

SECCIÓN DOCTRINAL

VIOLENCIA SEXUAL EN CONFLICTOS ARMADOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

KAI AMBOS*

Fecha de recepción: 10/05/2012

Fecha de aprobación: 10/09/2012

RESUMEN: En la presente contribución se clarificará, tras una breve introducción sobre la relación general entre delitos sexuales y derecho penal internacional (I.), la situación jurídica desde el punto de vista penal internacional (II.). El punto de partida del análisis es el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, tomando en cuenta la jurisprudencia de los Tribunales Ad Hoc sobre las definiciones relevantes por él desarrolladas. La exposición se centrará en las disposiciones penales explícitas, es decir, en delitos que expresamente comprenden actos sexuales como tales (II. 1.). Los tipos generales, que sólo implícitamente criminalizan la violencia sexual, se tratarán complementariamente (II. 2.).¹ Por último, se analizará la posibilidad, recientemente debatida, de realizar investigaciones focalizadas sobre un determinado tema (“investigaciones temáticas”) (III.).

* Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho comparado y Derecho Penal Internacional en la Universidad Georg August de Göttingen; Juez del Tribunal Estadual de Göttingen. Agradezco a mi asistente y doctoranda *Sabine Klein* la importante asistencia prestada durante la redacción de este artículo. Traducción de Noelia Núñez, estudiante de doctorado y becaria DAAD, Buenos Aires/Göttingen.

¹ Sobre la diferenciación entre normas penales explícitas e implícitas compárese Luping, *The American University Journal of Gender, Social Policy & the Law (AUJGSPL)* 17 (2009), 431; en general con respecto al estatus jurídico de la violencia sexual en el derecho internacional: Dyani, *African Journal of International and Comparative Law (AJICL)* 15 (2007), 230 (234 ss).

PALABRAS CLAVES: Derecho penal internacional – conflictos armados – Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional – violencia sexual – crímenes sexuales

ABSTRACT: *The paper intends, after a brief analysis of the relationship between sex crimes and international criminal law (infra I.), to critically examine the legal elements of the sexual offences in International Criminal Law ('ICL'), with a special focus on the Rome Statute (II.). Thus, the starting point is the Rome System, including the growing, albeit incipient, case law of the ICC. The case law of the Ad Hoc Tribunals will be taken into account as far as it provides basic definitions of sexual offences. The paper focuses on the explicit criminalizations, i.e. the offences codified explicitly as sexual acts (II.1.); implicit criminalizations will only be dealt with in a complimentary manner (II.2.). Finally, the recent debate on focused prosecutions and thematic investigations regarding sex crimes will be analysed (III.)*

KEYWORDS: *international criminal law – armed conflicts – Rome Statute of the International Criminal Court – sexual violence – sex crimes*

SUMARIO: I. Derecho penal internacional, crímenes internacionales y violencia sexual. II. Punibilidad de derecho internacional de la violencia sexual. 1. Disposiciones penales explícitas sobre violencia sexual. 2. Punición implícita de la violencia sexual. III. Particularidades procesales: ¿investigaciones temáticas focalizadas? 1. Particularidades procesales en el caso de delitos sexuales de derecho penal internacional. 2. ¿Investigaciones focalizadas como una solución? 3. Perspectivas.

I. DERECHO PENAL INTERNACIONAL, CRÍMENES INTERNACIONALES Y VIOLENCIA SEXUAL

Al fenómeno de la violencia sexual durante la guerra se le prestó escasa atención por mucho tiempo.² La vertiginosa evolución del derecho internacional humanitario y del derecho penal internacional desde los juicios de Nuremberg en relación con la reciente ola de violencia sexual, sobre todo en el este de la República Democrática del Congo, sin embargo, ha colocado el fenómeno en el centro de la atención mundial.³

Los delitos sexuales pueden ser penalizados explícita e implícitamente.⁴ Una penalización implícita clásica de la violencia sexual resulta de

² Así es que los delitos sexuales fueron denominados “crímenes ‘olvidados’ en el derecho internacional” [“‘forgotten’ crimes in international law”]. (Chinkin, en: Cassese [edit.], *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, 2009, pág. 74 [pág. 76]; véase también: Askin, en: Askin/Koenig [edit.], *Women and international human rights law*, Tomo 1, 2001, pág. 41 [pág. 64]).

³ Cfr. Ambos, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 4 de noviembre de 2010, pág. 8.

⁴ Véase: Luping, *AUJGSPL* 17 (2009), 431.

la comprensión de los delitos sexuales como delitos contra el honor y la dignidad de la víctima. De hecho, en los ordenamientos jurídicos nacionales la violación u otras formas de violencia sexual hasta hoy están configuradas en parte como delitos contra el honor;⁵ sin embargo, en codificaciones más modernas se abre paso cada vez en mayor medida su consideración (más especializada) como delitos contra la autodeterminación o integridad sexual.⁶ Las definiciones más antiguas en el derecho internacional humanitario también caracterizan a la violencia sexual como una agresión contra el honor de la mujer.⁷ Los delitos sexuales fueron ca-

⁵ La criminalización de la violación y la violencia sexual a nivel mundial ha estado sujeta a diversas modificaciones, que pueden atribuirse a la concepción vigente respectivamente sobre la igualdad de género y de derechos. La violación originalmente fue considerada un delito contra la propiedad o el honor de terceros (el propietario de la mujer, su consorte y/o miembros de la familia), antes de ser reconocido como delito contra el honor de la verdadera víctima (la mayoría de las veces) femenina (Dube, *Rape Laws in India*, 2008, págs. 1-2, 11-15 y 161 ss; Müting, *Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung (§ 177 StGB). Reformdiskussion und Gesetzgebung seit 1870*, 2010, pág. 8 ss; Hagay-Frey, *Sex and Gender Crimes in the New International Law. Past, Present, Future*, 2011, pág. 29 ss). De este modo, en el Código Penal indio del 6 de diciembre de 1860 (reproducido en: Kannabiran [edit.], *Halsbury's Laws of India. 5 (2). Criminal Law-II*, 2006, pág. 193) se tipifica la violación en el artículo 375, capítulo 12 como "delitos contra mujeres" ["offences against women"]. Dube (*Rape Laws in India*, 2008, pág. 1) describe la violación en el derecho indio como "violencia contra la persona privada de la mujer" ["violence of the private person of the woman"] y celebra la evolución en la jurisprudencia india desde 2003 como "el reconocimiento de los derechos de las víctimas de violaciones, [que] permitió a las mujeres preservar su dignidad y honor" ["the recognition of the rights of rape victims [which] have enabled women to secure their dignity and honor"] (Dube [op.cit.], pág. 135). También en Uruguay se penaliza la violación sin modificaciones desde 1933 en el art. 272 del Código Penal bajo el Título X: "De los delitos contra las buenas costumbres y el orden de la familia". Según un proyecto de ley debatido en Uruguay la violación sería reprimida de allí en adelante como delito contra la libertad sexual (disponible en: <http://www.presidencia.gub.uy/sci/noticias/2010/12/2010121301.htm>, consultado el 30 de marzo de 2011). Para la historia y evolución de la violencia sexual en conflictos armados, véase: Heinemann (edit.), *Sexual Violence in Conflict Zones – From the Ancient World to the Era of Human Rights*, 2011, allí especialmente: Copelon, *ibidem*, págs. 232-256.

⁶ Véanse ejemplos en n. 24. Con respecto al cambio del reconocimiento como delito contra el honor a una consideración más fuerte del perjuicio a la víctima en el derecho penal internacional, véase: Mouthaan, *International Criminal Law Review (ICLR)* 11 (2011) 775 (783 s).

⁷ Véase, por ejemplo, art. 27 del cuarto Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 con respecto a la protección de personas civiles en épocas bélicas (BGBl. <BGBl. = Boletín Oficial de Alemania> II 1954, pág. 917; BGBl. II 1956, pág. 1586): "Las mujeres deben ser especialmente protegidas frente a cualquier agresión contra su honor y sobre todo contra violaciones, coacción a la prostitución y cualquier trato indecoroso". Véase también art. 75(2)(b) del Primer Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (8 de junio de 1977) sobre protección de víctimas de conflictos armados

racterizados durante mucho tiempo como “los crímenes ‘olvidados’ en el derecho internacional”,⁸ ya que los juicios por crímenes de guerra posteriores a la Segunda Guerra Mundial apenas se refirieron a la violencia sexual;⁹ sin embargo, entretanto se fue concediendo a estos delitos cada vez mayor atención.¹⁰ En las negociaciones que llevaron al Estatuto de la Corte Penal Internacional [CPI],¹¹ en un principio los delitos sexuales en conflictos armados fueron equiparados a los delitos contra el honor personal, recién en diciembre de 1997 la Comisión Preparatoria competente (“Preparatory Committee”) reconoció su criminalización autónoma como delito sexual.¹² Actualmente la violencia sexual se castiga explícita-

internacionales (BGBl. II 1990, pág. 1550, BGBl. II 1990, pág. 1637). Véase, además, Boot/Hall, en: Triffterer (edit.), *Commentary on the Rome Statute*, 2^o ed. 2008, art. 7, nm. 42, 48, n. 246; Cottier, en: Triffterer (*op. cit.*), art. 8, nm. 202, 209; Hagay-Frey (*supra* n. 5), pág. 69 ss (refiriéndose a una “era de honor” [“Era of Honor”] que ha comenzado con los Convenios de Ginebra). Para otras regulaciones de derecho internacional al respecto, véase: Askin, en: Brown (edit.), *Research Handbook on International Criminal Law*, 2011, pág. 86.

⁸ Véase Chinkin (*supra* n. 2), pág. 76; Askin, en: Askin/Koenig (edit.), *Women and international human rights law*, vol. 1, 2001, pág. 64. En un sentido similar: Hayes, en Darcy/Powderly (edit.), *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pág. 129 (“extraordinariamente [existió] poco entusiasmo por perseguir este crimen, en parte debido a la continua percepción de que la violencia sexual simplemente era uno de los ‘trofeos de la guerra’” [“extraordinarily little appetite historically to prosecute the crime, in part due to the continuing perception that sexual violence was simply one of the ‘spoils of war’”]); también: Hagay-Frey (*supra* n. 5), pág. 1 ss (“vacío histórico” [“historical vacuum”]) y pág. 59 ss.

⁹ Una investigación de los juicios de Nuremberg y Tokio por Cole, en McGlynn/Munro, *Rethinking Rape Law. International and Comparative Perspectives*, 2010, págs. 48-50 y págs. 58-59 y en Hagay-Frey (*supra* n. 5), págs. 62-66. Con respecto a Japón, véase también: Totani, en Heinemann (*supra* n. 5), págs. 217-231.

¹⁰ Véase también: Buss, *ICLR* 11 (2011), 409 (409): “Actualmente se reconoce ampliamente que la persecución penal internacional de crímenes de guerra (especialmente en los tribunales de Yugoslavia y Ruanda y la Corte Especial para Sierra Leona) ha hecho un progreso histórico en el reconocimiento y condena de los crímenes de violencia sexual contra mujeres” [“It is now widely recognized that the international criminal prosecution of war crimes – notably at the Yugoslav and Rwanda Tribunals and the Special Court for Sierra Leone – has made historic progress in recognising and condemning sexual violence crimes against women”]. Para un resumen del tratamiento de la violencia sexual por parte de las diversas instituciones del derecho penal internacional, véase: Cole (*supra* n. 9), pág. 48 ss. Para una crítica con respecto a la ubicación todavía débil de la violencia sexual en la jerarquía de crímenes de derecho internacional humanitario: Nì Aolàin/Haynes/Cahn, *ICLR* 11 (2011) 425 (433).

¹¹ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 de julio de 1998, 2187 U.N.T.S 3, entró en vigencia el 1^o de julio de 2002 [Estatuto de la CPI].

¹² Con referencia al art. 75(2)(b) del Primer Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (8 de junio de 1977) sobre protección de las víctimas de

mente en el marco de los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra (*infra* I. 1.)¹³ y tales delitos son reconocidos como parte del derecho internacional consuetudinario.¹⁴ Por lo demás, los delitos sexuales se encuentran comprendidos implícitamente en otros crímenes del derecho penal internacional, especialmente en tipos que protegen la integridad física y el derecho a la reproducción (II. 2.).¹⁵ Estas penalizaciones existen *latu sensu* con respecto a lesiones contra la dignidad y torturas (II.2.a.), genocidio (II.2.b.), así como también con respecto al delito de persecución como crimen contra la humanidad (II.2.c.). Junto con esta especialización y expansión del derecho material se ha comenzado a debatir acerca de una persecución penal de los delitos sexuales más apropiada y eficiente. En este contexto, se discute especialmente sobre la posibilidad y necesidad de “investigaciones y persecuciones temáticas”, esto es, investigaciones focalizadas sobre un tema determinado (más detalles en III.).¹⁶

La utilización del derecho penal como instrumento de control social supone que el comportamiento punible efectivamente lesione *bienes jurídicos* que son considerados por la respectiva sociedad de suficiente rele-

conflictos armados internacionales, véase: Cottier (*supra* n. 7), art. 8, nm. 203. Un punto de vista crítico del Estatuto de la CPI: Hagay-Frey (*supra* n. 5), pág. 107 (“el Estatuto de Roma eligió ignorar numerosas e importantes sentencias del TPIY y el TPIR” [“the Rome Statute chose to ignore many important judgments decided by the ICTY and the ICTR”]); similar: Mouthaan, *ICLR* 11 (2011) 775 (786) ([“[...] la lista de crímenes es incompleta. Crímenes como pornografía, desnudez forzosa, humillación sexual, puñetazos y descargas eléctricas en los genitales no fueron incluidos” [“[...] list of crimes is incomplete. Crimes such as pornography, forced nudity, sexual humiliation, punching or electroshocks to the genitals were not included”]).

¹³ Exigiendo un tipo penal autónomo del derecho penal internacional respecto de “crímenes sexuales y de género” [“sex and gender crimes”]: Hagay-Frey (*supra* n. 5), pág. 143 ss (con un proyecto de la redacción en pág. 155).

¹⁴ Cfr. O’Byrne, *ICLR* 11 (2011) 495 (508) con prueba adicional; Mouthaan, *ICLR* 11 (2011) 775 (784). Sin embargo, su aceptación como *ius cogens* va demasiado lejos (diferente: O’Byrne, *ibidem*, pág. 508).

¹⁵ Para un paralelo con los crímenes de guerra véase: Cottier (*supra* n. 7), art. 8, nm. 203 *in fine*, 204.

¹⁶ La temática fue discutida recientemente (7/8 de marzo de 2011) en una conferencia en Ciudad del Cabo (Sudáfrica) bajo el título: “Thematic Investigations and Prosecution of International Sex Crimes” (“Investigaciones temáticas y persecución de crímenes sexuales internacionales”); un resumen: Bergsmo, *International Sex Crimes as a Criminal Justice Theme*, Forum for International Criminal and Humanitarian Law (FICHL) Policy Brief Series N° 4, 2011, disponible en: <http://www.fichl.org/policy-brief-series/> (consultado el 14 de noviembre de 2011). El volumen correspondiente de la conferencia aparecerá en abril de 2012 (FICHL Publication Series, disponible en: <http://www.fichl.org/publication-series/> [consultado el 14 de noviembre de 2011]).

vancia como para ser protegidos penalmente.¹⁷ Mientras que los crímenes de derecho penal internacional (también) constituyen una amenaza para intereses internacionales como la paz y la seguridad,¹⁸ los delitos nacionales se refieren más concretamente a bienes jurídicos clásicos, como la vida, la integridad física, la libertad y la autodeterminación.¹⁹ De acuerdo con la orientación individual-colectiva de los crímenes internacionales,²⁰ los delitos sexuales de derecho penal internacional protegen, por un lado, bienes jurídicos colectivos como la seguridad y la paz internacional,²¹ por

¹⁷ La *doctrina del bien jurídico* sobre la que se asienta y su correspondiente *harm principle* [principio de daño] se refieren a una cuestión central de la teoría del derecho penal con vistas a limitar el anticipo de la punibilidad, especialmente con respecto a los actos preparatorios. Véase, por ejemplo: Puschke, en: Hefendehl (edit.), *Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts?*, 2010, págs. 9-39, quien exige una penalización restrictiva de los actos preparatorios (pág. 23 s); crítico con respecto a la sobrecriminalización, también: Alexander/Kessler Ferzan, *Crime and Culpability - A Theory of Criminal Law*, 2009, pág. 289 s, en relación con una “conducta que no pone en peligro ningún interés que el derecho penal podría desear proteger” [“conduct that does not risk harm to any interest the criminal law might wish to protect”], de modo que solamente existiría una “conexión atenuada con intereses jurídicamente protegidos” [“attenuated connection to legally protected interests”], por lo tanto, existiría una “sobreinclusión” [“overinclusiveness”]. En un sentido similar: Resolución del XVIII Congreso Internacional de Derecho Penal AIDP (Estambul, del 20 al 27 de septiembre de 2009), que exige severas condiciones de legitimidad para la punición de actos preparatorios y aportes autónomos al hecho, publicado en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 122 (2010), pág. 474 s; con respecto a los debates sobre la correspondiente “Sección I” (Parte general), véase: Müller, *ZStW* 122 (2010), (453 ss). Para una crítica general de la “sobrecriminalización” [“overcriminalization”], también: Husak, *Overcriminalization - The Limits of Criminal Law*, 2008, quien propone limitaciones internas y externas (en págs. 55 ss, 120 ss) y argumenta que los delitos para la evitación del riesgo son aceptables bajo ciertas condiciones, en tanto el derecho penal también se emplee para la evitación de un riesgo de daño (“risk of harm”) (pág. 159 s).

¹⁸ Véase Preámbulo del Estatuto de la CPI, párr. 3 (*supra* n. 11).

¹⁹ La cuestión acerca de qué bien jurídico se protege a través de la penalización de la violencia sexual depende de la concepción que se tenga acerca de esta última, una concepción que ha variado considerablemente desde tiempos tempranos hasta la actualidad y sigue en desarrollo (similar probablemente: Hagay-Frey (*supra* n. 5), pág. 108: “El trayecto es incompleto” [“The journey is incomplete”]). Muy relevante para la moderna concepción de la violencia sexual y su significado desde una perspectiva más bien sociológica: Brownmiller, *Against Our Will. Men, Women and Rape*, 1976, especialmente pág. 23 ss (violaciones en tiempos de guerra).

²⁰ Cfr. Ambos, *Internationales Strafrecht*, 3ª edición, 2011, § 5 nm. 3, § 7 nm. 11.

²¹ Cfr. Resolución 1820 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 19 de junio de 2008 (“UN/SC/Res/1820”), párr. 1; Resolución 1880 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 30 de septiembre de 2009 (“UN/SC/Res/1880”), párr. 1; Resolución 1960 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 16 de diciembre de 2010, párr. 1, en las cuales se determina: “La violencia sexual [...] puede impedir el reestablecimiento de la seguridad y paz internacional” [“sexual violence [...] may impede the restoration of

otro, y más concretamente, también la integridad física/psíquica,²² el honor²³ y la autodeterminación personal (sexual) de la víctima.²⁴ Cuando

international peace and security”]. Las resoluciones más antiguas se refieren a la violencia sexual en situaciones de conflicto, sin establecer, empero, un vínculo con la seguridad y paz internacional. Conforme a esto la Resolución 1880 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 17 de abril de 1993 condena en su párrafo 6 “la violación masiva, organizada y sistemática [...] de mujeres” [“massive, organized and systematic [...] rape of women”] durante el conflicto en la ex Yugoslavia (véase de Brouwer, *Supranational Criminal Prosecution of Sexual Violence - The ICC and the Practice of the ICTY and the ICTR*, 2005, pág. 16, en donde se enfatiza que en esta Resolución fueron reconocidas por primera vez expresamente las violaciones en un conflicto). Véase también Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 31 de octubre de 2000, en la cual se exhorta a las partes del conflicto a preservar los derechos de las mujeres, y además en este contexto se convoca a las partes de conflictos armados a “tomar medidas para proteger a las mujeres y a los niños frente a la violencia basada en el género” [“[to] take measures to protect women and children from gender-based violence”] (párr. 10 s). En cierta medida también similar: Buss, *ICLR* 11 (2011), 409 (419 ss, en especial 421 s): “Si la violencia sexual [...] implica *desorden*, entonces la persecución criminal por una comunidad internacional es el medio para restablecer el orden” [“If sexual violence [...] signify the meaning of *disorder*, than criminal prosecution by an international community becomes the means to restore order”] (el énfasis pertenece al original). Cfr., además, la Resolución 1983 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas del 7 de junio de 2011, en la cual la lucha contra la violencia sexual en situaciones de conflicto se menciona como relevante para la lucha contra la proliferación de la epidemia de VIH (“subrayando la importancia de los esfuerzos conjuntos para erradicar la violencia sexual y de género resultante de situaciones de conflicto, permitiendo a las mujeres reducir el riesgo de exposición al VIH y restringiendo la transmisión vertical del VIH de madre a hijo en situaciones de conflicto y de post-conflicto” [“underlining the importance of concerted efforts towards ending conflict-related sexual and gender-based violence, empowering women in an effort to reduce their risk of exposure to HIV, and curbing vertical transmission of HIV from mother to child in conflict and post-conflict situations”]).

²² Véase también Schomburg/Peterson, *American Journal of International Law (AJIL)* 101 (2007), 121 (126). Por otra parte, Nì Aolàin/Haynes/Cahn, *ICLR* 11 (2011) 425 (428) cuestionan que haya sido poco investigado el alcance con el que las figuras penales de derecho penal internacional también influyen sobre las vivencias subjetivas de las víctimas femeninas.

²³ Véase también: Nì Aolàin/Haynes/Cahn, *ICLR* 11 (2011) 425 (440): “La persecución de la violencia sexual en tiempos de guerra es crucial para restablecer la dignidad e integridad de las mujeres individuales que hayan experimentado profundamente un crimen personal [...]” [“prosecution of sexual violence during wartime is crucial to restoring the dignity and integrity of individual women who have experienced deeply personal crime [...]”].

²⁴ Por ejemplo en el Código Penal alemán los delitos sexuales se penalizan en el capítulo 13 como “delitos contra la autodeterminación sexual” [“Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung”] (cfr., en este sentido, sobre el debate en cuanto a los bienes jurídicos: Renzikowski, en: Joecks/Miebach [edit.], *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Tomo 2/2, 2005, comentario previo al §§ 174 ss, nm. 2 ss). En Gran Bretaña se protegen diversos intereses y se penalizan, entre otras, actividades sexuales no consentidas (pro-

se trata de delitos sexuales, el bien jurídico protegido frecuentemente se presenta como el único criterio racional para determinar el ámbito de aplicación de una disposición penal.²⁵ Habremos de volver sobre esto en la discusión sobre delitos sexuales autónomos.

Todos los crímenes de derecho penal internacional tienen un elemento de contexto (“context element”, “chapeau”, “Gesamttat”).²⁶ La conducta típica debe referirse o estar conectada con este elemento. De esta manera, la conducta que fundamenta el tipo en el genocidio debe tener lugar en el marco de una “pauta manifiesta de conducta similar” contra un grupo protegido o causar por sí misma su destrucción;²⁷ en el caso de crímenes contra la humanidad la conducta tiene que ser parte de un “ataque generalizado y sistemático dirigido contra una población civil”²⁸ y en el de los crímenes de guerra tiene que haber sido cometida “en el contexto de y (...) en relación con” un conflicto armado (internacional o no-internacional).²⁹ En este sentido, un solo acto de violencia sexual pue-

tección de la autodeterminación sexual) a través de la *Sexual Offences Act 2003* (ley sobre delitos sexuales de 2003). Todos los delitos sexuales en perjuicio de adultos presuponen la falta de consentimiento (“no dar su consentimiento para” [“does not consent to”]); cfr. *Sexual Offences Act 2003*, Part 1: 1 Rape (1) (b), 2 Assault (1) (c), 3 Sexual Assault (1) (c), 4 Causing Sexual Activity without Consent (1) (c). Véase también Card/Gillespie/Hirst, *Sexual Offences*, 2008, párrafo 1.14.

²⁵ Para una crítica a la “jerarquía del daño” [“hierarchy of harm”] del derecho penal internacional tomando como ejemplo las lesiones a bienes jurídicos de mujeres en el caso de migraciones forzadas, véase: Ramji-Nogales, *ICLR* 11 (2011), 463 (464 ss), quien además exige una consideración más fuerte de los “daños privados” [“private harms”] en el derecho penal internacional (*ibidem*, pág. 469).

²⁶ Véase, por todos, Ambos (*supra* n. 20), § 7 nm. 11 s, 140, 173, 181, 182 ss, 192 s, 195, 235; también Werle, *Principles of International Criminal Law*, 2º edición, 2009, págs. 32-33; Schomburg/Peterson, *AJIL* 101 (2007), 121 (128).

²⁷ La exigencia de un elemento de contexto en el genocidio no se desprende del Estatuto de la CPI, sino sólo de los Elementos de los Crímenes (*ICC-Elements of Crimes*, *ICC-ASP/1/3(part II-B)*, 9 de septiembre de 2002 [“Elementos de los Crímenes de la CPI”]): 4º elemento del art. 6(b); 5º elemento del art. 6(c); 5º elemento del art. 6(d). De todos modos, es controvertido si una exigencia de este tipo realmente existe y es razonable. De este modo, en la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* el contexto es considerado en todo caso como un indicador de peso para la existencia de un propósito de destrucción, cfr. Ambos (*supra* n. 20), § 7 nm. 140 con prueba adicional.

²⁸ Véase nuevamente los Elementos de los Crímenes de la CPI (*supra* n. 27): 3º elemento del art. 7, Introducción; 3º elemento del art. 7(1)(g)-1; 3º elemento del art. 7(1)(g)-2, 3º elemento del art. 7(1)(g)-3, 2º elemento del art. 7(1)(g)-4, 3º elemento del art. 7(1)(g)-5, 4º elemento del art. 7(1)(g)-6; véase también: Kirsch, *Leiden Journal of International Law (LJIL)*, 22 (2009) 525 ss.

²⁹ Véase Elementos de los Crímenes de la CPI (*supra* n. 27): Introducción a los elementos del art. 8, tercer párrafo; y el penúltimo párrafo de los elementos correspondientes a cada crimen de guerra. Para eventuales delitos sexuales cometidos por fuerzas de

de ser suficiente si existe un nexo entre este hecho aislado y el elemento de contexto.³⁰ La existencia de este contexto denota un clima de coacción y violencia general, que a su vez en la mayoría de los casos excluye la posibilidad de una formación libre de la voluntad por parte de la víctima y con ello su verdadero consentimiento.³¹ Ello representa la gran diferencia entre delitos sexuales durante conflictos armados y en tiempos de paz y, con ello, entre el derecho internacional y el derecho nacional, en el cual el consentimiento de la víctima puede resultar en la exclusión del tipo o en una causa de justificación. Sobre esto habremos de volver en las consideraciones sobre la definición de la violación.³²

En el *aspecto subjetivo* se aplica el art. 30³³, de modo que el autor debe haber cometido el hecho “con intención y conocimiento”.³⁴ Con respecto al elemento de contexto se requiere una conciencia especial, por ejemplo, que la conducta haya sido parte de un ataque en el sentido de los crímenes contra la humanidad³⁵ o en relación con los presupuestos fácticos de un conflicto armado.³⁶

Por último, precisamente en la lucha contra la violencia sexual en conflictos armados se manifiesta la condicionalidad cultural de las prohibiciones penales.³⁷ Dado que estos conflictos, por lo general, no tienen

paz de las Naciones Unidas, recientemente Ndulo, *Berkeley Journal of International Law*, 27 (2009), 127 ss. No obstante, debido a la falta del elemento de contexto normalmente este tipo de hechos no constituirían un crimen del derecho penal internacional (otra opinión en: Ndulo, *op. cit.*, pág. 156).

³⁰ Véase también Dyani, *AUJGSPL15* (2007) 230 (233).

³¹ Schomburg/Peterson, *AJIL* 101 (2007) 121 (124 ss).

³² Véase *infra* “II.1. violación”, tercer párrafo.

³³ Los artículos sin denominación especial pertenecen al Estatuto de la CPI.

³⁴ Werle (*supra* n. 26), págs. 325 s, 392 ss.

³⁵ Véase Elementos de los Crímenes de la CPI (*supra* n. 27): 4º elemento del art. 7, Introducción; 4º elemento del art. 7(1)(g)-1, 4º elemento del art. 7(1)(g)-2, 4º elemento del art. 7(1)(g)-3, 3º elemento del art. 7(1)(g)-4, 4º elemento del art 7(1)(g)-5, 5º elemento del art. 7(1)(g)-6.

³⁶ Véase Elementos de los Crímenes de la CPI (*supra* n. 27): como regla general para crímenes de guerra: Introducción a los elementos del art. 8, punto c); 4º elemento del art. 8(2)(b)(xxii)-1; 4º elemento del art. 8(2)(b)(xxii)-2; 4º elemento del art. 8(2)(b)(xxii)-3; 3º elemento del art. 8(2)(b)(xxii)-4; 4º elemento del art. 8(2)(b)(xxii)-5; 5º elemento del art. 8(2)(b)(xxii)-6; 4º elemento del art. 8(2)(e)(vi)-1; 4º elemento del art. 8(2)(e)(vi)-2; 4º elemento del art. 8(2)(e)(vi)-3; 3º elemento del art. 8(2)(e)(vi)-4; 4º elemento del art. 8(2)(e)(vi)-5 y 5º elemento del art. 8(2)(e)(vi)-6.

³⁷ La importancia de las representaciones culturales de valor se reconoce cada vez más en el debate jurídico penal alemán, véase, por ejemplo: Vogel, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 2010, 1; Valerius, *Juristische Arbeitsblätter* 2010, 481. Con relación a los derechos humanos en ámbitos culturales diversos: Di Fabio, en: Nooke/Lohman/Wahlers (edit.), *Menschenrechte in unterschiedlichen Kulturräumen*, 2008, disponible

lugar en las sociedades industriales altamente desarrolladas de occidente, sino en los países del sur, emergentes o en vías de desarrollo³⁸ (especialmente en el África subsahariana³⁹), el derecho penal internacional en estos últimos se enfrenta a concepciones que han sido ampliamente superadas por los primeros, de acuerdo con las cuales los delitos sexuales constituyen agresiones al honor (y no solamente de las víctimas femeninas, sino ante todo de las parejas masculinas).⁴⁰ De este modo, se exige la “castración” de aquellos hombres, protectores de la víctima femenina de la violación, que no han podido cumplir suficientemente con esta función de protección.⁴¹ Se informa también de casos en los que los hombres abandonaron a sus mujeres violadas, después de que éstas se entregaran

en: <http://www.kas.de/wf/de/33.14437/> (consultado el 14 de noviembre de 2011), pág. 63 ss. Véase también *supra* n. 3.

³⁸ Para un estudio universal de la violencia sexual en conflictos, véase: Francesch y otros, Alert! Report on conflicts, human rights and peacebuilding, 2009, disponible en: http://escolapau.uab.cat/index.php?option=com_content&view=article&id=132%3AAlerta&catid=61%3AAAlerta&Itemid=89&lang=en (consultado el 14 de noviembre de 2011): “Durante el año 2009 la violencia sexual fue usada como un arma de guerra en la mayoría de los conflictos armados, especialmente en la República Democrática del Congo, Somalia, Sri Lanka (este), Colombia, Birmania, India (Jammu y Kashmir) e Irak” [“During 2009 sexual violence was used as a weapon of war in the majority of armed conflicts, especially in DR Congo, Somalia, Sri Lanka (east), Colombia, Myanmar, India (Jammu and Kashmir) and Irak”] (pág. 139). Con respecto a la violencia sexual en Colombia, véase: Oxfam, Sexual Violence in Colombia - Instrument of War, Briefing Paper, septiembre de 2009, disponible en: <http://www.oxfam.org/en/policy/sexual-violence-colombia> (consultado el 14 de noviembre de 2011); y Amnesty International, Colombia: “This is what we demand, justice!” Impunity for sexual violence against women in Colombia’s armed conflict, AMR 23/018/2011, 2011, disponible en: <http://www.amnesty.org/en/library/info/AMR23/018/2011/en> (consultado el 14 de noviembre de 2011).

³⁹ Más atenuado con respecto a la violencia sexual: Arieff, *Sexual Violence in African Contexts* (disponible en: <http://www.fas.org/sgp/crs/row/R40956.pdf> [consultado el 14 de noviembre de 2011]), pág. 3: “El tema de la violencia sexual en conflictos está lejos de estar limitado al África subsahariana [...] y no ha sido una característica sobresaliente de todos los conflictos africanos” [“The issue of sexual violence in conflict is far from confined to Sub-Saharan Africa [...] and it has not been a salient feature of all African conflicts”].

⁴⁰ Con respecto a la violación desde delito contra la propiedad y el honor en perjuicio de terceras personas (el propietario de la mujer, cónyuge y/o los parientes de la misma) hasta delito contra el honor de la víctima femenina, véase: Dube (*supra* n. 5), pág. 1 s, 11 ss, 161 ss; en un sentido similar: Hörnle, en: Laufhütte/Rissing-van Saan/ Tiedemann (edit.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Tomo 6, 12^o edición, 2009, comentario previo al §§ 174 ss, nm. 1, como también: Müting (*supra* n. 5), pág. 8 ss.

⁴¹ Según la posición de un participante del Master internacional “Transcrim” de la Universidad Western Cape y la Universidad Humboldt de Berlín, en el cual el autor de este artículo dictó cátedra el 9 de marzo de 2011.

“voluntariamente” a los autores para salvar a sus hombres.⁴² La concepción subyacente sobre la igualdad y los derechos de género influye en la punición de la violencia sexual. La imagen de la mujer en una sociedad arcaica dominada por hombres conduce a la desatención de las verdaderas víctimas de la violencia sexual y a su victimización secundaria.⁴³

II. PUNIBILIDAD DE DERECHO INTERNACIONAL DE LA VIOLENCIA SEXUAL

1. DISPOSICIONES PENALES EXPLÍCITAS SOBRE VIOLENCIA SEXUAL

El Estatuto de la CPI contiene por primera vez (contrariamente a los estatutos de los Tribunales *ad hoc*⁴⁴) disposiciones penales expresas para la violencia sexual como parte del crimen contra la humanidad (art. 7(1)(g)) y de los crímenes de guerra (art. 8(2)(b)[xxii] y art. 8(2)(e)[vi]).⁴⁵ Al respecto, se distinguen los siguientes actos:

- violación
- esclavitud sexual
- prostitución forzada
- embarazo forzado
- esterilización forzada
- cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable.

Estos actos se definen de forma idéntica, no obstante su caracterización como crímenes contra la humanidad o como crímenes de guerra (en conflictos internacionales como no internacionales). El mismo Estatuto

⁴² Según un participante del seminario arriba mencionado (*supra* n. 41).

⁴³ Cfr. para las causas de la violencia sexual en el contexto africano, por ejemplo: Arieff (*supra* n. 39), pág. 2 ss, 6 ss; para el rol de la mujer y el significado de la violencia sexual en la República Democrática del Congo: Omanyondo Ohambe y otros., *Women's Bodies as a Battleground, Sexual Violence Against Women and Girls During the War in the Democratic Republic in Congo (South Kivu 1996-2003)*, Informe 2005, disponible en: http://www.international-alert.org/pdf/sexual_violence_congo_english.pdf [consultado 14 de noviembre de 2011], pág. 25 ss.

⁴⁴ Cfr. también: Chinkin (*supra* n. 2), pág. 76 s.

⁴⁵ Cfr. también: Gabriel, *Eyes on the ICC 1 (2004)*, 43 (47: “un hito en la codificación de crímenes de violencia sexual y de género” [“landmark in codifying crimes of sexual and gender violence”]); similar: Zimmermann/Geiß, en: Joecks/Miebach (edit.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Tomo 6/2, 2009, comentario al § 8 del VStGB (Código Penal Internacional), nm. 139; Chinkin (*supra* n. 2), pág. 77. Con respecto a las tratativas sobre la “temática de género” [“Gender-Thematik”] en el marco del Estatuto de la CPI, véase: Bedont/Hall-Martinez, *Brown Journal of World Affairs (BJWA)* 1999, 65 (66 ss). A favor de un delito sexual autónomo en el derecho penal internacional: Hagay-Frey (*supra* n. 5), págs. 143 ss, 155.

de la CPI define únicamente el embarazo forzado,⁴⁶ las demás definiciones se encuentran en los Elementos de los Crímenes (art. 9 del Estatuto de la CPI) que sirven como una ayuda para la interpretación.⁴⁷ Además, en algunos casos la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc*, especialmente de la ex Yugoslavia (TPIY),⁴⁸ Ruanda (TPIR)⁴⁹ y Sierra Leona (CESL),⁵⁰ proporciona valiosas referencias para la comprensión de los delitos sexuales.⁵¹ Todos estos tipos de delitos (exceptuando nuevamente el embarazo forzado⁵²) son neutros en cuanto al género, aplicables, por lo tanto, a víctimas masculinas y femeninas.⁵³

⁴⁶ Según el art. 7(2)(f) del Estatuto de la CPI se entiende por embarazo forzado “el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional [...]”.

⁴⁷ Véase *supra* n. 27. Para la relevancia de los Elementos de los Crímenes de la CPI véase, por ejemplo: Koch, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)* 2007, 150.

⁴⁸ Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia [TPIY], véase: <http://www.icty.org/>.

⁴⁹ Tribunal Penal Internacional para Ruanda [TPIR], véase: <http://www.ictr.org/>.

⁵⁰ Corte Especial para Sierra Leona [CESL], véase: <http://www.sc-sl.org/>.

⁵¹ Para una consideración detallada de la violencia sexual en la jurisprudencia del TPIY, TPIR y la CESL, véase: UN Department of Peacekeeping Operations, *Review of the Sexual Violence Elements of the Judgments of the ICTY, ICTR and SCSL in the Light of Security Council Resolution 1820*, 2010. Véase, además, con un enfoque instructivo sobre la práctica del TPIY: Mischkowski y otros, *The Trouble with Rape Trials, Views of Witnesses, Prosecutors and Judges on Prosecuting Sexualised Violence during the War in the former Yugoslavia*, diciembre de 2009 (disponible en: http://www.medicamondiale.org/fileadmin/content/07_Infothek/Gerechtigkeit/medica_mondiale_Zeuginnenstudie_englisch_december_2009.pdf [consultado el 14 de noviembre de 2011]), especialmente véase pág. 15 ss: “[...] y esto no le sucede a ninguna persona en ninguna parte del mundo” “[...] and that it does not happen to anyone anywhere in the world”]. Para un análisis de la contribución de los Tribunales *ad hoc* al derecho penal material, véase: Ayat, *ICLR* 10 (2010), 787 (807 ss); Askin (*supra* n.7), pág. 94 ss; Mouthaan, *ICLR* 11 (2011) 775 (782); Gil Gil, en: Ramírez Moncayo y otros (edit.), *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, Tomo 3, Derecho Penal, 2010, pág. 11 (con respecto al Estatuto de la CPI, véase pág. 17 ss). Sobre los diversos delitos sexuales del Estatuto de la CPI considerando la situación jurídica y jurisprudencia precedente: Luping, *AUJGSPL* 17 (2009), 431 (447 ss y 452 ss).

⁵² Art. 7(2)(f) del Estatuto de la CPI.

⁵³ Véase también art. 7(3) del Estatuto de la CPI: “En el sentido de este Estatuto, el término ‘género’ se refiere a ambos géneros, el masculino y el femenino, en el contexto social [...]”. Sobre la neutralidad de género véase también: Cottier (*supra* n. 7), art. 8, nm. 203 *in fine*. A favor de ello habla el hecho de que la violencia sexual en conflictos armados no sólo se dirige contra mujeres, sino también contra niños y varones, véase: UN Department of Peacekeeping Operations (*supra* n. 51), párr. 53. En este sentido, con respecto a las controvertidas negociaciones del Estatuto de Roma véase: Chinkin (*supra* n. 2), pág. 77.

a) Violación

La violación no fue definida en los estatutos de derecho penal internacional, sí, en cambio, en los Elementos de los Crímenes del siguiente modo:⁵⁴

“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 consentimiento⁵⁵”.

El acto requiere, por lo tanto, una injerencia física (“invasión”) en alguna parte del cuerpo de la víctima, ya sea masculina o femenina,⁵⁶ (penetración), así como también violencia y/o coacción.⁵⁷ El primer párrafo se refiere a la acción (objetiva) del autor, el segundo párrafo a la voluntad contraria de la víctima. De ello se concluye que el tipo protege la integridad sexual y autodeterminación de la víctima.⁵⁸ Comprende cualquier penetración, ya sea en sentido clásico (acto sexual forzado, es decir, penetración del pene en la vagina) o de otra manera (introducción del órgano sexual del autor en otros orificios corporales –penetración oral o anal– o introducción de otras partes del cuerpo del autor u objetos en la vagina

⁵⁴ Elementos de los Crímenes de la CPI (*supra* n. 27) para los arts. 7(1)(g-1), 8(2)(b)(xxii)-1 y 8(2)(e)(vi)-1. Sobre la jurisprudencia del TPIR y del TPIY, véase: Hayes (*supra* n. 8), pág. 129 ss; Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, 2010, art. 7, pág. 171; Luping, *AUJGSPL* 17 (2009), 431 (448 ss); Werle (*supra* n. 26), pág. 323 ss; Schomburg/Peterson, *AJIL* 101 (2007), 121 (132-138); Ayat, *ICLR* 10 (2010), 787 (809 ss). Con respecto a decisiones relevantes de la CESL, véase: Oosterveld, *Cornell International Law Journal (CILJ)*, 44 (2011) 49 ss.

⁵⁵ * *N. del T.*: la versión oficial inglesa, utilizada por el autor, habla de “genuine consent” (“consentimiento genuino”). En este punto, la versión oficial española, utilizada en esta traducción, emplea el término “libre consentimiento”. Debido a esta posible divergencia entre ambas versiones auténticas, en lo siguiente, luego de la frase según la versión española, se agregará el texto según la versión inglesa.

⁵⁶ Elementos de los Crímenes de la CPI, nota al pie 15 (*supra* n. 27): “El concepto ‘invasión’ se utiliza en sentido amplio para que resulte neutro en cuanto al género”. De acuerdo con ello: de Brouwer (*supra* n. 21), pág. 133.

⁵⁷ Boot/Hall (*supra* n. 7), art. 7, nm. 45.

⁵⁸ Werle (*supra* n. 26), pág. 323 ss, quien reconoce un cambio en la definición que se aleja de la acción objetiva y se acerca a la voluntad contraria de la víctima.

o ano).⁵⁹ De este modo, cualquier penetración puede constituir una violación, mientras que los actos sexuales sin penetración no se encuentran comprendidos.⁶⁰ La definición de los Elementos de los Crímenes originalmente estuvo influenciada por la jurisprudencia del TPIY y el TPIR.⁶¹ Sin embargo, esta jurisprudencia en parte fue más allá de aquella definición⁶²

⁵⁹ En un sentido similar: Zimmermann/Geiß (*supra* n. 45), § 8 del VStGB (Código Penal Internacional), nm. 142; con una interpretación más amplia de la definición: Werle (*supra* n. 26), pág. 323; Cottier (*supra* n. 7), art. 8, nm. 206. Un punto de vista crítico: de Brouwer (*supra* n. 21), pág. 132, quien encuentra confuso el texto de los Elementos de los Crímenes y señala que la definición no parece incluir la penetración de la boca de la víctima con un objeto, probablemente a causa de la falta de una dimensión sexual de la acción en este sentido.

⁶⁰ Del mismo modo, de Brouwer (*supra* n. 21), pág. 132.

⁶¹ Cfr. de Brouwer (*supra* n. 21), pág. 130, que atribuye la definición sobre todo al TPIY (*Trial Chamber*), sentencia del 10 de diciembre de 1998, IT-95-17/1-T (*Prosecutor v. Furundzija*) (*Furundzija Trial Judgment*) [en adelante: sentencia de primera instancia en el caso *Furundzija*], párr. 185, donde las características objetivas de una violación fueron definidas de la siguiente manera:

“(i) penetración sexual, aunque sea leve:

(a) de la vagina o del ano de la víctima con el pene del autor o cualquier otro objeto usado por el autor; o

(b) de la boca de la víctima con el pene del autor;

(ii) mediante coerción o fuerza o amenaza de fuerza contra la víctima o una tercera persona”

[“(i) the sexual penetration, however slight:

(a) of the vagina or anus of the victim by the penis of the perpetrator or any other object used by the perpetrator; or

(b) of the mouth of the victim by the penis of the perpetrator;

(ii) by coercion or force or threat of force against the victim or a third person.”]

En un sentido similar: Oosterveld, *CILJ*, 44 (2011) 49 (55) (distingue cuatro enfoques de la definición de violación).

⁶² Otra definición fue empleada en TPIR (*Trial Chamber I*), sentencia del 2 de septiembre de 1998, ICTR-96-4-T (*Prosecutor v. Akayesu*) (*Akayesu Trial Judgment*) [en adelante: sentencia de primera instancia en el caso *Akayesu*], párrs. 598, 688 (de acuerdo con ella, la violación es una “invasión física de naturaleza sexual, cometida sobre una persona bajo circunstancias coactivas” [“physical invasion of a sexual nature, committed on a person under circumstances who are coercive”]). Parece abarcar también, por ejemplo, la masturbación forzada y la mutilación sexual, cfr. de Brouwer (*supra* n. 21), pág. 133. Decisiones posteriores se remitieron en parte a esta definición, por ejemplo: TPIY (*Trial Chamber*), sentencia del 2 de noviembre de 2001, IT-98-30/1-T (*Prosecutor v. Kvočka et al.*) (*Kvočka et al. Trial Chamber*) [en adelante: sentencia de primera instancia en el caso *Kvočka*], párr. 175; confirmada también por TPIR (*Trial Chamber III*), sentencia del 28 de abril de 2005, ICTR-95-1B-T (*Prosecutor v. Muhimana*) (*Muhimana Trial Chamber*) [en adelante: sentencia de primera instancia en el caso *Muhimana*], párr. 551. Para la evolución: de Brouwer (*supra* n. 21), págs. 105-129 (con respecto a las definiciones de los Tribunales *ad hoc*) y págs. 131-137 (con respecto a la definición de los Elementos de los Crímenes de la CPI). Con respecto a la jurisprudencia correspondiente del TPIR, véase también: Askin, *Journal of International Criminal Justice (JICJ)* 3 (2005), 1007; un punto de vista crítico de la jurisprudencia del TPIR: Buss, en McGlynn/Munro

y se apartó de ella en decisiones posteriores.⁶³ Todavía está pendiente una decisión de la CPI.

Dado que en el caso de la violación se trata de una protección de la autodeterminación (sexual), un consentimiento (genuino)⁶⁴ excluye fundamentalmente la tipicidad. Según la opinión dominante en la jurisprudencia, sin embargo, esto no vale en el contexto de conflictos armados, porque el clima de coacción y violencia que allí impera imposibilita *a limine* un consentimiento “verdadero”.⁶⁵ Esto también supone el segundo párrafo de

(*supra* n. 9), pág. 61 ss (crítica que la jurisprudencia posterior a *Akayesu* (*supra* n. 61) no haya adoptado aquel enfoque). Para Munro, en McGlynn/Munro (*supra* n. 9), pág. 17 el enfoque de *Akayesu* es más bien “conceptual” [“conceptual”] y no “enumerativo” [“cataloguing”].

⁶³ Cfr. de Brouwer (*supra* n. 21), págs. 130, 133.

⁶⁴ “Consent” aquí se traduce como “consentimiento” [*Zustimmung*], porque la distinción habitual en Alemania entre “acuerdo” [*Einverständnis*] y “consentimiento” [*Einwilligung*] no se concibe en el derecho penal internacional. Según la opinión dominante, el “consent” excluye la tipicidad, es decir, como el acuerdo [*Einverständnis*] según el derecho penal alemán. [N. del T.: los términos “*Zustimmung*” y “*Einwilligung*” serán aquí traducidos como “consentimiento”, sin embargo, para diferenciarlos, cada vez que el autor se refiera al segundo se pondrá entre corchetes también la palabra en alemán].

⁶⁵ Véase la sentencia de primera instancia originaria del TPIR en el caso *Akayesu* (*supra* n. 61), párrs. 598, 688 (“cometida sobre una persona bajo circunstancias coactivas” [“committed on a person under circumstances who are coercive”]). En este sentido, TPIY (*Appeals Chamber*), sentencia del 12 de junio de 2001, IT-96-23, IT-96-23/1-A (*Prosecutor v. Kunarac et al.*) (*Kunarac et al. Appeals Judgment*) [en adelante: sentencia de apelación en el caso *Kunarac et al.*], párr. 130: “[...] los crímenes contra la humanidad serán casi universalmente coercitivos. [...] un consentimiento verdadero no será posible” [“[...] crimes against humanity will be almost universally coercive. [...] true consent will not be possible”]; TPIR, sentencia de primera instancia en el caso *Muhimana* (*supra* n. 61), párr. 546 (“que vicia el consentimiento verdadero” [“vitiating true consent”]); CESL (*Trial Chamber I*), sentencia del 2 de marzo de 2009, SCSL-04-15-T (*Prosecutor v. Sesay et al.*) (*Sesay et al. Trial Judgment*) [en adelante: sentencia de primera instancia en el caso *Sesay et al.*], párr. 1577. Similar: Schomburg/Peterson, *AJIL* 101 (2007), 121 (138, 140: “tornan imposible el consentimiento genuino de la víctima” [“make genuine consent by the victim impossible”]); Aranburu, *LJIL* 23 (2010), 609 (617: “es improbable que tengan algún peso en un contexto de violencia y coerción masiva” [“unlikely to carry any weight in a context of mass coercion and violence”]); Zimmermann/Geiß (*supra* n. 45), § 8 del *VStGB* (Código Penal Internacional), nm. 143, quienes argumentan que en un conflicto armado y en presencia de unidades armadas por lo común existirá una situación de coacción, que excluye un verdadero acuerdo; similar, también: O’Byrne, *ICLR* 11 (2011) 495 (508 ss); en este sentido, también: Amnesty International, *Rape and Sexual Violence. Human Rights Law and Standards in the International Criminal Court*, IOR 53/001/2011, marzo de 2011 [en adelante: Informe de Amnistía Internacional sobre violación] disponible en: <http://www.amnesty.org/en/library/info/IOR53/001/2011/en> (consultado el 30 de abril de 2011), págs. 6, 16 ss. (distinguiendo entre diversas situaciones de violencia y coacción), 29 s. Crítica con respecto a la admisión de coacción, porque *per se* haría “jurídicamente imposible” [“legally impossible”] una relación sexual consentida: Engle, *AJIL* 99 (2005), 792 (804). Para un debate general (en parte con referencia a la sentencia de primera instancia en el caso *Akayesu* mencionada

los Elementos de los Crímenes citado anteriormente, cuando allí se menciona un “entorno de coacción”.⁶⁶ El consentimiento que excluye la responsabilidad de ninguna manera es un “concepto superado”,⁶⁷ más bien ello es

anteriormente [*supra* n. 61]) con respecto a la relación y el efecto del consentimiento y la coacción, véase, por ejemplo: Munro (*supra* n. 61), pág. 17 ss (principio del “consentimiento plus” [“consent-plus”], pág. 22 ss); sobre la posible justificación de una penetración acordada, en general: Herring/Dempsey, en McGlynn/Munro (*supra* n. 9), pág. 30 ss. Sobre la relevancia de la sentencia de primera instancia en el caso *Akayesu* al respecto, también: Cole (*supra* n. 9), pág. 54 s. Con respecto a la exclusión del consentimiento en caso de violencia o amenaza en el derecho nacional, cfr. también art. 120 (t) (14) del *US Uniform Code of Military Justice* (Código Uniforme de Justicia Militar de los Estados Unidos) (*United States Code*, Title 10, Subtitle A, Part II, Chapter 47, [US UCMJ]): “El término ‘consentimiento’ significa palabras o actos manifiestos que indican un acuerdo dado libremente para la conducta sexual en cuestión por una persona con capacidad. [...] La ausencia de sumisión o resistencia verbal o física resultante del uso o amenaza de fuerza por el acusado o del hecho de que ha causado temor a otra persona no constituye consentimiento [...]” [“The term ‘consent’ means words or overt acts indicating a freely given agreement to the sexual conduct at issue by a competent person. [...] Lack of verbal or physical resistance or submission resulting from the accused’s use of force, threat of force, or placing another person in fear does not constitute consent. [...]”].

⁶⁶ Sobre las negociaciones véase: Cottier (*supra* n. 7), art. 8, nm. 207 (pág. 440). Cfr. además la Regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI, ICC-ASP/1/3 (Part. II-A), 9 de septiembre de 2002: “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 [“genuine consent” en la versión inglesa];

(b) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre [“genuine consent” en la versión inglesa];

(c) El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual;

(d) La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo”.

Como ejemplo de una disposición nacional, según la cual se excluye el consentimiento en caso de violencia o amenazas, véase el art. 120 (t) (14) del *US UCMJ* (*supra* n. 64): “El término ‘consentimiento’ significa palabras o actos manifiestos que indican un acuerdo dado libremente para la conducta sexual en cuestión por una persona con capacidad. [...] La ausencia de sumisión o resistencia verbal o física resultante del uso o amenaza de fuerza por el acusado o del hecho de que ha causado temor a otra persona no constituye consentimiento [...]” [“The term ‘consent’ means words or overt acts indicating a freely given agreement to the sexual conduct at issue by a competent person. [...] Lack of verbal or physical resistance or submission resulting from the accused’s use of force, threat of force, or placing another person in fear does not constitute consent. [...]”].

⁶⁷ Así en *Boot/Hall* (*supra* n. 7), art. 7, nm. 45. Similar: Luping, *AUJGSPL* 17 (2009), 431 (474), quien no hace depender en absoluto el tipo de la violación de un consentimiento

reconocido en principio también en el derecho penal internacional, pero las circunstancias coactivas de un conflicto armado generalmente hablan en favor de su ausencia (fáctica). En cuanto a la intensidad de coacción necesaria para excluir el consentimiento, la Sala de Cuestiones Preliminares II de la CPI en el caso *Bemba* adoptó una posición bastante amplia:⁶⁸

“En relación con el término ‘coacción’, la Sala observa que no requiere fuerza física. Más bien pueden constituir coacción: amenazas, intimidación, extorsión y otras formas de coerción que se basan en el temor o la desesperación, y la coacción en ciertas circunstancias puede ser inherente, como en los conflictos armados o en caso de presencia militar”.

En suma, se puede hablar de una presunción de no existencia de consentimiento,⁶⁹ con lo cual éste se transforma en una “defensa afirmativa” que debe ser presentada por la defensa y que sólo es admisible bajo circunstancias extraordinarias.⁷⁰ Por lo demás, el consentimiento carece de efecto en el derecho penal internacional, cuando el portador del bien jurídico no tiene capacidad para prestar su consentimiento⁷¹ o cuando éste se obtuvo por error o engaño.⁷²

to, sino que solamente estima necesaria su mención para ilustrar las circunstancias en las cuales las víctimas ya no están en condiciones de dar su consentimiento.

⁶⁸ CPI (*Pre-Trial Chamber II*), *Decision Pursuant to article 61(7)(a) and (b) on the Charges against Jean-Pierre Bemba Gombo*, 15 de junio de 2009, ICC 01/05-01/08 (*Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*) (*Bemba Confirmation of Charges*) [en adelante: confirmación de cargos en el caso *Bemba*], párr. 162 (pág. 57). Para una interpretación similar, véase: TPIR, sentencia de primera instancia en el caso *Akayesu* (*supra* n. 61), párr. 688.

⁶⁹ Véase TPIY, sentencia de apelación en el caso *Kunarac et al.* (*supra* n. 64), párr. 131 (“aquí es preciso presumir la falta de consentimiento” [“need to presume non-consent here”]). Véase también: Cottier (*supra* n. 7), art. 8, nm. 207 (remitiéndose a la Sala de Apelaciones en el caso *Kunarac* y la Sala de Juicio en el caso *Furundzija*) y nm. 208 (con respecto a la esclavitud sexual); Boot/Hall (*supra* n. 7), art. 7, nm. 46 (“concepto de no consentimiento” [“concept of non-consent”]); Schomburg/Peterson, *AJIL* 101 (2007), 121 (138).

⁷⁰ Así también TPIR (*Appeals Chamber*), sentencia del 7 de julio de 2006, ICTR-2001-64-A (*Prosecutor v. Gacumbitsi*), párrs. 151-157 [en adelante: sentencia de apelación en el caso *Gacumbitsi*] (comentario de la sentencia en: Cole, *ICLR* 8 (2008) 55 ss); similar: Schomburg/Peterson, *AJIL* 101 (2007), 121 (139).

⁷¹ Elementos de los Crímenes de la CPI (*supra* n. 27), véase allí la nota al pie 16 al art. 7(1)(g-1): “Se entiende que una persona es incapaz de dar su libre consentimiento [“genuine consent” en la versión inglesa] si adolece de una incapacidad natural, inducida o debida a la edad”. Esta nota también se aplica sobre los elementos correspondientes del art. 7(1)(g-3), (5) y (6). Véase también allí la nota al pie 51 referida al art. 8 (2)(b) (xxii)-1, (xxii)-3, (xxii)-5, (xxii)-6 y la nota 63 referida al art. 8(2)(e)(vi)-1, (vi)-3, (vi)-5, (vi)-6 que contienen el mismo texto.

⁷² Con respecto al engaño, véase también la nota al pie 20 de los Elementos de los Crímenes de la CPI (*supra* n. 27): “Se entiende que ‘libre consentimiento’ [“genuine consent” en la versión inglesa] no incluye el consentimiento obtenido mediante engaño”.

Cuando un consentimiento fracasa debido a circunstancias coactivas, no puede alegarse fehacientemente un error sobre la existencia fáctica del consentimiento (“mistake of fact”)⁷³. Un supuesto error de derecho (“mistake of law”) sobre el ámbito de aplicación del consentimiento en un conflicto armado (dicho crudamente: un supuesto derecho (consuetudinario) a abusos sexuales en conflictos armados) en todo caso no resultaría considerable de conformidad con el art. 32(2) del Estatuto de la CPI.⁷⁴

⁷³ Un ejemplo conocido es el caso del boxeador Mike Tyson, que fue condenado en Indianápolis en el año 1992 por haber violado a Desiree Washington de 18 años de edad, a pesar de que en su defensa alegó un consentimiento de la víctima (al respecto, Cavallaro, *Journal of Criminal Law & Criminology* 86 [1996], 815 [refiriéndose a Tyson, 835 s con n. 90]). El *US UCMJ* (*supra* n. 65) contiene incluso una disposición expresa sobre el “error de hecho sobre el consentimiento” [“mistake of fact as to consent”] (art. 120 (t) (15): “El término ‘error de hecho sobre el consentimiento’ significa que el acusado tuvo por error o ignorancia una creencia incorrecta de que la otra persona interviniente en el acto sexual lo había consentido. La ignorancia o el error tienen que haber existido en la mente del acusado y tienen que haber sido razonables a la luz de todas las circunstancias. Para ser razonables, la ignorancia o el error tienen que haberse basado en información o falta de información, que indicara a una persona razonable que la otra persona prestó su consentimiento. Además, la ignorancia o el error no pueden haberse basado en la falta negligente de averiguar cuáles eran las verdaderas circunstancias. La negligencia es la ausencia de la debida diligencia. La debida diligencia es lo que una persona razonablemente cuidadosa haría en las mismas circunstancias o en circunstancias similares. Si al momento del delito el acusado se encontraba en estado de ebriedad, no es relevante para el error de hecho. La creencia errónea de que la otra persona prestó su consentimiento debe ser aquella que una persona adulta, razonablemente cuidadosa, común, prudente y sobria hubiera tenido en esas circunstancias al momento del delito” [“The term ‘mistake of fact as to consent’ means the accused held, as a result of ignorance or mistake, an incorrect belief that the other person engaging in the sexual conduct consented. The ignorance or mistake must have existed in the mind of the accused and must have been reasonable under all the circumstances. To be reasonable the ignorance or mistake must have been based on information, or lack of it, which would indicate to a reasonable person that the other person consented. Additionally, the ignorance or mistake cannot be based on the negligent failure to discover the true facts. Negligence is the absence of due care. Due care is what a reasonably careful person would do under the same or similar circumstances. The accused’s state of intoxication, if any, at the time of the offense is not relevant to mistake of fact. A mistaken belief that the other person consented must be that which a reasonably careful, ordinary, prudent, sober adult would have had under the circumstances at the time of the offense”].

⁷⁴ Siempre que un posible consentimiento, en el sentido del acuerdo alemán, no excluya el tipo objetivo, sino que funcione de manera especial como una causa excluyente de la responsabilidad (con más exactitud, como una causa de justificación en el sentido del consentimiento [*Einwilligung*]). Para la complicada regulación del error en el art. 32 del Estatuto de la CPI, cfr. Ambos (*supra* n. 20), § 7, nm. 97 ss.

En la práctica de la CPI se admitieron cargos por violación en el caso *Katanga*;⁷⁵ además, en algunas órdenes de detención⁷⁶ y citaciones⁷⁷ se atribuyen violaciones a los sospechosos. También en la situación de Libia hay investigaciones basadas en alegaciones de violación.⁷⁸

⁷⁵ CPI (*Pre-Trial Chamber I*), *Decision on the Confirmation of the Charges*, 30 de septiembre de 2008, ICC-01/04-01/07 (*Prosecutor v. Katanga et al.*) [en adelante: confirmación de cargos en el caso *Katanga et al.*], párrs. 442-444.

⁷⁶ Véase, por ejemplo, CPI (*Pre-Trial Chamber II*), *Warrant of Arrest for Joseph Kony issued on 8 July 2005 as amended on 27 September 2005*, versión redactada públicamente, ICC-02/04-01/05-53 (Situación en Uganda) (*Kony Warrant of Arrest*) [en adelante: orden de detención en el caso *Kony*], cargos 2 y 3, págs. 12-13; CPI (*Pre-Trial Chamber II*), *Warrant of Arrest for Vincent Otti* del 8 de julio de 2005, versión redactada públicamente, ICC-02/04-01/05-54 (Situación en Uganda) (*Otti Warrant of Arrest*) [en adelante: orden de detención en el caso *Otti*], cargo 3, pág. 13; CPI (*Pre-Trial Chamber I*), *Warrant of Arrest for Ali Kushayb* del 27 de abril de 2007, ICC-02/05-01/07-3 (Situación en Darfur, Sudán) (*Kushayb Warrant of Arrest*) [en adelante: orden de detención en el caso *Ali Kushayb*], cargos 13, 14, 42 y 43, págs. 8-9 y 14-15; CPI (*Pre-Trial Chamber I*), *Warrant of Arrest for Ahmad Harun* del 27 de abril de 2007, ICC-02/05-01/07-2 (Situación en Darfur, Sudán) (*Harun Warrant of Arrest*) [en adelante: orden de detención en el caso *Harun*], cargos 13, 14, 42 y 43, págs. 8-9 y 13-14; CPI (*Pre-Trial Chamber I*), *Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir* del 4 de marzo de 2009, ICC-02/05-01/09-1 (Situación en Darfur, Sudán) (*Bashir First Warrant of Arrest*) [en adelante: orden de detención en el caso *Al Bashir*], pág. 6 (miles de violaciones) y párr. vii, pág. 8 (violación como crimen contra la humanidad en calidad de autor mediato).

⁷⁷ Según las citaciones de la CPI en el caso referido a la “violencia postelectoral” en Kenia, los sospechosos Muthaura, Kenyatta y Ali serían “criminalmente responsables como coautores mediatos de conformidad con el artículo 25(3)(a) del Estatuto de Roma por los crímenes contra la humanidad de asesinato, traslado forzoso, violación, persecución y otros actos inhumanos” [“criminally responsible as indirect co-perpetrators in accordance with article 25(3)(a) of the Rome Statute for the crimes against humanity of murder, forcible transfer, rape, persecution and other inhumane acts”], cfr. CPI, Comunicado de prensa, *Pre-Trial Chamber II delivers six summonses to appear in the Situation in the Republic of Kenya*, 9 de marzo de 2011, ICC-CPI-20110309-PR637, disponible en: http://www.icc-cpi.int/menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200109/related%20cases/icc01090211/press%20releases/pre_trial%20chamber%20ii%20delivers%20six%20summonses%20to%20appear%20in%20the%20situation%20in%20the%20republic%20of%20kenya (consultado el 4 de diciembre de 2011).

⁷⁸ Cfr. ICC Prosecutor [Fiscalía de la CPI], *Statement to the United Nations Security Council on the situation in the Libyan Arab Jamahiriya, pursuant to UNSCR 1970 (2011)*, 4 de mayo de 2011, párr. 12, disponible en: http://www.icc-cpi.int/menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20prosecutor/reports%20and%20statements/statement/statement%20to%20the%20united%20nations%20security%20council%20on%20the%20situation%20in%20the%20libyan%20arab%20jamahiriya_%20pur (consultado el 4 de diciembre de 2011).

b) *Esclavitud sexual*

La esclavitud sexual es una forma especial de esclavitud en el sentido del art. 7(1)(c) del Estatuto de la CPI.⁷⁹ Puede ser cometida por una o varias personas en el marco de un objetivo criminal común (“propósito criminal común”).⁸⁰ La definición en los Elementos de los Crímenes dice:⁸¹

“1. Que el autor haya ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o todos ellos, o les haya impuesto algún tipo similar de privación de libertad.

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

Las características centrales del tipo a la luz de esta definición son el ejercicio de un derecho de propiedad (“chattel slavery”) así como, junto con ello, una pérdida de autonomía de la víctima.⁸² La lista de los derechos de propiedad enumerados en el primer párrafo de la definición no es concluyente.⁸³ La privación de la libertad puede estar acompañada de trabajos forzados u otras circunstancias que reduzcan a la víctima a una “condición servil”.⁸⁴ La pérdida de autonomía de la víctima en la esclavi-

⁷⁹ Cottier (*supra* n. 7), art. 8, nm. 208 (pág. 442); Schabas (*supra* n. 54), art. 7, pág. 172; Werle (*supra* n. 26), pág. 325; también CPI, confirmación de cargos en el caso *Katanga* (*supra* n. 74), párr. 430; CESL (*Trial Chamber II*), sentencia del 20 de julio de 2007, SCSL-04-16-T (*Prosecutor v. Brima et al.*) (*Brima et al. Trial Judgment*) [en adelante: sentencia de primera instancia en el caso *Brima et al.*], párr. 706.

⁸⁰ Véase la nota al pie 17 de los Elementos de los Crímenes de la CPI (*supra* n. 27): “Dado el carácter complejo de este crimen, se reconoce que sus autores podrían ser dos o más personas con un propósito delictivo común”.

⁸¹ Elementos de los Crímenes de la CPI (*supra* n. 27) con respecto al art. 7(1)(g-2.), art. 8(2)(b)(xxii)-2, art. 8(2)(e)(vi)-2. La misma definición fue utilizada por la CESL: sentencia de primera instancia en el caso *Sesay et al.* (*supra* n. 64), párr.158; sentencia de primera instancia en el caso *Brima et al.* (*supra* n. 78), párr. 708. Dyani, *AUJGSPL15* (2007), 230 (237 en la nota 69 allí indicada) enfatiza el desarrollo posterior de esta definición frente a aquella de la Convención sobre la esclavitud del año 1926 (60 U.N.S.T. 254); Luping, *AUJGSPL* 17 (2009), 431 (477) observa paralelismos con la *Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices similar to Slavery* de 1956 (Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, 7 de septiembre de 1956, 266 U.N.T.S. 3).

⁸² Véase también: Cottier (*supra* n. 7), art. 8, nm. 208.

⁸³ CESL, sentencia de primera instancia en el caso *Brima et al.* (*supra* n. 78), párr. 709.

⁸⁴ CESL, sentencia de primera instancia en el caso *Brima et al.* (*supra* n. 78), párr. 709. Véase también la nota al pie 18 de los Elementos de los Crímenes de la CPI (*supra* n. 27): “Se entiende que ese tipo de 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

tud sexual se intensifica a través de los actos sexuales (segundo párrafo de la definición) que no deben constituir necesariamente una violación.⁸⁵ Debido a que la privación de la libertad es una característica de la esclavitud sexual, ésta constituye un delito continuado.⁸⁶

Las formas de la esclavitud sexual pueden consistir, por ejemplo, en la detención de mujeres en “campos de violación”,⁸⁷ “estaciones de confort” (como las que fueron establecidas, a modo de ejemplo, por el ejército japonés durante la Segunda Guerra Mundial) o también en casas particulares⁸⁸. La esclavitud sexual también puede comprender comportamientos mediante los cuales las mujeres son tratadas como cosas y a través de los cuales se lesiona la prohibición imperativa en el ámbito del derecho internacional de la esclavitud.⁸⁹ En este sentido, se ha debatido especialmente sobre los casamientos forzados (temporarios). La Corte Especial de Sierra Leona se ocupó por primera vez de la esclavitud sexual y los casamientos forzados.⁹⁰ De este modo, en el caso “AFRC”⁹¹ (*Brima et al.*) algunos casamientos forzados fueron considerados como esclavitud sexual en primera instancia,⁹² mientras que la Sala de Apelaciones, sin embargo, los caracterizó como crímenes contra la humanidad autónomos en la forma de “otros actos inhumanos” (art. 2(i) Estatuto de la CESL)⁹³ y determinó:

de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 1956. Se entiende además que la conducta descrita en este elemento incluye el tráfico de personas, en particular de mujeres y niños”.

⁸⁵ Luping, *AUJGSPL* 17 (2009), 431 (477).

⁸⁶ Boot/Hall (*supra* n. 7), art. 7, nm. 49.

⁸⁷ Al respecto, TPIY (*Prosecutor*), acusación del 26 de junio de 1996, IT-96-23-1 (*Prosecutor v. Gagovic [Foca]*), párrs. 1.5, 4.8.

⁸⁸ Al respecto, TPIY (*Trial Chamber*), sentencia del 22 de febrero de 2001, IT-96-23-T (*Prosecutor v. Kunarac et al.*) [sentencia de primera instancia en el caso *Kunarac*], párr. 744. Dado que el Estatuto del TPIY no contiene una disposición especial para la esclavitud sexual, la condena se basa en los crímenes contra la humanidad de violación y esclavitud (art. 5(c) y (g) del Estatuto del TPIY).

⁸⁹ CPI, confirmación de cargos en el caso *Katanga* (*supra* n. 74), párr. 431.

⁹⁰ Para ello: Oosterveld, *CILJ*, 44 (2011) 49 (61 ss); Wharton, *ICLR* 11 (2011) 217 ss (especialmente pág. 230 ss, con respecto a la posibilidad de que los crímenes subsidiarios deban valer como crímenes “nuevos” en el sentido del principio de legalidad).

⁹¹ *Armed Forces Revolutionary Council* [Consejo de las Fuerzas Armadas Revolucionarias].

⁹² CESL, sentencia de primera instancia en el caso *Brima et al.* (*supra* n. 78), párrs. 703-713; cfr. también: Wharton, *ICLR* 11 (2011) 217 (227 ss).

⁹³ CESL (*Appeals Chamber*), sentencia del 22 de febrero de 2008, SCSL-04-16-A (*Prosecutor v. Brima et al.*) (*Brima et al. Appeals Judgment*) [en adelante: sentencia de apelación en el caso *Brima et al.*], párrs. 181-203 (195, 202); asintiendo: Jain, *JICJ* 6 (2008), 1013 (1013, 1022: “hace mucho tiempo”); Doherty, *AUJGSPL* 17 (2009), 327 (331 ss). Cfr. también: Cole (*supra* n. 9), pág. 5; Wharton, *ICLR* 11 (2011) 217 (228 ss); Scharf/Mattler,

“Si bien el casamiento forzado comparte ciertos elementos con la esclavitud sexual, tales como el sexo no consentido y la privación de la libertad, existen, sin embargo, factores distintivos. En primer lugar, el casamiento forzado implica un autor que obliga a una persona mediante fuerza o amenaza de fuerza, a través de palabras o de la conducta del autor o de aquellos relacionados con él, a ingresar en una asociación conyugal forzada con otra persona, de lo cual resulta un gran sufrimiento o graves lesiones físicas o psíquicas para la víctima. En segundo lugar, a diferencia de esclavitud sexual, el casamiento forzado implica una relación de exclusividad entre el “marido” y la “esposa”, que podría conducir a consecuencias disciplinarias [isic!] en caso de ruptura de este convenio exclusivo. Estas diferencias dan a entender que el casamiento forzado no es predominantemente un delito sexual”.⁹⁴

Además, la Sala de Primera Instancia de la CESL en el caso “RUF”⁹⁵ (*Sesay et al.*) sostuvo que los miembros del RUF tenían mujeres, las llamadas “bush wife” (que eran obligadas mediante fuerza y coacción a contraer matrimonio), con la finalidad de esclavizar estratégica e intencionalmente y manipular psicológicamente a mujeres y niñas civiles.⁹⁶ Los acusados fueron condenados cumulativamente por esclavitud sexual y casamientos forzados (“otros actos inhumanos” como crimen contra la humanidad).⁹⁷

Por el contrario, para la Sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI la esclavitud sexual comprende también situaciones de casamientos forzados, esclavitud doméstica o formas de trabajo forzado, que van acompañadas de actividades sexuales, incluida la violación.⁹⁸

En relación con el aspecto subjetivo del hecho, la Corte de Sierra Leona exige que el autor haya participado voluntariamente en los actos de esclavitud sexual o haya tenido “conocimiento razonable” de ellos.⁹⁹

Forced Marriage: Exploring the Viability of the Special Court for Sierra Leone’s New Crime Against Humanity, Case Research Paper Series in Legal Studies Working Paper 05-35, octubre de 2005, pag. 6, disponible en: http://papers.ssfncm.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=824291. Un punto de vista crítico: Goodfellow, *ICLR* 11 (2011) 831 ss (“La decisión de la Sala infringe el principio de legalidad, en especial, la irretroactividad, la prohibición de analogía y la exigencia de taxatividad”).

⁹⁴ CESL, sentencia de apelación en el caso *Brima et al.* (*supra* n. 92), párr. 195.

⁹⁵ *Revolutionary United Front* [Frente Revolucionario Unido].

⁹⁶ CESL, sentencia de primera instancia en el caso *Sesay et al.* (*supra* n. 64), párrs. 1465-1473; al respecto: Oosterveld, *CILJ*, 44 (2011) 49 (52 ss, especialmente 66).

⁹⁷ CESL, sentencia de primera instancia en el caso *Sesay et al.* (*supra* n. 64), párr. 2307.

⁹⁸ CPI, confirmación de cargos en el caso *Katanga* (*supra* n. 74), párr. 431. Véase también: Cottier (*supra* n. 7), art. 8, nm. 208.

⁹⁹ CESL, sentencia de primera instancia en el caso *Brima et al.* (*supra* n. 78), párr. 708.

En el caso *Katanga* de la CPI,¹⁰⁰ los cargos por esclavitud sexual fueron confirmados sin mayores consideraciones materiales y son objeto de dos órdenes de detención contra miembros del Ejército de Resistencia del Señor de Uganda (*Lord's Resistance Army*, "LRA")¹⁰¹. En el caso *Lubanga* fueron admitidas, en el marco de una "recalificación jurídica" con base en la Regla 55 del Reglamento de la Corte,¹⁰² recién ahí las circunstancias fundamentadoras de la esclavitud sexual,¹⁰³ lo que, sin embargo, fue desechado por la Sala de Apelaciones.¹⁰⁴

c) Prostitución forzada

En los Elementos de los Crímenes la prostitución forzada se define de la siguiente manera:¹⁰⁵

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

¹⁰⁰ CPI, confirmación de cargos en el caso *Katanga* (*supra* n. 74), párr. 436.

¹⁰¹ CPI, orden de detención en el caso *Kony* (*supra* n. 75), cargo 1 (pág. 12); CPI, orden de detención en el caso *Otti* (*supra* n. 75), cargo 1 (pág. 12).

¹⁰² CPI, Reglamento de la Corte, 26 de mayo de 2004, ICC-BD/01-01-04.

¹⁰³ CPI (*Trial Chamber I*), *Decision Giving Notice to the Parties and Participants that the Legal Characterization of the Facts may be Subject to Change in Accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court*, 14 de julio de 2009, ICC-01/04-01/06 (*Prosecutor v. Lubanga*).

¹⁰⁴ Véase CPI (*Appeals Chamber*), *Judgment on the appeals of Mr. Lubanga Dyilo and the Prosecutor against the Decision of Trial Chamber I of 14 July 2009 entitled "Decision giving notice to de parties and participants that the legal characterization of the facts may be subject to change in accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court"*, 8 de diciembre de 2009, ICC-01/04-01/06 (*Prosecutor v. Lubanga*), párrs. 93–100; y CPI (*Trial Chamber*), *Decision on the Legal Representatives' Joint Submissions concerning the Appeals Chamber's Decision on 8 December 2009 on Regulation 55 of the Regulations of the Court*, 8 de enero de 2010, ICC-01/04-01/06 (*Prosecutor v. Lubanga*), párrs. 34–38. Comentario crítico de la decisión por: Merope, *Criminal Law Forum (CLF)* 22 (2011) 311, quien alega (con demasiada extensión) a favor de una interpretación amplia de los motivos referidos al género ("gender based").

¹⁰⁵ Elementos de los Crímenes de la CPI (*supra* n. 27) con respecto a los arts. 7(1)(g)-3; 8 (2) (b) (xxii)-3 y 8 (2) (e) (vi)-3.

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

El primer párrafo define la acción de manera bastante amplia, pues la participación forzada de una o más personas a través de las formas mencionadas de coacción en los actos sexuales es suficiente para realizar el tipo. De acuerdo con el segundo párrafo debe considerarse la expectativa de un beneficio por parte del autor y no la perspectiva de la víctima.¹⁰⁶ Además, los actos sexuales no surgen de una iniciativa de la víctima, como en algunos casos de prostitución “nacional”, sino del autor.¹⁰⁷

En comparación con la esclavitud sexual, la prostitución forzada configura un tipo de recogida, porque faltan las circunstancias típicas que acompañan a la primera.¹⁰⁸ La prostitución forzada también contiene una característica de continuidad, la víctima debe haberse encontrado en la situación de coacción durante un período de tiempo determinado, en este sentido, puede hablarse de un delito continuado. Por otra parte, también puede tratarse de un delito de resultado, si sólo se realizó un acto sexual.¹⁰⁹

d) Embarazo forzado

El embarazo forzado es el único delito sexual definido expresamente en el Estatuto de la CPI, en su art. 7(2)(f) establece:

“Por ‘embarazo forzado’ se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional”.

¹⁰⁶ Cfr., en este sentido, también § 181a del *StGB* (Código Penal alemán). Con respecto a la delimitación entre el embarazo forzado y las figuras penales nacionales de prostitución: Boot/Hall (*supra* n. 7), art. 7, nm. 49 (“El segundo elemento no contextual indica que este crimen es completamente diferente en su naturaleza al delito ordinario de prostitución del derecho nacional, porque implica una expectativa por parte del autor que coaccionó a la víctima a participar de uno o más actos de naturaleza sexual y no la expectativa de obtener un provecho por parte de quien intervino en estos actos” [“The second non-contextual element makes clear that this crime is entirely different in nature from the ordinary crime of prostitution under national law, because it includes expectation by the perpetrator who coerced the victim to engage in one or more acts of a sexual nature, not an expectation of advantage by the person engaging in those acts”]).

¹⁰⁷ Para un punto de vista crítico, en este aspecto desacertado, véase: Boot/Hall (*supra* n. 7), art. 7, nm. 48; véase también: Cottier (*supra* n. 7), art. 8, nm. 209.

¹⁰⁸ Bedont/Hall-Martinez, *BJWA* 1999, 65 (73); véase también: Cottier (*supra* n. 7), art. 8, nm. 203; Boot/Hall (*supra* n. 7), art. 7, nm. 49.

¹⁰⁹ Boot/Hall (*supra* n. 7), art. 7, nm. 50; Cottier (*supra* n. 7), art. 8, nm. 209.

De los Elementos de los Crímenes, en este sentido, se extrae complementariamente lo siguiente:

“1. Que el autor haya confinado a una o más mujeres que hayan quedado embarazadas por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otra infracción grave del derecho internacional”.¹¹⁰

El delito sanciona tanto la fecundación forzada (el embarazo como consecuencia de una violación o de un tratamiento médico ilegal) como la maternidad forzada (la coacción para dar a luz). En la jurisprudencia no existen antecedentes.¹¹¹ El confinamiento ilícito comprende todas las modalidades de privación de la libertad contrarias al derecho internacional.¹¹² El ejercicio compulsivo (“hayan quedado embarazadas por la fuerza”) no tiene que consistir necesariamente en el ejercicio de violencia física, más bien alcanza con cualquier forma de coacción.¹¹³ El embarazo puede haberse realizado antes o durante el confinamiento, en la medida que el tipo no establece una delimitación temporal.¹¹⁴

El autor debe actuar con la intención de alterar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En la doctrina ha sido interpretado como una “intención especial” o “específica” [*special* o *specific intent*],¹¹⁵ pero ello no es irrefutable, porque el concepto de “intención” [*intention*] es ambivalente y puede ser entendido también en un sentido cognitivo.¹¹⁶ La “especialidad” de la intención [*intention*] necesaria, en todo caso, consiste en la manifiesta dirección de la agresión contra la composición étnica de la población afectada. Por lo tanto, lo “especial” de la intención requerida es que ella va más allá del dolo general que se limita al embarazo y confinamiento, en el sentido de que la acción, además, debe dirigirse a alterar la composición étnica de

¹¹⁰ Elementos de los Crímenes de la CPI (*supra* n. 27) con respecto a los arts. 7(1)(g-4); 8(2)(b)(xxii)-4 y 8(2)(e)(vi)-4.

¹¹¹ Sobre la evolución de la disposición véase: de Brouwer (*supra* n. 21), pág. 143 ss; Cottier (*supra* n. 7), art. 8, nm. 210.

¹¹² Boot/Hall (*supra* n. 7), art. 7, párr. 111.

¹¹³ Cfr. Boot/Hall (*supra* n. 7), art. 7, nm. 112, para quienes el embarazo forzado también puede ser penado como violación u “otra forma de violencia sexual de gravedad comparable” (art. 7(1)(g) Estatuto de la CPI).

¹¹⁴ Werle (*supra* n. 26), pág. 326.

¹¹⁵ Boot/Hall (*supra* n. 7), art. 7, nm. 113 (“intención específica” [*specific intent*]); Cottier (*supra* n. 7), art. 8, nm. 210 (“special intent” [“intención especial”]).

¹¹⁶ Por último, véase: Ambos, *International Review of the Red Cross* 91 (2009), 833 (842 s.).

la población afectada.¹¹⁷ Otras violaciones del derecho internacional que se refieren a este tema comprenden el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y la desaparición forzada.¹¹⁸

Como señala el art. 7(2)(f) *in fine* del Estatuto de la CPI, las normas de derecho interno relativas al embarazo en ningún modo deben verse afectadas por esta disposición, en especial no debe interpretarse el aborto como una consecuencia del embarazo forzado y, por ello, justificarse.¹¹⁹

e) Esterilización forzada

La esterilización forzada está definida en los Elementos de los Crímenes del siguiente modo:

1. Que el autor haya privado a una o más personas de la capacidad de reproducción biológica.
2. Que la conducta no haya tenido justificación en un tratamiento médico o clínico de la víctima o víctimas ni se haya llevado a cabo con su libre consentimiento [“genuine consent” en la versión inglesa].

Según una nota al pie de los Elementos de los Crímenes la expresión “que el autor haya privado” arriba mencionada “[...] no incluye las medidas de control de la natalidad que no tengan un efecto permanente en la práctica”.¹²⁰ Por lo tanto, dichas medidas, que no tengan un efecto permanente, no deberían ser criminalizadas. Esto no es del todo convincente, porque la acción, como ha sido definida en el primer párrafo, no excluye la supresión permanente de la capacidad reproductiva y esto puede conducir al exterminio de un grupo en el sentido del genocidio.¹²¹ En todo caso, aun cuando sólo tenga un efecto pasajero, la acción representa una grave intervención en la autodeterminación personal.¹²² Un

¹¹⁷ Para el contexto cultural en este aspecto: Gabriel, *Eyes on the ICC 1* (2004), 43 (49): “el violador es una persona de un origen étnico diferente y pertenece a una cultura, sociedad o religión en la cual el origen étnico del padre se considera que determina el del niño” [“the rapist is a person of different ethnicity and belongs to a culture, society, or religion in which the ethnicity of the father is considered to determine the ethnicity of the child”].

¹¹⁸ Boot/Hall (*supra* n. 7), art. 7, nm. 113.

¹¹⁹ Boot/Hall (*supra* n. 7), art. 7, nm. 51, 114; para el punto de vista del Vaticano véase: Cottier (*supra* n. 7), art. 8, nm. 210.

¹²⁰ Nota al pie 19 de los Elementos de los Crímenes de la CPI (*supra* n. 27). Véase también: Cottier (*supra* n. 7), art. 8, nm. 211.

¹²¹ Con dudas respecto de la conformidad con el derecho internacional de la nota al pie también: Boot/Hall (*supra* n. 7), art. 7, nm. 52.

¹²² Véase Boot/Hall (*supra* n. 7), art. 7, nm. 52.

ejemplo clásico constituye la política nacionalsocialista de higiene racial y experimentos médicos sobre prisioneros.¹²³ El elemento de la “fuerza” (*esterilización forzada*) implica que un consentimiento (verdadero y claro) (“consentimiento libre” véase segundo párrafo de la definición arriba citada) excluye el tipo.¹²⁴

f) *Otra forma de violencia sexual*

Los arts. 7(1)(g) y 8(2)(b)(xxii) y (e)(vi) del Estatuto de la CPI, al penalizar “cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable”, “cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra” o “una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra” dejan en claro que la lista de los delitos sexuales enumerados no es concluyente. Esto se condice con un tipo de recogida común en los Elementos de los Crímenes respecto de los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra que son definidos respectivamente de manera textual como sigue:

“1. Que el autor haya realizado un acto de naturaleza sexual contra una o más personas o haya hecho que esa o esas personas realizaran un acto de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el miedo 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 de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento [“genuine consent” en la versión inglesa]”.

Como es frecuente en el caso de estos tipos de recogida se plantea la cuestión de si cuentan con suficiente certeza, la cual sólo puede alcanzarse mediante una interpretación restrictiva que debe orientarse a las acciones específicas enunciadas anteriormente. De este modo, “cualquier otra forma de violencia sexual” debe tener una “gravedad comparable” a los comportamientos definidos en el art. 7(1)(g) del Estatuto de la CPI o a las graves violaciones de los Convenios de Ginebra o del artículo 3 común.¹²⁵ Esto constituye un parámetro objetivo,¹²⁶ que presupone una gravedad mínima y, con ello, excluye formas menos graves de violencia sexual, sin perjuicio de su subsunción en otros supuestos de hecho (*infra*

¹²³ Werle (*supra* n. 26), pág. 327; Boot/Hall (*supra* n. 7), art. 7, nm. 52.

¹²⁴ Cfr. Cottier (*supra* n. 7), art. 8, nm. 211.

¹²⁵ Véase Elementos de los Crímenes de la CPI (*supra* n. 27), el 2º elemento de los arts. 7 (1)(g), 8(2)(b) (xxii)-1 y (e)(vi)-1.

¹²⁶ Boot/Hall (*supra* n. 7), art. 7, nm. 53 (*in fine*).

2).¹²⁷ Frente a esto, parece dudoso que acciones que ni siquiera han presupuesto un contacto físico (como los ejercicios físicos realizados en público con el cuerpo desnudo, referidos en el caso *Akayesu*¹²⁸) puedan tener una gravedad comparable a la violencia sexual,¹²⁹ a lo sumo podrían ser castigadas como “ultrajes contra la dignidad personal” (al respecto véase: 2. a).

De acuerdo con la definición de los Elementos de los Crímenes citada *supra*, el acto sexual puede ser cometido directamente por el autor o cuando la víctima es obligada a ello con coacción. Al respecto, el ejercicio de coacción puede tener lugar, de manera amplia al igual que en el caso *Akayesu*,¹³⁰ de diferentes formas, incluso aprovechando circunstancias que facilitan la correspondiente coacción o la falta de capacidad para prestar consentimiento por parte de la víctima.

2. PUNICIÓN IMPLÍCITA DE LA VIOLENCIA SEXUAL

a) *Ultrajes contra la dignidad personal y torturas*

Las violaciones son consideradas por la jurisprudencia como torturas y lesiones a la dignidad personal. De este modo, el TPIR en el caso *Akayesu* manifestó:

“[...] Al igual que la tortura, la violación es utilizada con el fin de intimidar, degradar, humillar, discriminar, castigar y para el control o destrucción de una persona. Al igual que la tortura, la violación es una lesión a la dignidad personal, y la violación de hecho constituye tortura cuando es infligida por, o por instigación de o con el consentimiento o aquiescencia de, un funcionario público o de otra persona que actúe con una capacidad oficial”¹³¹

En igual sentido se pronunció el Tribunal en el caso contra *Semanza*:
“Observando en particular el nivel extremo de temor ocasionado por las circunstancias que rodearon el suceso y la naturaleza de la vio-

¹²⁷ Para una descripción instructiva de la historia de su origen véase: Cottier (*supra* n. 7), art. 8, nm. 212; para una interpretación más restrictiva, también: Zimmermann, en Triffterer (*supra* n. 7), art. 8, nm. 316.

¹²⁸ TPIR, sentencia de primera instancia en el caso *Akayesu* (*supra* n. 61), párr. 688.

¹²⁹ Al respecto: Boot/Hall (*supra* n. 7), art. 7, nm. 53; manifiestamente en contra: de Brouwer (*supra* n. 21), pág. 159 ss.

¹³⁰ TPIR, sentencia de primera instancia en el caso *Akayesu* (*supra* n. 61), párr. 598; Boot/Hall (*supra* n. 7), art. 7, nm. 53.

¹³¹ TPIR, sentencia de primera instancia en el caso *Akayesu* (*supra* n. 61), párrs. 597, 687; similar: TPIY, sentencia de primera instancia en el caso *Furundzija* (*supra* n. 60), párr. 595.

lación de la víctima A, la Sala considera que el autor infligió graves tormentos psíquicos, suficientes para configurar el elemento material de la tortura [...]”¹³²

Laurent Semanza, alcalde del municipio de Bicumbi (situado al este de la capital Kigali), fue condenado entre otras cosas por haber instigado conjuntamente con otros a una cantidad indeterminada de personas a violar mujeres tutsi y por haber participado personalmente en la tortura y homicidio de una víctima.¹³³

Opiniones similares se encuentran en la jurisprudencia del TPIY. Así, en el caso *Celebici* la violación y otras formas de violencia sexual fueron consideradas como comportamientos que posiblemente fundamentarían tortura.¹³⁴ La Sala de Primera Instancia en el caso *Furundzija* determinó que la violación equivale a la tortura y que puede implicar una lesión a la dignidad humana y la integridad física de la víctima femenina.¹³⁵ En el caso *Foca*, sucesos de desnudez forzada fueron calificados, entre otros, como lesiones a la dignidad.¹³⁶ Asimismo, la Corte de Sierra Leona castiga los delitos sexuales como delitos contra el honor.¹³⁷

En el caso de la CPI, la relación entre crímenes sexuales y estos tipos hasta ahora sólo fue tematizada con más precisión en el caso *Bemba*. Así, la Sala de Cuestiones Preliminares II en la decisión de confirmación de cargos señaló:

“que en el contexto de ultrajes contra la dignidad personal, el Fiscal presentó la misma conducta, relacionada principalmente con actos de violación, bajo calificaciones jurídicas diferentes, a saber, artículos 8(2)(c)(ii) y 8(2)(e)(vi) del Estatuto. En opinión de la Sala, la mayoría de los hechos presentados por el Fiscal durante la audiencia reflejan en esencia los elementos constitutivos de la fuerza o coerción en el crimen de violación, caracterizando esta conducta, en primer lugar, como un acto de violación. En opinión de la Sala, la

¹³² TPIR (*Trial Chamber III*), sentencia del 15 de mayo de 2003, ICTR-97-20-T (*Prosecutor v. Semanza*) [en adelante: sentencia de primera instancia en el caso *Semanza*], párr. 482.

¹³³ *Ibidem*, párr. 586.

¹³⁴ TPIY (*Trial Chamber*), sentencia del 16 de noviembre de 1998, IT-96-21 (*Prosecutor v. Delalic et al.*) [en adelante: sentencia de primera instancia en el caso *Delalic et al.*], párrs. 495-496. Con respecto a los resultados decisivos en el caso *Celebici*: Askin (*supra* n. 7), pág. 96 ss.

¹³⁵ TPIY, sentencia de primera instancia en el caso *Furundzija* (*supra* n. 60), párr. 595.

¹³⁶ TPIY, sentencia de primera instancia en el caso *Kunarac et al.* (*supra* n. 87), párrs. 773-774.

¹³⁷ Véase, por ejemplo: CESL, sentencia de primera instancia en el caso *Brima et al.* (*supra* n. 78), párr. 705.

esencia de la violación del derecho que subyace a estos hechos está completamente abarcada en el cargo de la violación”¹³⁸

De ahí, concluyó:

“en este caso particular el cargo de ultraje contra la dignidad personal se encuentra completamente subsumido en el cargo de violación, que constituye la calificación jurídica más apropiada para la conducta presentada”¹³⁹

La Sala también se refirió a la tortura al considerar,

“que en este caso particular, los elementos materiales específicos del acto de tortura, a saber, dolor y sufrimientos graves y el control del autor sobre la persona, son también los elementos materiales específicos inherentes al acto de violación”¹⁴⁰

La Sala llegó a la conclusión de que la tortura (como crimen contra la humanidad) y los ultrajes contra la dignidad personal (como crimen de guerra) se encuentran consumidos (“completamente subsumidos”) por la violación (como crimen contra la humanidad),¹⁴¹ dado que este último hecho sólo se diferencia de la tortura por una característica adicional, esto es, la penetración,¹⁴² y contiene, en vistas a los ultrajes contra la dignidad personal, sus características constitutivas, es decir, violencia y coacción.¹⁴³ Esto parece acertado,¹⁴⁴ no obstante, las consideraciones de la Sala son comprensibles sólo en el marco de una teoría de la concurrencia, que en el derecho penal internacional todavía ha de desarrollarse sistemáticamente,¹⁴⁵ y constituye la otra cara de la práctica angloamericana, ampliamente difundida en los Tribunales *ad hoc*, de la acumulación de los cargos.¹⁴⁶ En todo caso, la Fiscalía, aun cuando la tortura con penetración (adicional) pudiera abarcar completamente el tipo de

¹³⁸ CPI, confirmación de cargos en el caso *Bemba* (*supra* n. 67), párr. 310.

¹³⁹ *Ibidem*, párr. 312.

¹⁴⁰ *Ibidem*, párr. 204 (nota al pie omitida).

¹⁴¹ *Ibidem*, párrs. 205, 312.

¹⁴² *Ibidem*, párr. 204.

¹⁴³ *Ibidem*, párr. 310 (“refleja en esencia los elementos constitutivos de la fuerza o coacción” [“reflect in essence the constitutive elements of force or coercion”]).

¹⁴⁴ La Fiscalía sostuvo otro punto de vista (pero sin fundamentación); cfr. CPI, confirmación de cargos en el caso *Bemba* (*supra* n. 67), párrs. 16, 17 y CPI (*Pre-Trial Chamber II*), *Public Redacted Version of the Amended Document containing the charges filed*, 30 de marzo de 2009, ICC-01/05-01/08-395-Anx3 (*Prosecutor v. Bemba Gombo*), cargo 3, pág. 35 (con respecto a la violación y tortura).

¹⁴⁵ Cfr. para los primeros planteos: Hünnerbein, *Straftatkonkurrenzen im Völkerstrafrecht: Schuldpruch und Strafe*, 2005.

¹⁴⁶ Véase: Ambos, *LJIL* 22 (2009), 715 (723) con más pruebas.

la violación,¹⁴⁷ debe acusar por tortura cuando falte el elemento de la penetración.¹⁴⁸ Sin perjuicio de la correcta aplicación de las disposiciones sobre concurrencia, esta discusión confirma que el tipo de la tortura está incluido en el de la violación y éste, de hecho, en muchos casos puede constituir tortura.¹⁴⁹

b) Genocidio

La violencia sexual puede caer bajo tres actos de genocidio en el sentido del art. 6 del Estatuto de la CPI:¹⁵⁰

- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo [...]"

Lesiones graves a la integridad física no se refiere a una violencia física mortal que cause mutilaciones y graves lesiones (no necesariamente incurables¹⁵¹) de los órganos externos e internos o de los sentidos.¹⁵² Bajo

¹⁴⁷ CPI, confirmación de cargos en el caso *Bemba* (*supra* n. 67), párr. 204 (“la calificación jurídica más apropiada” [“the most appropriate legal characterization”]). Según el Informe de Amnistía Internacional sobre violación (*supra* n. 64), pág. 38 ss también en casos de una “penetración” [“penetration”] debe acusarse adicionalmente por tortura.

¹⁴⁸ Véase *in casu* CPI, confirmación de cargos en el caso *Bemba* (*supra* n. 67), párr. 206 ss.

¹⁴⁹ Véase también: Boot/Hall (*supra* n. 7), art. 7, nm. 44 (“los actos criminales dirigidos contra la integridad física y psíquica de una persona [...], en la mayoría de los casos constituyen tortura” [“criminal acts aimed at the physical and mental integrity of a person [...], more often than not, constitute torture”]); también art. 7, nm. 55, con pruebas sobre la jurisprudencia.

¹⁵⁰ Este nexo solamente fue establecido por el TPIR, cfr. *infra* n. 112, 113, 114, 118; minucioso respecto de la jurisprudencia del TPIR: Ayat, *ICLR* 10 (2010), 787 (809 ss.). Puntillosa respecto de la violación como genocidio, con referencia a Bosnia y Herzegovina y respecto de la relación entre violencia sexual y genocidio desde una óptica feminista: Engle, *AJIL* 99 (2005), 792; véase también: Schomburg/Peterson, *AJIL* 101 (2007), 121 (128 s); con respecto a la jurisprudencia del TPIR: Ayat, *ICLR* 10 (2010), 787 (809 ss); sobre la punición implícita como genocidio (especialmente según el art. 6(b)(d) del Estatuto de la CPI) véase también: Gless, *Internationales Strafrecht*, 2011, nm. 813, 815 s; Hagay-Frey (*supra* n. 5), pág. 128 ss, que en casos de violencia sexual en combinación con genocidio habla de “femicidio” [“femicide”] (pág. 127).

¹⁵¹ TPIR (*Trial Chamber III*), sentencia del 17 de junio de 2004, ICTR-2001-64-T (*Prosecutor v. Gacumbitsi*) (*Gacumbitsi Trial Judgment*) [en adelante: sentencia de primera instancia en el caso *Gacumbitsi*], párr. 291.

¹⁵² TPIR (*Appeals Chamber*), sentencia del 12 de marzo del 2008, ICTR-2001-66-I (*Prosecutor v. Seromba*) [sentencia de apelación en el caso *Seromba*], párr. 46; Werle

este concepto también puede caer la violencia sexual que ocasione lesiones físicas y mentales graves.¹⁵³ Causar lesiones mentales graves no presupone una agresión física o algún efecto físico de la lesión mental.¹⁵⁴ Las consecuencias psíquicas de las lesiones de los crímenes cometidos mediante violencia sexual tienen, por lo tanto, la misma relevancia que las consecuencias físicas.¹⁵⁵ En un sentido similar, una lesión mental grave puede comprenderse como un tipo de deterioro de la capacidad mental o un daño del estado mental de la víctima.

La violencia sexual puede equipararse también a la imposición de condiciones de existencia que acarrearán el exterminio (art. 6(c) del Estatuto de la CPI). Este acto prohíbe las medidas que si bien no causan la muerte, ocasionan el exterminio paulatino de los miembros de un grupo protegido¹⁵⁶ (las así llamadas “medidas de muerte lenta”).¹⁵⁷ De este modo, por ejemplo, si bien las violaciones en masa no representan “condiciones de vida” en sentido propio, pueden repercutir en estas condiciones si se cometen en forma sistemática y reiterada y, dado el caso, en relación con otras medidas.¹⁵⁸

Las medidas destinadas a impedir nacimientos (art. 6(d) del Estatuto de la CPI)¹⁵⁹ son aquellas que se dirigen contra la existencia biológica de

(*supra* n. 26), pág. 265, con pruebas adicionales sobre la jurisprudencia; cfr. también: Schomburg/Peterson, *AJIL* 101 (2007), 121 (129).

¹⁵³ Cfr. TPIR, sentencia de primera instancia en el caso *Akayesu* (*supra* n. 61), párrs. 706, 731, que al mismo tiempo fue la primera sentencia que reconoció la violencia sexual como parte del genocidio en Ruanda. En un sentido similar: TPIR (*Trial Chamber II*), sentencia del 21 de mayo de 1999, ICTR-95-1-T (*Prosecutor v. Kayishema y Ruzindana*) (*Kayishema and Ruzindana Trial Judgment*) [en adelante: sentencia de primera instancia en el caso *Kayishema y Ruzindana*], párr. 108, donde se estableció en conexión con el genocidio que “los actos de violencia sexual, violación, mutilaciones e interrogatorios acompañados de azotes y/o amenazas de muerte eran lesiones corporales” [“acts of sexual violence, rape, mutilations and interrogations combined with beatings, and/or threats of death, were bodily harm”]; véase también: TPIR, sentencia de primera instancia en el caso *Gacumbitsi* (*supra* n. 150), párrs. 291-293; Werle (*supra* n.26), pág. 265 ss, con más prueba.

¹⁵⁴ Werle (*supra* n. 26), pág. 266.

¹⁵⁵ TPIR, sentencia de primera instancia en el caso *Akayesu* (*supra* n. 61), párr. 731; Werle (*supra* n. 26), pág. 266.

¹⁵⁶ Con respecto a la pertenencia de género como criterio de grupo: Hagay-Frey (*supra* n. 5), pág. 130 s. Además, es concebible que los delitos contra mujeres (por ejemplo, violaciones en masa) sean parte de un genocidio dirigido contra ambos sexos (cfr. ahora la nota 163 con texto principal).

¹⁵⁷ TPIR, sentencia de primera instancia en el caso *Akayesu* (*supra* n. 61), párr. 505; Werle (*supra* n. 26), pág. 267.

¹⁵⁸ TPIR, sentencia de primera instancia en el caso *Kayishema y Ruzindana* (*supra* n. 152), párr. 116; Werle (*supra* n. 26), pág. 268.

¹⁵⁹ Luping, *AUJGSPL* 17 (2009), 431 (455) ve en ello un tipo penal explícitamente referido a la violencia sexual.

un grupo. Pueden realizarse física como también psíquicamente (mentalmente),¹⁶⁰ por ejemplo, a través de esterilizaciones forzadas en el sentido del art. 7(1)(g) del Estatuto de la CPI,¹⁶¹ control forzado de los nacimientos, etc..¹⁶² La violación puede estar incluida dentro de esta acción, si con ello se provoca, por ejemplo, que la víctima, a causa del trauma sufrido, renuncie a la procreación.¹⁶³ Además, en casos de violaciones en masa la acción se considera consumada si su propósito fue alterar la composición étnica de un grupo (por ejemplo, en sociedades patriarcales, en las cuales se considera que los hijos pertenecen al grupo étnico del padre).¹⁶⁴

c) *La persecución como crimen contra la humanidad*

La clasificación de delitos sexuales, sistemáticos y ampliamente generalizados, como la persecución en el marco del art. 7(1)(h) del Estatuto de la CPI, exigiría que las víctimas sean perseguidas como “grupo identificable” por alguno de los motivos allí enumerados y que esta persecución se lleve a cabo “en conexión” con cualquier otro hecho comprendido en los artículos 5 a 8 del Estatuto de la CPI. El motivo de la persecución es relativamente fácil de probar, ya que allí caben todos los motivos “universalmente reconocidos”, especialmente los de género.¹⁶⁵ Por lo general,

¹⁶⁰ TPIR, sentencia de primera instancia en el caso *Akayesu* (*supra* n. 61), párr. 508 (“las medidas dirigidas a evitar nacimientos dentro del grupo pueden ser de naturaleza física, pero también psíquica. Por ejemplo, la violación puede ser una medida dirigida a evitar nacimientos cuando la persona violada se rehúsa posteriormente a procrear, del mismo modo que miembros de un grupo pueden ser conducidos, a través de amenazas o situaciones traumáticas, a no procrear” [“measures intended to prevent births within the group may be physical, but can also be mental. For instance, rape can be a measure intended to prevent births when the person raped refuses subsequently to procreate, in the same way that members of a group can be led, through threats or trauma, not to procreate”]).

¹⁶¹ *Boot/Hall* (*supra* n. 7), art. 7, nm. 52.

¹⁶² TPIR, sentencia de primera instancia en el caso *Akayesu* (*supra* n. 61), párr. 507 (“las medidas dirigidas a evitar nacimientos dentro del grupo deberían interpretarse como mutilación sexual, práctica de esterilización, control forzado de los nacimientos, separación de los sexos y prohibición de contraer matrimonio” [“measures intended to prevent births within the group, should be construed as sexual mutilation, the practice of sterilization, forced birth control, separation of the sexes and prohibition of marriages”]).

¹⁶³ TPIR, sentencia de primera instancia en el caso *Akayesu* (*supra* n. 61), párr. 508; véase también: Werle (*supra* n. 26), pág. 268.

¹⁶⁴ TPIR, sentencia de primera instancia en el caso *Akayesu* (*supra* n. 61), párr. 507; véase también: Werle (*supra* n. 26), pág. 268. Similar a una política sistemática de “fecundación forzada” (“forced impregnation”) como genocidio mediante violación sistemática: Engle, *AJIL* 99 (2005), 792.

¹⁶⁵ Cfr. *Boot/Hall* (*supra* n. 7), art. 7, nm. 69 con referencia a la importancia especial de los “motivos de género” en el Estatuto de la CPI (art. 7(3)) y la subsunción bajo motivos

más difícil será la posibilidad de probar, ya sea desde un punto de vista objetivo o subjetivo,¹⁶⁶ que las víctimas de delitos sexuales, con frecuencia femeninas, representan un grupo “identificable”, sobre todo porque el criterio del “género” es menos preciso que los otros motivos. A ello se agrega que la persecución, llevada a cabo en el marco de un suceso global macrocriminal, por lo general no se dirige “sólo” contra las víctimas de delitos sexuales, sino más bien estos delitos son cometidos junto con otros crímenes (por ejemplo, asesinatos, saqueos) en el marco de la persecución de un grupo identificable.¹⁶⁷

En dos órdenes de detención de la CPI, la persecución mediante violencia sexual se menciona como un crimen contra la humanidad.¹⁶⁸

III. PARTICULARIDADES PROCESALES: ¿INVESTIGACIONES TEMÁTICAS FOCALIZADAS?

La creciente percepción pública respecto de la violencia sexual en conflictos armados ha conducido también a la exigencia de una persecución penal más eficiente.¹⁶⁹ En este sentido, se discute sobre la posibilidad y necesidad de investigaciones focalizadas en el sentido de las ya mencionadas “investigaciones y persecuciones temáticas” (*infra* 2).¹⁷⁰ Se

universalmente reconocidos. Un recurso de este tipo, sin embargo, no parece necesario en vistas a que el artículo 7(1)(h) del Estatuto de la CPI expresamente habla de “género” y ello según el artículo 7(3) del Estatuto de la CPI ha de entenderse en el sentido de indiferencia de género.

¹⁶⁶ Boot/Hall (*supra* n. 7), art. 7, nm. 60.

¹⁶⁷ De esta forma, la persecución fue asumida como un crimen contra la humanidad por el TPIY, sentencia de primera instancia en el caso *Kvočka et al.* (*supra* n. 61), en el cual los “no-serbios” representaban el grupo discriminado (párr. 196), quienes incluso fueron perseguidos por motivos étnicos (párrs. 195-197). Los “actos de persecución” cometidos en el campo de detención “Omarska” consistieron en homicidios, torturas, violaciones, golpes y otras formas de violencia física y psíquica (párr. 197). Similar en el resultado, también: Boot/Hall (*supra* n. 7), art. 7, nm. 72 (mencionando la violación junto con otros delitos).

¹⁶⁸ CPI, orden de detención en el caso *Kushayb* (*supra* n. 75), cargo 10, pág. 8 y cargo 39, pág. 14; CPI, orden de detención en el caso *Harun* (*supra* n. 75), cargo 10, pág. 8 y cargo 39, pág. 13. Ambos cargos se refieren a la persecución de miembros de la población regional “FUR” de Sudán que habrían tenido lugar en las ciudades Bisindi (cargo 10) y Arawala (cargo 39), los cuales sirvieron de base para diversos actos (homicidios, violaciones, asaltos, etc.).

¹⁶⁹ Véase, por ejemplo: Lawson, *Southern Illinois University Law Journal (SIULJ)* 33 (2008/2009), 181 (204 ss); Luping, *AUJGSP* 17 (2009), 431 (433, 435) con prueba adicional.

¹⁷⁰ Cfr. *supra* n. 8 y texto correspondiente; próximamente más detalles al respecto: *Ambos*, en el volumen de la conferencia mencionado *supra* en n. 16. Para la relevancia de

trata de la investigación y persecución prioritaria de crímenes sexuales con la correspondiente concentración de los recursos de investigación sobre estos delitos.¹⁷¹

1. PARTICULARIDADES PROCESALES EN EL CASO DE DELITOS SEXUALES DE DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Uno de los principales problemas procesales en la persecución de delitos sexuales, no sólo en derecho penal internacional, es la *prueba* del hecho sexual que es necesaria para lograr el convencimiento del tribunal.¹⁷² Debido a que en muy pocas ocasiones se cuenta con pruebas forenses, las posibilidades de comprobación del hecho dependen especialmente de declaraciones testimoniales.¹⁷³ A pesar de que el derecho procesal penal internacional en estos casos prevé ciertas simplificaciones en la carga de la prueba,¹⁷⁴ se plantea el problema de obtener declaraciones testi-

estas investigaciones focalizadas en la CPI, véase: Sácouto/Cleary, *AUJGSPL* 17 (2009), 337.

¹⁷¹ En este sentido fueron definidas por los organizadores de la conferencia mencionada *supra* en n. 16, cfr. <http://www.fichl.org/activities/thematic-investigation-and-prosecution-of-international-sex-crimes/> (consultado el 14 de noviembre de 2011): “priorización de la persecución [...] de [...] crímenes sexuales respecto de otros crímenes” (...) “a veces [...] necesaria a fin de concentrar los recursos adecuados para resolver casos complejos y que insumen mucho tiempo cuando existe un gran número de casos atrasados” [“prosecutorial prioritization [...] of [...] sex crimes over other crimes” (...) “sometimes [...] necessary in order to focus adequate resources to build complex and time-consuming cases when there is a large backlog of cases”].

¹⁷² Franklin, *The Georgetown Journal of Gender and the Law (GJGL)* 9 (2008), 181 (209 ss).

¹⁷³ Cfr. ICTY-OTP [Fiscalía del TPIY], *Reliving the past. The challenges of testifying*, disponible en: <http://www.icty.org/sid/10608> (consultado el 12 de octubre de 2011).

¹⁷⁴ La regla 63(4) de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI (*supra* n. 65) prevé que “(...) la Sala no requerirá corroboración de la prueba para demostrar ninguno de los crímenes de la competencia de la Corte, en particular los de violencia sexual”. Cfr. además, regla 96 de las Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIY (11 de febrero de 1994, IT/32/Rev. 45) y regla 96 de las Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIR (29 de junio de 1995), según las cuales, entre otras cosas, tampoco se exige la corroboración de las declaraciones testimoniales. La regla 96 del TPIY fue la primera regulación internacional de este tipo y, por ello, fue señalada como “innovadora” [“groundbreaking”], véase: Sellers, en Center for Human Rights (edit.), *Gender based Violence in Africa: Perspectives from the Continent* 51, disponible en: <http://www.chr.up.ac.za/index.php/gender-publications.html> (consultado el 12 de octubre de 2011), pág. 306. Para las reglas probatorias, véase también: Luping, *AUJGSPL* 17 (2009), 431 (482-483). Más amplio con respecto a una “recalificación jurídica” [“legal recharacterization”] de los cargos en tanto recién por primera vez durante la recepción de la prueba en el juicio aparezcan indicios de violencia sexual: Merope, *CLF* 22 (2011) 311 ss; véase también n. 103 y el texto correspondiente.

moniales creíbles. En primer lugar, la cantidad de potenciales testigos ya es limitada por el hecho de que la violencia sexual, por lo general, se lleva a cabo en lugares no públicos y/o las víctimas y testigos no sobreviven a los hechos.¹⁷⁵ Entre los testigos sobrevivientes generalmente existe una baja predisposición a declarar debido al miedo, la desconfianza o los traumas.¹⁷⁶ Por ello, a menudo, los fiscales y tribunales deben basarse en declaraciones de oídas y/o indicios. Además, a veces se critica que las exigencias probatorias en los delitos sexuales en general son más altas que en otro tipo de delitos.¹⁷⁷

También es especialmente problemático el *trato adecuado con testigos*, quienes por lo general al mismo tiempo son víctimas primarias o secundarias de los hechos. En el caso de estos testigos/víctimas deben

¹⁷⁵ Franklin, *GJGL* 9 (2008), 181 (209 ss).

¹⁷⁶ Cfr., por ejemplo: Fiscalía del TPIY (*supra* n. 172): “Las víctimas de violencia sexual enfrentan numerosos impedimentos sociales, psicológicos y en ocasiones incluso físicos para presentarse y declarar. Algunos de los testigos potenciales sienten que su seguridad podría correr peligro si declarasen. Además, identificarse como víctima de violencia sexual podría conducir a la estigmatización dentro de la propia sociedad, lo que dificulta aún más el regreso a una vida normal” [“Victims of sexual violence face various social, psychological and sometimes even physical impediments to coming forward and testifying. Some of the potential witnesses feel that their security may be jeopardised should they come to testify. In addition, identifying oneself as a victim of sexual violence may lead to stigmatisation within one’s society, making return to normal life even more difficult”]. Véase también: Van Schaack, *AUJGSPL* 17 (2009) 361 (369).

¹⁷⁷ Sácouto/Cleary, *AUJGSPL* 17 (2009), 337 (353 ss) con prueba sobre diversas decisiones en las cuales fueron requeridas mayores exigencias probatorias respecto de delitos sexuales como respecto de otros hechos cometidos en el mismo contexto. Por ello, según la opinión de los autores, de la jurisprudencia se deduce “que en casos de violencia sexual y crímenes de género, los tribunales internacionales pueden ser reticentes a hacer inferencias significativas a partir de pruebas circunstanciales y parecen preferir pruebas directas o más específicas en cuanto al conocimiento o la causalidad, incluso cuando este tipo de pruebas no es una exigencia del derecho. De este modo, sin una investigación profunda, una experiencia significativa y un análisis intenso de las pruebas relacionadas con estos crímenes, incluyendo el contexto más amplio que pone en evidencia que la violencia sexual es una parte integral del esfuerzo bélico organizado en lugar de meros acontecimientos ‘incidentales’ u ‘oportunistas’, estos casos con poca probabilidad sean perseguidos y enjuiciados con éxito” [“that, in cases of sexual violence and gender-based crimes, international tribunals may be reluctant to draw meaningful inferences from circumstantial evidence and appear to prefer direct or more specific evidence as to knowledge or causality, even when such evidence is not required as a matter of law. Thus, without a thorough investigation, significant expertise, and intensive analysis of evidence relating to these crimes-including the broader context which makes clear that the sexual violence is an integral part of the organized war effort rather than mere ‘incidentals’ or ‘opportunistic’ incidents-these cases are unlikely to be pursued or successfully prosecuted”] (*ibídem*, pág. 358).

ser considerados aspectos de la protección de testigos.¹⁷⁸ Posiblemente una declaración ayude al testigo/víctima traumatizado a superar su trauma.¹⁷⁹ En todo caso la situación de la declaración constituye un enorme desafío, en vistas a la situación personal del testigo/víctima, la sensibilidad del tema objeto de prueba (isexualidad!) y, no en último lugar, la estructura contradictoria del proceso (interrogatorio cruzado).¹⁸⁰ En lugar de una superación del trauma, a través de la declaración y del interrogatorio también puede producirse una victimización secundaria (revictimización).¹⁸¹ La falta de sensibilidad con respecto al delicado tema objeto de prueba puede conducir a que los testigos se nieguen *a limine* a prestar

¹⁷⁸ Cfr. art. 68 del Estatuto de la CPI, cuyo párrafo 1 reza: “La Corte adoptará las medidas adecuadas para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y los testigos. Con este fin, la Corte tendrá en cuenta todos los factores pertinentes, incluidos la edad, el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, y la salud, así como la índole del crimen, en particular cuando éste entrañe violencia sexual o por razones de género, o violencia contra niños. En especial, el Fiscal adoptará estas medidas en el curso de la investigación y el enjuiciamiento de tales crímenes”, cfr. también: Luping, *AUJGSPL* 17 (2009), 431 (483).

¹⁷⁹ Con respecto a esto, Wendy Lobwein, ex “Oficial de apoyo a los testigos” del TPIY: “Tengo cartas de algunas [víctimas de violencia sexual que declararon ante el TPIY], incluso de sus médicos, diciendo que fue un ‘momento trascendente en sus vidas’ y que su salud psicológica y física ha mejorado con sus testimonios” [“For some [victims of sexual violence who testified at the ICTY], I’ve letters, even from their medical practitioners saying it was a ‘groundbreaking moment in their life’ and that their psychological and physical health has improved with their testimony”], citado por la Fiscalía del TPIY (*supra* n. 172).

¹⁸⁰ Con respecto a los perjuicios y peligros para los testigos/víctimas de violencia sexual (entre otros, peligro para la vida, recuerdos tortuosos, falta de información y contacto, lagunas temporales, humillaciones durante la declaración, especialmente en interrogatorios cruzados, falta de seguimiento luego del juicio, véase: Griese, *Folgen sexueller Kriegsgewalt*, 2^o edición 2006, pág. 417 ss.

¹⁸¹ Sellers (*supra* n. 173); similar: Engle/Lottmann, en McGlynn/Munro (*supra* n. 9), pág. 81 s, con prueba adicional. Para una investigación profunda de la victimización secundaria, véase también: Bock, *Das Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, 2010, pág. 70 ss (en general), pág. 403 ss (respecto de la protección frente a la victimización secundaria) y pág. 422 ss (con respecto a delitos sexuales). En un sentido similar el TPIY en el caso *Tadic* constató: “(...) los procedimientos y las prácticas tradicionales judiciales supieron exacerbar las experiencias traumáticas de la víctima durante el juicio. Las mujeres que fueron violadas y buscaron justicia en el sistema jurídico, normalmente comparan la experiencia con una segunda violación” [“(...) traditional court practice and procedure has been known to exacerbate the victim’s ordeal during trial. Women who have been raped and have sought justice in the legal system commonly compare the experience to being raped a second time”], TPIY (*Trial Chamber*), *Decision on the Prosecutor’s Motion Requesting Protective Measures for Victims and Witnesses*, 10 de agosto de 1995, IT-94-1-T (*Prosecutor v. Tadic*), párr. 46.

declaración¹⁸² o, cuando declaren en el juicio, contribuyan escasamente al esclarecimiento de la verdad.

Todo esto conduce a un problema que podría denominarse problema de la “prueba satisfactoria” o del “caso fuerte”. El silogismo argumental reza como sigue:

- (i) La posibilidad de probar los hechos imputados es un factor determinante para la fiscalía a favor o en contra de una acusación o de una decisión de apertura.¹⁸³
- (ii) Los delitos sexuales en general son más difíciles de probar que los delitos “comunes”.
- (iii) Por ello, existe la tendencia de acusar por hechos que son más fáciles de probar (“comunes”).¹⁸⁴

En este sentido, Nowrojee observa que:

“En el intento de cumplir con la presión de acelerar los juicios, los equipos de persecución fueron alentados a recortar cargos innecesarios. Los cargos por violencia sexual se encontraban dentro de esta categoría”¹⁸⁵

¹⁸² En este sentido, Mouthaan, *ICLR* 11 (2011) 775 (788-798) ve un vínculo entre las “procedural safeguards” [“protecciones procesales”] para testigos/víctimas y su predisposición para declarar.

¹⁸³ Lawson, *SIULJ* 33 (2008/2009), 181 (187): “Los fiscales comúnmente están motivados a perseguir casos que pueden ganar y es posible decir que estos son los casos que contienen las pruebas más legítimas respecto de la culpabilidad. Adicionalmente, los fiscales tienen la carga ética de presentar un caso cuando existe prueba suficientemente admisible para sustentar un cargo” [“Prosecutors are typically motivated only to pursue cases they can win, and arguably those are the cases which contain the most legitimate evidence of guilt. Additionally, prosecutors are ethically bound to only file a case when there is sufficient admissible evidence to support the charge”]. Esto vale en especial medida para fiscales provenientes de sistemas del *common law*.

¹⁸⁴ Véase también: ICC-OTP [Fiscalía de la CPI], *Annex to the “Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor”*: *Referrals and Communications*, pág. 3, disponible en: http://www.icc-cpi.int/Menu/ICC/Structure+of+the+Court/Office+of+the+Prosecutor/Policies+and+Strategies/Annex+to+the++_+Paper+on+some+policy+issues+before+the+Office+of+the+Prosecutor+_++_+_+Referrals+and+C.htm, consultado el 12 de octubre de 2011: “el fiscal tiene que tener en cuenta [...] la probabilidad de que una investigación efectiva sea posible” [“the Prosecutor has to take into account [...] the likelihood of any effective investigation being possible”]. Con respecto a delitos sexuales, véase: Lawson, *SIULJ* 33 (2008/2009), 181 (193). Nowrojee, ‘*Your Justice is Too Slow*’ - *Will the ICTR Fail Rwanda’s Rape Victims?*, United Nations Research Institute for Social Development [Instituto de Investigación de las Naciones Unidas para el desarrollo social], Occasional Paper 10, noviembre de 2005, pág. 10, disponible en: <http://www.unrisd.org/80256B3C005BCCF9/%28httpPublications%29/56FE32D5C0F6DCE9C125710F0045D89F?OpenDocument>, consultado el 12 de octubre de 2011.

¹⁸⁵ Cfr. Nowrojee, *Ibidem*.

2. ¿INVESTIGACIONES FOCALIZADAS COMO UNA SOLUCIÓN?

a) Argumentos a favor de las investigaciones focalizadas

Como se desprende de la exposición anterior, las investigaciones de delitos sexuales son extraordinariamente sensibles y complejas. Así, en muchas culturas hablar de sexualidad en general y de violencia sexual en particular es un quebrantamiento inaceptable de tabúes.¹⁸⁶ Además, las investigaciones de violencia sexual están acompañadas de considerables imponderables, en gran medida porque la importancia y los efectos de los hechos relevantes de violencia sexual todavía no fueron comprendidos en su totalidad al momento de la investigación o del juicio.¹⁸⁷ Esto, en combinación con las dificultades probatorias referidas anteriormente, hace aparecer indispensable una profesionalización y especialización de las personas a cargo de la investigación.¹⁸⁸ En especial se requieren apti-

¹⁸⁶ Cfr. FIDH, *Crimes of sexual violence: Overcoming taboos, ending stigmatization, fighting impunity*, 29 de octubre de 2007, disponible en: http://www.fidh.org/IMG/pdf/Note_crimes_sexuels_EN.pdf, consultado el 17 de octubre de 2011.

¹⁸⁷ Críticos con respecto a si es posible abarcar adecuadamente las lesiones y experiencias subjetivas de las mujeres través de los modelos actuales de responsabilidad penal internacional: Nì Aolàin/Haynes/Cahn, *ICLR* 11 (2011) 425 (428 ss).

¹⁸⁸ Véase Franklin, *GJGL* 9 (2008), 181 (210) (señalando que para el efectivo interrogatorio de testigos/víctimas es necesario que se sientan seguros y a gusto de compartir sus experiencias. Para este tipo de interrogatorios serían empleados expertos con práctica, de otro modo la violencia sexual sería ignorada como en el pasado. De esta forma, habrían sido ignoradas, en parte, declaraciones testimoniales sobre violaciones, porque se presuponía que “las mujeres africanas no quieren hablar sobre la violación” [“African women don’t want to talk about rape”]; Noworjee (*supra* n. 183), pág. 9 (“La escasez de investigadores, problemas presupuestarios y la falta de entrenamiento de los investigadores contribuyó a que las investigaciones fueran erráticas. A ello se agrega la metodología inadecuada en los interrogatorios y la ausencia de un esfuerzo organizado que impidieron a la oficina obtener efectivamente muchos testimonios sobre violaciones” [“A shortage in investigators, budget difficulties and the lack of training for investigators all contributed to spotty investigations. Additionally, inappropriate interviewing methodology and the absence of an organized effort precluded the office from effectively obtaining many rape testimonies”]) y pág. 12 (“Con frecuencia los investigadores provienen de contextos donde no han tenido experiencia alguna con este tema, o creen que no es un crimen que merezca una seria atención. Muchos investigadores, a pesar de estar completamente equipados con las capacidades necesarias para investigar casos, carecen de entrenamiento y dirección sobre cómo obtener información de violencia sexual por parte de los testigos” [“Often investigators come from backgrounds where they have not had any experience with this issue, or they believe this is not a crime that deserves serious attention. Many investigators, though fully equipped with the necessary skills to investigate cases, lack training and direction on how to elicit information about sexual violence from witnesses”]). Cfr. También: Van Schaack, *AUJGSPL* 17 (2009) 361 (369) (“los investigadores tienen que estar

tudes psicológicas por parte de los investigadores. Además, es necesaria una experiencia suficiente en la conducción del proceso por parte de las fiscalías, especialmente con vistas a la introducción de pruebas de dichos de oídas e indicios.

Además, las investigaciones focalizadas tendrían en cuenta las repetidas condenas a la violencia sexual en conflictos armados por parte del Consejo de Seguridad, entre otros organismos de las Naciones Unidas, y expresarían que una persecución penal concentrada también puede contribuir, aunque probablemente en escasa medida, con la “justicia, verdad, reconciliación nacional y paz sustentable”.¹⁸⁹ Al mismo tiempo se dejaría

específicamente entrenados para obtener información sensible” [“investigators need to be specifically trained to elicit sensitive information”]; Sácouto/Cleary, *AUJGSPL* 17 (2009), 337 (353 ss) (en pág. 358: “De este modo, sin una investigación profunda, una experiencia significativa y un análisis intenso de las pruebas relacionadas con estos crímenes, incluyendo el contexto más amplio que pone en evidencia que la violencia sexual es una parte integral del esfuerzo bélico organizado en lugar de meros acontecimientos ‘incidentales’ u ‘oportunistas,’ estos casos con poca probabilidad sean perseguidos y enjuiciados con éxito” [“Thus, without a thorough investigation, significant expertise, and intensive analysis of evidence relating to these crimes-including the broader context which makes clear that the sexual violence is an integral part of the organized war effort rather than mere ‘incidental’ or ‘opportunistic’ incidents - these cases are unlikely to be pursued or successfully prosecuted”]). Véase también: Wood, *Columbia Journal of Gender and Law*, 13 (2004), pág. 304 ss (pág. 304 s: “Algunos fiscales llegan al tribunal con sus experiencias nacionales en la investigación y persecución de asesinatos y homicidios locales. Cuando estos individuos investigan en el campo, pueden formular preguntas importantes que no permiten a los sobrevivientes diseñar un cuadro exacto de los sufrimientos que han padecido” [“Some prosecutors come to the Tribunal with domestic experience in investigating and prosecuting local murders and homicides. When these individuals investigate in the field, they may ask leading questions that do not allow survivors to paint a full picture of the suffering they endured”] [nota al pie omitida]).

¹⁸⁹ Cfr. UN/SC/Res/1820 (*supra* n. 21), párr. 1: “[...] que la violencia sexual, cuando se usa o se encomienda como una táctica de guerra a fin de dirigirse deliberadamente contra civiles o cuando es parte de un ataque generalizado o sistemático contra poblaciones civiles, puede exacerbar significativamente situaciones de conflictos armados y puede impedir el reestablecimiento de la seguridad y paz internacional, se afirma a este respecto que pasos efectivos para prevenir y responder a estos actos de violencia sexual pueden contribuir significativamente con el mantenimiento de la seguridad y paz internacional” [“[...] that sexual violence, when used or commissioned as a tactic of war in order to deliberately target civilians or as a part of a widespread or systematic attack against civilian populations, can significantly exacerbate situations of armed conflict and may impede the restoration of international peace and security, affirms in this regard that effective steps to prevent and respond to such acts of sexual violence can significantly contribute to the maintenance of international peace and security”]. Véase también: Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas – Resolución 1960, 16 de diciembre de 2010 (“UN/SC/Res/1960”), Preámbulo, párr. 11: “[...] se observa que este tipo de mecanismos puede promover no sólo la responsabilidad individual por crímenes graves, sino también la paz, la verdad,

en claro que la justicia penal internacional toma en serio el potencial destructivo de la violencia sexual.¹⁹⁰ Desde el punto de vista de los fines clásicos de la pena puede afirmarse con buenos fundamentos, que las investigaciones focalizadas confirman (contrafácticamente) con especial énfasis la norma de prohibición lesionada con la violencia sexual y con ello generan el efecto de una prevención general (positiva).¹⁹¹ Al mismo tiempo simbólicamente se deja en claro que los delitos sexuales conllevan un estigma especial.

Por último, el empleo de un equipo altamente especializado dentro de una fiscalía puede incrementar la eficiencia de toda la institución en el sentido de un efecto reflejo. Con relación a la calidad de la decisión de investigar en concreto, en especial en cuanto concierne a la redacción de la acusación, un principio de investigación focalizada puede aumentar la cuota de éxito (probabilidad de condena) de los delitos sexuales.¹⁹²

la reconciliación y los derechos de las víctimas” “[...] noting that such mechanisms can promote not only individual responsibility for serious crimes, but also peace, truth, reconciliation and the rights of the victims”]. Además, UN/SC/Res/1820 (*supra* n. 21), párr. 4: “[...] la importancia de terminar con la impunidad de este tipo de actos como parte de una propuesta integral en procura de justicia, verdad, reconciliación nacional y paz sustentable” “[...] the importance of ending impunity for such acts as part of a comprehensive approach to seeking sustainable peace, justice, truth, and national reconciliation”]. En un sentido similar, UN/SC/Res/1880 (*supra* n. 21), Preámbulo, párr. 8.

¹⁹⁰ Por ejemplo, Nì Aolàin/Haynes/Cahn, *ICLR* 11 (2011) 425 (428) se remiten a una “resistencia jurídica e intelectual en curso a aceptar la extensa prueba empírica de que los ataques se dirigieron específicamente contra los cuerpos de las mujeres para promover objetivos político-militares” [“ongoing intellectual and legal resistance to accepting the extensive empirical evidence that women’s bodies have been specifically targeted to further military-political objectives”].

¹⁹¹ En este sentido, en la discusión actual de derecho penal internacional se habla de “expresivismo”. Según Drumbl, *Atrocity, punishment, and international law*, 2007, pág. 173 ss, con ello debería dejarse en claro, que el objetivo de la pena es fortalecer la confianza del público en el Estado de derecho y contribuir con la difusión pedagógica de las narrativas de crímenes de derecho internacional. El expresivismo y la teoría clásica de la prevención general positiva tienen incluso el mismo punto de partida: fortalecer la confianza en el Estado de derecho a través de las penas.

¹⁹² Véase, por ejemplo: Luping, *AUGSPL* 17 (2009), 431 (434): “En este contexto, es fundamental que las investigaciones y persecuciones sean focalizadas para ser eficaces. Una selección cuidadosa debe hacerse teniendo en cuenta el alcance y centro de cualquier investigación o persecución en un caso. Desde el comienzo debe adoptarse un enfoque focalizado en crímenes violentos sexuales y basados en el género, durante la etapa de análisis preliminar y antes de tomar la decisión de iniciar una investigación en algún país” [“In this context, it is crucial that investigations and prosecutions are focused to be effective. Careful selections need to be made regarding the scope and focus of any investigation or prosecution in a case. A focused approach to sexual and gender-based violent crimes must

b) *Argumentos en contra de las investigaciones focalizadas*

Por lo general, los delitos sexuales no se cometen en forma aislada, sino *en relación* con otros delitos; por ejemplo, en el ámbito del derecho penal internacional, como parte del ataque generalizado contra la población civil. Al respecto, se plantea la cuestión de si los delitos sexuales pueden ser razonablemente extraídos del contexto de comisión más amplio y perseguidos de manera separada o focalizada. En todo caso, cuando existen entrecruzamientos completos (fácticos) o un vínculo estrecho con otros hechos, esto parece sólo difícil de concebir. En la práctica, las autoridades encargadas de la investigación observan, en primer lugar, los grandes sucesos macrocriminales subyacentes, ampliamente extendidos, ante todo en su totalidad. La focalización puede realizarse con sentido recién después de un análisis sumario de las eventuales penalidades.

También han de contemplarse los *recursos* (limitados) de la justicia penal internacional: el tratamiento prioritario de determinados hechos, si se mantienen los mismos recursos, sólo puede llevar a una carga de otros, igualmente graves y relevantes. Esto ya es evidente en una institución permanente, como la CPI.

c) *Implementación práctica*

La concreta implementación de la idea de investigaciones focalizadas en la práctica se puede pensar de diferentes maneras. Un principio (quizás demasiado) amplio

“supone que estos crímenes sean seleccionados y su investigación y persecución priorizada, incluso si ello significa que no hayan suficientes recursos para investigar asesinatos u otros delitos graves que no conlleven violencia sexual”.¹⁹³

Parece más realista perseguir focalizadamente determinados ámbitos de la criminalidad. En este sentido, también en los sistemas de persecución penal nacional existen investigaciones focalizadas en especiales y relevantes ámbitos de la criminalidad, como en el derecho penal de estupefacientes, económico, tributario o de la corrupción. Cada vez más los crímenes de derecho internacional son considerados a nivel nacional

be taken from the outset, during the pre-analysis phase and before any decision is made to initiate an investigation in any country”].

¹⁹³ FICHL, Seminario: *Thematic Investigation and Prosecution of International Sex Crimes*, concepto y programa disponibles en: http://www.fichl.org/fileadmin/fichl/activities/110307-08_Seminar_on_thematic_prosecution_Concept_and_programme_110207.pdf, consultado el 17 de octubre de 2011.

como un ámbito especial y se crean unidades de investigación especiales dentro de los organismos nacionales de persecución.¹⁹⁴ A nivel supranacional este tipo de especialización también se encuentra en el derecho europeo.¹⁹⁵

De la misma manera pueden crearse también unidades especiales para la persecución de delitos sexuales. Este tipo de unidades ya existen en sistemas de justicia penal, en los cuales los delitos sexuales son considerados como un relevante problema social y una correspondiente voluntad política de resolverlos está vinculada a los recursos suficientes.¹⁹⁶ En la Fiscalía de la CPI también se creó una unidad de este tipo (Unidad para temas de género y niñez);¹⁹⁷ estructuras similares existen en

¹⁹⁴ Por ejemplo, países europeos como Bélgica, Dinamarca, Alemania, Suecia, Países Bajos, Noruega, Gran Bretaña y, además, EE.UU. Véase una sinópsis en: Schurr, *Strategies for the Effective Investigation and Prosecution of Serious International Crimes: The Practice of Specialised War Crimes Units*, Redress/fidh, 2010, disponible en: http://www.fidh.org/IMG/pdf/The_Practice_of_Specialised_War_Crimes_Units_Dec_2010.pdf, consultado el 12 de octubre de 2011 (lista general en pág. 31). Como ejemplo de uno de los países con una situación en la CPI (“situation countries”), en este momento se establecería en Uganda una “División de Crímenes Internacionales” [“International Crimes Division”] en la “Corte Suprema” [“High Court”] con secciones correspondientes en la Fiscalía y Policía Criminal, cfr. el sitio de internet del Poder Judicial de Uganda, disponible en: http://www.judicature.go.ug/index.php?option=com_content&task=view&id=117&Itemid=154, consultado el 12 de octubre de 2011. Schurr, *ibidem*, pág. 18, pone en duda si los tribunales nacionales pueden estar efectivamente capacitados para perseguir crímenes internacionales cuando no cuentan con departamentos especializados.

¹⁹⁵ El Consejo de la Unión Europea estableció por medio de la Resolución 2002/494/JHA, 13 de junio de 2002, una red europea de puntos de contacto con respecto a crímenes internacionales para facilitar la cooperación entre las autoridades internacionales competentes (*ibidem*, artículo 1). Además, la Resolución del Consejo 2003/335/JHA, 8 de mayo de 2003, exhortó a los miembros “[a] considerar la necesidad de establecer o designar unidades especializadas en el ámbito de las autoridades competentes para hacer cumplir la ley, con la responsabilidad especial de investigar y, en su caso, de perseguir los crímenes en cuestión” [“to consider the need to set up or designate specialist units within the competent law enforcement authorities with particular responsibility for investigating and, as appropriate, prosecuting the crimes in question”] (*ibidem*, artículo 4).

¹⁹⁶ Por ejemplo en Alemania. Con respecto a los departamentos especiales de justicia en cuanto al tratamiento de la violencia sexual en Liberia cfr. Golakeh, *Liberia Becoming Leader in Eradicating Sexual and Gender-Based Violence*, Global Press Institute, del 14 de junio de 2011, disponible en: <http://www.globalpressinstitute.org/print/733>, consultado el 12 de octubre de 2011.

¹⁹⁷ Cf. Luping, *AUJGSPL* 17 (2009), 431 (434, 489); además, el (antiguo) fiscal Moreno Ocampo nombró en noviembre de 2008 a Catharine MacKinnon como “asesora especial de género” [“special gender adviser”], para hacer frente a las crecientes críticas (cfr. Sellers (*supra* n. 173), pág. 330 en n. 81, véase comunicado de prensa de la CPI, *ICC Prosecutor appoints Prof. Catharine A. MacKinnon as Special Adviser on Gender Crimes*, 26 de noviembre de 2008, ICC-OTP-20081126-PR377, disponible en: <http://www.icc-cpi.int/>

otros tribunales internacionales/híbridos.¹⁹⁸ Las unidades especializadas dentro de las fiscalías han de ser diferenciadas de las unidades especializadas para auxilio de las víctimas, que en el caso de la CPI desde un punto de vista organizativo están atribuidas a la Secretaría.¹⁹⁹ Este tipo de unidades tiene competencia para la protección de víctimas y testigos. En

menús/icc/press%20and%20media/press%20releases/press%20releases%20%282008%29/icc%20prosecutor%20appoints%20prof_%20catharine%20a.%20mackinnon%20as%20special%20adviser%20on%20gender%20crimes, consultado el 12-10-2011. El Estatuto de la CPI prevé en su artículo 42 (9), que el fiscal “nombrará asesores jurídicos especialistas en determinados temas como, por ejemplo, violencia sexual, violencia por razones de género y violencia contra niños”.

¹⁹⁸ Ya en el año 1994 Patricia Viseur Sellers fue designada como asesora jurídica de la Fiscalía ante el **TPİY** para “género” (cfr. *Sellers (supra n. 173)*, pág. 307). Según Michelle Jarvis, asesor jurídico senior de la Fiscalía, mediante correo electrónico al autor del 13 de septiembre de 2011, en 1995 se estableció un “equipo de investigación de violación y agresión sexual” [“sexual assault and rape investigation team”] en la Fiscalía y en los años subsiguientes se emplearon investigadoras especialmente calificadas. Actualmente un “Grupo de trabajo para la persecución de la violencia sexual” [“Prosecuting Sexual Violence Working Group”] dentro de la Fiscalía tiene la tarea de reforzar el trabajo en los asuntos relacionados con el “género”; se nombró a un asesor jurídico senior [*Senior Legal Advisor*] con conocimientos especializados. Posteriormente (1995-1999), Sellers fue también asesora jurídica para “género” en la Fiscalía del **TPIR**, donde luego de su nombramiento hubo dos asesores de este tipo (cfr. *Sellers (supra n. 173)*, pág. 307). Sin embargo, desde el año 2000 ya no hay más de estos asesores en el TPIR (*Sellers (supra n. 173)*, pág. 314 s). En la **CESL** el fiscal David Crane “incorporó políticas y modalidades para investigaciones de crímenes cometidos contra mujeres” [“incorporated policies and modalities to investigations of crimes committed against women”], pero no nombró a un asesor para “género”, véase *Sellers (supra n. 173)*, pág. 316. En las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya, **SETC** (*Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*), no hubo un asesor especial (*Sellers (supra n. 173)*, pág. 316), pero en el año 2009 se determinó: “Con respecto a la solicitud de que investigadoras [femeninas] entrenadas en género e intérpretes sean asignadas para dirigir entrevistas relacionadas con supuestos matrimonios forzados, los jueces coinvestigadores afirmaron la necesidad de técnicas sensibles en casos concernientes a testimonios de violencia sexual y violencia basada en el género. A pesar de que el equipo actual de la Oficina de Jueces Coinvestigadores no incluye investigadoras [femeninas], se están realizando todos los esfuerzos para asegurar que sean implementadas las mejores prácticas” [“With respect to the request that gender trained female investigators and interpreters be assigned to conduct interviews relating to forced marriage allegations, the Co-Investigating Judges affirm the need for gender sensitive techniques in cases concerning sexual and gender-based violence testimony. Although the current staffing of OCIJ does not include female investigators, all efforts are being made to ensure best practices are fully implemented”]. Véase SETC, Office of the Co-Investigating Judges [Oficina de Jueces Coinvestigadores], *Order on Request for Investigative Action Concerning Forced Marriages and Forced Sexual Relations*, 18 de diciembre de 2009, 002/19-09-2007-ECC-OCIJ, D268/2, párr. 15.

¹⁹⁹ Por ejemplo, en la CPI existe una “Dependencia de Víctimas y Testigos” (cfr. artículo 43 (6) Estatuto de la CPI). Cfr. también el sitio de internet de esta Dependencia,

cambio, las unidades especiales dentro de la Fiscalía son parte del aparato de persecución penal, de modo que las víctimas son consideradas como potenciales testigos para apoyar la acusación. Con respecto a la obligación de la Fiscalía de proteger a víctimas y testigos durante la etapa de investigación (cfr. art. 68(1) del Estatuto de la CPI),²⁰⁰ las unidades especiales así como los consultores encargados del diseño de políticas pueden contribuir con el cumplimiento de esta obligación. De este modo, puede leerse en la “Estrategia de persecución” de la Fiscalía:

“La Fiscalía trabajará con actores externos, entre otros, con respecto a crímenes sexuales y de género para poder actualizar constantemente las técnicas de persecución”.²⁰¹

Las unidades especiales en el ámbito de la Secretaría también pueden asistir a la Fiscalía.²⁰² En este sentido, por ejemplo, los investigadores de la Fiscalía de la CPI que se desempeñaron en Uganda fueron especialmente capacitados para tratar con delitos sexuales.²⁰³

3. PERSPECTIVAS

“Las investigaciones temáticas” sólo pueden ser comprendidas como investigaciones focalizadas sin el efecto de desplazar o excluir otros delitos, en un sentido similar a las que han sido establecidas en los sistemas de justicia penal nacional bajo la forma de fiscalías focalizadas para determinadas áreas de la criminalidad. Al respecto, debe tener lugar sobre todo una profesionalización y especialización de las autoridades de investigación, por ejemplo, a través de la creación de unidades especializadas como la Unidad para temas de género y niñez en el ámbito de la Fiscalía de la CPI.²⁰⁴ En el plano de la política criminal pueden elaborarse, en primer lugar, los puntos estratégicos centrales de las autoridades de persecución a través de la creación de consejos asesores o el nombramiento de

disponible en: <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/Protection/Victims+and+Witness+Unit.htm>, consultado el 11 de octubre de 2011.

²⁰⁰ Art. 68 (1) Estatuto de la CPI, véase *supra* n. 177.

²⁰¹ ICC OTP [Fiscalía de la CPI], *Prosecutorial Strategy 2009-2012*, 1º de febrero de 2010, párr. 29, disponible en: http://www.icc-cpi.int/menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20prosecutor/reports%20and%20statements/statement/prosecutorial%20strategy%202009%20_%202012?lan=en-GB, consultado el 12 de octubre de 2011.

²⁰² Nì Aolàin/Haynes/Cahn, *ICLR* 11 (2011) 425 (436): “servicios de apoyo especializado [...] son vitales para la persecución exitosa de la violencia de género” [“specialized support services [...] [as] vital to the successful prosecution of gendered violence”].

²⁰³ Luping, *AUJGSPL* 17 (2009), 431 (487).

²⁰⁴ Cfr. Luping, *AUJGSPL* 17 (2009), 431 (489).

consultores encargados del diseño de políticas²⁰⁵ y luego también comunicarse públicamente. Las investigaciones temáticas así comprendidas pueden ser un medio útil para crear una conciencia más amplia respecto del problema y contribuir, asimismo, a una confirmación enérgica de la prohibición penal de la violencia sexual. Además, este tipo de investigaciones pueden ayudar a una mejor comprensión del contexto global macrocriminal de los respectivos crímenes. Si bien es seguro que la práctica llevada a cabo hasta el momento todavía puede optimizarse y se mantiene como necesaria la adaptación constante y dinámica a las nuevas circunstancias, han de registrarse, sin embargo, progresos considerables.

²⁰⁵ Véase *supra* n. 196; cfr. también: Luping, *AUJGSPL* 17 (2009), 431 (494 ss).