

LOS CRÍMENES DE NATURALEZA SEXUAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

MAGDALENA M. MARTÍN
ISABEL LIROLA

INFORMES 8/2013

INSTITUT
CATALÀ
INTERNACIONAL

PER LA PAU

LOS CRÍMENES DE NATURALEZA SEXUAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

MAGDALENA M. MARTÍN
ISABEL LIROLA

INFORMES 8/2013

INSTITUT
CATALÀ
INTERNACIONAL

PER LA PAU

© Magdalena M. Martín e Isabel Lirola

© 2013 Institut Català Internacional per la Pau
Gran Via de les Corts Catalanes, 658, baixos 08010 Barcelona
T. +34 93 554 42 70 | F. +34 93 554 42 80
icip@gencat.cat | www.icip.cat

Maquetació
ICIP

DL: B.5624-2013

ISSN: 2013-9446 (edició en línea)



Aquesta obra és sota una llicència Creative Commons de Reconeixement - No Comercial - Compartir sota la mateixa llicència 2.5 Espanya. Per llegir una còpia d'aquesta llicència visitar el següent enllaç:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.5/es/>

Es pot copiar, distribuir, comunicar públicament, traduir i modificar aquest document sempre que no es realitzi un ús comercial del mateix i es respecti l'autoria original.

ÍNDICE

RESUMEN EJECUTIVO	6
1. PRESENTACIÓN	8
2. EL MARCO JURÍDICO REGULADOR DE LOS CRÍMENES DE NATURALEZA SEXUAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO	11
2.1. UN SISTEMA HETEROGÉNEO RESULTANTE DE LA INTERACCIÓN DE NORMAS E INSTRUMENTOS QUE CONTEMPLA BIENES JURÍDICOS Y NIVELES DE PROTECCIÓN DISTINTOS	11
2.2. LA CONSTRUCCIÓN DEL MARCO JURÍDICO REGULADOR DE LOS CRÍMENES SEXUALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO	12
2.2.1. EL NÚCLEO INICIAL DE LA PROTECCIÓN: EL ESTABLECIMIENTO DE NORMAS PROTECTORAS DE LAS MUJERES EN SITUACIONES DE CONFLICTO ARMADO. EL SISTEMA DE LOS CONVENIOS DE GINEBRA	12
2.2.2. LA CATEGORIZACIÓN DE LA VIOLENCIA SEXUAL COMO CRÍMEN INTERNACIONAL: LOS ESTATUTOS Y LA JURISPRUDENCIA DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL	15
2.2.3. LA APORTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS A LA CUESTIÓN DE LA VIOLENCIA SEXUAL EN LOS CONFLICTOS ARMADOS. LA ACTIVIDAD DE LOS ÓRGANOS DE NACIONES UNIDAS	22
2.3. LÍMITES E INSUFICIENCIAS DEL MARCO JURÍDICO ACTUAL: LA NECESIDAD DE UN INSTRUMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO QUE REGULE DE MANERA ESPECÍFICA LOS CRÍMENES DE NATURALEZA SEXUAL	27
3. EL TRATAMIENTO DE LA VIOLENCIA SEXUAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO: DIFICULTADES PARA UN ENFOQUE OMNICOMPRESIVO	30
3.1. LA AUSENCIA DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO	31
3.1.1. EN LA FASE INICIAL DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL	33
3.1.2. EL MANDATO DE GÉNERO EN LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y SU APLICACIÓN POR LA FISCALÍA	35
3.2. LA DOBLE DIMENSIÓN (INDIVIDUAL/COLECTIVA Y PRIVADA/PÚBLICA) DE LOS BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS EN LOS CRÍMENES SEXUALES	41
3.3. LA CADENA DE OBSTÁCULOS TÉCNICO-PROCESALES RELACIONADOS CON LA INVESTIGACIÓN Y SANCIÓN DE LOS CRÍMENES SEXUALES	45
3.3.1. LA EXIGENCIA DE ESPECIALIZACIÓN	47

3.3.2. LA INCLUSIÓN DE LOS CRÍMENES SEXUALES ENTRE LOS CARGOS PRESENTADOS <i>AB INITIO</i> POR LA FISCALÍA	48
3.3.3. EL FORTALECIMIENTO DE LA PROTECCIÓN DE LOS TESTIGOS	50
3.3.4. PARTICULARIDADES EN LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA Y EXIGENCIA DE UN MAYOR ESTÁNDAR PROBATORIO EN EL CASO DE LOS CRÍMENES SEXUALES	51
4. LOS CRÍMENES DE NATURALEZA SEXUAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO: UN ANÁLISIS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL	54
4.1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA CRIMINALIZACIÓN DE LA VIOLENCIA SEXUAL EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL	54
4.2. LOS CRÍMENES DE NATURALEZA SEXUAL RECOGIDOS EN EL ESTATUTO DE ROMA	56
4.2.1. EL CRIMEN SEXUAL POR AUTONOMASIA: LA VIOLACIÓN	56
4.2.2. ESCLAVITUD SEXUAL	66
4.2.3. PROSTITUCIÓN FORZADA	75
4.2.4. EMBARAZO FORZADO	78
4.2.5. ESTERILIZACIÓN FORZADA	82
4.2.6. LA CLÁUSULA RESIDUAL: OTRAS FORMAS DE VIOLENCIA SEXUAL	83
4.3. LA CONSTRUCCIÓN DE UNA CATEGORÍA PROPIA DE CRÍMENES INTERNACIONALES DE VIOLENCIA SEXUAL	85
5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	89
BIBLIOGRAFÍA	94
JURISPRUDENCIA	100

RESUMEN EJECUTIVO

El presente informe contiene un estudio actual y riguroso del tratamiento de los crímenes de naturaleza sexual en el Derecho internacional humanitario. Para lograr el objetivo pretendido se ha procedido a realizar un análisis integrado de las normas internacionales que conforman su marco jurídico regulador, así como de la jurisprudencia más significativa emanada de los órganos del sistema de justicia penal internacional (Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, Corte Penal Internacional y Tribunales mixtos o internacionalizados), destacando que el Instrumento de referencia ha sido el Estatuto de Roma, puesto que contiene la regulación más exhaustiva hasta el momento existente de los crímenes internacionales de naturaleza sexual tanto desde un punto de vista sustantivo como procesal.

Como su propio título indica, el ámbito material del documento se circunscribe al Derecho internacional humanitario. No obstante, se establecen conexiones y formulan referencias continuas al Derecho internacional penal y al Derecho internacional de los derechos humanos, puesto que el tratamiento internacional de los crímenes de naturaleza sexual es producto de la interacción de estos tres ámbitos normativos.

Tras una breve presentación, en las que se formulan algunas precisiones y aclaraciones metodológicas, la estructura del informe se articula en torno a tres epígrafes generales.

El primero de ellos, tras examinar la protección dispensada a las mujeres en situaciones de conflicto armado por los Convenios de Ginebra y sus Protocolos, se centra en el proceso de categorización de la violencia sexual como crimen internacional, y en la aportación que en dicho proceso ha supuesto la actividad de la Asamblea y del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. A la vista de los límites e insuficiencias del marco jurídico actual, se propone la adopción de un Acuerdo Internacional que pudiera regular de manera específica la violencia sexual perpetrada en el marco de cualquier conflicto armado.

El segundo epígrafe gira en torno a las tres principales dificultades detectadas en el tratamiento de la violencia sexual por el Derecho internacional humanitario y que impiden su tratamiento de manera omnicompreensiva, a saber: la ausencia de la perspectiva de género en la construcción y puesta en práctica del sistema de justicia penal internacional; la doble dimensión pública y privada de los bienes jurídicos protegidos en los crímenes sexuales, y la cadena de obstáculos técnico-procesales que la investigación y sanción de estos crímenes plantea.

El tercer epígrafe aborda las particularidades del principio de legalidad penal internacional como preámbulo a la descripción singularizada de los diferentes tipos de crímenes de naturaleza sexual previstos en el Estatuto de Roma, incluyendo: la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada y otras formas de violencia sexual de gravedad comparable. En la descripción de esta tipología se ha seguido un mismo esquema, basado en la indagación de los elementos definitorios de cada uno de estos crímenes, y en los problemas interpretativos que suscitan.

El informe se cierra con un conjunto de reflexiones que, además de sintetizar las principales cuestiones teóricas y prácticas expuestas, formulan algunas recomendaciones que pretenden alentar los esfuerzos internacionales en curso y facilitar la acción de los diversos actores implicados en la prevención y sanción de estos ignominiosos crímenes.

1. PRESENTACIÓN

Violencia sexual y conflictos armados se han mezclado de forma inexorable y fatídica desde los tiempos más remotos. En perspectiva histórica, la comisión de crímenes de naturaleza sexual, cuyas víctimas son mayoritariamente mujeres y menores, ha sido una consecuencia inevitable e invisible de la guerra de los hombres. Lejos de aminorar, en la actualidad el empleo de la violencia sexual contra la población civil, sin distinción de sexo ni edad, se ha generalizado como un arma de guerra, convirtiéndose en una de las señas de identidad más reconocibles de los conflictos armados contemporáneos.

La gravedad y el alcance de tales crímenes conmueven nuestras conciencias y, como internacionalistas, nos induce a realizar un análisis jurídico en busca de respuestas. Por esta razón, el objetivo de este informe es presentar un estudio sistemático de los crímenes de naturaleza sexual en el Derecho internacional humanitario, basado en un análisis integrador de las distintas normas e instrumentos jurídicos aplicables, y de la jurisprudencia del llamado sistema de justicia penal internacional.

Nuestro propósito es, pues, ofrecer una visión holística, que aúne el desarrollo teórico normativo con la praxis internacional más reciente, y que no obvie las preguntas claves para comprender por qué se cometen estos crímenes y cuáles son las principales dificultades para su investigación y sanción.

Con todo, es necesario comenzar realizando algunas precisiones. La primera es que nuestro principal instrumento normativo de referencia es el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, por contener la regulación más exhaustiva hasta el momento existente de los crímenes de naturaleza sexual tanto desde un punto de vista sustantivo como procesal. No obstante, el presente estudio se sitúa en un marco más amplio, el del llamado sistema de justicia penal internacional, en el que el concepto de «tribunal» dista de ser una categoría homogénea, puesto que en ella se incluyen tres modelos de órganos jurisdiccionales de naturaleza y características bien diferentes: los Tribunales Penales Internacionales ad hoc, la Corte Penal Internacional y los Tribunales mixtos o internacionalizados.

La segunda precisión pretende delimitar con claridad el ámbito de estudio. Por una parte, nos hemos circunscrito al análisis de los crímenes internacionales de naturaleza sexual, lo que implica la existencia previa de un umbral de gravedad e impacto de las conductas examinadas que deben llevar aparejadas bien una intencionalidad concreta, bien daños mayores que los normalmente causados a nivel interno. Por otra parte, entendemos que tales crímenes son siempre manifestaciones de la violencia sexual, sea

explícita o implícita, y que en ellos predomina la desigualdad por razón de género contra las mujeres y niñas, sin excluir la dirigida contra hombres y niños.

En tercer lugar, conviene también precisar que en el tratamiento de los crímenes internacionales de naturaleza sexual confluyen tres sectores del Derecho internacional público, a saber, el Derecho internacional humanitario; el Derecho internacional penal, y el Derecho internacional de los derechos humanos. Como el título del estudio indica, nos centraremos en el Derecho internacional humanitario, que es el ordenamiento propio de las situaciones de conflicto armado, si bien las referencias o conexiones con los otros dos sectores mencionados son inevitables y necesarias, puesto que el marco regulador de estos crímenes resulta de la interacción de estos tres ámbitos normativos.

En cuarto lugar, hemos considerado que no es plausible abordar esta cuestión si no es entreverando las reflexiones teóricas con el análisis de la jurisprudencia más representativa emanada de los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, así como las situaciones y casos en curso ante la Corte Penal Internacional. Además, hemos examinado también la jurisprudencia y los casos de los tribunales mixtos o internacionalizados, a los que recurrimos, cuando, como sucede con el Tribunal especial para Sierra Leona o las Salas especiales para el procesamiento de los crímenes cometidos en el período de la Kampuchea Democrática, resultan especialmente relevantes para la categorización de los crímenes internacionales de naturaleza sexual.

A la luz de las consideraciones anteriores, nuestro estudio se inicia con un epígrafe relativo al examen del alcance del marco regulador de los crímenes sexuales en el Derecho internacional humanitario, resultante de un proceso de fertilización cruzada entre las normas que prohíben la violencia sexual contra las mujeres en situaciones de conflicto armado, las que incriminan distintas formas de violencia sexual como genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad y las que protegen los derechos humanos de las mujeres.

A continuación, nos hemos detenido en el tratamiento que la violencia sexual ha merecido en el Derecho internacional humanitario y, en particular, en la dificultades existentes para lograr un enfoque omnicompreensivo, lo que nos permite enmarcar y contextualizar la cuestión de manera que, junto a razonamientos meta-jurídicos, dedicaremos una atención preferencial a las cuestiones procesales que los crímenes sexuales suscitan.

El siguiente epígrafe del informe se dedica a examinar detalladamente la tipología de los crímenes de naturaleza sexual en el Derecho internacional humanitario. Tomando como referencia los crímenes recogidos en el Estatuto de Roma, hemos analizado cómo, cuándo y por qué se ha procedido a su criminalización, para abordar a renglón seguido sus elementos definitorios, al objeto de verificar la existencia de una categoría propia de crímenes internacionales de naturaleza sexual.

El estudio termina formulando una serie de conclusiones valorativas generales y algunas propuestas concretas, con el propósito de mejorar la comprensión y el planteamiento de los crímenes internacionales por los diferentes actores implicados.

Finalmente, nos gustaría agradecer muy sinceramente al ICIP, y en especial al Dr. Antoni Pigrau, la confianza depositada en nosotras al proponernos la elaboración de este informe, que esperamos aliente los esfuerzos internacionales encaminados a evitar y sancionar la comisión de crímenes de naturaleza sexual en los conflictos armados y luchar contra la impunidad de sus autores.

Tal como se indica, este informe ha sido elaborado en coautoría por Isabel Lirola, quien se ha encargado de los epígrafes II y IV. 2, B, C, D, E y F) y Magdalena Martín, que lo ha hecho de los epígrafes III y IV.1, 2 A) y 3.

Todas las ideas han sido discutidas y compartidas por las dos autoras, lo que nos ha permitido redactar conjuntamente la Presentación, las Conclusiones y las Recomendaciones.

2. EL MARCO JURÍDICO REGULADOR DE LOS CRÍMENES DE NATURALEZA SEXUAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

2.1. UN SISTEMA HETEROGÉNEO RESULTANTE DE LA INTERACCIÓN DE NORMAS E INSTRUMENTOS QUE CONTEMPLA BIENES JURÍDICOS Y NIVELES DE PROTECCIÓN DISTINTOS

Desde una perspectiva de conjunto, cabe destacar que el actual marco jurídico regulador de los crímenes de naturaleza sexual en el Derecho internacional humanitario es el resultado de un proceso muy largo y lento de progresiva toma de conciencia acerca de la necesidad de adoptar normas e instrumentos internacionales destinados a evitar, prohibir y sancionar la violencia sexual cometida en el contexto de un conflicto armado.

En esta evolución, que se extiende de manera dinámica hasta el momento presente, confluyen normas e instrumentos jurídicos elaborados en momentos históricos distintos y procedentes de tres ámbitos del Derecho internacional que interactúan entre sí: el Derecho internacional humanitario, el Derecho internacional penal y el Derecho internacional de los derechos humanos. Puede hablarse así del paso de la invisibilidad de la violencia sexual en el orden internacional a su visibilidad a través de un proceso de fertilización entre distintos tipos de normas.

De esta manera, es posible identificar un núcleo inicial de protección que se construye a partir de la adopción en el orden internacional de normas destinadas a proteger a las mujeres en situaciones de conflicto armado. Además de algunos antecedentes significativos, este núcleo inicial es el que resulta de las disposiciones de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales destinadas a proteger a las mujeres en situaciones de conflicto armado. Se trata de un conjunto de normas pertenecientes al ámbito del Derecho internacional humanitario stricto sensu de carácter convencional que, en una parte muy importante, son reconocidas hoy en día como normas consuetudinarias.

A este primer bloque normativo se añaden, principalmente a partir de los años noventa del siglo XX, un conjunto de normas e instrumentos de Derecho internacional penal a través de los que se incriminan distintas formas de violencia sexual como crímenes de guerra, crímenes contra la Humanidad y genocidio. Este conjunto normativo que se identifica primordialmente con los Estatutos y la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales del llamado «sistema de justicia penal internacional», se construye a partir de la creación de los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, y en él destaca de manera especial, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

No obstante, estos dos bloques normativos no deben ser considerados como compartimentos estancos, ni de manera estática, ya que, como veremos, interactúan, primero

entre sí y, segundo, con otros instrumentos y mecanismos procedentes del ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos.

A su vez, hay que tener en cuenta la aportación procedente de la actividad de los órganos de Naciones Unidas, especialmente de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad, que también se han ocupado de los crímenes de naturaleza sexual cometidos en el marco de conflictos armados, propiciando su inclusión en planes de acción específicos de protección de la mujer y adoptando diversos instrumentos de soft law que también interactúan con las normas consuetudinarias y convencionales que resultan de aplicación en esta materia.

El resultado de todo este iter normativo es que el marco regulador de los crímenes de naturaleza sexual en el Derecho internacional humanitario se configura como un sistema heterogéneo, en el que, si bien se contempla la protección de bienes jurídicos distintos y con un alcance variado, considerado en su conjunto, tiende hacia la protección de la dignidad y la integridad de todos los seres humanos que resulten afectados por la violencia sexual desarrollada en el ámbito de un conflicto armado y al desarrollo de una categoría específica de crímenes de violencia sexual que lleva aparejada la responsabilidad penal internacional de sus autores.

2.2. LA CONSTRUCCIÓN DEL MARCO JURÍDICO REGULADOR DE LOS CRÍMENES SEXUALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

2.2.1. EL NÚCLEO INICIAL DE LA PROTECCIÓN: EL ESTABLECIMIENTO DE NORMAS PROTECTORAS DE LAS MUJERES EN SITUACIONES DE CONFLICTO ARMADO. EL SISTEMA DE LOS CONVENIOS DE GINEBRA

En perspectiva histórica, conflictos armados y violencia sexual aparecen asociados perniciosos e indisolublemente, conformando el haz y el envés de una misma realidad. Por consiguiente, es lógico que la prohibición de cometer violaciones y otras agresiones sexuales en tiempos de guerra haya estado presente en la doctrina del Derecho Internacional clásico, como atestiguan la obra de Francisco de Vitoria y Hugo Grocio¹, y que algunos de los primeros instrumentos de codificación del Derecho internacional humanitario establecieran normas protectoras de las mujeres como víctimas seculares de tal violencia. A este respecto, se puede mencionar el Código Lieber de 1863 en el que se prohíbe expresamente la violación y la II Convención de la Haya de 1899, la IV Convención de la Haya de 1907 y su Reglamento que lo hacen indirectamente a través de la referencia al «honor y los derechos de la familia».

Los esfuerzos prohibicionistas se intensificaron en el período de entreguerras y, sobre todo, tras el final de la Segunda Guerra Mundial, de manera que los Convenios de Gi-

¹. En *De Iure Belli et Pacis*, Grotio describía la violación no sólo como un daño contra la mujer, sino, lo que era más importante, como un daño contra la comunidad del violador (Vid. Kinsella, Helen M. 2006. «Gendering Grotius: Sex and Sex Difference in the Laws of War». *Political Theory*, 34 (2): 161-191.

nebra de 1948 establecen una serie de normas protectoras que prohíben, tanto de forma explícita como implícita, la violación y otras agresiones sexuales contra mujeres. Así, el art 27, del IV Convenio de Ginebra relativo a la protección de las personas civiles en tiempos de guerra se refiere específicamente a que «Las mujeres serán especialmente amparadas contra todo atentado a su honor y, en particular, contra la violación, contra el forzamiento a la prostitución y contra todo atentado a su pudor». El art. 3 común no contiene ninguna referencia explícita a la violencia sexual, aunque establece la prohibición de «los atentados a la integridad corporal» y a «la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes». De manera similar, el Protocolo Adicional I recoge en el art. 75, 2, b) la prohibición de la tortura y de «los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado contra el pudor». Además, este instrumento contiene un capítulo de «Medidas a favor de las mujeres y los niños» en cuyo art. 76. p. 1 se reitera, en términos similares al art. 27 del IV Convenio, que «Las mujeres serán objeto de un respeto especial y protegidas contra la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de atentado al pudor». Por su parte, el Protocolo II incluye expresamente en su art. 4, p. 2, e) dentro de la prohibición de los atentados contra la dignidad personal a «la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de atentado contra el pudor».

Sin desconocer la relevancia de la protección que han ofrecido y ofrecen las disposiciones de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos contra la violencia sexual en los conflictos armados, dichas disposiciones han sido objeto de varias críticas. Desde estos planteamientos críticos se apunta, en primer lugar, que, tal como pone de manifiesto el lenguaje y la terminología que usan, el bien jurídico protegido por estas disposiciones parece referirse exclusivamente al honor y la dignidad de la mujer dentro de una visión patriarcal y falocrática. En consecuencia, dichas disposiciones se limitarían a considerar a las mujeres de manera secundaria y sólo en la medida en que, al atentar contra su honor, se ataca al de los hombres del grupo social o familiar al que éstas pertenecen. Tal planteamiento se vería también confirmado por el hecho de que incluso aquellas disposiciones de las Convenciones de Ginebra que contemplan una posición más activa de las mujeres, se centran casi exclusivamente en su función como madres (Tachou-Sipowo 2010, 201). De esta manera, como se ha puesto de manifiesto, se estaría desconociendo el atentado a la integridad corporal y la violación de la intimidad de la persona que llevan aparejados los crímenes de naturaleza sexual (Ayat 2010, 811).

En esta misma línea, se señala que tales disposiciones obvian completamente el hecho de que las mujeres experimentan los conflictos armados de manera muy diferente a los hombres ya que la violencia sexual y de género es «la experiencia distintiva más obvia de la mujeres en situaciones de conflicto armado» (Rodríguez Manzano 2002, 296). Es decir, el hecho de referirse únicamente a la protección de las mujeres, en vez de establecer una prohibición de la violencia sexual basada en el género, estaría sirviendo para confirmar el estereotipo de la mujer como «víctima» necesaria de los conflictos armados (Barrow 2010, 226).

Por último, pero no por ello menos importante, se ha criticado que las violaciones de estas disposiciones protectoras de las mujeres no figuren expresamente dentro del sis-

tema de las infracciones graves de los Convenios de Ginebra, aunque los crímenes de naturaleza sexual puedan –y así se ha confirmado– incluirse en actos que sí tienen tal consideración como el «homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos» y el «hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar contra la integridad física o la salud»². Esta omisión, como se ha señalado, vendría a ser un indicativo de la consideración de la menor gravedad de la violencia sexual contra las mujeres e incluso de una cierta aceptación de que se trata de «un desafortunado pero inevitable efecto de la guerra» (Moreyra 2007, 39).

Ahora bien, a pesar de estas críticas, el sistema de los Convenios de Ginebra constituye un núcleo normativo básico de protección frente a la violencia sexual desarrollada en situaciones de conflicto armado por dos razones. La primera se debe a que todas las normas que hemos enumerado tienen hoy la consideración de Derecho internacional consuetudinario y, en su conjunto, cubren cualquier conflicto armado, con independencia de su índole o caracterización. En segundo lugar, hay que tener en cuenta su proyección en el Derecho interno, ya que varios códigos militares y legislaciones penales nacionales han incorporado sobre la base del sistema de los Convenios de Ginebra disposiciones protectoras frente a la violencia sexual en situación de conflicto armado³.

Además, dichas disposiciones interactúan, como veremos, con normas procedentes del Derecho internacional penal y del Derecho internacional de los derechos humanos, dándose lugar a través de este proceso a una aplicación e interpretación dinámica y actualizada que permite superar sus apuntadas limitaciones (derivadas, sin duda, del momento de desarrollo del Derecho y la Sociedad Internacional en el que fueron redactadas) y extender su ámbito y nivel de protección.

2.2.2. LA CATEGORIZACIÓN DE LA VIOLENCIA SEXUAL COMO CRIMEN INTERNACIONAL: LOS ESTATUTOS Y LA JURISPRUDENCIA DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL

La adopción de normas destinadas a establecer la responsabilidad penal internacional de los individuos por crímenes de violencia sexual cometidos en el marco de conflictos armados está ligada al establecimiento de jurisdicciones penales internacionales. No obstante, como era previsible teniendo en cuenta el contexto y el momento de su creación, la actuación de los Tribunales Militares Internacionales de Nuremberg y Tokio fue

². En este sentido, y sin perjuicio de la posterior confirmación por la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda y el Estatuto de Corte Penal Internacional, hay que tener en cuenta la opinión del CICR clarificando que el sistema de infracciones graves contenido en el art. 147 del IV Convenio de Ginebra y en particular «el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar contra la integridad física o la salud» obviamente cubre no sólo la violación, sino cualquier otro ataque a la dignidad de la mujer (Vid. Comité Internacional de la Cruz Roja, Aide-Memoire (1992), párr. 2 y la opinión de la Comisión de expertos constituida en virtud de la Resolución 780 (1992) del Consejo de Seguridad (Carta de fecha de 24 de mayo de 1994 dirigida al presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General, Doc. N.U. S/1994/647, de 27 de mayo de 1994, Anexo, párr. 195).

muy exigua, ya que los crímenes sexuales no estaban incluidos en la jurisdicción de los Tribunales Militares Internacionales⁴.

Al respecto, el Tribunal de Nuremberg no llegó a condenar directamente los crímenes de naturaleza sexual cometidos en el transcurso de la Segunda Guerra Mundial, a pesar de que se produjeron innumerables situaciones de violencia sexual por tropas de ambos bandos que podrían haber sido consideradas como crímenes de guerra o como crímenes contra la Humanidad, de acuerdo con lo establecido en su Estatuto⁵. Pero dadas las características de estos Tribunales y los planteamientos de la época, sólo el Tribunal Militar Internacional de Tokio procedió a la condena por crímenes de guerra de los generales japoneses Toyoda y Matsui por no haber evitado las violaciones masivas de mujeres con ocasión de la ocupación de la ciudad china de Nanking por las fuerzas bajo su mando. Por lo demás, la inmensa mayoría de tales situaciones no sólo no fueron objeto de sanción, a pesar de las evidencias existentes, sino que incluso se ha ignorado o negado su existencia hasta fechas muy recientes, como ha sido el caso de las llamadas «Comfort Women»⁶.

3. Una lista de los manuales militares que han incorporado disposiciones en este sentido, puede verse en *Customary International Humanitarian Law*, Volume II: Practice, eds. Henekaerts and Doswald-Beck (ICRC, Cambridge Press, 2005), párrs. 1620-1660.

4. Como se ha señalado «El primer precedente en la calificación de las agresiones sexuales como crímenes internacionales que engendran responsabilidad penal individual lo estableció una Comisión creada tras la Primera Guerra Mundial, en una lista de 32 crímenes en la que se incluían la violación y la prostitución forzada como números 5 y 6. Al término de la Segunda Guerra Mundial, el Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg no menciona expresamente la violación u otras agresiones sexuales, ni se llegaron a deducir responsabilidades por tales actos, aunque los encargados de formular acusaciones por la comisión de crímenes de guerra y crímenes contra la Humanidad en la Europa del Este y el Oeste ofrecieron al Tribunal ciertas informaciones al respecto: el fiscal francés en relación con el trato dispensado a las internadas judías y arias en los campos de concentración, y el soviético al respecto de la violación masiva de mujeres y niñas por las tropas alemanas en los territorios ocupados de la entonces Unión Soviética» (Ojinaga Ruiz, María del Rosario. 2002. «[La prohibición y criminalización en Derecho Internacional de las violencias sexuales contra mujeres civiles en conflictos armados](#)». [Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED](#) 19: 199-268 en 217).

5. Entre otros, fueron particularmente notorios los episodios de violaciones masivas de mujeres cometidos por tropas bajo mando aliado en Italia y por el ejército soviético durante la toma de Berlín, además de que durante los juicios de Nuremberg se presentaron suficientes evidencias de las violaciones cometidas por soldados alemanes, vid., Rhonda Copelon, «Gendered War Crimes: Reconceptualizing Rape in Time of War» en *Women's Rights, Human Rights, International Feminist Perspectives*, ed. Julie Stone Peters, Andrea Wolper (London/New York: Routledge, 1995), 197.

6. Las «Comfort Women» o mujeres de solaz eran mujeres de los países ocupados por Japón durante la Segunda Guerra Mundial (coreanas, filipinas, birmanas, chinas e indonesias, entre otras), que fueron secuestradas y obligadas a tener relaciones sexuales en locales especialmente establecidos para los militares japoneses. Dicha situación, negada y obviada por Japón, fue denunciada en el «Informe presentado por la relatora especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, Dra. Radica Coomaraswamy, de conformidad con la resolución 1994 de la Comisión de Derechos Humanos, Informe de la misión enviada a la República Popular Democrática de Corea, la República de Corea y el Japón sobre la cuestión de las esclavas sexuales de los militares en tiempo de guerra, Doc. E/CN.4/1996/53/add.1, 4 de enero de 1996), dando lugar a que algunas de las supervivientes prestaran testimonio de su traumática experiencia e incluso presentaron reclamaciones contra Japón. En 1998, un Tribunal japonés estableció la obligación de dicho Estado del pago de compensaciones económicas a las reclamantes. Finalmente, en 2007 el Parlamento japonés reconoció su existencia y pidió oficialmente perdón a las víctimas (Vid. Askin, Kelly 2001, «Comfort Women: Shifting Shame and Stigma from Victims to Victimiziers». *International Criminal Law Review*: 5-32 y Park, Michelle 2008, «Defining Responsibility for Sexual assault-War crimes committed in the Second World War», disponible en www.standorf.edu/group/sjeaa/journal. Junto a ello, hay que resaltar una iniciativa no gubernamental mucho más incisa, consistente en la aprobación del llamado «Tribunal Internacional de Mujeres sobre los crímenes de guerra» (vid. Sakamoto, Rumi. 2001. «The Women's International War Crimes Tribunal On Japan's Mili-

Por tanto, la criminalización de la violencia sexual cometida en situaciones de conflicto armado ha ido pareja al desarrollo de los órganos jurisdiccionales que integran hoy en día el llamado «sistema de justicia penal internacional» y tiene su punto de arranque en el establecimiento de los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda. Así, la Asamblea General y el Consejo de Seguridad, ante la gravedad de los comportamientos y las violaciones de los derechos humanos, incluida la violencia sexual, en ambos conflictos, adoptaron numerosas medidas entre las que se encuentran la creación por este último de ambos Tribunales.

Ahora bien, en el marco del ya apuntado proceso de interacción entre distintas normas y mecanismos internacionales, hay que destacar que la inclusión de crímenes de naturaleza sexual en dichos Estatutos se debió, en buena parte, a la concienciación y acción de distintos actores internacionales y muy especialmente a los avances materializados en las Conferencias Internacionales de Viena y Beijing que, como se ha señalado, «dieron la vehemencia política necesaria» a dicha inclusión (Rodríguez Manzano 2002, 293). En este sentido, si bien en un primer momento, ambos conflictos suscitaban atención más por su carácter étnico o genocida que por la gravedad de los ataques sexuales, la politización de la violación y su caracterización como arma de guerra contribuyó de manera decisiva a su condena y a cambiar las actitudes públicas hacia la violencia sexual perpetrada (Moreyra 2007, 63).

De hecho, el tratamiento de los crímenes de naturaleza sexual en ambos Estatutos presenta inicialmente ciertas debilidades porque el Estatuto del TPIY sólo menciona expresamente el crimen de violación, incluyéndolo como un crimen contra la Humanidad (art. 5, g), sin que aparezca como un crimen de guerra, ni dentro de las «Violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949» (art. 2), ni en las «Violaciones de las leyes o usos de la guerra» (art. 3). En esta misma línea, el Estatuto del TPIR la incluye también como un crimen contra la Humanidad (art. 3, g), pero apunta un cierto avance ya que la incorpora como un crimen de guerra dentro de las «Violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II de los Convenios» (art. 4, e).

Tales debilidades han podido ser superadas en la medida en que tanto las Reglas de procedimiento y prueba de ambos Tribunales⁷, así como la incorporación de juezas y fiscales con sensibilidad y experiencia en materia de género y violencia sexual, han permitido el desarrollo de una jurisprudencia evolutiva y novedosa, que ha resultado un puntal fundamental en el establecimiento de un sistema normativo integrador de los distintos instrumentos jurídicos que componen el marco regulador de los crímenes de naturaleza sexual en el Derecho internacional humanitario.

tary Sexual Slavery: A Legal And Feminist Approach To The «Comfort Women Issue». *New Zealand Journal of Asian Studies* 3 (1): 49-58).

7. Se destaca la importancia de las Reglas de procedimiento 34 y 96, cuya adopción parece haber anticipado el hecho de que los supuestos de violencia sexual, entendida de manera más amplia que la violación) ocuparían una parte muy sustancial del trabajo del Tribunal. Es más, las normas de procedimiento podrían haber facilitado el desarrollo del Derecho sustantivo al reconocer la comisión de crímenes de violencia sexual y su potencial significado en los procedimientos ante ambos Tribunales. Así, la Regla 34 establece que las unidades de apoyo de víctimas y testigo proporcionarán asistencia, entre otros supuestos, en el caso de violación y ataque sexual». La Regla 96 se refiere a la prueba en caso de ataque sexual. Cf. O'Byrne,

En una primera aproximación, hay que destacar la aportación al tratamiento de los crímenes de naturaleza sexual en el Derecho internacional humanitario que supone el que la jurisprudencia del TPIY y del TPIR se haya centrado en la protección de la dignidad e integridad física de todas personas, víctimas de tales crímenes⁸. Esta valoración, que se traduce en una superación del planteamiento más conservador de la violación y otras agresiones sexuales como atentados contra el honor de las mujeres, permite una interpretación de las disposiciones de los Convenios de Ginebra más amplia y acorde con una perspectiva de género.

En segundo lugar, la jurisprudencia del TPIY ha permitido superar las limitaciones del sistema de infracciones graves de los Convenios de Ginebra a través de un doble proceso. Por una parte, ha suplido la falta de mención de la violación y otros crímenes de naturaleza sexual dentro de la lista de infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 a las que se refiere el art. 2 del Estatuto, calificando dichos hechos como «tortura», «actos inhumanos» o «actos deliberados que causen graves padecimientos o graves daños a la integridad física o la salud», es decir, como tipos de crímenes de guerra que sí tienen la consideración de infracciones graves⁹. Además, para superar la limitación que se deriva de la aplicación del sistema de infracciones graves únicamente a los conflictos armados internacionales, ha considerado la violencia sexual como violaciones de las leyes y usos de la guerra del art. 3 del Estatuto, entendiendo esta disposición en función del carácter no exhaustivo de la lista de supuestos contemplados, como una cláusula general o residual en la que se incluyen también las agresiones sexuales¹⁰.

Por su parte, el TPIR ha estimado que, pese a que el Protocolo II no haya adquirido en su totalidad el carácter de norma consuetudinaria, tiene tal carácter el art. 4, 2, relativo a las «Garantías fundamentales», en el que, como ya vimos, se hace referencia a «los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor»¹¹.

Además, ambos Tribunales han considerado las agresiones sexuales como crímenes de genocidio, bien como «*lesiones graves a la integridad física o mental de los miembros del grupo*» o como la imposición de medidas destinadas a impedir los nacimientos dentro del grupo»¹².

Katie. 2011. «Beyond Consent: Conceptualising Sexual Assault in International Criminal Law». *International Criminal Law Review* 11(3): 495-514 en 500.

⁸. TPIR, SPI, Prosecutor v. Akayesu, Judgment (ICTR-96-40-T), 2 de septiembre de 1998, párr. 495.

⁹. TPIR, SPI, Prosecutor v. Akayesu, *Trial Judgment* (ICTR-96-40-T), 2 de septiembre de 1998, párrs. 636 y 503; TPIY, SPI, Prosecutor v. Zejnil Dedalic, Zdravko Music, Hazim Delic, Esad Landzi (Celebici Prison-camp), Judgment (IT-96-21-T), de 16 de noviembre de 1998, párrs. 452-474.

¹⁰. TPIY, SA, Prosecutor v. Dusko Tadic, Judgment (IT-94-I), de 15 de julio de 1999 párr. 81; TPIY, SPI, Prosecutor v. Anto Furundzija, Judgment (IT-95-17/1-T), de 10 de diciembre de 1998; Prosecutor v. Zejnil Dedalic, Zdravko Music, Hazim Delic, Esad Landzi (Celebici Prison-camp), Judgment (IT-96-21-T), de 16 de noviembre de 1998.

¹¹. TPIR, SPI, Prosecutor v. Akayesu, Judgment (ICTR-96-40-T), 2 de septiembre de 1998, párrs. 636 y 503.

¹². TPIR, SPI, Prosecutor v. Akayesu, Judgment (ICTR-96-40-T), 2 de septiembre de 1998, párrs. 636 y 503. En el mismo sentido, TPIR, SPI, Prosecutor v. Rutaganda, Judgment (ICTR-96-3-T), de 6 de diciembre de 1999, párrs. 51 y 53; TPIR, SA, Prosecutor v. Alfred Musema, Judgment (ICTR-96-13-A) de 16 de noviembre de 2001, párr. 908; TPIR, SPI, Prosecutor v. Silvestre Gacumbitsi, Judgment (ICTR- 2001-64-

El acervo desarrollado por el TPIY y el TPIR ha sido recogido en el Estatuto de Roma de Corte Penal Internacional de 1998, un instrumento que representa un avance sin precedentes en el tratamiento de los crímenes de naturaleza sexual en el Derecho internacional humanitario. En este sentido, hay que tener en cuenta que las disposiciones del Estatuto en esta materia son fruto de un proceso negociador complejo en el que concurrieron influencias y fuerzas opuestas: por un parte, la tensión entre las posturas de Estados progresistas y conservadores en materia de derechos sexuales y de la mujer, y, por otra, la presión realizada por las ONG dedicadas a estos temas.

En relación con la primera, los problemas se generaron por la oposición de los países islámicos y el Vaticano a la utilización del término «género» y a la inclusión del «embarazo forzoso», definiéndose ambos conceptos de manera muy detallada para evitar problemas de interpretación. En relación con la segunda, grupos feministas y asociaciones de mujeres crearon el llamado «Women's Caucus for Gender Justice» (Caucus de Mujeres por una Justicia de género) como un grupo de presión con el objetivo de lograr la inclusión en el Estatuto de una perspectiva de género y tipos de violencia sexual, cuya criminalidad aún no había sido objeto de reconocimiento en el plano internacional¹³.

El resultado es que el Estatuto de Roma, como ya avanzamos, incorpora una perspectiva de género y contempla específicamente una categoría de crímenes de naturaleza sexual. Es más, contiene la regulación más completa existente de crímenes de esta naturaleza en un instrumento de Derecho internacional humanitario, que aparecen explícitamente incorporados dentro de la categoría de los crímenes contra la Humanidad (art. 7) y los crímenes de guerra (art. 8). A la vez, el Estatuto abre la posibilidad de considerar la violencia sexual desarrollada en el marco de un conflicto armado como un crimen de genocidio, ya que este crimen también forma parte de la competencia de la Corte (art. 6).

Así, el art. 7, 1, g) incluye como crímenes contra la Humanidad la «violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparada». Por su parte, el art. 8, 2, b), xxii incluye como crímenes de guerra dentro de «Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales», el cometer «actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una violación grave de los Convenios de Ginebra» y el art. 8, 2, d), vi) dentro de «Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no son de índole internacional», contempla el cometer «actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada y cual-

T), de 17 de junio de 2004, párrs. 291-293; TPIR, SPI, Prosecutor v. Mikaeli Muhimana, Judgement (ICTR-95-1B-T), de 28 de abril de 2005, párr. 502; TPIR, SPI, Prosecutor vs. Kayishema and Ruzindama, Judgement (ICTR-95-1-T), 21 de mayo de 1999, párrs. 108-112, en los que añade que la violación puede considerarse dentro de los actos susceptibles de someter al grupo a unas condiciones de vida que han de acarrear su destrucción física, total o parcial.

¹³. Vid. Bedont, Barbara, 1999. «Ending Impunity for Gender Crimes Under the International Criminal Court». *Brown Journal of World Affairs* 6: 65-85 y Halley, Janet, 2008. «Rape at Rome: Feminist Interventions in the Criminalisation of Sex-Related Violence in Positive International Criminal Law». *Michigan Journal of International Law* 30: 1-123.

quier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra».

En este sentido, y por lo que respecta, en particular, a los crímenes de guerra, se ha destacado la importancia de que el Estatuto de Roma reconozca, por fin, la violencia sexual como una infracción grave de los Convenios de Ginebra y una violación grave al art. 3 común, poniendo fin a omisiones y debates anteriores (O'Byrne 2011, 502). Es más, se ha señalado que es «la primera vez que se reconoce en un texto de Derecho internacional que la violencia sexual adquiere el nivel de una infracción grave», añadiendo, una opinión que no compartimos, «que queda sometida a la jurisdicción universal con las consecuencias que ello conlleva» (Zorrilla 2005, 67-66)¹⁴.

En términos generales, y sin perjuicio de un estudio más particularizado tanto de la incorporación de una categoría propia de crímenes de violencia sexual, como de cada uno de los crímenes de naturaleza sexual contenidos en el Estatuto de Roma¹⁵, tal como pone de manifiesto la redacción de los arts. 7, 1, g) y 8, b), xxii y d), vi), los crímenes de naturaleza sexual contemplados en ambas disposiciones son idénticos y se definen de la misma manera. Esta identidad de contenidos asegura un mismo nivel de incriminación y sanción, con independencia de cuál sea la situación en la que estos hechos de cometen, resultando por tanto irrelevante a estos efectos que se califiquen como crímenes contra la Humanidad o crímenes de guerra. Además, se trata de una lista abierta ya que su enumeración no tiene un carácter exhaustivo puesto que en ambos casos se contempla una cláusula residual que permite el enjuiciamiento por la Corte de aquellas formas de abusos sexuales o de violencia sexual que no estén expresamente previstas en el Estatuto¹⁶.

Se plantea, en todo caso, la cuestión relativa al umbral de gravedad requerido para que la violencia sexual pueda entrar dentro de la competencia de la Corte. Al respecto, hay que tener en cuenta, en primer lugar, los umbrales establecidos con carácter general para todos los crímenes contra la Humanidad (cometerse como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil) y los crímenes de guerra (cometerse como parte de un plan o política o como parte de la comisión a gran escala de tales crímenes), cuyo cumplimiento resulta, en todo caso, necesario.

En segundo lugar, hay que considerar los umbrales establecidos con carácter particular en los elementos de los crímenes en relación con la exigencia de que la conducta en cuestión tenga en el caso de los crímenes contra la Humanidad: una gravedad comparable «a la de los demás crímenes del artículo 7, 1, g) del Estatuto»; en el caso de los crímenes de guerra cometidos en el marco de un conflicto armado internacional, una gravedad comparable «a una violación grave de los Convenios de Ginebra»; y en el caso de los crímenes de guerra cometidos en el marco de un conflicto armado interno, una

¹⁴. En principio, no compartimos esta opinión, porque consideramos que tal equiparación se produce en el ámbito de un instrumento de carácter convencional, como es el Estatuto, lo cual constituye efectivamente un gran avance a efectos de reconocer la gravedad de la violencia sexual, pero hay que recordar que la Corte no tiene jurisdicción universal (en esta misma línea, Tachou-Sipowo 2010, 210).

¹⁵. Vid. *infra* epígrafe IV.

¹⁶. Vid. *infra* epígrafe IV.

gravedad comparable a «una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra».

En relación con esta cuestión, se suscita también el problema de las violencias sexuales de menor gravedad y la duda de si podrían considerarse incluidas por lo que respecta a los crímenes contra la Humanidad dentro de la noción de «otros actos inhumanos» del art. 7, 1 k) (Ojinaga 2002, 260). El mismo planeamiento se puede aplicar, en nuestra opinión, a los crímenes de guerra en los que tal tipo de violencia podría, llegado el caso, verse incluida en los «tratos inhumanos» de las infracciones graves de los Convenios de Ginebra y en los «tratos humillantes y degradantes» de las violaciones graves del art. 3 común.

Otro elemento a destacar, consecuencia de la ya apuntada incorporación de una dimensión de género en el Estatuto, es el carácter neutro con el que se formulan dichos crímenes, cuyas víctimas –salvo en el caso del embarazo forzado– pueden ser mujeres u hombres, niñas o niños, y la desaparición de cualquier elemento moralizador. En este sentido, se ha destacado que las disposiciones del Estatuto de Roma «no particularizan a las mujeres como un grupo más débil de víctimas que necesitan protección especial», sino que «colocan a las mujeres como parte de la clase humana que requiere protección bajo el Derecho Internacional» (Moreyra 2007, 92). Además, estas disposiciones permiten llenar el vacío normativo existente en Derecho internacional humanitario en relación con la violencia sexual contra los hombres que, como ya hemos anticipado, se utiliza también como arma de guerra, cada vez con mayor frecuencia, en los conflictos armados¹⁷.

En todo caso, el valor de las disposiciones del Estatuto de Roma en relación con los crímenes de naturaleza sexual cometidos en el marco de conflictos armados no se agota en su utilización por la Corte Penal Internacional, ya que, siendo ésta extremadamente importante, resulta condicionada por el carácter limitado del número de casos de los que la Corte puede conocer en función de las condiciones para el ejercicio de su jurisdicción y de la cadena de obstáculos técnico-procesales relacionados con la investigación y sanción de los crímenes de naturaleza sexual a la que nos referimos a continuación. Por esta razón, resulta relevante apuntar su proyección en un doble ámbito interno e internacional.

En relación con el primero, las disposiciones del Estatuto de Roma que analizamos se proyectan en las legislaciones nacionales de todos los Estados parte por la vía del principio de complementariedad y la obligación de incorporar tales crímenes en sus legislaciones nacionales para asegurar su sanción, cuando no se cumplan los requisitos para el ejercicio de la competencia de la Corte. En este sentido, consideramos que sería muy interesante comprobar a través del análisis de la práctica cuál ha sido el impacto real de las disposiciones del Estatuto sobre crímenes de naturaleza sexual en los Derechos internos de los Estados parte y si, realmente, está sirviendo para promover la represión y

¹⁷. En relación con las particularidades de la violencia sexual contra los hombres, vid. Linos, Natalia, 2009. «Rethinking gender-based violence during war: Is violence against civilian men a problem worth addressing?», *Social Science and Medicine*, 68: 1548-1551 y Sivakumaran, Sandez, 2010. «Del dicho al hecho: la ONU y la violencia sexual contra hombres y niños durante conflictos armados». *International Review of the Red Cross*, 877: 1-20.

sanción de la violencia sexual a nivel estatal. Este dato resulta relevante teniendo en cuenta la relación existente hoy en día entre la violencia sexual habitual o permitida en una sociedad en tiempos de paz como factor propiciatorio de la desarrollada en el marco de un conflicto armado.

Por lo que respecta al segundo, las disposiciones del Estatuto de Roma también se han proyectado total o parcialmente sobre *otros órganos jurisdiccionales del sistema de justicia penal internacional*. En este sentido, en relación a la consideración de la violencia sexual como un crimen contra la Humanidad, el Estatuto del Tribunal especial para Sierra Leona (art. 2)¹⁸ y la regulación de los Paneles Especiales sobre Delitos Graves en Timor del Este¹⁹, incluyen dentro de esta categoría la «Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado y cualquier otra forma de violencia sexual». Es decir, incorporan la mayor parte, aunque no todos los crímenes del art. 7, 1, g) del Estatuto de Roma, ya que omiten la esterilización forzada. Por su parte, la Ley reguladora de las Salas Especiales para el procesamiento de los crímenes cometidos en el período de la Kampuchea Democrática (art. 5) se refiere de forma expresa únicamente a un crimen de naturaleza sexual, la violación, aunque contempla crímenes contra la Humanidad como la esclavitud, la tortura y los tratos inhumanos que, como ya hemos visto en relación con la jurisprudencia del TPIY y el TPIR, pueden servir para incriminar la violencia sexual²⁰.

Por lo que respecta a los crímenes de guerra, la proyección también es parcial. Así, el Estatuto del Tribunal especial para Sierra Leona contempla dentro de su competencia las violaciones al artículo 3, común de las Convenciones de Ginebra y al Protocolo Adicional II (art. 3) en el que se incluyen los «Atentados contra la dignidad personal, en particular tratos inhumanos y degradantes, violación, prostitución forzada y cualquier otra forma de agresión indecente». La Sección 6 del Reglamento UNTAET 2000/15 en relación con los Paneles Especiales sobre Delitos Graves en Timor del Este sigue textualmente lo establecido en el art. 8 del Estatuto de Roma en relación a los crímenes de guerra, permitiendo, por tanto, conocer de los crímenes de naturaleza sexual cometidos en el marco de un conflicto armado en los mismo término que la CPI²¹. Y las Salas Especiales para el procesamiento de los crímenes cometidos en el período de la Kampuchea Democrática son competentes para conocer de las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949.

Todos estos órganos jurisdiccionales, salvo el Tribunal Especial para Sierra Leona, son asimismo competentes para conocer el crimen de genocidio y, por tanto, la violencia sexual que entre dentro de los supuestos de comisión de este crimen.

¹⁸. Estatuto contenido como anexo del «Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the establishment of a Special Court for Sierra Leone», de 16.01.2002 (disponible en www.sc-sl.org). Este Tribunal incluye dentro su competencia crímenes cometidos según la legislación de Sierra Leona (art. 5), en relación al delito de abuso de niños contrario a la Ley sobre prevención de la crueldad contra los niños de 1926 (Cap. 31) que prevé la sanción de los abusos de niñas menores de 13 años, los abusos de niñas entre 13 y 14 años, y el secuestro de una niña con propósitos indecentes.

¹⁹. Sección 10.1 del Reglamento UNTAET 2000/11, y Sección 1.3 del Reglamento UNTAET 2000/15.

²⁰. Law on the establishment of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the prosecution of crimes committed during the period of Democratic Kampuchea, as promulgated on 27 October 2004 (NS/RKM/1004/006) (disponible en www.eccc.gov.kh).

²¹. Estas Salas resultan también competentes en relación con los delitos sexuales que se rijan por lo establecido en el Código Penal de Timor del este (Sección 8 y 9 del Reglamento UNTAET 2000/15).

Resulta, así, clara la confirmación de que la violencia sexual en el marco de un conflicto armado puede constituir un crimen contra la Humanidad, un crimen de guerra o incluso un crimen de genocidio. Sin embargo, las disparidades apuntadas en la regulación de algunos de los órganos jurisdiccionales del sistema de justicia penal internacional serían indicativas de la persistencia de diferencias en cuanto al alcance y el contenido de tales crímenes. De ahí, como veremos, el valor de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional y de estos propios órganos jurisdiccionales, especialmente del Tribunal especial para Sierra Leona, en orden a clarificar el contenido y alcance de los crímenes de naturaleza sexual como crímenes contra la Humanidad y crímenes de guerra.

2.2.3. LA APORTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS A LA CUESTIÓN DE LA VIOLENCIA SEXUAL EN LOS CONFLICTOS ARMADOS. LA ACTIVIDAD DE LOS ÓRGANOS DE NACIONES UNIDAS

A) LA INVISIBILIDAD DE LA VIOLENCIA SEXUAL EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS. LA EXCEPCIÓN DE ALGUNOS INSTRUMENTOS ADOPTADOS EN EL ÁMBITO AFRICANO

Desde una perspectiva general, resulta llamativa la invisibilidad de la violencia sexual en los instrumentos convencionales de protección de los derechos humanos de ámbito universal, ya que no se refieren directamente a ella ni la Declaración Universal de los Derechos Humanos ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Tampoco la menciona el Instrumento de Derechos Humanos más específico de protección de la mujer, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), de 18 de diciembre de 1979. Tan sólo la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, establece en su artículo 34 la obligación de los Estados parte de proteger al niño contra «todas las formas de explotación y abuso sexuales», pero no hace ninguna referencia concreta al contexto específico de los conflictos armados. Tampoco el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, de 25 de mayo de 2000, se refiere a la violencia sexual de la que son víctimas los niños soldados y, muy especialmente, las niñas (Tachou-Sipowo 2010, 203).

En la misma línea de las reflexiones ya apuntadas en relación con los planteamientos iniciales imperantes en el Derecho internacional humanitario y el Derecho internacional penal, esta invisibilidad pone de manifiesto que la violencia sexual no se ha considerado tradicionalmente como un atentado contra los derechos humanos (Movilla 2010, 4), sino que hasta hace relativamente poco tiempo ha quedado subsumida y justificada en su consideración dentro de un ámbito privado y familiar. Sin embargo, el Derecho internacional de los derechos humanos constituye también un ámbito normativo en el que la violencia sexual en un contexto de conflicto armado ha sido objeto de tra-

tamiento en los últimos años, si bien desde distintos planos y con diferentes consecuencias.

Así, en primer lugar, en el ámbito convencional regional, la violencia sexual contra las mujeres se contempla de manera expresa en el Protocolo a la Carta africana de Derechos Humanos y de los pueblos sobre los derechos de las mujeres en África de 2003, cuyo art. 1 j) señala que la violencia contra la mujer se refiere a «todos los actos contra las mujeres que les causan o pueden causarles daño físico, sexual, sociológico o económico», incluyendo «la amenaza de tales actos o llevar a cabo la imposición de medidas restrictivas o de privación de derechos fundamentales en la vida privada o pública en tiempos de paz y *en situaciones de conflicto armado o de guerra*» (la cursiva es nuestra).

Este Instrumento contiene, además, una disposición específica sobre la protección de las mujeres en los conflictos armados (art. 11), en la que se establece la obligación de los Estados parte de tomar medidas para respetar y asegurar el respeto de las normas de Derecho internacional humanitario aplicables en situaciones de conflicto armado que afectan a la población, particularmente a las mujeres. En concreto, los Estados parte se comprometen a proteger a las mujeres solicitantes de asilo, refugiadas y desplazadas internas de toda forma de violencia, violación y otras formas de explotación sexual y de asegurar que tales actos son considerados crímenes de guerra, genocidio y/o crímenes contra la Humanidad, y que sus autores son llevados ante la justicia de la jurisdicción penal competente. Es de destacar que el Protocolo a la Carta africana contempla específicamente la cuestión de las niñas soldado, estableciendo la obligación de los Estados parte de tomar todas las medidas necesarias para que ningún niño, especialmente las niñas de menos de 18 años, participen directamente en las hostilidades y que no sean reclutadas como soldados.

En este mismo ámbito regional africano, se sitúa el Protocolo para la prevención y supresión de la violencia sexual contra mujeres y niños²², un instrumento del mayor interés, al haber sido adoptado en una región como los Grandes Lagos, particularmente afectada por la comisión de crímenes de naturaleza sexual en los diversos conflictos de la zona. Se trata, además, del primer Instrumento internacional de naturaleza convencional que tiene específicamente como objetivo la violencia sexual, conteniendo una definición exhaustiva aunque no cerrada de los actos que pueden considerarse como tales (art. 1, p. 5). Destaca, asimismo, el hecho de que este Protocolo establece la obligación de los Estados parte de sancionar tales hechos cuando se cometan en conexión con la comisión del crimen de genocidio, crímenes contra la Humanidad y crímenes de guerra (art. 4). Además, detalla una serie de obligaciones de los Estados parte en el ámbito judicial, procesal, legal, médico, social y económico que se ven reforzados por mecanismos de cooperación regional (art. 6)²³.

²². Protocolo de 30.11.2006 al Pacto sobre Seguridad, Estabilidad y Desarrollo en la Región de los Grandes Lagos, adoptado el 15.12.2006 en Nairobi y en vigor desde junio de 2008. De acuerdo con el art. 7 del Pacto, el Protocolo resulta obligatorio para todos los Estados parte del Pacto y entró en vigor en la misma fecha.

²³. Esta disposición establece un mecanismo para facilitar la detención y entrega de personas que hayan sido acusadas de la comisión de un crimen de violencia sexual; criterios a tener en cuenta en los procedimientos penales en relación con las víctimas de tales delitos; y la obligación de que éstas sean objeto de

No obstante, llama la atención que mientras en el caso de los crímenes contra la Humanidad (art. 1, 2), los crímenes de naturaleza sexual considerados son los mismos que los que figuran en el art. 7, 1, g) del Estatuto de Roma, es decir, la violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparada, no sucede lo mismo con los crímenes de guerra. En la medida en que los crímenes de guerra (art. 1, 7) aparecen únicamente definidos por relación a las infracciones graves de los Convenios de Ginebra y no con el alcance más amplio con que los recoge el art. 8 del Estatuto de la CPI, podrían plantearse problemas en relación con los crímenes de naturaleza sexual que no puedan considerarse incluidos dentro de la lista de las infracciones graves (por ejemplo, la esclavitud sexual o el matrimonio forzado, en relación con la situación de las *bush wives*).

En segundo lugar, y por lo que respecta a la CEDAW, la Recomendación General n.º 19 adoptada por el Comité para la eliminación de la discriminación de la mujer, titulada «Violencia contra la mujer», incluye dentro de la definición de discriminación del art. 1 de la Convención la violencia basada en el sexo, es decir, «la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que le afecta en forma desproporcionada». Según la Recomendación, constituye también discriminación a efectos de la Convención: «la violencia contra la mujer, que menoscaba o anula el goce de sus derechos humanos y sus libertades fundamentales en virtud del Derecho internacional o de los diversos Convenios de Derechos Humanos», incluyéndose dentro de dichos derechos y libertades: «El derecho a protección en condiciones de igualdad con arreglo a normas humanitarias en tiempo de conflicto armado internacional o interno». Además, la Recomendación hace mención a la especial vulnerabilidad de las mujeres a los actos de agresión sexual en el contexto de las guerras, los conflictos armados y la ocupación de territorios. Sobre la base de todas estas referencias, se ha considerado que el Comité «interpreta, sin ambigüedad alguna, que la Convención reconoce a las mujeres y a las niñas el derecho a igual protección o aplicación no discriminatoria de normas humanitarias en tiempo de conflicto armado internacional o interno, y reafirma que las reparaciones por violencia de género relacionada con la guerra, como por ejemplo lo es la violación, tienen una dimensión de derechos humanos» (Visseur 2007, 28).

En tercer lugar, como ya hemos visto, la comisión de actos de violencia sexual en un contexto de conflicto armado ha sido objeto de sanción por los TPIY y TPIR en aplicación de la Convención para la prevención y sanción del Genocidio y de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

B) LA ACTIVIDAD DE NACIONES UNIDAS EN RELACIÓN A LA VIOLENCIA SEXUAL EN LOS CONFLICTOS ARMADOS

Distintas instancias de Naciones Unidas se han venido ocupando de la violencia sexual cometida en los conflictos armados a través principalmente de normas de *soft law* que se han centrado en la protección de las mujeres frente a la violencia sexual en las distintas fases del conflicto y del posconflicto.

compensación para lo que se debe crear un fondo especial destinado también a asegurar la adecuada formación del personal que se ocupa de casos de violencia sexual.

Desde una perspectiva general, Naciones Unidas fue tomando conciencia de la particular vulnerabilidad de las mujeres en situaciones de conflicto armado desde los años setenta, aunque inicialmente la cuestión de la violencia sexual no fue objeto de tratamiento debido a la tendencia a considerar y proteger a las mujeres fundamentalmente en su papel de madres y cuidadoras. El cambio fundamental de orientación se produce a partir de los años noventa, teniendo especial importancia los hechos acaecidos en la guerra de Kuwait, en la que la violencia sexual fue generalmente utilizada durante las hostilidades (Moreyra 2007, 53) y, como ya hemos avanzado, en los conflictos en la antigua Yugoslavia y Ruanda.

A partir de este momento, confluyen distintas vías de actuación, de manera que la violencia sexual contra las mujeres en los conflictos armados es objeto de atención en el marco de conferencias internacionales para la protección de los derechos humanos, y en especial de los derechos de las mujeres en los que es objeto de reconocimiento y recordatorio de las obligaciones que tienen los Estados según las normas de Derecho internacional humanitario para impedir la y sancionarla. A la vez, se da lugar a estrategias y planes de acción concretos y al reforzamiento de la protección ofrecida por la CEDAW.

Así, como ya hemos avanzado, en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena (1993) se hace por primera vez un reconocimiento expreso de la vulnerabilidad de las mujeres respecto de la violencia sexual en los conflictos armados que se consideran «violaciones de los principios fundamentales de los Derechos Humanos y del Derecho Humanitario Internacional» (Declaración y Programa de Acción de Viena, Parte I, párr. 38). En la Cuarta Conferencia Mundial de la mujer de Beijing (1995) también se contempla la situación de las mujeres y las niñas en los conflictos armados, estableciendo que las violaciones de derechos humanos en situaciones de conflicto armado y de ocupación militar son violaciones de los principios fundamentales de derechos humanos y de Derecho humanitario contemplados en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en las Convenciones de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales, incorporándose el objetivo de «garantizar el respeto del Derecho Internacional, incluido el Derecho Humanitario, a fin de proteger a las mujeres y a las niñas en particular» (Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, párr. 33 y 133).

Por su parte, en 2007 se adopta la iniciativa institucional «Las Naciones Unidas contra la violencia sexual en los conflictos», que dirigida por la Representante especial del Secretario General para la violencia sexual en los conflictos pretende coordinar toda la actuación de los órganos y organismos subsidiarios de Naciones Unidas, estableciendo entre otras medidas, un nuevo marco analítico y conceptual que pretende identificar las causas estructurales de dicha violencia y facilitar la acción a través de, entre otros ámbitos, la paz y la seguridad, los derechos humanos y el derecho humanitario²⁴.

De manera particular, hay que destacar *la actuación de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad* que, como órganos principales de Naciones Unidas, han adoptado una serie de resoluciones claves en esta materia. Así, la Asamblea General adoptó

²⁴. Vid. al respecto, UN action against sexual violence in conflict, Progress Report 2010-2011 en www.stopraperow.org.

una primera «Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer» (Resolución 48/104 de 10 de diciembre de 1993) en la que se afirma que «la violencia contra la mujer constituye una violación de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales e impide total o parcialmente a la mujer gozar de dichos derechos y libertades». Aunque no se hace una mención expresa a la violencia sexual cometida en el marco de un conflicto armado, puede entenderse que ésta queda comprendida en la referencia de que la violencia contra la mujer abarca sin carácter exhaustivo, entre otras, «La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra» (Manjoo, McRaith 2011, 20)²⁵.

En todo caso, las Resoluciones más significativas en esta materia son las Resoluciones 1325 (2000) y 1820 (2008) del Consejo de Seguridad, que han dado lugar, como veremos en breve, a la adopción de una batería de resoluciones en esta materia. Con independencia de otros aspectos que serán examinados posteriormente, interesa ahora destacar que, en la práctica, se suele considerar a la Resolución 1325 como un marco jurídico independiente sin un reconocimiento claro de cómo esta Resolución interactúa con los instrumentos convencionales existentes (Barrow 2010, 229). Sin embargo, lo cierto es que estas Resoluciones suponen un reforzamiento de las normas de Derecho internacional humanitario, de Derecho internacional penal y de Derecho de los Derechos Humanos ya examinadas, a cuyo pleno respeto y cumplimiento insta el Consejo de Seguridad²⁶.

2.3. LÍMITES E INSUFICIENCIAS DEL MARCO JURÍDICO ACTUAL: LA NECESIDAD DE UN INSTRUMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO QUE REGULE DE MANERA ESPECÍFICA LOS CRÍMENES DE VIOLENCIA SEXUAL

Todo el conjunto de normas e instrumentos que hemos examinado en los apartados anteriores estarían dando lugar o habría dado lugar a la formación de una norma de Derecho consuetudinario que establece la prohibición de la violencia sexual en los conflictos armados (Ayat 2010, 811), una prohibición que, en alguna opinión, tendría incluso el carácter de norma de *ius cogens* (O'Byrne 2011, 508).

²⁵. En esta misma línea, en la Resolución 61/1423 (2007), titulada «Intensificación de los esfuerzos para eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer», la Asamblea General insta a los Estados a que protejan a las mujeres y las niñas en situaciones de conflicto armado y posteriores a un conflicto y en situaciones en las que, por su condición de refugiadas o desplazadas internas, corren un mayor riesgo de ser blanco de la violencia y, a menudo, ven coartada su posibilidad de solicitar y obtener reparación y a que adopten iniciativas para eliminar la impunidad por todo tipo de violencia por razón de género en situaciones de conflicto armado.

²⁶. Así, en la Resolución 1325, párr. 9, el Consejo de Seguridad pide a todas las partes en un conflicto armado el cumplimiento y pleno respeto del Derecho internacional aplicable a los derechos y a la protección de las mujeres y niñas, especialmente en tanto que civiles, refiriéndose en particular «a las obligaciones correspondientes en virtud de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977, la Convención sobre los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 y su Protocolo Facultativo de 1999 y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y sus dos Protocolos Facultativos de 25 de mayo de 2000, y a que tengan presentes las disposiciones pertinentes del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional». Curiosamente, la Resolución 1820 es menos explícita y sistemática, aunque directa o indirectamente también hace referencia a todos estos instrumentos jurídicos y a las obligaciones que se derivan para los Estados, aunque fundamentalmente desde la perspectiva de la «obligación de proteger».

Sin embargo, la violencia sexual en los conflictos armados sigue siendo uno de los problemas más acuciantes en el ámbito internacional, de tal manera que el propio Consejo de Seguridad ha reiterado su profunda preocupación por el hecho de que, «a pesar de su repetida condena de la violencia contra las mujeres y los niños, incluidas todas las formas de violencia sexual en situaciones de conflicto armado, y no obstante sus llamamientos dirigidos a todas las partes en los conflictos armados para que pongan fin a esos actos con efecto inmediato, tales actos siguen ocurriendo y en algunas situaciones se han vuelto sistemáticos y generalizados» (Resolución 1960 [2010]). De hecho, del análisis hasta ahora realizado es posible concluir que el marco jurídico existente en el Derecho internacional presenta ciertas deficiencias y limitaciones que hacen que no ofrezca una respuesta y una protección suficiente y adecuada frente a la violencia sexual en los conflictos armados.

Así, ya hemos apuntado las cuestiones que suscita la redacción de los Convenios de Ginebra y cómo en orden a superarlas, estos instrumentos han sido objeto de una interpretación y aplicación integradora y evolutiva, orientada a asegurar la protección integral de todas las personas que son víctimas de violencia sexual en el marco de un conflicto armado. Por esta razón, sería muy conveniente para asegurar una mayor efectividad, una modificación de los Convenios que introdujese claramente una perspectiva de género así como que codificase los cambios operados por vía consuetudinaria y convencional, incluyendo los crímenes de violencia sexual dentro del sistema de infracciones graves, opción que por el momento no ha resultado posible.

Hay que recordar también las limitaciones temporales y espaciales para la aplicación de las disposiciones sobre crímenes de naturaleza sexual contenidas en los Estatutos y regulaciones de los Tribunales penales internacionales ad hoc y de los Tribunales mixtos, e incluso las disparidades entre éstos en cuanto a cuáles de estos crímenes tienen la consideración de crímenes de guerra. Por lo que respecta a las disposiciones del Estatuto de Roma en las que se recogen los crímenes de naturaleza sexual, siendo un puntal esencial para la protección y sanción internacional, no se pueden obviar las limitaciones derivadas de las condiciones para el ejercicio de la competencia de la Corte.

Todo ello nos conduce a plantear la oportunidad de la adopción de un Instrumento convencional que contemple de manera específica el tratamiento de los crímenes de naturaleza sexual cometidos en los conflictos armados. Se trataría de un instrumento en el que se pudiera aunar las distintas dimensiones de protección de Derechos Humanos, Derecho internacional humanitario, Derecho internacional penal y cooperación penal y judicial, así como medidas de carácter preventivo, sancionatorio y reparador²⁷.

Empezando por el título del nuevo instrumento, éste debería tener como objeto la prevención, sanción y reparación de los crímenes de violencia sexual en los conflictos armados, contemplando, desde una perspectiva de género, la protección de la dignidad, la integridad física y la libertad de todas las personas susceptibles de ser víctimas de tal violencia (incluyendo por tanto a los hombres y los niños), aunque se contemplen me-

²⁷. Un instrumento particularmente útil a estos efectos es el Protocolo para la prevención y supresión de la violencia sexual contra mujeres y niños del Pacto sobre Seguridad, Estabilidad y Desarrollo en la Región de los Grandes Lagos (visto *supra*) y que puede servir como elemento de referencia en algunos aspectos.

didadas específicas de protección para las mujeres y las niñas o para determinadas situaciones (refugiados o desplazados internos).

Desde una perspectiva sustantiva, partiendo de un concepto de violencia sexual²⁸, dicho instrumento debería contener una definición y tipificación de los crímenes internacionales de naturaleza sexual²⁹, tomando como referencia las disposiciones del Estatuto de Roma en relación con los crímenes contra la Humanidad, los crímenes de guerra y el genocidio. A este respecto, parece necesario asegurar la identidad de contenidos de los crímenes de naturaleza sexual, con independencia de que, en función de contexto en el que éstos se cometan, sean calificados como crímenes contra la Humanidad o crímenes de guerra. En relación con estos últimos, aunque, como ya hemos señalado, lo mejor sería que se reproduzca el contenido del art. 8, 2, b), xxii y d), VI del Estatuto de la CPI, conviene insistir en que se incluyan, en todo caso, como infracciones graves de los Convenios de Ginebra y como una violación grave del art. 3 común y del Protocolo Adicional II, garantizando su sanción en el ámbito de todo tipo de conflictos armados.

Como sucede en los Tratados de Derecho internacional penal, los Estados parte tendrían que asumir la obligación de incorporar a su derecho interno tales crímenes y asegurar su sanción, eliminando todos los posibles obstáculos legales o procesales y excluyéndolos específicamente del ámbito de aplicación de las leyes de amnistía posconflicto.

A la vista de la gravedad de los crímenes de naturaleza sexual cometidos en conflictos armados y en aras de la efectividad del instrumento convencional que los regule, parece lógico pensar que dicha sanción debería estar garantizada por un principio de jurisdicción universal obligatoria, así como por el establecimiento de mecanismos de cooperación judicial internacional destinados a garantizar la realización de las investigaciones policiales y judiciales y la entrega de las personas responsables de tales crímenes. Tales medidas deberían acompañarse en el plano interno del reconocimiento de las garantías y medidas procesales particulares a tener en cuenta en los procesos judiciales en los que se conozcan crímenes de naturaleza sexual.

²⁸. Vid., al respecto la definición de violencia sexual del art. 5, p. 1 de dicho Protocolo, en la que se incluye «any act which violates the sexual autonomy and bodily integrity of women and children under international criminal law, including, but not limited to: a. Rape; b. Sexual assault; c. Grievous bodily harm; d. Assault or mutilation of female reproductive organs; e. Sexual slavery; f. Enforced prostitution; g. Forced pregnancy; h. Enforced sterilization; i. Harmful practices, inclusive of all behaviour, attitudes and/or practices which negatively affect the fundamental rights of women and children, such as their right to life, health, dignity, education and physical integrity, as defined in the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa; j. Sexual exploitation or the coercion of women and children to perform domestic chores or to provide sexual comfort; k. Trafficking in, and smuggling of, women and children for sexual slavery or exploitation; l. Enslavement by the exercise of any or all of the powers attaching to the right of ownership over women and includes the exercise of such power in the course of trafficking in women and children; m. Forced abortions or forced pregnancies of women and girl children arising from the unlawful confinement of a woman or girl child forcibly made pregnant, with the intent of affecting the composition of the identity any population or carrying out other grave violations of international law, an as a syndrome of physical, social, and psychological humiliation, pain and suffering and subjugation of women and girls; n. Infection of women and children with sexually transmitted diseases, including HIV/AIDS; and o. Any other act or form of sexual violence of comparable gravity».

²⁹. Por ejemplo, al estilo del art.4 del Protocolo que se titula «Categories and Constituent Elements of Sexual Violence Crimes».

Además de las disposiciones de carácter sancionador, dicho Tratado debería incluir, como ya avanzamos, mecanismos y medidas destinadas, primeramente, a la prevención de la violencia sexual, incorporando la obligación de los Estados miembros de adoptar medidas para garantizar su cumplimiento, entre las que pueden considerarse la formación, entre otros, de las fuerzas de seguridad del Estado y el ejército, personal médico, trabajadores sociales, así como la adopción de medidas concretas de protección de los grupos más vulnerables, como las mujeres y los menores. En segundo lugar, resultaría también necesario contar con mecanismos para la monitorización del cumplimiento del Tratado, no sólo por el Estado sino también por todo tipo de grupos armados, con independencia de su naturaleza, que participen en un conflicto armado. Asimismo, sería preciso el establecimiento de mecanismos de reparación de las víctimas, que incluyan expresamente la obligación de los autores de los crímenes de llevar a cabo tal reparación y la adopción por los Estados parte de medidas concretas destinadas a proporcionar asistencia social y legal, tratamiento médico y a promover la rehabilitación y reintegración social de las víctimas.

Finalmente, parece que sería útil acompañar dicho instrumento con una legislación modelo destinada a asegurar la ejecución del Tratado en el Derecho interno. En este sentido, resulta evidente que lo más importante es la efectiva implementación de un Instrumento particularmente necesario para suplir las lagunas y las insuficiencias del marco normativo actualmente existente en relación a la violencia sexual en los conflictos armados.

3. EL TRATAMIENTO DE LA VIOLENCIA SEXUAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO: DIFICULTADES PARA UN ENFOQUE OMNICOMPRESIVO

«Se ha vuelto más peligroso ser una mujer que va a buscar agua o recoger leña que un combatiente en la línea de fuego».

Margot Wallstrom. Primera Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre violencia sexual en los conflictos (2012)

De conformidad con lo expuesto en la presentación, en el epígrafe precedente se ha abordado la construcción del marco jurídico regulador de los crímenes de naturaleza sexual, desde sus orígenes hasta su actual configuración en la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales del sistema de justicia penal internacional.

Una vez delimitado el marco normativo, a continuación procederemos a examinar el tratamiento que la violencia sexual ha recibido en sentido amplio en el Derecho internacional humanitario puesto que, como ya hemos señalado, conflictos armados y violencia sexual conforman el haz y el envés de una misma realidad. Nuestra intención es demostrar que, pese a los avances registrados y la confluencia triangular o fertilización cruzada resultante de la interacción entre el DIH y otros sectores normativos, la respuesta ofrecida por el Derecho internacional a esta cuestión es, en términos globales, manifiestamente mejorable, ya que a nuestro juicio adolece de tres deficiencias o lastres recurrentes, que de hecho imposibilitan la consecución de un enfoque omnicomprensivo y nítido. Nos referimos a lo que hemos dado en llamar:

1. La ausencia de la perspectiva de género.
2. La doble dimensión (individual/colectiva y privada/pública) de los bienes jurídicos protegidos en los crímenes de naturaleza sexual.
3. La cadena de obstáculos técnico-procesales relacionados con la investigación y sanción de los crímenes de naturaleza sexual.

3.1. LA AUSENCIA DE LA PERSPECTIVA DEL GÉNERO

La principal debilidad de la que históricamente ha adolecido el Derecho internacional humanitario a la hora de afrontar el tratamiento de la violencia sexual es, en nuestra opinión, la ausencia de una perspectiva de género. De hecho, en las diferentes fases que se han sucedido a lo largo de la evolución de la Sociedad Internacional, tanto la guerra como el propio *ius in bello* han sido fenómenos marcadamente patriarcales y androcéntricos, en los que el hombre ocupaba el papel protagonista y la mujer un rol subordinado, casi de mera comparsa. A esta insuficiencia de partida hay que sumar la incapacidad de la doctrina y también del legislador para, en una primera instancia, diferenciar a entre «sexo» y «género», y para adjudicar con posterioridad consecuencias jurídicas a dicha distinción.

Hubo que esperar hasta la década de los años noventa del pasado siglo para que se produjera un punto de inflexión. Al calor de la tardía incorporación de las teorías feministas al Derecho internacional (Orford 2002, 296), se planteó la necesidad de incluir la perspectiva de género en el tratamiento político-legislativo de los crímenes de naturaleza sexual, aunque tal inclusión suscitaba al menos dos objeciones estructurales.

En primer lugar, ni el prohibicionismo ni la persecución de los presuntos culpables aseguran acabar con la discriminación ni con la violencia sexual, ya que es bien sabido que las medidas penales represivas por sí solas resultan insuficientes para atajar un fenómeno poliédrico y de profundas raíces.

En segundo lugar, la persecución de los crímenes de naturaleza sexual en el actual sistema de justicia penal internacional produce un efecto colateral no deseado: al limitarse a depurar la responsabilidad penal individual puede diluir la responsabilidad estatal, contribuyendo así a reforzar, en lugar de a impugnar, las desigualdades de género existentes en la mayoría de los ordenamientos internos. Dicho en otros términos, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda ha sido capaz de procesar a los principales responsables del régimen de poder «hutu», pero sin cuestionar las relaciones desiguales de poder basadas en el género ni los elementos favorecedores de la violencia sexual presentes en el fallido estado ruandés. En el mejor de los casos, el efecto de las sentencias condenatorias es muy limitado, puesto que un veredicto de culpabilidad no ayuda per se a acabar con la violencia sexual, con lo que se corre el riesgo de que, a la postre, el Derecho internacional penal confirme un sistema internacional estatal y machista (Buss 2011, 416).

Así pues, hay que seguir reivindicando la plena inclusión de la perspectiva de género tanto en la elaboración de las normas internacionales como en su aplicación (Rodríguez Manzano 2001, 250). No se trata sólo de que los legisladores sean en su mayoría hombres, sino que la falta de impronta femenina en la tipificación de los crímenes sexuales y en su abordaje por el Derecho internacional humanitario produce efectos negativos concretos, hasta el extremo de que puede haber una gran variedad de conductas potencialmente sancionables que las mujeres perciben como violentas y que, sin embargo, no están legalmente caracterizadas como tales porque han sido codificadas por hombres.

A día de hoy, la perspectiva de género en el Derecho internacional humanitario es tanto más necesaria cuanto que los crímenes de naturaleza sexual no sólo siguen existiendo, sino que han experimentado un doble agravamiento. Por una parte, como luego desarrollaremos, su frecuencia y alcance se ha multiplicado hasta devenir en «armas de guerra». Y por la otra, como ya hemos tenido ocasión de comprobar, el catálogo de víctimas potenciales se ha ampliado, y a los sujetos pasivos por excelencia, las mujeres y los menores, se han unido ahora los hombres.

En palabras del actual Secretario General de la ONU, Ban Ki Moon:

«La violencia sexual, y la larga sombra de terror y trauma que proyecta, afectan en una proporción desmedida a las mujeres y las niñas. Sin embargo, información reciente pone de relieve que la situación de los hombres que son víctimas y el sufrimiento de los niños nacidos como consecuencia de violaciones en tiempos de guerra requieren un examen más detallado»³⁰.

La proliferación de los crímenes sexuales en los nuevos conflictos armados, y especialmente en las llamadas «guerras asimétricas» ha acelerado su criminalización a través de normas internacionales, pero no ha traído aparejada la plena asunción de la perspectiva de género a los efectos de su represión³¹. De hecho, un examen de los instrumentos constitutivos de los principales tribunales que conforman el sistema de justicia penal internacional revela la escasa o nula presencia de la perspectiva de género en cuatro indicadores o áreas claves:

- Definición del término «género» a los efectos de su uso y aplicación por el propio órgano jurisdiccional.
- Dimensión institucional o estructural (presencia de la perspectiva de género en la composición y estructura interna del órgano jurisdiccional).
- Dimensión sustantiva legal (presencia de la perspectiva de género en el acervo de cada uno de los órganos que componen el sistema de justicia penal interna-

³⁰. S/20/12/33. Informe del Secretario General de la ONU «Violencia sexual relacionada con los conflictos», 13 de enero de 2012. Accesible en <http://www.un.org/spanish/docs/report12/repl12.htm>, p. 3.

³¹. En esta línea, las reflexiones de Ban Ki Moon en el citado Informe; «[...] El año pasado se produjeron varios conflictos armados nuevos, que se añadieron a otros ya existentes, en los que se extendió la violencia sexual y en algunos casos pudo haberse dirigido de forma sistemática contra los civiles por parte de las fuerzas y grupos armados a fin de castigar, humillar y destruir. También se registraron violaciones masivas de mujeres y niñas. El quebrantamiento generalizado del orden público, la ausencia de justicia, el mantenimiento de los conflictos, las actitudes y prácticas discriminatorias arraigadas y el predominio de la cultura de la impunidad en estas situaciones permitieron que se cometieran estos crímenes, que no solamente tuvieron consecuencias atroces para las víctimas, sino que supusieron la destrucción del tejido social en su conjunto [...]. En todas estas situaciones los casos de violencia sexual relacionada con los conflictos siguen en general sin denunciarse debido a varios factores, como el estigma social, el temor a las represalias, la inseguridad, la falta de unos servicios de respuesta disponibles y la percepción de que resulta inútil denunciarlos como consecuencia de la debilidad de la administración de justicia, la apatía y las presiones políticas. En los casos en que los supervivientes dan a conocer sus casos, a menudo lo hacen para recibir atención médica y apoyo psicosocial y con la expectativa de que se haga justicia en el futuro. Además, las prácticas y normas culturales suelen prevalecer sobre las leyes escritas en algunos contextos, en los que la carga de la responsabilidad y de la prueba recae en la víctima. El sistema de justicia apenas impone reparaciones y compensaciones en estos casos. Por otro lado, dado el lento ritmo que sigue la mayoría de las investigaciones de los casos de violencia sexual, ya sea por ausencia de voluntad o por falta de capacidad, de conocimientos especializados o de recursos, la realidad es que la mayoría de quienes ejercen la violencia sexual permanecen en libertad y se mantienen impunes».

cional: en sus tratados, Elementos de los crímenes, Reglas de Procedimiento y Prueba, etc.).

- Dimensión procedimental (presencia de la perspectiva de género en el proceso y el procedimiento penal).

Con todo, se ha producido una clara evolución histórica en un sentido positivo desde el silencio en lo que hemos llamado fase inicial del sistema de justicia penal internacional, hasta el explícito mandato de género que prevé el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

3.1.1. EN LA FASE INICIAL DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL

Como era previsible teniendo en cuenta el contexto y el momento de creación de los *Tribunales Penales Internacionales de Nuremberg y Tokio*, aunque las mujeres estuvieron muy presentes en el conflicto armado, su influencia en la gestión del posconflicto fue mucho menor. De hecho, en ninguno de los escuetos treinta artículos de los que constaba el Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945 ni en los diecisiete preceptos de la «Proclama de Creación de un Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente» se hacía referencia alguna al concepto de sexo o al de género.

En los dos casos la preeminencia masculina fue abrumadora, ya que tanto los jueces como los principales acusados fueron sólo hombres. No obstante, recientemente se ha revisado el papel desempeñado por las mujeres en ambos tribunales para subrayar que no se limitaron a realizar las consabidas labores de secretarías, periodistas o intérpretes, sino que también ejercieron otras funciones³². Tal fue el caso de Cecelia Goetz, que formó parte del equipo de fiscales norteamericanos en Nuremberg³³, y de otras abogadas que participaron activamente en los procesos posteriores promovidos por los aliados ante los tribunales nacionales, en los que además se registró la única condena contra una mujer, una científica alemana declarada culpable de la comisión de crímenes contra la humanidad³⁴.

En lo relativo a la presencia del género en las dimensiones sustantiva y procedimental, los crímenes de naturaleza sexual no estaban incluidos en la jurisdicción de los Tribunales Militares Internacionales. Pese a esta omisión, el art. II.1. c) del «Control Council Law n.º 10», de 20 de diciembre de 1945, que regía los juicios menores ante las jurisdicciones nacionales, sí incluyó expresamente la violación entre los crímenes de lesa humanidad. Como ha quedado de manifiesto en el epígrafe anterior, la falta de tipificación

³². Sobre este particular vid. Amann. Diane M, «Portraits of Women at Nuremberg», UC Davis Legal Studies Research Paper Series, n.º 225, august 2010, Science Research Network Electronic Paper Collection. Accesible en <http://ssrn.com/abstract=1654732>.

³³. Respecto al papel desempeñado por las mujeres en general y por Goetz en particular, Amann. Diane M, 2001, «Cecelia Goetz, Woman at Nuremberg», *International Criminal Law Review* 11: 607-620.

³⁴. Se trataba de Herta Oberheuser, acusada de realizar experimentos aberrantes en el campo de Ravensbrück, y condenada por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad a veinte años de prisión. Obtuvo la libertad en 1952 y trató de volver a ejercer la medicina, pero no lo consiguió debido a las protestas de los supervivientes del campo. Falleció en 1978. Sobre su caso vid. <http://www.intlawgrrls.com/search/label/Women%20at%20Nuremberg>.

expresa no impidió que se emitieran pronunciamientos sobre los crímenes sexuales, y en concreto sobre las violaciones masivas y otras agresiones sexuales, especialmente a propósito de la masacre de Nanking.

De lo anterior se deduce la existencia de importantes limitaciones en la criminalización y el tratamiento de los crímenes de naturaleza sexual por parte de los dos Tribunales Penales Militares Internacionales. No obstante, sería erróneo minusvalorar los tímidos avances que supusieron respecto a esta cuestión. El transcurso del tiempo ha demostrado que la mayoría de las deficiencias detectadas en 1945, como las mencionadas falta de tipicidad de los crímenes de naturaleza sexual, su menor gravedad, o la débil implicación de jueces y fiscales en su persecución, siguen persistiendo a día de hoy, y continúan lastrando, medio siglo después, la labor de los Tribunales *ad hoc* y de la propia Corte Penal Internacional, como se desprende de la opinión separada y disidente de la jueza Odio Benito en el asunto Lubanga, que será analizado con posterioridad.

Tras esta etapa inicial, la perspectiva de género empieza a tener cabida de manera mucho más patente en los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda. Las Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas por las que ambos tribunales se crean no mencionan ni definen los términos «género» y «sexo», pero sí toman en consideración la perspectiva de género en las restantes áreas o indicadores señalados.

Así, en lo que se refiere a la dimensión institucional o estructural, aunque ningún precepto impuso la obligación de la paridad, la presencia femenina ha sido constante y notoria, como atestigua el trabajo desarrollado al frente de la Fiscalía en primera instancia por L. Harbour y con posterioridad por C. del Ponte, así como el asesoramiento en materia de género prestado por P. Viseur Selles, junto a la implicación personal en la lucha contra los crímenes sexuales de las magistradas y también presidentas del Tribunal N. Pillay, G. Kirk McDonald y K. Rachid, y, muy especialmente, de P. Wald y E. Odio Benito.

Precisamente la impronta de esta activa magistrada se hizo sentir en la dimensión procedimental, en concreto en dos de las Reglas de Procedimiento y Prueba, relativas al apoyo que debería prestar la Unidad de Víctimas y Testigos en caso de violaciones³⁵, y a las especificidades de la prueba en los crímenes sexuales. Previamente los Estatutos de ambos Tribunales habían reconocido por primera vez explícitamente la violación como un crimen de lesa humanidad (art. 5.g del TPIY y 3.g y 4.e del TPIR), sentando las bases para el desarrollo de una abundante jurisprudencia relativa a crímenes de naturaleza sexual (Askin 2005, 1007) que, como tendremos ocasión de comprobar, tuvo como hitos principales las sentencias en los casos Akayesu y Tadic ya citados.

³⁵. Son las Regla 34 y la 96, luego reproducida literalmente en las Reglas 70 y 71 del Estatuto de Roma.

3.1.2. EL MANDATO DE GÉNERO EN LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y SU APLICACIÓN POR LA FISCALÍA

La adopción en 1998 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional supuso un salto cualitativo hacia la plena incorporación de la perspectiva de género en el sistema de justicia penal internacional. De hecho, frente al silencio anterior, el artículo 7.3 del ER ofrece una discutible definición del término «género»:

«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».

Tal redacción fue producto del consenso necesario para vencer la oposición de delegaciones y grupos muy dispares, desde la Santa Sede a feministas e islamistas radicales, contrarios no ya a la inclusión de la perspectiva de género sino a la sola mención de dicho término, en la medida en que todos ellos se negaban a reconocer la libertad de orientación sexual y los diferentes roles, estatuto jurídico y poder que tienen hombres y mujeres (Zorrilla 2005, 31)³⁶.

La definición final ha sido objeto de críticas acerbadas ya que, además de apartarse de la contenida en otros instrumentos internacionales como la Declaración de Beijing³⁷, es tan ambigua que no refleja la problemática de la construcción social de los roles de género y la jerarquía que trae aparejada. A ellos se le añade el que tampoco prohíbe la discriminación sexual, pero es precisamente esa falta de precisión la que ha permitido a la CPI llevar a cabo la crucial labor de desarrollo progresivo y codificación del binomio género/Derecho internacional (Oosterveld 2005, 70).

Con todo, al margen de la inclusión de tipos penales específicos relativos a los crímenes de naturaleza sexual en cumplimiento del principio de legalidad penal internacional, la principal seña de identidad de la CPI es que contiene un «mandato de género» (Mouthaan 2011, 785), que está presente en el Estatuto de Roma en las cuatro dimensiones utilizadas previamente a modo de indicadores.

Por lo que se refiere a la dimensión institucional, que atañe a la composición y administración de la CPI, en la misma se entremezclan sexo y género. Así, en atención del principio de no discriminación por razón de sexo, el artículo 36 8.a iii) del ER impone la obligación de una representación equilibrada de magistrados mujeres y hombres.

De conformidad con el art. 44.2., idéntico criterio deberá ser tenido en cuenta por el fiscal y el secretario para la elección del resto del personal funcionario. A nuestro en-

³⁶. Para Zorrilla al restringir el término «género» al texto del Estatuto se pretendían dos objetivos. Por una parte, evitar posibles abusos subrayando su carácter neutro, y por la otra, tranquilizar a aquellos países que pudieran sentirse amenazados por el propio concepto, por considerarlo una puerta abierta a la aceptación de la homosexualidad. Mainer Zorrilla, *La Corte Penal Internacional ante el crimen de violencia sexual (Cuadernos Deusto de Derechos Humanos n.º 34, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005)*, 1-96.

³⁷. La Declaración de Beijing, aprobada en la 16.ª sesión plenaria, celebrada el 15 de septiembre de 1995, durante la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, proclama la necesidad de que todos los gobiernos incorporen el *mainstreaming* de género en sus políticas y programas públicos (punto 14 y 38), así como la igualdad de género y la potenciación del papel de la mujer (punto 24).

tender, este mandato no debe ser leído como una cuestión de cuotas o de matemáticas, sino como fruto de las enseñanzas extraídas de los Tribunales *ad hoc*, cuya experiencia prueba la especial sensibilidad e implicación mostrada por el personal femenino en los casos de crímenes sexuales. La práctica de la CPI corrobora este aserto. Así se desprende de la ya mencionada opinión separada y disidente de E. Odio Benito en el caso Lubanga, de la decisión de S. Steiner de 13 de mayo de 2009 sobre los derechos de las víctimas en el caso Katanga, así como de la elección de una mujer, F. Bensouda, para dirigir la Fiscalía desde junio de 2012 en sustitución del primer fiscal, L. Moreno Ocampo.

El Estatuto de Roma parece, sin embargo, transitar sin solución de continuidad del sexo al género en tres artículos. En primer lugar, en el 36.8.b), al disponer que entre los magistrados debe haber juristas especializados en la violencia contra las mujeres, quienes obviamente pueden ser hombres. En segundo lugar, en el artículo 42.9, al contemplar el nombramiento por parte del fiscal de asesores jurídicos especialistas en «*violencia sexual, violencia por razones de género y violencia contra los niños*», nombramiento formalizado el 26 de noviembre de 2008 en la persona de la profesora C. McKinnon³⁸. Y, finalmente, en el 43.6, al precisar que la Dependencia de Víctimas y Testigos «contará con personal especializado para atender a las víctimas de traumas, incluidas las relacionadas con delitos de violencia sexual».

Según las estadísticas ofrecidas por la ONG «The Women's Initiatives for Gender Justice», la CPI ha conseguido una composición equilibrada de su *staff*. De hecho, en términos absolutos, de los 697 funcionarios el 53% son hombres y el 47% mujeres. Las distancias se acortan en la Fiscalía (51% hombres frente al 49% de mujeres) y en 2012 se han invertido por segundo año consecutivo en las secciones jurisdiccionales: de los 19 magistrados actualmente 11 son mujeres (el 58%) y 8 hombres (42%), lo que significa una notabilísima representación femenina en relación con la mayoría de los tribunales³⁹. A título de ejemplo, basta recordar que de los 15 jueces que actualmente componen la Corte Internacional de Justicia sólo 2 son mujeres, y que la ratio femenina en el Tribunal Constitucional español es muy similar: 2 de 12 magistrados⁴⁰.

Por consiguiente, la presencia de mujeres en los tribunales internacionales sigue siendo una cuestión tanto de cantidad como de calidad. De cantidad, en el sentido de que las mujeres deben estar adecuadamente representadas en términos numéricos, de masa crítica, lo que todavía no sucede, y de calidad porque, como acertadamente ha señalado la exjueza del TPIY P. Wald (Wald 2011,403):

«Women judges can and should be both women and judges. International criminal law is a field in which women stand front and centre in multiple ways.»

³⁸. La profesora Catherine McKinnon ha asesorado a la CPI tanto en lo que se refiere al desarrollo de una política general sobre los crímenes de naturaleza sexual como en la resolución de casos concretos como los de Lubanga, Bemba y los acontecidos en la situación de Darfur.

³⁹. «Gender 2011 Report Card of the International Criminal Court». The Netherlands, 2011. Accesible en <http://www.iccwomen.org/publications/index.php>.

⁴⁰. Xue Hanqin, de China y Joan E. Donoghue, de Estados Unidos de Norteamérica. Por lo que se refiere al Tribunal Constitucional Español, actualmente las dos únicas magistradas son Adela Asúa Batarrita y Encarnación Roca Trías, ambas consideradas afines al sector progresista. Sin embargo, desde que el TC empezó a funcionar en 1980 sólo han sido elegidas en total cinco mujeres.

Not only are they the principal victims of the displacements inevitably associated with combat and military campaigns, but they also suffer most often from crimes, including rape, sexual crimes, and forced labour, that enemy forces perpetrate against hapless civilians. Women judges may well have a special sensitivity to the degradation suffered by victims of such crimes. They should not be hesitant to express their unique perceptions of such harms when relevant. Nor should they hesitate to counteract the imperviousness of some men – even some judges – to the more subtle facets of gender-biased assaults».

Con todo, lo que diferencia la CPI del resto de los tribunales no es tanto la presencia femenina, cuanto el explícito e importante mandato de género que el art. 54.1.b) del ER impone a la Fiscalía, exigiéndole adoptar las medidas necesarias para asegurar la eficacia de la investigación y el enjuiciamiento de todos los crímenes de la competencia de la Corte, y en particular de «los crímenes de violencia sexual, violencia por razones de género y violencia contra los niños».

Así las cosas, la pregunta que procede formularse es si, en virtud del dicho mandato de género, la Fiscalía de la CPI ha desarrollado una estrategia especial al objeto de potenciar el enjuiciamiento de los crímenes de naturaleza sexual. Con la salvedad hecha de la declaración expresa en tal sentido formulada en la llamada «Cuarta Declaración de Chautauqua», un documento declarativo firmado el 31 de agosto de 2010 en el que diez fiscales de Tribunales Penales Internacionales de todos los tiempos, incluido el de la CPI, se comprometían a investigar y perseguir debidamente los crímenes de género, la respuesta es negativa. Lo que la Fiscalía ha puesto en práctica es una estrategia general, a través de diferentes líneas maestras, que tienen una particular repercusión en este ámbito. En concreto, de las cinco líneas maestras o decisiones estratégicas implementadas por la Fiscalía de la CPI durante el período 2009-2012, cuatro redundarían en contra del castigo de los crímenes de naturaleza sexual y sólo una de ellas militaría a su favor.

La primera de las líneas maestras seguidas por la Fiscalía durante los últimos cuatro años ha sido la selección de casos «muestra» o juicios focalizados, a fin de evitar macro-procesos y escenificar juicios de corta duración en el tiempo pero de gran impacto, elegidos por la gravedad de los cargos y la representatividad de los victimarios, al objeto de maximizar el efecto disuasorio. Sin embargo, a nuestro entender esta estrategia puede implicar una renuncia tácita de la Fiscalía a perseguir los crímenes de naturaleza sexual, ya que en supuestos de genocidio u otros crímenes masivos, en los que los muertos se cuentan por miles, podría esgrimirse que la investigación de los casos de violación tendrían, tanto en términos cualitativos como cuantitativos, una importancia secundaria.

Como ha apuntado De Guzman (De Guzman 2011, 519), tal planteamiento sería simplista y erróneo por dos razones. Por una parte, porque no tiene en cuenta el perjuicio irreparable para la sociedad que los crímenes de naturaleza sexual suponen. Y por la otra, porque sólo mediante el reconocimiento de las víctimas, obtenido tras la persecución y el enjuiciamiento de los culpables, se logrará una verdadera justicia restaurativa.

De hecho, esta opción puede producir el efecto contrario al deseado. Si la pretensión de la CPI al escoger casos especialmente graves en los que son procesados los más altos responsables es que los líderes políticos y militares reciban el mensaje de que en caso de colaborar o no impedir la comisión de crímenes internacionales acabarán en el banquillo de los acusados, es incomprensible que se hayan excluido de dichos crímenes los de naturaleza sexual, como ha ocurrido en el caso Lubanga, o que se hayan incluido pero de manera muy limitada, tal y como se ha hecho en los casos Katanga y Bemba. Paradójicamente con ello lo que se traslada es justo la idea opuesta a la deseada. Es probable que ayude a confirmar que, de conformidad con el art. 27 del Estatuto de Roma, el cargo oficial es improcedente y no proporciona blindaje alguno, de manera que incluso los jefes de Estado pueden ser enjuiciados por los más graves crímenes internacionales, pero a la vez se está dando a entender que entre ellos, incomprensiblemente, no figuran los de naturaleza sexual, a los que parece otorgarse una importancia muy secundaria.

La segunda decisión estratégica de la Fiscalía que podría repercutir negativamente en la persecución de los crímenes de naturaleza sexual es la de hacer uso de la facultad de iniciar investigaciones *motu proprio* que le atribuye el art. 15.1 del ER con extrema cautela, tras un análisis preliminar muy minucioso y sólo en situaciones a-problemáticas, en las que su intervención no sea cuestionada. En los diez años transcurridos desde que la CPI iniciara su actividad, la Fiscalía no ha dedicado una atención especial a los crímenes de naturaleza sexual, quizás influida por la dificultad para acceder a la información y a las pruebas y por la primacía de las jurisdicciones nacionales en aplicación del principio de subsidiariedad. Así, en las dos únicas situaciones hasta el momento investigadas de oficio por el fiscal, las de Kenia y Costa de Marfil, sólo en la primera de ellas hay casos abiertos relativos a crímenes sexuales. A su vez, sólo en uno de los dos casos abiertos (Caso Muthaura *et al.*)⁴¹, se han presentado cargos, mientras que en el segundo (Caso Ruto *et al.*) se ha optado por desestimarlos⁴². A mayor abundamiento, la Sala de Cuestiones Preliminares II acordó en enero de 2012 no confirmar los cargos contra uno de los tres imputados por falta de pruebas, aunque sí ratificó los que pesaban contra los otros dos, a quienes considera co-autores indirectos de la comisión de crímenes de lesa humanidad, incluyendo el de violación.

La tercera línea estratégica seguida por la Fiscalía ha consistido en la llamada «complementariedad positiva», que le ha llevado a recurrir a los exámenes preliminares como mecanismo para activar las jurisdicciones nacionales y que sean éstas las que asuman la responsabilidad de prevenir y castigar los crímenes cometidos en sus respectivos territorios. No obstante, la decisión del fiscal de la CPI de procesar sólo a los más altos responsables de los más graves crímenes, e instar a los tribunales nacionales a que sean ellos lo que castiguen a los criminales menores en aplicación de la complementariedad, hace aguas en el caso de los crímenes de naturaleza sexual por dos razones. Primero, porque si la CPI tiene dificultades en la investigación y obtención de pruebas, no podrá ayudar a los tribunales nacionales, que además probablemente encontrarán

⁴¹. CPO, SPI II, Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura and Uhuru Muigai Kenyatta, Decision on the confirmation of charges (/IT 01/09-02/11), de 5 de octubre de 2011.

⁴². CPO, SPI II, Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, Decision on the confirmation of charges (IT 01/09-01/11), de 8 de septiembre de 2011.

problemas aún mayores. Y segundo, porque si la propia CPI no trata a los crímenes de naturaleza sexual como crímenes graves, no podrá exigir que lo hagan los derechos internos, en algunos de los cuales las mujeres siguen en posición de inferioridad legal y donde con frecuencia las normas penales que sancionan este tipo de violencia son mucho menos claras y tajantes que, por ejemplo, las relativas a los delitos contra la integridad física (O'Connell 2010, 76).

La cuarta decisión estratégica adoptada por la Fiscalía con repercusiones negativas en la sanción de los crímenes de naturaleza sexual fue la de constituir equipos de investigación muy reducidos, que hasta 2009 actuaron siguiendo el denominado «enfoque secuencial», consistente en concentrar todos los recursos técnicos y humanos en un único caso o en una de las partes del conflicto para, una vez concluida la investigación sobre el terreno, transferirlos en su totalidad al siguiente caso o parte.

Además, a fin de reducir los costes, se ha recurrido con asiduidad a fuentes y agentes externos, no siempre profesionales o con escasa experiencia, para recabar información y pruebas. Esta práctica ha resultado particularmente nociva en los crímenes de naturaleza sexual, puesto que la falta de solidez de las acusaciones y la debilidad de las pruebas se ha traducido en la incapacidad de la Fiscalía de ratificar los cargos en los correspondientes autos de confirmación, con la consiguiente puesta en libertad del acusado (Caso Mbarushimana⁴³), así como en una constante desautorización por las Salas de Cuestiones Preliminares de la labor instructora de la Fiscalía, bien por no haber conseguido probar suficientemente el vínculo entre el crimen y el acusado (Caso Katanga⁴⁴), o por sostener una interpretación contraria a la jurisprudencia internacional (Caso Bemba⁴⁵). Sea como fuere, es lamentable que una tercera parte del total las acusaciones por crímenes de esta naturaleza no hayan podido ser confirmadas ni enjuiciadas, lo que explica los requerimientos a la nueva fiscal F. Bensouda para que proceda a una revisión inmediata de esta decisión estratégica.

⁴³. CPO, SPI I, Prosecutor v. Callixte Mbarushimana, Decision on the confirmation of charges (/IT 01/04-01/10), de 16 de diciembre de 2011, párrs. 339-340: «Accordingly, the Majority of the Chamber, the Presiding Judge dissenting, finds that the evidence submitted by the Prosecution is not sufficient to establish substantial grounds to believe that the Suspect encouraged the troops' morale through his press releases and radio messages, and, therefore, he could have not provided through his radio communications and press releases a significant contribution to the commission of crimes by the FDLR within the meaning of article 25(3)(d) of the Statute. 340. In view of the foregoing, the Majority finds that there are not substantial grounds to believe that the Suspect is individually responsible under article 25(3) (d) of the Statute for the crimes committed by the FDLR. FOR THESE REASONS, the Chamber, by majority, the Presiding Judge, Sanji M. Monageng, dissenting, hereby DECLINES to confirm the charges against Mr Callixte Mbarushimana; DECLARES that the Warrant of Arrest against Mr Callixte Mbarushimana ceases to have effect in its entirety; DECIDES that Mr Callixte Mbarushimana shall be released from the custody of the Court immediately upon the completion of the necessary modalities».

⁴⁴. CPI, SCP, Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case, (ICC-01/04-01/07-474), 13 de mayo de 2008, párrs. 124-145.

⁴⁵. CPO, SPI II, Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision on the confirmation of charges (IT 01/05-01/08), de 15 de junio de 2009, párr. 299: «The Chamber observes that indeed the Prosecutor failed to provide the factual basis in the Amended DCC underpinning the charge of torture as a war crime. Even at the Hearing, the Prosecutor only recalled a selection of factual circumstances pertaining to acts of rape in order to substantiate the count of torture as a war crime. However, he did not elaborate on the specific intent of alleged MLC soldiers which would have clearly characterised the alleged acts as acts of torture as a war crime».

En contraposición a todo lo anterior, a la hora de afrontar la resolución del dilema «paz versus justicia», la Fiscalía de la CPI se ha decantado a favor de la segunda, afirmando que el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional no es incumbencia directa suya, sino de otras instituciones, fundamentalmente del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. A priori esta decisión estratégica, basada en una aplicación restrictiva del ambivalente concepto del «interés de la justicia» del art. 53.2.c) del Estatuto de Roma, favorecería el enjuiciamiento de los crímenes de naturaleza sexual, puesto que suponía apartarse de precedentes anteriores en los que la persecución de estos crímenes se condicionaba o supeditaba a las negociaciones entre las partes o a la firma de acuerdos de paz. Pero, en todo caso, tendría un alcance menor, puesto que no supone que la Fiscalía haya asumido automáticamente la obligación de persecución y la correspondiente presentación de cargos en todos y cada uno de los supuestos en los que existan indicios racionales de la comisión de crímenes de naturaleza sexual, como demuestran los casos Kony⁴⁶ y Gaddafi⁴⁷.

Además de en la dimensión institucional o estructural, el novedoso mandato de género que contiene el ER se hace patente también en las dimensiones legal y procedimental. Por lo que a la primera se refiere, hay que recordar que el art. 21.3 del ER dispone que la CPI no podrá hacer distinción alguna en razón del género al aplicar e interpretar el derecho.

Respecto a la dimensión procedimental, si bien será objeto de un estudio más detallado en el epígrafe dedicado a la cuestión de las dificultades técnico-procesales, conviene adelantar que se ha plasmado en una batería de Reglas de procedimiento y prueba (Reglas 17 a 19; Regla 86; Regla 90; Regla 112), que desarrollan lo previsto en el art. 68 respecto de la protección de las víctimas y los testigos en casos de crímenes sexuales o de género. No se trata sólo de que todas las víctimas de tales crímenes requieran una singular protección con independencia de su sexo, sino también de tomar conciencia de que la victimización es sufrida de manera distinta por hombres y mujeres.

Lo hasta aquí analizado nos permite formular tres reflexiones sobre las consecuencias que la ausencia de la perspectiva de género en el tratamiento de los crímenes de naturaleza sexual por el Derecho internacional humanitario ha traído aparejadas y la necesidad de su inclusión.

En primer lugar, una vez superada la confusión entre sexo y género, consideramos plausible que en el análisis de los crímenes de naturaleza sexual se tenga presente la forma diferente en que éstos son, en primer lugar, cometidos y sufridos por hombres y

⁴⁶. CPI, SCP II, Prosecutor v. Joseph Kony, Warrant of Arrest for Joseph Kony (ICC-02/04-01/05-53), de 27 de septiembre de 2005.

⁴⁷. CPI, SCP I, Orden de detención de Saif Al-Islam Qadhafi (ICC-01/11-01/22), 27 de junio de 2011 (traducción oficial de la Corte): Considerando 12: «Considerando que, consiguientemente, hay motivo razonable para creer que Saif Al-Islam Qadhafi es penalmente responsable como coautor indirecto, con arreglo al apartado a) del párrafo 3 del artículo 25 del Estatuto, de los siguientes crímenes cometidos por las fuerzas de seguridad bajo su control en diversas localidades del territorio de Libia, en particular en Benghazi, Misrata, Trípoli y otras ciudades vecinas, desde el 15 de febrero de 2011 hasta por lo menos el 28 de febrero de 2011:

i. asesinato como crimen de lesa humanidad, en el sentido del apartado a) del párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto; y ii. persecución como crimen de lesa humanidad, en el sentido del apartado h) del párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto».

mujeres y, posteriormente, investigados y enjuiciados por fiscales y magistrados (hombres y mujeres). Es decir el sexo de víctimas y victimarios, y el de quienes han de enjuiciarlos es importante, porque las relaciones de género, que están siempre presentes en el Derecho, en este caso son mucho más evidentes, y pueden desembocar en una aproximación, una sensibilidad o un tratamiento diferente de los crímenes de naturaleza sexual. En este mismo orden de cosas, parece razonable seguir potenciando la presencia de las mujeres en el sistema de justicia penal internacional para mejorar su funcionamiento, en el bien entendido de que, aunque los conocimientos y la autoridad no dependen del sexo, la perspectiva de género aportará una especial sensibilidad y capacidad de comprensión de todas las dimensiones de esta cuestión⁴⁸.

En segundo lugar, es conveniente matizar que nuestra reivindicación de la necesidad de incluir la perspectiva de género en el tratamiento de los crímenes de naturaleza sexual no se realiza desde postulados feministas extremos, basados en la asunción del dogma de la absoluta dominación masculina y subordinación femenina, sino desde el convencimiento de su oportunidad y de los efectos positivos que, de conformidad con la praxis y la jurisprudencia, trae aparejados (Halley 2008, 54). Y ello pese a que en ocasiones la inclusión de la perspectiva de género puede provocar efectos no deseados, por ejemplo, al calificar determinadas agresiones sexuales sufridas por hombres no como violación sino como tortura por el simple hecho del sexo de la víctima⁴⁹.

Por último, pero no menos importante, conviene ponderar la importancia de la inclusión de la perspectiva de género en sus justos términos, esto es, sin propugnar la creación de una suerte de «gueto» (Sadat 2011, 657), pero conscientes de que el género es una de las variables determinantes, o quizás *la* variable determinante, del funcionamiento del Derecho, incluido por supuesto el Derecho Internacional. El Derecho, ya sea interno o internacional, no es ni neutro ni neutral: tiene género y a la par es creador de género.

3.2. LA DOBLE DIMENSIÓN (INDIVIDUAL/COLECTIVA Y PRIVADA/PÚBLICA) DE LOS BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS EN LOS CRÍMENES SEXUALES

La segunda de las dificultades que a nuestro entender ha obstaculizado tradicionalmente el tratamiento eficaz y holístico de los crímenes sexuales en el Derecho internacional humanitario es la compleja naturaleza de los bienes jurídicos que se pretenden proteger.

Dicha complejidad queda de manifiesto en el cambio de modelo operado. Así, es posible apreciar cómo en el Derecho Humanitario clásico, desde el Código Lieber a los Convenios de Ginebra de 1949, pasando por las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907, la tipificación de la violación era sumamente restrictiva⁵⁰. Por un lado, las definiciones

⁴⁸. En esta misma línea, Grossman, Nienke. 2011 «Sex Representation on the Bench and the Legitimacy of International Criminal Courts», *International Criminal Law Review* 3: 643-653.

⁴⁹. Sobre este aspecto vid. Lewis. Dustin A. 2009, «Unrecognized Victims: Sexual Violence Against Men in Conflict Settings under International Law», *Wisconsin International Law Journal* 27:1-49.

⁵⁰. Véanse por ejemplo los arts. 37 y 44 de las «Instrucciones del Gobierno para los Ejércitos de los Estados Unidos en el campo de batalla», Orden General n.º 100 de 1863, más conocido como el Código Lieber. El

penales partían de un estereotipo inamovible, en el que las víctimas eran siempre mujeres y los agresores hombres, excluyendo por tanto cualquier forma de violencia contra el sexo masculino. Por el otro, el bien jurídico explícitamente protegido era el honor o el pudor, pero no tanto el de la mujer a título individual como el honor familiar, orillando los graves daños físicos y emocionales sufridos por las víctimas, lo que minusvaloraba los efectos del crimen y dificultaba su persecución. Las alusiones al honor en instrumentos internacionales como el art. 27 d) del Convenio de Ginebra de 1949 sobre protección de civiles en tiempos de guerra evidenciaba la asunción por el Derecho internacional humanitario de un concepto arcaico de la feminidad, que se identificaba con la moralidad y la pureza.

Gradualmente esta concepción fue cambiando, y en los II Protocolos Adicionales de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949 la violación se desvincula de la rapiña y del botín de guerra y, aunque mantiene la calificación de ofensa contra el pudor, pasa ya a equipararse a los atentados contra la dignidad personal y los tratos humillantes y degradantes⁵¹.

Con todo, el cambio de paradigma no culminará hasta la adopción de los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales y su desarrollo jurisprudencial que, merced a la influencia de las normas relativas a la protección de los derechos humanos, abandonan la perspectiva patriarcal y machista en aras de un nuevo modelo de criminalización, en el que los bienes a proteger son la dignidad y la libertad de la persona.

De hecho, el TPIY reconoció que en el conflicto armado en la antigua Yugoslavia la violación había sido utilizada como un «arma de guerra» a fin de alterar la composición étnica de la población, por lo cual los crímenes de naturaleza sexual traspasaban el ámbito de lo estrictamente privado para adentrarse en el ámbito de la «res pública», de la política. En esta misma línea, el TPIR en la sentencia del caso Akayesu expuso con meridiana claridad la doble dimensión, individual y colectiva, de la violación, al afirmar que atenta contra la esencia misma de la dignidad y la integridad física, a la vez que puede ser usada sistemáticamente para provocar un impacto devastador que, más allá de la víctimas individuales, se extiende a las familia y a la población en general⁵².

Tal y como se desprende de esta jurisprudencia, los crímenes de naturaleza sexual tendrán la consideración de «armas de guerra» cuando sean utilizados como parte de una campaña política sistemática, con unos objetivos estratégicos militares precisos. Paradójicamente, aunque los avances en la tecnología militar permiten emplear armas con-

art. 37 textualmente disponía que: «*The United States acknowledge and protect, in hostile countries occupied by them, religion and morality; strictly private property; the persons of the inhabitants, especially those of women; and the sacredness of domestic relations. Offenses to the contrary shall be rigorously punished*». Accesible en <http://www.civilwarhome.com/liebercode.htm>.

⁵¹. Art. 75.2 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949: «Están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar los actos siguientes, ya sean realizados por agentes civiles o militares: b) los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor». Más contundente es aún la proscripción prevista en el artículo 4.2 e) del Protocolo II Adicional: «Sin perjuicio del carácter general de las disposiciones que preceden, están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar con respecto a las personas a que se refiere el párrafo 1: e) los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor».

⁵². TPIR, SPI, Prosecutor vs. Akayesu, Judgment (ICTR-96-40-T), 2 de septiembre de 1998 párr. 495.

vencionales y no convencionales que pueden ser activadas a distancia, evitando contacto alguno entre las partes, el incremento de la violencia sexual en los nuevos conflictos armados apunta justo en sentido contrario, ya que implica la proximidad, la intimidad forzada, entre agresor y víctima. Sobre todos estos particulares volveremos más adelante al abordar la construcción de una categoría propia de los crímenes de violencia sexual.

En este orden de cosas, el recurso a la violación como arma de guerra persigue varios propósitos. A partir del estudio del conflicto yugoslavo Seifert (Seifert 1994, 60) indicó un posible doble objetivo: reafirmar la masculinidad de sus autores y denostar la de sus oponentes, destruyendo su estructura social y familiar.

Así pues, por una parte, en el ámbito individual se aseguraría el absoluto sometimiento de las víctimas, anulando su autonomía personal y sexual. Y por la otra, en la dimensión colectiva sería el medio utilizado por los criminales para trasladar al resto de la sociedad el mensaje de que son ellos quienes ostentan el poder y para destruir el tejido social y familiar de los grupos enemigos atacando su pilar central, ya que las mujeres violadas son quienes se encargan del cuidado de los hijos, además de ser guardianas de la tradición. En palabras de la que fue primera Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer, R. Coomaraswamy:

«Perhaps more than the honour of the victim, it is the perceived honour of the enemy that is targeted in the perpetration of sexual violence against women; it is seen and often experienced as a means of humiliating the opposition. Sexual violence against women is meant to demonstrate victory over the men of the other group who have failed to protect their women. It is a message of castration and emasculation of the enemy group. It is a battle among men fought over the bodies of women»⁵³.

Por consiguiente, además de proteger bienes jurídico privados (i.e., la vida, la integridad física y moral, la no discriminación, la igualdad, etc.), al tipificar la violación y otros abusos sexuales como crímenes internacionales se intenta también preservar bienes colectivos o públicos, que antaño se relacionaban con el honor masculino, del clan o de la familia, y que hoy en día siguen presentando una dimensión comunitaria, pero en un sentido más amplio, ya que el alcance y la gravedad de la violencia sexual en situaciones de conflicto armado ha llevado a que pueda ser calificada como una amenaza a la paz y seguridad internacionales.

Así se desprende del Programa de Naciones Unidas «Mujer, Paz y Seguridad», activado por el Consejo de Seguridad a partir del año 2000 y que, una década después, ha supuesto la aprobación de una batería de Resoluciones que ya han sido analizadas previamente en este estudio, pero en las que es necesario detenerse de nuevo para poner de relieve algunas otras consideraciones.

⁵³. Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences. Ms. Radhika Coomaraswamy, submitted in accordance with Commission on Human Rights resolution 1995/85 United Nations. Febrero, 1996.

La primera de dichas Resoluciones, la 1325 (2000) fue adoptada por el Consejo de Seguridad apenas dos meses después de que se presentara un demoledor informe sobre el fracaso de la ONU y su incapacidad para prevenir el genocidio ruandés y evitar la matanza de Srebrenica⁵⁴. En ella se formulaban tres recomendaciones. En términos genéricos, se pedía incrementar la representación femenina a todos los niveles. En un plano más concreto, se solicitaba aumentar la presencia de las mujeres en la agenda de la paz y la seguridad internacionales. Y, en tercer lugar, se exigió que en cualquier conflicto armado las partes protejan a las mujeres y niñas ante cualquier forma de violencia, particularmente la violencia por razón de género, subrayando la responsabilidad de los Estados en la lucha contra la impunidad y el enjuiciamiento de los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, incluyendo la violencia sexual y de otro tipo contra las mujeres y niñas⁵⁵. La contundencia teórica de estas medidas no venía acompañada de procedimientos de verificación ni de sanciones en caso de incumplimiento, lo que explica su escasa implementación (Tryggestad 2009, 550).

La segunda Resolución significativa, la 1820 (2008), se centró exclusivamente en la violencia sexual en los conflictos armados, a la que calificó de arma de guerra empleada para multiplicar los daños y dificultar la reconciliación y la paz duradera. Su centro de gravedad gira alrededor de la obligación de protección. Dicha obligación se extiende tanto a las partes enfrentadas, a las que exige que pongan fin a su utilización y que adopten con celeridad medidas para proteger a los civiles, en particular a las mujeres y las niñas, como a organizaciones y asociaciones dentro y fuera del marco de la ONU. En la medida en que la violación y otras formas de violencia sexual «pueden» constituir genocidio, crímenes de guerra o de lesa humanidad, se subraya la necesidad de que estos actos queden excluidos de las disposiciones de amnistía en los procesos de paz, instándose además a los países que participan en las misiones de mantenimiento de la paz a que aumenten el nivel de formación de sus contingentes para poder dar una respuesta adecuada a esta particular forma de violencia⁵⁶.

La tercera Resolución, la 1888 (2009), fue adoptada un año más tarde⁵⁷, a instancias de H. Clinton, Secretaria de Estado de Estados Unidos de Norteamérica, coincidiendo con un desalentador informe sobre el seguimiento de las medidas previamente adoptadas. En ella se contiene una serie de medidas para reforzar la protección de las mujeres y los niños y prevenir la violencia sexual en los conflictos armados, entre las que destaca el nombramiento de un Representante Especial del Secretario General que liderase la acción de la ONU en la materia, nombramiento que recayó en 2010 en la persona de M. Wallstrom⁵⁸. Asimismo, se instó a los Estados a enjuiciar sin demora a los responsa-

⁵⁴. Conocido como el Informe Brahimi, pero cuya denominación oficial es Informe del Grupo sobre las Operaciones de Paz de Naciones Unidas, A/55/305-S/2000/809.

⁵⁵. S/RES/1325 (2000), 31 de octubre de 2000. Accesible en [http://www.un.org/womenwatch/ods/S-RES-1325\(2000\)-S.pdf](http://www.un.org/womenwatch/ods/S-RES-1325(2000)-S.pdf).

⁵⁶ S/RES/1820 (2008), 19 de junio de 2008. Accesible en: <http://www.humanas.org.co/archivos/R1820.pdf>.

⁵⁷ Report of the Secretary-General pursuant to Security Council resolution 1820. Accesible en: [http://www.reliefweb.int/rw/RWFiles2009.nsf/FilesByRWDocUnidFilename/MYAI-7UD3DMfull_report.pdf/\\$File/full_report.pdf](http://www.reliefweb.int/rw/RWFiles2009.nsf/FilesByRWDocUnidFilename/MYAI-7UD3DMfull_report.pdf/$File/full_report.pdf).

⁵⁸. Margot Wallstrom, política sueca con un largo historial en la defensa de los derechos de las mujeres, asumió el cargo de Representante Especial del Secretario General de la OUN para la violencia en los conflictos el 2 de febrero de 2010, señalando cinco prioridades a desarrollar durante su mandato, entre las que destacaba la lucha contra la impunidad y la mejora de la respuesta del sistema de Naciones Unidas ante

bles de dichos actos y a asegurar que las víctimas supervivientes de tales actos sean, sin distinción por razón de sexo, protegidas y debidamente resarcidas por sus sufrimientos⁵⁹.

La cuarta de esta miríada de Resoluciones, la 1889 (2009), confirma la Resolución matriz 1325, reiterando la necesidad de empoderar a la mujer y favorecer su participación en la consolidación de la paz y en el posconflicto. También solicita el uso de indicadores de género y el nombramiento de asesores para la protección de las mujeres.

Finalmente, la Resolución 1960 (2010) prevé la implementación de todas las anteriores mediante el establecimiento de disposiciones de seguimiento, análisis y presentación de informes, además de pedir al Secretario General de la ONU que incluya en su informe anual una lista de las partes y los autores, con nombres y apellidos, sospechosos de perpetrar tales crímenes.

De todo lo anterior puede concluirse que la ONU ha logrado identificar con meridiana claridad los objetivos y medios necesarios para que sus miembros combatan la violencia sexual, si bien la propia organización es plenamente consciente de que debe seguir trabajando para aunar y coordinar las voluntades políticas que su puesta en práctica exige.

3.3. LA CADENA DE OBSTÁCULOS TÉCNICO-PROCESALES RELACIONADOS CON LA INVESTIGACIÓN Y SANCIÓN DE LOS CRÍMENES SEXUALES

La tercera insuficiencia en el tratamiento actual de los crímenes de naturaleza sexual tiene que ver con los problemas procesales que su investigación y sanción plantean. Dichos obstáculos poseen, en la práctica, la misma o incluso mayor importancia que los problemas relacionados con la construcción de un marco jurídico regulador, y permitirían explicar la notable desproporción existente entre el número de crímenes sexuales que se cometen en el marco de conflictos armados y el número de juicios y condenas subsiguientes (Ambos 2012, 292).

En este sentido, no existen estadísticas completas y actualizadas sobre la eficacia del sistema de justicia penal internacional en la represión y sanción de los crímenes de naturaleza sexual, pero los datos conocidos ofrecen un pobre balance. Basten dos ejemplos:

En primer lugar, de los 161 procesados por el TPIY hasta 2011, sólo 78 fueron acusados de la comisión de crímenes sexuales, habiendo sido condenados hasta el presente 28 de ellos, algo más del 17%.

esta problemática. Desempeñó un papel importante en las negociaciones con los grupos armados del Congo que culminaron con la entrega a la CPI de algunos de los sospechosos de la comisión de crímenes sexuales. En abril de 2012 renunció a seguir ejerciendo dicho cargo por motivos personales.

⁵⁹. S/RES/1888 (2009), 30 de septiembre de 2009. Accesible en http://www.ipu.org/splz-e/cuenca10/UN_1888.pdf.

En segundo lugar, por lo que a la CPI respecta, ya hemos anticipado que las cifras son similares: en cinco de las siete situaciones actualmente investigadas se han detectado indicios de la comisión de crímenes sexuales, pero sólo hay 12 imputados. Además, en dos de los casos los cargos no se han podido confirmar por falta de pruebas, y el hasta el momento único condenado en el caso Lubanga no fue acusado de violación ni de otros abusos sexuales.

Este estado de cosas puede justificarse en parte debido a que el sistema de justicia penal internacional es extremadamente selectivo, en la medida en que presenta importantes limitaciones intrínsecas (*ratione materiae, temporis, personae*), agudizadas por factores de orden sociopolítico y jurídico que sustentan la idea de que este tipo de crímenes son más difíciles de investigar y sancionar que otros delitos internacionales.

Respecto a los factores sociopolíticos, nos centraremos en dos de ellos, a los que ya hemos aludido y que también están presentes en el ámbito nacional, pero cuyos efectos se magnifican por las especificidades del sistema de justicia penal internacional. Nos referimos, en primer lugar, a la impronta masculina que tradicionalmente ha caracterizado el Derecho internacional, cuya estructura normativa ha permitido que los crímenes sexuales, en tanto que no afectaban al sistema de estado patriarcal dominante ni tenían como víctimas a los hombres, fueran sistemáticamente ignorados hasta que por fin las mujeres se incorporaron a los procedimientos de adopción y aplicación de las normas internacionales. El progresivo cambio de mentalidad de los diferentes operadores jurídicos (abogados, jueces, fiscales, etc.) ha sido decisivo para acabar con la estigmatización y el ostracismo padecido por las víctimas y para actualizar el marco jurídico internacional.

El segundo factor sociopolítico sería la consideración de la violencia sexual como un problema privado, que no precisa de la intervención estatal, lo que explicaría su invisibilización y su calificación como «*the forgotten crime in International Law*» (Chinkin 2009, 80). El principio del fin de la mencionada invisibilización empezó con el ya aludido cambio de paradigma acontecido en los años noventa del pasado siglo, que lleva a tratar de nombrar lo innombrable y de otorgar carta de naturaleza jurídica a un problema hasta entonces eludido (Skjelsbaek 2010, 31).

En este orden de cosas, es posible detectar una suerte de continuidad en la lógica de la invisibilización y victimización de la mujer en los períodos de paz y de guerra. Así lo demuestran casos aparentemente tan distintos como el yugoslavo, el congolés y el colombiano.

En el primer supuesto, las mujeres kosovares habían sido gravemente discriminadas a todos los niveles en los momentos previos al conflicto. En el caso de Colombia, la propia Corte Constitucional ha reconocido que la explotación y el abuso sexual de la mujer por todas las partes y grupos armados en conflicto fue precedida de una práctica de abusos habitual, extendida y socialmente tolerada. Más llamativo aún si cabe es el ejemplo de la República Democrática del Congo, donde las mujeres siguen a día de hoy

viviendo una situación de precariedad absoluta, en la que la violencia sexual se considera una práctica normal⁶⁰.

A estos factores se unen otros de naturaleza jurídica relativos a las dificultades que entraña la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes de naturaleza sexual. Como ya hemos explicado, uno de los principales obstáculos que la investigación de los crímenes sexuales suscita tiene que ver con la política selectiva llevada a cabo por los fiscales de los tribunales que conforman el sistema de justicia penal internacional, y que se traduce en la decisión estratégica de presentar cargos sólo en aquellos casos en los que las probabilidades de conseguir condenas son muy elevadas, merced a la rotundidad y solvencia de las pruebas de cargo. Ello milita en contra de la persecución de los crímenes de naturaleza sexual, que suelen desembocar en procesos largos y costosos, plagados de dificultades probatorias (Lawson 2009, 204). A este *handicap* genérico hay que sumar un conjunto de obstáculos técnico-procesales, cuyo análisis exhaustivo excede los límites del presente estudio, pero que cuanto menos es preciso apuntar de forma somera, y sin perjuicio de profundizar a posteriori sobre algunos de ellos.

3.3.1. LA EXIGENCIA DE ESPECIALIZACIÓN

Las particularidades y el alto grado de exigencia técnica que demanda tanto la investigación como el enjuiciamiento de los crímenes de naturaleza sexual se refleja en el hecho de que los diferentes tribunales integrantes del sistema de justicia penal internacional han procedido a reclutar personal y a crear servicios y unidades dedicadas exclusivamente a este tipo de violencia. En particular, las víctimas de los crímenes de naturaleza sexual necesitan una atención preferencial por parte de abogados, fiscales, médicos, psicólogos etc., que sólo pueden ofrecerles quienes poseen una formación y un aprendizaje específico que les permitan paliar los daños físicos, morales y sociales padecidos.

⁶⁰. A/66/657-S/2012/33, Violencia sexual relacionada con los conflictos, Informe del Secretario General de 13 de enero de 2012. Respecto de Colombia el Informe señala en su pág. 6 que: «La Corte Constitucional de Colombia, en su auto 092/08, indicó que la violencia sexual contra la mujer es una práctica habitual, extendida, sistemática e invisible en el contexto del conflicto armado colombiano, así como lo son la explotación y el abuso sexuales, por parte de todos los grupos armados ilegales enfrentados, y en algunos casos aislados, por parte de agentes individuales de la Fuerza Pública. Entre los delitos y circunstancias concretos vinculados a los actos de violencia sexual relacionados con los conflictos mencionados por la Corte figuraban los actos de violencia sexual perpetrados como parte integrante de operaciones violentas, la violencia sexual contra las mujeres, jóvenes y niñas que son reclutadas forzosamente, la violencia sexual contra mujeres que tienen una relación familiar con miembros de grupos armados, los actos de tortura y mutilación sexual, la prostitución forzada y la esclavitud sexual. La violencia sexual afecta en una proporción desmedida a las niñas, las mujeres y niñas desplazadas y las mujeres y niñas afro-colombianas e indígenas. Sin embargo, sigue prácticamente sin denunciarse este fenómeno».

Y respecto a la RDC en su pág. 11 afirma que: «A pesar de que el Gobierno de la República Democrática del Congo ha redoblado sus esfuerzos, con el apoyo de la comunidad internacional, incluida la MONUSCO, para detener y enjuiciar a los autores materiales, no se ha hecho un seguimiento por medios judiciales de un número significativo de actos de violencia sexual cometidos por elementos de grupos armados y de las FARDC. Algunos no se investigan, o si lo son, no se celebra el juicio o los culpables no cumplen las condenas. Incluso cuando los culpables son procesados y condenados, los jueces suelen aplicar penas inferiores a la mínimas fijadas por ley. La impunidad de la que gozan los oficiales de alto rango que han cometido violaciones de los derechos humanos, entre ellas casos de violencia sexual, es especialmente preocupante. Por ejemplo, los culpables de las violaciones cometidas en Kikoyi y en Bushani continúan en libertad».

3.3.2. LA INCLUSIÓN DE LOS CRÍMENES SEXUALES ENTRE LOS CARGOS PRESENTADOS *AB INITIO* POR LA FISCALÍA

En principio, ninguno de los fiscales de los órganos que forman parte del sistema de justicia penal internacional se planteó excluir los crímenes de naturaleza sexual de los cargos presentados por razones de dificultad procesal. Sin embargo, como ya hemos adelantado, en el caso Lubanga la Fiscalía imputó al acusado exclusivamente por la comisión de crímenes de guerra, al considerarlo el principal responsable de enrolar, reclutar y usar niños como soldados en el conflicto en Ituri, en el este de la República Democrática del Congo.

A este respecto conviene matizar que, teniendo en cuenta las dificultades que entraña la investigación de los crímenes de naturaleza sexual, es comprensible que en ocasiones la Fiscalía necesite de cierto tiempo adicional para recabar pruebas y deducir testimonios que le permitan solicitar una ampliación a posteriori de la acusación. Sin embargo, la decisión inicial de no incluir desde el principio los crímenes sexuales en el escrito de acusación entraña un riesgo considerable, puesto que no existe la certeza de poder modificarla, incluso aunque a posteriori se haya logrado obtener pruebas adicionales que permitan al fiscal solicitar la ampliación de cargos. Así sucedió, de hecho, en el caso Lubanga, en el que la petición de las víctimas de añadir a los crímenes de guerra nuevos cargos relativos a la comisión del crimen de esclavitud sexual y tratos crueles, inhumanos y degradantes, fue admitida inicialmente por la Sala de Cuestiones Preliminares, pero luego resultó revocada por la Sala de Apelaciones, por considerar que menoscaba los derechos del acusado.

No obstante, en este caso en concreto las razones de la actuación del fiscal obedecían tanto a motivos técnicos como políticos. Técnicamente, destacó la incompetencia de la Fiscalía para llevar a cabo las investigaciones de manera autónoma, la dependencia de fuentes exteriores en la recogida de pruebas y su incapacidad para contactar con testigos que pudieran corroborar las acusaciones. Políticamente, sobresalió la ya mencionada falta de compromiso por la Fiscalía, y la tácita asunción de que la persecución de los crímenes de género no era prioritaria, al menos en la República Democrática del Congo.

La posición de la Fiscalía y las consecuencias que trajo aparejada han sido duramente criticadas por la magistrada E. Odio Benito en su opinión separada y disidente, cuyo principal argumento gira precisamente en torno a la decisión del órgano jurisdiccional de no atreverse a considerar la violencia sexual y otros tratos inhumanos y degradantes como conductas consustanciales al crimen de guerra que Lubanga perpetró al reclutar a menores y utilizarlos para participar activamente en las hostilidades⁶¹.

⁶¹. CPI, SPI I, Prosecutor v. Thimas Lubanga (ICC-01/04/01-01/06-2842), de 14 de marzo de 2012. Separate and Dissenting Opinion of Judge Odio Benito, párrs. 17-20: «I thus consider it is necessary and a duty of the Chamber to include sexual violence within the legal concept of» «use to participate actively in the hostilities», regardless of the impediment of the Chamber to base its decision pursuant to Article 74(2) of the Statute [...]. Sexual violence committed against children in the armed groups causes irreparable harm and is a direct and inherent consequence to their involvement with the armed group. Sexual violence is an intrinsic element of the criminal conduct of «use to participate actively in the hostilities».

Finalmente, como es sabido, a efectos de la admisibilidad de un asunto relativo a la comisión de crímenes de naturaleza sexual, la Fiscalía debería además acreditar que son de la gravedad suficiente como para justificar la intervención de la CPI. En este sentido, hay que reseñar que el TPIR no se atrevió a calificar la desnudez forzada como crimen de lesa humanidad, ante la duda de si superaba o no el necesario umbral de gravedad (Caso Bemba)⁶².

Más discutible aún si cabe fue la decisión de esta misma Sala de rechazar en la audiencia de confirmación de cargos la pretensión de la Fiscalía de añadir al crimen de violación imputado a Bemba los de desnudez forzada y trato inhumano o degradante, en atención a que los abusos sexuales se habían cometido públicamente y en presencia de los familiares de las víctimas, como atestiguaban las numerosas pruebas documentales y testificales recabadas. Sin embargo, a pesar de que los Elementos de los Crímenes de la CPI admiten expresamente que «*una determinada conducta puede configurar uno o más crímenes*», la Sala de Cuestiones Preliminares rechazó la acumulación de cargos alegando que no se habían aportado nuevas pruebas, que las existentes eran insuficientes y que, por tanto, dicha acumulación de cargos perjudicaría seriamente los derechos del acusado y su capacidad de defensa⁶³. De esta forma, la CPI se ha apartado momentánea y peligrosamente del precedente fijado por el TPIY en la sentencia sobre el caso Furundzija⁶⁴, que calificó como un crimen de tortura obligar a las víctimas a ver cómo sus familiares eran violados y vejados sexualmente.

Sin embargo, el giro restrictivo de la CPI no es nuevo, en la medida en que sigue la línea y los razonamientos usados en otras sentencias dictadas tanto por el propio TPIR como del Tribunal Especial de Sierra Leona. En concreto, en el caso Akayesu el TPIR tuvo que pronunciarse sobre la posible ampliación de cargos contra el principal acusado para dar cabida a la acusación de violación tras la declaración espontánea de algunos testigos después de iniciado el juicio⁶⁵. A idéntico problema se enfrentó el Tribunal Especial de Sierra Leona en el caso de AFRC⁶⁶, debido a que inicialmente la Fiscalía no había incluido cargos por crímenes sexuales contra todos los líderes de los grupos armados. La Sala de Primera Instancia rechazó la solicitud de una ampliación de cargos porque, habida cuenta de que no se habían presentado pruebas sólidas adicionales, ello supondría

⁶². CPO, SPI II, Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision on the confirmation of charges (IT 01/05-01/08), de 15 de junio de 2009, párr. 302:302. «The Chamber rejects the cumulative charging approach of the Prosecutor and therefore declines to confirm count 5 of outrage upon personal dignity as war crime in violation of article 8(2)(c)(ii) of the Statute».

⁶³. La negativa de la Sala a la acumulación de cargos para incluir crímenes sexuales en el caso Bemba provocó, en virtud de la Regla 103 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, la presentación el 29 de agosto de 2009 de un «amicus curiae» por un grupo de particulares y ONG, con observaciones sobre el particular. Entre otros argumentos, se alegó que tal acumulación era una práctica ampliamente aceptada tanto a nivel nacional como internacional, y que no vulneraba el derecho del acusado a un juicio justo. A ello se añadía el que la violación ha sido tradicionalmente considerada como tortura en el ámbito del Derecho internacional humanitario y que su exclusión constituiría una discriminación de la mujer, quienes suelen ser las víctimas de tales crímenes. El «amicus curiae» fue rechazado el 4 de septiembre de 2009. Sobre el particular, cabe la consulta de diferentes aportaciones doctrinales sobre la importancia de esta figura en los tribunales especiales e internacionalizados en el volumen 22, número 3 de la revista *Criminal Law Forum*.

⁶⁴. TPIY, SPI, Prosecutor v. Anto Furundzija, Judgment (IT-95-17/1-T), de 10 de diciembre de 1998.

⁶⁵. TPIR, SPI, Prosecutor vs. Akayesu, Judgment (ICTR-96-40-T), 2 de septiembre de 1998.

⁶⁶. TESL, SPI II, Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu (Caso AFRC), Judgment (SCSL-04-16-T), de 20 de junio de 2007.

rechazar indebidamente el juicio, vulnerando el derecho de los acusados a un juicio justo y rápido.

El daño colateral no deseado de esta posición garantista en defensa de los derechos de los acusados es el posible perjuicio de los derechos de las víctimas a la reparación y el no reconocimiento de los daños sociales y comunitarios que los crímenes de violencia sexual traen aparejados.

3.3.3. EL FORTALECIMIENTO DE LA PROTECCIÓN DE LOS TESTIGOS

A partir de la praxis de los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, la CPI abordó en las Reglas de Procedimiento y Prueba la cuestión de la especial protección requerida por los testigos de los crímenes sexuales.

Esa toma de conciencia se tradujo en la creación de una Unidad especial, bajo la dirección del Secretario. Asimismo, se acordó la posibilidad de adoptar una gran variedad de medidas, caracterizadas por la flexibilidad tanto respecto a los potenciales beneficiarios como al tipo de cautelas a adoptar. De hecho, las medidas protectoras pueden pedirse por las partes (fiscal, acusado, o el propio testigo), si bien su aprobación depende del Tribunal. Por lo que concierne al tipo de medidas, existe un amplio abanico que comprende el cambio de identidad, la seguridad individual y familiar mediante la relocalización, y la asistencia física y psicológica, entre otras. De hecho, la protección del bienestar físico y mental de las víctimas y la economía procesal condujo al fiscal fue una de las razones alegadas por el fiscal para solicitar la acumulación de cargos en el caso Katanga⁶⁷. En este mismo caso, se produjo una suerte de conflicto de competencias entre la Unidad de Víctimas y Testigos y la Fiscalía, ya que la decisión del fiscal de trasladar a dos testigos de crímenes de naturaleza sexual a los que creía en peligro llevó a la magistrada Steiner a rechazar la validez de su testimonio, por entender que se trataba de una medida que sólo podía ser adoptada por el Secretario⁶⁸.

En todo caso, como luego tendremos ocasión de confirmar, hay que intentar evitar la «victimización secundaria» que puede derivarse de la doble condición de víctimas y testigos, por lo que la CPI deberá ser especialmente sensible a la hora de exigir la des-

⁶⁷. CPI, SCP I, Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the confirmation of charges (ICC-01/04-01/07-717), de 30 de septiembre de 2008, párrs. 8-12: «Considering that joint proceedings during the Pre-Trial phase is consistent with the object and purpose of the Statute and the Rules insofar as:

(i) joinder enhances the fairness as well as the judicial economy of the proceedings because, in addition to affording to the arrested persons the same rights as if they were being prosecuted separately, joinder:

a. avoids having witnesses testify more than once and reduce expenses related to those testimonies; 20

b. avoids duplication of the evidence; 21 and

c. avoids inconsistency in the presentation of the evidence and would therefore afford equal treatment to both arrested persons; 22

(ii) joinder minimises the potential impact on witnesses, and better facilitate the protection of the witnesses' physical and mental wellbeing; 23 and

(iii) concurrent presentation of evidence pertaining to different arrested persons does not per se constitute a conflict of interests».

⁶⁸. CPI, SCP, Prosecutor vs. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case (ICC-01/04-01/07-474), 13 de mayo de 2008, párrs. 124-145.

cripción de los abusos sexuales padecidos por las víctimas-testigos, y de gestionar el contra-interrogatorio de quienes posean esa doble condición.

3.3.4. PARTICULARIDADES EN LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA Y EXIGENCIA DE UN MAYOR ESTÁNDAR PROBATORIO EN EL CASO DE LOS CRÍMENES SEXUALES

Es sabido que en los crímenes sexuales cometidos en el contexto de un conflicto armado la prueba médico-forense suele ser impracticable, por lo que la testifical adquiere una gran relevancia. Pero obtener testimonios fiables no es tarea fácil, ya que en muchas ocasiones no hay testigos oculares directos bien porque han sido asesinados, por estar traumatizados o por ser a la vez los únicos testigos de su propio caso.

Junto a los medios de obtención de la prueba, un segundo problema es el relativo a los estándares exigidos. Frente a una visión calificada como de «*victims friendly*», esto es, de predisposición favorable a la salvaguardia de los derechos de las víctimas, en la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales parece haberse impuesto justo la visión opuesta, restrictiva o limitativa, lo que ha suscitado varias cuestiones (SaCouto 2009, 339). Entre ellas destaca la exigencia de que para responsabilizar a los superiores por los crímenes sexuales cometidos por sus subordinados debía existir una orden, aunque fuese tácita, por parte de dicho superior, que ordenase o consintiese la comisión de tales crímenes. Como señaló el TPIY, lo importante era que los actos constitutivos del crimen emanasen o hubieran sido aprobados por una autoridad superior (Caso Galic)⁶⁹. Ello implicaba la necesidad de pruebas que demostrasen el conocimiento directo del superior de los crímenes perpetrados por sus subordinados, bien a través de su presencia física directa durante la comisión de los mismos o mediante órdenes precisas. Idéntica rigurosidad se exigió con respecto a la prueba de la figura del instigador, al exigir que el nexo de causalidad existente entre la instigación y los actos constitutivos del crimen sexual quedara fuera de toda duda, rechazándose por tanto las pruebas indirectas o circunstanciales.

El caudal de la praxis de los Tribunales Penales Internacionales ha inspirado la redacción y el contenido del art. 96 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI, aprobado en 1994 y modificado en dos ocasiones, y en el que se prevén tres novedades importantes relativas a las especificidades probatorias en caso de crímenes sexuales sobre las que luego profundizaremos, pero que ahora procede cuanto menos esbozar.

⁶⁹. TPIY, SPI, Prosecutor v. Stanislav Galic (IT-98-29-3), de 5 de diciembre de 2003, párr. 765: «The Trial Chamber has considered whether General Galic effectively controlled the actions of his troops and knew of the crimes committed by them. We are convinced by the evidence that the sniping and shelling activity of the SRK were under the control of the SRK's chain of command. The Trial Chamber is also satisfied that General Galic had the material ability to punish those who would go against his orders, who violated military discipline, or who committed crimes. It is therefore established that General Galic, as commander of the SRK, had effective control of SRK troops. There is ample evidence that General Galic was informed of the attacks against civilians committed by SRK forces. Formal complaints were lodged with him, and he was duly informed through his chain of command of the actions of his troops. The Trial Chamber has no doubt that the Accused was well aware of the unlawful activities of his troops».

En primer lugar, se rechaza el principio de que los testimonios aislados carecen de valor si no son corroborados, aceptando la no exigencia de la corroboración de los testimonios únicos de las víctimas, salvo que se trate de niños.

En segundo lugar, se confirma la regla de que ni el comportamiento ni la vida sexual anterior de la víctima puede alegarse ni a su favor ni en su contra, evitando así que merced a su pasado las víctimas devengan en acusados.

Y en tercer lugar, se consagra la prohibición de utilizar el consentimiento de la víctima como medio de defensa, en su origen de forma tajante y luego de forma matizada.

Por consiguiente, la CPI parece haber suavizado la rigurosidad del sistema de justicia penal internacional en materia de prueba, consciente de que, de no ser así, los crímenes de naturaleza sexual difícilmente podrán ser objeto de persecución y sanción.

No obstante, en el caso Katanga la magistrada A. Usacka basó su opinión disidente en contra de la ampliación de las imputaciones en la audiencia de confirmación de cargos en el hecho de que había pruebas suficientes de la comisión de violaciones y esclavitud sexual por parte de las milicias en Ituri, pero no de la participación directa o indirecta de los dos acusados en dichos crímenes, para lo cual hubiera sido necesario aplazar el juicio oral y solicitar al fiscal que presentara evidencias adicionales que demostrasen la conexión de los acusados con los hechos (Caso Katanga)⁷⁰.

A modo de conclusión de todo lo anteriormente expuesto, las causas últimas que pueden ayudar a comprender lo que hemos llamado cadena de obstáculos técnicos procesales relacionados con la investigación y sanción de los crímenes de naturaleza sexual serían dos.

La primera causa está enraizada en la propia configuración del marco jurídico regulador de estos crímenes, que, como ya hemos reiterado, es el fruto de la interacción de tres ramas o sectores normativos (el Derecho internacional humanitario, el Derecho internacional penal y el Derecho internacional de los derechos humanos) muy diferentes entre sí.

La segunda causa atañe, sin embargo, específicamente al Derecho internacional humanitario, que presenta una limitación intrínseca ya que, al circunscribirse por definición

⁷⁰. CPI, SCP I, Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the confirmation of charges (ICC-01/04-01/07-717), Partly dissenting opinion of Judge Anita Usacka, de 30 de septiembre de 2008, párr. 28: «I appreciate the difficulty the Prosecution must face in acquiring evidence which would directly link a suspect to these types of crimes when criminal responsibility is alleged under article 25(3)(a) of the Statute on the basis of the existence of a common plan. I also appreciate that the Prosecution has a substantial burden under article 30 of the Statute in presenting evidence that the suspects either intended for rapes and sexual slavery to occur when it is not alleged that they were the direct perpetrators, or were aware that rapes and sexual slavery would occur in the ordinary course of events, when the basis for criminal responsibility is that they jointly committed the crimes through other persons, within the meaning of article 25(3)(a) of the Statute. However, in my view, it is not the duty of the Chamber to lessen the Prosecution's burden, but rather to assess the evidence presented and to decide whether such evidence is sufficient to establish substantial grounds to believe that each element of each of the crimes has been committed. On the basis of the evidence presented, I am not» "thoroughly satisfied" that there are substantial grounds to believe that the suspects intended for rape and sexual slavery to be included in the common plan to attack Bogoro village on 24 February 2003. In my view, the evidence presented is insufficient to directly or closely link Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui to these crimes».

a la reglamentación de los conflictos armados, es incapaz de atender a la secuencia cronológica completa en la que se producen los crímenes de naturaleza sexual, esto es, tanto el preconflicto, como especialmente el posconflicto, fase en la que suelen tener lugar la investigación y el enjuiciamiento. Así, en ocasiones se ha abogado por limitar el alcance de los procesamientos por la comisión de dichos crímenes, considerados de orden menor, al objeto de favorecer la paz o la reconciliación, o se ha preferido encauzar la reparación o satisfacción de las víctimas a través de mecanismos no jurisdiccionales. En este orden de cosas, cabe preguntarse si la eficacia del sistema de justicia penal internacional se mide exclusivamente en términos represivos o punitivos, o si, por el contrario, hay que tener en cuenta también su capacidad para facilitar (o al menos para no dificultar), la gestión del posconflicto y la reconstrucción de las sociedades afectadas por la guerra. Se trata de una cuestión controvertida, que excede con mucho los límites del presente trabajo y a la que volveremos con ocasión de las conclusiones finales.

4. LOS CRÍMENES DE NATURALEZA SEXUAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO: UN ANÁLISIS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL

4.1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA CRIMINALIZACIÓN DE LA VIOLENCIA SEXUAL EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL

La principal aportación del sistema de justicia penal internacional, además de la inclusión del mandato de género ya examinado en epígrafes precedentes, ha sido la tipificación de los crímenes sexuales. La descripción de las conductas es, junto con la determinación del contenido de la responsabilidad, y la existencia de un órgano jurisdiccional competente para enjuiciar y castigar tales conductas, uno de los tres elementos imprescindibles que ha de reunir un sistema acabado de responsabilidad penal (Huesa 1996, 157).

De esta forma se procede a dar cumplimiento a las exigencias del principio de legalidad penal *nullum crimen, nulla poena sine lege previa*, que, como es sabido, rige también en el ámbito del Derecho internacional, aunque con unas características especiales tanto en lo relativo a su contenido como a su interpretación y aplicación, que lo distinguen del vigente en los derechos internos. A nuestro juicio, las dos diferencias principales estriban, por una parte, en que en el ámbito internacional la predeterminación normativa de las conductas puede producirse a través de distintas fuentes como la costumbre, y no necesaria o exclusivamente mediante leyes escritas, y, por la otra en las matizaciones de las que son objeto la exigencia de la taxatividad y los principios de irretroactividad y prohibición de la analogía⁷¹.

No obstante, como a continuación comprobaremos, la interpretación del principio de legalidad penal internacional ha experimentado una clara evolución, presentando notables diferencias entre el tratamiento recibido en los Tribunales Penales *ad hoc* y su implementación por la CPI en el Estatuto de Roma, en los Elementos de los Crímenes y

⁷¹. Vid. Magdalena M. Martín, «La configuración del principio de legalidad penal en el Derecho Internacional Contemporáneo», en *Nuevos Desafíos del Derecho Penal Internacional*, A. Cuerda y F. Jiménez (dir.), (Tecnos, Madrid, 2009), 384.

en las Reglas de Procedimiento y Prueba⁷². Dicha evolución se registra tanto en el plano general como a nivel particular en relación con la tipificación de los crímenes sexuales.

En el plano general, los Estatutos de los TPI no hacen suyo de forma expresa el principio de legalidad, lo que les ha permitido sostener vía jurisprudencia que su única obligación era aplicar reglas del Derecho internacional humanitario, ya fuesen éstas de naturaleza convencional o consuetudinaria. Por tanto, el único límite derivado del respeto al principio de legalidad sería que los tipos penales de los crímenes estuvieran previstos en el momento de su comisión, aunque no hubieran sido codificados previamente en tratados internacionales, confirmando así el valor de la costumbre como fuente internacional. De esta forma, la exigencia de certeza se satisfaría por el mero hecho de que la conducta constitutiva del crimen estuviera prevista, aunque no definida exhaustivamente, en los Estatutos. Por su parte, la especificidad derivaría de que fueran expresión de la costumbre internacional vigente en el momento de la comisión, y la previsibilidad se cumpliría siempre que el contenido de la norma resultara accesible para el autor, quien podría y debería haber conocido su antijuridicidad antes de cometer el ilícito.

En contraposición, los arts. 22 y 23 del Estatuto de Roma de la CPI sí que recogen el principio de legalidad penal en sus dimensiones sustantiva y formal, pero con una gran ambigüedad en su tenor literal. De hecho, al disponer el art. 22 que «Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte» difícilmente puede entenderse que se estén recepcionando las exigencias de ley escrita, previa y taxativa vigente en los derechos internos. De la misma forma, cuando en el art. 23 se dice que «Quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto» tampoco se predetermina una pena concreta para cada crimen, sino que tan sólo se establece una previsión genérica de imponer alguno de los castigos estatutariamente previstos, sin perjuicio de que luego sean objeto de individualización en cada caso.

Descendiendo de lo general a lo concreto, en lo relativo a la tipificación de los crímenes sexuales también se ha experimentado un progresivo sometimiento al principio de legalidad penal, en un intento de preservar la seguridad jurídica y acortar la distancia entre los sistemas de justicia penal interna e internacional⁷³. Frente a las definiciones amplias y poco detalladas de los crímenes sexuales proporcionadas por los Estatutos de los TPI, la CPI se ha decantado por una interpretación estricta de las exigencias de dicho principio, definiendo y detallando exhaustivamente en los arts. 6, 7 y 8 del Estatuto de Roma los tipos penales constitutivos de los diferentes crímenes sexuales.

La adecuación del Estatuto de Roma al principio de legalidad penal no obsta, sin embargo, dos tipos de problemas a los que nos referiremos a lo largo del análisis del con-

⁷². Una perspectiva completa de la evolución en Olásolo. Hector. 2006, «Del Estatuto de los Tribunales ad hoc al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: reflexiones sobre la evolución del principio nullum crimen sine lege en el Derecho Penal Internacional», *Revista General de Derecho Público* 5: 8-30.

⁷³. En este sentido hay que destacar que, en consonancia con los derechos internos, el art. 22.2 prohíbe el recurso a la analogía en la interpretación de los tipos penales, y que el art. 24 consagra la irretroactividad de las leyes penales «ratione personae», con la consiguiente salvedad de la ley penal más favorable.

tenido de cada uno de los crímenes de naturaleza sexual en el mismo contemplados. El primero se refiere a los problemas de interpretación que plantean los elementos definitorios de algunos de los crímenes, como por ejemplo, el embarazo forzado o la cláusula residual relativa a «Otros tipos de violencia sexual». El segundo problema estriba en que la lista de crímenes de naturaleza sexual a los que se refiere el Estatuto no agota la incriminación de la violencia sexual ni las posibilidades de que surjan nuevos tipos de crímenes de esta naturaleza, como podría ser el caso, tal y como a continuación comprobaremos, del matrimonio forzado.

En las páginas siguientes procederemos al análisis de cada uno de los crímenes de naturaleza sexual previstos en el Estatuto de Roma partiendo de una serie de premisas previas. En primer lugar, adoptaremos un planteamiento sistemático, ya que las conductas constitutivas de estos crímenes son las mismas, ya sean calificados en función del elemento contextual como crímenes contra la Humanidad o crímenes de guerra. En segundo lugar, tomaremos como base el mandato de género que incorpora el ER y, por tanto, la presunción de que la violencia sexual puede afectar tanto a mujeres como a hombres, salvo en el caso de aquellos crímenes de naturaleza sexual que, en virtud de sus elementos constitutivos, sólo pueden tener como víctimas a mujeres, tal es el caso del embarazo forzado. En tercer lugar, en cada una de dichas figuras o tipos penales seguiremos un mismo esquema, centrándonos en su configuración como crímenes internacionales, los elementos definitorios y las cuestiones y los problemas que suscite su aplicación o interpretación jurisprudencial.

4.2. LOS CRÍMENES DE NATURALEZA SEXUAL RECOGIDOS EN EL ESTATUTO DE ROMA

4.2.1. EL CRIMEN SEXUAL POR ANTONOMASIA: LA VIOLACIÓN

De todos los crímenes sexuales, sin duda, el que ha suscitado una mayor atención legislativa y jurisprudencial es el de violación. Esta preeminencia ha provocado que otros crímenes y abusos sexuales fueran postergados, hasta el extremo de que su definición se produce por exclusión, una vez delimitado el concepto de violación.

A nuestro juicio, una vez superado el umbral de gravedad requerido para ser calificado de crimen internacional, los dos elementos íntimamente conexiónados entre sí que identifican la violación son, en primer lugar, los actos y conductas constitutivos y su caracterización como genocidio, crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad, y, en segundo lugar, el debate sobre la coerción versus la falta de consentimiento de la víctima.

A) CONDUCTAS CONSTITUTIVAS DEL CRIMEN DE VIOLACIÓN: SU CARACTERIZACIÓN A TRAVÉS DE OTRAS CATEGORÍAS DE CRÍMENES Y LA CONSTRUCCIÓN DE UNA DEFINICIÓN CONSENSUADA

Por lo que se refiere a este primer aspecto, puede constatarse una trayectoria ascendente, que se refleja en la progresiva determinación de los hechos constitutivos del tipo penal internacional mediante la incorporación de actos y conductas no siempre incluidos en el concepto de violación previsto en los ordenamientos penales internos, en los que no existe una definición ni consensuada ni única⁷⁴.

Así, en una primera fase, que se abre con el emblemático caso Akayesu (1998), el TPIR construye una definición no mecánica de la violación, una interpretación genérica basada en la constatación de la agresión sexual padecida por la víctima («*victim friendly*»), que comprende no sólo los actos de penetración vaginal, sino los cometidos con cualquier objeto y en cualquier orificio corporal⁷⁵. Por tanto inicialmente la violación sería un tipo agravado de abuso sexual, entendiendo por tal cualquier acto lesivo de naturaleza sexual contra la integridad corporal de la víctima mediante el empleo de la coacción o perpetrado en un entorno de coacción. De hecho, se adopta una aproximación conceptual similar a la sostenida en el crimen de tortura, a cuya definición convencional internacional se recurre para avalar el uso de categorías comunes que eviten tener que proporcionar una descripción pormenorizada de los hechos⁷⁶.

A lo anterior se suma la caracterización de la violación como un crimen de genocidio, en tanto que su propósito era la destrucción de un grupo étnico o racial si bien, al objeto de satisfacer el principio de legalidad penal, se precisó que debía ser un acto perpetrado contra una persona mediante el uso de la coacción (fuerza física, amenazas, opresión psicológica), empleada por el autor o resultante del momento, la coyuntura, o las circunstancias en las que se perpetró el crimen. Como después comprobaremos, el TPIR no alude en su jurisprudencia al consentimiento de la víctima como elemento constitutivo de la violación, sino a la coacción del criminal.

74. En este sentido, el artículo 179 del vigente Código Penal español define la violación como una agresión sexual agravada, que consiste en el «acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías».

75. Un análisis completo de la cuestión en MacKinnon. Catherine A. 2006, «Defining rape internationally: a comment on Akayesu», *Columbia Journal of Transnational Law* 44: 940-958.

76. En concreto, en los párrs. 597 y 598 del citado caso Akayesu, el TPIR sostuvo que: «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. The Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman and Degrading Treatment or Punishment does not catalogue specific acts in its definition of torture, focusing rather on the conceptual framework of state sanctioned violence. This approach is more useful in international law. 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. 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».

Apenas cuatro meses después, el TPIY inicia una nueva etapa con el caso Furundzija al apartarse de la definición Akayesu, alegando la necesidad de un acatamiento pleno del principio de legalidad penal internacional. Apoyándose en las tipificaciones previstas en los códigos penales internos, el TPIY acota la definición de violación y vuelve al enfoque mecánico-fisiológico que previamente había descartado en un doble sentido. Por una parte exige penetración sexual, aunque sea ínfima. Por la otra, requiere que la misma se haya producido mediando coacción, fuerza o amenaza de usar la fuerza contra la víctima o «una tercera persona». Por consiguiente esta segunda definición es limitativa respecto al acto de violación en sí mismo, que en esta ocasión fue considerado como un crimen de tortura, pero neutra en cuanto al género (De Brower 2005, 82).

Con todo, el propio TPIY suaviza su posición y da otra vuelta de tuerca en el caso Kunarac, en el que endosa la definición mecánica de la violación, pero considera muy restrictiva la exigencia de coacción, fuerza o amenaza de la fuerza, sosteniendo que es suficiente con que la Fiscalía demuestre que el acto no ha sido voluntario o consentido, lo que sucedería en un buen número de supuestos que comprenderían desde los casos en los que se acredite la imposibilidad de ofrecer resistencia, la especial vulnerabilidad de la víctima, su incapacidad para comprender la naturaleza del acto, el abuso de autoridad, la detención ilegal etc., es decir, cuando el acto atentara contra la autonomía sexual de la víctima, al no haber sido libremente consentido, y siempre que el perpetrador tuviera intención de llevar a cabo la penetración a sabiendas de la oposición de la víctima.

La tercera fase del proceso de definición de los elementos constitutivos del crimen de violación en el sistema de justicia penal internacional tiene lugar tras la adopción del Estatuto de Roma, los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI. Estos tres instrumentos consagran una definición de síntesis, que pretende conciliar las diferencias de los pronunciamientos jurisprudenciales previos, y que se caracteriza por reafirmar una interpretación amplia de la violación, sustituyendo definitivamente la exigencia de penetración por la «invasión» de cualquier parte del cuerpo de la víctima, pero enumerando de manera detallada e individualizada los actos de violencia sexual, que además son explícitamente caracterizados como crímenes de lesa humanidad (art. 7 g) y/o crímenes de guerra (art. 8.2 xxii).

Tanto en los crímenes de lesa humanidad como en los de guerra los llamados «elementos no contextuales de la violación» son idénticos, puesto que los dos exigen que la invasión haya tenido lugar por la fuerza o mediante la coacción, que puede haberse ejercido directamente contra la víctima, contra otra persona, o ser simplemente producto de un «entorno de coacción». Las únicas diferencias entre ambos crímenes serían pues las contextuales. Mientras que en el crimen de lesa humanidad es necesario que el autor sea consciente de que la violación forma parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil⁷⁷, en el crimen de guerra de violación lo que se requiere

77. Un análisis completo en Christinan Wolffhugel, «El elemento contextual del crimen de lesa humanidad: una visión en el marco de las decisiones de la Corte Penal Internacional», en *La Corte Penal Internacional. Una perspectiva latinoamericana*, N. Boeglin *et al.* (ed.), (Open Knowledge Network Collection, 2012), 408: «En otras palabras: el ataque debe ser masivo, frecuente, llevado a cabo por una colectividad con considerable seriedad y dirigido directamente en contra de una multiplicidad de víctimas, esto es, población civil –categoría que brinda protección sin tener en cuenta la nacionalidad, etnicidad u otra dis-

es que el perpetrador sepa que su comisión ha tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y que haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de tal conflicto armado⁷⁸.

Según el informe de 2011 de la ONG Women's Initiative for Gender Justice, a 16 de septiembre de 2011 la CPI había imputado a 12 acusados por el crimen de lesa humanidad de violación y el crimen de guerra de violación en siete casos distintos ya citados (Casos Bemba; Kony *et al.*; Al-Bashir, Katanga and Ngudjolo; Mbarustmana; Muthaura *et al.*, y, finalmente el Caso Harun and Kushayb⁷⁹). La misma definición de violación prevista en la CPI ha sido aplicada también por el Tribunal Especial de Sierra Leona en el caso AFRC, en el que, al condenar a los acusados por violación y esclavitud sexual como crimen de lesa humanidad, se puso expresamente de manifiesto que en situaciones de conflicto armado la coacción, y por tanto la falta de consentimiento de las víctimas, se presuponen.

De todo lo anterior se deduce que, tras ciertas oscilaciones iniciales, el sistema de justicia penal internacional parece haber encontrado una definición consensuada de la violación basada en dos claves: el derecho a la autonomía sexual y la importancia del consentimiento. Con todo, cada uno de los tribunales que conforman dicho sistema conserva plena jurisdicción, al no existir subordinación jerárquica entre ellos. Sin embargo, es necesario evitar que, de resultas de la multiplicación de jurisdicciones y la atomización del Derecho internacional, puedan producirse desigualdades entre las víctimas de los crímenes sexuales (Visseur 2010, 44), ya que, cualquiera que sea la definición y la

tinción misma— que debe ser el objetivo principal del ataque y no una víctima incidental del mismo». Accesible en <http://www.upeace.org/OKN/collection/cortepenal/index.cfm>.

⁷⁸. Art. 7 1) g) de los Elementos de los Crímenes: Crimen de lesa humanidad de violación y artículo 8 2) b) xxii) Crimen de guerra de violación.

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.
3. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.
4. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

14 Se entiende que no es preciso probar ninguna intención específica en relación con este crimen.

15 El concepto de «invasión» se utiliza en sentido amplio para que resulte neutro en cuanto al género.

16 Se entiende que una persona es incapaz de dar su libre consentimiento si adolece de una incapacidad natural, inducida o debida a la edad. La presente nota se aplica también a los elementos correspondientes del artículo 7 1) g)-3, 5 y 6.

⁷⁹. CPI, SCP I, Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun («Ahmad Harun») and Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman («Ali Kushayb»), Warrent of Arrest (ICC-02/5-01/07), de 27 de abril de 2007: «Count 13 (Rape in Bindisi town and surrounding areas constituting a crime against humanity) On or about 15 August 2003, Ahmad Harun, as part of a group of persons acting with a common purpose, contributed to the rape of women and girls from the primarily Fur population of Bindisi town and surrounding areas (articles 7(1)(g) and 25(3)(d) of the Statute); Count 42 (Rape in Arawala town and surrounding areas constituting a crime against humanity). In or around December 2003, Ahmad Harun, as part of a group of persons acting with a common purpose, contributed to the rape of at least 10 women and girls from the primarily Fur population of Arawala town and surrounding areas (articles 7(1)(g) and 25(3)(d) of the Statute)».

interpretación del requisito del consentimiento adoptada por cada tribunal, una menor de 16 años que haya sufrido una violación en Sierra Leona debe tener garantizada la misma seguridad y protección jurídica que un niño soldado de 14 años violado en la República Democrática del Congo.

B) EL DEBATE SOBRE LA EXIGENCIA DE COERCIÓN VERSUS LA FALTA DE CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA

Una de las cuestiones más controvertidas en la jurisprudencia internacional que acabamos de reseñar es la relativa a la interpretación de la falta de consentimiento de la víctima, y del consiguiente conocimiento por el criminal de su oposición⁸⁰. Se trata de un requisito cuya prueba es determinante en los ordenamientos jurídicos internos pero que, en el caso de los crímenes internacionales, parece atenuarse o directamente omitirse, siendo sustituida por la coerción propia de las circunstancias en las que se perpetró el crimen. Ello se debe a que, a diferencia de lo que sucede en el plano interno, en el que hay una interacción o contacto voluntario en una situación de paz entre dos individuos dotados de pleno albedrío, en el contexto internacional la autonomía sexual no existe en sentido estricto, puesto que concurren circunstancias anormales que la imposibilitan⁸¹.

Aunque en el caso Kunarac el TPIY llegó a sostener que el clima de amenaza que rodea la comisión de los crímenes de lesa humanidad convertían cualquier abuso sexual en no consentuado, fue la Sala de Apelaciones del TPIR en el caso Gacumbitsi la que abordó de lleno el problema de la pertinencia del consentimiento en situaciones de conflicto armado. El fallo de la Sala de Primera Instancia condenando al alcalde de Rusumo a treinta años de prisión por la comisión de genocidio y del crimen de lesa humanidad de violación fue recurrido tanto por la defensa como por la Fiscalía, siendo esta última la que expresamente solicitó que se aclarase el papel del consentimiento en la definición de la violación. En concreto, la Fiscalía sostuvo que en este caso no era necesario probar la falta de consentimiento, ya que la caracterización de la violación como crimen de genocidio lleva implícita la coerción, por lo que es imposible pensar que las víctimas puedan haber prestado libremente su consentimiento⁸².

⁸⁰. Sobre el particular Boon. Kristem. 2001, «Rape and Forced Pregnancy under the ICC Statute: Human Dignity, Autonomy and Consent», *Columbia Human Rights Law Review* 32: 667-675.

⁸¹. Sobre la distinción entre consentimiento y autonomía sexual vid. el documento de Amnistía Internacional «Violación y violencia sexual. Leyes y normas de Derechos Humanos en la Corte Penal Internacional», IOR 53/001/2011., p. 12: «La autonomía sexual y el consentimiento son dos conceptos bien diferenciados. El concepto de *consentimiento*, tal como se emplea en el derecho penal nacional, importa una noción de decisión individual que no suele tener en cuenta la realidad del abuso de poder (evidenciada mediante la fuerza física o mediante otras formas de coacción) y otras condiciones de hecho que podrían prevalecer antes, durante y quizá después de los actos sexuales en cuestión. En cambio, la consideración de si una persona ha podido ejercer o no la autonomía sexual tiene en cuenta la dinámica general y el entorno que rodea esos actos sexuales y su impacto en la capacidad de la víctima para decidir libremente». Accesible en <http://www.amnesty.org/en/library/asset/IOR53/001/2011/en/b82aaa3e-f7e0-46bc-97bd-1c6c4f1cbc49/ior530012011es.pdf>.

⁸². TPIR, SPI, Prosecutor v. Silvestre Gacumbitsi, Judgement (ICTR- 2001-64-T), de 17 de junio de 2004.

Este mismo razonamiento sería aplicable para los restantes crímenes objeto de la competencia de la CPI, en los que por definición las víctimas o tienen que ser miembros de un grupo cuya destrucción se persigue (genocidio)⁸³, o son parte de la población civil sometida a un ataque generalizado o sistemático (crimen de lesa humanidad) o de un crimen cometido en relación con un conflicto armado internacional (crímenes de guerra), por lo que resulta contrario a la lógica jurídica exigir que la acusación tenga que probar su consentimiento.

Partiendo de esta apelación y de lo previsto en sus respectivas Reglas de Procedimiento y Prueba, los TPI han desarrollado cuatro principios generales en la prueba de los crímenes sexuales que, siguiendo a J. Chinchón, quedarían condensados en (Chinchón 2007, 1):

- a) La no exigencia de corroboración del crimen por parte de terceros.
- b) 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.
- c) 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.
- d) La conducta sexual anterior de la víctima es irrelevante a los efectos de prueba.

En relación al segundo de estos principios, hay que constatar que en los casos en los que se ha esgrimido el consentimiento de la víctima como defensa legal, el TPIY no ha recurrido a la coerción del contexto para excluir el consentimiento, sino que ha tenido especialmente en cuenta la prueba testifical. Así sucedió en el caso Kunarac, en el que la defensa de Kovac, el segundo de los imputados, sostuvo que al menos una de las víctimas había prestado su consentimiento, ya que de hecho estaba enamorada y mantenía una relación sentimental con su defendido al que había «seducido», soslayando así maliciosamente el confinamiento forzoso, el trato humillante y las amenazas a los que fue sometida la víctima, circunstancias ratificadas por diferentes testigos y que condujeron al tribunal a la desestimación de dicha línea argumental.

La principal aportación de la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, y en concreto del caso Gacumbitsi, al debate sobre la pertinencia del consentimiento reside en afirmar que estamos ante un concepto muy difícil de definir y en ocasiones también de probar, lo que obliga a analizar pormenorizadamente en cada caso las condiciones particulares que pudieran anular la autonomía personal e impedir su libre prestación, incluyendo la coerción que rodea cada conflicto armado (Cole 2008,79).

Sobre esta base, la CPI ha dado carta de naturaleza jurídica en las Reglas de Procedimiento y Prueba a las particularidades que presenta la definición y la prueba del con-

⁸³. Sobre este particular vid. Kalosieh Adrienne, 2003, «Consent to genocide?: The ICTY's improper use of the consent paradigm to prosecute genocidal rape in Foca», 24 Women's Rights Law Reporter, 121-136.

sentimiento, codificando de facto los mismos principios previamente consagrados en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* a los que ya nos hemos referido.

Así la Regla 63.4 afirma que no se requerirá la corroboración de la prueba en ninguno de los crímenes de la competencia de la Corte, en particular los de violencia sexual. De esta forma se proscribe una mala praxis judicial, muy arraigada en épocas anteriores, que consideraba insuficiente el testimonio de la víctima para demostrar la violación.

En la misma línea, la Regla 70, en conexión con los Elementos de los Crímenes relativos a la definición de la violación como crimen de lesa humanidad (art. 7.1) g.6) y como crimen de guerra (art. 8. 2) b) xxii, enuncia, por vía negativa, aquellas situaciones genéricas en las que no se infiere la existencia del consentimiento:

- a) Cuando el autor haya usado la fuerza o amenazado con usarla para perpetrar la violación.
- b) Cuando el autor haya usado la coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder.

De conformidad con la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, hay coacción cuando se irrumpe en una casa portando armas (Caso Bemba⁸⁴), o cuando se confina a la víctima en un pozo bajo vigilancia (Caso Katanga⁸⁵). Por otra parte, mientras que el temor a la violencia es una forma sutil e indirecta de coacción, aunque igualmente invalidante del consentimiento (Caso Akayesu⁸⁶), la intimidación es un concepto más rotundo y amplio, ya que puede incluir la extorsión o, como indica el TPIY en el caso «amenazas a las que una persona en su situación no podría resistirse» (Caso Kvočka⁸⁷).

La detención, sea legítima o no, es intrínsecamente coactiva (Caso Kunarac⁸⁸), lo que obliga a presuponer la falta de consentimiento de la víctima. Finalmente, el abuso de poder (político, militar o de cualquier otro tipo), se produce con independencia de que quien lo practica sea un funcionario público, ejerza de facto como autoridad oficial o se trate de un simple particular. De hecho, el TPIR reconoció (Caso Musema⁸⁹) la posición dominante que el acusado, propietario de una fábrica de té, ejercía sobre sus empleados y convecinos, a quienes alentó a capturar, violar y asesinar a mujeres tutsi en la prefectura de Kibuye, región en la que el acusado era considerado una autoridad con poderes de iure y de facto.

⁸⁴. CPO, SPI II, Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision on the confirmation of charges (IT 01/05-01/08), de 15 de junio de 2009, párr. 172.

⁸⁵. CPI, SCP, Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case (ICC-01/04-01/07-474), 13 de mayo de 2008, párr. 352.

⁸⁶. TPIR, SPI, Prosecutor vs. Akayesu, Judgement (ICTR-96-40-T), 2 de septiembre de 1998, párr. 688.

⁸⁷. TPIY, SPI, Prosecutor v. Kvočka *et al.*, Judgement (IT-98-30/1), de 2 de noviembre de 2011.

⁸⁸. TPIY, SA, Prosecutor v. Kunarac *et al.*, Appeal Judgement (IT-96-23 & IT-96-23/1-A), 12 de junio de 2002.

⁸⁹. TPIR, SA, Prosecutor v. Alfred Musema, Judgement (ICTR-96-13-A) de 16 de noviembre de 2001, párr. 880.

c) Cuando el autor se aprovecha de la víctima en un entorno coercitivo.

Hay que recordar que la existencia de un conflicto armado constituye en sí mismo un entorno de coacción. A diferencia de las anteriores formas de coacción, los entornos coercitivos son situaciones previas cuya existencia no depende directamente de la voluntad o responsabilidad del autor, pero del que éste se beneficia para su provecho. En los conflictos armados abundan las retenciones y el internamiento en campos de detención, sometidos a la vigilancia de personal civil o militar, que ilustran perfectamente qué debe entenderse por un entorno de coacción en el que es imposible la prestación de un consentimiento libre. En palabras del TPIY (Caso Kunarac):

«For the most part, the Appellants in this case were convicted of raping women held in de facto military headquarters, detention centres and apartments maintained as soldiers' residences. As the most egregious aspect of the conditions, the victims were considered the legitimate sexual prey of their captors. Typically, the women were raped by more than one perpetrator and with a regularity that is nearly inconceivable. (Those who initially sought help or resisted were treated to an extra level of brutality). Such detentions amount to circumstances that were so coercive as to negate any possibility of consent»⁹⁰.

No obstante, un sector doctrinal minoritario matiza esta tesis, al entender que no debe presuponerse con carácter absoluto y sin posibilidad de excepción alguna la inexistencia de consentimiento libre y válido en los contactos sexuales que se producen en contextos de crímenes de genocidio, lesa humanidad y guerra, puesto que incluso en estos contextos de coerción cabría la posibilidad de relaciones consentidas entre dos personas de bandos opuestos (Schomburg y Peterson 2007, 130).

d) Cuando el autor se aprovecha de alguna incapacidad de la víctima, ya sea natural (i.e., incapacidad mental), inducida (i.e., por las drogas o el alcohol) o relacionada con la edad, que le impida expresar un consentimiento libre.

En este mismo orden de cosas, el silencio o la falta de resistencia de la víctima en modo alguno equivalen a una aquiescencia tácita (Regla 70 c), de la misma manera que la conducta y el historial sexual de víctimas o testigos carecen de relevancia probatoria (Regla 70 d). Sobre este particular, a diferencia de las reglas seguidas en los tribunales *ad hoc*, en el caso de la CPI se afirma la irrelevancia del comportamiento sexual no sólo anterior, sino también de los hábitos o conductas sexuales posteriores a la comisión del delito⁹¹.

⁹⁰. TPIY, SA, Prosecutor v. Kunarac *et al.*, Appeal Judgement (IT-96-23 & IT-96-23/1-A), 12 de junio de 2002, párr. 132.

⁹¹. Regla 70. Principios de la prueba en casos de violencia sexual: «En casos de violencia sexual, la Corte se guiará por los siguientes principios y, cuando proceda, los aplicará:

- 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;

En todo caso, de conformidad con el art. 22 del ER, a la hora de interpretar si ha existido «libre consentimiento» la CPI deberá tener en cuenta no sólo sus propias normas, sino lo previsto sobre este particular en el Derecho internacional de los derechos humanos⁹², y muy especialmente la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales encargados de su aplicación relativa al enjuiciamiento por violación, en especial la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁹³. En concreto, en la sentencia de 4 de diciembre de 2003 (Caso «M.C. versus Bulgaria»), tras examinar la definición y los elementos constitutivos de la violación en el derecho comparado europeo y en la jurisprudencia del TPIY, el TEDH concluyó que:

«In international criminal law, it has recently been recognised that force is not an element of rape and that taking advantage of coercive circumstances to proceed with sexual acts is also punishable. The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia has found that, in international criminal law, any sexual penetration without the victim's consent constitutes rape and that consent must be given voluntarily, as a result of the person's free will, assessed in the context of the surrounding circumstances... While the above definition was formulated in the particular context of rapes committed against the population in the conditions of an armed conflict, it also reflects a universal trend towards regarding lack of consent as the essential element of rape and sexual abuse»⁹⁴.

Tanto el Estatuto de Roma como las Reglas de Procedimiento y Prueba dedican una atención preferencial a la participación en las actuaciones y la protección de las víctimas y los testigos de violación, al objeto de dilucidar la existencia o no del consentimiento y para evitar incurrir en lo que gráficamente se ha llamado «mitos y estereotipos» relacionados con la violación.

Uno de los estereotipos más recurrentes es el relativo a la reticencia de las víctimas a prestar declaración. Es innegable que las víctimas de la violación han de realizar ímprobos esfuerzos para recordar en voz alta, con luz y taquígrafos, el trauma vivido, pero no lo es menos que también hay otros factores que, aunque suelen pasar desapercibidos, dificultan la prueba testimonial.

Entre los mismos, tal y como avanzamos en epígrafes precedentes, destaca la existencia de una suerte de jerarquización o ranking no declarado de los crímenes internacionales,

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».

Regla 71: Prueba de otro comportamiento sexual:

«Teniendo en cuenta la definición y la naturaleza de los crímenes de la competencia de la Corte, y a reserva de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 69, la Sala no admitirá pruebas del comportamiento sexual anterior u ulterior de la víctima o de un testigo».

⁹². En esta misma línea, Sheppard Daniel, 2010, «The International Criminal Court and Internationally Recognized Human Rights: Understanding Article 21(3) of the Rome Statute», *International Criminal Law Review* 12: 43-71.

⁹³. Sobre el particular vid. el documento «Violación y Violencia Sexual. Leyes y Normas de Derechos Humanos en la Corte Penal Internacional». Amnistía Internacional, 2011. Accesible en <http://www.amnesty.org/en/library/asset/IOR53/001/2011/en/b82aaa3e-f7e0-46bc-97bd-1c6c4f1cbe49/ior530012011es.pdf>.

⁹⁴. TEDH, M.C. versus Bulgaria (Application n.º 39272/98), Judgment de 4 de diciembre de 2003, párr. 163. Accesible en:

http://www.coe.int/t/dg2/equality/domesticviolencecampaign/resources/m.c.v.bulgaria_EN.asp.

en el que la violación ocuparía un lugar subsidiario. La gravedad y el impacto de los crímenes de genocidio o de lesa humanidad alimentan la creencia, asumida incluso por las propias víctimas, de que la violación es un crimen menor, en la medida en que al menos siguen vivas para contarlo. A ello habría que sumar la estrategia selectiva seguida por los fiscales de los diferentes tribunales que integran el sistema de justicia penal internacional, que como hemos comprobado, no siempre acreditan una decidida voluntad para investigar y procesar el crimen de violación, sobre todo debido a los obstáculos técnico procesales que deben afrontar primero para confirmar los cargos y luego para probarlos durante el juicio oral.

La imposibilidad de practicar reconocimientos médicos inmediatos, así como la percepción de que el trauma y el grado de implicación emocional de víctimas y testigos del crimen de violación merman las posibilidades de que su testimonio sea considerado creíble, son elementos disuasorios. Como concluye Sharrat: «*the combination of lack of competence on gender issues, lower percentage of success, the additional time sometimes required and the time pressure created by large caseloads make their reluctance understandable*» (Sharrat 2011, 58).

A ello se añade que, aunque en teoría fiscales y jueces comparten la tesis de que la categorización de la violación como crimen de genocidio o de lesa humanidad presupone la inexistencia de un consentimiento genuino de la víctima, en la práctica para corroborar este aspecto se sigue atribuyendo gran relevancia a la prueba testifical. Paradójicamente, abogados, jueces y fiscales son conscientes de que los interrogatorios y contrainterrogatorios de las víctimas de violación deben realizarse con la delicadeza necesaria para evitar traumas añadidos pero, a la par, con la suficiente precisión para desvelar detalles que pueden resultar determinantes en la absolución o condena de los acusados. Muestra de la dificultad que presenta la gestión adecuada de intereses y consideraciones tan contradictorias son dos ejemplos relatados en el estudio de campo efectuado por Sharrat: la actuación de un fiscal, que interrogó a una víctima que había sufrido junto a otras nueve mujeres una violación en serie, solicitándole que precisara el orden en el que se produjeron las violaciones y el número que ella ocupó, y la de un abogado que esgrimió ante otra víctima que su defendido “sólo” la había violado una vez y que lo hizo sin infligirle daños o heridas adicionales (Sharrat 2011, 59).

Por todo lo anterior, la Regla 72 prevé un procedimiento especial a puerta cerrada para determinar la pertinencia o admisibilidad de pruebas relativas al consentimiento en los crímenes de violencia sexual. Su objetivo es evitar que las víctimas y los testigos tengan que prestar declaración y ser sometidos a contrainterrogatorios en aquellos casos o circunstancias en los que esté presente la coacción. Sin embargo, las particularidades que se derivan de la necesidad de proteger a las víctimas y los testigos del crimen de violación deben conciliarse con el derecho de los acusados a una defensa adecuada y a un juicio justo, lo que puede lograrse si la CPI, en lugar de entender que el consentimiento existe a menos que se demuestre lo contrario, considera que el derecho a la autonomía

sexual exige probar un «consentimiento afirmativo», que sería el obtenido de forma activa y otorgado libremente⁹⁵ (Kiran 2012, 388).

4.2.2. ESCLAVITUD SEXUAL

A) ELEMENTOS DEFINITORIOS

A pesar de haberse producido repetidamente en la historia, la esclavitud sexual no ha sido objeto de criminalización hasta tiempos relativamente recientes en función de las nuevas formas de esclavitud, trabajos forzados, tratos inhumanos y agresiones sexuales que identifican a los actuales conflictos armados. Resulta exponente de este tipo de situaciones lo sucedido en el caso Kunarac, en el que el TPIY consideró los hechos de los que fueron víctimas, mujeres y niñas retenidas en centros de detención de la municipalidad de Foca, como un crimen contra la humanidad en relación con los crímenes de violación y esclavitud contemplados en los arts. 5 (c) y (g) de su Estatuto ⁹⁶.

La incriminación diferenciada de esta figura se produce por primera vez en el Estatuto de Roma que incluye expresamente a la esclavitud sexual como un crimen autónomo de violencia sexual dentro de la categoría de los crímenes contra la Humanidad (art. 7, g) y de los crímenes de guerra (art. 8, b, xxii y d) vi. El Estatuto del Tribunal especial para Sierra Leona lo considera también dentro de los crímenes contra la Humanidad, como un crimen autónomo de violencia sexual (art. 2, g). En cambio, la Ley reguladora de las Salas Especiales para el procesamiento de los crímenes cometidos en la Kampuchea democrática sólo contempla la esclavitud (art. 5), sin referirse expresamente a la esclavitud sexual. Estas matizaciones son importantes en la medida en que el Tribunal especial para Sierra Leona ya ha tenido ocasión de pronunciarse y condenar la comisión de este crimen⁹⁷, que aparece también contemplado en alguno de los casos pendientes ante la CPI⁹⁸, y pudiera estarlo en los que están conociendo las Salas Especiales para el procesamiento de los crímenes cometidos en la Kampuchea democrática⁹⁹.

⁹⁵. Grewal Kiran, 2012, «The protection of Sexual Autonomy under International Criminal Law», *Journal of International Criminal Justice* 10: 373-396.

⁹⁶. TPIY, SPI, Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac And Zoran Vukovic, Judgment (IT-96-23 & IT-96-23/1-A), de 22 de febrero de 2001, párr. 744.

⁹⁷. TESL, SPI II, Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu, (Caso AFRC), Judgment (SCSL-04-16-T), de 20 de junio de 2007; TESL, SA, Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu (Caso AFRC), Judgment (SCSL-04-16-T), de 22 de febrero de 2008; TESL, SPI I, Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao (Caso RUF), Judgment (SCSL-04-15-), de 2 de marzo de 2009; TESL, SPI II, Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, Judgment (SCSL-03-01-T), de 30 de mayo de 2012.

⁹⁸. Situación en Uganda, CPI, SCP II, Prosecutor v. Joseph Kony, Warrant of Arrest for Joseph Kony (ICC-02/04-01/05-53), de 27 de septiembre de 2005; CPI, SCP II, Prosecutor vs. Vicent Otti, Warrant of Arrest for Vicent Otti (ICC-02/04-01/05-54), de 8 de julio de 2005; CPI, SCP II, Prosecutor vs. Okot Odhiambo, Warrant of Arrest for Okot Odhiambo (ICC-02/04-01/05-56), de 8 de julio de 2005; CPI, SCP II, Prosecutor v. Dominic Ongwen, Warrant of Arrest for Dominic Ongwen (ICC-02/04-01/05-57), de 8 de julio de 2005, en los que se han presentado cargos en relación con la esclavitud sexual como crimen de lesa humanidad (art. 7.1.g). Hasta la fecha, ninguno de los sospechosos ha sido arrestado y presentado ante la Corte, por esta razón, no existe actividad procesal distinta a las órdenes de arresto. Situación en la República Democrática del Congo, CPI, SCP I, Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision

Por lo que se refiere a los elementos definitorios del crimen de esclavitud sexual, de acuerdo con lo establecido en los Elementos de los Crímenes de la CPI, y tal como ha confirmado la jurisprudencia, el *actus rei* de este crimen viene determinado por dos elementos:

En primer lugar, un elemento de esclavitud, consistente en «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».

En segundo lugar, un elemento sexual, identificable con» «Que el autor haya hecho que esa o esas personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual» (Caso RUF)¹⁰⁰.

En relación con el elemento de esclavitud, constituyen sus notas esenciales el ejercicio del derecho de propiedad sobre la víctima y la privación de su autonomía o libertad (Ambos 2012, 160). En este sentido, se ha señalado que la esclavitud sexual puede considerarse una forma particular de esclavitud (Caso Katanga)¹⁰¹, cuya característica principal es la falta de consentimiento o autonomía de la víctima (Caso Taylor)¹⁰². Por su parte, la enumeración de las formas en las que se puede ejercer la propiedad sobre una persona no tiene un carácter exhaustivo, de manera que, como se aclara en los Elementos de los crímenes de la CPI, la privación de libertad podrá, en algunas circunstancias, incluir la exacción de trabajos forzados o la reducción de otra manera a una persona a una condición servil, según se define en la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 1956. Se entiende asimismo que la conducta descrita en este elemento incluye el tráfico de personas, en particular de mujeres y niños (Elementos de los crímenes, nota 18). Además, la expresión «algún tipo similar de privación de libertad» puede referirse también a aquellas situaciones en las que las víctimas no son objeto de confinamiento, pero no podrían escapar por no tener dónde ir y temer por sus vidas (Caso RUF)¹⁰³.

A este respecto, el TPIY ya había indicado algunos factores, puestos de manifiesto por el fiscal, que pueden tomarse en consideración para determinar la comisión de este crimen y que resultan ilustrativos del ejercicio de la propiedad y falta de autonomía, tales como tener el control de los movimientos de la víctima, el control de su entorno físico, el control psicológico, adoptar medidas destinadas a prevenir o detener que la víctima pueda escapar, ejercer fuerza, amenaza de la fuerza o coerción, duración, afirmación de

on the confirmation of charges (ICC-01/04-01/07-717), de 30 de septiembre de 2008, cargos de esclavitud sexual como crimen de lesa humanidad (art. 7.1.g) y crimen de guerra (art. 8.2.b.xxii o 8.2.e.vi).

⁹⁹. ECCC, OICJ (Case 002/19-09-2007), Closing Order, de 15 de septiembre de 2010, en el que los jueces que investigan el caso consideran que se ha cometido el crimen contra la humanidad de «Otros actos inhumanos» en relación con los matrimonios forzados que se impusieron en todo el país y en determinados campos de trabajo.

¹⁰⁰. TESL, SPI I, Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao (Caso RUF), Judgment (SCSL-04-15), 2 de marzo de 2009, párr. 159.

¹⁰¹. CPI, SCP I, Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the confirmation of charges (ICC-01/04-01/07-717), de 30 de septiembre de 2008, párr. 430.

¹⁰². TESL, SPI II, Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, Judgment (SCSL-03-01-T), de 30 de mayo de 2012, párr. 420.

¹⁰³. TESL, SPI I, Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao (Caso RUF), Judgment (SCSL-04-15-), de 2 de marzo de 2009, párr.161.

exclusividad, sujeción a tratamiento cruel o abuso, control de la sexualidad y trabajo forzado (en el mismo sentido, Caso Taylor)¹⁰⁴. También se señaló que la mera capacidad de poder comprar, vender, comerciar o heredar a una persona o su trabajo o sus servicios debería considerarse como un factor relevante (Caso Kunarac)¹⁰⁵.

Por lo que se refiere al elemento sexual, como se ha precisado (Caso Katanga)¹⁰⁶ párr. 431, la capacidad de decidir los asuntos relacionados con la actividad sexual de la víctima constituye un parámetro particular del crimen de esclavitud sexual, teniendo en cuenta que los actos de naturaleza sexual a considerar no se limitan a la violación (Amos 2012, 160).

En tercer lugar, el crimen de esclavitud sexual requiere, además del umbral común a todos los crímenes contra la humanidad, «Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil», la concurrencia del elemento subjetivo del conocimiento por parte del autor de que la conducta era parte de tal ataque o de haber tenido la intención de que lo fuese. Como se concluye de la opinión de la Sala de Cuestiones preliminares en el caso Katanga (mayoría de la Sala, voto disidente de la jueza Anita Ušacka), si bien puede no ser posible probar que el plan común sobre el que se desarrolla el ataque contra la población civil incluya instrucciones específicas a los soldados para esclavizar sexualmente a las mujeres civiles, es suficiente que los acusados sepan que en el curso normal de los acontecimientos, la implementación del plan común inevitablemente daría lugar a la comisión de este crimen¹⁰⁷.

Se señala así:

«En consecuencia, en opinión de la mayoría de la Sala, esta conclusión, en relación con los crímenes de lesa humanidad de violación y esclavitud sexual de mujeres y niñas, es también corroborada por el hecho de que:

- (i) la violación y la esclavitud sexual contra las mujeres y las niñas constituía una práctica común en la región de Ituri de manera prolongada en los conflictos armados;*
- (ii) era una práctica común reconocida ampliamente entre los soldados y los comandantes;*
- (iii) en ataques anteriores y posteriores contra la población civil, las milicias eran dirigidas y utilizadas por los sospechosos para perpetrar ataques que incluían la violación y la esclavitud sexual contra mujeres y niñas que viven en Ituri;*
- (iv) los soldados y los niños soldados fueron entrenados (y crecieron) en los campamentos en los que las mujeres y las niñas fueron violadas constantemente y se mantenían en condiciones para facilitar la esclavitud sexual;*

¹⁰⁴. TESL, SPI II, Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, Judgment (SCSL-03-01-T), 30 de mayo de 2012, párr. 420.

¹⁰⁵. TPIY, SPI, Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic, Judgment (IT-96-23 & IT-96-23/1-A), de 22 de febrero de 2001, párr. 543.

¹⁰⁶. CPI, SCP I, Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the confirmation of charges (ICC-01/04-01/07-717), de 30 de septiembre de 2008, párr. 431.

¹⁰⁷ Ibidem, párr. 551.

- (v) *Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui y sus comandantes visitaron los campamentos bajo su control, con frecuencia recibieron informes de las actividades de los campamentos por los comandantes de cada uno de ellos bajo su mando, y estaban en contacto permanente con los combatientes durante los ataques, incluyendo el ataque a Bogoro,*
- (vi) *la suerte reservada a las mujeres capturadas y a las niñas era muy conocida entre los combatientes, y*
- (vii) *los sospechosos y los combatientes eran conscientes, por ejemplo, de los campamentos y los comandantes que con más frecuencia se dedicaban a esta práctica».*¹⁰⁸

En suma, la esclavitud sexual tiene hoy la consideración de norma de derecho consuetudinario y de un crimen internacional que supone una violación de una norma de *ius cogens* de la misma manera que el crimen de esclavitud y cuya incriminación, como ha señalado el TESL, responde al propósito de centrar la atención sobre crímenes graves que han sido históricamente ignorados, reconociendo la naturaleza particular de un tipo de violencia sexual que ha sido utilizada, normalmente con impunidad como un táctica de guerra para humillar, dominar y provocar miedo en las víctimas, sus familias y comunidades durante un conflicto armado (Casos RUF y AFRC)¹⁰⁹.

B) LA PROBLEMÁTICA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CRIMEN DE ESCLAVITUD SEXUAL: LA DIFERENCIACIÓN DEL «MATRIMONIO FORZADO» COMO UN CRIMEN AUTÓNOMO

Si como acabamos de apuntar, es posible constatar una gran coincidencia jurisprudencial en relación a los elementos constitutivos del crimen de esclavitud sexual, en cambio, no sucede lo mismo, por el momento, en relación con su diferenciación respecto al «matrimonio forzado», que como crimen internacional de violencia sexual no aparece contemplado de manera autónoma en ningún instrumento internacional, incluyendo los estatutos de los órganos penales internacionales a los que hemos hecho referencia.

De hecho, el matrimonio forzado se ha considerado por primera vez como un crimen contra la humanidad «nuevo» y distinto al de la esclavitud sexual en la jurisprudencia del TESL, en relación con la situación de las llamadas «*bush wives*» o «*rebels wives*», es decir, mujeres y niñas que eran secuestradas en sus hogares u otros lugares de refugio y obligadas a servir como «esposas» de los miembros de los grupos rebeldes en el contexto del conflicto de Sierra Leona. Sin embargo, la diferenciación entre ambas categorías de crímenes y la propia existencia de un crimen autónomo de matrimonio forzado no está clara ni consolidada, debido fundamentalmente a que, siendo por el momento el TESL el único órgano jurisdiccional que ha tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto, se constata una profunda discrepancia entre el fiscal y la Sala II de

¹⁰⁸. *Ibidem*, párr. 568.

¹⁰⁹. TESL, SPI I, Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao (Caso RUF), Judgment (SCSL-04-15-), de 2 de marzo de 2009, párr.157 y TESL, SPI II, Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu (Caso AFRC), Judgment (SCSL-04-16-T), de 20 de junio de 2007, párr. 705.

Primera Instancia, y entre ésta, la Sala I de Primera instancia y la Sala de Apelaciones¹¹⁰.

En funciones de tales discrepancias, en el caso AFRC, la Sala II de Primera Instancia consideró en relación a estos «matrimonios forzados» que, según las pruebas aportadas, la relación entre los autores de tales hechos y sus víctimas era de propiedad y llevaba aparejado el ejercicio del control de éstos sobre sus víctimas, incluyendo su sexualidad, movimientos y trabajo. Así, la Sala estima que el uso del término «esposa» resulta indicativo de la intención de ejercer la propiedad sobre la víctima y no de un intento de asumir un estatus marital o cuasi marital con ésta en el sentido de establecer las obligaciones mutuas inherentes a la condición conyugal. De hecho, el Tribunal pone de manifiesto que si bien la relación de los rebeldes y sus esposas era generalmente de propiedad exclusiva, la víctima podía ser traspasada o dada a otro rebelde a discreción del autor. Por estas razones, el Tribunal considera que se tratan de unos hechos que quedan completamente subsumidos en el crimen de esclavitud sexual y que no hay ninguna laguna en Derecho que requiera la configuración de un crimen separado de matrimonio forzado dentro de la categoría del crimen contra la humanidad de «otros actos inhumanos»¹¹¹.

En continuidad con esta línea de razonamiento, en el caso Taylor, esta misma Sala ha valorado que el término «matrimonio forzado» es inapropiado para referirse a la asociación conyugal forzada, impuesta a mujeres y niñas en circunstancias de conflicto armado y que incluye la esclavitud sexual como el trabajo forzado, resultando mucho más apropiado, en su opinión, referirse a una forma conyugal de esclavitud (*conjugal form of enslavement*). Al respecto, el Tribunal aclara que si bien todas las formas de matrimonio forzado violan los derechos humanos según el derecho internacional, los abusos sufridos por niñas y mujeres en un contexto como el descrito, son criminales en sí mismos y de suficiente gravedad para constituir un crimen contra la humanidad. Pero, según la Sala, si bien este crimen comprende más elementos que la esclavitud sexual, satisface todos los elementos constitutivos de ésta, sin que pueda considerarse que constituye un nuevo crimen internacional con elementos adicionales ¹¹².

En cambio, en el caso AFRC, la Sala de Apelaciones, tomando como elemento de referencia el particular y grave sufrimiento físico y psíquico de las víctimas de tales hechos (tal como fue descrito por la experta del fiscal, la Sra., Zainab Bangura) y que los autores tenían la intención de imponer una asociación conyugal más que de ejercer la mera propiedad sobre mujeres y niñas civiles, va a considerar que ningún tribunal podría razonablemente haber considerado que el matrimonio forzado quedaba subsumido

¹¹⁰. En el caso *Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu*, (Caso AFRC), el fiscal incluyó el matrimonio forzado dentro de «otros actos inhumanos» del art. 2 (i) del Estatuto como un cargo independiente de la «Esclavitud sexual y otras formas de violencia sexual del art. 2(g), dando lugar a que éste fuese desestimado por la Sala II de Primera Instancia y estimado por la Sala de Apelaciones. En el caso, *Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao* (Caso RUF), el cargo de matrimonio forzado dentro de «otros actos inhumanos» fue estimado por la Sala I de Primera Instancia y confirmado por la Sala de apelaciones. En cambio, en el caso *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, la Sala II de Primera Instancia no lo admite porque el Fiscal no lo incluyó dentro de los cargos presentados.

¹¹¹. TESL, SPI II, *Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu* (Caso AFRC), Judgment (SCSL-04-16-T), de 20 de junio de 2007, párrs. 711-713.

¹¹². TESL, SPI II, *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Judgment (SCSL-03-01-T), 30 de mayo de 2012, párrs. 425-430.

dentro del crimen de esclavitud sexual. Así, la Sala de Apelaciones constata que, aunque ambos crímenes comparten ciertos elementos comunes como el sexo sin consentimiento y la privación de la libertad, existen factores distintivos. Primero, el matrimonio forzado consiste en que el autor obligue a una persona, a través de fuerza o amenaza de la fuerza, de la palabra o la conducta del autor o de aquellos con él asociados, a una asociación conyugal que produzca un gran sufrimiento, o serios daños físicos o mentales a la víctima. En segundo lugar, a diferencia de la esclavitud sexual, el matrimonio forzado lleva implícito una relación de exclusividad entre «marido» y «mujer», cuya ruptura puede dar lugar a consecuencias disciplinarias. En función de estas diferencias, la Sala considera que el matrimonio forzado no es un crimen predominantemente sexual y por lo tanto, es distinto de la esclavitud sexual¹¹³.

En este mismo sentido, en el caso RUF, la Sala de Primera Instancia I, estima el cargo de matrimonio forzado dentro de la categoría del crimen contra la humanidad de «*otros actos inhumanos*», estableciendo como elemento distintivo de este crimen el tratarse de «*una asociación conyugal forzada basada en la exclusividad entre el autor y la víctima*». La Sala considera asimismo que la conducta sancionada con este cargo es distinta de los cargos de esclavitud sexual que también se estiman, aclarando que el matrimonio forzado no queda subsumido en la esclavitud sexual¹¹⁴. Además, al estimar el cargo de actos de terrorismo como un crimen de guerra (art. 3, d) del Estatuto, la Sala señala cómo ambos crímenes, esclavitud sexual y matrimonio forzado, eran utilizados como parte de la campaña para aterrorizar a la población civil de Sierra Leona.

En concreto, señala que:

*«La Sala ha constatado que incontables mujeres de todas las edades eran capturadas rutinariamente y separadas a la fuerza de sus familias, hogares y comunidades y forzadas a prolongadas y exclusivas relaciones conyugales como mujeres de los rebeldes. La práctica de "matrimonios forzados" y esclavitud sexual estigmatizaba a las mujeres que vivían con vergüenza y miedo de regresar a sus comunidades después del conflicto. La Sala considera que el modelo de esclavitud sexual empleado por el RUF era un sistema deliberado destinado a extender el terror por medio del secuestro masivo de mujeres, separadas por la fuerza de sus legítimos esposos y familias, independientemente de su edad o previo estado marital»*¹¹⁵.

Por tanto, la Sala considera que la violación, esclavitud sexual, «matrimonios forzados» y otros atentados contra la dignidad personal, al cometerse contra una población civil con la intención específica de aterrorizarla, conllevan un acto de terror y que las pruebas presentadas establecen que los miembros de AFRC/RUF cometían de forma regular tales actos de violencia sexual como parte de una campaña para aterrorizar a la población civil de Sierra Leona.

¹¹³. TESL, SA, Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu, (Caso AFRC), Judgment, (SCSL-04-16-T), de 22 de febrero de 2008, párrs. 192-195.

¹¹⁴. TESL, SPI I, Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao (Caso RUF), Judgment (SCSL-04-15-T), de 2 de marzo de 2009, párr. 2307, confirmada por TESL, SA, Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao (Caso RUF), Judgment (SCSL-04-15-T), de 26 de octubre de 2009.

¹¹⁵. *Ibidem*, párrs. 1351-1352. Traducción propia.

En cualquier caso, las discrepancias en el plano jurisprudencial han dado lugar al correspondiente debate en la doctrina, en el que se constatan argumentos a favor¹¹⁶ y en contra¹¹⁷ de la consideración del matrimonio forzado como un crimen internacional distinto de la esclavitud sexual.

Por lo que respecta a las posiciones favorables al establecimiento de este nuevo crimen internacional –en la misma línea de razonamiento de la Sala I de Primera Instancia y la Sala de apelaciones del TESL–, se destaca el sufrimiento físico, mental y psicológico que lleva añadido para las víctimas de este crimen la existencia de una asociación conyugal forzada y la relación de exclusividad a ésta aparejada (Clark 2012, 12).

Se añade que se trata de un crimen plural en el que se incluyen comportamientos de carácter sexual y no sexual, y que resulta más amplio que la esclavitud sexual. En concreto, se precisa que el matrimonio forzado conlleva elementos específicos de sufrimiento psicológico y moral para las víctimas, y no sólo de explotación sexual o abuso, que justifican que se contemple como un crimen independiente con una definición que describa la totalidad y complejidad de esta conducta criminal. Resulta relevante destacar, tal como se apunta, que el matrimonio forzado está prohibido por numerosos instrumentos Internacionales de Derechos Humanos e incluso por varias legislaciones nacionales, y que el matrimonio forzado cometido en el contexto de un conflicto armado y en escala masiva ha sido tomado en consideración y repetidamente condenado por varios órganos encargados de la protección de derechos humanos (Frulli 2008, 1037-1039)¹¹⁸.

Se señala también que existen diferentes elementos mentales y psicológicos en el efecto que la imposición de la condición de «esposa» tiene en la mujer, en el sentido de que puede disminuir su capacidad de dejar al «marido»; de la presión social que lleva aparejada el cuidado de los hijos que puedan surgir de esa «unión»; y de que como consecuencia de tal situación pueda que no sea capaz de reintegrarse en su familia o en su comunidad por el estigma que supone haber estado «casada» con un rebelde y haber ayudado en las actividades de los rebeldes (Palmer 2009, 8).

Finalmente, se ha destacado que en el contexto del conflicto de Sierra Leona, la comisión de ambos crímenes se entrecruzaba, pues ocurrían en el mismo período temporal pero en relación con diferentes mujeres y niñas, y ambos eran parte de un determinado

¹¹⁶. Entre otros, Clark, James M, 2012. «Forced Marriage: the Evolution of a New International Criminal Norm», *Aberdeen Student Law Review*, 3:1-24; Frulli, Micaela, 2008, «Advancing International Criminal Law The Special Court for Sierra Leone Recognizes Forced Marriage as a New Crime against Humanity», *Journal of International Criminal Justice* 6: 1033-1042; Jain, Neha, 2008. «Forced Marriage as a Crime against Humanity: Problems of Definition and Prosecution», *Journal of International Criminal Justice*, 6(5): 1013-1032; Palmer, Amy, 2009, «An Evolutionary Analysis of Gender-Based War Crimes and the Continued Tolerance of Forced Marriage», *Northwestern Journal of International Human Rights*, 7:1-26; Oosterveld, Valerie 2011, «The Gender Jurisprudence of the Special Court for Sierra Leone: Progress in the Revolutionary United Front Judgments», *Cornell International Law Journal* 44:49-74.

¹¹⁷. Entre otros, Bunting, Annie, 2012. «Forced Marriage' in Conflict Situations: Researching and Prosecuting Old Harms and New Crimes», *Canadian Journal of Human Rights* 1(1): 165-185; Gong-Gershowitz, Jennifer, 2009, «Forced Marriage: A "New" Crime Against Humanity?», *Northwestern Journal of International Human Rights*, 8:1-24.

¹¹⁸. Téngase en cuenta que el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, aprobado por el gobierno el 11 de octubre de 2012 introduce en el

patrón de conducta con el que se pretendía aterrorizar a la población civil de Sierra Leona (Oosterveld 2011, 73-74).

Por su parte, en contra del reconocimiento del matrimonio forzado como un nuevo crimen contra la humanidad se ha considerado, primero, que en un marco de conflicto armado, las jurisdicciones penales internacionales no deben validar conceptos discriminatorios de matrimonio que contribuyan a la violencia, sino calificarlo como lo que son: esclavitud sexual o esclavitud. En segundo lugar, se señala que no parece conveniente crear categorías borrosas de crímenes contra la humanidad de violencia sexual que, como es el caso del matrimonio forzado, puede a su vez, confundir la diferencia que existe entre la situación de las «*bush wives*» en Sierra Leona y el caso de los llamados matrimonios concertados en tiempos de paz¹¹⁹. En suma, se concluye que las situaciones que el TESL ha considerado como matrimonio forzado se definen mejor como una «esclavitud sexual plus», respecto a la cual la imposición de una «asociación conyugal» podría considerarse como una circunstancia agravante que llevase aparejado una pena adicional en el momento de dictar la sentencia condenatoria (Gong-Gershowitz 2009, 76). Incluso, para algunas opiniones, las situaciones de hecho que comprende el llamado matrimonio forzado, serían nuevas formas del crimen de esclavitud (Bunting 2012, 181).

En relación con toda la polémica suscitada sobre el crimen internacional de matrimonio forzado, resulta claro, tal como ha sido puesto de manifiesto –incluso por las opiniones que son favorables a su consideración como un nuevo crimen contra la humanidad– que es preciso una clarificación y mayor precisión acerca de cuáles son sus elementos definitorios (Clark 2012, 16). Sería muy oportuno que dicha labor pudiera ser llevada a cabo por la Corte Penal Internacional por dos razones. La primera es que la mencionada clarificación conceptual debería acompañarse de un enfoque jurisprudencial unificado que permita superar las discrepancias actualmente existentes entre las Salas del TESL. La segunda se debe a que de esta manera se evitaría que el crimen de matrimonio forzado se vea únicamente como una figura propia del TESL, ya que la situación de las que fueron víctimas las mujeres y niñas en el conflicto de Sierra Leona se ha producido también en varias de las situaciones que está conociendo la Corte, como las ya apuntadas de Uganda y la República Democrática del Congo, a las que se añaden la de Dafur y la República Centro Africana (Frulli 2009, 1041).

Sin embargo, por el momento, la CPI no ha considerado la violencia sexual sufrida por las niñas obligadas a unirse a las milicias en el caso Lubanga (y por tanto obligadas a convertirse en «*bush wives*») dentro del crimen relativo al uso de menores de 15 años para participar activamente en las hostilidades, lo que podría haber servido para pronunciarse sobre el crimen de matrimonio forzado¹²⁰. Resulta asimismo llamativo que el

derecho español el delito de matrimonio forzado que se tipifica como un delito agravado de coacciones (www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Referencias/_2012/refc20121011.htm#CodigoPenal).

¹¹⁹. En relación con esta cuestión, resultan de gran interés la opinión disidente de la jueza Teresa Doherty y la opinión separada de la jueza Julia Sebuntinde a la sentencia de la Sala II de Primera Instancia, de 20 de junio de 2007 en el caso AFRC.

¹²⁰. CPI, SPI I, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute (ICC-01/04-01/06-2842), de 14 de marzo de 2012, párr. 36. A pesar de que la presentación por la Representante especial de Naciones Unidas para la infancia y los conflictos armados, Radica Coomaraswamy, de un escrito como *amicus curae*. Téngase en cuenta la opinión separada y disidente de la juez Elisabeth Odio Benito

crimen de matrimonio forzado no fuese objeto de atención en la Conferencia de reforma del Estatuto de Roma.

En nuestra opinión, el crimen de matrimonio forzado se configura efectivamente como un nuevo crimen internacional que, siguiendo a la Sala de Apelaciones del TESL en el caso AFRC, estaría determinado por el hecho de obligar a una persona, a través de fuerza o amenaza de la fuerza, de la palabra o la conducta del autor o de aquellos con él asociado, a una asociación conyugal en régimen de exclusividad que produzca un gran sufrimiento, o serios daños físicos o mentales a la víctima.

Por tanto, los elementos definitorios de este crimen, incorporando los que resultan del análisis doctrina (Jain 2012, 1031) serían:

En primer lugar, la imposición de una asociación conyugal a través de palabras o hechos de una o más personas, a través de la fuerza o la coerción, el miedo, la violencia, la detención, la presión psicológica, el abuso de poder, o aprovechándose de un entorno coactivo o de la incapacidad de la víctima para dar un consentimiento genuino.

En segundo lugar, la obligación de la víctima de comportarse y llevar a cabo en régimen de exclusividad el conjunto de tareas de todo tipo asociadas a las «obligaciones» conyugales, incluyendo de forma principal la realización de actos de naturaleza sexual.

En tercer lugar, que tal situación produzca un gran sufrimiento o serios daños físicos o mentales a la víctima.

Por último, que tales hechos formen parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil.

Resulta así que el crimen internacional de matrimonio forzado se diferencia claramente de la figura de los matrimonios acordados en tiempos de paz y del crimen internacional de esclavitud sexual, con los que, sin embargo, comparte, como veremos a continuación, algunos elementos. En relación con el matrimonio acordado, ambos conllevan la imposición del vínculo conyugal y la falta de consentimiento de la víctima, así como sufrimiento o serios daños físicos o mentales de la víctima. De hecho, como se apunta, resulta indicativo el dato de que el crimen internacional de matrimonio forzado se haya cometido en contextos socioculturales, como Sierra Leona o Camboya, en los que era prevalente la costumbre de llevar a cabo matrimonios acordados entre las familias de los contrayentes (Jain 2008, 102). Ahora bien, lo que convierte al matrimonio forzado en un crimen internacional contra la humanidad es el doble umbral de gravedad del grado de sufrimiento de las víctimas (para que entre dentro de la categoría de «Otros

a la Sentencia de la Sala I de Primera Instancia, 14 de marzo de 2012, párrs. 20-21, en los que se refiere a las niñas soldado usadas como esclavas sexuales o «esposas» de los comandantes y otros miembros de los grupos armados y las consecuencias específicas de género que pueden derivarse de los embarazos no deseados de las niñas soldado que con frecuencia dan lugar a la muerte de la madre o el niño, a enfermedades, SIDA, traumas psicológicos y aislamiento social. A este respecto, considera que, si bien los crímenes de violencia sexual son crímenes distintos y separados que podrían haber sido evaluados separadamente por la Sala, si el fiscal hubiera presentado cargos contra estas conductas criminales, la violencia sexual contra las niñas soldado debería haberse incluido dentro del crimen de guerra de «reclutar o alistar a niños menores de quince años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades».

actos inhumanos») y de formar parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil.

Por lo que respecta a la esclavitud sexual, la pérdida de la autonomía sexual de la persona y la obligación de llevar actos de naturaleza sexual son también elementos propios del crimen internacional de matrimonio forzado, por lo que creemos que esta figura debería considerarse como un crimen de violencia sexual, incluso aunque esa violencia no sea consecuencia de la voluntad o la presión de uno de los miembros de la asociación conyugal sobre otro, sino que derive de la acción de terceras personas que obliguen a ambos a establecer tal unión. Sin embargo, son la totalidad y los efectos cumulativos del conjunto de obligaciones de naturaleza «conyugal» que se imponen a las víctimas lo que convierte, en nuestra opinión, el crimen de matrimonio forzado en un crimen distinto al de esclavitud sexual. Desde esta perspectiva, como se ha señalado, estaríamos ante un crimen de género neutro que resultaría también aplicable en situaciones como las de Camboya en que hombres y mujeres eran forzados a contraer «matrimonio» con todas las consecuencias que de tal situación se derivaba entre las que se encontraba, de manera principal, la imposición de relaciones sexuales destinadas a la procreación¹²¹.

En suma, nos encontramos ante un nuevo crimen internacional, cuyos contornos y elementos específicos están aún por confirmar por la jurisprudencia internacional. No obstante, esta situación de indefinición no debe servir para dejar sin sanción este tipo de comportamientos que, en todo caso, pueden subsumirse en el crimen de esclavitud sexual, como crimen de naturaleza sexual.

4.2.3. PROSTITUCIÓN FORZADA

A) LA INCRIMINACIÓN DE LA PROSTITUCIÓN FORZADA COMO CRIMEN DE GUERRA Y CONTRA LA HUMANIDAD

La figura de la prostitución forzada ya se contemplaba en el Informe de la Comisión de la Conferencia de Paz de 1919 en el que, junto a la violación, se hacía referencia al «secuestro de mujeres y niñas para destinarlas a la prostitución forzada»¹²². Sin embargo, como señalamos, a pesar de que durante la Segunda Guerra mundial, se llevó a cabo el confinamiento de mujeres para forzarlas a ejercer la prostitución, como fue el caso de las llamadas «mujeres de solaz» por parte de Japón, los Tribunales de Nuremberg y

¹²¹. Como se señala, la mayoría de los casos de matrimonio forzado se hacían bajo amenaza de muerte, se usaba la violencia y se ejecutaba a los que se negaban (ECCC, OICJ, [Case 002/19-09-2007], Closing Order, de 15 de septiembre de 2010, párr.1447).

¹²². Sobre estos primeros antecedentes, vid. Lupig, Diane, 2009. «Investigation and Prosecution of Sexual and Gender-Based Crimes before the International Criminal Court», *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law* 17 (2): 431-496.

Tokio no enjuiciaron estos hechos, que sólo fueron sancionados de manera muy excepcional por Tribunales nacionales¹²³.

Como reacción a esta situación, el IV Convenio de Ginebra relativo a la protección de las personas civiles en tiempos de guerra establece específicamente en su art. 27 que «Las mujeres serán especialmente amparadas... contra el forzamiento a la prostitución», aunque la prostitución forzada no figure dentro de la lista de «infracciones graves» del art. 147 de dicho Convenio. El Protocolo Adicional I la prohíbe en todo tiempo y lugar en el art. 75, 2, b) y en el art. 76. p.1 reitera, en términos similares al art. 27 del IV Convenio que «Las mujeres serán objeto de un respeto especial y protegidas contra la violación, la prostitución forzada y cualquiera otra forma de atentado al pudor», pero tampoco la incluye como una infracción grave. También el Protocolo II la prohíbe expresamente en su art. 4, p. 2, e) dentro de los atentados contra la dignidad personal.

Por tanto, la prostitución forzada ha estado contemplada y claramente prohibida en el Derecho internacional humanitario, si bien su consideración como crimen de guerra haya podido verse dificultada inicialmente por no figurar dentro de la lista de infracciones graves de los Convenios de Ginebra ni tampoco estar mencionada expresamente dentro del art. 3 común. De hecho, la prostitución forzada no se recoge específicamente en el Estatuto del Tribunal para la antigua Yugoslavia, aunque pueda considerarse incluida en las violaciones de las leyes o usos de la guerra (art. 3). En cambio, el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda la recoge expresamente en su art. 4, e) dentro de las violaciones del art. 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II de los Convenios, confirmando así su naturaleza de crimen de guerra.

En consecuencia, en relación a la prostitución forzada cometida en el marco de un conflicto armado internacional o interno, el Estatuto de Roma en el art. 8, 2, b), xxii y e) vi) se limita a recoger y clarificar el acervo ya existente en el Derecho internacional humanitario en el que ésta ya había adquirido la consideración de crimen de guerra.

No sucede lo mismo en relación a la prostitución forzada como crimen contra la humanidad, ya que el Estatuto de Roma es el primer Instrumento Internacional que la incrimina como tal en el art. 7, 1, g. Esta falta de consideración de la prostitución forzada en el proceso previo de conformación de la categoría de los crímenes contra la Humanidad puede deberse, entre otras razones, a los problemas que con carácter general ha suscitado la prohibición de la prostitución por instrumentos internacionales y a la inclusión de esta figura dentro del delito de tráfico de personas, quedando por tanto su represión internacional subsumida en las medidas adoptadas en relación con éste¹²⁴.

En relación con la práctica internacional existente sobre el crimen de prostitución forzada, cabe señalar que el Tribunal especial para Sierra Leona también recoge la prosti-

¹²³. Vid. la sentencia de 25 de octubre de 1946 del *Netherlands Temporary Court-Martial* en Batavia, caso N.º 76, Washio Awochi en el que se impuso al acusado una condena de 10 años por el crimen de guerra de prostitución forzada por haber reclutado a mujeres y niñas de nacionalidad holandesa en el territorio de las Indias orientales neerlandesas para ejercer por la fuerza la prostitución en violación de los usos y costumbres de la guerra.

¹²⁴. En relación con estas cuestiones, vid., Demleitner, Nora, 1994, «Forced prostitution: Naming an International Offense». *Fordham International Law Journal* 18(1): 163-197 y Ann Jordan, 2010. «El Protocolo

tución forzada como un crimen contra la Humanidad (art. 2, g) y de guerra (art. 3, e). En cambio, no ha sido contemplada dentro de los crímenes de la competencia de las Salas Especiales para el procesamiento de los crímenes cometidos en el período de la Kampuchea Democrática. Por el momento, no hay jurisprudencia internacional sobre este crimen al que se limitan a mencionar en relación con la categoría más amplia de crímenes de violencia sexual algunas sentencias del TPIY y el TPIR (Casos Kvočka y Semanza)¹²⁵.

B) ELEMENTOS DEFINITORIOS

De acuerdo con lo establecido en los Elementos de los crímenes, el crimen de prostitución forzada se define en función de dos elementos específicos que se añaden a los elementos contextuales propios de los crímenes de guerra o contra la Humanidad:

En primer lugar, un elemento sexual, consistente en «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 temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas o contra otra o aprovechando un entorno coercitivo o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento».

En segundo lugar, un elemento «lucrativo», que se identifica con el hecho de que «Que el autor u otra persona hayan obtenido o esperado obtener ventajas pecuniarias o de otro tipo a cambio de los actos de naturaleza sexual o en relación con ellos».

La concurrencia de estos dos elementos es la que permite diferenciar a la prostitución forzada de las dos figuras que le resultan más afines, por un lado la violación y por otro la esclavitud sexual. En relación con la violación, la diferenciación es clara en la medida en que el elemento sexual que requieren ambos crímenes es de distinto alcance ya que en el caso de la violación tiene que ser «la invasión del cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o genital de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo», en tanto que la prostitución forzada se refiere a la realización de «uno o más actos de naturaleza sexual», cuyo contenido no es objeto de precisión. Además, la prostitución forzada precisa un elemento lucrativo específico que no requiere la violación.

En cambio, la diferenciación respecto de la esclavitud sexual resulta más difícil puesto que hay identidad en el contenido del elemento sexual que, en ambos casos, es la realización de uno o más actos de naturaleza sexual en una situación de la que se concluye la falta de consentimiento de la víctima, aunque en el caso de la prostitución forzada, los

de la ONU sobre la trata de personas: un enfoque imperfecto». American University, Washington College of Law, Documento de discusión n.º 1 noviembre 2010.

¹²⁵. TPIY, SPI, Prosecutor v. Kvočka *et al.*, Judgment (IT-98-30/1), de 2 de noviembre de 2011 y TPIR, SPI, Prosecutor v. Semanza, Judgment (ICTR-97-20), de 15 de mayo de 2003.

Elementos de los crímenes se refieren específicamente a las circunstancias de las que se infiere esa falta de consentimiento, en tanto que en el caso de la esclavitud sexual se presumen del contexto en el que tales crímenes se cometen en función de que el autor «haya hecho», es decir, haya obligado a la víctima.

En nuestra opinión, las mayores dificultades para diferenciar ambos crímenes va a venir determinada por distinguir entre «ejercer uno de los atributos del derecho de propiedad» y «obtener una ventaja a cambio de los actos de naturaleza sexual», ya que si el autor «compra, vende, presta o da en trueque, o impone algún tipo similar de privación de la libertad» y ha hecho que esa persona o esas personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual que serían los elementos propios de la esclavitud sexual, estaría obteniendo la ventaja pecuniaria o de otro tipo a cambio de los actos de naturaleza sexual a la que se refiere la prostitución forzada. De hecho, el propio Estatuto y los Elementos de los crímenes inducen a una cierta confusión entre ambas figuras al incluir el tráfico de personas, en particular de mujeres y niños dentro de la esclavitud (art. 7, 2, c) y al establecer que la conducta descrita como esclavitud sexual incluye el tráfico de personas, en particular de mujeres y niños (Elementos de los crímenes, art. 7, 1, (g, nota 17). Por estas razones, tal como ha sido apuntado, el crimen de prostitución forzada podría ser considerado como una figura residual en la que entrarían aquellas situaciones que no reúnan los elementos del crimen de esclavitud sexual (Ambos 2012, 163).

4.2.4. EMBARAZO FORZADO

A) LA REPERCUSIÓN DE LOS CONFLICTOS DE LA ANTIGUA YUGOSLAVIA Y RUANDA EN LA INCRIMINACIÓN DEL EMBARAZO FORZADO

El crimen internacional de embarazo forzado se configura a partir de los conflictos de la AntiguaYugoslavia y Ruanda, donde como consecuencia de la comisión de violaciones en masa por motivos étnicos, se estima que se produjeron aproximadamente 400-600 nacimientos en Bosnia y 2.000-5.000 en Ruanda. En la medida en que esta figura no estaba recogida en los Estatutos del TPIY y TPIR, ninguno de estos Tribunales llegó a incriminar directamente estas conductas, tan sólo en el caso Ayakesu, el TPIR al referirse a las medidas destinadas a prevenir los nacimientos de un grupo étnico en relación con el crimen de genocidio, hace referencia al embarazo forzado si el violador deja embarazada a una mujer del grupo étnico contemplado con el intento de forzarla a dar a luz a un niño que pertenezca al otro grupo étnico de acuerdo con lo establecido en una sociedad patriarcal en la que la pertenencia al grupo se establece en función de la identidad paterna¹²⁶.

De hecho, en el asunto relativo a la aplicación del Convenio sobre el crimen de genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro), Bosnia alegó ante el TIJ la existen-

cia durante dicho conflicto de una política sistemática de Serbia destinada a dejar embarazadas a mujeres musulmanas con el esperma de hombres serbios y retenerlas hasta que diesen a luz a niños serbios¹²⁷. Si bien el TIJ no estimó probada la existencia de dicha política por parte de los líderes serbios, en su sentencia se hace referencia al asunto Karadzic, en el que el TPIY constató que varios campos de detención estaban especialmente dedicados a las violaciones con el objetivo de provocar embarazos de los que naciesen niños serbios¹²⁸.

Todos estos hechos motivaron que la cuestión del crimen del embarazo forzado fuese un punto importante de las negociaciones del Estatuto de Roma, en las que el Caucus de Mujeres por una Justicia de género influyó de manera decisiva para que este crimen fuese finalmente incluido en el Estatuto, venciendo las reticencias del Vaticano y otros Estados contrarios que se oponían por la cuestión del aborto¹²⁹. No obstante, como veremos a continuación, tales tensiones quedan reflejadas en la manera y en las limitaciones con las que dicho crimen se define.

En todo caso, el embarazo forzado se incrimina por vez primera en el Estatuto de Roma como un crimen contra la humanidad (art. 7, 1, g) y un crimen de guerra (art. 8, a, b), xxii y c, vi). Para algunos autores, a la luz de lo que sucedió en la antiguaYugoslavia y Ruanda debería también considerarse en el marco del crimen de genocidio, y, por tanto, hay que entender incluido en el art. 6, d del Estatuto de Roma en relación con «medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo»¹³⁰.

El Estatuto del Tribunal especial para Sierra Leona sólo lo incluye como crimen contra la Humanidad (art. 2 g) y la Ley reguladora de las Salas especiales para el procesamiento de las Salas Especiales para el procesamiento de los crímenes cometidos en la Kampuchea democrática no lo contempla. Por el momento, no se han presentado aún

ante la CPI casos en los que se establezcan cargos en relación al crimen de embarazo forzado, ni, tal como avanza la doctrina, parece muy probable que llegue a hacerse a la vista de la manera con la que el Estatuto de Roma define actualmente este crimen (Drake 2011-2012, 597 Markovic 2006, 22).

¹²⁶. TPIR, SPI, Prosecutor v. Akayesu, Judgment (ICTR-96-40-T), 2 de septiembre de 1998, párr. 507.

¹²⁷. CIJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, Judgment, de 26 de febrero de 2007, párr. 367.

¹²⁸. Vid. TPIY, SPI, Prosecutor v. Radovan Karadzic, Ratko Mladic, Review of the indictments pursuant to Rule 61 of the rules of procedure and evidence (IT-95-5-R61, IT-95-18-RG1), de 11 de julio, párr. 64. Téngase en cuenta que los juicios contra Radovan Karadzic y Ratko Mladic, numerados en casos IT-95-5/18-I y IT-09-92, respectivamente, están aún celebrándose y que las respectivas sentencias podrían aportar datos relevantes al debate acerca de si el embarazo forzado debe considerarse como una medida destinada a evitar los nacimientos del grupo en relación con el crimen de genocidio.

¹²⁹. Para un desarrollo más completo de las distintas posiciones y las negociaciones en relación al crimen de embarazo forzado durante la Conferencia de Roma, vid., Drake, Alyson M. 2011-2012. «Aimed at Protecting Ethnic Groups or Women - A Look at Forced Pregnancy under the Rome Statute». *William & Mary Journal of Women and the Law*, 18: 606-608.

¹³⁰. Entre otros, Allen, Beverly, Rape Warfare: *The Hidden genocide in Bosnia-Herzegovina and Croatia* (Minneapolis: University of Minnesota, 2006); Fisher, Siobhan, 1996. «Occupation of the Womb: Forced Impregnation as Genocide». *Duke Law Journal* 46: 91-133; MacKinnon, Catharine, 1994. «Rape, Genocide and Women's Human Rights». *Harvard Women's Law Journal* 17: 5-47.

B) ELEMENTOS DEFINITORIOS Y DIFICULTADES DE INTERPRETACIÓN

El Estatuto de Roma define el embarazo forzado en los arts. 7, 1, g) art. 8, a, b), xxii y c, vi, en función de dos elementos propios:

En primer lugar, un elemento objetivo, relativo al «confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza».

En segundo lugar, un elemento subjetivo, concerniente a la intención de ese comportamiento de «modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional».

Además, se establece que «En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas internas relativas al embarazo».

Los Elementos de los crímenes no aclaran nada en relación con estos dos elementos propios del crimen de embarazo forzado, salvo recordar que:

- El elemento contextual de «que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra la población civil» en el caso de que se trate de un crimen contra la humanidad ok, si es un crimen de guerra, que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional o que no sea de índole internacional y que haya estado relacionado con él.
- La *mens rea* común a todos los crímenes contra la humanidad de que «el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo» y en el caso de los crímenes de guerra «que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado».

Sin embargo, la interpretación del conjunto de los elementos definitorios del crimen de embarazo forzado suscita toda una serie de cuestiones que, examinadas en su conjunto, ponen de manifiesto, como ya avanzamos, que, en principio, parece difícil que pueden presentarse cargos por este crimen ante la CPI o cualquier otra jurisdicción penal internacional conforme a la redacción actual de este crimen por el Estatuto de Roma.

Así, por lo que se refiere al elemento objetivo de que se «haya confinado a una o más mujeres que hayan quedado embarazadas por la fuerza», resulta que la conducta sancionable es el acto del confinamiento, cuyo autor puede o no ser el mismo que haya provocado el embarazo forzado (Boon 2001, 660). Por tanto, en caso de cargos por embarazo forzado, parece lógico que también habrá que presentar cargos por el delito que haya provocado tal embarazo, presumiblemente la violación (aunque también la esclavitud sexual, la prostitución forzada e incluso el matrimonio forzado), con la dificultad probatoria de que los autores de tales hechos presumiblemente no van a ser los mismos (Markovic 2006, 6). Hay que tener en cuenta que el embarazo por la fuerza puede incluso haberse producido sin violencia, como sería el caso de una inseminación artificial. El carácter de forzado viene dado, en nuestra opinión, por la falta de consentimiento de la mujer tanto en relación al acto que da lugar al embarazo en sí como a la retención de

la que es objeto una vez que se ha producido dicha situación. Como en otros crímenes de violencia sexual del Estatuto, la falta de consentimiento se concluye de la coactividad en las que se desarrollen tales acontecimientos, como es el caso de una situación de conflicto armado.

Sin embargo, como se ha apuntado, las mayores dificultades para la aplicación jurisprudencial de esta figura son las que pueden derivarse de la necesidad de que este crimen se cometa con la intención de «modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional». De hecho, el embarazo forzado es el único crimen de violencia sexual que recoge el Estatuto de Roma que requiere un dolo especial, cuya concurrencia puede ser particularmente difícil de probar en lo que se refiere a la intención del autor de modificar la composición étnica de una población (Drake 2011-2012, 618). Es más, a la vista de este elemento, parece que este crimen sólo podría producirse en aquellos contextos culturales en los que la condición étnica del individuo se deriva únicamente de la etnia del padre. En otras circunstancias (como por ejemplo aquellas en las que lo que se pretendiese fuese la pérdida/alteración de las condiciones étnicas propias de un pueblo indígena), parece que lo más apropiado sería su enjuiciamiento como genocidio. Más fácil parece la referencia a la intención de cometer otras violaciones graves del derecho internacional, puesto que, tal como avanzamos, puede servir para establecer la conexión de este crimen con otros crímenes internacionales de naturaleza sexual (como la esclavitud sexual o en su caso el matrimonio forzado, i.e el caso de las «*bush wives*» o los campos de trabajo en Camboya o la prostitución forzada, i.e vinculada al tráfico de niños) u otros crímenes internacionales (la desaparición forzada en relación con la previa comisión de un crimen de naturaleza sexual).

Finalmente, hay que referirse a los problemas que se derivan de la mención específica de que «en modo alguno la definición del Estatuto de Roma de embarazo forzado afecta a las normas internas relativas al embarazo». Se infiere así que no es posible deducir sobre la base del Estatuto de Roma la existencia de un derecho al aborto en caso de que un embarazo se haya producido por la fuerza en el marco de la comisión de un crimen internacional (por ejemplo, violaciones masivas de mujeres en un contexto de conflicto armado a las que se niega la posibilidad de abortar). No obstante, en nuestra opinión, la cuestión más delicada se suscita en relación con aquellos supuestos en los que, de conformidad con la legislación nacional, se pueda mantener confinadas contra su voluntad a mujeres que hayan quedado embarazadas por la fuerza con el objeto de que no aborten, ya que en este caso sería muy difícil a la vista de la excepción contemplada por el Estatuto, considerar tales hechos como un crimen internacional de embarazo forzado (Markovic 2006, 11).

Si el objetivo de los crímenes de naturaleza sexual es evitar la violencia sexual y respetar la dignidad y la autonomía de la persona (en este caso, necesariamente mujeres), no parece lógico que políticas de las referidas no den lugar a un crimen internacional si no van acompañadas del dolo específico de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En este sentido, coincidimos con la valoración que considera que, tal como está redactado el crimen de embarazo forzado en el Estatuto, la protección de los derechos de autonomía y libertad

sexual de la mujer queda relegada frente a la protección del grupo étnico al que pertenece. Incluso, a pesar de que el embarazo forzado lleva implícito el doble sufrimiento de la víctima de haber sido objeto de una violación de su integridad física y sexual y de, además, tener que soportar el embarazo como resultado de tal acto (Drake 2011-2012, 622). Consecuentemente, a la espera de la práctica jurisprudencial que se puede presentar, parece que estamos ante unos de los crímenes de violencia sexual del Estatuto, cuya redacción debería ser objeto de revisión para eliminar el dolo especial que requiere y limitar el elemento subjetivo exigible al que requiere la comisión de cualquier crimen contra la humanidad o de guerra.

4.2.5. ESTERILIZACIÓN FORZADA

A) ANTECEDENTES Y DESARROLLOS

La esterilización forzada ya fue condenada como un crimen de guerra y contra la humanidad en virtud de la Ley número 10 del Consejo de control aliado en el llamado Caso Médico (Estados Unidos c. Karl Brandt y otros), en el que se juzgó y condenó a personal médico y administrativo alemán por haber llevado a cabo experimentos médicos con prisioneros de guerra y civiles entre marzo de 1941 y enero de 1945, destinados a desarrollar métodos de esterilización a gran escala para asegurar la eventual eliminación de poblaciones enemigas mientras se mantenían a civiles capturados para trabajos forzados¹³¹.

La esterilización forzada no fue incluida en los Estatutos de los TPIY y TPIR por lo que el Estatuto de Roma establece la primera incriminación explícita de la esterilización forzada como crimen contra la Humanidad (art. 7, 1, g) y de guerra (art. 8, 2, b), xxii y e) vi) (Lupig 2009, 476).

Por el momento no existe práctica internacional en relación con este crimen que tampoco ha sido incluido en el Tribunal Especial para Sierra Leona ni en la Ley reguladora de las Salas Especiales para el procesamiento de los crímenes cometidos en la Kampuchea democrática, si bien algunas situaciones, como la esterilización forzada de mujeres durante el régimen de Fujimori en Perú, podrían ser constitutivas de un crimen contra la Humanidad¹³².

¹³¹. El texto de la sentencia comentada puede consultarse en:

http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1947.08.19_United_States_v_Brandt.pdf.

¹³². Con ocasión del llamado Año de la Austeridad y planificación familiar, en 1991 se lanzó el Programa Nacional de población 1991-1995 que pretendía detener el incremento de la pobreza en Perú a través del control demográfico de la población, incluyéndose dentro de los métodos de planificación familiar la anti-concepción quirúrgica voluntaria (AQV), que se convirtió en una práctica institucional y masiva de los centros de salud. Se dio lugar así a múltiples situaciones en las que la práctica de la esterilización se llevaba a cabo sin el consentimiento de la víctima o bajo el ejercicio de coacción o violencia. Con independencia de la adopción de un Acuerdo de solución amistosa entre el Estado peruano y los representantes legales de una mujer que falleció como consecuencia de tal práctica ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por el que el Estado peruano reconoció su responsabilidad internacional y se comprometió a indemnizar a los familiares de la víctima, se llevó a cabo una investigación que concluyó en 2009 con el

B) ELEMENTOS DEFINITORIOS

El crimen de esterilización forzosa, como crimen contra la Humanidad y como crimen de guerra, se define conforme a lo establecido en los Elementos de los crímenes sobre la base de dos elementos específicos:

En primer lugar, que la privación por su autor de la capacidad de reproducción biológica a una o más personas.

En segundo lugar, que esa conducta no tenga justificación en un tratamiento médico o clínico de la víctima o víctimas ni se haya llevado a cabo con su libre consentimiento.

En relación con el primer elemento, resulta clara que es lo que dota de sustantividad a esta figura. Sin embargo, esta aparente claridad queda oscurecida por las notas a pie n.º 19 y 54 que se refieren a la exclusión de las medidas de control de natalidad que no tengan un efecto permanente en la práctica. Como se ha señalado, tal restricción resulta de dudosa compatibilidad con el Derecho internacional, puesto que tales medidas podrían siempre dar lugar a la comisión del crimen de genocidio cuando estuviesen destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo y, aun a pesar de su carácter temporal, podrían suponer una violación del derecho fundamental a la autonomía personal (Ambos 2012, 166) o incluso un crimen de tortura¹³³.

El segundo elemento del crimen de esterilización forzosa también es objeto de precisión en las notas a pie 20 y 53 que establecen que «se entiende que la expresión libre consentimiento» no comprende el consentimiento obtenido mediante engaño. La aclaración parece innecesaria, en primer lugar, si se toman en consideración los respectivos elementos contextuales necesarios para considerar estas conductas como crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad que generan por sí mismos unas situaciones de coactividad en las que no cabe inferir el consentimiento de la víctima. La segunda razón está en que, como hemos visto, en el análisis de cada uno de los crímenes de violencia sexual a los que se refiere el Estatuto, todos comparten por su carácter de «actos forzados» la falta de consentimiento de la víctima.

4.2.6. LA CLÁUSULA RESIDUAL: OTRAS FORMAS DE VIOLENCIA SEXUAL

Desde los inicios de la prohibición de la violencia sexual en el marco de los conflictos armados, se ha sido consciente de la dificultad de acotar todos los comportamientos en los que se traduce dicha violencia. Por esta razón, la formulación de esta prohibición ha tendido a incluir cláusulas residuales como la del art. 27, del IV Convenio de Ginebra, cuando señala que las mujeres serán especialmente amparadas «[...]contra todo atentado a su pudor». En términos idénticos, el Protocolo Adicional I recoge en el art. 75, 2, b) la prohibición de «cualquier forma de atentado contra el pudor» y el Protocolo II

archivo de la denuncia por las Fiscalías, pese a que algunas opiniones han considerado que estos hechos reúnen los elementos contextuales necesarios para ser considerados crímenes contra la Humanidad. En ese sentido, Montoya Vivanco, Ivan, «Derecho penal y métodos feministas» en *Métodos feministas en el Derecho. Aproximaciones críticas a la jurisprudencia peruana* (coord.) Marisol Fernández / Félix Morales (Lima: Prisma 2011), p. 145-182. El caso ha sido reabierto por la Fiscalía del Estado en 2011.

¹³³. Sifris, Ronli. 2010. «Conceptualising Involuntary Sterilisation as "Severe Pain or Suffering" for the Purposes of Torture Discourse», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 28 (4): 523-547.

incluye en el art. 4, p. 2, e) la prohibición de «cualquier otra forma de atentado contra el pudor».

Por lo que respecta a al TPIY y al TPIR, sólo éste último en el art. 4, e) se refiere en relación a los ultrajes a la dignidad personal a «cualquier forma de agresión indecente». Sin embargo, ambos Tribunales hacen mención en numerosas ocasiones en su jurisprudencia a la prohibición de cualquier forma de agresión sexual por el Derecho internacional humanitario¹³⁴ y a que las normas de Derecho internacional penal no sólo sancionan la violación sino cualquier forma de agresión sexual grave¹³⁵.

El Estatuto de la CPI establece expresamente en sus arts. 7, 1, g) y 8, b), xxii y d), vi), una serie de cláusulas residuales en relación a «Cualquier otra forma de violencia sexual», tanto en relación a los crímenes contra la Humanidad como a los crímenes de guerra de violencia sexual. La inclusión de estas cláusulas residuales resulta de gran utilidad porque no es posible prever la evolución y la dinámica de la violencia sexual en los conflictos armados. A este respecto, si algo pone de manifiesto la realidad, es que el aumento del recurso a la violencia sexual como arma de guerra ha llevado aparejada la aparición de nuevas formas de prácticas criminales que no siempre están específicamente contempladas e incriminadas como tales, aunque compartan los elementos nucleares y contextuales de los crímenes de naturaleza sexual ya previstos.

La jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* ofrece numerosos ejemplos al respecto que permiten identificar en qué pueden consistir tales comportamientos, partiendo de la idea de que la violencia sexual no requiere invasión, penetración o contacto físico (tal es el caso de obligar a una persona a desnudarse y hacer gimnasia frente a una multitud en una plaza pública)¹³⁶. Por tanto este tipo de conductas incluyen, entre otras, los abusos sexuales, las mutilaciones sexuales y genitales, los matrimonios forzados y los abortos forzados¹³⁷.

Sin embargo, tal como sucede en general con cualquier tipo de cláusulas residuales en el ámbito del Derecho penal, se plantea la cuestión relativa a los umbrales de gravedad que tiene que tener un comportamiento determinado para poder ser considerado como un crimen contra la Humanidad o un crimen de guerra de violencia sexual. En este sentido, tanto el Estatuto como los Elementos de los crímenes requieren, como hemos visto, en el caso de los crímenes contra la Humanidad una gravedad comparable «a la de los demás crímenes del artículo 7, 1, g) del Estatuto»; en el caso de los crímenes de guerra cometidos en el marco de un conflicto armado internacional una gravedad comparable «a una violación grave de los Convenios de Ginebra»; y en el caso de los crímenes de guerra cometidos en el marco de un conflicto armado interno, una gravedad

¹³⁴. TPIY, SPI, Prosecutor v. Zejnir Dedalic, Zdravko Music, Hazim Delic, Esad Landzi (Celebici Prison-camp i), Judgment, (IT-96-21-T), de 16 de noviembre de 1998.

¹³⁵. TPIY, SPI, Prosecutor v. Anto Furundzija, Judgment (IT-95-17/1-T), de 10 de diciembre de 1998.

¹³⁶. TPIR, SPI, Prosecutor v. Akayesu, Judgment (ICTR-96-40-T), de 2 de septiembre de 1998, párrs. 636 y 688.

¹³⁷. TPIY, SPI, Prosecutor v. Kvočka *et al.*, Judgment (IT-98-30/1), de 2 de noviembre de 2011, parr. 180 en relación con la nota 343 en la que se señala «Sexual violence would also include such crimes as sexual mutilation, forced marriage, and forced abortion as well as the gender related crimes explicitly listed in the ICC Statute [...]» y TPIY, SPI, Prosecutor v. Todovoric, Judgment (IT-95-9/1), de 31 de julio de 2001, párrs. 38 y 66.

comparable a «una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra».

Como se ha señalado, en los tres supuestos, estamos ante umbrales mínimos de gravedad que establecen parámetros objetivos que deben llevar a la exclusión de los supuestos de violencia sexual de menor gravedad (Ambos 2012, 167). Estos supuestos, como ya avanzamos, pueden ser objeto de sanción incluyéndolos dentro de otros crímenes internacionales, como por ejemplo «otros actos inhumanos» del art. 7, 1, k, en el caso de los crímenes contra la Humanidad o los «tratos inhumanos» de las infracciones graves de los Convenios de Ginebra y los «tratos humillantes y degradantes» de las violaciones graves del art. 3 común en el caso de los crímenes de guerra. Y, si tampoco alcanzan la gravedad suficiente para ser así considerados, podrán y deberán ser sancionados como delitos ordinarios por las respectivas jurisdicciones nacionales.

4.3. LA CONSTRUCCIÓN DE UNA CATEGORÍA PROPIA DE CRÍMENES DE VIOLENCIA SEXUAL

Tal y como se deduce de lo hasta aquí expuesto, la construcción de una categoría jurídica propia de crímenes de violencia sexual en el Derecho internacional contemporáneo es un proceso de larga data, que ha necesitado de la interacción entre normas diferentes (convencionales, consuetudinarias, actos de organizaciones internacionales), y en el cual la aportación de la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales del sistema de justicia penal internacional ha sido decisiva para facilitar el tránsito desde la «invisibilización» de partida a la actual «visualización».

De hecho, mientras que la mayoría de las legislaciones internas han procedido a una tipificación progresiva de los delitos sexuales hasta consolidar su absoluta prohibición, en el Derecho internacional humanitario clásico la proscripción se reducía en sus orígenes a la violación, limitación de la que también adolecían los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales.

No obstante, partiendo de la práctica generada desde el fin de la Segunda Guerra Mundial y de la jurisprudencia del TPIY y el TPIR, recurriendo a los crímenes de tortura, esclavitud y otros actos inhumanos y degradantes, y a sus respectivas Reglas de Procedimiento, se ha ido elaborando un catálogo de crímenes de naturaleza sexual en el Derecho internacional humanitario. Estos crímenes han sido finalmente codificados en los arts. 6, 7 y 8 del Estatuto de Roma como una subcategoría propia de crímenes de violencia sexual, aunque subsumidos en tres de los cuatro crímenes internacionales (genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra) objeto de la competencia de la Corte Penal Internacional.

En concreto, de conformidad con en el art. 7 del ER y el 7.1.g) de los Elementos de los Crímenes, los crímenes de naturaleza sexual son constitutivos de crímenes de lesa humanidad si cumplen con dos requisitos.

Primero, que se cometan como parte de un ataque generalizado o sistematizado contra la población civil.

Y segundo, que el autor haya sido consciente de este hecho o haya tenido la intención de que su conducta fuese parte de un ataque de este tipo.

En los Elementos de los Crímenes se añade la exigencia de una comisión múltiple con un número elevado de víctimas a fin de cumplir o promover «*la política de un Estado o de una organización*», con lo que se habilita el enjuiciamiento por la CPI no sólo de funcionarios públicos o agentes estatales, sino de cualquier particular. Entre los aspectos más controvertidos de este tratamiento hay que mencionar que la distinción entre población civil y combatientes no es fácil de trazar, y que cabe la posibilidad de que el presunto autor se defienda demostrando que cometió los actos de violencia sexual por motivos personales, pero sin la intención de colaborar o formar parte de ningún plan.

En cuanto a la consideración de los crímenes de naturaleza sexual como crímenes de guerra, según el art. 8.2.vi) del ER y el 8.2.b) xxii de los Elementos de los Crímenes, cuando los crímenes sexuales tuvieran lugar en el transcurso de un conflicto armado internacional de cuya existencia el autor sea consciente, se categorizarán como crímenes de guerra siempre que hayan sido usados como un arma de guerra, es decir, como parte de una campaña política sistemática que tiene propósitos militares estratégicos y cuyo fin último, como ya hemos destacado, no es la derrota del enemigo sino su aniquilación, la destrucción de las señas de identidad individual y también las de la sociedad o comunidad de pertenencia de las víctimas, que no tienen por qué tener ninguna clase de vínculo o relación personal con los autores.

Finalmente, recordar que en virtud del art. 6 del ER alguno de los crímenes sexuales como el de esterilización forzada también puede catalogarse como crimen de genocidio siempre que además del daño masivo, que cuantitativamente lo distingue de los perpetrados en los contextos domésticos, se hayan perpetrado con la intención de impedir nacimientos en el seno de un grupo nacional, étnico racial o religioso al objeto de destruir total o parcialmente dicho grupo.

Una vez analizada la categorización de los crímenes de violencia sexual como otros crímenes internacionales, es preciso puntualizar que ello en nada obsta para su categorización como crímenes dotados de sustantividad propia. De hecho, del acervo jurisprudencial examinado a lo largo del presente trabajo se desprende que la categorización internacional de los crímenes de violencia sexual, con independencia de la figura en concreto de la que se trate, se sustenta en dos elementos constitutivos.

El primer concepto es el de autonomía sexual. La totalidad de los crímenes de violencia sexual analizados, ya sea la violación, la esclavitud sexual, la prostitución o el embarazo forzado o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable, vulneran la autonomía sexual de las víctimas, atentan contra su integridad física y psicológica y suponen un ultraje a la dignidad humana y una de las más graves violaciones de los derechos humanos. La noción de autonomía sexual es útil porque permite enfatizar el derecho y su consecuencia. Por una parte, el derecho de toda persona a mantener relaciones sexuales con plena libertad, sin restricciones derivadas de imposiciones estatales o resultantes de la coacción o la coerción ejercida por otra persona. Y por la otra, como consecuencia de dicho derecho, la obligación internacional de los Estados de prevenir y

sancionar los actos lesivos, impliquen o no penetración, que atenten contra dicha autonomía sexual.

El segundo elemento en la categorización de los crímenes de violencia sexual es el consentimiento, que deviene en factor crucial para determinar si se ha vulnerado o no el derecho humano a la autonomía sexual. Pero ni la doctrina ni la jurisprudencia son unánimes sobre este particular, en tanto que existen interpretaciones divergentes acerca de la necesidad o no de probar el consentimiento en supuestos de coerción o en entornos coactivos como los que rodean a los conflictos armados. Desde esta óptica, el llamado debate sobre la exigencia de coerción versus la falta de consentimiento de la víctima, que desarrollamos con anterioridad a propósito de la violación pero que es común a los restantes crímenes sexuales, revela diferencias de criterio más formales que sustanciales, ya que a nuestro juicio, con independencia de la posición que se mantenga, la secuencia característica de los crímenes sexuales es idéntica: el autor comete un acto de naturaleza sexual que vulnera el derecho a la autonomía sexual de la víctima, pues se lleva a cabo a sabiendas de su oposición.

Llegados a este punto, es conveniente recapitular las dos visiones aparentemente contrapuestas acerca del consentimiento como elemento constitutivo de los crímenes de violencia sexual, articuladas ambas en torno a dos binomios teóricos: consentimiento/coacción y paz/guerra.

La primera defiende un modelo de «consentimiento afirmativo», basado en la traslación al Derecho internacional de la importancia que al consentimiento y su prueba se le atribuye en la mayoría de las legislaciones penales internas. Las diferencias existentes entre los delitos sexuales «comunes», entendiendo por tales los perpetrados cotidianamente en las sociedades internas, y los crímenes internacionales que tienen lugar en casos de genocidio o con ocasión de conflictos armados (binomio paz/guerra), no justifican un tratamiento jurídico diferenciado del consentimiento en el plano internacional.

En este sentido, otorgar carta de naturaleza jurídica al llamado test de la coacción, que consiste en presuponer la inexistencia del consentimiento de la víctima no sólo cuando se acredita la coerción, sino también, automáticamente y con carácter general, en aquellos entornos de coacción inherentes a los crímenes internacionales competencia de la CPI (binomio consentimiento/coacción), comporta tres consecuencias relevantes.

Por una parte, supondría minusvalorar la gravedad de los delitos sexuales ordinarios en virtud de la discutible tesis de que ser víctima de una violación por un soldado enemigo es «peor» que serlo a manos de tu propia pareja. Por la otra, reforzaría el estereotipo de la debilidad del sexo femenino, cuyas víctimas requerirían de una protección especial que las eximiría de someterse a la prueba testifical, incluso a expensas de perjudicar los derechos de los acusados. Y, finalmente, obviaría que al fin y al cabo, la vulnerabilidad de las niñas y mujeres en los conflictos armados es producto del androcentrismo y las desigualdades de género imperantes en tiempos de paz en las sociedades internas, ignorando los esfuerzos realizados por las legislaciones nacionales para obligar a que en todo contacto sexual los sujetos implicados constaten la mutua existencia de una voluntad libre y verdadera, que en modo alguno puede deducirse, y que tiene que ser comprobada de manera activa.

En contraposición, la segunda visión propone desplazar el foco de atención del requisito del consentimiento al de la coerción, bien sea la ejercida por el autor o producto de un entorno coactivo, porque mientras el consentimiento enfatiza la voluntad individual, la coerción pone de relieve la importancia del contexto. La categorización de los crímenes de violencia sexual como crímenes internacionales parte, pues, de la premisa de que su naturaleza última no es la de delitos sexuales graves con violencia, sino la de actos de violencia, terror y/o tortura con un componente sexual, cometidos a gran escala o como armas de guerra, en los que resulta materialmente imposible que concurra el consentimiento de las víctimas, cuya prueba, además de irrelevante, sería incluso contraria a la dignidad humana.

Por consiguiente, hay una diferencia sustancial en cuanto a intencionalidad y trascendencia entre los delitos sexuales que se cometen en el contexto doméstico y los crímenes internacionales de violencia sexual que, sin cuestionar la gravedad de los primeros, acentúa el alcance del daño infligido por los segundos. Los crímenes de violencia sexual, en unión de otras formas de violencia graves, son los instrumentos criminales empleados por los perpetradores para destruir la identidad (sexual, étnica, religiosa, etc.) de sus víctimas, y su dignidad individual y colectiva. En ellos subyacen unas relaciones de poder, sometimiento y dominación que en términos cualitativos y cuantitativos son mucho más complejas que la interacción puramente física entre el autor y la víctima, cuyo propósito último sería el mantenimiento del patriarcado y la subordinación de la mujer en el orden social. De ahí que los crímenes de violencia sexual exijan un tratamiento jurídico particular que, a diferencia del seguido en los ordenamientos internos, implica decantarse por la presunción de no consentimiento en casos de coerción o ante contextos de coacción, que son consustanciales a los crímenes sexuales competencia de la CPI.

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Una vez concluido el presente informe, se incluyen a continuación una serie de reflexiones generales que buscan satisfacer dos propósitos: en primer lugar, sintetizar las principales cuestiones de orden teórico y práctico suscitadas por el tratamiento de los crímenes de naturaleza sexual en el Derecho internacional humanitario y, en segundo lugar, formular algunas recomendaciones que puedan contribuir a mejorar su comprensión por los diferentes actores concernidos (Estados, instituciones públicas, organizaciones internacionales, Tribunales, academia, investigadores, y ONG).

- 1) El marco jurídico regulador de los crímenes de naturaleza sexual en el Derecho internacional humanitario se configura como un sistema heterogéneo, resultante de la interacción de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales con los Estatutos y la jurisprudencia del sistema de justicia penal internacional, al que se suman las normas contenidas en diferentes textos y tratados de protección de Derechos Humanos. Sobre este conjunto normativo se proyecta la actividad de los órganos de Naciones Unidas (especialmente de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad), que insta y refuerza su cumplimiento a través de la adopción de normas de *soft-law* centradas en la protección de las mujeres frente a la violencia sexual en las distintas fases del conflicto, y también en el postconflicto

Este marco regulador ha dado lugar a la construcción de una categoría particular de crímenes internacionales de violencia sexual, que han sido codificados en los arts. 7 y 8 del Estatuto de Roma como una subcategoría propia, aunque subsumida en dos de los crímenes (crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra), objeto de la competencia de la Corte Penal Internacional.

Con carácter general, tres serían los elementos que caracterizan a dicha categoría de crímenes internacionales de violencia sexual: primero, el umbral de gravedad, que viene dado por el elemento contextual, que los convierte en crímenes contra la Humanidad cuando constituyan un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, o en crímenes de guerra, si se cometen como parte de un plan o política o como parte de la comisión a gran escala de tales crímenes; segundo, la violación de la autonomía sexual individual; y tercero, el entorno coactivo en el que dichos crímenes se perpetran, que excluye la concurrencia del consentimiento de la víctima.

- 2) Por lo que respecta al catálogo de crímenes que formarían parte de una categoría propia de crímenes internacionales de violencia sexual, los arts. 7 y 8 del Estatuto

de Roma incluyen a la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado y la esterilización forzada, a los que se añade una cláusula residual en relación con otras forma de violencia sexual que tengan una gravedad comparable a la que se exigiría a cualquier otro comportamiento no contemplado expresamente en el Estatuto para ser considerado un crimen contra la Humanidad o un crimen de guerra.

Entendemos que la anterior lista no agota la incriminación de la violencia sexual ni las posibilidades de que surjan nuevos tipos de crímenes de esta naturaleza, como puede ser el caso del matrimonio forzado. A este respecto, resulta preciso que se aclare si esta figura constituye un crimen de violencia sexual autónomo respecto del crimen de esclavitud sexual, especificando cuáles sería sus elementos definitorios. Frente a la discrepancia mantenida por las Salas del TESL, la labor de clarificación la debería asumir la Corte Penal Internacional, aunque en principio en el caso Lubanga la CPI haya decidido soslayar la cuestión de la violencia sexual sufrida por las niñas obligadas a unirse a las milicias y a convertirse en «*bush wives*». Por tal razón, sería recomendable que desde el ICIP se promueva la discusión doctrinal acerca de este posible nuevo crimen internacional.

- 3) A la luz del análisis realizado, consideramos que es posible afirmar la existencia de una prohibición general de violencia sexual en el marco de cualquier conflicto armado, internacional o interno, cuya violación es considerada como un crimen internacional que, como tal, conlleva la responsabilidad penal internacional individual de sus autores. En este sentido, es pertinente preguntarse si, en el marco del Derecho internacional humanitario, la prohibición de la comisión de crímenes de naturaleza sexual en situaciones de conflicto armado, y la consiguiente obligación de perseguir y sancionar a sus autores, puede considerarse una norma de derecho imperativo o *ius cogens*.

A nuestro juicio, hay argumentos sólidos que avalan una respuesta afirmativa, pero con matices. Consideramos que dicha norma de *ius cogens* existiría respecto de todos los crímenes de naturaleza sexual contemplados en los arts. 7 y 8 del Estatuto de Roma, si bien sería necesario establecer una distinción entre aquellos crímenes como por ejemplo la prohibición de la violación o la esclavitud sexual, cuyo carácter de norma de *ius cogens* ha sido expresamente reconocido, y aquellos otros como la prostitución forzada, el embarazo forzado o la esterilización forzada en los que, debido a la escasa práctica internacional, tal carácter no ha podido aún ser establecido, pero que conllevan la violación de otras normas de *ius cogens* como la prohibición de la esclavitud o de la tortura.

Así, hemos podido comprobar cómo en el plano internacional, tanto las normas convencionales y consuetudinarias como la jurisprudencia del sistema de justicia penal internacional militan inequívocamente a favor de considerar la prohibición de la violación como *ius cogens*. En la misma línea apunta también el *soft law* emanado de las Naciones Unidas, los Tratados regionales y los pronunciamientos de órganos ju-

risdccionales regionales, en particular el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. De hecho, no es posible encontrar un solo precepto o sentencia internacional que permita o autorice, cualesquiera que sean las circunstancias o el contexto, la comisión de violaciones u otros crímenes de naturaleza sexual de gravedad comparable, lo que evidenciaría su inderogabilidad. Precisamente la indisponibilidad y el no admitir pacto en contra son dos de las notas características del derecho imperativo. A todo lo anterior hay que sumar la consolidación de un acervo normativo internacional que ha venido a codificar normas consuetudinarias previas, y del que el Estatuto de Roma sería el principal exponente, que no sólo prohíbe taxativamente la comisión de tales actos, sino que en atención a su gravedad, los califica de crímenes internacionales.

La enorme brecha existente entre la rotundidad de la prohibición legal y la praxis internacional, es decir, entre el tratamiento jurídico y las brutales estadísticas sobre violencia sexual, en nada contradicen ni obsta el posible carácter de *ius cogens* de la prohibición internacional de la violación o la esclavitud sexual. De forma similar a lo que sucede con otros ejemplos paradigmáticos de normas imperativas, como sería el caso de la prohibición del recurso o la amenaza de la fuerza, en los que también se constata la contradicción entre teoría y práctica, los autores de tales crímenes no niegan la existencia de la prohibición, su vigencia o aplicabilidad, sino que se limitan a tratar de buscar eximentes o atenuantes a su responsabilidad penal internacional, con lo que a lo postre estarían confirmando su obligatoriedad.

Por lo que se refiere al plano interno, la mayoría de las legislaciones penales nacionales, ya provengan del *common* o del *civil law*, prohíben la violación y otros crímenes de naturaleza sexual, tanto en tiempos de guerra como en tiempos de paz, asumiendo además el deber de prevenir y sancionar su comisión.

Por consiguiente, la uniformidad de la prohibición tanto en la esfera interna como en la internacional indicaría la existencia de una obligación internacional *erga omnes*, que afecta a la Comunidad Internacional en su conjunto, con las consiguientes particularidades relativas al contenido de dicha obligación y a la determinación de los sujetos activos en la relación de responsabilidad internacional. De hecho, su carácter *erga omnes* habilitaría el recurso al principio de jurisdicción universal para impedir la impunidad de los autores.

El hecho de que la prohibición de la comisión de crímenes de naturaleza sexual en general, y de la violación en particular, no figure en el catálogo de normas de *ius cogens* enunciado en el Proyecto de Responsabilidad Internacional elaborado en su día por la Comisión de Derecho Internacional en absoluto es determinante, máxime cuando de facto se ha producido una ampliación del contenido material del derecho imperativo. Su consideración de norma de *ius cogens* se fundamentaría, por tanto, en la existencia de una obligación internacional asumida por los Estados, y ratificada por las legislaciones nacionales, de perseguir y castigar. El deber de lucha contra la impunidad, reflejado en el principio *aut dedere, aut iudicare*, obligaría al enjuicia-

miento de los crímenes de naturaleza sexual o, en su defecto, a que los Estados activen los mecanismos de cooperación para asegurar su persecución por otras jurisdicciones nacionales o por la jurisdicción internacional.

Por todo lo anterior, creemos que es necesario insistir en el carácter de derecho imperativo de la prohibición de la comisión de crímenes de naturaleza sexual para contribuir a que la protección contra la violencia sexual en situaciones de conflicto armado se consolide definitivamente como un principio constitucional del Derecho internacional.

Con este objetivo, en nuestra opinión convendría también reforzar el actual marco jurídico regulador de los crímenes de naturaleza sexual en el Derecho internacional mediante la adopción de una norma convencional que contemple de manera específica el tratamiento de los crímenes de naturaleza sexual cometidos en el marco de un conflicto armado. Lo ideal sería adoptar un tratado multilateral universal en el que se aunaran las distintas dimensiones de protección de derechos humanos, Derecho internacional humanitario, Derecho internacional penal y cooperación penal y judicial, así como medidas de carácter preventivo, sancionatorio y reparador. Por consiguiente, como recomendación general, sería aconsejable que el ICIP suscitase el debate acerca de la oportunidad de proceder a la elaboración de una propuesta de «Acuerdo Internacional destinado a la prevención, sanción y reparación de crímenes de violencia sexual en los conflictos armados» que podría plantearse inicialmente en el ámbito regional europeo y latinoamericano, atrayendo al mayor número posible de actores (Estados, organizaciones regionales, CICR y otras organizaciones no gubernamentales) que pudiesen estar implicados.

- 4) A lo largo del presente estudio ha quedado de manifiesto que la criminalización de la violencia sexual en situaciones de conflicto armado es fruto no sólo de la fertilización cruzada de diferentes ramas o sectores normativos del Derecho internacional, sino de la constante interacción entre éste y los derechos nacionales.

De hecho, los ordenamientos interno e internacional se encuentran en un proceso constante de influencia mutua, a la manera de vasos comunicantes. En este sentido, la violación cuenta con una larga tradición en la mayoría de los códigos penales internos, que contrastaba con la ausencia de tipificación en el ordenamiento internacional convencional clásico, por lo que tanto su posterior elaboración conceptual internacional como su interpretación por los órganos jurisdiccionales del sistema de justicia penal internacional han estado en gran medida condicionadas por su configuración doméstica. Obviamente, lo que está teniendo lugar no es una traslación automática de parámetros legales, sino un fructífero diálogo entre sistemas normativos. Así ha sucedido por ejemplo con el debate inicialmente planteado a nivel interno sobre la importancia del consentimiento como elemento constitutivo de los delitos sexuales, debate que ha adquirido tintes y connotaciones propias en el plano de los crímenes internacionales.

Esta interacción es bidireccional, y también se produce desde el Derecho internacional al interno. Así lo atestigua el desarrollo normativo y jurisprudencial de crímenes de naturaleza sexual novedosos, como el embarazo o la esterilización forzada, cuyos contornos están aún por definir pero que, al hilo de su tratamiento internacional, han empezado a ser objeto de atención por los derechos nacionales. En concreto, el legislador español se está viendo obligado a una constante actualización y puesta al día de los «delitos contra la comunidad internacional». No es casualidad que el reforzamiento de la protección penal dispensada a mujeres y niños en conflictos armados mediante los nuevos tipos penales aprobados en virtud de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (arts. 611 y siguientes del Código Penal), haya coincidido con la primera sentencia de la CPI en el caso Lubanga.

Consiguientemente, recomendamos recurrir y utilizar el Derecho internacional para potenciar las reformas legislativas necesarias a fin de mejorar el tratamiento de los crímenes de naturaleza sexual en los derechos internos, y, en especial, para abordar de manera más adecuada problemas procesales tan importantes como los relativos a los principios probatorios o la protección de las víctimas o los testigos de dichos crímenes.

- 5) De hecho, nuestro estudio confirma que lo que hemos dado en llamar «cadena de obstáculos técnico procesales» es tan determinante como los problemas de orden sustantivo relativos a la tipificación y categorización, y ayuda a explicar la notable desproporción existente entre la frecuencia y magnitud de los crímenes de naturaleza sexual que se cometen en el marco de los actuales conflictos armados y el escaso número de juicios y condenas subsiguiente.

Como hemos anticipado, a nuestro juicio una de las causas de tal insuficiencia estriba en la limitación intrínseca de las que adolece el Derecho internacional humanitario, que es de regular la secuencia cronológica completa de comisión de los crímenes sexuales, que abarca no sólo el conflicto armado, sino también el preconflicto y sobre todo el posconflicto y las negociaciones de paz, que es la fase en la que tienen lugar las investigaciones y enjuiciamientos.

En este sentido, creemos que es necesario seguir reflexionando acerca de si la eficacia de los tribunales que conforman el sistema de justicia penal internacional, y en especial la CPI, debe medirse exclusivamente en términos punitivos o si por el contrario una de sus funciones es la de facilitar, o al menos no bloquear, la gestión del posconflicto y la reconstrucción de las sociedades rotas por la guerra. Pero esta cuestión es tan controvertida y tiene tan largo alcance que exige ser abordada en otro informe.

BIBLIOGRAFÍA

Amann, Diane M, «Portraits of Women at Nuremberg», UC Davis Legal Studies Research Paper Series, nº 225, august 2010, Science Research Network Electronic Paper Collection. Accesible en <http://ssrn.com/abstract=1654732>.

Amann, Diane M. 2011, «Cecelia Goetz, Woman at Nuremberg», *International Criminal Law Review* 11: 607-620.

Ambos, Kai. 2012, «Thematic investigation and prosecution of International sex crimes: some critical comments from a theoretical and comparative perspective», en Thematic prosecution of sex crimes, ed. M. Bergsmo (FICHL Publication Series 13), 291-315.

Askin, Kelly D. 2005, «Gender Crimes Jurisprudence in the ICTR. Positive Developments», *Journal of International Criminal Justice* 3: 1007-1018.

Ayat, Mohammed. 2010, «Quelques apports des Tribunaux pénaux internationaux, ad hoc et notamment le TPIR, à la lutte contre les violences sexuelles subies par les femmes durant les génocides et les conflits armés». *International Criminal Law Review* 10 (5): 787-827.

Barrow, Amy. 2010, «UN Security Council resolutions 1325 and 1820: constructing gender in armed conflict and international humanitarian law». *International Review of the Red Cross* 92 (877): 221-234.

Bedont, Barbara, 1999, «Ending Impunity for Gender Crimes Under the International Criminal Court». *Brown Journal of World Affairs* 6: 65-85.

Boon, Kristen. 2001, «Rape and Forced Pregnancy Under the ICC Statute: Human Dignity, Autonomy and Consent». *Columbia Human Rights Law Review* 32: 624-675.

Bunting, Annie. 2012, «Forced Marriage' in Conflict Situations: Researching and Prosecuting Old Harms and New Crimes». *Canadian Journal of Human Rights* 1(1): 165-185.

Buss, Doris. 2011, «Performing legal order: some feminist thoughts on International Criminal Law». *International Criminal Law Review* 11: 409-423.

Chinkin, Christine. 2009, «Gender-related Violence and International Criminal Law and Justice», en *The Oxford Companion to International Criminal Law Justice*, ed. Antonio Cassese, Oxford University Press, 75-81.

Chinkin, Christine. 2001, «Women's International Tribunal on Japanese Military Sexual Slavery». *American Journal of International Law* 95: 335-340.

Christian Wolffhuguel, «El elemento contextual del crimen de lesa humanidad: una visión en el marco de las decisiones de la Corte Penal Internacional», en *La Corte Penal Internacional. Una perspectiva latinoamericana*, N. Boeglin et al. (ed.) (Open Knowledge Network Collection, 2012).

Clark, James M. 2012, «Forced Marriage: the Evolution of a New International Criminal Norm». *Aberdeen Student Law Review*, 3:1-24.

Cole, Alison. 2008, «Prosecutor v. Gacumbitsi: The New Definition for Prosecuting Rape under International Law». *International Criminal Law Review* 8: 55-85.

Copelon, Rhonda, «Gendered War Crimes: Reconceptualizing Rape in Time of War» en *Women's Rights, Human Rights, International Feminist Perspectives*, ed. Julie Stone Peters, Andrea Wolper (London/New York: Routledge, 1995).

De Brouwer. Anne-M. 2005, *Supranational Criminal Prosecution of Sexual Violence: The ICC and the Practice of ICTY and the ICTR* (Intersentia-School of Human Right Research, Oxford), 82.

De Guzman, Margaret. 2011, «Giving Priority to Sex Crimes Prosecutions: The Philosophical Foundations of a Feminist Agenda». *International Criminal Law Review* 11: 515-528.

Demleitner, Nora. 1994, «Forced prostitution: Naming an International Offense». *Fordham International Law Journal* 18(1):163-197.

Doherty Hon, Theresa. 2009, «Developments in the Prosecution of Gender-Based Crimes - The Special Court for Sierra Leone Experience». *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*. 17: 301-325.

Fisher, Siobhan. 1996, «Occupation of the Womb: Forced Impregnation as Genocide». *Duke Law Journal* 46: 91-133.

Frulli, Micaela. 2008, «Advancing International Criminal Law The Special Court for Sierra Leone Recognizes Forced Marriage as a 'New' Crime against Humanity». *Journal of International Criminal Justice* 6: 1033-1042.

Gong-Gershowitz, Jennifer. 2009, «Forced Marriage: A New Crime Against Humanity?». *Northwestern Journal of International Human Rights*, 8:1-24.

Grewal. Kiran, 2012, «The protection of Sexual Autonomy under International Criminal Law», *Journal of International Criminal Justice* 10: 373-396.

Grossman, Nienke. 2011, «Sex Representation on the Bench and the Legitimacy of International Criminal Courts». *International Criminal Law Review* 3: 643-653.

Halley, Janet, 2008, «Rape at Rome: Feminist Interventions in the Criminalisation of Sex-Related Violence in Positive International Criminal Law». *Michigan Journal of International Law* 30: 1-123.

Halley, Janet. 2008, «Rape at Rome: Feminist Interventions in the Criminalization of Sex-Related Violence in Positive International Criminal Law», *Michigan Journal of International Law* 30:1-124.

Irene Rodríguez Manzano, «Mujer, Género y Teoría Feminista en las Relaciones Internacionales», en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria Gasteiz 2000* (Vitoria Servicio Editorial UPV, 2001), 239.

Jain, Neha. 2008, «Forced Marriage as a Crime against Humanity: Problems of Definition and Prosecution», *Journal of International Criminal Justice*, 6(5): 1013-1032.

Javier Chinchón, «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*, ed. C. Beristáin *et al.* (Consejería en Proyectos [PCS], Lima, 2007), 171. Accesible en: http://www.pcslatin.org/public/justicia_reparacion.pdf.

Kalosieh, Adrienne. 2003, «Consent to genocide?: The ICTY's improper use of the consent paradigm to prosecute genocidal rape in Foca», *Women's Rights Law Reporter* 24: 121-136.

Kinsella, Helen M. 2006, «Gendering Grotius: Sex and Sex Difference in the Laws of War». *Political Theory*, 34 (2): 161-191.

Lawson, Tamara. 2009, «A Shift towards Gender Equality in Prosecutions: Realizing Legitimate Enforcement of Crimes committed against women in Municipal law and International Criminal Law», *Southern Illinois University Law Journal* 33: 181-216. Accesible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1381362.

Lewis, Dustin A. 2009, «Unrecognized Victims: Sexual Violence Against Men in Conflict Settings under International Law». *Wisconsin International Law Journal* 27: 1-49.

Linos, Natalia. 2009, «Rethinking gender-based violence during war: Is violence against civilian men a problem worth addressing?». *Social Science and Medicine*, 68: 1548-1551.

Lupig, Diane. 2009, «Investigation and Prosecution of Sexual and Gender-Based Crimes before the International Criminal Court.» *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law* 17 (2): 431-496.

MacKinnon. Catherine A. 2006, «Defining rape internationally: a comment on Akayesu». *Columbia Journal of Transnational Law* 44: 940-950.

Magdalena M. Martín, «La configuración del principio de legalidad penal en el Derecho Internacional Contemporáneo», en *Nuevos Desafíos del Derecho Penal Internacional*, A. Cuerda y F. Jiménez (dir.) (Tecnos, Madrid, 2009), 384.

Maidier Zorilla, «La Corte Penal Internacional ante el crimen de violencia sexual» (*Cuadernos Deusto de Derechos Humanos* nº 34, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005), 1-96.

Manjoo, Rashida / McRaith, Calleigh. 2011, «Gender-Based Violence and Justice in Conflict and Post-Conflict Areas». *Cornell International Law Journal* 44: 11-31.

Montoya Vivanco, Iván, «Derecho penal y métodos feministas» en *Métodos feministas en el Derecho. Aproximaciones críticas a la jurisprudencia peruana*, (coords.) Marisol Fernández / Félix Morales (Lima: Prisma 2011), 145-182.

Mouthaan, Solange. 2011, «The Prosecution of Gender based Crimes at the ICC: Challenges and Opportunities». *International Criminal Law Review* 11: 775-802.

Movilla Pateiro, Laura. 2010, «Tratamiento Jurídico-Internacional del Uso de la Violación como Arma de Guerra: avances y retos». *Trabajos y ensayos*, 11 (1) Consultado en <http://www.diprrihd.ehu.es/revistadoctorado/n11/Movilla11.pdf>.

O'Byrne, Katie. 2011, «Beyond Consent: Conceptualising Sexual Assault in International Criminal Law». *International Criminal Law Review* 11(3): 495-514.

Ojinaga Ruiz, María del Rosario. 2002, «La prohibición y criminalización en Derecho Internacional de las violencias sexuales contra mujeres civiles en conflictos armados». *Boletín de la Facultad de Derechode la UNED* 19: 199-268.

Olásolo, Héctor. 2006, «Del Estatuto de los Tribunales *ad hoc* al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: reflexiones sobre la evolución del principio *nullum crimen sine lege* en el Derecho Penal Internacional». *Revista General de Derecho Público* 5: 8-30.

Oosterveld, Valerie. 2011, «The Gender Jurisprudence of the Special Court for Sierra Leone: Progress in the Revolutionary United Front Judgments». *Cornell International Law Journal* 44:49-74.

Oosterveld, Valerie. 2005, «The Definition of "Gender" in the Rome Statute of the International Criminal Court: A Step Forward or Back for International Criminal Justice?». *Harvard Human Rights Journal* 18: 55-84.

Orford, Anne. 2002, «Feminism, Imperialism and the Mission of International Law». *Nordic Journal of International Law*, 71: 275-296.

Palmer, Amy. 2009, «An Evolutionary Analysis of Gender-Based War Crimes and the Continued Tolerance of Forced Marriage. *Northwestern Journal of International Human Rights*, 7:1-26.

Rodríguez Manzano, Irene, «La Protección de la mujer en situaciones de conflicto armado. El largo camino hacia Roma» en *Derecho internacional humanitario en una sociedad internacional en transición* (coords.) Jorge Pueyo Losa/ Julio Jorge Urbina (Santiago de Compostela: Cruz Roja Española/Tórculo Ediciones, 2002).

SáCouto Susana/Cleary Katherine. 2009, «The importance of effective investigation of sexual violence and gender-based crimes at the International Criminal Court», *American University Journal of Gender, Social Policy and the Law*, 17: 339-358.

Sadat, Leyla Nadya. 2011, «Avoiding the Creation of a Gender Ghetto in International Criminal Law». *International Criminal Law Review* 11: 655-662.

Sakamoto, Rumi. 2001, «The Women's International War Crimes Tribunal On Japan's Military Sexual Slavery: A Legal And Feminist Approach To The 'Comfort Women' Issue» *New Zealand Journal of Asian Studies* 3 (1): 49-58.

Sara Sharrat, Gender, Shame and Sexual Violence. The voices of Witnesses and Court Members at War Crimes Tribunals (Ashgate, England 2011), 5 3-97.

Schomburg Wolfgang/Peterson Ines. 2007, «Genuine Consent to Sexual Violence under International Criminal Law», *American Journal of International Law* 101: 121-140.

Seifert Ruth. 1994, «War and Rape: A preliminary analysis», en *Mass rape: The war against women in Bosnia-Herzegovina*, ed. Stimgmayer (London, 1994), 54-72.

Sheppard, Daniel, 2010, «The International Criminal Court and 'Internationally Recognized Human Rights': Understanding Article 21(3) of the Rome Statute». *International Criminal Law Review* 12: 43-71.

Sifris, Ronli. 2010, «Conceptualising Involuntary Sterilisation as 'Severe Pain or Suffering' for the Purposes of Torture Discourse». *Netherlands Quarterly of Human Rights* 28 (4): 523-547.

Sivakumaran, Sandez, 2010, «Del dicho al hecho: la ONU y la violencia sexual contra hombres y niños durante conflictos armados». *International Review of the Red Cross*, 877: 1-20.

Skjelsbaek Inger. 2010, «The Elephant in the Room. An overview of how sexual violence came to be seen as a weapon of war». Report to the Norwegian Ministry of Foreign Affairs, Peace Research Institute Oslo (PRIO). Accesible en. http://www.peacewomen.org/assets/file/Resources/NGO/vas_sexualviolencewarweapon_prio_may2010.pdf.

Tachou-Sipowo, Alain-Guy. 2010, «The Security Council on women in war: between peacebuilding and humanitarian protection». *International Review of the Red Cross* 92 (877): 197-219.

Visseur, Patricia. 2010, «Procesos Penales sobre violencia sexual en conflicto: la importancia de los derechos humanos como medio de interpretación», Documento AI.

Accesible en: <http://www.es.amnesty.org/temas/mujeres/saber-mas/marco-legislativo/naciones-unidas/>.

Wald, Patricia. 2011, «Women on International Courts: Some Lessons Learned». *International Criminal Law Review*.

Decisiones del Tribunal Internacional de Justicia

(consultada en <http://www.icj-cij.org>)

CIJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, Judgment, de 26 de febrero de 2007.

Decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

(consultada en http://www.coe.int/t/dg2/equality/domesticviolencecampaign/resources/m.c.v.bulgaria_EN.as).

TEDH, M.C. versus Bulgaria (Application nº 39272/98), Judgment de 4 de diciembre de 2003.

Decisiones de la Corte Penal Internacional

(consultada en <http://www.icc>)

CPI, SCP , Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case, (ICC-01/04-01/07-474), 13 de mayo de 2008, párrs. 124-145.

CPI, SPI II, Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang. Situation in the Republic of Kenya, Decision on the confirmation of charges (/IT 01/09-01/11), de 8 de septiembre de 2011.

CPI, SPI II, Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura and Uhuru Muigai Kenyatta, Decision on the confirmation of charges (/IT 01/09-02/11), de 5 de octubre de 2011.

CPI, SPI I, Prosecutor v. Callixte Mbarushimana, Decision on the confirmation of charges (/IT 1/4-01/10), de 16 de diciembre de 2011.

CPI, SPI II, Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision on the confirmation of charges (IT 01/05-01/08), de 15 de junio de 2009.

CPI, SCP I, Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun («Ahmad Harun») and Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman («Ali Kushayb»), Warrant of Arrest (ICC-02/5-01/07), de 27 de abril de 2007.

CPI, SCP I, Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the confirmation of charges (ICC-01/04-01/07-717), de 30 de septiembre de 2008.

CPI, SCP II, Prosecutor v. Joseph Kony, Warrant of Arrest for Joseph Kony (ICC-02/04-01/05-53), de 27 de septiembre de 2005.

CPI, SCP II, Prosecutor v. Dominic Ongwen, Warrant of Arrest for Dominic Ongwen (ICC-02/04-01/05-57), de 8 de julio de 2005.

CPI, SCP II, Prosecutor v. Okot Odhiambo, Warrant of Arrest for Okot Odhiambo (ICC-02/04-01/05-56), 8 de julio de 2005.

CPI, SCP II, Prosecutor v. Vicent Otti, Warrant of Arrest for Vicent Otti (ICC-02/04-01/05-54), de 8 de julio de 2005.

CPI, SPI I, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute (ICC-01/04-01/06-2842), de 14 de marzo de 2012.

Decisiones del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (consultadas en <http://www.icty.org>)

TPIY, SPI, Prosecutor v. Stanislav Galic (IT-98-29-3), de 5 de diciembre de 2003.

TPIY, SPI, Prosecutor v. Kvočka *et al.*, Judgment (IT-98-30/1), de 2 de noviembre de 2011.

TPIY, SA, Prosecutor v. Kunarac *et al.*, Appeal Judgement (IT-96-23 & IT-96-23/1-A), 12 de junio de 2002.

TPIY, SPI, Prosecutor v. Todovoric, Judgement (IT-95-9/1), de 31 de julio de 2001.

TPIY, SPI, Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac And Zoran Vukovic, Trial Judgment (IT-96-23 & IT-96-23/1-A), de 22 de febrero de 2001.

TPIY, SA, Prosecutor v. Dusko Tadic, Judgement (IT-94-I), de 15 de julio de 1999.

TPIY, SPI, Prosecutor v. Anto Furundzija, Judgement (IT-95-17/1-T), de 10 de diciembre de 1998.

TPIY, SPI, Prosecutor v. Zejnil Dedalic, Zdravko Music, Hazim Delic, Esad Landzi (Celebici Prison-campi), Judgement (IT-96-21-T), de 16 de noviembre de 1998.

TPIY, SPI, Prosecutor v. Tadic, Judgement (IT-94-1-T), de 7 de mayo de 1997.

TPIY, SPI, Prosecutor v. Radovan Karadzic, Ratko Mladic, Review of the indictments pursuant to Rule 61 of the rules of procedure and evidence (IT-95-5-R61, IT-95-18-RG1), de 11 de julio de 1996.

Decisiones del Tribunal Penal Internacional para Ruanda

(consultadas en <http://www.unictr.org>)

TPIR, SPI, Prosecutor v. Mikaeli Muhimana, Judgment (ICTR-95-1B-T), de 28 de abril de 2005.

TPIR, SPI, Prosecutor v. Silvestre Gacumbitsi, Judgment (ICTR- 2001-64-T), de 17 de junio de 2004.

TPIR, SPI, Prosecutor v. Semanza, Judgment (ICTR-97-20), de 15 de mayo de 2003.

TPIR, SA, Prosecutor v. Alfred Musema, Judgment (ICTR-96-13-A) de 16 de noviembre de 2001.

TPIR, SPI, Prosecutor v. Rutaganda, Judgment (ICTR-96-3-T), 6 de diciembre de 1999.

TPIR, SPI, Prosecutor v. Akayesu, Judgment (ICTR-96-40-T), 2 de septiembre de 1998.

TPIR, SPI, Prosecutor v. Kayishema and Ruzindama, Judgment (ICTR-95-1-T), 21 de mayo de 1999.

Decisiones del Tribunal Especial para Sierra Leona

(consultadas en <http://www.sc-sl.org>)

TESL, SPI II, Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu, (Caso AFRC), Judgment (SCSL-04-16-T), de 20 de junio de 2007.

TESL, SA, Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu, (Caso AFRC), Judgment, (SCSL-04-16-T), de 22 de febrero de 2008.

TESL, SPI I, Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao (Caso RUF), Judgment (SCSL-04-15-T), de 2 de marzo de 2009.

TESL, SA, Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao (Caso RUF), Judgment (SCSL-04-15-T), de 26 de octubre de 2009.

TESL, SPI II, Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, Judgment (SCSL-03-01-T), de 30 de mayo de 2012.

Decisiones de las Salas Especiales para el procesamiento de los crímenes cometidos en la Kampuchea democrática

(consultadas en www.eccc.gov.kh)

ECCC, OICJ (Case 002/19-09-2007), Closing Order, de 15 de septiembre de 2010.

ALTRES TÍTOLS:

INFORMES ICIP

7/2013

República Democràtica del Congo: Estat de la qüestió
Josep Maria Royo

6/2012

La responsabilidad penal del personal de Naciones Unidas
Xavier Pons (Dir.) y Elisenda Calvet (Coord.)

5/2012

Prevenió de Conflictes, Foment de la Pau i Cooperació per al Desenvolupament
Nadja Gmelch

4/2011

La Unión Europea y la Conferencia de Revisión de la Corte Penal Internacional
Claudia Jiménez, Montserrat Pi y Esther Zapater

3/2011

Justicia en épocas de transición. Conceptos, Modelos, Debates, Experiencias
Farid Samir Benavides

2/2010

Reflexiones sobre la categoría de víctima de violencia política con mirada de género
María Truñó

1/2010

Un Servei Civil Noviolent: Viabilitat i Característiques
Rubén Campos

DOCUMENTS ICIP

10/2013

Les institucions medievals de pau a Catalunya
OCTUBRE 2012

9/2012

El futuro de la Corte Penal Internacional
GENER 2012

8/2012

Companies in Conflict situations: Advancing the research agenda
OCTOBER 2011

7/2011

Polarización y Conflictos en América Latina
MAYO 2011

6/2011

La Paz en Movimiento
OCTUBRE 2010

5/2011

Pau, Conflicte i Seguretat a l'Àfrica
NOVEMBRE 2010

4/2010

Conditions pour la consolidation de la paix en Côte d'Ivoire
SEPTEMBRE 2010

3/2010

Midiendo la paz. Iniciativas, limitaciones y propuestas
MARZO 2010

2/2010

The Barcelona Forum on Decentralized Governance and Conflict Prevention
6-8 JULY 2009

1/2010

Jornades del Moviment per la Pau
13 i 14 DE NOVEMBRE DE 2009

RESULTATS DE RECERCA

04/2012

La política de exportaciones de armamento de los países de la Unión Europea a África (2002-2010)

Eduardo Melero

03/2012

Lecciones aprendidas de la participación española en guerras asimétricas (2000-2012)

Rafael Martínez (Dir.)

02/2012

Justicia de Transición: El caso de España

Santiago Ripol i Carlos Villán (Dir.)

01/2012

Las Operaciones Militares de España en el Exterior

Eduardo Melero Alonso

Todos los números disponibles en / All numbers available at / Tots els números disponibles a:

www.gencat.cat/icip/

INSTITUT
CATALÀ
INTERNACIONAL

PER LA PAU

GRAN VIA, 658 BAIX. 08010 BARCELONA
T. 93 554 42 70 | F. 93 554 42 80
ICIP@GENCAT.CAT | WWW.ICIP.CAT