág. 41.
- 64 Se juzgó y se condenó en tal sentido por el Tribunal americano de zona el 20 de agosto de 1947. QUINTANO RIPOLLÉS, Tratado..., ob. cit., pp. 617-618.
- 65 Por ejemplo, el Landgericht de Konstanz aplicó esta ley a un crimen cometido en 1923. GIL GIL, El Genocidio..., ob. cit., pág. 117.
- 66 La jurisprudencia fue dividida. En los casos OHLENDORF y ALTSTÖTTER se consideró innecesario el nexo de guerra, y en cambio fue exigido en los casos FLICK y WEIZSAECKER. Ver ROBINSON, "Crimes...", ob. cit., pág. 145. Ver desarrollo en GRAVEN, ob. cit., pág. 468 y ss.
- 67 ROBINSON, "Crimes...", ob. cit., pág. 145; CASSESE, "Crimes Against Humanity", ob. cit., pág. 356; GIL GIL, Programa de Derecho Penal Internacional, ob. cit., pp. 129-130.
- 68 Ver SÁNCHEZ PATRÓN, José Manuel, "La Distinción entre Crímenes de guerra y crímenes contra la Humanidad a la Luz de la Jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales para la Ex Yugoslavia y Ruanda", en *Revista Española de Derecho Militar*, Nº 78, julio-diciembre 2001, pág. 57; ROBINSON, "Crimes...", ob. cit., pág. 147.
- 69 Preparatory Committee, Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Vol. I, (Proceedings of the Preparatory Committee during March-April and August 1996), General Assembly, Official Records, Fifty-first Session, Supplement Nº 22 (A/51/22), United Nations, New York, 1996, pág. 23; CAPELLÁ I ROIG, *La Tipificación...*, ob. cit., pág. 183; ROBINSON, "Crimes...", ob. cit., pág. 147.
- 70 CASSESE, "Crimes against Humanity", ob. cit., pág. 365; BOOT, ob. cit., pág. 468; ROBINSON, "Defining...", ob. cit., pág. 45; METTRAUX, Guénaél, *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, Oxford University Press, New York, 2005, pág. 153 y ss.; JONES, *International Criminal Practice*, ob. cit., pág. 183; DOBOVSEK, ob. cit., pág. 159; RUEDA FERNÁNDEZ, "Los Crímenes contra la Humanidad...", ob. cit., pág. 316.
- 71 Ver PARENTI, "Los Crímenes...", ob. cit., pp. 31-33; CASSESE, "Crimes against Humanity", ob. cit., pág. 365; JONES, *International Criminal Practice*, ob. cit., pág. 184; KITTICHAISAREE, ob. cit., pág. 89; DOBOVSEK, ob. cit., pág. 159.
- 72 Ver PARENTI, "Los Crímenes...", ob. cit., pp. 30-31; JONES, *International Criminal Practice*, ob. cit., pág. 183; KITTICHAISAREE, ob. cit., pág. 89; DOBOVSEK, ob. cit., pág. 159. El Estatuto del TIPI sólo exige el elemento discriminatorio para el caso del crimen contra la humanidad de persecución. Sin embargo, en el fallo TADIC el TIPI lo exigió como requisito para todos los crímenes contra la humanidad. Este fallo de primera instancia fue revocado en apelación y se estableció que no se requiere el elemento discriminatorio en los crímenes contra la humanidad según el Estatuto del TIPI, sino exclusivamente para el crimen de persecución. Ver fallo TADIC, cit., par. 284. JONES, *International Criminal Practice*, ob. cit., pág. 184. Ver comentario a los fallos KUPRESKI y FOCA, en JONES, *International Criminal Practice*, ob. cit., pág. 187 y ss. El TIPI exige el elemento discriminatorio que no había sido exigido ni en Nuremberg, ni en Tokyo, ni en la Ex Yugoslavia. Esto se debe a que es un estatuto "hecho a medida" para la clase de atrocidades cometidas en Ruanda y que iban a ser juzgadas por el tribunal. KITTICHAISAREE, ob. cit., pág. 89.

- 73 COMMISSION OF EXPERTS, Final Report, presentado al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas sobre el establecimiento del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (Resolución 780, 1992), par. 75-76; CASSESE, "Crimes Against Humanity", ob. cit., pág. 363; JONES, International Criminal Practice, ob. cit., pág. 183; KITTICHAISAREE, ob. cit., pág. 89; GIL GIL, El Genocidio..., ob. cit., pág. 118. Los conceptos de "ataque" y de "conflicto armado" son distintos e independientes. METTRAUX, ob. cit., pág. 156 y ss. Sin embargo, el Secretario General da una opinión más amplia de los crímenes contra la humanidad, y considera que están prohibidos sin perjuicio de que sean cometidos o no en el marco de un conflicto armado internacional o interno. Esta postura también fue primeramente adoptada por el TPIY. El enfoque restrictivo del texto del Estatuto para la Ex Yugoslavia será abandonado más tarde y la opinión de este comentario será receptada en la definición de los crímenes. MERON, Theodor, "War Crimes in Yugoslavia and the Development of International Law", en American Journal of International Law, Vol. 88, 1994, pág. 87. Ver más adelante, al tratar la ausencia de exigencia de conflicto armado por el Estatuto de Roma.
- 74 PARENTI, "Los Crímenes...", ob. cit., pp. 29-30.
- 75 KITTICHAISAREE, ob. cit., pág. 93.
- 76 TPIY, Tadic, Sala de Apelación, de 2 de octubre de 1995, par. 149.
- 77 LINTON, Suzannah, "Cambodia, East Timor and Sierra Leone: Experiments in International Justice", en Criminal Law Forum 12, 2001, pág. 234; SWART, Bert, "Internationalized Courts and Substantive Criminal Law", en ROMANO, Cesare P. R., y otros (Edit.), Internationalized Criminal Courts: Sierra Leone, East Timor, Kosovo and Cambodia, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 299-300.
- 78 DOBOVSEK, ob. cit., pág. 159; TORRES PÉREZ, La Responsabilidad..., ob. cit., pág. 88.
- 79 En contra de lo establecido por el Derecho Internacional consuetudinario contemporáneo. LINTON, "Cambodia...", ob. cit., pág. 194. La desventaja de copiar al Estatuto del Tribunal para Ruanda en vez de seguir al Estatuto del Tribunal para la Ex Yugoslavia está en el requisito de la intención discriminatoria, que ya no se exige en Derecho consuetudinario salvo para el crimen particular de persecución, como se ha dicho en el fallo TADIC, IT-94-1-A, Judgment, 15 de julio de 1999, par. 273-305. Ver SWART, "Internationalized...", ob. cit., pág. 299; TORRES PÉREZ, La Responsabilidad..., ob. cit., pág. 94.
- 80 Ver SWART, "Internationalized...", ob. cit., pág. 299; TORRES PÉREZ, La Responsabilidad..., ob. cit., pág. 100. Ver análisis del artículo más adelante en este trabajo, al tratar la tortura como crimen contra la humanidad en el Estatuto de Roma. El Profesor Kai AMBOS analiza en detalle esta Regulación, y dicho análisis es utilizado actualmente para interpretar el artículo 7 del Estatuto de Roma, como se verá.
- 81 CAPELLÁ I ROIG, La Tipificación..., ob. cit., pág. 300.
- 82 GIL GIL, Programa de Derecho Penal Internacional, ob. cit., pág. 56.
- 83 La definición de crímenes contra la humanidad en el Estatuto de Roma no es innovadora, tan sólo refleja el desarrollo del Derecho Internacional desde Nuremberg, con algunos delitos agregados en particular. KITTICHAISAREE, ob. cit., pág. 90.
- 84 AMBOS, La Corte Penal Internacional, ob. cit., pág. 217. El capítulo sobre el tema que fue utilizado en este trabajo y que fuera publicado en la obra La Corte Penal Internacional, ob. cit., del Profesor Kai AMBOS es una traducción del artículo titulado "The Current Law of Crimes against Humanity: An Analysis of UNTAET Regulation 15/2000" del Profesor AMBOS y Steffen WIRTH, publicado en Criminal Law Forum, Dordrecht: 2002, Vol. 13, Iss. 1 (mismo artículo en AMBOS, Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo, pág. 167 y ss.).
- 85 TRIFFTERER, Otto, Ed., Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, pág. 123; ROBINSON, "Defining...", ob. cit., pág. 46; ROBINSON, "Crimes...", ob. cit., pág. 145; LIÑÁN LAFUENTE, Alfredo, "La Tipificación del Crimen de Persecución en el Estatuto de Roma y su Primera Aplicación Jurisprudencial en el Tribunal Híbrido Internacional de Timor Oriental", en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 10-12 (2008), pág. 5; PARENTI, "Los Crímenes...", ob. cit., pág. 35; QUEL LÓPEZ, "La Competencia Material...", ob. cit., pág. 90.
- 86 VON HEBEL, Herman y ROBINSON, Darryl, "Crimes Within the Jurisdiction of the Court", en LEE, Roy S. (Edit.), The International Criminal Court, The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results, Kluwer Law International, The Hague, 1999, pág. 93.
- 87 La Sala de Primera Instancia en el caso TADIC dijo que es necesario que los actos punibles hayan sido cometidos en el marco de un conflicto armado, más concretamente: "(i) Que exista un punto de conexión, tanto geográfico como temporal, entre dichos actos y el conflicto armado; (ii) Que exista una relación entre los actos y el conflicto o, dicho de otro modo, que aquéllos no hayan sido realizado por motivos puramente personales del acusado". Pero la Sala de Apelación reconoció que el artículo 5 del Estatuto se encuentra en oposición con las características del tipo penal del crimen contra la humanidad como lo describe actualmente el Derecho Internacional de origen consuetudinario. Dijo: "La ausencia de un vínculo entre los crímenes contra la humanidad y conflicto armado internacional es en la actualidad una regla establecida de Derecho Internacional consuetudinario". Sentencia TADIC, Apelación, de 2 de octubre de 1995, par. 141. Ver ROBINSON, "Crimes...", ob. cit., pág. 147.
- 88 Report of the Preparatory Committee..., ob. cit., pág. 23; CAPELLÁ I ROIG, La Tipificación..., ob. cit., pág. 183; ROBINSON, "Crimes...", ob. cit., pág. 147.
- 89 En el caso EICHMANN se trató expresamente el tema, en el caso BARBIE sólo fue referenciado, y en el caso FINTA no se trató el tema aunque, al tratar los elementos de los crímenes contra la humanidad en detalle, no incluye ni trata el nexo de guerra. Ver ROBINSON, "Crimes...", ob. cit., pág. 146; TORRES PÉREZ, La Responsabilidad..., ob. cit., pág. 56 y ss.
- 90 Ver ROBINSON, "Crimes...", ob. cit., pág. 148.
- 91 TORRES PÉREZ, La Responsabilidad..., ob. cit., pág. 135.
- 92 La primera vez que se exigió este requisito fue en el Estatuto del TPIR, y luego en el Estatuto de Roma. Se repite también la exigencia en la sección 5.1. de la Regulación 15/2000 (Timor Oriental). Ver AMBOS, La Corte Penal Internacional, ob. cit., pág. 234. El elemento de contexto del ataque, con sus particulares características, pasó a ser en el Estatuto de Roma la prueba radical de los crímenes contra la humanidad ("Threshold Test"). ROBINSON, "Crimes...", ob. cit., pág. 151. Sin embargo, hay casos donde los actos en sí constituyen el propio ataque. Por ejemplo, en el caso de asesinatos masivos de civiles como ataque contra una población. En este caso no se requeriría la existencia de un ataque independiente del que este asesinato masivo sea parte. TRIFFTERER, ob. cit., pág. 124.
- 93 GIL GIL, Alicia, "Los Crímenes contra la Humanidad y el Genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional", ob. cit., ap. 3.
- 94 WERLE, ob. cit., pág. 364 y ss.; PARENTI, "Los Crímenes...", ob. cit., pág. 41; AMBOS, Kai, Los Crímenes más Graves en el Derecho Penal Internacional, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2005, pág. 41; CASSESE, "Crimes against Humanity", ob. cit., pág. 376; BOOT, ob. cit., pp. 481-483; ROBINSON, "Crimes...", ob. cit., pág. 156.
- 95 En Nuremberg no se requería un elemento político ya que los elementos "población civil" y "generalizado o sistemático" comprendían ya requisitos mínimos cuantitativos y cualitativos. WERLE, ob. cit., pág. 364.
- 96 En los casos BARBIE y TOUVIER, la Corte de Casación de Francia requirió "que los actos inhumanos fueran cometidos en nombre de un Estado que practique una política de supremacía ideológica". La Suprema Corte de Canadá, en el caso FINTA, dijo que "lo que distingue un crimen contra la humanidad de cualquier otro crimen bajo el Código Penal canadiense está en las acciones crueles que constituyen el elemento esencial de este delito sean llevadas a cabo de conformidad con una política de discriminación o persecución de un grupo o raza determinado". Ver ROBINSON, "Crimes...", ob. cit., pág. 158.
- 97 PARENTI, "Los Crímenes...", ob. cit., pág. 43; FERNÁNDEZ DE GURMENDI, ob. cit., pp. 152-155; HORMAZÁBAL MALAREE, Hernán, "Torturas y Desaparición Forzada de Personas", en Revista General de Derecho Penal 9, 2008, apartado 1. Se exige que el Estado preste asignación de recursos materiales para la política y de recursos humanos del propio aparato del Estado o de cuerpos paralelos que actúan con el apoyo o anuencia del Estado. El Borrador del Estatuto de 1996 se refería a que los actos constitutivos de crímenes contra la humanidad tenían que haber sido "instigados o dirigidos" por un gobierno, organización o grupo. Para el Estatuto, por contrario, es suficiente que los actos en cuestión formen parte de una línea de conducta que sea conforme con la política de un Estado u organización, o sirvan para promoverla. Pero luego el Proyecto definitivo de Elementos de los Crímenes vuelve a traer confusión al hablar de que el Estado o la organización "promueva o aliente activamente" esta clase de ataques. Una interpretación excesivamente restrictiva podría entender que el Estado o la organización no sólo debe haber promovido o alentado activamente la comisión de los actos, sino que también debe haber intervenido en la ejecución de esa política, aunque esta postura no parece razonable. GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, "Elementos Comunes de los Crímenes contra la Humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y Necesaria Tipificación de estos Crímenes en el Derecho Penal Español", en BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (Dir.), El Derecho Penal Internacional, Cuadernos de Derecho Judicial, VII, 2001, Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pág. 22 y ss.
- 98 CASSESE, "Crimes against Humanity", ob. cit., pág. 357. Ver PARENTI, "Los Crímenes...", ob. cit., pág. 43; AMBOS, La Corte Penal Internacional, ob. cit., pág. 249. Ver análisis en detalle de las dos posiciones opuestas en GIL GIL, "Los Crímenes...", pp. 73-75. La postura intermedia de la autora concluye que "sólo cuando la organización o grupo ha alcanzado tal poder que neutraliza el poder del Estado o controla de facto una parte del territorio, puede hablarse de la necesidad de la intervención subsidiaria del Derecho Penal Internacional" (ob. cit., pág. 74). Ver también TORRES PÉREZ, La Responsabilidad..., ob. cit., pág. 115 y ss.
- 99 Elementos de los Crímenes, introducción al art. 7, párr. 3.
- 100 Ídem. Ver PARENTI, "Los Crímenes...", ob. cit., pág. 42.
- 101 LIÑÁN LAFUENTE, "La Tipificación...", ob. cit., pág. 11.
- 102 WERLE, ob. cit., pp. 366-367; LIÑÁN LAFUENTE, "La Tipificación...", ob. cit., pág. 13 y ss. Crítica WERLE lo estricto del texto de Elementos de los Crímenes, ya que el Estatuto no ofrece ningún punto de apoyo para la limitación que surge de aquel texto. WERLE, ob. cit., pág. 367.
- 103 No por la idoneidad en sí de las organizaciones o por su naturaleza, sino por si su política reúne los requisitos típicos de generalidad o sistematicidad del ataque. GÓMEZ

- BENÍTEZ, "Elementos...", ob. cit., pág. 25 y ss.
- 104 SCHABAS, An Introduction..., ob. cit., pág. 37; VON HEBEL y ROBINSON, "Crimes...", ob. cit., pág. 97.
- 105 BOOT, ob. cit., pág. 481.
- 106 LIÑÁN LAFUENTE, "La Tipificación...", ob. cit., pág. 5.
- 107 KITTICHAISAREE, ob. cit., pág. 94.
- 108 TRIFFTERER, ob. cit., pág. 124; METTRAUX, ob. cit., pág. 156; TORRES PÉREZ, La Responsabilidad..., ob. cit., pág. 113.
- 109 Elementos de los Crímenes, art. 7, párr. 3. De lo contrario, la diferenciación con los crímenes de guerra habría sido más compleja. Ver BOOT, ob. cit., pp. 477-478.
- 110 Lo que implica un aspecto cuantitativo y otro aspecto cualitativo. Son elementos autónomos, cualificantes y añadidos al concepto de ataque contra una población civil. GÓMEZ BENÍTEZ, "Elementos...", ob. cit., pág. 27. Durante la sesión preparatoria hubo apoyo general a la inclusión de estos términos "generalizado o sistemático" como criterio para caracterizar el ataque típico en el sentido que indican gran escala y magnitud. Se mencionaron también otros elementos a tener en cuenta para caracterizar el ataque: el planeamiento, la política, una conspiración u organización detrás; la multiplicidad de víctimas; actos de cierta duración, no temporarios, excepcionales ni limitados; y actos cometidos como parte de una política, plan, conspiración o campaña, no al azar, individuales o aislados, en contraposición a los crímenes de guerra. Report of the Preparatory Committee, ob. cit., pág. 22.
- 111 AMBOS, Los Crímenes más Graves..., ob. cit., pág. 39.
- 112 TRIFFTERER, ob. cit., pág. 123; AMBOS, Los Crímenes más Graves..., ob. cit., pág. 48; BOOT, ob. cit., pág. 478.
- 113 Así lo prefirió el grupo de Estados afines ("Like-minded States"). VON HEBEL y ROBINSON, "Crimes...", ob. cit., pág. 94; WERLE, ob. cit., pág. 362; ROBINSON, "Defining...", ob. cit., pág. 47; PARENTI, "Los Crímenes...", ob. cit., pág. 45. El Estatuto del TPIY también se refería al ataque "generalizado o sistemático", y el TPIY así lo interpretó (caso TADIC, par. 647; y KUNARAC, KOVAC y VUKOVIC, Trial Chamber, 22/2/01, par. 431). Ver ROBINSON, "Crimes...", ob. cit., pág. 153. Por su parte, la Comisión de Derecho Internacional también indicó que los requisitos son alternativos. Report of the Preparatory Committee..., ob. cit., pág. 22. Ver TORRES PÉREZ, La Responsabilidad..., ob. cit., pág. 119 y ss. Nótese que el texto en francés, por un error de traducción, ha sido redactado en contrario: "généralisée et systématique". ROBINSON, "Crimes...", ob. cit., pág. 153.
- 114 RUEDA FERNÁNDEZ, "Los Crímenes contra la Humanidad...", ob. cit., pág. 317.
- 115 METTRAUX, ob. cit., pág. 170. Sin embargo, en la práctica habitualmente se dan las dos características en un mismo ataque. WERLE, ob. cit., pág. 363.
- 116 TRIFFTERER, ob. cit., pág. 127; SCHABAS, An Introduction..., ob. cit., pág. 36.
- 117 El término "generalizado" apareció en el Estatuto luego de aparecer en los borradores de 1991 (como masividad), 1994 (como gran escala) y 1996 (como generalidad). LIÑÁN LAFUENTE, "La Tipificación...", ob. cit., pág. 7.
- 118 ROBINSON, "Crimes...", ob. cit., pág. 152; METTRAUX, ob. cit., pág. 170; GRAMAJO, ob. cit., pp. 124-125.
- 119 WERLE, ob. cit., pág. 362.
- 120 Según fallo BLASKIC, supra, par. 206.
- 121 TRIFFTERER, ob. cit., pág. 126; ROBINSON, "Crimes...", ob. cit., pág. 152.
- 122 Ver, AMBOS, La Corte Penal Internacional, ob. cit., pp. 240-241; CAPELLÁ I ROIG, La Tipificación..., ob. cit., pp. 180-182; METTRAUX, ob. cit., pág. 171.
- 123 WERLE, ob. cit., pág. 363. La diferencia entre un acto único y un acto aislado es que en el primero está presente el nexo con el ataque, que es el contexto, mientras que el segundo se lleva a cabo de una manera totalmente independiente. LIÑÁN LAFUENTE, "La Tipificación...", ob. cit., pág. 6. Se podría interpretar que se pretende exigir tanto multiplicidad de actos como multiplicidad de víctimas, según la equiparación de los términos "generalizado" del Estatuto y "a gran escala" del Borrador de 1996, y la asunción de la interpretación de éste hecha por la Comisión de Derecho Internacional. Ver GÓMEZ BENÍTEZ, "Elementos...", ob. cit., pág. 29. Sin embargo, sería ridículo que se interpretara que se deben cometer varios actos de una misma clase. Cuando la comisión de actos típicos ya implica generalidad en el ataque y multiplicidad de víctimas, no se debe exigir además la multiplicidad de actos como elemento irrenunciable de la línea de conducta. GÓMEZ BENÍTEZ, "Elementos...", ob. cit., pág. 30.
- 124 WERLE, ob. cit., pp. 362-363; AMBOS, Los Crímenes más Graves..., ob. cit., pág. 41.
- 125 METTRAUX, ob. cit., pág. 161 y ss.
- 126 WERLE, ob. cit., pág. 362.
- 127 METTRAUX, ob. cit., pág. 171. La sistematicidad, en el Estatuto, responde al criterio cualitativo del ataque, y existe un requisito previo para que la sistematicidad pueda detectarse en un ataque: la existencia de un plan o política preconcebida. LIÑÁN LAFUENTE, "La Tipificación...", ob. cit., pág. 7.
- 128 Según fallo TADIC, del TPIY, supra, par. 648.
- 129 Según fallo AKAYESU, del TPIR, supra, par. 580. Ver ROBINSON, "Crimes...", ob. cit., pág. 152.
- 130 WERLE, ob. cit., pág. 363.
- 131 METTRAUX, ob. cit., pág. 171.
- 132 AMBOS, La Corte Penal Internacional, ob. cit., pág. 238.
- 133 METTRAUX, ob. cit., pág. 171.
- 134 TRIFFTERER, ob. cit., pág. 125.
- 135 LIÑÁN LAFUENTE, "La Tipificación...", ob. cit., pág. 9. El contexto alude a la multiplicidad, pero no exige múltiples actos. Es cierto que una de las formas de probar la existencia del contexto es, precisamente, la comisión de múltiples actos. GÓMEZ BENÍTEZ, "Elementos...", ob. cit., pág. 27 y ss.
- 136 TPIY, casos KORDIC y CERKEZ, Trial Chamber, 26/2/01, par. 178; KUPRESKIC et al, Trial Chamber, 14/1/00, par. 550.
- 137 METTRAUX, ob. cit., pág. 162 y ss.
- 138 AMBOS, Los Crímenes más Graves..., ob. cit., pág. 41. En contrario, no es necesario que el ataque sistemático sea producto de una política declarada oficialmente como política del Estado, aunque este plan o política será útil a efectos probatorios del requisito de sistematicidad. Ver ROBINSON, "Crimes...", ob. cit., pág. 161; TORRES PÉREZ, La Responsabilidad..., ob. cit., pág. 122. TPIR, Caso SEMANZA, Sentencia de apelación del 20 de mayo de 2005 (TPIR-97-20-A).
- 139 TPIY, KUNARAC, KOVAC y VUKOVIC, Trial Chamber, 22/2/01; Appeal Chamber, 12/6/02, par. 90.
- 140 Distinción que viene del antiguo Derecho de Guerra. Ver Report of the Preparatory Committee..., ob. cit., pág. 22; AMBOS, La Corte Penal Internacional, pág. 243. Los crímenes contra la humanidad sólo pueden ser cometidos contra civiles, no contra combatientes ni integrantes de las fuerzas armadas, aunque se ha venido matizando este punto. Por ejemplo, en el caso TADIC, el TPIY consideró que cumplía el elemento típico una población "predominantemente" civil, e interpretó el término civil en sentido amplio. Ver también caso BARBIE. Ver ROBINSON, "Defining...", ob. cit., pág. 51; TORRES PÉREZ, La Responsabilidad..., ob. cit., pág. 56 y ss. También TPIY, KORDIC y CERKEZ, Trial Chamber, 26/2/01, par. 180; NALETILIC y MARTINOVIC, Trial Chamber, 31/3/03, par. 235; JELISIC, Trial Chamber, 14/12/99, par. 54; KUPRESKIC et al, Trial Chamber, 14/1/00, par. 547-549.
- 141 WERLE, ob. cit., pág. 357.
- 142 CASSESE, "Crimes against Humanity", ob. cit., pág. 375.
- 143 KITTICHAISAREE, ob. cit., pp. 94-95; TORRES PÉREZ, La Responsabilidad..., ob. cit., pág. 127.
- 144 Ver análisis en AMBOS, La Corte Penal Internacional, ob. cit., pp. 243-248; también TRIFFTERER, ob. cit., pág. 127; CASSESE, "Crimes against Humanity", ob. cit., pág. 375; LIÑÁN LAFUENTE, "La Tipificación...", ob. cit., pág. 19.
- 145 WERLE, ob. cit., pp. 358-359.
- 146 WERLE, ob. cit., pág. 358.
- 147 METTRAUX, ob. cit., pág. 164.
- 148 Porque el texto en inglés utiliza el término "any", no "a". LIÑÁN LAFUENTE, "La Tipificación...", ob. cit., pág. 18.
- 149 TRIFFTERER, ob. cit., pág. 127; ROBINSON, "Defining...", ob. cit., pág. 51. El término "una" no excluye este supuesto, pero queda poco claro, por eso se prefiere y se interpreta el término "cualquier". LIÑÁN LAFUENTE, "La Tipificación...", ob. cit., pág. 18.
- 150 WERLE, ob. cit., pág. 357; AMBOS, Los Crímenes más Graves..., ob. cit., pp. 45-46; también en AMBOS, La Corte Penal Internacional, pp. 242-243; BOOT, ob. cit., pág. 485.
- 151 TRIFFTERER, ob. cit., pág. 127; WERLE, ob. cit., pág. 357; ROBINSON, "Defining...", ob. cit., pág. 51; D'ALESSIO, Los Delitos de Lesa Humanidad..., ob. cit., pág. 24; TORRES PÉREZ, La Responsabilidad..., ob. cit., pág. 124. Se ha buscado que el elemento "población" implique crímenes de naturaleza colectiva y así se excluyen los actos singulares o aislados. El énfasis no está en la víctima individual sino más bien en la colectiva, siendo el individuo victimizado no por sus atributos individuales sino más bien a causa de ser miembro de una población civil en la mira". GIRALDO, "El Crimen de Lesa Humanidad, Fundamentación en el Derecho Internacional Consuetudinario", ob. cit., pág. 5.
- 152 BOOT, ob. cit., pág. 485; METTRAUX, ob. cit., pág. 165. Esta postura es sostenida por el TPIY en el caso TADIC, que estableció que el término población "is intended to imply crimes of a collective nature and thus exclude single or isolated acts", y esta interpretación responde a la exigencia de 'curso de conducta'. ROBINSON, "Defining...", ob. cit., pág. 48.
- 153 AMBOS, Los Crímenes más Graves..., ob. cit., pág. 45; por selección de fallos, ver AMBOS, La Corte Penal Internacional, pág. 238.
- 154 AMBOS, Los Crímenes más Graves..., ob. cit., pág. 45.
- 155 TRIFFTERER, ob. cit., pág. 127; WERLE, ob. cit., pág. 357 y 360; METTRAUX, ob. cit., pág. 164; KITTICHAISAREE, ob. cit., pág. 95. En igual sentido, TPIY KUNARAC, KOVAC y VUKOVIC, Appeal Chamber, 12/6/02, par. 90.
- 156 WERLE, ob. cit., pág. 357; LIÑÁN LAFUENTE, "La Tipificación...", ob. cit., pág. 19.
- 157 TRIFFTERER, ob. cit., pág. 127; PARENTI, "Los Crímenes...", ob. cit., pág. 58. Que sean predominantemente civiles los sujetos atacados, convierte a la conducta en crímenes contra la humanidad. Pero si son predominantemente militares, aunque haya civiles en el grupo atacado, dejará la conducta de constituir este tipo de crimen y se deberá evaluar si existe crimen de guerra. METTRAUX, ob. cit., pág. 167.
- 158 AMBOS, La Corte Penal Internacional, ob. cit., pp. 242-243.
- 159 ROBINSON, "Defining...", ob. cit., pág. 48.
- 160 GIL GIL, "Los Crímenes...", ob. cit., pp. 75-76.

- 161 SCHABAS, An Introduction..., ob. cit., pág. 37.
- 162 Estatuto de Roma, art. 30. AMBOS, "Sobre el Fundamento Jurídico...", ob. cit., pág. 124.
- 163 LIÑAN LAFUENTE, "La Tipificación...", ob. cit., pág. 23. En igual sentido, VON HEBEL y ROBINSON consideran que la idea fue redactar de manera explícita que el acusado debe tener conocimiento del ataque del cual su acto forma parte, lo cual no es más que lo requerido por los principios generales de Derecho Penal. Desde que debe existir un ataque sistemático y generalizado como elemento esencial de contexto en el cual se desarrolla el acto, el acusado debe tener conocimiento de dicho ataque para poder tener la mens rea del delito. VON HEBEL y ROBINSON, "Crimes...", ob. cit., pág. 98.
- 164 CASSESE, "Crimes Against Humanity", ob. cit., pág. 363; SCHABAS, An Introduction..., ob. cit., pág. 37; AMBOS, Los Crímenes más Graves..., ob. cit., pág. 50. Se exige el conocimiento y no haber sido el responsable del ataque. Ver BOOT, ob. cit., pág. 491.
- 165 ROBINSON, "Defining...", ob. cit., pág. 51.
- 166 ROBINSON, "Crimes...", ob. cit., pág. 165.
- 167 Este punto no es unánime, ver ROBINSON, "Crimes...", ob. cit., pág. 165.
- 168 TRIFFTERER, ob. cit., pág. 128; WERLE, ob. cit., pág. 370; TORRES PÉREZ, La Responsabilidad..., ob. cit., pág. 130. TPIY, KUNARAC, KOVAC y VUKOVIC, Appeal Chamber, 12/6/02, par. 102; KRNOJELAC, Trial Chamber, 15/3/2, par. 59.
- 169 AMBOS, La Corte Penal Internacional, ob. cit., pág. 266.
- 170 AMBOS, La Corte Penal Internacional, ob. cit., pág. 268.
- 171 TRIFFTERER, ob. cit., pág. 123 y 128; WERLE, ob. cit., pág. 370; SCHABAS, An Introduction..., ob. cit., pág. 37; ROBINSON, "Defining...", ob. cit., pág. 46; BOOT, ob. cit., pp. 485-486; MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ, ob. cit., pág. 674.
- 172 SCHABAS, An Introduction..., ob. cit., pág. 37.
- 173 Ver en particular la obra que fue base de este trabajo: GIL GIL, Alicia, "La violación como arma de guerra y su persecución como crimen internacional", trabajo presentado y dedicado a los profesores M. Cherif Bassiouni y Mireille Delmas-Marty.
- 174 BASSIOUNI, Cherif, y MC. CORMICK, Marcia, "Sexual Violence. An Invisible Weapon of War in the Former Yugoslavia", Occasional Paper N° 1, International Human Rights Law Institute, DePaul University, Chicago, 1996, pág. 3.
- 175 BASSIOUNI/ McCORMICK, ob. cit., pp. 3 y ss.
- 176 BASSIOUNI define la "limpieza étnica" en referencia al conflicto de la Ex -Yugoslavia como la estrategia practicada por los nacionalistas serbios para expulsar a los no serbios residentes en las zonas calificadas como pertenecientes a la "Gran Serbia" y asegurarse de que no regresarán a ellas. Esta estrategia incluía los métodos de tortura, violencia sexual, asesinatos masivos, deportaciones, destrucción de propiedad privada y cultural y todo tipo de actos encaminados a sembrar el terror en la población para forzar su abandono del territorio. Véase BASSIOUNI/ McCORMICK, Sexual Violence, p. 5
- 177 BASSIOUNI/ McCORMICK, Sexual Violence, pp. 5 y ss., p. 8 y pp. 15 y ss.
- 178 BASSIOUNI/ McCORMICK, Sexual Violence, pp. 19 y ss.
- 179 BASSIOUNI/ McCORMICK, Sexual Violence, pp. 21 y ss.
- 180 Aunque diversos grupos étnicos sufrieron violaciones la gran mayoría de víctimas fueron musulmanas. Ver BASSIOUNI/ McCORMICK, Sexual Violence, p. 16. Además, aunque también existen testimonios de mujeres serbias violadas por bosnios musulmanes y croatas parece que, según estos autores, no es posible identificar en dichas violaciones la política de violencia sexual atribuible a los serbios nacionalistas como medio de limpieza étnica -p. 22-. Ver trabajo GIL GIL, ob. cit.
- 181 BASSIOUNI/ McCORMICK, Sexual Violence, p. 6
- 182 La violación sí aparecía, en cambio, en la Ley N° 10 del Consejo de Control Aliado.
- 183 Ver BASSIOUNI/ McCORMICK, Sexual Violence, p. 32. En el mismo sentido véase MERON, T., "Rape as a Crime under International Humanitarian Law", AJIL, vol. 87, 1993, pp. 425 y ss.
- 184 Ver trabajo GIL GIL, ob. cit. En el mismo sentido CHINCHÓN ÁLVAREZ, Principios y procedimientos de prueba en casos de crímenes sexuales ante los tribunales penales internacionales: Su aplicación en las instancias judiciales internas, en Justicia y reparación para mujeres víctimas de violencia sexual en contextos de conflicto armado interno, Lima, abril de 2007, p. 179.
- 185 GIL GIL aclara: No sólo en el ámbito del Derecho penal internacional, también en el terreno de los Derechos humanos una serie de iniciativas ponen el acento en la mujer como sujeto de violaciones graves de Derechos humanos, especialmente en los conflictos armados. Así la Declaración y Programa de Acción de Viena (CMDH), Documento de Naciones Unidas, A/CONF.157/23 del 12 de julio de 1993, párrafo 38, establece : (...) Las violaciones de los derechos humanos de la mujer en situaciones de conflicto armado constituyen violaciones de los principios fundamentales de los derechos humanos y el derecho humanitario internacionales. Todos los delitos de ese tipo, en particular los asesinatos, las violaciones sistemáticas, la esclavitud sexual y los embarazos forzados, requieren una respuesta especialmente eficaz. El texto completo de la Declaración y Programa de Acción de Viena (CMDH), junio 1993, está disponible en <[http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nst/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.Sp?OpenDocument](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nst/(Symbol)/A.CONF.157.23.Sp?OpenDocument)>. Sobre esta Declaración y programa con mayor detalle Tamayo León y Díaz-Guijarro Hayes, "Justicia en falta. Evolución del marco jurídico internacional ante la violencia sexual bajo conflicto armado y desafíos para una justicia inclusiva de género", en Justicia y reparación para mujeres víctimas de violencia sexual en contextos de conflicto armado interno, Lima, abril de 2007, pp. 69 y ss. Sobre otros instrumentos internacionales de derechos humanos referidos a la eliminación de la discriminación y la violencia contra las mujeres, entre ellos la Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belem do Pará", y el Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los Derechos de la Mujer. Ver trabajo GIL GIL, ob. cit.
- 186 Agrega GIL GIL: Reconoce el autor citado que ni las Convenciones de Ginebra ni el Protocolo I hacen mención expresa de la violencia sexual, pero en su opinión la misma es subsumible en las prohibiciones generales de tortura, tratos inhumanos, y deliberada causación de grandes sufrimientos y lesiones graves al cuerpo o a la salud. BASSIOUNI/ McCORMICK, Sexual Violence, p. 32. En el mismo sentido MERON, T., "Rape as a Crime...", p. 426.
- 187 Dice que un único acto de violencia sexual constituye ya un crimen de guerra. Se basa para hacer esta afirmación en la regulación de la Convención de la Haya de 1907 y las legislaciones nacionales. BASSIOUNI/ McCORMICK, Sexual Violence, p. 32. En el mismo sentido véase MERON, T., "Rape as a Crime...", pp. 425 y ss. Ambos recogen el dato de que el Tribunal militar internacional de Tokio persiguió casos de violación como crímenes de guerra. Ver trabajo GIL GIL, ob. cit.
- 188 Explica GIL GIL que para BASSIOUNI la violencia sexual constituye un daño grave a la integridad física y mental y además puede someter al grupo a condiciones de vida dirigidas a impedir los nacimientos y causar su destrucción. Por ejemplo, las mujeres víctimas de la violencia sexual pueden resultar incapaces física o psicológicamente para tener relaciones íntimas o pueden ser rechazadas por los hombres de su comunidad. Ambas situaciones pueden debilitar la estructura familiar y eventualmente llevar al grupo a su destrucción. En otros casos, las supervivientes traumatizadas de la violencia sexual pueden no ser capaces de asumir sus roles en el seno de la familia o de la sociedad, lo que puede dañar gravemente la estructura social y entrañar la destrucción del grupo. Por ello, en su opinión, el uso extendido de la violencia sexual para destruir la estructura de una sociedad puede ser considerado como una forma de genocidio. Sobre la posibilidad de cometer genocidio mediante agresiones sexuales véase también GIL GIL, A., Derecho penal internacional, 1999, p. 227 y ss.
- 189 Según BASSIOUNI/ McCORMICK, Sexual Violence, p. 33, la violencia sexual se incluye en la prohibición de tratos inhumanos contenida en la figura de los crímenes contra la humanidad. También MERON, T., "Rape as a Crime...", pp. 427 y ss.
- 190 Fiscalía c. Akayesu, sentencia de 2 de septiembre de 1998, N° ICTR-96-4-T, disponible en <http://www.ictor/default.htm>.
- 191 Parag. 597: "Like torture, rape is used for such purposes as intimidation, degradation, humiliation, discrimination, punishment, control or destruction of a person. Like torture, rape is a violation of personal dignity, and rape in fact constitutes torture when inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity". Desde 1992 la violación había sido mencionada explícitamente en la Comisión de Derechos Humanos de la ONU como una forma de tortura. Ver GIL GIL, ob. cit.
- 192 El tribunal insistió en que no solo la violación era punible conforme a su Estatuto: Vid. Fiscalía c. Akayesu, sentencia de 2 de septiembre de 1998, N° ICTR-96-4-T, párr. 346: "Sexual violence is not limited to physical invasion of the human body and may include acts which do not involve penetration or even physical contact".
- 193 Par. 598: "The Chamber defines rape as a physical invasion of a sexual nature, committed on a person under circumstances which are coercive. Sexual violence which includes rape, is considered to be any act of a sexual nature which is committed on a person under circumstances which are coercive. This act must be committed : (a) as part of a wide spread or systematic attack; (b) on a civilian population; (c) on certain catalogued discriminatory grounds, namely: national, ethnic, political, racial, or religious grounds.
- 194 Par. 507: "For purposes of interpreting Article 2(2)(d) of the Statute, the Chamber holds that the measures intended to prevent births within the group, should be construed as sexual mutilation, the practice of sterilization, forced birth control, separation of the sexes and prohibition of marriages. In patriarchal societies, where membership of a group is determined by the identity of the father, an example of a measure intended to prevent births within a group is the case where, during rape, a woman of the said group is deliberately impregnated by a man of another group, with the intent to have her give birth to a child who will consequently not belong to its mother's group".
508. Furthermore, the Chamber notes that measures intended to prevent births within the group may be physical, but can also be mental. For instance, rape can be a measure intended to prevent births when the person raped refuses subsequently to procreate, in the same way that members of a group can be led, through threats or trauma, not to procreate.
- 195 Fiscalía c. Furundzija, sentencia de 10 de diciembre de 1998, N° IT-95-17/1-T, disponible en <http://www.un.org/icty/furundzija/trialc2/judgement>
- 196 Párr. 172: "The prosecution of rape is explicitly provided for in Article 5 of the Statute of the International Tribunal as a crime against humanity. Rape may also amount to a grave

- breach of the Geneva Conventions, a violation of the laws or customs of war or an act of genocide, if the requisite elements are met, and may be prosecuted accordingly.
- 197 Fiscalía c. Delalic, Mucic, Delic and Landzo, sentencia de 16 de noviembre de 1998, N° IT-96-21, disponible en <http://www.un.org/icty/celebici/trialc2/judgement>
- 198 Párr. 494: "In view of the above discussion, the Trial Chamber therefore finds that the elements of torture, for the purposes of applying Articles 2 and 3 of the Statute, may be enumerated as follows: (i) There must be an act or omission that causes severe pain or suffering, whether mental or physical, (ii) which is inflicted intentionally, (iii) and for such purposes as obtaining information or a confession from the victim, or a third person, punishing the victim for an act he or she or a third person has committed or is suspected of having committed, intimidating or coercing the victim or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, (iv) and such act or omission being committed by, or at the instigation of, or with the consent or acquiescence of, an official or other person acting in an official capacity. Sobre la calificación de la violación como tortura con mayor detalle OJINAGA, pp. 1037 y ss.
- 199 Parag. 475 y ss
- 200 Fiscalía c. Kunarac, Kovac and Vukovic, sentencia de 22 de febrero de 2001, N° IT-96-23&23-1, disponible en <http://www.un.org/icty/kunarac/trialc2/judgement> véanse especialmente párr. 436-464
- 201 Parag. 542: "Under this definition, indications of enslavement include elements of control and ownership; the restriction or control of an individual's autonomy, freedom of choice or freedom of movement; and, often, the accruing of some gain to the perpetrator. The consent or free will of the victim is absent. It is often rendered impossible or irrelevant by, for example, the threat or use of force or other forms of coercion; the fear of violence, deception or false promises; the abuse of power; the victim's position of vulnerability; detention or captivity, psychological oppression or socio-economic conditions. Further indications of enslavement include exploitation; the exaction of forced or compulsory labour or service, often without remuneration and often, though not necessarily, involving physical hardship; sex; prostitution; and human trafficking.
- 202 Fiscalía c. Akayesu, sentencia de 2 de septiembre de 1998, N° ICTR-96-4-T.
- 203 Parag. 596: "While rape has been defined in certain national jurisdictions as non-consensual intercourse, variations on the act of rape may include acts which involve the insertion of objects and/or the use of bodily orifices not considered to be intrinsically sexual", parag. 597: "The Chamber considers that rape is a form of aggression and that the central elements of the crime of rape cannot be captured in a mechanical description of objects and body parts". Parag. 598: "The Chamber defines rape as a physical invasion of a sexual nature, committed on a person under circumstances which are coercive".
- 204 Fiscalía c. Delalic, Mucic, Delic and Landzo, sentencia de 16 de noviembre de 1998, N° IT-96-21, parag. 479, disponible en <http://www.un.org/icty/celebici/trialc2/judgement>
- 205 Fiscalía c. Furundzija, sentencia de 10 de diciembre de 1998, N° IT-95-17/1-T, disponible en <http://www.un.org/icty/furundzija/trialc2/judgement/htm>. Par. 185. Thus, the Trial Chamber finds that the following may be accepted as the objective elements of rape: (i) the sexual penetration, however slight: (a) of the vagina or anus of the victim by the penis of the perpetrator or any other object used by the perpetrator; or (b) of the mouth of the victim by the penis of the perpetrator; (ii) by coercion or force or threat of force against the victim or a third person." Además hay que tener en cuenta que el tribunal hacía esta definición para defender que el sexo oral también era constitutivo de violación: Par. 183. "The Trial Chamber holds that the forced penetration of the mouth by the male sexual organ constitutes a most humiliating and degrading attack upon human dignity. The essence of the whole corpus of international humanitarian law and human rights law lies in the protection of the human dignity of every person, whatever his or her gender. The general principle of respect for human dignity is the basic underpinning and indeed the very raison d'être of international humanitarian law and human rights law; indeed in modern times it has become of such paramount importance as to permeate the whole body of international law. This principle is intended to shield human beings from outrages upon their personal dignity, whether such outrages are carried out by unlawfully attacking the body or by humiliating and debasing the honour, the self-respect or the mental well being of a person. It is consonant with this principle that such an extremely serious sexual outrage as forced oral penetration should be classified as rape"
- 206 Parag. 271.
- 207 Parag. 457 y ss.
- 208 Parag. 460: In light of the above considerations, the Trial Chamber understands that the actus reus of the crime of rape in international law is constituted by: the sexual penetration, however slight: (a) of the vagina or anus of the victim by the penis of the perpetrator or any other object used by the perpetrator; or (b) of the mouth of the victim by the penis of the perpetrator; where such sexual penetration occurs without the consent of the victim. Consent for this purpose must be consent given voluntarily, as a result of the victim's free will, assessed in the context of the surrounding circumstances. The mens rea is the intention to effect this sexual penetration, and the knowledge that it occurs without the consent of the victim.
- 209 Ver trabajo GIL GIL, ob. cit.
- 210 Ejemplos de conductas subsumibles en esta modalidad pueden verse en el trabajo de BOOT sobre crímenes contra la humanidad, en TRIFFTERER (Ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Nomos, Baden-Baden, 1999, art. 7, marg. 47.
- 211 En la decisión contra Karadzic y Mladic en aplicación de la Regla 61 el tribunal señaló que el embarazo forzado, tal y como se había realizado en la antigua Yugoslavia, podría ser una prueba de la intención genocida. Ver GIL GIL, ob. cit.
- 212 Véase BOOT, ob. cit., marg. 52; también United States v. Brandt, case 1, ("The Medical Case"), en Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No 10, US Government Printing Office, Washington, 1951, vol. I y II, p. 171. Ver GIL GIL, ob. cit.
- 213 Sobre el crimen de persecución en general véase LIÑÁN LAFUENTE, A., El crimen de persecución: un tipo específico de crimen contra la humanidad, tesis doctoral.
- 214 Ver GIL GIL, ob. cit.
- 215 Artículo 68. "Protección de las víctimas y los testigos y su participación en las actuaciones: 1. La Corte adoptará las medidas adecuadas para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y los testigos. Con este fin, la Corte tendrá en cuenta todos los factores pertinentes, incluidos la edad, el género, definido en el párrafo 3 del artículo 2, y la salud, así como la índole del crimen, en particular cuando éste entrañe violencia sexual o por razones de género, o violencia contra niños. En especial, el Fiscal adoptará estas medidas en el curso de la investigación y el enjuiciamiento de tales crímenes. Estas medidas no podrán redundar en perjuicio de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni serán incompatibles con éstos".
- 216 Artículo 42.9 "El Fiscal nombrará asesores jurídicos especialistas en determinados temas como, por ejemplo, violencia sexual, violencia por razones de género y violencia contra los niños".
- 217 Art. 43.6. "El Secretario establecerá una Dependencia de Víctimas y Testigos dentro de la Secretaría. Esta Dependencia, en consulta con la Fiscalía, adoptará medidas de protección y dispositivos de seguridad y prestará asesoramiento y otro tipo de asistencia a testigos y víctimas que comparezcan ante la Corte, y a otras personas que estén en peligro en razón del testimonio prestado. La Dependencia contará con personal especializado para atender a las víctimas de traumas, incluidos los relacionados con delitos de violencia sexual".
- 218 Art. 68. 2. Como excepción al principio del carácter público de las audiencias establecido en el artículo 67, las Salas de la Corte podrán, a fin de proteger a las víctimas y los testigos o a un acusado, decretar que una parte del juicio se celebre a puerta cerrada o permitir la presentación de pruebas por medios electrónicos u otros medios especiales. En particular, se aplicarán estas medidas en el caso de una víctima de agresión sexual o de un menor de edad que sea víctima o testigo, salvo decisión en contrario adoptada por la Corte atendiendo a todas las circunstancias, especialmente la opinión de la víctima o el testigo".
- 219 Dice la Regla 86 que una Sala, al dar una instrucción o emitir una orden y todos los demás órganos de la Corte al ejercer sus funciones con arreglo al Estatuto o a las Reglas, tendrán en particular en cuenta las necesidades de las víctimas de violencia sexual o de género. La Regla 88 sobre la adopción de oficio o a instancia de parte de medidas especiales que apunten, entre otras cosas, a facilitar el testimonio de las víctimas de violencia sexual dispone la obligación de controlar diligentemente el interrogatorio a fin de evitar cualquier tipo de hostigamiento o intimidación y prestando especial atención al caso de las víctimas de crímenes de violencia sexual.
- 220 Ver CHINCHÓN ÁLVAREZ, Principios y procedimientos de prueba en casos de crímenes sexuales ante los tribunales penales internacionales: Su aplicación en las instancias judiciales internas, en Justicia y reparación para mujeres víctimas de violencia sexual en contextos de conflicto armado interno, Lima, abril de 2007. Dice el autor: "(...) Los principios generales en la prueba de los crímenes sexuales ante los Tribunales Penales Internacionales quedarían condensados en: 1) La no exigencia de corroboración del crimen por parte de terceros. 2) La ausencia de defensa basada en el consentimiento otorgado cuando la víctima haya sido objeto, o tema serlo, de violencia, amenazas, detención o presiones psicológicas, o si razonablemente cree que si se negase otro/s pudiera/n ser objeto de actos o presiones similares. 3) Si el acusado alegase el consentimiento de la víctima como defensa, deberá demostrar en una audiencia previa que sus evidencias en tal defensa son relevantes y creíbles. 4) La conducta sexual anterior de la víctima es irrelevante a los efectos de prueba".
- 221 AMBOS, K., "Sobre los fines de la pena a nivel nacional y supranacional", en RDPC, 2ª época, n. 12, 2003, p. 208.
- 222 <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4868e9222>
- 223 http://www.stoprapenow.org/docs/UNAction_sp_brief.pdf



CONSEJO NORUEGO
PARA REFUGIADOS

Consejo Noruego para Refugiados

Carrera 9 No. 81^a – Piso 9 y Piso 6, Bogotá - Colombia
Teléfono. (+57) 1 317 14 81
nrc@nrc.org.co

www.nrc.org.co / www.nrc.no
Fax. (+57) 1 317 15 04

Apoyado por: **Canada**



Foreign Affairs and
International Trade Canada



CONSEJO NORUEGO
PARA REFUGIADOS

Consejo Noruego para Refugiados

Carrera 9 No. 81ª – Piso 9 y Piso 6, Bogotá - Colombia
Teléfono. (+57) 1 317 14 81
nrc@nrc.org.co

www.nrc.org.co / www.nrc.no
Fax. (+57) 1 317 15 04

Apoyado por:

Canadá



Foreign Affairs and
International Trade Canada