

VIOLACIÓN Y VIOLENCIA SEXUAL

LEYES Y NORMAS DE
DERECHOS HUMANOS EN LA
CORTE PENAL
INTERNACIONAL

AMNISTÍA
INTERNACIONAL



Amnesty International Publications

Publicado originalmente en 2011 por Amnesty International Publications
International Secretariat
Peter Benenson House
1 Easton Street
London WC1X 0DW
Reino Unido
www.amnesty.org

© Amnesty International Publications 2011

Índice: IOR 53/001/2011

Idioma original: inglés.
Edición española a cargo de:
EDITORIAL AMNISTÍA INTERNACIONAL (EDAI)
Valderribas, 13.
28007 Madrid
España

Todos los derechos reservados. Esta publicación tiene derechos de autor, si bien puede ser reproducida por cualquier medio, sin pago de tasas, con fines educativos o para llevar a cabo acciones de protección y promoción de los derechos humanos, pero no para la venta. Los titulares de los derechos de autor solicitan que se les comuniquen los usos mencionados con el fin de evaluar sus efectos. Para la reproducción de este texto en cualquier otra circunstancia, su uso en otras publicaciones o su traducción o adaptación, deberá obtenerse el permiso previo por escrito de la editorial, y podrá exigirse el pago de una tasa.

Amnistía Internacional es un movimiento mundial, formado por 3 millones de simpatizantes, miembros y activistas de más de 150 países y territorios, que hacen campaña para acabar con los abusos graves contra los derechos humanos.

Nuestra visión es la de un mundo en el que todas las personas disfrutan de todos los derechos humanos proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en otras normas internacionales de derechos humanos.

Somos independientes de todo gobierno, ideología política, interés económico y credo religioso. Nuestro trabajo se financia en gran medida con las contribuciones de nuestra membresía y con donativos.

**AMNISTÍA
INTERNACIONAL**



ÍNDICE

Amnesty International Publications.....	1
Publicado originalmente en 2011 por Amnesty International Publications	2
International Secretariat	2
Peter Benenson House	2
1 Easton Street	2
London WC1X 0DW.....	2
Reino Unido.....	2
Índice: IOR 53/001/2011	2
Idioma original: inglés.....	2
España	2
1. INTRODUCCIÓN Y PERSPECTIVA GENERAL.....	5
2. LAS DEFINICIONES DE VIOLACIÓN Y DE VIOLENCIA SEXUAL DEBEN SER COMPATIBLES CON LOS PRINCIPIOS DE DERECHOS HUMANOS	6
3. LAS DEFINICIONES DE VIOLACIÓN Y VIOLENCIA SEXUAL HAN DE INTERPRETARSE DE FORMA COMPATIBLE CON LAS LEYES Y NORMAS DE DERECHOS HUMANOS.....	9
3.1 PARA QUE SEAN LEGÍTIMOS, LOS ACTOS SEXUALES DEBEN SER ACORDADOS POR AMBAS PARTES POR IGUAL	12
3.2 EJEMPLOS EN LA JURISPRUDENCIA EXISTENTE Y EN LA PRÁCTICA INTERNACIONAL DE CÓMO LA FUERZA, LA AMENAZA DE LA FUERZA Y LA COACCIÓN MENOSCABAN LA AUTONOMÍA SEXUAL DE LA PERSONA	16
(A) USO DE LA FUERZA O DE LA AMENAZA DE LA FUERZA	18
(B) COACCIÓN	19
(B)(i) TEMOR A LA VIOLENCIA.....	20
(B)(ii) INTIMIDACIÓN.....	20

(B)(III) DETENCIÓN.....	21
(B)(IV) OPRESIÓN PSICOLÓGICA	23
(B)(V) ABUSO DE PODER.....	24
C. APROVECHAR UN ENTORNO DE COACCIÓN	27
D. INCAPACIDAD	28
3.3 TODA REFERENCIA AL TÉRMINO “CONSENTIMIENTO” DEBE INTERPRETARSE SIEMPRE DE UN MODO COMPATIBLE CON LAS LEYES Y NORMAS DE DERECHOS HUMANOS.....	30
3.4 ¿ES POSIBLE una ELECCIÓN LIBRE EN UNA SITUACIÓN DE COACCIÓN?.....	31
4. LOS CRÍMENES DE VIOLACIÓN Y VIOLENCIA SEXUAL CONTRA MENORES DEBEN ENTENDERSE EN FUNCIÓN DE LA COACCIÓN, NO DEL CONSENTIMIENTO	33
5. MÁS ALLÁ DE LA DEFINICIÓN: CÓMO SE PUEDEN APLICAR E INTERPRETAR LOS PRINCIPIOS DE DERECHOS HUMANOS EN LAS VISTAS Y LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL	35
6. LOS ACTOS DE VIOLACIÓN Y VIOLENCIA SEXUAL QUE CAUSAN GRAVES DOLORES Y SUFRIMIENTO DEBEN CONSIDERARSE TORTURA	40
6.1 GRAVES DOLORES O SUFRIMIENTOS FÍSICOS O MENTALES	43
6.2 DEGRADACIÓN	45
6.3 DISCRIMINACIÓN	47
7. CONCLUSIÓN.....	49

1. INTRODUCCIÓN Y PERSPECTIVA GENERAL

Este documento¹ expone el modo en que la Corte Penal Internacional debe interpretar y aplicar a hombres y mujeres por igual los crímenes de violación y de violencia sexual, tal como exige su propio Estatuto y como materia de derecho internacional de derechos humanos. La jurisprudencia de la Corte no contiene aún ninguna resolución sobre esta materia.

Esta incorporación de las leyes y normas de derechos humanos al enjuiciamiento de la violación y la violencia sexual deben realizarla otros tribunales internacionales, además de los tribunales nacionales, para cumplir las obligaciones contraídas por los Estados en virtud del derecho de los tratados y del derecho consuetudinario.

A fin de incorporar las leyes y normas de derechos humanos en su práctica, la Corte ha de tener en cuenta en su interpretación de la definición de los crímenes la conducta y los actos del perpetrador y el modo en que estos afectan a la capacidad de la víctima para tomar una decisión libre y auténtica; es decir, para gozar sin discriminación de su derecho humano a la integridad física y mental, y a la autonomía sexual. La deliberación de la Corte no debe limitarse a abordar de forma aislada el supuesto “consentimiento” de la víctima.

Las leyes y normas de derechos humanos exigen que las investigaciones y enjuiciamientos de los delitos de violación y violencia sexual se lleven a cabo prestando cuidadosa atención a la tarea de cuestionar los estereotipos que tienden a menoscabar la igualdad de la mujer ante la ley. La integridad de las investigaciones y enjuiciamientos no debe verse empañada por suposiciones basadas en estereotipos, incluidas las relativas a la violencia sexual contra hombres y niños, además de las referidas a mujeres y niñas.

Todas las referencias al término *consentimiento* contenidas en los Elementos de los Crímenes han de interpretarse sistemáticamente basándose en una comprensión más completa, precisa y basada en los derechos humanos de la palabra *consentimiento*: una decisión consensuada es una decisión adoptada sin que medie la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno

¹ Amnistía Internacional expresa su enorme agradecimiento a los siguientes juristas, que ofrecieron generosamente su tiempo en conversaciones sobre el contenido de este documento y formulando comentarios sobre borradores anteriores: Kelly Dawn Askin, Anne-Marie de Brouwer, la profesora Hilary Charlesworth, profesora Christine Chinkin, la profesora Rebecca Cook, la profesora Rhonda Copelon, Joanna Evans, Kiran Grewal, Katherine Hall-Martinez, Sara Hossain, Michelle Jarvis, la profesora Liz Kelly, la profesora Catharine MacKinnon, Valerie Oosterveld, Madeleine Rees, Lucy Moxham, el profesor Stephen Schulhofer, Patricia Viseur Sellers y Janet Walsh. Amnistía Internacional da las gracias también a Iniciativas de las Mujeres para la Justicia de Género, que organizó una conferencia en La Haya en 2008 en la que se debatieron con detalle muchas de las ideas expuestas en este documento. Aunque la organización se ha beneficiado de sus debates con terceros, todas las opiniones expresadas en este documento deben atribuirse únicamente a Amnistía Internacional.

coercitivo. Cuando haya indicios de fuerza, amenaza de la fuerza o coacción, la acusación no debería tener que probar ningún otro elemento de derecho adicional de consentimiento.

Los actos de violación que sean competencia de la Corte pueden ser identificados como crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad de violación y tortura. El requisito contenido en el derecho de derechos humanos de erradicar los estereotipos exige que todos los actos de violación que se cometan dentro de la jurisdicción de la Corte sean enjuiciados como tortura, a fin de hacer frente a las suposiciones basadas en estereotipos de que la violación, y concretamente la violación de mujeres y niñas, no es un delito grave, y para reconocer y dejar claro el uso por los perpetradores de la violación y de la violencia sexual para intimidar, discriminar y humillar a las víctimas.

2. LAS DEFINICIONES DE VIOLACIÓN Y DE VIOLENCIA SEXUAL DEBEN SER COMPATIBLES CON LOS PRINCIPIOS DE DERECHOS HUMANOS

La violencia sexual, incluida la violación, es uno de los aspectos más significativos de la violencia discriminatoria contra la mujer.² Hace muchos años que se vienen documentado ampliamente las realidades de la violación y los abusos sexuales tanto en los conflictos armados³ como en tiempo de paz.⁴ Estos delitos, y la impunidad de que gozan los perpetradores en la abrumadora mayoría de los casos, violan el

² Aunque hombres y niños sufren también violaciones y son sometidos a violencia sexual, la gran mayoría de los casos se da entre mujeres y niñas. La violencia contra las mujeres se define así:

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

Artículo 1, Declaración de la ONU sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, A/RES/48/104, 20 de diciembre de 1993.

El Comité de la ONU para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), en su recomendación general n° 19, define la violencia basada en el género como “la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada”. Párrafo 6, recomendación general n° 19 (IIº periodo de sesiones, 1992).

³ Kelly D. Askin, “War Crimes against Women: Prosecution in International War Crimes Tribunals”, Kluwer Law International, 1997; Judith G. Gardam y Michelle J. Jarvis, “Women, Armed Conflict and International Law”, Kluwer Law International, 2001.

⁴ Para una perspectiva general, véase *Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer. Informe del Secretario General*, documento de la ONU A/61/122/Add.1, 6 de julio de 2006.

derecho a la igualdad, incluida la igualdad ante la ley.⁵ Los hombres y niños víctimas de violación suelen sentir temor a denunciar los hechos ante las autoridades debido al estigma que conllevan.⁶

El ámbito de las definiciones de violación y violencia sexual en el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) y en el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) viene siendo objeto de intensa atención de los especialistas⁷ y de una jurisprudencia significativa,⁸ principalmente sobre la cuestión central de cómo ha de definirse la violación, si en relación con la falta de consentimiento de la

⁵ En el caso de *González y otras ("Campo algodón") vs. México*, sentencia de 16 de noviembre de 2009, párrafo 400, la Corte Interamericana de Derechos Humanos hizo el siguiente comentario sobre la situación en Ciudad Juárez y Chihuahua, un comentario que puede aplicarse de manera universal a los delitos de violencia sexual contra las mujeres:

"La impunidad de los delitos cometidos envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia".

⁶ Los informes indican que la abrumadora mayoría de los autores de violaciones de hombres y niños son también varones. Para una perspectiva general de estas cuestiones, véanse Sandesh Sivakumaran, "Male/Male Rape and the 'Taint' of Homosexuality", *Human Rights Quarterly* 27 (2005), 1274-1306; P. Oosterhoff, P. Zwanikken, E. Ketting, "Sexual torture of men in war-time Croatia was common", *British Medical Journal*, 29 de mayo de 2004, BMJ 2004, 328:1280; P. Oosterhoff, P. Zwanikken, E. Ketting, "Sexual torture of Men in Croatia and Other Conflict Situations: An Open Secret", *Reproductive Health Matters*, 2004; 12(23):68-77. Amnistía Internacional ha documentado un ejemplo de violación de un varón civil a manos de una combatiente armada en *Democratic Republic of Congo: North Kivu. No end to war on women and children*, Índice AI: AFR 62/005/2008, 29 de septiembre de 2008, página 12.

⁷ Entre los principales artículos académicos figuran los siguientes: Wolfgang Schomburg e Ines Peterson, "Genuine consent to sexual violence under international criminal law", *American Journal of International Law*, volumen 101:121-141, 2007; Alison Cole, "Prosecutor v Gacumbitsi: the New Definition for Prosecuting Rape under International Law", *International Criminal Law Review* 8(2008) 55-86; Kristen Boon, "Rape and forced pregnancy under the ICC Statute: human dignity, autonomy and consent", 32 *Columbia Human Rights Law Review*, páginas 625-675, 2001; entre los textos significativos figuran los de Anne-Marie L.M. de Brouwer, "Supranational Criminal Prosecution of Sexual Violence: the ICC and the Practice of the ICTY and the ICTR", *Intersentia*, La Haya, en 2005; Anne-Marie L.M. de Brouwer, "Case note on Gacumbitsi", André Klip y Göran Sluiter (eds.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, The International Criminal Tribunal for Rwanda, volumen 24, página 583.

⁸ *Prosecutor v Akayesu*, ICTR-96-4-T (2 de septiembre de 1998) [en adelante, sentencia del juicio *Akayesu*], *Prosecutor v Furundžija*, IT-95-17/1-T (10 de diciembre de 1998) [en adelante, sentencia del juicio *Furundžija*], *Prosecutor v Kunarac, Kovac and Vukovic* IT-96-23-T & IT-98-30/1-T (22 de febrero de 2001) [en adelante, sentencia del juicio *Kunarac*] *Prosecutor v Kunarac, Kovac and Vukovic* IT-96-23 & IT-96-23/1-A (12 de junio de 2002) [en adelante, sentencia de la apelación *Kunarac*] *Prosecutor v Gacumbitsi* ICTR-2001-64-A (7 de julio de 2006) [en adelante, sentencia de la apelación *Gacumbitsi*].

víctima o con el uso por el perpetrador de la coacción, la fuerza o la amenaza de la fuerza, o su aprovechamiento de ciertas circunstancias coercitivas. Sin embargo, el modo en que las leyes y normas internacionales de derechos humanos relativos a la violación y a otros delitos sexuales afectan a esta cuestión central de la definición de violación no ha recibido un grado similar de atención hasta ahora,⁹ a pesar de que los artículos 21.1 (c) y 21.3 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional¹⁰ exigen que las decisiones de la Corte sean compatibles con “los derechos humanos internacionalmente reconocidos”.

El artículo 9 del Estatuto de Roma exige que se apliquen los Elementos de los Crímenes, pero sólo para ayudar a la Corte en la aplicación e interpretación de los artículos 6, 7 y 8, las definiciones de los crímenes que son competencia de la Corte. Para determinar si los Elementos de los Crímenes son compatibles con el Estatuto de Roma, y en todas las interpretaciones del Estatuto, la Corte deberá

⁹ Son notables excepciones Patricia Viseur Sellers, “The Prosecution of Sexual Violence in Conflict: the Importance of Human Rights as a Means of Interpretation”, publicado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en http://www2.ohchr.org/english/issues/women/docs/Paper_Prosecution_of_Sexual_Violence.pdf, último acceso de 21 de abril de 2010; y Catharine MacKinnon, “A comment on Akayesu”, en *Are women human?*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2006, páginas 237-246.

¹⁰ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998; *entró en vigor el 1 de julio de 2002.*

Artículo 21: Derecho aplicable

1. La Corte aplicará:

- a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos del Crimen y sus Reglas de Procedimiento y Prueba;
- b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados y los principios y normas de derecho internacional aplicables, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados;
- c) En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y principios internacionalmente reconocidos.

2. La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores.

3. La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición.

aplicar el artículo 21.3, que gobierna todas las demás disposiciones del citado Estatuto.¹¹

3. LAS DEFINICIONES DE VIOLACIÓN Y VIOLENCIA SEXUAL HAN DE INTERPRETARSE DE FORMA COMPATIBLE CON LAS LEYES Y NORMAS DE DERECHOS HUMANOS

El derecho humano a la igualdad y la no discriminación en el disfrute de la integridad física y mental ¹² exige que se dé igual peso al consentimiento libre y

¹¹ Daniel Sheppard, “The International Criminal Court and ‘Internationally Recognized Human Rights’: Understanding Article 21(3) of the Rome Statute”, *International Criminal Law Review* 10(2010) 43-71, concretamente en relación con las opiniones sobre qué constituyen “derechos humanos internacionalmente reconocidos”, páginas 63-71.

¹² En su recomendación general nº 19, (IIº periodo de sesiones, 1992), párrafo 7, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer estableció que la violencia basada en el género, como la violación y la violencia sexual, era una forma de discriminación, y declaró que:

“La violencia contra la mujer, que menoscaba o anula el goce de sus derechos humanos y sus libertades fundamentales en virtud del derecho internacional o de los diversos convenios de derechos humanos, constituye discriminación, como la define el artículo 1 de la Convención. Esos derechos y libertades comprenden:

- a) El derecho a la vida;
- b) El derecho a no ser sometido a torturas o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes;
- c) El derecho a protección en condiciones de igualdad con arreglo a normas humanitarias en tiempo de conflicto armado internacional o interno;
- d) El derecho a la libertad y a la seguridad personales;
- e) El derecho a igualdad ante la ley;
- f) El derecho a igualdad en la familia;
- g) El derecho al más alto nivel posible de salud física y mental;
- h) El derecho a condiciones de empleo justas y favorables.

El Comité añadía:

“24. A la luz de las observaciones anteriores, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer recomienda que: [...]

b) Los Estados Partes velen por que las leyes contra la violencia y los malos tratos en la familia, la violación, los ataques sexuales y otro tipo de violencia contra la mujer protejan de manera adecuada a todas las mujeres y respeten su integridad y su dignidad. Debe

pleno al contacto sexual¹³ por las dos partes o todas las que intervengan en dicho contacto, implique o no dicho contacto la penetración.¹⁴ El uso de la fuerza, de la amenaza de la fuerza o la coacción por el perpetrador imposibilita que la víctima ejerza su derecho a la integridad física y mental y, por tanto, su autonomía sexual. El enfoque de las definiciones de violación y violencia sexual contenidas en los Elementos de los Crímenes es compatible con las obligaciones existentes en virtud del derecho internacional de derechos humanos, pues el crimen se define en función de la negación por el perpetrador a la víctima de la capacidad de ésta para aceptar libremente y sin coacción el contacto sexual, mediante el uso de la fuerza, la amenaza de la fuerza o la coacción. La definición incluye una lista abierta y no exhaustiva de las diversas formas y modos en que puede ejercerse la coacción.

Los elementos no contextuales de la definición de la violación como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra contenida en los Elementos de los Crímenes son idénticos; las únicas diferencias en los elementos de ambos crímenes son las

proporcionarse a las víctimas protección y apoyo apropiados. Es indispensable que se capacite a los funcionarios judiciales, los agentes del orden público y otros funcionarios públicos para que apliquen la Convención”.

¹³ Se emplean en este documento las expresiones “contacto sexual”, “acto sexual” y “cometer actos sexuales” para referirse a los actos físicos mediante los cuales se cometen los delitos de violación o agresión sexual, a fin de identificar la conducta física sin hacer suposiciones sobre si fue solicitada o no, lo que la identificaría como actividad legal o delictiva. Se emplean estas expresiones para permitir una descripción en el texto de los actos físicos realizados al mismo tiempo que se refleja la realidad de que la violación y la violencia sexual no son una “relación sexual” (expresión que implica acuerdo de las partes). El uso de estas expresiones permite diferenciar claramente una conducta delictiva y una conducta protegida por las leyes de derechos humanos, cuando es deseada y acordada activamente por las partes. Para un análisis exhaustivo sobre estas cuestiones, véase “*Sexuality and human rights*”, documento de debate publicado por el Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, 2009: <http://www.ichrp.org/en/projects/137?theme=6> (último acceso el 20 de abril de 2010).

¹⁴ La violación es un tipo concreto de violencia sexual, cuya definición se limita al acto de penetración del cuerpo, mientras que la definición de otros tipos de violencia sexual podría ser muy amplia debido a la diversidad de métodos elegidos por los perpetradores para cometer estos delitos. Como se afirma en el comentario de Triffterer: “La violencia sexual es un término más amplio que la violación. El término se emplea para calificar cualquier tipo de violencia cometido por medios sexuales o dirigida contra la sexualidad.” (Otto Triffterer, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Hart Publishing, 2008, página 214). Según la sentencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda en el caso Akayesu, la violencia sexual, que incluye la violación, es “cualquier acto de naturaleza sexual cometido en circunstancias coactivas.” (*Akayesu*, nota 8 *supra*: párrafo 598). El TPIR proseguía: “La violencia sexual no se limita a una invasión física del cuerpo humano y podría incluir actos que no conlleven penetración o contacto físico. La violencia sexual abarca tanto las agresiones físicas como las psicológicas dirigidas a las características sexuales de una persona.” (*Akayesu*, sentencia del juicio, nota 8: párrafo 688). Sin embargo, los aspectos de la coacción y de la violación de la autonomía sexual son comunes para la definición de violación y la de violencia sexual, y son pertinentes para la investigación y el enjuiciamiento de ambos delitos.

contextuales de carácter legal que distinguen la violación como crimen de lesa humanidad de la violación como crimen de guerra. Los elementos comunes son los siguientes:

- “1. Que el autor haya invadido [aquí nota al pie que reza: ‘El concepto de “invasión” se utiliza en sentido amplio para que resulte neutro en cuanto al género.’] el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo.
2. Que la invasión haya tenido lugar por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa u otra persona o aprovechando un entorno de coacción, o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento. [Aquí nota al pie que reza: ‘Se entiende que una persona es incapaz de dar su libre consentimiento si adolece de una incapacidad natural, inducida o debida a la edad.’]”¹⁵

Los elementos no contextuales de la definición de la violencia sexual como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra en los Elementos de los Crímenes son idénticos; las únicas diferencias en los elementos de estos dos crímenes son las contextuales de carácter legal que distinguen la violencia sexual como crimen de lesa humanidad de la violencia sexual como crimen de guerra. Los elementos comunes son los siguientes:

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.¹⁶

El derecho internacional de derechos humanos relativo al enjuiciamiento de la violación establece como requisito para que un contacto sexual sea legítimo que “el consentimiento debe darse voluntariamente, como resultado de la libre voluntad de la persona, valorada en el contexto de las circunstancias del momento.”¹⁷

¹⁵ Elementos 1 y 2 de los Elementos de los Crímenes relativos a los artículos 7 1) g)-1, 8 2) b) xxii)-1 y 8 2) e) vi)-1.

¹⁶ Elemento 1 del artículo 7 1) g)-6; elemento 1 del artículo 8 2) b) xxii)-6; elemento 1 del artículo 8 2) e) vi)-6, de los Elementos de los Crímenes.

¹⁷ *M.C. v Bulgaria*, solicitud 39272/98, sentencia de 4 de diciembre de 2003, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, párrafo 163.

Cuando el perpetrador emplea la fuerza, la amenaza de la fuerza o la coacción, el consentimiento no puede ser “libre consentimiento” —la expresión empleada en las notas al pie de los Elementos de los Crímenes—, es decir, un consentimiento prestado voluntariamente, como resultado de la libre voluntad de la persona.

De hecho, la percepción de que las mujeres pueden ejercer su libre voluntad y consentir a un contacto sexual (implique o no dicho contacto la penetración) cuando son sometidas a la fuerza, amenazas o coacción, es una parte significativa del estereotipo que menoscaba la igualdad de la mujer ante la ley, según el cual el uso de la fuerza y la coacción es un aspecto legítimo y apropiado de la conducta sexual.

3.1 PARA QUE SEAN LEGÍTIMOS, LOS ACTOS SEXUALES DEBEN SER ACORDADOS POR AMBAS PARTES POR IGUAL

La autonomía sexual de una persona es un aspecto de su integridad física y mental, el valor fundamental de los derechos humanos protegido por la penalización de la violencia sexual. Sin embargo, lamentablemente, la autonomía sexual suele mezclarse con ciertas visiones limitadas del “consentimiento” contenidas en el derecho penal nacional que no captan la realidad de cómo se cometen los actos de violación y de violencia sexual, y esta interpretación afecta al modo en que tales actos son tratados en las investigaciones penales, los enjuiciamientos y las sentencias penales.

La autonomía sexual y el consentimiento son dos conceptos bien diferenciados. El concepto de *consentimiento*, tal como se emplea en el derecho penal nacional, importa una noción de decisión individual que no suele tener en cuenta la realidad del abuso de poder (evidenciada mediante la fuerza física o mediante otras formas de coacción) y otras condiciones de hecho que podrían prevalecer antes, durante y quizá después de los actos sexuales en cuestión. En cambio, la consideración de si una persona ha podido ejercer o no la autonomía sexual tiene en cuenta la dinámica general y el entorno que rodea esos actos sexuales y su impacto en la capacidad de la víctima para decidir libremente.

El derecho de las mujeres a la igualdad ante la ley se viola a menudo en las jurisdicciones penales nacionales porque se desconfía de los testimonios de las mujeres. Por tanto, éstas reciben un trato desigual porque su derecho a no ser coaccionadas sexualmente por un perpetrador es sumamente limitado. En las jurisdicciones nacionales, las leyes sobre violación y agresión sexual suelen considerar que hay alguien que “propone” los actos sexuales, y se considera que quien “acepta” consiente en realizar el acto a menos que quede clara su resistencia, especialmente mediante la resistencia física. Esto es contrario a un enfoque del derecho penal que incorpore el derecho humano a la igualdad. Como se establece en una intervención ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *M.C. v Bulgaria*:

“El enfoque de la igualdad comienza examinando, no si la mujer dijo ‘no’, sino si dijo ‘sí’. Las mujeres no van por ahí en un estado de consentimiento constante a la actividad sexual a menos y hasta que dicen ‘no’ u ofrezcan resistencia ante alguien que se dirija a ellas para realizar una actividad sexual. El derecho a la autonomía física y sexual significa que tienen que consentir afirmativamente la actividad sexual”.¹⁸

En este caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que “el desarrollo de la ley y la práctica en esa área [del delito de violación] refleja la evolución de las sociedades hacia una igualdad y un respeto efectivos a la autonomía sexual de cada persona”¹⁹ y también ha dejado claro que la inclusión en las definiciones de violación de referencias únicamente a la fuerza y a la resistencia físicas es contraria al derecho de derechos humanos:

“[C]ualquier enfoque rígido al enjuiciamiento de los delitos sexuales, como exigir una prueba de resistencia física en todas las circunstancias, corre el riesgo de dejar sin castigo ciertos tipos de violación, poniendo así en peligro la protección efectiva de la autonomía sexual de la persona.”²⁰

¹⁸ Información de Interights ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *M.C v Bulgaria*, 12 de abril de 2003, párrafo 12.

¹⁹ *MC v Bulgaria*, nota 17 *supra*, párrafo 165. Sobre la cuestión de la “evolución de las sociedades” y la definición de violación, el profesor Stephen Schulhofer propone una comparación entre el derecho sobre el robo y el derecho sobre la violación, en cuanto a cómo el primero desarrolló su comprensión de que los delitos podían cometerse sin usar la fuerza:

“En el siglo XVI, el derecho consuetudinario sobre el robo protegía los bienes del propietario únicamente cuando el malhechor los arrebató físicamente de la posesión del propietario, contra la voluntad de éste y por la fuerza. Los consignadores y criados que se llevaban una propiedad que les era confiada y los bribones que obtenían la posesión de modo fraudulento no podían ser enjuiciados, y el derecho sobre el robo no protegía en absoluto los intereses intangibles o los bienes inmuebles. Cuando el comercio y la naturaleza de los objetos de valor se hicieron más complejos, el derecho evolucionó, al principio con lentitud, para cubrir las intolerables lagunas, aunque muchas de ellas sobrevivieron hasta principios del siglo XX. Actualmente el derecho sobre el robo protege exhaustivamente a los dueños de propiedades. Previene los desfalcos cometidos por empleados y el desposeimiento mediante fraude, y protege artículos de valor intangibles como las deudas, los derechos de propiedad, los secretos comerciales y, más recientemente, el software informático, castigando prácticamente toda injerencia en los derechos de la propiedad realizada sin el libre consentimiento del dueño. Aun así, no hay una evolución y modernización comparables del derecho sobre la agresión sexual. En casi todos los Estados, las leyes sobre violación siguen exigiendo pruebas de fuerza física. Y la idea de la ley sobre lo que se considera fuerza física sigue siendo sumamente exigente.”

Stephen Schulhofer, *Unwanted Sex: the culture of intimidation and the failure of law*, Harvard University Press, 1998, páginas 3 y 4.

²⁰ *M.C. v Bulgaria*, nota 17 *supra*, párrafo 166.

Más recientemente, en su dictamen sobre el caso *Karen Tayag Vertido v. Filipinas*, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer recomendó que el Estado demandado:

“[Apruebe] una definición de ataque sexual que:

- Exija la existencia de un “acuerdo inequívoco y voluntario” y pruebas de medidas para asegurar el consentimiento del demandante o superviviente; o
- Exija que el acto tenga lugar en circunstancias coercitivas e incluya una amplia gama de circunstancias coercitivas.”²¹

Por consiguiente, tanto desde el punto de vista lógico como desde el legal, para que un acto sexual sea legal, las dos partes deben participar en él sin que medie la fuerza y la coacción. Como afirmó un significativo especialista en el derecho internacional penal:

“Lo que es importante es que el enfoque de la definición de la CPI esté en las circunstancias coercitivas, no en la falta de consentimiento de la víctima. El consentimiento no es una cuestión cuando existe fuerza, amenaza de la fuerza, coacción o circunstancias coercitivas, o cuando la persona no puede dar su consentimiento. Con esta redacción, parece que [los Elementos de los Crímenes] incorporaron las opiniones de las sentencias Akayesu y Furundzija sobre los tipos de circunstancias que convierten los actos sexuales en actos criminales, y añadieron así la imposibilidad de hecho de prestar consentimiento basándose en factores naturales, inducidos o debidos a la edad.”²²

La expresión “libre consentimiento” se emplea en las definiciones de violación, prostitución forzada y esterilización forzada de los Elementos de los Crímenes, así como en la regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba. Para que sean compatibles con el derecho internacional de derechos humanos, todas las referencias al término “consentimiento” o “libre consentimiento” que se empleen en la práctica de la Corte deben interpretarse y aplicarse teniendo en cuenta el tratamiento del consentimiento en las leyes de derechos humanos, que exigen el libre consentimiento, sin que medie fuerza, coacción, discriminación y violencia.²³

²¹ *Karen Tayag Vertido v. Filipinas*, comunicación núm. 18/2008, documento de la ONU CEDAW/C/46/D/18/2008, 1 de septiembre de 2010, párrafo 8.9.

²² Anne-Marie de Brouwer, *Supranational Criminal Prosecution of Sexual Violence: the ICC and the practice of the ICTY and ICTR*, School of Human Rights Research Series, volumen 20, Intersentia, La Haya, 2005: página 134.

²³ En la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing, Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, 15 de septiembre de 1995, A/CONF.177/20 (1995) y A/CONF.177/20/Add.1 (1995), se formuló la siguiente declaración:

“Los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia. Las relaciones igualitarias entre la mujer y el hombre respecto de las relaciones sexuales y la

En otros aspectos de las leyes de derechos humanos, como los derechos de las personas desplazadas internamente²⁴ y el no sometimiento a la experimentación médica forzada²⁵ se hace referencia a las condiciones para valorar si hubo o no una decisión libre sobre cuestiones significativas que afectan al bienestar de las personas. La referencia a “capacidad natural, inducida o debida a la edad” implica que debe ser primordial la capacidad de la persona para percibir y razonar a fin de tomar decisiones sobre sus propios intereses y deseos. Además, en la referencia al “libre consentimiento” contenida en las definiciones de esterilización forzada como crimen de guerra y como crimen de lesa humanidad de los Elementos de los Crímenes, se señala que el engaño es incompatible con el libre consentimiento.²⁶

La Corte Penal Internacional debe aprovechar la oportunidad de sus primeros casos de violación y violencia sexual para subrayar que el uso de la fuerza, la amenaza de la fuerza y la coacción están necesariamente en contra de la posibilidad de un “libre consentimiento” y que cualquier persona que participe en actos sexuales en los que utilice la fuerza, la amenaza de la fuerza o la coacción, incluido el aprovechamiento de circunstancias coercitivas, actúa ilegalmente y comete un acto de violación o de violencia sexual.²⁷

reproducción, incluido el pleno respeto de la integridad de la persona, exigen el respeto y el consentimiento recíprocos y la voluntad de asumir conjuntamente la responsabilidad de las consecuencias del comportamiento sexual”.

²⁴ El principio 7.3 c) de los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos exige que “se recabará el consentimiento libre e informado de los futuros desplazados” entre las garantías que deben cumplirse cuando el desplazamiento se produce en situaciones distintas de los estados de excepción debidos a conflictos armados y catástrofes. Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, documento de la ONU E/CN.4/1998/53/Add.2, 11 de febrero de 1998.

²⁵ Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial: Principios Éticos para la Investigación Médica con Sujetos Humanos: adoptados por la 18ª. Asamblea General de la Asociación Médica Mundial en Helsinki (Finlandia), junio de 1964, y modificados por la 29ª. Asamblea General de la Asociación, Tokio (Japón), octubre de 1975; 35ª. Asamblea General de la WMA, Venecia (Italia), octubre de 1983; 41ª. Asamblea General de la WMA, Hong Kong, septiembre de 1989; 48ª. Asamblea General de la WMA, Somerset West (República de Sudáfrica), octubre de 1996; 52ª. Asamblea General de la WMA, Edimburgo (Escocia), octubre de 2000; 53ª. Asamblea General de la WMA, Washington 2002 (añadida nota de aclaración sobre el párrafo 29); 55ª. Asamblea General de la WMA, Tokio 2004 (añadida nota de aclaración sobre el párrafo 30); 59ª. Asamblea General de la WMA, Seúl, octubre de 2008.

²⁶ Véase, por ejemplo, la nota al pie del artículo 7 1) g)-5 que contiene la definición del crimen de lesa humanidad de esterilización forzada.

²⁷ En las decisiones sobre confirmación de los cargos de las Salas de Cuestiones Preliminares de la CPI se han formulado algunos comentarios en relación con la violación y la violencia sexual: las circunstancias coercitivas mencionadas en el párrafo 688 del caso Akayesu se mencionan en la confirmación de los cargos del caso Katanga/Chui (párrafo 440) y del caso Bemba (párrafo 162). Por otra parte, se menciona también como circunstancia coercitiva entrar en una casa con armas (Bemba, párrafo 172), así como estar detenido por soldados en un pozo (Katanga/Chui, párrafo 352). *Situation in the Democratic Republic of Congo in the*

Algunos tribunales nacionales podrían considerar que para que la actividad sexual sea legal, el requisito de que ambas partes conozcan con claridad que cualquier acto sexual entre ellas ocurre de dicho modo, sin que medie coacción ni fuerza, es tanto una injerencia en la vida privada como una carga en la vida privada de las personas. Sin embargo, la protección de la integridad física y mental de las personas es una obligación fundamental de los Estados que éstos deben cumplir mediante el derecho penal, así como mediante otros métodos como la educación, la formación de los funcionarios de la justicia penal y medidas para abordar los estereotipos en los medios de comunicación. En una sentencia sobre violencia en el ámbito familiar en la que pone de relieve la necesidad de que el Estado cumpla esta obligación fundamental, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó que "[e]n algunos casos, podría ser necesaria la injerencia de las autoridades nacionales en la vida privada o familiar de las personas para proteger la salud y los derechos de terceros o para impedir la comisión de actos delictivos."²⁸ El derecho de derechos humanos reconoce que el Estado tiene la obligación de la diligencia debida para prevenir la violencia por parte de actores privados, además de por parte de los agentes estatales o funcionarios públicos, y debe adoptar diversas medidas para cumplir dicha obligación.²⁹

Por tanto, tanto desde el punto de vista lógico como el legal, la consideración principal ha de ser la valoración del acto del perpetrador, y si esa persona usó o no la fuerza, la amenaza de la fuerza o la coacción. Cuando el perpetrador ha empleado dicha fuerza, amenaza de la fuerza o coacción, la víctima no puede ejercer su libre voluntad y, por consiguiente, su derecho a la integridad física y mental. No debe ser necesario otro examen de los hechos.

3.2 EJEMPLOS EN LA JURISPRUDENCIA EXISTENTE Y EN LA PRÁCTICA INTERNACIONAL DE CÓMO LA FUERZA, LA AMENAZA DE LA FUERZA Y LA COACCIÓN MENOSCABAN LA AUTONOMÍA SEXUAL DE LA PERSONA

El ejercicio de la autonomía sexual es fundamental para que una conducta sexual sea legítima. La Plataforma de Acción de Beijing ha expresado en términos positivos el derecho a la autonomía sexual:

case of the Prosecutor v Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, decisión sobre la confirmación de los cargos, 30 de septiembre de 2008, caso ICC-01/04-01/07; *Situation in the Central African Republic in the case of Jean-Pierre Bemba Gombo*, decisión en virtud del artículo 61.7 a) y b) del Estatuto de Roma sobre los cargos del fiscal contra Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 de junio de 2009, caso ICC-01/-5-01/08.

²⁸ *Opuz v Turkey*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, solicitud número 33401/02, sentencia, 9 de junio de 2009, párrafo 144.

²⁹ *González et al v. Mexico*, nota 5 *supra*, párrafos 249-258, resume sucintamente algunos aspectos clave de la obligación de la diligencia debida.

“Los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia. Las relaciones igualitarias entre la mujer y el hombre respecto de las relaciones sexuales y la reproducción, incluido el pleno respeto de la integridad de la persona, exigen el respeto y el consentimiento recíprocos y la voluntad de asumir conjuntamente la responsabilidad de las consecuencias del comportamiento sexual”.³⁰

También hacen falta ejemplos de las circunstancias en las que se viola la autonomía sexual para ilustrar el concepto. Como concluyó la sala de primera instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en la sentencia del juicio *Kunarac*, la violación de la autonomía sexual puede evidenciarse de diversas formas:

“[L]a ausencia de un consentimiento genuino y prestado libremente o de participación voluntaria puede *evidenciarse* con la presencia de diversos factores especificados en otras jurisdicciones, como la fuerza, la amenaza de la fuerza o aprovecharse de una persona que no puede resistirse. Una demostración clara de que estos factores niegan la capacidad de la víctima para prestar un consentimiento libre y genuino se halla en las jurisdicciones donde la ausencia de consentimiento es un elemento de la violación y se define expresamente que no existe consentimiento cuando hay factores como el uso de la fuerza, inconsciencia o incapacidad para resistirse por parte de la víctima, o tergiversación por parte del perpetrador”.³¹

Como se verá a continuación, existen al menos cuatro condiciones en las que, a primera vista, se presume que se ha puesto en peligro el ejercicio de la autonomía sexual, reflejadas en la definición de violación y violencia sexual de los Elementos de los Crímenes:³²

- (1) Situaciones en las que el autor o la autora usó la fuerza o amenazó con usarla;
- (2) El autor o la autora usó la coacción o, genera miedo a la violencia, ejerce intimidación (incluida la detención), opresión psicológica, o abusa de su poder;
- (3) Entornos de coacción en los que el autor o la autora se aprovecha de una víctima; u

³⁰ Plataforma de Acción de Beijing, párrafo 97. Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, 15 de septiembre de 1995, A/CONF.177/20 (1995) y A/CONF.177/20/Add.1 (1995).

³¹ Sentencia del juicio *Kunarac*, nota 8 *supra*, párrafos 457-458 (énfasis en el texto original).

³² Los Elementos de los Crímenes orientan sobre la aplicación del crimen de violación remitiéndose principalmente a los actos del perpetrador que previsiblemente afectan a la posibilidad de la víctima de ejercer la autonomía sexual, así como a condiciones específicas de la víctima que disminuyen la capacidad para consentir en las circunstancias que concurren en el momento del presunto delito.

(4) Otras condiciones, como la edad, que conllevan diversas formas de incapacidad natural o capacidad reducida que afectan a la persona a la hora de dar su libre consentimiento.

(A) USO DE LA FUERZA O DE LA AMENAZA DE LA FUERZA

El uso de la fuerza o de la amenaza de la fuerza es la circunstancia más obvia en la que no se ejerce la autonomía sexual: es un “indicio claro de no consentimiento.”³³ Las diversas formas que pueden adoptar la fuerza o las amenazas de la fuerza y la coacción se enumeran como métodos con los que se perpetran los crímenes de violación y violencia sexual; por tanto, las amenazas de la fuerza y la fuerza no deben considerarse elementos necesarios del crimen, pues es suficiente la coacción. Además, la resistencia a la fuerza por parte de la víctima o sobreviviente es considerada irrelevante para la comisión del crimen.³⁴ La regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba dispone que “[e]l consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual”.³⁵ Esto concuerda con el derecho de derechos humanos, concretamente con *M.C. v Bulgaria*, como ya se ha señalado.

La fuerza no debe interpretarse como “fuerza física excesiva” o “fuerza física que representa una amenaza para la vida” o “fuerza física abrumadora”, como suele calificarla la jurisprudencia en las jurisdicciones nacionales,³⁶ sino, sencillamente, como “fuerza” en el uso corriente de la palabra. Para una interpretación adecuada de la definición de violación y de violencia sexual, resulta significativo que en otras partes de los Elementos de los Crímenes, la expresión “por la fuerza” no se limita a

³³ Sentencia de la apelación *Kunarac*, nota 8 *supra*, párrafo 99.

³⁴ Por ejemplo, la Sala de Apelaciones declaró en el caso *Kunarac* que rechazaba “el requisito de la ‘resistencia’ de los apelantes [...] pues no [habían] ofrecido base alguna en el derecho internacional consuetudinario.” Se declaró que la insinuación de que “sólo la resistencia continua” serviría de aviso adecuado de que los actos sexuales no eran deseados fue calificada de “errónea en derecho y absurda en los hechos”. Sentencia de la apelación *Kunarac*, nota 8 *supra*, párrafo 128. Del mismo modo, en el caso de *M.C. v. Bulgaria* resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se determinó que “la exigencia de pruebas de resistencia física en todas las circunstancias corre el riesgo de dejar ciertos tipos de violación sin castigo y, así, de poner en peligro la protección efectiva de la autonomía sexual de la persona”. El tribunal prosiguió declarando que los Estados miembros tenían obligaciones positivas, en virtud de la Convención, de “exigir la penalización y el enjuiciamiento efectivo de cualquier acto no consensuado, incluso en ausencia de resistencia física por parte de la víctima”. *M.C. v. Bulgaria*, *supra*, nota 17, párrafo 157. En *Karen Tayag Vertido v the Philippines*, el Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer “[subrayó] que no debía suposición en la ley ni en la práctica de que una mujer presta su consentimiento porque no se ha resistido físicamente a la conducta sexual no deseada, con independencia de si el perpetrador amenazó con usar o usó la violencia física”. Párrafo 8.5, *Karen Tayag v the Philippines*, *supra*, nota al pie 21.

³⁵ Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI, regla 70 c).

³⁶ Véase Schulhofer, nota 19 *supra*, página 4, en relación con el sistema de Estados Unidos.

la fuerza física, sino que podría incluir la amenaza de la fuerza o la 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 o contra otra o aprovechando un entorno de coacción.”³⁷

(B) COACCIÓN

El reconocimiento de la coacción como un elemento esencial del crimen de violación y de otros crímenes sexuales es un avance significativo porque reconoce la desigualdad entre perpetradores y víctimas. La Comisión de Legislación sudafricana ha descrito acertadamente esta evolución:

El paso de la “ausencia de consentimiento” a la “coacción” representa un cambio de enfoque de la máxima importancia, al pasar del estado mental subjetivo de la víctima al desequilibrio de poder entre las partes [...] Esta perspectiva también nos permite comprender que la coacción constituye algo más que la física fuerza o la amenaza de dicha fuerza, sino que también podría incluir diversas formas más de ejercicio de poder sobre otra persona: poder emocional, psicológico, económico, social u organizativo.³⁸

La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *M.C. v. Bulgaria* es un ejemplo del tipo de circunstancias que crean un entorno de coacción. En este caso, los presuntos perpetradores crearon un entorno de coacción del que después se aprovecharon, en lugar de aprovecharse de un entorno de coacción preexistente. El Tribunal señaló que los fiscales no habían aprovechado la oportunidad para “probar [...] la *mens rea* de los perpetradores valorando todas las circunstancias del momento, como los indicios de que habían engañado deliberadamente [a la víctima] para llevarla a un lugar desierto, creando así un entorno de coacción.”³⁹ Los investigadores y fiscales deben tener en cuenta todas las circunstancias del momento antes de hacer recomendaciones y adoptar decisiones sobre los cargos que formularán contra el acusado a fin de garantizar enjuiciamientos efectivos en los que se respeten plenamente los derechos de las víctimas. Exponer las circunstancias del momento ante el tribunal permite considerar exhaustivamente si el acto se realizó bajo coacción y en qué medida.

A continuación se exponen cinco formas de circunstancias coercitivas como ilustraciones no exhaustivas de las circunstancias en las que se usa la coacción para cometer actos de violencia sexual.

³⁷ Véanse las notas al pie del artículo 6(e) (genocidio mediante el traslado por la fuerza de niños), elemento 1, artículo 7(1)(d), crimen de lesa humanidad de deportación o traslado forzoso de población, elemento 1. 0

³⁸ South African Law Reform Commission, Discussion Paper 85 (Project 107) Part A: Sexual Offences: the Substantive Law, p. 114, párrafo 3.4.7.3.14. 12 de agosto de 1999.

³⁹ *M.C. v Bulgaria*, nota al pie 17 *supra*, párrafo 180.

(B)(i) TEMOR A LA VIOLENCIA

El temor a la violencia es diferente del sometimiento a la violencia sexual debido a la amenaza de violencia. El temor a la violencia es una forma de coacción más sutil, pero de igual peso, pues la víctima podría consentir en silencio y sin queja para evitar más riesgos para su seguridad. Como reconoció el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *M.C. v. Bulgaria*: “los violadores suelen emplear una coacción sutil o el acoso cuando ello es suficiente para dominar a sus víctimas”.⁴⁰ De hecho, el temor a la violencia suele ser una reacción a actos del perpetrador que parece probable que se intensifiquen hasta convertirse en amenazas más abiertas o en el uso real de fuerza: se coacciona a las víctimas para que se sometan a actos sexuales rápida y silenciosamente por temor a que el perpetrador aumente su conducta coactiva hasta convertirla en violencia.⁴¹ Por tanto, el temor a la violencia anula la posibilidad de que la víctima esté ejerciendo su autonomía sexual como participante en igualdad de condiciones en un acto sexual.

(B)(ii) INTIMIDACIÓN

En el derecho penal nacional la intimidación suele interpretarse como un argumento para la defensa ante una conducta o unas circunstancias que representan una amenaza para la vida o la seguridad de la persona enjuiciada o de un tercero. Sin embargo, la intimidación nunca debe ser un argumento para la defensa en un crimen de derecho internacional, sino sólo una base posible para la mitigación de la pena. La intimidación como modo de perpetrar crímenes de violencia sexual es un concepto mucho más amplio, pues incluye la extorsión. En *Akayesu*, la sala de primera instancia concluyó que “podrían constituir coacción las amenazas, la intimidación, la extorsión y otras formas de intimidación que aprovechan el temor o la desesperación.”⁴² La intimidación incluye también hacer “amenazas a las que una persona en su situación no podría resistirse.”⁴³ Un ejemplo de este tipo de intimidación puede hallarse en la sentencia del juicio *Kvoca*, en la que la sala de primera instancia subrayó que aunque el procesado sí llegó a un supuesto “acuerdo” con la víctima de trasladar al esposo de ésta a unas

⁴⁰ *M.C. v Bulgaria*, nota 17 *supra*, párrafo 146.

⁴¹ La sentencia de la sala de primera instancia *Furundžija*, nota 8 *supra*, párrafo 174, se refiere a “un temor razonable [a que la víctima] o una tercera persona sea sometida a violencia, detención, intimidación u opresión psicológica.” Amnistía Internacional señala que la decisión de si el temor es o no “razonable” puede estar condicionada por suposiciones y estereotipos. En el caso *Karen Tayag Vertido v the Philippines*, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer señaló que “[el] poder judicial debe tener cuidado para no crear unos criterios inflexibles sobre lo que las mujeres o niñas deben ser o lo que deberían haber hecho ante una situación de violación basándose meramente en nociones preconcebidas de lo que define a una víctima de violación o a una víctima de la violencia de género en general.” (párrafo 8,4, *Karen Tayag v the Philippines*, nota al pie 21 *supra*).

⁴² Sentencia del juicio *Akayesu*, nota 8 *supra*, párrafo 688.

⁴³ Schulhofer, nota 19 *supra*, página 126.

condiciones mejores dentro del campo de detención a cambio de actos sexuales, fue aun así coercitiva la amenaza de que el esposo de la víctima seguiría en condiciones inhumanas y corriendo el riesgo de sufrir un trato cruel, inhumano o degradante a menos que la víctima se sometiera a las peticiones del procesado de participar en actos sexuales.⁴⁴

(B)(III) DETENCIÓN

Se presupone que la conducta sexual entre personas internas o detenidas y personas que ejercen autoridad en la reclusión constituyen actos delictivos de violación o violencia sexual, debido a la naturaleza intrínsecamente coercitiva de la detención.

La sentencia de la apelación *Kunarac* hace referencia al hecho de que en Alemania⁴⁵ y Estados Unidos, esta conducta es un delito incluso cuando se haya identificado la conducta sexual como "consensuada".⁴⁶ De modo similar, en *Kunarac*, la sala de primera instancia declaró que en estos casos, existe la "necesidad de presuponer la falta de consentimiento."⁴⁷ En el caso *Kunarac*, las víctimas estaban "recluidas en cuarteles militares de hecho, centros de detención y apartamentos mantenidos como residencias de soldados. El aspecto más atroz de las condiciones era que las víctimas eran consideradas presas sexuales legítimas de sus captores."⁴⁸ Las mujeres eran violadas de forma reiterada y periódica, a menudo por más de una persona, y "quienes pedían ayuda o se resistían eran tratadas con un grado de brutalidad especial."⁴⁹ La sala de apelaciones declaró que "estas detenciones equivalen a unas circunstancias tan coercitivas que negaban cualquier posibilidad de consentimiento."⁵⁰ La sala de apelaciones resolvió en el caso *Krnjelac* que las detenidas estaban en una situación coercitiva, es decir, un

⁴⁴ *Prosecutor v Kvočka et al*, caso núm. IT-98-30/1 (sala de primera instancia, 2 de noviembre de 2001, párrafo 555).

⁴⁵ El artículo 174a del capítulo 13 del Código Penal alemán considera la existencia de responsabilidad penal cuando se cometen "actos sexuales con una persona reclusa o bajo custodia de una autoridad pública." El artículo 174b penaliza los abusos sexuales que se cometen aprovechando que se ocupa un cargo público. En ninguno de los casos la ausencia de consentimiento es un elemento del delito.

⁴⁶ Véase *New Jersey v. Martin*, 235 N.J. Super. 47, 56, 561 A.2d. 631, 636 (1989) (donde se reconoce la desigualdad y el carácter intrínsecamente coercitivo de la conducta sexual entre personas detenidas y personas con autoridad).

⁴⁷ Sentencia de la apelación *Kunarac*, nota 8 *supra*, párrafo 131.

⁴⁸ Sentencia de la apelación *Kunarac*, nota 8 *supra*, párrafo 132.

⁴⁹ Sentencia de la apelación *Kunarac*, nota 8 *supra*, párrafo 132.

⁵⁰ Sentencia de la apelación *Kunarac*, nota 8 *supra*, párrafo 132.

régimen penitenciario tal que negaría cualquier valor al presunto consentimiento a los cargos de deportación y expulsión.⁵¹

La detención es un entorno intrínsecamente coercitivo, con independencia de si la persona acusada fuera o no responsable directa de ordenar la detención de la víctima. Cuando la detención es legítima, los responsables de iniciarla y supervisarla tienen el deber de cuidado de no abusar de quienes están en su poder.⁵² Cuando la detención es ilegítima, esto es otro indicio más de coacción.

Podría haber situaciones en las que tanto el perpetrador como la víctima están detenidos, y el primero aprovecha el entorno coercitivo creado por la detención [véase *infra*, el apartado 4, “Aprovechar un entorno coactivo”]. Las normas internacionales de derecho humanitario y de derechos humanos que rigen la detención, como las recomendaciones del relator especial sobre la tortura,⁵³ los Convenios de Ginebra⁵⁴ y las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos,⁵⁵ exigen que los Estados separen a los detenidos en función de su sexo y de su edad. Aunque estas recomendaciones podrían proteger a los detenidos de algunas formas de violencia a manos de otros detenidos, no ofrecen por sí mismas protección frente a la violencia por parte de personas del mismo sexo ni frente al abuso de poder a manos de personas con autoridad, incluidos otros detenidos que tengan una autoridad de hecho dentro del lugar de detención.

⁵¹ Sentencia de la apelación “Foca”, *Prosecutor v Krnojelac*, 17 de septiembre de 2003, caso núm. IT-97-25, párrafo 227. La sala de apelaciones declaró en última instancia que las condiciones de reclusión ponían a las detenidas en una situación de intimidación y que éstas no estaban en condiciones de dar su libre consentimiento; su traslado era una forma de deportación y expulsión; véanse los párrafos 226-233.

⁵² Lovisa Stannow, David Kaisner en los dos artículos sucesivos del *New York Review of Books*: “The rape of American Prisoners”, 11 de marzo de 2010, <http://www.nybooks.com/articles/archives/2010/mar/11/the-rape-of-american-prisoners/>; “The Way to Stop Prisoner Rape”, 25 de marzo de 2010, <http://www.nybooks.com/articles/archives/2010/mar/25/the-way-to-stop-prison-rape/>, último acceso el 5 de mayo de 2010.

⁵³ Relator especial sobre la tortura, compilación de recomendaciones, documento de la ONU E/CN.4/2003/68, 17 de diciembre de 2002, párrafo 26(j).

⁵⁴ III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, Ginebra, 12 de agosto de 1949, artículo 24; IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, artículo 76.

⁵⁵ Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV), de 31 de julio de 1957, y 2076 (LXII), de 13 de mayo de 1977.

(B)(IV) OPRESIÓN PSICOLÓGICA

La definición de violación contenida en los Elementos de los Crímenes reconoce que la presión psicológica podría constituir coacción en la comisión de violencia sexual. Por su parte, la definición de violación contenida en *Furundžija* incluye “un temor razonable [a que la víctima] o una tercera persona sea sometida a violencia, detención, intimidación u opresión psicológica.”⁵⁶ Con toda razón, el concepto de fuerza “recibe una interpretación amplia e incluye hacer que la víctima quede indefensa.”⁵⁷ En la sentencia *Kunarac*, la sala de primera instancia aceptó que en diversas jurisdicciones la definición de violación abarcaba situaciones en las que se había hecho que la víctima fuera “incapaz de resistirse”.⁵⁸

La opresión psicológica puede ser empleada con más facilidad por los perpetradores cuando existen una relación previa o lazos psicológicos entre la víctima y el perpetrador, como los que se dan entre familiares y niños, profesores y alumnos, médicos y pacientes, dirigentes religiosos y creyentes, empleadores y empleados, y fuerzas de paz y miembros de las poblaciones protegidas: aunque el contacto sexual entre personas que tienen este tipo de relaciones no debe considerarse intrínsecamente coercitivo en sí mismo, los tribunales deben estar más atentos ante la posibilidad de que los presuntos perpetradores usen la opresión psicológica cuando existen estas relaciones.⁵⁹

Avergonzar o humillar a las víctimas suele ser parte de la opresión psicológica. Esto tiene especial fuerza cuando se hace público el hecho de la violencia sexual, o el perpetrador amenaza con hacer públicos los actos sexuales como forma de chantaje

⁵⁶ Sentencia de la sala de primera instancia *Furundžija*, nota 8 *supra*, párrafo 174.

⁵⁷ Sentencia de la sala de primera instancia *Furundžija*, nota 8 *supra*, párrafo 180.

⁵⁸ Sentencia de la sala de primera instancia *Kunarac*, nota 8 *supra*, párrafo 447. La sala de primera instancia se refirió, en concreto, al Código Penal suizo y al derecho danés para fundamentar su razonamiento.

⁵⁹ Amnistía Internacional describió las consecuencias de la opresión psicológica cuando se emplea para cometer una violación de la siguiente manera:

“¿Que cómo es una violación marital? Cualquiera que haya visto una película en la que una mujer es agredida, golpeada y violada en un parquet, en su propio apartamento o en cualquier otro sitio puede imaginar lo que es. La cuestión es que es exactamente igual que cualquier otra violación. Alguien te agarra del pelo, te abofetea o te pega en la cara con el puño bien cerrado, te pateo el estómago, o simplemente te pone un cuchillo en el cuello... La diferencia entre las violaciones de las películas y la violación marital es que no puedes gritar, porque puedes despertar a tu hijo que duerme en otra habitación. O que tu hijo está ahí mismo, junto a ti, con la cara blanca de terror. Otra diferencia es que la persona que nos hace esto es alguien a quien un día amamos, en quien un día confiamos más que en cualquier otra persona del mundo. Y hay otra diferencia más: que otra gente dice que nos lo inventamos todo. Que mentimos. O que si realmente ha pasado, no es para tanto”.

Hungary: Cries unheard: the failure to protect women from rape and sexual violence in the home. Índice AI: EUR 27/002/2007, mayo de 2007, página 4.

para obtener el sometimiento de la víctima. En muchas comunidades, las sobrevivientes de violencia sexual podrían ser doblemente víctimas: una vez a manos del perpetrador original y otra a manos de sus comunidades, como una mancha para el "honor" de la comunidad o de la familia. En su peor forma, esta doble victimización es violenta e incluso mortal, pero incluso el riesgo del ostracismo y del rechazo por parte de la comunidad constituye una poderosa opresión psicológica.⁶⁰

(B)(V) ABUSO DE PODER

Aunque el abuso de poder en muchas circunstancias podría coincidir parcialmente con la coacción en una situación de detención, es un elemento más amplio que incluye situaciones en las que el perpetrador tiene poder político, militar o de otro tipo sobre la víctima. Los ejemplos de este tipo de abuso de poder incluyen la coacción mediante promesas de que la víctima recibirá un trato mejor y garantías de que se protegerá a terceras personas de sufrir daños a cambio de ceder ante el perpetrador.

El caso *Kvočka* ofrece un ejemplo claro de abuso de poder. Aunque los crímenes incluidos en los cargos se cometieron en el contexto de la detención, el razonamiento se aplica a otros tipos de situaciones de abuso de poder. En el caso *Kvočka*, la sala de primera instancia aceptó testimonios de mujeres a quienes se había coaccionado para realizar actos sexuales con la promesa de mejorar el trato (que aun así seguía siendo abusivo) para ellas mismas y sus familias, y sostuvo que el acusado había "abusado flagrantemente de su posición y se había aprovechado de la vulnerabilidad de las detenidas."⁶¹ Una testigo declaró que la habían forzado a realizar actos sexuales con el acusado a cambio de comida, agua y garantías de que su esposo sería trasladado a una sección mejor del campo de detención. La sala de primera instancia declaró que en lugar de desacreditar el testimonio de la testigo, su declaración "sugiere que [el acusado] intentó regularmente sobornar o coaccionar a las víctimas para que 'accedieran' a mantener relaciones sexuales a cambio de favores."⁶²

⁶⁰ Amnistía Internacional documenta este tipo de hechos en muchos de sus informes sobre violencia sexual, en todas las regiones del mundo. Suele ser irrelevante si la violencia sexual se produjo durante un conflicto armado, si es un crimen de lesa humanidad o en tiempo de paz, pues lo importante son las percepciones sobre la "pureza" u otra condición similar de la mujer o niña afectada. Por ejemplo, Amnistía Internacional informó de la situación de mujeres que habían sido violadas en la guerra de Bosnia a principios de la década de 1990, y de que "[m]uchas víctimas [...] señalaron que la percepción pública de la violación les impedía reconstruir su vida e integrarse en la sociedad. [Una se quejó de que] "No tengo ningún derecho. A dondequiera que voy, la gente me percibe —siento usar esta palabra— como una puta. Pero, ¿he elegido yo esta vida?" (*Whose justice? The women of Bosnia and Herzegovina are still waiting*, Índice AI EUR 63/006/2009, página 59).

⁶¹ Sentencia de la sala de primera instancia *Kvočka*, nota 42 *supra*, párrafo 548.

⁶² Sentencia de la sala de primera instancia *Kvočka*, nota 42 *supra*, párrafo 555. Aunque el acusado no fue declarado culpable de la violación de esta víctima concreta por motivos

En el caso *Delalić*, la sala de primera instancia señaló que la implicación de un agente estatal o funcionario público era intrínsecamente coercitiva, especialmente en el contexto de un conflicto armado:

La condena y el castigo de la violación se hace aún más urgente cuando ésta es cometida un funcionario público, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia.⁶³

La sala proseguía afirmando que resultaba difícil imaginar unas circunstancias en las que la violación a manos de un funcionario público o a instigación de éste “pudiera considerarse que se produce para un fin que, de algún modo, no implique castigo, coacción, discriminación o intimidación.”⁶⁴

El abuso de poder podría ser pertinente incluso cuando el acusado no ejerce una autoridad o un poder oficiales. Por ejemplo, en el caso *Musema*, el acusado era el propietario de una fábrica de té. La sala de primera instancia sostuvo que tenía una posición de poder sobre sus empleados y otras personas de su prefectura, pues era considerado alguien que tenía un poder considerable en la región.⁶⁵ Aunque la conclusión de la sala de primera instancia era relativa a si el acusado era o no responsable de los actos de terceros, la decisión reconoce que el poder coercitivo se puede ejercer fuera de las estructuras formales estatales o militares mediante otras relaciones de poder e influencia sometidos antela Corte y que están cada vez más generalizadas en situaciones de conflicto armado.

Han aparecido casos relativamente recientes y muy difundidos de abuso de poder en el contexto de abusos cometidos por fuerzas de paz o personal de ayuda humanitaria contra las poblaciones a las que debían proteger y ayudar.⁶⁶ Este abuso de poder es especialmente preocupante debido a la relación fiduciaria de hecho que existe entre las partes y al hecho de que las fuerzas de paz podrían ser inmunes frente al enjuiciamiento.

procesales, el razonamiento de la sala de primera instancia deja claro que la conducta del enjuiciado respecto de esta víctima constituyó violación.

⁶³ *Prosecutor v Delalic*, caso núm. IT-96-21 (16 de noviembre de 1998), párrafo 495.

⁶⁴ *Prosecutor v Delalic*, caso núm. IT-96-21 (16 de noviembre de 1998), párrafo 495.

⁶⁵ *Prosecutor v Musema*, ICTR-96-13-A, sentencia de la sala de primera instancia de 27 de enero de 2000, párrafos 880-81.

⁶⁶ Varios especialistas han analizado este tipo de abuso de poder y las respuestas de la ONU. Véanse, en general, Muna Ndulo, “The United Nations Responses to the Sexual Abuse and Exploitation of Women and Girls by Peacekeepers during Peacekeeping Mission”, 27 *Berkeley J. Int’l Law* 127 (2009); Susan A. Notar, “Peacekeepers as Perpetrators: Sexual Exploitation and Abuse of Women and Children in the Democratic Republic of the Congo”, 14 *Am. U.J. Gender Soc. Pol’y and L.* 413 (2006).

A finales de noviembre de 2001 surgieron denuncias sobre miembros de fuerzas de paz y personal de ayuda humanitaria implicados en abusos y explotación de carácter sexual.⁶⁷ A principios de 2004, los medios de comunicación internacionales informaron de la explotación y abusos sexuales sufridos por mujeres jóvenes y niñas congoleesas a manos de miembros de la fuerza de paz de la Misión de las Naciones Unidas en la República Democrática del Congo (MONUC).⁶⁸

Diversos textos de la ONU definen lo que representa abuso sexual y explotación sexual. El Código de Conducta de la MONUC define el acto de abuso o explotación sexual como a) el intercambio de dinero, empleo, bienes o servicios por el contacto sexual, (b) las relaciones sexuales con una persona menor de 18 años y c) cualquier otra falta de conducta de naturaleza sexual que tenga un efecto perjudicial en la imagen, la credibilidad, la imparcialidad o la integridad de la Organización.⁶⁹ El secretario general proporcionó una definición más completa en un boletín de 2003, dirigido a todo el personal de la ONU, incluido el personal de órganos y programas administrados independientemente, sobre medidas especiales de protección contra la explotación y el abuso sexuales.⁷⁰

El boletín define el abuso y la explotación sexuales como dos conceptos y violaciones diferentes. Define la explotación sexual como “cualquier intento de abuso o abuso real de una posición de vulnerabilidad, poder diferencial o confianza, para propósitos sexuales, que incluye —sin limitarse a ello— el hecho de beneficiarse monetaria, social o políticamente de la explotación sexual de otra persona.”⁷¹ El abuso sexual se define como “la intrusión física de carácter sexual, real o amenazada, ya sea forzosamente o bajo condiciones desiguales o coercitivas.” Ambos son enfoques exhaustivos, que definen cualquier forma de explotación sexual en el contexto de las operaciones de paz como actos de conducta indebida grave independientemente del presunto consentimiento de la víctima.⁷²

⁶⁷ Human Rights Watch, *Democratic Republic of Congo, Seeking Justice: The Prosecution of Sexual Violence in the Congo War: Summary* (marzo de 2005). Estas denuncias fueron formuladas por dos asesores encargados de estudiar la cuestión de la explotación y la violencia sexuales en las comunidades de refugiados de Guinea, Liberia y Sierra Leona. Ndulo, 27 *Berkeley J. Int'l Law* 127, páginas 141-42.

⁶⁸ Jonathan Clayton y James Bone, “Sex scandal in Congo threatens to engulf UN's peacekeepers”, *The Times*, 23 de diciembre de 2004.

⁶⁹ Informe de la Oficina de Servicios de Supervisión Interna sobre su investigación de denuncias de explotación y abuso sexuales en la región de Ituri (Bunia) en la Misión de las Naciones Unidas en la República Democrática del Congo, P 25, documento de la ONU A/61/841 (5 de abril de 2007), párrafo 19.

⁷⁰ Secretario general, Boletín del Secretario General sobre medidas especiales de protección contra la explotación y el abuso sexuales, § 1, documento de la ONU ST/SGB/2003/13 (9 de octubre de 2003).

⁷¹ Véase nota 67 *supra*.

⁷² En el Boletín del Secretario General, “explotación sexual” significa “cualquier intento de abuso o abuso real de una posición de vulnerabilidad, poder diferencial o confianza, para

Estas normas funcionan como medida preventiva, para que formen parte de la responsabilidad y obligación profesionales de abstenerse de realizar actividades sexuales mientras se desempeñe una función responsable y autorizada, del mismo modo que el derecho penal de ciertas jurisdicciones nacionales tipifica como delito que un funcionario encargado de la detención o penitenciario tenga relaciones sexuales con personas detenidas o presas. Al mismo tiempo que sirve para impedir que los funcionarios abusen de personas que carecen de poder, también les impide dar a beneficiarios que están dispuestos a realizar actos sexuales a cambio de un mejor acceso a servicios, bienes, beneficios o dinero, una ventaja injusta sobre otras personas hacia las que el funcionario tiene el deber de cuidado y de imparcialidad a la hora de distribuir ayuda humanitaria, ofrecer protección u otro tipo de asistencia.

Estas normas están concebidas para prevenir la violación y la violencia sexual y, de este modo, prevenir el abuso de poder. Al igual que ocurre con la detención, entre las fuerzas de paz y la población protegida existe una relación profesional que exige respeto para evitar cualquier contaminación por abuso de poder. Como en la detención, son limitaciones razonables y proporcionales a la conducta en un contexto profesional, y no un límite para la expresión de la sexualidad en sí.

C. APROVECHAR UN ENTORNO DE COACCIÓN

Varias autoridades, incluida la relatora especial sobre la esclavitud sexual,⁷³ afirman que la misma existencia de un conflicto armado constituye intrínsecamente un entorno de coacción debido al potencial para la violencia dominante. En el caso *Akayesu*, se declaró que una presencia militar entre las personas desplazadas fue suficiente para que la situación fuera intrínsecamente coercitiva.⁷⁴

Aprovechar un entorno de coacción difiere de otras formas de coacción en que el perpetrador no es directamente responsable de crear la situación coercitiva. El entorno de coacción existe con independencia de los actos del perpetrador, pero éste utiliza dicho entorno de coacción preexistente para su provecho, como se ha mencionado con anterioridad al hablar de la violación de una persona detenida por otra. La inclusión de la expresión “aprovechar un entorno de coacción” en los Elementos de los Crímenes reconoce que los efectos del conflicto armado impregnan todos los aspectos de la vida de las personas y tienen un impacto que va más allá del campo de batalla. Los conflictos armados se libran cada vez más en

propósitos sexuales, que incluye —sin limitarse a ello— el hecho de beneficiarse monetaria, social o políticamente de la explotación sexual de otra persona.” Igualmente, el término “abuso sexual” se define como “la intrusión física de carácter sexual, real o amenazada, ya sea forzosamente o bajo condiciones desiguales o coercitivas.”

⁷³ Informe de la relatora especial sobre la violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de conflicto armado, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, documento de la ONU E/CN.4/Sub.2/1998/13, 22 de junio de 1998, párrafo 25.

⁷⁴ Sentencia de la sala de primera instancia de *Akayesu*, nota 8 *supra*, párrafo 688.

localidades y ciudades, entre la población civil, y por tanto tienen un efecto debilitador en la economía local y están presentes casi todas las facetas de la vida cotidiana. Estas situaciones de conflicto incluyen “hostilidades, detención, ocupación y terror y privación generalizados” y activos.⁷⁵

Las condiciones en las que suelen estar las mujeres privadas de libertad ofrecen una ilustración de lo que constituye un entorno de coacción. Un patrón identificado por la Comisión de Expertos de 1992 en la ex Yugoslavia era relativo a casos de civiles a los que se permitía entrar en los campos de detención, escoger a mujeres, sacarlas del campo, violarlas y después devolverlas al campo o matarlas. Los civiles aprovechaban el entorno de coacción de los campos, pero no eran responsables de la propia detención. Esta situación es distinta de la situación de detención descrita más arriba (página *), en la que los guardias tienen obligaciones concretas hacia los detenidos, pues los civiles que entraban en los campos no tenían ese deber de cuidado,⁷⁶ no obstante lo cual sí podían perpetrar abusos.

Los abusos de poder cometidos por miembros de fuerzas de paz y personal de ayuda humanitaria contra las poblaciones a las que sirven podrían ser coacción mediante el abuso de poder y aprovechamiento de un entorno de coacción no creado directamente por la presencia de dichas fuerzas de paz y personal de ayuda humanitaria en la región. Hay personas de todo tipo que pueden aprovechar la situación de caos, confusión y desorden para cometer violaciones y otros crímenes sexuales, incluidos no combatientes, otras personas desplazadas, delincuentes y miembros de bandas o miembros de grupos semiindependientes no relacionados con el conflicto armado. Un enfoque que tenga en cuenta estas posibilidades ofrecerá justicia a un mayor número de víctimas.

El caso *M.C. v Bulgaria* es un ejemplo más de los tipos de situación que representan un entorno de coacción. En este caso, los presuntos perpetradores crearon una situación que era coercitiva (en lugar de aprovechar una existente) engañando a la víctima para que acudiera a una zona rural aislada, a una hora tardía de la noche.

D. INCAPACIDAD

Además de la fuerza, la amenaza de la fuerza y la coacción, los Elementos de los Crímenes reconocen que se pueden cometer violación y otros crímenes sexuales contra una persona que no pueda ejercer su autonomía sexual debido a su incapacidad para hacerlo. La incapacidad es totalmente compatible con el concepto de autonomía sexual porque una víctima de un delito sexual no puede ejercer su

⁷⁵ Documento del Grupo de Mujeres por la Justicia de Género presentada ante la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional (16-26 de febrero de 1999).

⁷⁶ Informe final de la Comisión de Expertos de la ONU establecida en virtud de la resolución 780 (1992) del Consejo de Seguridad, anexo VIII, parte 1 de 10, campos penitenciarios, documento de la ONU S/1994/674/Add.2, 27 de mayo de 1994, observaciones preliminares.

autonomía si, según los Elementos de los Crímenes, está afectada por una incapacidad natural, inducida o relacionada con la edad.⁷⁷

Una lista no exhaustiva de circunstancias en que una persona podría carecer de capacidad para ejercer la autonomía sexual incluye las siguientes:

- (a) la incapacidad natural, como por ejemplo la incapacidad mental para comprender la cualidad del acto;
- (b) la incapacidad inducida, como por ejemplo, la disminución de la capacidad debida a la ingestión de drogas y/o de alcohol;⁷⁸ y
- (c) la incapacidad relacionada con la edad, como por ejemplo, la competencia de un menor para dar su consentimiento libre e informado a la actividad sexual, como reconoce la Convención de los Derechos del Niño.⁷⁹

La determinación de si una persona carecía o no de capacidad para decidir, libre y genuinamente, para participar en un contacto sexual, deberán hacerse caso por caso, pues se trata en gran medida de cuestiones de hecho. Sin embargo, al hacer esa determinación, la Corte necesitará tener en cuenta factores como la capacidad del o la sobreviviente para percibir, comprender y comunicarse, y si existían problemas específicos de desarrollo, salud mental o percepción, especialmente los inducidos por las drogas o el alcohol, que hicieran que la persona fuera incapaz de ejercer libremente la autonomía sexual.

⁷⁷ El derecho de derechos humanos ha dado un significativo paso adelante en esta área con la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, resolución 61/106 de la Asamblea General de la ONU, anexo I, U.N. GAOR, 61º. periodo de sesiones, suplemento núm. 49, en 65, documento de la ONU A/61/49 (2006), *que entró en vigor* el 3 de mayo de 2008. El párrafo n) del Preámbulo se refiere al “[reconocimiento de] la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones”. Un principio general de la Convención (artículo 3) es “el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas”, y también existe una disposición sobre protección especial contra la explotación, la violencia y el abuso (artículo 16). Por tanto, la Convención tiene un doble enfoque: promover la autonomía de las personas con discapacidad en la medida en que lo permita la discapacidad de cada persona, pero también garantizar un enfoque activo hacia la protección para quienes la necesiten.

⁷⁸ La incapacidad inducida podría también deberse, posiblemente, al engaño. Por ejemplo, en el caso de *M.C. v Bulgaria*, una víctima fue engañada para llevarla a un lugar aislado para cometer el crimen. En los Elementos de los Crímenes, el engaño es incompatible con el libre consentimiento para la esterilización (véase, por ejemplo, la nota al pie del artículo 7(1)(g)-5, crimen de lesa humanidad de esterilización forzada, elemento 2).

⁷⁹ Véase el apartado 4, sobre la evolución de la capacidad de los niños para tomar decisiones.

3.3 TODA REFERENCIA AL TÉRMINO “CONSENTIMIENTO” DEBE INTERPRETARSE SIEMPRE DE UN MODO COMPATIBLE CON LAS LEYES Y NORMAS DE DERECHOS HUMANOS.

Aunque la definición de violación y de violencia sexual contenida en los Elementos de los Crímenes se centra en el uso de la fuerza, la amenaza de la fuerza o la coacción por el perpetrador, sigue habiendo numerosas referencias dentro del texto al consentimiento (como se establece en la nota al pie de los Elementos de los Crímenes).

Toda referencia al consentimiento ha de interpretarse como acuerdo libre y ejercicio de la autonomía sexual (como se establece en el caso *M.C. v Bulgaria*) y la Corte debe dejar claro que no se puede ejercer dicho consentimiento cuando existe fuerza, amenaza de la fuerza o coacción.

Regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional:

“En casos de violencia sexual, la Corte se guiará por los siguientes principios y, cuando proceda, los aplicará:

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

Es posible solicitar a la Corte autorización para presentar pruebas relativas al consentimiento. Los procedimientos a puerta cerrada previstos en la regla 72 de las Reglas de Procedimiento y Prueba sirven de protección para que la víctima o testigo no sea obligada a prestar declaración en relación con el consentimiento cuando puede no ser pertinente, es decir, cuando el perpetrador usó la fuerza, la amenaza de la fuerza o la coacción, o se aprovechó de un entorno de coacción. Dado que en esta regla se menciona expresamente la protección de los derechos humanos del artículo 21.3 del Estatuto de Roma, así como su artículo 69.4, sobre la justa evaluación de un testimonio y un juicio justo, se reafirma el derecho de la mujer a la igualdad ante la ley en relación con los crímenes sexuales. Cuando se proponga una prueba de consentimiento que se base en un estereotipo de género, las referencias a los derechos humanos del artículo 21.3 harían que estas pruebas fueran inadmisibles.

Todas las referencias al término *consentimiento* contenidas en los Elementos de los Crímenes han de interpretarse de forma compatible con un entendimiento de la palabra *consentimiento* más completo, preciso y basado en los derechos humanos: que una decisión auténticamente consensuada es una decisión adoptada sin que medie la fuerza, la amenaza de la fuerza, coacción de ninguna clase y sin aprovechar un entorno de coacción. Cuando se produce un contacto sexual sin que exista esa decisión adoptada sin coacción y en libertad, se viola el derecho de la

víctima a la integridad física y mental, y a la autonomía sexual. Cuando haya indicios de fuerza, amenaza de la fuerza o coacción, la acusación no deberá demostrar ningún elemento de derecho adicional de consentimiento para declarar culpable a un procesado de un cargo de violación o de violencia sexual.

3.4 ¿ES POSIBLE UNA ELECCIÓN LIBRE EN UNA SITUACIÓN DE COACCIÓN?

La regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba establece expresamente que la Corte no inferirá consentimiento en situaciones en que el perpetrador haya usado la fuerza, la amenaza de fuerza o la coacción, o se haya aprovechado de un entorno coercitivo.⁸⁰ En casos de matrimonio forzado⁸¹ y esclavitud,⁸² tanto el Tribunal Especial para Sierra Leona como el Tribunal de Justicia de la CEDEAO se mostraban escépticos ante los argumentos de que las mujeres se habían resignado a su situación y estaban, por tanto, en un matrimonio consensuado con hombres que habían iniciado la presunta relación mediante la fuerza o la coacción. Igualmente, en el caso *Kunarac*, en el que el procesado alegó que en realidad una víctima le había “seducido”, el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia rechazó con firmeza su testimonio. En el juicio en primera instancia del caso *Kunarac*, el procesado alegó que un testigo había iniciado el contacto sexual con él y que, por tanto, no tenía motivos para pensar que no contaba con su consentimiento. La sala de primera instancia opinó que, dadas las circunstancias, era “sumamente improbable” que pensara de un modo realista que tenía el consentimiento de la mujer, habida cuenta del “contexto general de la situación de guerra existente y la situación específicamente delicada de las niñas musulmanas detenidas en Partizan o en otros lugares de la región de Foca durante esa época.”⁸³ En la vista de confirmación de los cargos del caso *Bemba*, se menciona la admisión de pruebas de que algunas mujeres de la zona donde tuvieron lugar los ataques “tuvieron relaciones sexuales con soldados voluntariamente, lo que cuestiona el requisito de la fuerza.”⁸⁴ Sin embargo, la sala declaró que estos testimonios eran

⁸⁰ Para un análisis exhaustivo de las cuestiones legales y la historia de las negociaciones en torno a la regla 70, véase *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, editado por Roy Lee (Transnational Publishers, 2001), páginas 369-391.

⁸¹ *The Special Court for Sierra Leone's Consideration of Gender-Based Violence: Contributing to Transitional Justice?*, Valerie Oosterveld, *Human Rights Review* (2009) 10:73-98, véase en las páginas 84-88 una exposición de las sentencias, incluidas las opiniones discrepantes, relativas al delito de matrimonio forzado.

⁸² *Hadijatou Mani Koraou v Republic of Niger*, Tribunal de Justicia de la CEDEAO (27 de octubre de 2008), párrafos 78-80.

⁸³ Sentencia del juicio *Kunarac*, párrafos 644-646.

⁸⁴ *Prosecutor v Jean-Pierre Bemba Gombo*, decisión en virtud de los artículos 61(7)(a) y (b) del Estatuto de Roma sobre los cargos del fiscal contra Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08, 15 de junio de 2009, párrafo 167 (en adelante, resolución de confirmación de los cargos en el caso *Bemba*).

“insostenibles”,⁸⁵ aunque parece que este comentario sólo se refiere a las declaraciones de la testigo concreta que declaró ante ella, y no al comentario general de que algunas mujeres habían tenido relaciones voluntarias con soldados.

La sentencia de la apelación *Kunarac* afirma:

Vale la pena señalar que las circunstancias que dan pie a la apelación instantánea y que prevalecen en la mayoría de los casos en que los cargos son de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad serán casi universalmente coercitivas. Es decir, no será posible un consentimiento auténtico.⁸⁶

No debe interpretarse el comentario de la sentencia de la apelación *Kunarac* en el sentido de que implica que existe un requisito normativo de responsabilidad estricta de violación cuando hay contactos sexuales en todos los tipos de conflicto armado o cuando se están cometiendo crímenes de lesa humanidad. Antes bien al contrario, refleja la realidad objetiva inmediata de las situaciones de conflicto armado y el modo en que actúa la coacción en la toma de decisiones de las personas atrapadas en él. Lo coercitivo de estas circunstancias objetivas es cuestión de prueba que la acusación debe demostrar más allá de la duda razonable en cada caso. Entre los ejemplos de este tipo de situaciones cabe mencionar los siguientes:

- una testigo que declara que, debido a la ausencia de alojamiento o vivienda sin riesgos y segura, no pudo protegerse de los agresores;
- una testigo que declara que la presencia de personal armado actuó como una amenaza abierta o implícita de violencia;
- testigos que declaran que, separadas de sus comunidades, mientras migraban o huían, el perpetrador aprovechó su incapacidad para escapar;
- una testigo que declara que tenía hijos que dependían de ella en el momento de la agresión y que no pudo negarse a mantener un contacto sexual no deseado por temor a que el interés sexual o la violencia del perpetrador fuera desviada a uno o varios de sus hijos.

⁸⁵ Resolución de confirmación de los cargos en el caso *Bemba*, párrafo 168.

⁸⁶ Apelación *Kunarac*, nota 8 *supra*, párrafo 130. Sin embargo, dos especialistas han señalado: “No cabe asumir que cualquier contacto sexual que se produce en circunstancias de genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra constituye un crimen a primera vista. También en estas situaciones siguen siendo posibles las relaciones autónomas entre personas y podrían incluso darse entre miembros de bandos opuestos.” Wolfgang Schomberg e Ines Peterson, “Genuine consent to sexual violence under international criminal law”, *American Journal of International Law*, volumen 101:121-141, 2007, página 125). Aunque esto podría ser una posibilidad, las valoraciones de los testimonios en la mayoría de los casos que se juzgan ante tribunales internacionales de derechos humanos suelen concluir casi siempre en la existencia de fuerza, amenaza de la fuerza o coacción.

4. LOS CRÍMENES DE VIOLACIÓN Y VIOLENCIA SEXUAL CONTRA MENORES DEBEN ENTENDERSE EN FUNCIÓN DE LA COACCIÓN, NO DEL CONSENTIMIENTO

Las definiciones de violación y violencia sexual basadas en la fuerza, la amenaza de la fuerza y la coacción deben aplicarse en casos que afectan a menores teniendo en cuenta los derechos del niño, sobre todo el artículo 34 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Las niñas y los niños son objetivos más fáciles que los adultos y es más fácil forzarlos, amenazarlos y coaccionarlos. La definición de violación y violencia sexual que emplea la fuerza, la amenaza de la fuerza o la coacción puede aplicarse con precisión a los testimonios sobre cómo las víctimas infantiles experimentan estos crímenes y cómo los perpetradores se aprovechan de las diferencias de poder para cometerlos. Esto demuestra con hechos las ventajas de este enfoque legal frente a los enfoques basados solamente en el consentimiento.

Por ejemplo, cuando la definición de violación y violencia sexual se basa en la fuerza, la amenaza de la fuerza o la coacción, no hacen falta disposiciones sobre la violación de personas menores de edad que especifiquen un límite de edad por debajo del cual se supone que un menor no puede prestar consentimiento al contacto sexual. Estas disposiciones sobre la violación de menores de edad no hacen justicia a las víctimas cuando el límite de edad es demasiado elevado o demasiado bajo.

Cuando este límite es demasiado elevado, niega a los adolescentes el derecho a tomar sus propias decisiones en relación con la actividad sexual, pues les hace susceptibles de ser enjuiciados penalmente por ejercer sus derechos humanos.⁸⁷

Cuando el límite de edad es demasiado bajo, tiende a negar a los adolescentes, sobre todo a las mujeres, la protección que ofrece el derecho penal. Cuando las jóvenes son mayores que la edad establecida en la disposición sobre violación de menores, suele suponerse que han accedido al contacto sexual, con independencia de si los indicios señalan que fueron objeto de fuerza, amenazas o de otro tipo de coacción.

Los enfoques del delito de violación basados en el consentimiento no captan la realidad de los menores de 18 años que son objeto de violencia sexual. Los tipos de sometimiento a actos sexuales debido al temor que podrían manifestar los menores (como los que se describen en el caso *M.C. v Bulgaria*) suelen ser calificados de “consentimiento” por los presuntos perpetradores. Esto es especialmente habitual

⁸⁷ La referencia a la evolución de las facultades del menor del artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño se usa, correctamente, para permitir que los adolescentes y jóvenes tomen sus propias decisiones en relación con la educación sexual y la actividad sexual cuando son menores de 18 años.

cuando la presunta víctima es un menor de más edad, sobre todo una adolescente. La importancia del enfoque a la definición de violación y violencia sexual basado en la coacción radica en que se centra en los actos del perpetrador y en el modo en que éstos afectaron a la conducta de la víctima.

Los derechos humanos de los menores son esenciales para una integración efectiva de los principios de derechos humanos pertinentes en la jurisprudencia de la Corte, pues son numerosos los menores, sobre todo niñas, objeto de violencia sexual y violación.⁸⁸ Con su referencia a la incapacidad debida a la edad para dar su libre consentimiento y su enfoque en la coacción, así como en la fuerza y la amenaza de la fuerza, la definición de violación de los Elementos de los Crímenes está bien pertrechada para abordar la situación concreta de niñas y niños, y el modo en que los perpetradores usan la coacción para cometer crímenes sexuales contra menores.

Se denuncian a menudo crímenes sexuales contra niñas y niños en situaciones de conflicto armado y situaciones en las que se están cometiendo crímenes de lesa humanidad y de genocidio, además de en tiempo de paz. Aunque en la jurisprudencia se suele hacer hincapié en las edades de las víctimas de violación y violencia sexual, lo que tiende a poner de relieve la atrocidad de estos delitos, se podría utilizar un enfoque de derechos humanos más sólido, basado en las normas internacionales para mostrar el modo en que los menores son víctimas de estos crímenes y los tipos de coacción que usan los perpetradores contra los menores.

El artículo 34 de la Convención sobre los Derechos del Niño exige a los Estados que protejan “al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales”, incluidas “la incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal.”

El profesor Paulo Sergio Pinheiro, a quien el secretario general de la ONU encargó la elaboración de un informe global sobre la violencia contra los menores, señaló que:

“Algunos estudios indican que los niños pequeños corren mayor riesgo de sufrir violencia física, mientras que la violencia sexual afecta principalmente a los que han alcanzado la pubertad o la adolescencia. Los chicos corren mayor riesgo de sufrir violencia física que las chicas, mientras las chicas están más expuestas a sufrir violencia sexual, abandono y prostitución forzosa.”⁸⁹

⁸⁸ *“From invisible to indivisible: promoting and protecting the right of the girl child to be free from violence”*, UNICEF, abril de 2008, sobre todo las páginas 45-59, “Violence in the Community”, que incluyen un apartado sobre la violencia contra niñas en situaciones de conflicto armado.

⁸⁹ Informe de Paulo Sergio Pinheiro, experto independiente designado por el secretario general de la ONU con arreglo a la resolución 57/90 de 2002, documento de la ONU A/61/299, párrafo 30, citando a E.G. Krug y otros (eds.), *Informe mundial sobre violencia y salud* (Ginebra, Organización Mundial de la Salud, 2002, página 5).

En el informe de seguimiento al estudio del profesor Pinheiro, realizado por UNICEF, se señaló que:

“Dadas las vulnerabilidades asociadas a su edad, características físicas y carencia de capacidad negociadora, es probable que las adolescentes formen parte de los grupos de más riesgo ante la violencia sexual perpetrada contra ellas por miembros de su comunidad. Sin embargo, para muchas chicas de todo el mundo, la agresión sexual a manos de chicos y hombres es la norma, y por tanto las chicas (o los chicos) no lo perciben como algo delictivo a menos que sobrepase los límites y entre en las definiciones más conformistas de violación. [...] Los cálculos promedio del primer acto sexual bajo coacción entre chicas adolescentes en el mundo son entre el 10 y el 30 por ciento, pero en algunos entornos, como Corea, Camerún y Perú, la cifra se acerca más al 40 por ciento.”⁹⁰

Un enfoque a la definición de violación basada en la fuerza, la amenaza de fuerza y la coacción, como la contenida en los Elementos de los Crímenes, pone de nuevo el énfasis del derecho penal a los actos del perpetrador, y en concreto a si los actos del perpetrador fueron particularmente coercitivos debido a la corta edad de la víctima y, por tanto, puede usarse a buen fin para proteger mejor los derechos humanos de los niños y adolescentes menores de 18 años.

5. MÁS ALLÁ DE LA DEFINICIÓN: CÓMO SE PUEDEN APLICAR E INTERPRETAR LOS PRINCIPIOS DE DERECHOS HUMANOS EN LAS VISTAS Y LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

El enjuiciamiento efectivo de la violación y de otros delitos de violencia sexual suele verse menoscabado por los estereotipos y prejuicios de agentes de policía, fiscales y jueces, además de los de los miembros del jurado.⁹¹ Las leyes y normas

⁹⁰ UNICEF, 2008, nota 88 *supra*, página 47.

⁹¹ *Unwanted Sex: the culture of intimidation and the failure of law*, Stephen J. Schulhofer, Harvard University Press, 1998; *Sexual Assault and the justice gap, a question of attitude*, Jennifer Temkin y Barbara Krahé, Hart Publishing, 2008; *A gap or a chasm*, Liz Kelly, Jo Lovett y Linda Regan, UK Home Office Research Study 293, febrero de 2005; *Different systems, similar outcomes? Tracking attrition in rape cases across Europe*, Jo Lovett y Liz Kelly, Child and Women Abuse Studies Unit, London Metropolitan University/European Commission DAPHNE Program, 2009; Véanse también publicaciones de Amnistía Internacional, como por ejemplo: *Les violences faites aux femmes: une affaire d'État*, Amnistía Internacional, 8 de febrero de 2006, París; *Violencia sexual contra las mujeres y las niñas en Jamaica: "Sólo un poco de sexo"*, 21 de junio de 2006, Índice AI: AMR 38/002/2006; *Case Closed Rape and Human Rights in Nordic Countries*, Amnistía Internacional 2008, Copenhague, Estocolmo, Helsinki, Oslo.

internacionales de derechos humanos obligan a los Estados a eliminar prácticas y visiones discriminatorias para implementar el derecho a la igualdad.⁹² Esta modificación de prejuicios y estereotipos es tarea de los Estados en general, no sólo de los poderes judiciales internacionales o nacionales. Sin embargo, las sentencias en casos individuales desempeñan un papel importante al indicar a la sociedad la conducta que es delictiva e inaceptable, y los motivos de estas decisiones, y sobre todo, al abordar las actitudes que tratan de excusar o justificar conductas delictivas,⁹³ identificar estereotipos falsos y mostrar con claridad, mediante referencias detalladas a las pruebas presentadas ante el tribunal, la realidad de cómo delinquen los perpetradores.⁹⁴

⁹² El artículo 5 a) de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer contiene la obligación de

“[m]odificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”.

Véanse también: artículo 5 c) y d) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; artículo 2.2 del Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los derechos de la mujer en África, adoptado por el 2º. periodo de sesiones ordinario de la Asamblea de la Unión, Maputo, CAB/LEG/66.6, 13 de septiembre de 2000; artículo 6 (b) y artículo 7(a) y 7(b) de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, 33 I.L.M. 1534 (1994); artículo 8(1)(b) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, resolución 61/106 de la Asamblea General, Anexo I, U.N. GAOR, 61º. periodo de sesiones, Sup. núm. 49, 65, documento de la ONU A/61/49 (2006); Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párrafo 19 de la observación general 16 (documento de la ONU E/C.12/2005/4), 12 de agosto de 2005 y párrafo 20 de la observación general 20, documento de la ONU E/C.12/GC.20, 2 de julio de 2009; párrafo 7 de la recomendación general 25 sobre medidas temporales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 30º periodo de sesiones, 2004.

⁹³ En el caso *Opuz v Turkey*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se refirió a “la existencia de un indicio aparente de que la pasividad judicial general y discriminatoria en Turquía crea un clima propicio a la violencia en el ámbito familiar.” (*Opuz v Turkey*, solicitud 33401/02, sentencia de 9 de junio de 2009, párrafo 198) En *Karen Vertido v the Philippines*, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer afirmó que

“la aplicación de estereotipos afecta el derecho de la mujer a un juicio imparcial y justo, y que el poder judicial debe ejercer cautela para no crear normas inflexibles sobre lo que las mujeres y las niñas deberían ser o lo que deberían haber hecho al encontrarse en una situación de violación basándose únicamente en nociones preconcebidas de lo que define a una víctima de violación o de violencia basada en el género en general”.

Karen Tayag Vertido v the Philippines, comunicación núm. 18/2008, documento de la ONU CEDAW/C/46/D/18/2008, 1 de septiembre de 2010, párr. 8.4.

⁹⁴ Rebecca Cook y Simone Cusack, *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, University of Pennsylvania Press, 2010, páginas 78-81.

La definición de violación basada en el uso de la fuerza, la amenaza de la fuerza y la coacción contenida en los Elementos de los Crímenes conllevaría un método mucho más respetuoso de interrogar y contrainterrogar a víctimas y testigos que una definición centrada en la cuestión del consentimiento. En lugar de tener que tener que preguntar directamente a la víctima si consintió o no al acto sexual —pregunta que suele causar angustia extrema y humillación a las testigos—,⁹⁵ los abogados sólo deberán preguntar sobre el modo en que las circunstancias del acto y la conducta del perpetrador afectaron a la víctima o testigo, y si ésta pudo decidir libremente sobre los actos en cuestión. La jurisprudencia y la aplicación de los principios de derechos humanos indican que la valoración en virtud de la regla 72 de las Reglas de Procedimiento y Prueba debe ser absolutamente excepcional (véase el apartado 3.3 *supra*).

Algunas de las Reglas de Procedimiento y Prueba reflejan la buena práctica adoptada en algunas jurisdicciones nacionales, que tratan de erradicar prejuicios y estereotipos, sobre todo los estereotipos que denigran a las mujeres y niñas. Por ejemplo:

- La regla 63.4 establece que el tribunal no impondrá el requisito legal de corroboración de la prueba, en particular cuando se trate de pruebas de naturaleza sexual. Esto es así con el fin de abordar el estereotipo de que las mujeres y niñas son dadas a mentir sobre agresiones sexuales, y por tanto para que el tribunal tenga la certeza de que la prueba es veraz, dicha prueba debe estar respaldada por otras pruebas.
- La regla 70 a) exige que la Corte rechace la alegación de un procesado de que se pueda inferir el consentimiento de palabras o conductas de la víctima cuando la capacidad de ésta para dar un consentimiento voluntario y libre haya estado disminuida por la fuerza, la amenaza de la fuerza o la coacción.
- La regla 70 b) exige que la Corte rechace la alegación del procesado de que se puede inferir consentimiento de palabras o conductas de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre.
- La regla 70 c) exige que la Corte rechace el argumento del procesado de que pueda inferirse consentimiento del silencio o la falta de resistencia de la víctima ante la fuerza, amenaza de la fuerza o la coacción. Esto contribuye en cierta medida a abordar el supuesto discriminatorio de que las mujeres están disponibles sexualmente a menos y hasta que expresen su rechazo a los avances sexuales, pues se refiere sólo al silencio ante la fuerza, la amenaza de la fuerza o la coacción.
- La regla 70 d) exige que la Corte no tenga en consideración los ataques perjudiciales a la credibilidad de una víctima como testigo mediante el uso de testimonios sobre el comportamiento sexual anterior de la persona; también exige

⁹⁵ Véase por ejemplo, Binaifer Nowrojee, '*Your justice is too slow* Will the ICTR Fail Rwanda's Rape Victims?', publicado por UNRISD, 15 de noviembre de 2005, disponible en <http://www.unrisd.org/unrisd/website/document.nsf/%28httpPublications%29/56FE32D5C0F6DCE9C125710F0045D89F?OpenDocument>. Último acceso de 11 de mayo de 2010.

que la Corte no infiera del comportamiento sexual anterior que una víctima o testigo esté predispuesta a estar sexualmente disponible. Esta disposición tendrá especial importancia cuando la Corte considere testimonios de violencia sexual contra trabajadores de la industria del sexo.

Otros estereotipos y prejuicios que afectan especialmente al derecho de la mujer a la igualdad ante la ley y que podría abordar la Corte cuando surjan en casos concretos son los siguientes:

- la suposición de que las mujeres en concreto están disponibles sexualmente a menos o hasta que expresen su oposición; aunque la regla 70 c) contribuye en cierta medida a abordar esto, sólo se refiere a situaciones en que la víctima es objeto de fuerza, amenaza de la fuerza o coacción. En general, no debe suponerse que nadie está disponible sexualmente sólo porque no haya expresado su oposición al contacto sexual. Sólo debe suponerse que una de las partes del contacto sexual consiente a éste de forma libre y genuina cuando haya expresado dicho consentimiento;⁹⁶
- la suposición de que las mujeres y niñas tienen la responsabilidad de las agresiones sexuales porque estaban fuera de casa a una hora nocturna tardía o en un lugar aislado y, por tanto, no se han protegido;
- la suposición de que es probable que las mujeres y las niñas hagan acusaciones falsas de violación y violencia sexual.⁹⁷ Este es un estereotipo especialmente irracional, pues las mujeres y niñas denunciadas suelen tener muy poco que ganar y todo que perder al denunciar una violación, por lo que rara vez tienen un incentivo para mentir; muchas denunciadas buscan la verdad y la justicia a costa de un enorme precio personal en cuanto al estigma y el rechazo de sus familias y comunidades. Además, estas suposiciones discriminatorias llevan a poner un énfasis desproporcionado y poco razonable en tener otras pruebas además del testimonio de la víctima—independientemente de lo claro, detallado y coherente que sea ese testimonio—, como pruebas médicas del examen del cuerpo de la víctima, restos de semen y el testimonio de testigos independientes. Aunque hay normas detalladas para recabar pruebas médicas que respalden denuncias de tortura, incluidas la violación y la violencia sexual, a menudo no hay examinadores médicos competentes

⁹⁶ El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer formula varias recomendaciones relativas a la legislación sobre la violación y la violencia sexual, entre ellas la aprobación de una definición de violación y violencia sexual que requiera la existencia de un “acuerdo inequívoco y voluntario”, *Karen Tayag Vertido v Philippines*, nota 21 *supra*, párrafo 8.9.

⁹⁷ Philip Rumney, “False allegations of rape”, *Cambridge Law Journal* (2006) 65, 128-158, contiene un análisis detallado de las dificultades metodológicas de definir la expresión “denuncias falsas de violación” y de valorar cuántas denuncias de violación son realmente falsas y, por el contrario, no han sido descartadas inmediatamente por la policía y funcionarios de justicia.

disponibles que puedan llevar a cabo dichos exámenes de un modo adecuadamente sensible y profesional, sobre todo en situaciones de conflicto. Dado que los perpetradores atacarán sólo cuando no haya otras personas presentes, es habitual que no haya testimonios de testigos independientes. Según destacados comentaristas: “Una sala podría resolver sobre la prueba basándose en un solo testimonio, tras valorar su pertinencia, valor probatorio y credibilidad”.⁹⁸

- la suposición de que a las víctimas de violación se las pueda hacer sentir “avergonzadas”, “responsables” o “culpables” porque han sido violadas. Este es un estereotipo que se emplea a menudo y que disuade a las mujeres y niñas de formular una denuncia por temor a las represalias, en algunas sociedades, al enjuiciamiento o al ostracismo por parte de quienes las rodean. La Corte debe aprovechar todas las oportunidades para dejar claro en su jurisprudencia que las víctimas de violación son víctimas de un delito grave, y para rechazar con firmeza cualquier intento de culpabilizar a la víctima del hecho;
- la suposición de que, dado que se considera que estas víctimas han intercambiado actos sexuales a cambio de su vida o para proteger a terceros, las víctimas no deben quejarse de la violación, o minimizar el daño causado por la violación. Este tipo de casos siempre se consideran violación bajo amenaza o coacción, y no deben utilizarse las circunstancias para justificar o restar importancia al delito cometido por el perpetrador;
- la suposición de que son aceptables las formas de supuesta “persuasión” que implican la aplicación de presión psicológica a mujeres y niñas para que accedan al contacto sexual;
- la suposición de que, si una mujer o niña accede a estar con un hombre en un lugar privado, esto constituye un consentimiento al contacto sexual que resta responsabilidad penal al perpetrador;
- la suposición de que las mujeres y las niñas (incluso las niñas pequeñas) “seducen” a los hombres vistiéndose de cierto modo; que su aspecto indica consentimiento a actos sexuales.

Los prejuicios y estereotipos sobre hombres y niños violados son también obstáculos significativos para la justicia. A menudo las víctimas varones de violencia sexual se muestran reacias a denunciar los delitos por temor a no ser creídas; sienten temor al ostracismo: temen la homofobia (con independencia de si son o no homosexuales) y podrían correr un riesgo concreto de sufrir más violaciones de sus derechos humanos, principalmente ser enjuiciados si denuncian la violación en países donde los actos homosexuales son ilegales.⁹⁹ Además, los funcionarios de los

⁹⁸ Roy S. Lee, nota 78 *supra*, página 357.

⁹⁹ Para una perspectiva general sobre estas cuestiones, véase Sandesh Sivakumaran, nota 6 *supra*.

sistemas de justicia penal y también los trabajadores de los servicios de salud suelen negar a las víctimas varones un servicio apropiado y profesional.¹⁰⁰

Por tanto, la Corte Penal Internacional debe garantizar un trato competente y sensible a las víctimas de delitos sexuales en la vista sobre las pruebas, con independencia del sexo de la víctima y del perpetrador,¹⁰¹ y adoptar medidas para cuestionar los estereotipos en su jurisprudencia, por ejemplo, refiriéndose expresamente a los supuestos estereotípicos y a las detalladas realidades de las pruebas que ha visto, y a cómo los estereotipos socavan la igualdad ante la ley.

6. LOS ACTOS DE VIOLACIÓN Y VIOLENCIA SEXUAL QUE CAUSAN GRAVES DOLORES Y SUFRIMIENTO DEBEN CONSIDERARSE TORTURA

Todos los actos de violación que constituyan crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra formulados como cargos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional son contiguos objetiva y legalmente al crimen de tortura como crimen de guerra¹⁰² o a un crimen de lesa humanidad,¹⁰³ y deben enjuiciarse como tales,

¹⁰⁰ P. Oosterhoff, P. Zwanikken, E. Ketting, nota 6 *supra*.

¹⁰¹ Aunque es evidente que las mujeres podrían ser culpables de ejercer violencia sexual sobre otras mujeres, se podrían formular cargos de violación siempre que una mujer cometa actos sexuales con otra mujer cuando penetra los labios de la vulva, y no de la vagina, con partes del cuerpo o con un objeto. En la sentencia del juicio *Furundžija T*, nota 2 *supra*, párrafo 174, hay una referencia a:

"[...] la penetración de la vagina, el ano o la boca por el pene, o de la vagina o el ano por otro objeto. En este contexto, esto incluye la penetración, por leve que sea, de la vulva, el ano o la cavidad bucal, con el pene, y la penetración sexual de la vulva o el ano no se limita al pene."

¹⁰² Artículo 8 2) a) ii)-1 Crimen de guerra de tortura

Elementos:

1. Que el autor haya causado grandes dolores o sufrimientos físicos o mentales a una o más personas.
2. Que el autor haya causado los dolores o sufrimientos con una finalidad tal como la de obtener información o una confesión, castigar a la víctima, intimidarla o ejercer coacción sobre ella o por cualquier otra razón basada en discriminación de cualquier tipo.
3. Que esa persona o personas hayan estado protegidas en virtud de uno o más de los Convenios de Ginebra de 1949.
4. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa protección.
5. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.
6. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la

con independencia de si su perpetrador es un hombre o una mujer, y de si la víctima es hombre o mujer, para cumplir el artículo 21.3 relativo al derecho a la

existencia de un conflicto armado.

Artículo 8 2) c) i)-4 Crimen de guerra de tortura

Elementos:

1. Que el autor haya infligido graves dolores o sufrimientos físicos o mentales a una o más personas.
2. Que el autor haya infligido el dolor o sufrimiento a los fines de obtener información o una confesión, como castigo, intimidación o coacción o por cualquier otra razón basada en discriminación de cualquier tipo.
3. Que esa persona o personas hayan estado fuera de combate o hayan sido personas civiles o miembros del personal sanitario o religioso que no tomaban parte activa en las hostilidades.
4. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa condición.
5. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él.
6. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

La jurisprudencia establece que los actos de violación infligen un tipo de dolor y sufrimiento graves que constituye tortura, y los comentarios en *Akayesu* (párrafo 687) ponen de relieve la finalidad de la violación, que refleja el segundo elemento del crimen de guerra de tortura. El crimen de violación es potencialmente más limitado, puesto que sólo es aplicable si la víctima o víctimas son personas protegidas en virtud del derecho internacional humanitario.

¹⁰³ Artículo 7 1) f) Crimen de lesa humanidad de tortura

Elementos:

1. Que el autor haya infligido a una o más personas graves dolores o sufrimientos físicos o mentales.
2. Que el autor tuviera a esa o esas personas bajo su custodia o control.
3. Que el dolor o el sufrimiento no haya sido resultado únicamente de la imposición de sanciones legítimas, no fuese inherente ni incidental a ellas.
4. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.
5. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

En la mayoría de las situaciones en las que se comete una violación, las víctimas estarán en una situación de custodia o control a manos del perpetrador, lo que permite que éste cometa el crimen mediante la aplicación de la fuerza, la amenaza de la fuerza o la coacción.

igualdad ante la ley sin ser objeto de estereotipos discriminatorios.¹⁰⁴ Hay referencias a finalidades prohibidas en la definición de la tortura como crimen de guerra, no como crimen de lesa humanidad. Sin embargo, la idea de que la tortura ha de tener una finalidad, y ser premeditada y selectiva es una parte importante de cómo y por qué se entiende que es un crimen grave, y una razón por la que se considera que la víctima merece compasión y cuidados. En cambio, la violación suele considerarse una parte inevitable y normal de la vida, sobre todo en los conflictos armados. Los actos de violación deben considerarse un cargo de violación y un cargo de tortura para hacer frente a los siguientes estereotipos:

- Que la violación es un crimen menos importante;
- Que la violación es inevitable e ineludible, en lugar de un acto intencionado de violencia;
- Que la violación es un resultado natural de los impulsos sexuales del perpetrador, y no un acto intencionado de humillación, discriminación e intimidación.

Los crímenes de violación competencia de la Corte deben enjuiciarse siempre acumulativamente como violación y como tortura, debido al hecho de que estos crímenes infligen dolores o sufrimientos graves y, en el caso de los crímenes de guerra, debido al uso de razones basadas en la discriminación sexual o de género por los violadores al perpetrar estos crímenes.¹⁰⁵ Los efectos de la violación en las víctimas producen resultados discriminatorios en muchos aspectos de su vida, que exigen reconocimiento y reparación. A menudo se considera que las mujeres y las niñas que han sido víctimas de una violación “no tienen valor” o están “deshonradas”, pero lo son en menor medida si los perpetradores son enjuiciados por tortura. Por tanto, es importante que el fiscal y la Corte hagan que los crímenes de violación se identifiquen correctamente como tortura en la jurisdicción de la Corte, y ello con independencia del sexo de la víctima, tanto a la hora de formular cargos como en la elaboración de su jurisprudencia.

Además, la norma del derecho internacional de derechos humanos contra los estereotipos basados en el sexo¹⁰⁶ exigirá que los actos de violación, sean perpetrados contra hombres o contra mujeres, fueran enjuiciados como violación y como tortura, para abordar este estereotipo con eficacia. En la resolución de

¹⁰⁴ La jurisprudencia en esta parte del documento establece que los actos de violación infligen un tipo de dolor y sufrimiento graves que constituye tortura, y los comentarios de la sentencia del juicio *Akayesu* (nota 8 *supra*, párrafo 687) hacen hincapié en la finalidad de la violación, que refleja el segundo elemento del crimen de guerra de tortura.

¹⁰⁵ En cambio, la nota al pie de la definición de la tortura como crimen de lesa humanidad contenida en los Elementos de los Crímenes señala que “[s]e entiende que no es preciso probar ninguna intención específica en relación con este crimen.” Artículo 7(1)(g) –i, Crimen de lesa humanidad de violación.

¹⁰⁶ Véase en la nota 92 las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos relativas a los estereotipos de género.

confirmación de cargos del caso *Bemba*, sólo se confirmaron los cargos de violación como crimen de lesa humanidad, pues la Sala de Cuestiones Preliminares II consideró que aunque los dos crímenes podían enjuiciarse como violación o como tortura,¹⁰⁷ formularlos como ambos cargos habría sido oneroso para la defensa.¹⁰⁸ La Sala decidió asimismo que el cargo de violación exigiría que se probara la penetración como otro elemento específico del crimen; por tanto, concluía que, de los dos cargos, era suficiente calificar la conducta delictiva únicamente de violación.¹⁰⁹ Aunque la especificidad y la eficacia son principios importantes, siempre que haya claridad sobre los hechos alegados, calificar la conducta de violación y de tortura no habría impedido a los abogados defensores preparar sus argumentos. El requisito contenido en el artículo 21.3 es un factor significativo que hay que tener en cuenta, dados la obligación legal contenida en el derecho de derechos humanos de abordar los estereotipos y el efecto del cargo de tortura como un aspecto del modo en que son percibidas y tratadas las víctimas por otras personas de sus comunidades. Amnistía Internacional señala que la Sala de Cuestiones Preliminares estableció la capacidad de la sala de primera instancia de volver a calificar los fundamentos legales de un crimen.¹¹⁰ Habida cuenta de la tipificación de la violación como forma específica de tortura en las leyes y normas de derechos humanos, la sala de primera instancia debería identificar estos actos como crímenes de violación y de tortura.

6.1 GRAVES DOLORES O SUFRIMIENTOS FÍSICOS O MENTALES

Los estudios de los daños físicos y psicológicos causados por la violación y la violencia sexual afirman que éstos son graves y duraderos. Las afecciones causadas por las lesiones físicas sufridas durante la violación y la violencia sexual incluyen lesiones ginecológicas, infecciones de transmisión sexual e infertilidad. El embarazo consecuencia de la violación, las dificultades para obtener un aborto o los desafíos de criar a un hijo nacido de una violación se suman al dolor y al sufrimiento infligidos a las niñas y mujeres en edad de procrear que son violadas. Los daños psicológicos incluyen depresión, estrés postraumático y pensamientos suicidas.¹¹¹

Las importantes sentencias del derecho de derechos humanos en los casos *Mejía v Peru*,¹¹² *Aydin v Turkey*,¹¹³ y *Miguel Castro Castro Prison v Peru*¹¹⁴ reconocen que el

¹⁰⁷ Párrafos 191-195.

¹⁰⁸ Párrafo 202.

¹⁰⁹ Párrafo 204.

¹¹⁰ Párrafo 206.

¹¹¹ Véanse, por ejemplo, los documentos de Amnistía Internacional *Japón: Continúa la espera 60 años después. Justicia para las supervivientes del sistema de esclavitud sexual militar de Japón*, Índice AI ASA 22/012/2005, 28 de octubre de 2005, páginas 11-14; *Bosnia and Herzegovina: Whose justice? the women of Bosnia and Herzegovina are still waiting*, Índice AI EUR 63/006/2009, páginas 54-55.

¹¹² *Raquel Martí de Mejía v. Perú*, caso 10.970, informe núm. 5/96, Corte Interamericana de

dolor y el sufrimiento causados por un acto de violación son de una gravedad tal que constituyen tortura, tanto física como psicológica. Sucesivos relatores especiales sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes han identificado asimismo la violación y las agresiones sexuales como formas de tortura.¹¹⁵ El Comité de Derechos Humanos ha afirmado, por su

Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.91 Doc. 7 en 157 (1996).

¹¹³Sentencia *Aydin v Turkey* de 25 de septiembre de 1997 (solicitud 57/1996/676/866), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, párrafo 86.

¹¹⁴ *Miguel Castro Castro Prison v Peru*, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ser c) núm. 160, 25 de noviembre de 2006.

¹¹⁵ El primer relator especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Pieter Kooijmans, identificó las siguientes formas de tortura en 1986 (documento de la ONU E/CN.4/1986/15, 19 de febrero de 1986, página 36):

“Vejaciones sexuales

Violación

Inserción de objetos en los orificios del cuerpo

Chevalet, que consiste en colocar al preso desnudo en una barra de hierro –el preso no puede tocar el suelo– que se hace mover de forma violenta; ello causa graves desgarrones del perineo”.

El segundo relator especial sobre la tortura, Nigel Rodley, ratificó el análisis de Pieter Kooijman de la violación como una forma de tortura en su introducción verbal a su informe de 1992 ante la Comisión de Derechos Humanos: “Como la violación u otras formas de agresión sexual contra las mujeres que se encuentran en detención constituyen un agravio particularmente ignominioso a la dignidad inherente al ser humano y al derecho a su integridad física, es evidente que son actos de tortura”. Nigel Rodley mencionó asimismo los diversos contextos en los que se cometen violaciones y violencia sexual, y las consecuencias para las mujeres en cuanto a estigma, riesgos para la salud de las víctimas embarazadas, e incluso enjuiciamiento por conducta sexual ilegítima (documento de la ONU E/CN.4/1995/34, párrafos 15-24)

Durante su mandato como relator especial sobre la cuestión de la tortura, Manfred Nowak identificó asimismo la violación como tortura, reiterando la jurisprudencia internacional al respecto y añadiendo más detalles a las razones por las que la violación es una violación tan grave de derechos humanos que se emplea para causar humillación y destruir familias y comunidades, pues “las mujeres que han sido violadas suelen contraer enfermedades sexualmente transmisibles o pueden quedar embarazadas sin desearlo, abortar involuntariamente, verse obligadas a abortar o negar el aborto”. (documento de la ONU A/HRC/7/3, párrafos 26 y 34-36)

Los sucesivos relatores especiales sobre la violencia contra la mujer han reconocido también la violación como una forma de tortura; para una perspectiva general sobre la evolución, véase “15 years of the United Nations Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences”, disponible en <http://www2.ohchr.org/english/issues/women/rapporteur/docs/15YearReviewofVAWMandate.pdf>, último acceso de 5 de mayo de 2010.

parte, que “a fin de evaluar el cumplimiento del artículo 7 del Pacto, así como del artículo 24, en que se prevé la protección especial del niño, necesita información sobre las leyes y prácticas nacionales relativas a la violencia en el hogar y otros tipos de violencia contra la mujer, con inclusión de la violación”.¹¹⁶

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha identificado la violencia de género, que incluye la violación, como una violación del derecho a no ser torturado.¹¹⁷

El Comité contra la Tortura también ha reconocido la violación como una forma de tortura.¹¹⁸

La sala de apelaciones fue inequívoca en el caso *Kunarac*:

“Cabe, por tanto, decir que se establecen los dolores o sufrimiento graves, tal como exige la definición del crimen de tortura, una vez que se prueba la violación, pues el acto de la violación implica necesariamente tales dolores o sufrimientos.”¹¹⁹

6.2 DEGRADACIÓN

El dolor y sufrimiento causados por la violación son de un tipo concreto e individual debido a la naturaleza sexual de la agresión y a que la víctima ha sido sometida a un “uso” sexual que la degrada, lo que aumenta el dolor o sufrimiento psicológico.

Los perpetradores son conscientes de este efecto de la penetración de carácter sexual. Esta penetración implica necesariamente forzar la desnudez parcial o total de la víctima, y está dirigida a las zonas genital y anal del cuerpo, zonas corporales que casi siempre son privadas. En algunos contextos, estas partes del cuerpo se asocian al placer y la intimidad y, por tanto, el daño que se les inflige es excepcionalmente perjudicial en lo psicológico y lo físico. En otros contextos, son partes del cuerpo consideradas vergonzosas y todo contacto con ellas salvo las permitidas expresamente (por ejemplo, en matrimonios sancionados legal o religiosamente) se considera en sí mismo degradante y humillante, lo que se suma a la experiencia de la víctima de dolores o sufrimientos graves causados por la violencia sexual.¹²⁰

¹¹⁶ Observación general 28, Igualdad de derechos entre hombres y mujeres (artículo 3), documento de la ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, 29 de marzo de 2000.

¹¹⁷ Recomendación general nº 19, párrafo 7, nota 2 *supra*.

¹¹⁸ Observación general 2, documento de la ONU CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008, párrafos 18 y 22.

¹¹⁹ Sentencia de la apelación *Kunarac*, nota 8 *supra*, párrafo 151.

¹²⁰ En su informe *Situación de los detenidos en la bahía de Guantánamo*, documento de la ONU E/CN.4/2006/120, cinco relatores especiales de derechos humanos, incluido el relator especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, determinaron que obligar a los detenidos a que se desnuden causa en sí mismo

Por otra parte, existe un contexto social del contacto sexual, deseado o no: un estigma, normalmente en la persona penetrada, debido a las percepciones sobre la orientación sexual o la disponibilidad sexual, que refuerza las jerarquías basadas en el género. Por ejemplo, se suele considerar que las víctimas varones de una violación “han sido usadas como una mujer”, algo demasiado horrible para ser tratado; se las identifica erróneamente como homosexuales porque han sido violadas o, si la víctima es gay, se presupone que ha consentido; por otro lado, la violación de hombres es considerada un resultado normal e inevitable de encarcelar juntos a hombres.¹²¹

A menudo el perpetrador hace pública la violación, cometiéndola en presencia de terceros, para degradar y humillar aún más a la víctima; en otros casos, el perpetrador utiliza las amenazas de hacer pública información o fotografías sexualmente explícitas de la víctima para coaccionarla y obligarla a someterse. La sentencia del caso *Prosecutor v Akayesu*, el primer caso sobre violación juzgado por un tribunal penal especial, identificó la violación como una forma de tortura:

“Al igual que la tortura, la violación se emplea para una finalidad tal como la intimidación, la degradación, la humillación, la discriminación, el castigo, el control o la destrucción de una persona. Al igual que la tortura, la violación es una vulneración de la dignidad personal, y la violación constituye de hecho tortura cuando es infligida por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia.”¹²²

La calificación de la violación como forma de tortura, entre otros motivos porque ambos crímenes contienen los elementos de “castigo, coacción, discriminación o intimidación”, fue confirmada por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia:

La sala de primera instancia considera la violación de cualquier persona un acto infame que ataca el mismo núcleo de la dignidad humana y de la integridad física. La condena y el castigo de la violación se hacen aún más urgente cuando es cometida por un funcionario público, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. La violación causa dolor y sufrimiento graves, tanto físicos como psicológicos. El sufrimiento psicológico de las personas que son objeto de violación podría verse exacerbado por condiciones sociales y culturales, y puede ser especialmente agudo y duradero. Por otro lado, es difícil concebir circunstancias en las que pueda considerarse que la violación a manos de un funcionario público, a instigación suya, o con su consentimiento o

“una presión psicológica extrema y puede considerarse como un trato degradante e incluso tortura.” (párrafo 51).

¹²¹ Véase Stannow y Kaisner, nota 52 *supra*.

¹²² *Akayesu*, nota 8 *supra*, párrafo 687.

aquiescencia, se produce para una finalidad que no implique, en cierto modo, castigo, coacción, discriminación o intimidación. En la opinión de la sala de primera instancia, esto es inherente en situaciones de conflicto armado.¹²³

6.3 DISCRIMINACIÓN

La definición de tortura contenida en la Convención de la ONU contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Convención contra la Tortura) exige que el perpetrador actúe con un fin o una razón prohibidos, lo que incluye “cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación.”¹²⁴

Es frecuente que los perpetradores cometan sus delitos de un modo que manifiesta su motivación discriminatoria. Por ejemplo, dirigen sus agresiones contra la población civil de una etnia concreta dentro de un territorio a fin de que se marche, y lo hacen mediante la perpetración pública de violaciones y de violencia sexual contra mujeres y niñas de esa etnia en particular. La motivación discriminatoria es con frecuencia un aspecto del crimen, por ejemplo cuando va acompañado de insultos sexual o racialmente degradantes.

Sin embargo, la sala de apelación del Tribunal para la ex Yugoslavia ha resuelto que mientras uno de los motivos del perpetrador sea un fin o una razón prohibidos, no importa si el perpetrador tiene otros motivos, pues la intención delictiva seguirá estando presente.¹²⁵ Este reconocimiento es especialmente importante en situaciones, como la que se describe en la sentencia de la apelación *Kunarac*, en las que los perpetradores podrían alegar que no tenían una intención particular que justificara un enjuiciamiento por tortura, y que tuvieron contacto sexual con las víctimas sólo por razones de placer y gratificación sexuales. La sala de apelaciones del Tribunal demostró que era consciente de las motivaciones discriminatorias que subyacían en la elección de las víctimas, y que esto puede constituir un fin prohibido que justifica el cargo de tortura.

“Los recurrentes alegan que la intención del perpetrador era de naturaleza sexual, lo que, en su opinión, no concuerda con la intención de cometer el crimen de tortura. A este respecto, la sala de apelaciones desea dejar clara la importante distinción entre “intención” y “motivación”. La sala de apelaciones sostiene que, incluso si la motivación del perpetrador es enteramente sexual, no se sigue de ello que el perpetrador no tuviera la intención de cometer un acto de tortura o que su conducta no cause dolores y sufrimientos graves, sean físicos o mentales, puesto que tales dolores o sufrimientos son una consecuencia probable y lógica de su conducta. Teniendo en cuenta esta definición, es importante determinar si el

¹²³ *Delalic*, nota 63 *supra*, párrafo 495.

¹²⁴ Artículo 1 de la Convención contra la Tortura.

¹²⁵ Sentencia de la apelación *Kunarac*, nota 8 *supra*, párrafo 153.

perpetrador tuvo intención de actuar de un modo que, en el curso normal de los acontecimientos, causaría dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales, a sus víctimas, para perseguir uno de los fines prohibidos por la definición del crimen de tortura, y concretamente, el fin de la discriminación.”¹²⁶

Además, el Comité contra la Tortura, en su observación general 2, afirmó que:

“[...] los elementos de intencionalidad y finalidad del artículo 1 no entrañan una investigación subjetiva de las motivaciones de los autores, sino que deben ser conclusiones objetivas a la luz de las circunstancias”.¹²⁷

La sala de primera instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia concluyó que la violación de ciertas personas pertenecientes a un determinado sexo es en sí misma una forma de discriminación. En el caso *Prosecutor v Delalić*, la sala de primera instancia afirmó que “la violencia sufrida por la señora Čećez en forma de violación le fue infligida por Delić porque es una mujer [...] esto representa una forma de discriminación que constituye un fin prohibido para el delito de tortura”.¹²⁸ Este razonamiento se aplicó en un caso posterior, en el que se identificaron múltiples formas de discriminación, incluida la de género:

“La sala de primera instancia concluye además que la violación y otras formas de violencia sexual fueron cometidas sólo contra las detenidas no serbias del campo y que fueron cometidas únicamente contra mujeres, lo que hace que los crímenes sean discriminatorios en múltiples niveles. Radić no violó a ninguno de los detenidos varones no serbios. Como se reconoció en Čelebići, violar a una persona debido a su sexo o género es un fin prohibido para el delito de tortura.”¹²⁹

Este principio fue confirmado por la sala de apelaciones,¹³⁰ aunque ésta no abordó el sexo o el género como motivo prohibido de discriminación; el enfoque de la sala de primera instancia es más completo al entender que el Tribunal debía incluir en su jurisprudencia los principios de derechos humanos y este motivo de discriminación para cumplir los requisitos del artículo 21.3 del Estatuto de Roma.

¹²⁶ Sentencia de apelación *Kunarac*, nota 8 *supra*, párrafo 153.

¹²⁷ Comité contra la Tortura, observación general núm. 2, Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes, documento de la ONU CAT/C/GC/2/CRP.1/Rev.4 (2007), párrafo 9.

¹²⁸ *Prosecutor v Delalic*, nota 63 *supra*, párrafo 941.

¹²⁹ *Prosecutor v Kvočka et al*, caso núm. IT-98-30/1 (sala de primera instancia, 2 de noviembre de 2001), párrafo 560, cuestión confirmada por la sala de apelaciones, 28 de febrero de 2005, párrafos 369-70, aunque la sala de apelaciones no abordó el sexo o el género como motivo prohibido de discriminación.

¹³⁰ *Prosecutor v Kvočka*. sentencia de la apelación de 28 de febrero de 2005, párrafos 369-70.

El uso de los delitos sexuales por los perpetradores expresa la discriminación de género en el sentido de que estos delitos se dirigen contra la identidad de género y la identidad sexual de las víctimas, sean hombres o mujeres. Debido a la condición inferior de la mujer en la sociedad, el impacto negativo suele ser más grave para las mujeres. Sin embargo, las víctimas podrían experimentar los efectos del delito de la violación como discriminación sexualizada y humillación, pues su identidad dentro de la sociedad, basada en roles de género, suele degradarse totalmente de formas que afectan a estereotipos sexuales discriminatorios sobre ambos sexos (las mujeres son un objetivo de la violencia sexual como forma de humillar a los hombres, pues pone de relieve que éstos no pueden proteger a las mujeres de sus familias cuando esto es un requisito social o cultural).

Por tanto, aunque la Sala de Cuestiones Preliminares resolvió en el caso *Bemba* formular únicamente el cargo de violación, y no uno de violación y otro de tortura, por razones de eficacia, Amnistía Internacional sugiere que hay una importante norma legal de derechos humanos que hay que cumplir en la presentación de cargos acumulativos, a saber: que indicar la concurrencia de las violaciones con la tortura subraya que la violación es un delito grave, identificado como una forma de tortura, y un delito tan grave como la tortura. Dados los estereotipos de género sobre la violación, concretamente sobre la violación de mujeres y niñas, esto sería una importante incorporación a la futura jurisprudencia de la Corte, además de un requisito en virtud del artículo 21.3 del Estatuto de Roma.

7. CONCLUSIÓN

Se ha calificado el artículo 21.3 como "una de las disposiciones más importantes del Estatuto de Roma".¹³¹ La obligación contenida en dicho artículo tiene potencialmente un gran alcance, pues exige que todos los órganos de la Corte Penal Internacional demuestren entender las violaciones de derechos humanos que constituyen crímenes competencia de la Corte, y cómo el análisis legal de los derechos humanos internacionales puede informar y elucidar el derecho penal que aplica la Corte. De hecho, "[el artículo 21.3] ofrece una norma con la que ha de someterse a prueba todo el derecho aplicado por la Corte."¹³²

En cuanto al enjuiciamiento de la violación, las disposiciones del artículo 21.3 exigen una interpretación con arreglo a las normas de derechos humanos reconocidas internacionalmente; es especialmente importante la coherencia con el principio de la no discriminación de género. Las leyes sobre violación están tradicionalmente llenas de opiniones que discriminan a la mujer o que reflejan esta discriminación. Aunque la violación está tipificada desde hace siglos como crimen de guerra, rara vez han sido enjuiciadas en el ámbito internacional o nacional ni

¹³¹ Otto Triffterer, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Hart Publishing, 2008, segunda edición, página 712.

¹³² Mahnouch H. Arsanjani, "The Rome Statute of the International Criminal Court", 93 *Am. J. Int'l L.* (1999), 22, página 29.

siquiera las situaciones más evidentes de violación. Sólo en las últimas décadas el respeto a la autonomía sexual de la mujer ha empezado a redefinir las leyes sobre las violaciones tanto en el derecho internacional como, cada vez más, en el nacional. En consecuencia, la obligación de la Corte de garantizar que la interpretación y aplicación del Estatuto de Roma es compatible con los derechos humanos internacionales y carece de estereotipos y prácticas discriminatorias respecto del género tiene una importancia fundamental para que la justicia internacional sea debidamente universal e inclusiva en cuanto al género.

Más allá de eso, los Elementos de los Crímenes detallan mejor las pruebas necesarias para determinar la existencia de una violación al mismo tiempo que las Reglas de Procedimiento y Prueba establecen los límites de la pertinencia y de la inferencia imparcial compatibles con el principio de la no discriminación de género. Los Elementos proporcionan un punto de partida útil para la interpretación judicial. Por tanto, todo el personal de la Corte debe rechazar las nociones conservadoras y discriminatorias de penetración, fuerza o consentimiento contenidas en las leyes nacionales o propuestas por los abogados defensores. Al mismo tiempo, el artículo 9 deja claro que los Elementos no son vinculantes para la Corte, sino que están concebidos para orientar a ésta en su interpretación. Así, cuando los Elementos —o una determinada interpretación de los Elementos— entren en conflicto con los principios del artículo 21, no deben seguirse dichos Elementos y la Corte debe elaborar una norma compatible basada en los derechos humanos.

Las determinaciones de la Corte en esta materia tendrán un impacto significativo en la interpretación de la definición de violación en la legislación y la deliberación judicial nacionales de los casos de violación en todo el mundo. En este sentido, el Estatuto de Roma, con sus principios de complementariedad y compatibilidad con los derechos humanos y de no discriminación de género, no es sólo el vehículo que crea la Corte, sino también un modelo potencial para el tratamiento adecuado de la violación y la violencia sexual en el ámbito nacional. Esto aumenta la responsabilidad de la Corte de aplicar estos principios de un modo directo y entendiendo las sutilezas de la discriminación de género —afecten a mujeres o a hombres—, especialmente en lo relativo a la violación y la violencia sexual.

Además de las leyes y normas reconocidas por los tribunales e instituciones de derechos humanos sobre el enjuiciamiento de la violación y la violencia sexual, las sucesivas resoluciones del Consejo de Seguridad relativas a la mujer, la paz y la seguridad han puesto de relieve la importancia de investigar y enjuiciar la violencia sexual, lo que subraya la importancia de esta cuestión para aumentar la paz y la seguridad internacionales, así como dentro de las jurisdicciones nacionales.¹³³ La Corte desempeña un papel significativo en la promoción de la igualdad de la mujer ante la ley al garantizar que se enjuician la violación y la violencia sexual de un modo coherente, completo y competente. Los enjuiciamientos en el ámbito nacional por violación y violencia sexual no suelen llevarse a cabo de un modo exhaustivo; de

¹³³ Consejo de Seguridad, resoluciones 1325 de 31 de octubre de 2000 (documento de la ONU S/RES/1325) y 1820 de 19 de junio de 2008 (documento de la ONU S/RES/1820).

hecho sigue imperando la impunidad. El principio de la complementariedad debe ser un catalizador para mejorar la estrategia fiscal en el ámbito nacional, así como para mejorar unas reglas de procedimiento y prueba que respeten los derechos de víctimas y testigos. La capacidad y voluntad de los tribunales nacionales para enjuiciar la violación en virtud de procedimientos que respeten los derechos de víctimas y testigos pueden servir para evaluar si los tribunales nacionales están dispuestos realmente a enjuiciar estos delitos y pueden hacerlo.

En un juicio penal, en el que el tribunal oye directamente a víctimas y testigos, existen oportunidades para mejorar la comprensión de los efectos de estos delitos en los derechos humanos de la víctima y cómo percibe ésta dichos efectos del delito. Este documento resume el contenido de algunas de las leyes y normas de derechos humanos pertinentes a los delitos de violación y violencia sexual. Mediante las disposiciones del Estatuto de Roma y las Reglas de Procedimiento y Prueba, respetuosas y basadas en los derechos humanos, la Corte se beneficiará de la información que aporten testigos y víctimas sobre cómo unos actos criminales violaron sus derechos humanos, lo que, a su vez, ofrecerá más orientación a los sistemas judiciales de todo el mundo.

**Amnesty International
International Secretariat
Peter Benenson House
1 Easton Street
London WC1X 0DW**

www.amnesty.org

**AMNISTÍA
INTERNACIONAL**

