

LOS CRÍMENES SEXUALES EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

SEXUAL CRIMES IN INTERNATIONAL JURISPRUDENCE

Valentín Bou Franch*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. EL CRIMEN DE VIOLACIÓN. III. EL CRIMEN DE ESCLAVITUD SEXUAL. IV. EL CRIMEN DE VIOLENCIA SEXUAL. V. CONSIDERACIONES FINALES.

RESUMEN: La jurisprudencia de los Tribunales internacionales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda determinó que por primera vez el Estatuto de la Corte Penal Internacional tipificase con carácter autónomo diversos crímenes internacionales de naturaleza sexual. En la actualidad, cuatro tribunales internacionales ya se han pronunciado sobre los elementos constitutivos de tres de estos crímenes sexuales, en concreto, la violación, la esclavitud sexual y la violencia sexual. Al estudio de esta jurisprudencia se dedica este trabajo.

ABSTRACT: The jurisprudence of the International Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda determined that, for the first time, the Statute of the International Criminal Court provided for the autonomous consideration of several international crimes of sexual nature. Nowadays, four international tribunals have already decided on the constituent elements of three of these crimes, in particular rape, sexual slavery and sexual violence. This paper is devoted to the study of this jurisprudence.

PALABRAS CLAVE: crímenes internacionales, jurisprudencia, violación, esclavitud sexual, violencia sexual

KEYWORDS: international crimes, jurisprudence, rape, sexual slavery, sexual violence

Fecha de recepción del original: 25 de junio de 2012. Fecha de aceptación de la versión final: 20 de septiembre de 2012.

* Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Valencia, valentin.bou@uv.es. Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D+I DER2010-20139.

I. INTRODUCCIÓN

La prohibición de la violación y de otras formas de violencia sexual durante los conflictos armados tiene una larga tradición en el Derecho Internacional Humanitario. Una prohibición implícita de la violación y de la violencia sexual también se puede encontrar en el artículo 46 del Reglamento anexo a la IV Convención de La Haya de 1907 sobre las leyes y usos de la guerra terrestre, que previó la protección del honor y de los derechos de familia, prohibición asegurada por el carácter residual de la “cláusula *Martens*” que figura en su preámbulo. El artículo 27 del cuarto Convenio de Ginebra específicamente prohíbe la violación, la prostitución forzada y todo atentado al honor y al pudor de las mujeres. Además, el artículo 76.1 del Protocolo Adicional I requiere expresamente que se proteja especialmente a las mujeres de la violación, de la prostitución forzada y de cualquier otra forma de atentado al pudor. La prohibición de la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor también se encuentra en el artículo 4.2 del Protocolo Adicional II, relativo a los conflictos armados internos. Este Protocolo también prohíbe de manera implícita la violación y la violencia sexual en su artículo 4.1, en el que se reconoce el derecho de todas las personas a que se respete su persona y su honor. La prohibición de la violación como crimen de lesa humanidad apareció en el artículo 6(c) del Estatuto del Tribunal Militar Penal Internacional de Núremberg, de donde pasó a los Estatutos del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TIPY) y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TIPR)¹.

En la Sentencia *Furundžija*, el TIPY se mostró más radical al afirmar que, conforme al Derecho internacional consuetudinario y en cualquier clase de conflicto armado, tanto internacional como interno, la violación y otras formas de violencia sexual son crímenes internacionales que generan la responsabilidad internacional penal del individuo o individuos que cometen estos actos². A esta conclusión llegó tras analizar el artículo 44 del Código *Lieber*³; el artículo 46 del Reglamento anexo a la IV Convención de La Haya junto con la “cláusula *Martens*”; el artículo II(1)(c) de la *Control Council Law No. 10* que la calificó como crimen contra la humanidad; las condenas impuestas por el Tribunal Militar Internacional de Tokio a los Generales *Toyoda* y *Matsui*, así como al Ministro de Asuntos Exteriores del Japón, Sr. *Hirota*, como superiores responsables del crimen de guerra de violación cometido por sus soldados en Nanking⁴; la condena

¹ En un sentido similar, véase ICTY, *Judgment of 16 November 1998. Prosecutor v. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić, Hazim Delić and Esad Landžo*, pár. 476. En adelante, Sentencia *Mucić y otros, alias “Čelebići”*.

² ICTY, *Judgment of 10 December 1998. Prosecutor v. Anto Furundžija*, párs. 168-169. En adelante, Sentencia *Furundžija*.

³ UNITED STATES DEPARTMENT OF WAR, *Instructions for the Government of the Armies of the United States in the Field. General Orders No. 100 of 1863, 1863*, alias Código *Lieber*. Una versión del Código *Lieber* está disponible en SCHINDLER; TOMAN, (eds.), *The Laws of Armed Conflicts*, 1988, p. 10. Véase MERON T., “Francis Lieber’s Code and Principles of Humanity”, *Columbia Journal of Transnational Law*, 36, 1997, pp. 269-281.

⁴ RÖLING, B. V. A., (ed.), *The Tokyo Judgment (The International Military Tribunal for the Far East 29 April 1946 – 12 November 1948)*, Amsterdam, APA University Press, 1977, vol. I, p. 385.

impuesta por la Comisión Militar de Estados Unidos en el asunto *Yamashita*⁵; así como la prohibición de los “atentados contra la dignidad personal” establecida en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra.

Pese al arraigo de estas prohibiciones, fueron muy escasos los juicios celebrados por actos de violencia sexual cometidos durante los conflictos armados⁶. A ello contribuyó el que el desarrollo del Derecho internacional, incluido los instrumentos de derechos humanos y el propio Derecho internacional humanitario, se ha basado en el paradigma de la vida de los varones y, en concreto, de su vida pública⁷. Ésta es una cuestión que no sólo tiene importantes repercusiones teóricas, como, por ejemplo, que el Protocolo Adicional I no haya reconocido explícitamente a la violación como una infracción grave de los Convenios de Ginebra. Lamentablemente, también ha tenido escandalosas inaplicaciones prácticas, como el hecho bien documentado de que el ejército japonés, durante la Segunda Guerra Mundial, esclavizara sexualmente y forzase a la prostitución a más de doscientas mil mujeres en una red de burdeles controlados o dirigidos por los propios militares y que estos casos no se llevasen al Tribunal Militar Internacional de Tokio o que el Gobierno japonés se siga negando en la actualidad a pagar cualquier compensación a las víctimas de estas prácticas bélicas⁸. Sin embargo, y pese a una *opinio iuris* generalizada acerca de la necesidad de criminalizar y reprimir los actos de violencia sexual durante los conflictos armados, la práctica internacional reciente lamentablemente demuestra que estos actos son cada vez más frecuentes. Como afirmara la Relatora Especial, Sra. *Gay J. McDougall*, en la Actualización de su informe final:

⁵ La Comisión Militar de Estados Unidos, en su Decisión de 7-XII-1945, sostuvo lo siguiente: “*It is absurd [...] to consider a commander a murderer or rapist because one of his soldiers commits a murder or rape. Nevertheless, where murder and rape and vicious, revengeful actions are widespread offences, and there is no effective attempt by a commander to discover and control the criminal acts, such a commander may be held responsible, even criminally liable, for the lawless acts of his troops, depending upon their nature and the circumstances surrounding them*”. Publicado en FRIEDMAN, L. (ed.), *The Law of War: A Documentary History*, 1972, vol. 2, p. 1597.

⁶ NU. doc. E/CN.4/Sub.2/1998/13 (22-VI-1998). Comisión de Derechos Humanos. *Informe final presentado por la Sra. Gay J. McDougall, Relatora Especial. Formas contemporáneas de la esclavitud. La violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de conflicto armado*, p. 8, párr. 19.

⁷ Véanse CHARLESWORTH, H.; CHINKIN, C.; WRIGHT, S., “Feminist Approaches to International Law”, *American Journal of International Law*, 85, 1991; CHINKIN, C., “Rape and sexual abuse of women in International Law”, *European Journal of International Law*, 5, 1994, pp. 226-229; CAMPANARO, J., “Women, War and International Law: The Historical Treatment of Gender-Based War Crimes”, *Georgetown Law Journal*, 89, 2001, pp. 2557 y ss.; COPELON, R., “Gender Crimes as War Crimes: Integrating Crimes against Women into International Criminal Law”, *McGill Law Journal*, 46, 2000, pp. 217-240; etc.

⁸ Sobre las “mujeres de solaz” o de “confort” esclavizadas sexualmente por el ejército japonés durante la Segunda Guerra Mundial, véase ASKIN, K. D., “Comfort women – Shifting shame and stigma from victims to victimizers”, *International Criminal Law Review*, 1, 2001, pp. 5-32; MAFFEI, M. C., *Tratta, Prostituzione Forzata e Diritto Internazionale. Il caso delle «donne di conforto»*, Milán, Giuffrè, 2002, 155 págs.; MCHENRY III, J. R., “The Prosecution of Rape under International Law: Justice that is long Overdue”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 35, 2002, pp. 1269-1311; ARGIBAY, C., “Sexual Slavery and the «Comfort Women» of World War II”, *Berkeley Journal of International Law*, 21, 2003, pp. 375-389; etc.

“La violencia sexual sigue utilizándose como arma de guerra, como se ha demostrado en distintos conflictos armados que se ha producido en todo el mundo durante el período que abarca este informe. Por ejemplo, se informa de prácticas de esclavitud sexual y otras formas de violencia sexual, incluida la violación, a las que se dedican todas las partes en los conflictos del Afganistán, Burundi, Colombia, la República Democrática del Congo, Liberia y Myanmar”⁹.

Debe insistirse en que, antes de la adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI), el Derecho internacional convencional no contempló a los diversos crímenes de naturaleza sexual como crímenes de guerra de carácter autónomo¹⁰ y, con la única excepción del crimen de violación, a la mayoría de los crímenes de naturaleza sexual nunca se les había calificado con anterioridad como crímenes de lesa humanidad. No obstante, las noticias cada vez más alarmantes de crímenes de naturaleza sexual masivos y extremos cometidos contra las mujeres durante los conflictos de la antigua Yugoslavia¹¹ y de Ruanda¹² removieron profundamente la conciencia de la comunidad internacional y contribuyeron a que el Consejo de Seguridad crease el TIPY y el TIPR. La jurisprudencia de ambos tribunales influyó notablemente en los debates que se produjeron en las sesiones del Comité Preparatorio de la Conferencia de Roma entre 1996 y 1998, así como en la propia Conferencia de Roma. En ambos foros, no pasaron inadvertidas las dificultades de la Oficina del Fiscal y, en definitiva de ambos tribunales, para perseguir y castigar los crímenes de naturaleza sexual dado que no estaban identificados en sus Estatutos como crímenes autónomos¹³. Así, por ejemplo, en el caso del TIPY, el Fiscal tuvo que calificar el crimen de guerra de violación como una infracción grave de los Convenios de Ginebra consistente en tortura, o como crimen de

⁹ NU., doc. E/CN.4/Sub.2/2000/21 (6-VI-2000): Comisión de Derechos Humanos. *Formas contemporáneas de la esclavitud. La violencia sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de conflicto armado. Actualización del informe final presentado por la Sra. Gay J. McDougall, Relatora Especial*, pp. 5-6, p. 10.

¹⁰ Los crímenes de naturaleza sexual únicamente estaban tipificados como atentados contra la dignidad personal, en particular tratos humillantes y degradantes, o como ataques contra el honor de una mujer. Véanse el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, el artículo 27 del Cuarto Convenio de Ginebra, los artículos 75.2 y 76 del Protocolo Adicional I y el artículo 4.2.e) del Protocolo Adicional II.

¹¹ Según NU., doc. A/48/92-S/25341 (1993): *Informe del Relator Especial Sr. T. Mazowiecki sobre la situación de los Derechos Humanos en el territorio de la antigua Yugoslavia*, anexo, p. 20, la violación y otras formas de violencia sexual se utilizaron en el territorio de la antigua Yugoslavia “como un medio de humillar, avergonzar, degradar y aterrorizar a grupos enteros” de población.

¹² Según ASKIN, K. D., “Sexual Violence in the Decisions and Indictments of the Yugoslav and Rwandan Tribunals: Current Status”, *American Journal of International Law*, 93, 1999, p. 107, en el primer caso que se vio ante el TIPR, es decir, en el asunto *Akayesu*, los testigos declararon en juicio que se habían producido casos de violaciones en grupo, diversos casos de violación, violaciones con objetos extraños, violaciones de niñas de tan sólo 6 años de edad, desnudez forzada, aborto forzado, matrimonio forzado, provocación de abortos espontáneos, violaciones con intención vejatoria, esclavitud sexual, prostitución forzada, tortura sexual y esclavitud sexual. Añadieron, además, que a menudo se mataba a las mujeres y niñas después de haberlas sometido a violencia sexual.

¹³ Véanse, entre otros muchos: DAVIS, P. H., “The Politics of Prosecuting Rape as a War Crime”, *The International Lawyer*, 34, 2000, pp. 1223-1257; HEALEY, S. A., “Prosecuting Rape Under the Statute of the War Crimes Tribunal for the Former Yugoslavia”, *Brooklyn Journal of International Law*, 21, 1995, pp. 327-383; y KOVALOVSKA, A., “Rape of Muslim Women in Wartime Bosnia”, *ILSA Journal of International and Comparative Law*, 3, 1997, pp. 931-945.

guerra de tratos inhumanos, o como crimen de guerra de causar deliberadamente grandes sufrimientos¹⁴. De una manera similar, el TIPR condenó al Sr. Akayesu por un crimen de genocidio, por haber ordenado a otros violar a las mujeres *tutsis* con la finalidad de eliminar a este grupo étnico, ya que los eventuales nacimientos que se produjeran pertenecerían a la etnia paterna (*hutus*).

Estos factores, entre otros, motivaron que el Comité Preparatorio, durante su sesión celebrada en diciembre de 1997, introdujera en el proyecto de Estatuto de la futura CPI una categoría autónoma de crímenes de naturaleza sexual, tanto bajo la rúbrica de los crímenes de guerra como de los crímenes de lesa humanidad. El carácter de desarrollo progresivo de este convenio resulta evidente si se tiene en cuenta, por ejemplo, que el Proyecto de artículos elaborado por la Comisión de Derecho Internacional unos años antes no contiene ninguna mención del crimen de violación, ni de ningún otro crimen de naturaleza sexual. El Estatuto de la CPI contiene un listado más bien amplio de crímenes de naturaleza sexual, tanto en la definición de los crímenes de guerra como en la de los crímenes de lesa humanidad. En consecuencia, se puede considerar que el Estatuto de la CPI es el primer tratado internacional que reconoce de forma rotunda que los crímenes de naturaleza sexual se encuentran entre los crímenes más graves que se pueden cometer en el Derecho internacional.

De hecho, una de las aportaciones más significativas del Estatuto de la CPI al desarrollo progresivo del Derecho internacional es la tipificación de los crímenes internacionales de naturaleza sexual, en concreto, los crímenes de violación, de esclavitud sexual, de prostitución forzada, de embarazo forzado, de esterilización forzada y de violencia sexual¹⁵. Salvo el caso excepcional del crimen de embarazo forzado, no se contiene en el Estatuto de la CPI ninguna definición auténtica del resto de crímenes de naturaleza sexual. También en esta ocasión, la decidida actitud que sobre este particular han seguido el TIPY y el TIPR y, posteriormente, tanto el Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL) como de manera incipiente la CPI¹⁶, está colaborando a superar esta

¹⁴ GOLDSTONE, R. J., "Prosecuting Rape as a War Crime", *Case Western Reserve Journal of International Law*, 34, 2002, pp. 277-285.

¹⁵ Véase, entre otros muchos, MOSHAN, B. S., "Women, war and words. The gender component in the Permanent International Criminal Court's definition of Crimes Against Humanity", *Fordham International Law Journal*, 22, 1998, pp. 154-184; McDONALD, G. K., "Crimes of Sexual Violence: The experience of the International Criminal Tribunal", *Columbia Journal of Transnational Law*, 39, 2000, pp. 1-17; KUO, P., "Prosecuting Crimes of Sexual Violence in an International Tribunal", *Case Western Reserve Journal of International Law*, 34, 2002, pp. 305-321; ASKIN, K. D., "Prosecuting Wartime Rape and Other Gender-Related Crimes under International Law: Extraordinary Advances, Enduring Obstacles", *Berkeley Journal of International Law*, 21, 2003, pp. 288-349.

¹⁶ Respecto de la CPI, resulta altamente criticable la actitud del Fiscal en el asunto contra *Thomas Lubanga Dyilo*. En este asunto, el Fiscal limitó su acusación a los crímenes de guerra relacionados con los niños soldados, sin incluir ninguna acusación relacionada con los crímenes de naturaleza sexual. En su Sentencia, la CPI no pudo dejar de constatar que la mayoría de las víctimas autorizadas a participar en el procedimiento alegaron, además de ser víctimas de los crímenes de reclutamiento, alistamiento o utilización de niños soldados, también haber sido víctimas de crímenes sexuales. La CPI, limitada en su acción por las acusaciones presentadas por el Fiscal, no pudo más que afirmar que las alegaciones de las niñas soldados de haber sido utilizadas como esclavas sexuales, con el resultado de numerosos embarazos

laguna. Debe señalarse finalmente que en la jurisprudencia internacional sólo se han contemplado, hasta la fecha, los crímenes de violación, de esclavitud sexual y de violencia sexual. Ningún tribunal internacional ha tenido, en consecuencia, oportunidad de pronunciarse de momento sobre los crímenes de prostitución forzada¹⁷, de embarazo forzado¹⁸ o de esterilización forzada¹⁹ que, por lo tanto, quedan descartados de este estudio.

Es ya una afirmación generalizada el considerar que la tipificación de los crímenes internacionales, incluidos los de naturaleza sexual, en el Estatuto de la CPI está produciendo un importante efecto armonizador en la tipificación penal de estos crímenes en las legislaciones internas. En el caso español, ha de destacarse la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal²⁰. Según su Preámbulo, la Ley Orgánica 15/2003 introdujo modificaciones en el Código Penal por las que:

“Se definen y regulan los delitos que permiten coordinar nuestra legislación interna con las competencias de la Corte Penal Internacional”

La Ley Orgánica 15/2003 modificó la tipificación penal del delito de genocidio adecuándola al Estatuto de la CPI²¹ e introdujo en el Código Penal español los delitos de lesa humanidad. No modificó, en absoluto, la regulación de los delitos de guerra en el Derecho español, que siguieron unos criterios de tipificación completamente distintos a los establecidos en el Estatuto de la CPI²². En este sentido, no cabe considerar que la Ley Orgánica 15/2003 haya logrado “coordinar nuestra legislación interna con las

forzados, escapaban a su jurisdicción en este asunto. Doc. No. ICC-01/04-01/06 (14 March 2012): ICC, *Judgment in the case The Prosecutor v. Thomas Lubannga Dyilo*, párs. 18 y 36.

¹⁷ Existe algún precedente relevante en los juicios “nacionales” que tuvieron lugar después de la Segunda Guerra Mundial. Véase el asunto *Washio Awachi (Netherlands Temporary Court-Martial at Batavia. Judgment delivered on 25 October 1946)*, publicado en UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. XIII, pp. 123-125.

¹⁸ Respecto de este crimen concreto, cabe en todo caso señalar la situación de relativa indefinición en que ha quedado redactado en el Estatuto de la CPI. Véanse BOON, K., “Rape and forced pregnancy under the ICC Statute: Human dignity, autonomy and consent”, *Columbia Human Rights Law Review*, 32, 2001, pp. 625-673; STEAINS, C., “Gender Issues”. En: R. S. Lee (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*, La Haya, Kluwer International Law, 1999, pp. 365-369.

¹⁹ También respecto de este crimen existen precedentes relevantes en los juicios “nacionales” posteriores a la Segunda Guerra Mundial. Véanse *The Hoess Trial*, publicado en: UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. VII, pp. 15 y ss.; United States Military Tribunal no. I, at Nuernberg, Germany. Case No. 1: *United States v. Karl Brandt and Others (The “Doctors’ Trial”/“Medical Case”)*. Judgment of 20-VIII-1947, publicado en: *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, vol. 1, pp. 11 y ss.

²⁰ BOE, núm. 283, de 26 de noviembre de 2003, pp. 41842-41875.

²¹ Cabe señalar, no obstante, que la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, de Código Penal, de nuevo vuelve a distanciar la tipificación del delito de genocidio del artículo 607 del Código Penal de la definición del crimen de genocidio prevista en el Estatuto de la CPI.

²² Situación que se corrigió en parte con la adopción de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, de Código Penal.

competencias de la CPI”. Sólo por lo que se refiere a los crímenes internacionales de naturaleza sexual, cabe observar que, entre los delitos de lesa humanidad previstos en el artículo 607 bis del Código Penal español, no están tipificados como tales ni el crimen de esclavitud sexual²³, ni el crimen de esterilización forzada. Además, el crimen de lesa humanidad de violencia sexual se ha transformado en el delito de lesa humanidad de cualquier otra agresión sexual distinta de la violación²⁴. Por lo que se refiere a los crímenes de guerra de naturaleza sexual, la adecuación del Código Penal español al Estatuto de la CPI se produjo con la nueva redacción dada al artículo 611.9 por la Ley Orgánica 5/2010. Aunque sí se han tipificado como delitos en España los seis crímenes de guerra sexuales previstos en el Estatuto de la CPI, es de lamentar tanto que los seis delitos sólo se puedan apreciar cuando se “atente contra la libertad sexual de una persona protegida”, requisito inexistente en el Estatuto de la CPI, como que se haya optado por seguir cambiando la denominación del crimen de guerra de violencia sexual, por la de delito de guerra de otras formas de agresión sexual. Se da en todo caso la paradoja de que en el Código Penal español la esclavitud sexual y la esterilización forzada no están tipificados como delitos de lesa humanidad, aunque sí lo están como delitos de guerra. Se rompe, en consecuencia, el trato único que a estos crímenes internacionales se les da en el Estatuto de la CPI.

II. EL CRIMEN DE VIOLACIÓN

1. Su definición en la jurisprudencia internacional

No existiendo ninguna definición auténtica en el ámbito internacional de lo que constituye una “violación”²⁵, debe resaltarse la importante contribución que la jurisprudencia del TIPY y del TIPR ha aportado a este respecto. En su primera sentencia (asunto *Akayesu*), el TIPR abordó el problema de que, aunque la violación es un crimen de lesa humanidad de larga data, no existe ninguna definición comúnmente aceptada de este término en el Derecho internacional. El TIPR tomó nota de que, aunque diversas legislaciones nacionales definen a la violación como un intercambio sexual no consensual, las diversas formas del crimen de violación pueden incluir actos que

²³ El artículo 607 bis, párrafo 2-10º del Código Penal tipifica el delito de lesa humanidad de esclavitud, añadiendo que la pena que se imponga será “sin perjuicio de las que, en su caso, correspondan por los concretos atentados cometidos contra los derechos de las personas”. Este inciso abarcaría al crimen de lesa humanidad de esclavitud sexual, que no obstante pierde en la legislación española su carácter autónomo de crimen internacional.

²⁴ BOU FRANCH, V., “Los crímenes de lesa humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y en el Derecho español”. En: C. Ramón Chornet (coord.), *Estabilidad internacional, conflictos armados y protección de los derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 332-334.

²⁵ Véanse, entre otros, MERON, T., “Rape as a Crime under International Humanitarian Law”, *American Journal of International Law*, 87, 1993; DIXON, R., “Rape as a Crime under International Humanitarian Law: Where to from here?”, *European Journal of International Law*, 13/3, 2002; OJINAGA RUIZ, M. R., “El tratamiento jurídico-internacional de la violación y otras agresiones sexuales contra mujeres civiles en períodos de conflictos armados”, en *Homenaje a Luis Rojo Ajuria – Escritos jurídicos*, Santander, Universidad de Cantabria, 2003, pp. 1021-1050; etc.

impliquen la inserción de objetos y/o la utilización de orificios corporales que no se consideran de naturaleza intrínsecamente sexual²⁶. Entre la opción de utilizar una definición conceptual o descriptiva (de los objetos o de las partes corporales utilizadas), el TIPR se decantó por la primera alternativa, llegando incluso a afirmar que la definición tradicional de tipo descriptivo o mecánico no refleja adecuadamente la auténtica naturaleza de la violación²⁷. Así, el TIPR definió a la violación como una invasión física de naturaleza sexual, cometida en una persona en circunstancias que son coercitivas. Esta definición de la violación desarrollada por el TIPR fue también asumida por el TIPY en su Sentencia *Mucić y otros, alias “Čelebići”*²⁸.

Sin embargo, el TIPY siguió una definición distinta de lo que constituye violación en su Sentencia *Furundžija*. Su definición se basó en una descripción detallada de los objetos y de las partes corporales. En esta ocasión, aunque el TIPY recordó expresamente la definición dada en *Akayesu* por el TIPR, revisó a continuación las diversas fuentes del Derecho internacional y concluyó que no era posible discernir los elementos constitutivos del crimen de violación ni del Derecho internacional convencional (Estatuto del TIPY e instrumentos convencionales del Derecho internacional humanitario o de los derechos humanos), ni del Derecho internacional consuetudinario. Tampoco resultaba posible hacerlo ni de los principios generales del Derecho internacional penal, ni de los principios generales del Derecho internacional. Por ello, el TIPY afirmó que:

*“(...) to arrive at an accurate definition of rape based on the Criminal Law principle of specificity («Bestimmtheitsgrundsatz», also referred to by the maxim «nulle crimen sine lege stricta»), it is necessary to look for principles of Criminal Law common to the major legal systems of the world. These principles may be derived, with all due caution, from national Laws”*²⁹.

En su examen del Derecho comparado, el TIPY examinó diversas legislaciones nacionales y observó lo siguiente:

“The Trial Chamber would emphasise at the outset, that a trend can be discerned in the national legislation of a number of States of broadening the definition of rape so that it now embraces acts that were previously classified as comparatively

²⁶ ICTR, *Judgment of 2 September 1998. The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu* (en adelante, Sentencia *Akayesu*), pár. 596; e ICTR, *Judgment and Sentence of 27 January 2000. The Prosecutor v. Alfred Musema*, pár. 221. En adelante, Sentencia *Musema*. En la Sentencia *Akayesu*, pár. 686, el TIPR afirmó que: “An act such as that described by Witness KK in her testimony –the Interhamwes thrusting a piece of wood into the sexual organs of a woman as she lay dying- constitutes rape in the Tribunal's view”.

²⁷ El TIPR consideró que la violación es una forma de agresión y que los elementos centrales del crimen de violación no se pueden abarcar en una descripción mecánica de los objetos y partes corporales. Sentencia *Akayesu*, párs. 597 y 687, seguida por la Sentencia *Musema*, pár. 222. Véase MACKINNON, C. A., “Defining Rape Internationally: A Comment on Akayesu”, *Columbia Journal of Transnational Law*, 44, 2006, pp. 940-958.

²⁸ Sentencia *Mucić y otros, alias “Čelebići”*, párs. 478-479. En esta ocasión, el TIPY expresamente afirmó que: “This Trial Chamber agrees with the above reasoning, and sees no reason to depart from the conclusion of the ICTR in the Akayesu Judgement on this issue”.

²⁹ Sentencia *Furundžija*, pár. 177.

less serious offences, that is sexual or indecent assault. This trend shows that at national level States tend to take a stricter attitude towards serious forms of sexual assault; the stigma of rape now attaches to a growing category of sexual offences, provided of course that they meet certain requirements chiefly that of forced physical penetration”³⁰.

En esta misma Sentencia, el TIPY observó, además, que “*most legal systems in the Common and Civil Law worlds consider rape to be the forcible sexual penetration of the human body by the penis or the forcible insertion of any other object into either the vagina or the anus*”³¹. Sin embargo, después de tener debidamente en cuenta la práctica relativa a la penetración bucal forzada, que se considera como violación en algunos Estados y como agresión indecente o violencia sexual en otros:

“The Trial Chamber holds that the forced penetration of the mouth by the male sexual organ constitutes a most humiliating and degrading attack upon human dignity. The essence of the whole corpus of International Humanitarian Law as well as Human Rights Law lies in the protection of the human dignity of every person, whatever his or her gender. The general principle of respect for human dignity is the basic underpinning and indeed the very raison d’être of International Humanitarian Law and Human Rights Law, indeed in modern times it has become of such paramount importance as to permeate the whole body of International Law. This principle is intended to shield human beings from outrages upon their personal dignity, whether such outrages are carried out by unlawfully attacking the body or by humiliating and debasing the honour, the self-respect or the mental well being of a person. It is consonant with this principle that such an extremely serious sexual outrage as forced oral penetration should be classified as rape”³².

De ahí que, en su Sentencia *Furundžija*, el TIPY concluyera su examen de Derecho comparado afirmando que los elementos definidores del crimen de violación son:

- “1) the sexual penetration, however slight:
a) of the vagina or anus of the victim by the penis of the perpetrator or any other object used by the perpetrator; or
b) of the mouth of the victim by the penis of the perpetrator;
2) by coercion or force or threat of force against the victim or a third person”³³.*

Esta manera de definir al crimen de violación en *Furundžija* fue expresamente criticada por el TIPR en su Sentencia *Musema*. El TIPR ratificó de nuevo el enfoque conceptual seguido en la Sentencia *Akayesu* al definir a la violación, en el que se reconoce que la esencia de la violación no son los detalles concretos de las partes corporales y de los objetos implicados, sino más bien la agresión que se expresa de una manera sexual en condiciones de coerción³⁴. En esta ocasión, el TIPR tuvo en cuenta que la diferencia

³⁰ *Ibíd.*, pár. 179.

³¹ *Ibíd.*, pár. 181.

³² *Ibíd.*, pár. 183.

³³ *Ibíd.*, pár. 185.

³⁴ Sentencia *Musema*, pár. 226.

entre la violación y otras formas de violencia sexual establecida en la Sentencia *Akayesu*, es decir, entre “una invasión física de naturaleza sexual” en contraste con “cualquier acto de naturaleza sexual” que se cometa en una persona en circunstancias que sean coercitivas, es una diferencia clara entre lo que constituye una violación y lo que es un acto de violencia sexual. Estimó igualmente que esta distinción establece un marco para la consideración judicial de los incidentes individuales de violencia sexual que permite una determinación, sobre la base del caso concreto, acerca de si tales incidentes constituyen o no un crimen de violación. Según afirmó el TIPR en su Sentencia *Musema*, la definición de la violación, tal y como se estableció en la Sentencia *Akayesu*, claramente abarca a todas las conductas descritas en la definición de violación que el TIPY utilizó en la Sentencia *Furundžija*³⁵.

En el asunto *Musema*, el TIPR observó que, en la Sentencia *Furundžija*, el TIPY consideró a la penetración forzada de la boca como un ataque humillante y degradante de la dignidad humana y que, debido en gran parte a ello, incluyó a esta conducta en la definición de la violación, aun cuando las legislaciones estatales estén divididas al considerar si tal conducta constituye o no una violación³⁶. El TIPR estuvo de acuerdo, como se había afirmado en la Sentencia *Furundžija*³⁷, en reconocer que existe una tendencia en las legislaciones nacionales consistente en ampliar la definición de la violación. A la vista de la evolución dinámica sobre lo que debe entenderse por violación y de la incorporación de este entendimiento en principios de Derecho internacional, el TIPR concluyó afirmando que una definición conceptual es preferible a una definición mecánica o descriptiva de lo que constituye una violación. Considerando que una definición conceptual se acomodará mejor a las normas en evolución de la justicia penal, el TIPR se decantó por seguir con la definición de violación y de violencia sexual establecida en la Sentencia *Akayesu*³⁸.

Sin embargo, esta doctrina judicial fue revisada sobre todo por la jurisprudencia del TIPY. Cabe recordar que, en la Sentencia *Akayesu*, el TIPR había utilizado una definición muy amplia de lo que constituye una violación, al definirla como cualquier invasión física de naturaleza sexual en circunstancias coercitivas, añadiendo que no se limita al intercambio sexual forzado³⁹. Frente a ello, el TIPY siguió prefiriendo utilizar una definición descriptiva. Así, en su Sentencia *Kunarac y otros*, el TIPY manifestó estar de acuerdo en que los elementos identificados en la Sentencia *Furundžija* son los que constituyen el *actus reus* del crimen de violación⁴⁰, tanto si la violación es constitutiva de un crimen de lesa humanidad de violación, como si lo es de un crimen de guerra de violación⁴¹.

³⁵ *Ibid.*, pár. 227.

³⁶ Sentencia *Furundžija*, párs. 184-186.

³⁷ *Ibid.*, pár. 179.

³⁸ Sentencia *Musema*, párs. 228-229.

³⁹ ICTR, *Judgement (appeal) of 1 June 2001. The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, pár. 598; y Sentencia *Musema*, pár. 226.

⁴⁰ ICTY, *Judgment of 22 February 2001. Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković* (en adelante, Sentencia *Kunarac y otros*), pár. 438.

⁴¹ En este asunto, a los tres procesados se les acusó del crimen de lesa humanidad de violación y del

Además, en su Sentencia *Kunarac y otros*, el TIPY consideró necesario clarificar y complementar el significado del segundo de los elementos constitutivos del crimen de violación. En esta ocasión, el TIPY consideró que la definición *Furundžija*, aunque apropiada para las circunstancias existentes en ese asunto, está enunciada en un aspecto de forma más estricta de lo que requiere el Derecho internacional. Al declarar que el acto relevante de penetración sexual constituirá un crimen de violación sólo si está acompañado de la coacción o de la fuerza o de la amenaza de fuerza contra la víctima o contra una tercera persona, la definición de la Sentencia *Furundžija* no se refirió a otros factores que convierten a un acto de penetración sexual en un acto no consensual o no voluntario por parte de la víctima, lo que en opinión del TIPY constituye el alcance concreto de este aspecto de la definición en el Derecho internacional⁴².

En la Sentencia *Kunarac y otros*, el TIPY estuvo de acuerdo con la afirmación de la Sentencia *Furundžija* acerca de que la identificación del Derecho internacional relevante sobre la naturaleza de la circunstancias en las que los actos definidos de penetración sexual constituirán un crimen de violación se basa, en ausencia de Derecho internacional convencional o consuetudinario en la materia, en la referencia a los principios generales del Derecho que son comunes a los principales sistemas jurídicos nacionales del mundo⁴³. El valor de los mismos radica en que pueden revelar “*general concepts and legal institutions*” que, si resultan comunes a un espectro amplio de sistemas jurídicos nacionales, expresan un enfoque internacional a una cuestión jurídica que puede considerarse como el indicador apropiado del Derecho internacional en la materia. El TIPY especificó que, con el examen de Derecho comparado que iba a realizar, no pretendía llevar a cabo una investigación de los principales sistemas

crimen de guerra de violación resultante de violaciones de las leyes o usos de la guerra. Cabe señalar que el TIPY tuvo en cuenta que el crimen de lesa humanidad de violación está expresamente previsto en el artículo 5.g) del Estatuto del TIPY, aunque no existe una previsión expresa similar para el crimen de guerra de violación. Sin embargo, el TIPY consideró que su competencia para enjuiciar a la violación como un atentado contra la dignidad personal, en violación de las leyes o usos de la guerra conforme al artículo 3 del Estatuto del TIPY, incluso sobre la base del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, “*is also clearly established*”. Sentencia *Kunarac y otros*, párs. 436 y 400-409. El TIPY afirmó expresamente que la referencia a “los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes”, que figura en el párrafo 1.c) del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra abarca a la violación. Véase, en el mismo sentido, la Sentencia *Furundžija*, pár. 173.

⁴² Sentencia *Kunarac y otros*, pár. 438. La revisión que de la definición del segundo elemento del crimen de violación realizó el TIPY en esta Sentencia estuvo motivada por el hecho de que la Oficina del Fiscal, en su alegato final, insistió en la necesidad de probar la existencia de coerción, fuerza o amenazas para poder apreciar la existencia del crimen de violación. Véase *Prosecutor's Final Trial Brief*, en la Sentencia *Kunarac y otros*, párs. 754-755 y 760. Sobre la definición de la violación en la Sentencia *Kunarac y otros*, véase MARAVILLA, C. S., “Rape as a War Crime: The Implications of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia's Decision in Prosecutor v. Kunarac, Kovac, & Vukovic on International Humanitarian Law”, *Florida Journal of International Law*, 13, 2001, pp. 321-341.

⁴³ Sentencia *Furundžija*, pár. 177. En este caso, el TIPY también tuvo en cuenta que la Sala de Apelaciones ya había afirmado que: “*it is otherwise of assistance to look to the general principles of Law common to the major legal systems of the world, as developed and refined (where applicable) in international jurisprudence*”. ICTY, *Judgment on Allegations of Contempt Against Prior Counsel*, Milan Vujin, of 31 January 2000. *Prosecutor v. Duško Tadić*, pár. 15.

jurídicos del mundo para identificar una disposición jurídica específica que haya sido adoptada por la mayoría de los sistemas jurídicos nacionales, sino considerar, como resultado de ese examen, si es posible identificar ciertos “principios básicos” (o “*common denominators*” según la terminología de la Sentencia *Furundžija*⁴⁴) en esos sistemas jurídicos nacionales que incorporen los principios que se deban adoptar en un contexto internacional⁴⁵.

En su Sentencia *Kunarac y otros*, el TIPY insistió en que, ya en la Sentencia *Furundžija*, había tenido en cuenta un gran número de sistemas jurídicos nacionales en los que basarse para identificar los elementos del crimen de violación. Sin embargo, en esta ocasión el TIPY afirmó que los sistemas jurídicos analizados en tal Sentencia, así como en otros muchos sistemas jurídicos nacionales que en esta oportunidad también examinó, considerados en su conjunto, indican que el principio común básico que subyace en ellos consiste en que la penetración sexual será constitutiva de un crimen de violación sólo si no es verdaderamente consentida o voluntaria por parte de la víctima. En esta ocasión, el TIPY afirmó que los temas identificados en la definición de la Sentencia *Furundžija* (fuerza, amenaza de fuerza o coacción) son ciertamente las consideraciones relevantes en muchos sistemas jurídicos nacionales, pero la totalidad de las disposiciones de Derecho comparado analizadas sugieren que el verdadero común denominador que unifica los diversos sistemas jurídicos nacionales es el principio más amplio o más básico de penalizar las violaciones a la autonomía sexual⁴⁶. En su Sentencia *Kunarac y otros*, el TIPY consideró que incluso en la Sentencia *Furundžija* ya se dio relevancia no sólo a la fuerza, la amenaza de fuerza o la coacción, sino incluso a la ausencia del consentimiento o de la participación voluntaria de la víctima⁴⁷.

El TIPY afirmó que, en general, las leyes y las decisiones judiciales internas que definen al crimen de violación especifican la naturaleza de los actos sexuales que potencialmente constituyen una violación, así como las circunstancias que convierten a esos actos en actos sexuales criminales. Tras realizar un excelente estudio en profundidad del Derecho comparado, el TIPY concluyó afirmando que, en el momento de dictar su Sentencia, el Derecho relevante en vigor en los diversos sistemas jurídicos nacionales identifican una gran variedad de factores diferentes que califican a los actos sexuales relevantes como crimen de violación. En su opinión⁴⁸, estos “factores”, en la mayoría de los casos, se incluyen en alguna de las tres siguientes categorías amplias: 1) que la actividad sexual fuera acompañada de fuerza o de amenaza de fuerza contra la

⁴⁴ Sentencia *Furundžija*, pár. 178.

⁴⁵ Sentencia *Kunarac y otros*, pár. 439.

⁴⁶ *Ibid.*, párs. 440-441.

⁴⁷ En esta ocasión, el TIPY tuvo en cuenta el siguiente párrafo de la Sentencia *Furundžija*: “(...) *all jurisdictions surveyed by the Trial Chamber require an element of force, coercion, threat, or acting without the consent of the victim: force is given a broad interpretation and includes rendering the victim helpless*”. Cfr. Sentencia *Furundžija*, pár. 80.

⁴⁸ Sentencia *Kunarac y otros*, pár. 442. Esta doctrina judicial fue inmediatamente seguida, por ejemplo, en ICTY, *Judgement of 2 November 2001. Prosecutor v. Miroslav Kvočka, Milojica Kos, Mlado Radić, Zoran Žigić and Dragoljub Prcać* (en adelante, Sentencia *Kvočka y otros*), pár. 177.

víctima o contra una tercera persona⁴⁹; 2) que la actividad sexual fuera acompañada de fuerza o, alternativamente, de una variedad de otras circunstancias especificadas que provocaron que la víctima fuera especialmente vulnerable o que negaron su capacidad de pronunciar un rechazo motivado⁵⁰; ó 3) que la actividad sexual ocurriera sin el consentimiento de la víctima⁵¹.

Tras realizar su intenso análisis de Derecho comparado, el TIPY sostuvo que la concurrencia de los factores que se describen en las dos primeras categorías de su análisis comparado resulta en prescindir de la voluntad de la víctima o en que la sumisión de la víctima al acto sexual no sea voluntaria. Por ello, el TIPY consideró que el principio básico que es auténticamente común a todos los sistemas legales es que las violaciones graves de la autonomía sexual deben ser penalizadas, entendiendo que se produce una violación de la autonomía sexual siempre que una persona resulta sometida a un acto al que no ha consentido libremente o en el que de otro modo esa persona no es un participante voluntario⁵².

El TIPY añadió que, en la práctica, la ausencia de un consentimiento prestado genuina y libremente o la no participación voluntaria se pueden demostrar mediante la presencia de los diversos factores especificados en varias de las legislaciones internas analizadas, tales como la fuerza, las amenazas de fuerza o el aprovecharse de que una persona sea incapaz de resistirse. Para el TIPY, una demostración clara de que tales factores niegan la existencia de un consentimiento verdadero se encuentra en los sistemas jurídicos nacionales en los que la ausencia de consentimiento es un elemento definidor del crimen de violación y en las que el consentimiento se define explícitamente como inexistente cuando concurren factores tales como el uso de la fuerza, la inconsciencia o la incapacidad de resistencia de la víctima o la tergiversación de los hechos por el presunto autor⁵³.

Por ello, el TIPY aclaró y complementó la definición que de la violación se dio en la Sentencia *Furundžija*, al afirmar que:

“In light of the above considerations, the Trial Chamber understands that the actus reus of the crime of rape in International Law is constituted by: the sexual penetration, however slight: (a) of the vagina or anus of the victim by the penis of the perpetrator or any other object used by the perpetrator; or (b) of the mouth of the victim by the penis of the perpetrator; where such sexual penetration occurs without the consent of the victim. Consent for this purpose must be consent given voluntarily, as a result of the victim's free will, assessed in the context of the surrounding circumstances. The mens rea is the intention to effect this sexual

⁴⁹ Sentencia *Kunarac y otros*, párs. 443-445.

⁵⁰ *Ibid.*, párs. 446-452.

⁵¹ *Ibid.*, párs. 453-456.

⁵² *Ibid.*, pár. 457.

⁵³ *Ibid.*, pár. 458.

*penetration, and the knowledge that it occurs without the consent of the victim*⁵⁴.

La confrontación jurisprudencial entre el TIPY y el TIPR acerca de cuál debía ser la definición jurídica del crimen de violación no comenzó a zanjarse hasta que esta cuestión se planteó por primera vez en apelación. Entre la opción de seguir la definición conceptual más amplia sostenida en la Sentencia *Akayesu* o la definición descriptiva más reducida de la Sentencia *Furundžija*, aclarada y completada por la Sentencia *Kunarac y otros*, la Sala de Apelaciones común se decantó por esta segunda posibilidad.

Así, fue la Sala de Apelaciones, precisamente en su Sentencia en apelación *Kunarac y otros*, la que defendió la interpretación descriptiva más estricta, al definir al elemento material del crimen de lesa humanidad de violación como la penetración no consensual, por muy ligera que sea, de la vagina o ano de la víctima por el pene del autor o por cualquier objeto utilizado por el autor, o de la boca de la víctima por el pene del autor⁵⁵. La Sala de Apelaciones añadió que el consentimiento para este fin debe ser dado voluntaria y libremente y debe valorarse en el contexto de las circunstancias existentes⁵⁶. La Sala de Apelaciones también afirmó que el elemento subjetivo o la “*mens rea*” de la violación es la intención de efectuar la penetración sexual prohibida con el conocimiento de que ello ocurre sin el consentimiento de la víctima⁵⁷. A efectos de probar la ausencia de consentimiento de la víctima, la Sala de Apelaciones introdujo dos precisiones importantes, toda vez que descartó expresamente que la ausencia de resistencia por parte de la víctima supusiera automáticamente que ésta sí hubiera consentido la relación sexual⁵⁸. En segundo lugar, la Sala de Apelaciones sostuvo que, aunque el uso o la amenaza de fuerza sea una prueba evidente de la ausencia de consentimiento por parte de la víctima, el uso o la amenaza de fuerza no es un elemento definidor del crimen de violación, ya que la concurrencia de otros factores distintos puede hacer que la penetración sexual sea un acto no consentido o no voluntario por parte de la víctima⁵⁹.

⁵⁴ Sentencia *Kunarac y otros*, pár. 460. El propio TIPY insistió en la continuidad de esta definición con la que se proporcionó en la Sentencia *Furundžija*, al afirmar que resulta evidente de la definición *Furundžija* que los términos coacción, fuerza o amenaza de fuerza no se debían interpretar restrictivamente y que, en concreto, la coacción podría abarcar a la mayoría de las conductas que niegan el consentimiento libre y genuino de la víctima. Sentencia *Kunarac y otros*, pár. 459. Esta definición del crimen de violación fue inmediatamente seguida por las restantes Salas del TIPY, por ejemplo, en la Sentencia *Kvočka y otros*, párs. 175-176.

⁵⁵ ICTY, *Judgment of 12 June 2002. Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković* (en adelante, Sentencia en apelación *Kunarac y otros*), párs. 127-128.

⁵⁶ *Ibid.*, párs. 127-128 y 130.

⁵⁷ *Ibid.*, párs. 127-128.

⁵⁸ La Sala de Apelaciones calificó a este motivo de apelación como “*wrong on the Law and absurd on the facts*”. *Ibid.*, pár. 128.

⁵⁹ *Ibid.*, pár. 129.

2. El crimen de violación en los “Elementos de los crímenes”

Por lo que se refiere al crimen de violación, ya sea como crimen de lesa humanidad o como crimen de guerra, según el documento titulado “Elementos de los crímenes”, que es el criterio de interpretación del Estatuto de la CPI, sus elementos definidores específicos son los siguientes:

“1. Que el autor haya invadido⁶⁰ el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o genital de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo.

2. Que la invasión se haya cometido por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa persona u otra persona o aprovechando el entorno coercitivo, o se haya realizado en condiciones en que la persona era incapaz de dar su libre consentimiento^{61,62}.

Debe observarse que el Estatuto de la CPI no proporciona una definición auténtica de lo que deba entenderse por violación, ni como crimen de lesa humanidad ni como crimen de guerra. Es más, si se comparan los elementos definidores específicos del crimen de lesa humanidad de violación, con los del crimen de guerra de violación en los conflictos armados internacionales y también con los del crimen de guerra de violación en los conflictos armados internos, tal y como han quedado redactados en el documento titulado “Elementos de los crímenes”, se observa que, salvo algún detalle menor de redacción⁶³, la coincidencia es total entre los mismos. Por lo tanto, cabe afirmar que la Comisión Preparatoria y la Asamblea de Estados Partes pretendieron la identidad conceptual del crimen de violación, con independencia de que se la califique como crimen de lesa humanidad, como crimen de guerra cometido en un conflicto armado internacional o como crimen de guerra cometido en un conflicto armado interno.

Al discutir los elementos definidores específicos del crimen de violación en la Comisión Preparatoria, conviene señalar que tanto la propuesta de Estados Unidos⁶⁴, como la

⁶⁰ “El concepto de «invasión» se utiliza en sentido amplio, para que resulte neutro en cuanto al género”.

⁶¹ “Se entiende que una persona es incapaz de dar su libre consentimiento si sufre una incapacidad natural, inducida o debida a la edad. Esta nota es también aplicable a los elementos correspondientes del artículo 8.2.e).vi).3, 5 y 6”.

⁶² “Elementos de los crímenes”, Doc. ICC-ASP/1/3: *Informe, Primera Sesión del 3-10 de Septiembre de 2002, Actas Oficiales de la Asamblea de Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Parte II B, pp. 112-160. Véase ZORRILLA, M., *La Corte Penal Internacional ante el crimen de violación sexual*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005.

⁶³ Por ejemplo, el elemento definidor primero del crimen de lesa humanidad de violación se refiere al “orificio anal o vaginal de la víctima”, mientras que el elemento definidor primero del crimen de guerra de violación, tanto en los conflictos armados internacionales como en los internos, utiliza la expresión “orificio anal o genital de la víctima”. Los subrayados son míos.

⁶⁴ NU., doc. PCNICC/1999/DP.4/Add.2: *Propuesta presentada por Estados Unidos: Proyecto de elementos del crimen. Adición (artículo 8: Crímenes de guerra)*, presentada en el Primer período de sesiones de la Comisión Preparatoria (16-26-II-1999).

presentada conjuntamente por Costa Rica, Hungría y Suiza⁶⁵, dividieron a los elementos materiales de este crimen en dos elementos específicos distintos: el primero definía la conducta utilizando el concepto de penetración; y el segundo requería que esa conducta se cometiera mediante fuerza o coacción. Cabe recordar que la Comisión Preparatoria aprobó este documento el 30-VI-2000, es decir, antes de que estuviera consolidada la jurisprudencia del TIPY y del TIPR sobre este crimen. En consecuencia, cuando la Comisión Preparatoria aprobó la redacción del primer elemento definidor del crimen de violación, tenía dos opciones a seguir: la definición que diera el TIPR en su Sentencia *Akayesu*, ratificada por el TIPY en su Sentencia *Mucić y otros, alias “Čelebići”* o la definición que posteriormente dio el TIPY en su Sentencia *Furundžija*. Es obvio que la Comisión Preparatoria se decantó por esta segunda opción que, además, había sido la defendida tanto por la Relatora Especial Sra. *Gay J. McDougall*⁶⁶, como por las respectivas propuestas presentadas por Estados Unidos y conjuntamente por Costa Rica, Hungría y Suiza en la misma Comisión Preparatoria. Ésta fue, además, la doctrina judicial que resultó posteriormente consagrada en la Sentencia en apelación *Kunarac y otros*.

En cualquier caso, la redacción final del primer elemento definidor específico del crimen de violación, aun siguiendo mayoritariamente a la definición *Furundžija*⁶⁷, supone en cierto modo un compromiso con las delegaciones nacionales partidarias de la definición de la violación contenida en la Sentencia *Akayesu*. No se debe olvidar que en este primer elemento, antes de la mención a una “conducta que haya ocasionado la penetración” y de la descripción de las modalidades que puede revestir la penetración, se requiere “que el autor haya invadido el cuerpo de una persona”. Esto se debe a que un número importante de delegaciones nacionales apoyaron el concepto de invasión, así como las opiniones que expresó el TIPR a este respecto⁶⁸.

Sobre este primer elemento, cabe formular un comentario adicional a su inclusión en el documento titulado “Elementos de los crímenes”. La expresión “que el autor haya invadido el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración” se eligió para que este elemento material quedase redactado de manera

⁶⁵ NU., doc. PCNICC/1999/WGEC/DP.8: *Propuesta de Costa Rica, Hungría y Suiza sobre algunas disposiciones del párrafo 2.b) del artículo 8 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: viii), x), xiii), xiv), xv), xvi), xxi), xxii), xxvi)*, presentada en el Segundo período de sesiones de la Comisión Preparatoria (26-VII-1999 a 13-VIII-1999).

⁶⁶ “Por «violación» debe entenderse la inserción, en condiciones de fuerza, coacción o violencia, de cualquier objeto, que no tiene porqué ser necesariamente un pene, en la vagina o el ano de la víctima, o la inserción en condiciones de fuerza, coacción o violencia, de un pene en la boca de la víctima”. NU. doc. E/CN.4/Sub.2/1998/13 (22-VI-1998), *cit.*, p. 9, pár. 24.

⁶⁷ La mayoría de las delegaciones nacionales estuvieron de acuerdo con la afirmación que realizó el TIPY en esta Sentencia, acerca de que la mayoría de las legislaciones penales nacionales definen a la violación como la penetración sexual forzada.

⁶⁸ El párrafo más citado de esta Sentencia fue el siguiente: “*The Tribunal considers that rape is a form of aggression and that the central elements of the crime of rape cannot be captured in a mechanical description of objects and body parts. The Tribunal also notes the cultural sensitivities involved in public discussion of intimate matters and recalls the painful reluctance and inability of witnesses to disclose graphic anatomical details of the sexual violence they endure*”. Sentencia *Akayesu*, pár. 687.

neutra en cuanto al género del autor y de la víctima de la violación, de manera que quedasen también incluidas las violaciones cometidas por mujeres y las violaciones padecidas por hombres. Todas las delegaciones nacionales estuvieron de acuerdo en este aspecto, recordando que el TIPY, en su Sentencia *Furundžija*, ya había afirmado que:

“In its examination of national Laws on rape, the Trial Chamber has found that although the Laws of many countries specify that rape can only be committed against a woman, others provide that rape can be committed against a victim of either sex. (...)

It is apparent from our survey on national legislation that, in spite of inevitable discrepancies, most legal systems in the Common and Civil Law worlds consider rape to be the forcible sexual penetration of the human body by the penis or the forcible insertion of any other object into either the vagina or the anus”⁶⁹ (el subrayado es mío).

Esta idea está reforzada por la nota a pie de página que se acompaña a este primer elemento relativa al concepto de “invasión”, así como por la amplísima descripción de conductas constitutivas de violación en este primer elemento, que abarcan no sólo los casos en los que la víctima es penetrada, sino también los casos en los que se fuerza a la víctima a penetrar al autor del crimen o a una tercera persona. La Comisión Preparatoria incluyó la frase “la penetración (...) de cualquier parte del cuerpo (...) con un órgano sexual” redactada en estos términos a fin de incluir en el concepto de crimen de violación la inserción no consentida del pene en la boca de otra persona⁷⁰. La expresión final de este primer elemento “u otra parte del cuerpo” se tomó prestada del tercer elemento que figuraba en la propuesta de Estados Unidos.

Al aprobar los elementos definidores del crimen de violación, ya he señalado que la Comisión Preparatoria siguió mayoritariamente a la Sentencia *Furundžija* al describir al primer elemento. Sin embargo, la redacción del segundo elemento definidor específico del crimen de violación está inspirada en la Sentencia *Akayesu*, donde el TIPR afirmó lo siguiente:

“The Tribunal notes in this context that coercive circumstances need not be evidenced by a show of physical force. Threats, intimidation, extortion and other forms of duress which prey on fear or desperation may constitute coercion, and coercion may be inherent in certain circumstances, such as armed conflict or the military presence of Interahamwe among refugee Tutsi women at the bureau communal”⁷¹.

Debido al factor temporal, la Comisión Preparatoria no pudo tener en cuenta, al redactar este segundo elemento definidor, la corrección que el TIPY, en su Sentencia *Kunarac y otros*, introdujo en la definición del crimen de violación dada previamente en su

⁶⁹ Sentencia *Furundžija*, párs. 180-181.

⁷⁰ En la Sentencia *Furundžija*, pár. 183, el TIPY afirmó que: “such an extremely serious sexual outrage as forced oral penetration should be classified as rape”.

⁷¹ Sentencia *Akayesu*, pár. 688.

Sentencia *Furundžija*. Obviamente, considero que está mejor definido este segundo elemento en la Sentencia *Kunarac y otros* que en el documento titulado “Elementos de los crímenes”. En todo caso, ha de observarse que el inciso final de la redacción de este segundo elemento específico (“o se haya realizado en condiciones en que la persona era incapaz de dar su libre consentimiento”), así como la nota a pie de página que acompaña a este segundo elemento definidor, ampliando lo que debe entenderse por consentimiento libremente expresado, lo acerca mucho a los tres “factores” que acompañan a la regulación del crimen de violación en el Derecho comparado y que, en definitiva, son los que motivaron la corrección introducida en la Sentencia *Kunarac y otros* del TIPY.

Cabe, en todo caso, observar que puede plantearse un problema de interpretación lingüística con la versión española tanto de este segundo elemento específico como de la nota a pie de página que le acompaña, pues en ambos casos utilizan la expresión “dar su libre consentimiento”. A diferencia de ello, la versión en inglés se cambió para introducir la expresión “*giving genuine consent*”. Este cambio de redacción en la versión inglesa de los “Elementos de los crímenes” se justificó aduciendo que el consentimiento “genuino” implica que el consentimiento, además de darse libremente, debe darse de una manera “voluntaria” e “informada”,⁷².

3. La jurisprudencia internacional posterior

La jurisprudencia internacional posterior a la aprobación del documento titulado “Elementos de los crímenes” evidencia que los mismos apenas han sido tenidos en cuenta. Por el contrario, son varios los tribunales internacionales que han seguido, con mínimas precisiones adicionales, la definición que del crimen de violación hiciera la Sentencia en apelación *Kunarac y otros*. Esta definición del crimen de violación, formulada por la Sala de Apelaciones del TIPY, se impuso sin más problemas en la jurisprudencia del propio TIPY⁷³.

Ante esta interpretación más estricta sostenida ya por la Sala de Apelaciones, el TIPR comenzó a cambiar su doctrina judicial. Así, en su Sentencia *Semanza*, el TIPR afirmó que, aunque esta forma mecánica o descriptiva de definir a la violación la había rechazado previamente de manera expresa, en esta ocasión consideró que el análisis comparado contenido en la Sentencia en apelación *Kunarac y otros* era “persuasivo” y adoptó la definición de la violación desarrollada por la Sala de Apelaciones. Al actuar

⁷² Véase SCHOMBURG, W.; PETERSON, I., “Genuine Consent to Sexual Violence under International Criminal Law”, *American Journal of International Law*, 101, 2007, pp. 121-140.

⁷³ Véase, a título de ejemplo, ICTY, *Sentencing Judgment of 18 December 2003. Prosecutor v. Dragan Nikolić*, pár. 113; ICTY, *Judgement of 3 April 2008, The Prosecutor v. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj and Lahi Brahimaj*, pár. 130. Además, la Sala de Apelaciones del TIPY ha seguido remitiéndose a la definición de la violación dada en su Sentencia en apelación *Kunarac y otros*. Véase, a título de ejemplo, ICTY, *Judgment of 28 February 2005. Prosecutor v. Miroslav Kvočka, Mlado Radić, Zoran Žigić, and Dragoljub Prcać* (en adelante, Sentencia en apelación *Kvočka et al.*), pár. 395, donde el TIPY añadió que cualquier definición divergente del crimen de violación que pudiera existir en el Derecho interno yugoslavo es “irrelevante”.

de esta manera, el TIPR dejó constancia de que otros actos de violencia sexual que no se podrían incluir dentro de esta definición tan estricta de “violación” podrían ser todavía enjuiciados como otros crímenes de lesa humanidad o de guerra bajo su jurisdicción como la tortura, la persecución, la esclavitud u otros actos inhumanos⁷⁴. Ahora bien, la definición descriptiva de la violación, defendida en la Sentencia *Kunarac y otros*, no se impuso fácilmente en la jurisprudencia del TIPR. Al día siguiente de que la Sala Tercera del TIPR dictara su Sentencia en el asunto *Semanza*, de nuevo la Sala Primera volvió a sostener la definición conceptual de la violación desarrollada en la Sentencia *Akayesu*⁷⁵. Por su parte, también la Sala Segunda siguió la definición descriptiva del crimen de violación en su Sentencia *Kajelijeli*, debido a la “*persuasive authority*” que tienen las sentencias de la Sala de Apelaciones⁷⁶. Incluso la Sala Tercera intentó en un momento posterior conciliar la definición conceptual de la Sentencia *Akayesu* con la definición descriptiva de la Sentencia en apelación *Kunarac y otros*⁷⁷. Esta actitud, consistente en mantener la definición conceptual de la violación afirmada en la Sentencia *Akayesu*, sosteniendo siempre además que los elementos constitutivos del crimen de violación son los identificados en la Sentencia *Kunarac y otros*, es la que se ha consolidado en la jurisprudencia del TIPR⁷⁸.

⁷⁴ ICTR, *Judgment and Sentence of 15 May 2003. The Prosecutor v. Laurent Semanza* (en adelante, Sentencia *Semanza*), pár. 345. En esta última idea también se insistió en otras sentencias del TIPR, sobre todo aludiendo a la posibilidad de enjuiciar a otros actos de violencia sexual como crímenes de lesa humanidad de otros actos inhumanos. Véase, por ejemplo, ICTR, *Judgment and Sentence of 1 December 2003. The Prosecutor v. Juvénal Kajelijeli* (en adelante, Sentencia *Kajelijeli*), pár. 916; o ICTR, *Judgment and Sentence of 22 January 2004. The Prosecutor v. Jean de Dieu Kamuhanda* (en adelante, Sentencia *Kamuhanda*), pár. 710. Obviamente, en el contexto de los crímenes de guerra estos supuestos excluidos del crimen de violación serían reconducibles, según los casos, al crimen de guerra de atentados contra la dignidad personal o, probablemente de manera más específica, al crimen de guerra de violencia sexual.

⁷⁵ ICTR, *Judgment and Sentence of 16 May 2003. The Prosecutor v. Eliézer Niyitegeka* (en adelante, Sentencia *Niyitegeka*), pár. 456.

⁷⁶ Sentencia *Kajelijeli*, párs. 915-916; y Sentencia *Kamuhanda*, párs. 709-710.

⁷⁷ “The Chamber takes the view that the *Akayesu* definition and the *Kunarac* elements are not incompatible or substantially different in their application. Whereas *Akayesu* referred broadly to a «physical invasion of a sexual nature», *Kunarac* went on to articulate the parameters of what would constitute a physical invasion of a sexual nature amounting to rape. On the basis of the foregoing analysis, the Chamber endorses the conceptual definition of rape established in *Akayesu*, which encompasses the elements set out in *Kunarac*”. ICTR, *Judgement of 28 April 2005, The Prosecutor v. Mikaeli Muhimana*, párs. 550-551.

⁷⁸ Entre otras, ICTR, *Judgement of 7 July 2006. Sylvestre Gacumbitsi v. The Prosecutor* (en adelante, Sentencia en apelación *Gacumbitsi*), pár. 152; ICTR, *Judgement and Sentence of 18 December 2008. The Prosecutor v. Théoneste Bagosora et al.* (en adelante, Sentencia *Bagosora et al.*), párs. 2199-2200; ICTR, *Judgement of 6 December 2010. The Prosecutor v. Ildephonse Hategekimana*, párs. 723-724; ICTR, *Judgement of 24 June 2011. The Prosecutor v. Pauline Nyiramasuhuko, Arsène Shalom Ntahobali, Sylvain Nsabimana, Alphonse Nteziryayo, Joseph Kanyabashi and Élie Ndayambaje*, pár. 6075; ICTR, *Judgement and Sentence of 2 February 2012. The Prosecutor v. Édouard Karemera and Matthieu Ndirumpatse*, párs. 1676-1677; ICTR, *Judgement of 8 May 2012. Ildephonse Hategekimana v. The Prosecutor* (en adelante, Sentencia en apelación *Hategekimana*), pár. 160; etc. Véase COLE, A., “Prosecutor v. Gacumbitsi: The New Definition for Prosecuting Rape Under International Law”, *International Criminal Law Review*, 8, 2008, pp. 1033-1042.

Por su parte, en el caso del TESL, desde su primera sentencia siguió la definición del crimen de violación dada en la Sentencia en apelación *Kunarac y otros*⁷⁹. El TESL asumió incluso como propios los comentarios que en dicha Sentencia el TIPY formuló al segundo elemento definidor del crimen de violación. Añadió que la valoración de si se había producido o no el consentimiento de la víctima debe realizarse en el contexto de cada caso concreto. Reconoció, no obstante, que en situaciones de conflicto armado o detención, la coacción es casi universal. Por ello, sostuvo que para determinar si ha habido coacción no se requiere ni la “resistencia continua” de la víctima, ni el uso o la amenaza de uso de la fuerza física por el autor. Por influencia del Derecho interno de Sierra Leona, sostuvo además que en ningún caso los niños menores de 14 años pueden prestar un consentimiento válido⁸⁰.

En la jurisprudencia del TIPY, del TIPR y del TESL sobre el crimen de violación no se contiene ninguna referencia a los “Elementos de los crímenes”. Sin embargo, en la incipiente práctica de la CPI su Sala de Cuestiones Preliminares, en el asunto *Katanga y Chui*, ha definido el crimen de violación por referencia exclusiva a los elementos identificados en el documento “Elementos de los crímenes”⁸¹. A la espera de que la futura sentencia sobre el fondo en este asunto clarifique la definición de este crimen en la jurisprudencia de la CPI, de momento éste es el único pronunciamiento de la jurisprudencia internacional en el que se ha seguido la definición del crimen de violación establecida en los “Elementos de los crímenes”.

Desarrollando la Sentencia en apelación *Kunarac y otros*, los tres tribunales *ad hoc* también han coincidido en sostener que la coacción es un elemento que puede obviar la relevancia del consentimiento como factor probatorio del crimen de violación. Más aún, también coincidieron en señalar que las circunstancias que prevalecen en la mayoría de los casos en los que se alega un crimen de violación cometido a gran escala, como la existencia de un conflicto armado o un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, junto con el estigma social que las más de las veces llevan a las víctimas de este crimen, determinará que en la casi universalidad de los casos exista la coacción, viciando de esta forma el consentimiento auténtico de la víctima⁸². De ahí que los tres tribunales hayan autorizado el uso de pruebas indirectas o circunstanciales para probar el *actus reus* del crimen de violación⁸³.

⁷⁹ SCSL, *Judgment of 20 June 2007. Prosecutor against Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara and Santigie Borbor Kanu* (en adelante, Sentencia *Armed Forces Revolutionary Council (AFRC)*), pág. 693; y SCSL, *Judgement of 18 May 2012. Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor* (en adelante, Sentencia *Taylor*), pág. 415.

⁸⁰ *Ibid.*, pág. 694; SCSL, *Judgement of 2 March 2009. Prosecutor against Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao* (en adelante, Sentencia *Revolutionary United Front (RUF)*), párs. 147-148; y Sentencia *Taylor*, pág. 416.

⁸¹ ICC-01/04-01/07 (30 September 2008). *Case of the Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui. Decision on the confirmation of charges* (en adelante, Decisión *Katanga y Chui*), párs. 342 y 438.

⁸² La CPI parece compartir este razonamiento. *Ibid.*, pág. 440.

⁸³ Para el TIPY, véase Sentencia en apelación *Kunarac y otros*, pág. 130. Para el TIPR, Sentencia en apelación *Gacumbitsi*, pág. 115; e ICTR, *Judgment of 21 May 2007. Prosecutor v. Mikaeli Muhimana* (en

Cabe concluir este epígrafe señalando que han sido abundantes los casos en los que tribunales internacionales han afirmado que cometer u ordenar la comisión de violaciones de las mujeres de una etnia diferente durante un conflicto armado, además de calificarse y castigarse como crimen (de guerra y contra la humanidad) de violación, es un comportamiento que también debe calificarse y castigarse adicionalmente como crimen (de guerra y contra la humanidad) de tortura⁸⁴. Incluso la jurisprudencia internacional ha considerado que el crimen de violación puede ser igualmente constitutivo del crimen de genocidio mediante la imposición de medidas destinadas a impedir nacimientos⁸⁵.

III. EL CRIMEN DE ESCLAVITUD SEXUAL

1. Los “Elementos de los crímenes”

El Estatuto de la CPI es el primer tratado internacional que considera a la esclavitud sexual tanto como crimen de guerra, como crimen de lesa humanidad. Según el documento titulado “Elementos de los crímenes”, los elementos constitutivos específicos del crimen de esclavitud sexual son los siguientes:

“Crimen... de esclavitud sexual⁸⁶. Elementos:

1. Que el autor haya ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o imponerles algún tipo similar de privación de la libertad⁸⁷.

adelante, Sentencia en apelación *Muhimana*), pár. 49. Para el TESL, Sentencia *Armed Forces Revolutionary Council (AFRC)*, pár. 695; Sentencia *Revolutionary United Front (RUF)*, pár. 149; y Sentencia *Taylor*, pár. 416; etc.

⁸⁴ En el caso del TIPY, véanse: Sentencia *Mucić y otros, alias “Čelebići”*, párs. 495-496; Sentencia *Furundžija*, párs. 163-164; Sentencia *Kvočka y otros*, pár. 145; Sentencia en apelación *Kunarac y otros*, párs. 179 y 150-155; etc. En el caso del TIPR, véase la Sentencia *Semanza*, párs. 485 y 506-552; etc.

⁸⁵ “*In patriarchal societies, where membership of a group is determined by the identity of the father, an example of a measure intended to prevent births within a group is the case where, during rape, a woman of the said group is deliberately impregnated by a man of another group, with the intent to have her give birth to a child who will consequently not belong to its mother’s group*”. Sentencia *Akayesu*, párs. 508-509, mantenido en ICTR, *Judgment and Sentence of 6 December 1999. The Prosecutor v. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda*, pár. 53. En el caso del TIPY, véase ICTY, *Judgement of 2 August 2001. Prosecutor v. Radislav Krstić*, párs. 509 y 616. Inspirándose en esta doctrina judicial, en los “Elementos de los crímenes” se ha añadido, en el tercer elemento del crimen de genocidio mediante la imposición de medidas destinadas a impedir nacimientos “que las medidas impuestas hayan estado destinadas a impedir nacimientos *en el seno del grupo*” (el subrayado es mío).

⁸⁶ “Habida cuenta de la complejidad de la naturaleza de este crimen, se reconoce que en su comisión podría participar más de un autor, como parte de un propósito criminal común”.

⁸⁷ “Se entiende que ese tipo de privación de libertad podrá, en algunas circunstancias, incluir la exacción de trabajos forzados o reducir de otra manera a una persona a una condición servil, según se define en la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 1956. Se entiende además que la conducta descrita en este elemento incluye el tráfico de personas, en particular de mujeres y niños”.

2. Que el autor haya hecho que esa persona o esas personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual”⁸⁸.

Cuando la Comisión Preparatoria comenzó a discutir los elementos definidores específicos del crimen de esclavitud sexual, no existía jurisprudencia internacional, ni siquiera del TIPY o del TIPR, que específicamente se refiriese a este crimen. No obstante, existía una definición muy antigua de esclavitud, que es la contenida en la Convención sobre la esclavitud (Ginebra, 25-IX-1926). Según su artículo 1:

“A los fines de la presente Convención se entiende que:

1. La esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos;
2. La trata de esclavos comprende todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirido para venderle o cambiarle y, en general, todo acto de comercio o de transporte de esclavos”.

Un grupo informal y reducido de delegaciones nacionales, que en la Comisión Preparatoria manifestaron su interés por este crimen, lograron muy rápidamente un consenso acerca de la estructura general de los elementos definidores del mismo. Acordaron que el primer elemento definidor específico de este crimen definiría el concepto de esclavitud⁸⁹, un concepto que posteriormente también se extrapoló para el crimen de lesa humanidad de esclavitud. También decidieron que el segundo elemento definiría el aspecto sexual de este crimen internacional.

En la Comisión Preparatoria se presentaron diversas propuestas definiendo los elementos de este crimen. En la propuesta presentada por Estados Unidos, el *actus reus* de la esclavitud sexual se definió como la privación de libertad de una persona, causando que esa persona, por fuerza o amenazas, cometa actos de naturaleza sexual⁹⁰. La propuesta conjunta de Costa Rica, Hungría y Suiza utilizaba la definición de la esclavitud contenida en la Convención de 1926⁹¹. La propuesta de un grupo de Estados árabes contenía una mención adicional a que el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona no incluye el ejercicio de los derechos, deberes y obligaciones que se derivan del matrimonio entre un hombre y una mujer⁹².

El primer elemento definidor específico del crimen de esclavitud sexual está inspirado,

⁸⁸ Doc. ICC-ASP/1/3: “Elementos de los crímenes”, *cit.*, p. 155.

⁸⁹ Sobre el concepto de esclavitud, véanse JOS, E., “La traite des êtres humains et l’esclavage”, en: H. Ascensio; E. Decaux; A. Pellet (eds.), *Droit International Pénal*, París, Éditions A. Pedone, 2000, pp. 337-347; RASSAM, A. Y., “Contemporary Forms of Slavery and the Evolution of the Prohibition of Slavery and Slave Trade Under Customary International Law”, *Virginia Journal of International Law*, 39/2, 1999, pp. 303-352.

⁹⁰ NU., doc. PCNICC/1999/DP.4/Add.2: *cit.*

⁹¹ NU., doc. PCNICC/1999/WGEC/DP.8, *cit.*

⁹² NU., doc. PCNICC/1999/WGEC/DP.39 (3-XII-1999): *Propuesta presentada por la Arabia Saudita, Bahrein, los Emiratos Árabes Unidos, el Iraq, la Jamahiriya Árabe Libia, Kuwait, Libano, Omán, Qatar, la República Árabe Siria y el Sudán en relación con los elementos de los crímenes de lesa humanidad*, presentada en el Tercer período de sesiones de la Comisión Preparatoria (29-XI-1999 a 17-XII-1999).

en parte, en la definición de la esclavitud contenida en la Convención de 1926 sobre la esclavitud. No obstante, la Comisión Preparatoria alcanzó rápidamente la opinión de que tal definición era demasiado limitada y estaba desfasada y, en concreto, hubo un amplio consenso acerca de que no se requería tratar a la víctima como una mercancía.

Siguió siendo, sin embargo, controvertido el concretar cuáles eran las adaptaciones que se debían introducir a la definición tradicional de la esclavitud. Estas discusiones estuvieron condicionadas, a su vez, por el hecho de que, a los solos efectos de determinar el significado del crimen de lesa humanidad de esclavitud, el artículo 7.2.c) del Estatuto de la CPI proporciona la siguiente definición auténtica de la esclavitud:

“Por «esclavitud» se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de alguno de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños”.

La Comisión Preparatoria acordó que la esclavitud se definiría de la misma forma como crimen de lesa humanidad de esclavitud, que como crimen de lesa humanidad o de guerra de esclavitud sexual. En ello influyó sin duda alguna la afirmación de la Relatora Especial, *Sra. Gay J. McDougall*, acerca de que:

“El término «sexual» se utiliza (...) como adjetivo para describir un tipo de esclavitud, no para indicar un delito distinto. A todos los efectos y en todas las circunstancias la esclavitud sexual es un tipo de esclavitud y su prohibición es una norma de *ius cogens*”⁹³.

Por ello, en la Comisión Preparatoria se propuso que el primer elemento definidor de estos crímenes quedase redactado en todos los casos como el ejercicio de uno o más de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, sin que se incluyese ninguna mención al comercio del esclavo, es decir, a su consideración como mercancía que se pueda comprar o vender, como se afirmaba en la Convención de 1926 sobre la esclavitud. Sin embargo, diversas delegaciones nacionales insistieron en la necesidad de clarificar el contenido de la expresión “atributos del derecho de propiedad”. Entre estas delegaciones se encontraba, por ejemplo, la de Estados Unidos, quienes sostuvieron que la expresión ejercer “uno o más de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas” era demasiado imprecisa. Por ello, se añadió una lista no exhaustiva de ejemplos en el primer elemento definidor de este crimen, tales como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque. Se acordó igualmente no incluir en esta lista ilustrativa indicios menores del ejercicio del derecho de propiedad. Otros ejemplos, como reclutar o secuestrar, no se incluyeron por ser modos de “obtener” a una persona y no de ejercer los derechos de propiedad sobre esa persona. De esta forma, se reintrodujo lo que se quería evitar: la consideración del esclavo como una mercancía con la que se pueda comerciar o traficar⁹⁴.

⁹³ NU. doc. E/CN.4/Sub.2/1998/13 (22-VI-1998), *cit.*, p. 11, pár. 30.

⁹⁴ La redacción final de este primer elemento definidor del crimen de esclavitud sexual fue muy criticada por la Relatora Especial *Sra. Gay J. McDougall*, por estar inspirada todavía en la consideración,

La parte final del primer elemento definidor del crimen de esclavitud sexual indica que ejercer algún atributo del derecho de propiedad sobre una persona puede también consistir en imponerle una privación de libertad. La referencia a otros tipos similares de “privación de libertad” tiene cierto arraigo en los juicios que contra los criminales de guerra alemanes se produjeron después de la Segunda Guerra Mundial. Cabe recordar, por ejemplo, que en la Sentencia de 31-VII-1948 en el asunto *Milch*, la Corte Militar de Estados Unidos se enfrentó a una acusación de trabajo esclavo (*slave work*) y de deportación para el trabajo esclavo (*deportation for slave work*) de nacionales alemanes y de nacionales de otros países considerándolo tanto crimen de guerra como crimen de lesa humanidad⁹⁵.

Ahora bien, de nuevo la expresión “algún tipo similar de privación de libertad” se consideró muy reducida, dado que el término “similar” produciría un efecto restrictivo en la medida en que la privación de libertad deba ser comparable a comprar, vender, prestar o dar en trueque a una persona, es decir, a privaciones de libertad que implican algún tipo de intercambio comercial o pecuniario. Ello probablemente habría excluido de estos tipos penales a las conductas que persiguen reducir a alguien a un estado servil y los casos de trabajos forzados. Hasta casi el término de la sesión final de la Comisión Preparatoria, diversas delegaciones nacionales persistieron en cuestionar un enfoque más amplio. Para superar estas divergencias de opinión y poder alcanzar un consenso, se introdujo en este primer elemento una nota a pie de página. La segunda frase de esta nota (“se entiende además que la conducta descrita en este elemento incluye el tráfico de personas, en particular de mujeres y niños”) se aceptó sin discusión, dado que se limita a reproducir el lenguaje utilizado en el Estatuto de la CPI al definir a la esclavitud. La primera frase (“se entiende que ese tipo de privación de libertad podrá, en algunas circunstancias, incluir la exacción de trabajos forzados o reducir de otra manera a una persona a una condición servil, según se define en la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 1956”) se aprobó por su referencia a los desarrollos reflejados en la Convención de 1956, de la que son Partes Contratantes un número considerable de Estados. Ello ayudará a lograr una interpretación que resulte aceptable de la expresión

desfasada en la actualidad, del esclavo como una mercancía con la que se puede comerciar o traficar. NU., doc. E/CN.4/Sub.2/2000/21 (6-VI-2000), *cit.*, pp. 13-14, p. 29.

⁹⁵ “Does anyone believe that the vast hordes of Slavic Jews who laboured in Germany’s war industries were accorded the rights of contracting parties? They were slaves, nothing less - kidnapped, regimented, herded under armed guards, and worked until they died from disease, hunger, exhaustion. [...]. As to non-Jewish foreign labour, with few exceptions they were deprived of the basic civil rights of free men; they were deprived of the right to move freely or to choose their place of residence; to live in a household with their families; to rear and educate their children; to marry; to visit public places of their own choosing; to negotiate, either individually or through representatives of their own choice, the conditions of their own employment; to organize in trade unions; to exercise free speech or other free expression of opinion; to gather in peaceful assembly; and they were frequently deprived of their right to worship according to their own conscience. All these are the sign-marks of slavery, not free employment under contract”. Cfr. United States Military Tribunal no. II, at Nuernberg, Germany. Case No. 2: *United States v. Erhard Milch (The “Milch Case”)*. Judgement of 16-IV-1947, publicado en *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, vol. II, 1997, p. 789.

“condición servil”, que era considerada como demasiado amplia por diversas delegaciones nacionales⁹⁶.

No debe en todo caso olvidarse que, según jurisprudencia firmemente establecida, el trato benevolente para con los esclavos no exime de que se haya cometido efectivamente el crimen de esclavitud. Durante los juicios posteriores a la Segunda Guerra Mundial, el Tribunal Militar de Estados Unidos que conoció del asunto *Oswald Pohl y otros*, en relación con la esclavitud considerada tanto crimen de guerra como crimen de lesa humanidad, sostuvo lo siguiente:

“Slavery may exist even without torture. Slaves may be well fed, well clothed, and comfortably housed, but they are still slaves if without lawful process they are deprived of their freedom by forceful restraint. We might eliminate all proof of ill-treatment, overlook the starvation, beatings, and other barbarous acts, but the admitted fact of slavery - compulsory uncompensated labour - would still remain. There is no such thing as benevolent slavery. Involuntary servitude, even if tempered by humane treatment, is still slavery”⁹⁷.

Es más, algunas delegaciones nacionales insistieron en que la expresión “algún tipo similar de privación de libertad” no excluye del crimen de esclavitud sexual algunas situaciones que se dieron durante los conflictos armados de Bosnia y Herzegovina y de Ruanda, en las que se abusó sexualmente de diversas mujeres sin tenerlas encerradas en ningún lugar concreto, con lo que, al menos en teoría, eran “libres de marcharse”. Sin embargo, estas mujeres esclavizadas sexualmente en la práctica quedaron privadas de su libertad, dado que no tenían ningún sitio donde irse padeciendo, además, un gran temor a perder sus vidas, lo que muy probablemente hubiera ocurrido en caso de ejercer su “libertad de marcharse”.

⁹⁶ Según los artículos 7.b) y 1 de la Convención complementaria del Convenio de 1926 sobre la esclavitud (Ginebra, 7-IX-1956), la expresión “persona de condición servil” incluye toda persona que padece servidumbre por deudas, servidumbre de la gleba, las mujeres dadas en matrimonio a cambio de una contrapartida, las mujeres cedidas por su marido a un tercero a cambio de contraprestación, las mujeres dadas en herencia tras la muerte de sus maridos y los menores de 18 años entregados por sus padres o tutores para que se explote su persona o su trabajo.

⁹⁷ United States Military Tribunal no. II, at Nuernberg, Germany. Case No. 4: *United States v. Oswald Pohl and Others (The “Pohl Case”)*. Judgment of 11-VIII-1948, publicado en: *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, vol. V, 1997, pp. 958 y ss., en especial p. 970. Otros juicios “nacionales” vinculados a la Segunda Guerra Mundial en los que se trataron crímenes de guerra de esclavitud son: United States Military Tribunal no. IV, at Nuernberg, Germany. Case No. 6: *United States v. Carl Krauch and Others (The “I. G. Farben Case”)*. Judgment of 30-VII-1948, publicado en UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. X 1997, pp. 1-68; y United States Military Tribunal no. IV, at Nuernberg, Germany. Case No. 5: *United States v. Friedrich Flick and Others (The “Flick Case”)*. Judgment of 22-XII-1947, publicado en *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, vol. VI, 1997.

Si el primer elemento definidor es común al crimen de lesa humanidad de esclavitud y a los crímenes de lesa humanidad o de guerra de esclavitud sexual, lo que diferencia al segundo grupo de estos crímenes es la especialidad que se requiere en el segundo elemento definidor: “que el autor haya hecho que esa persona o esas personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual”. Este elemento reproduce literalmente el cuarto elemento de la propuesta presentada por Estados Unidos. Cabe señalar que, al no definirse la expresión “actos de naturaleza sexual”, la CPI podrá interpretarla de manera amplia, teniendo en cuenta todas las circunstancias que conformen el contexto de cada caso concreto. De la redacción concreta de este requisito se deduce que, para que este crimen se considere consumado, no basta con que el autor realice su conducta (forzar al esclavo o esclava sexual a realizar uno o más actos de naturaleza sexual) sino que es necesario que el esclavo o esclava sexual “haya(n) realizado” tales actos⁹⁸.

Resulta, en todo caso, irrelevante que el autor del crimen haya hecho que el esclavo o esclava sexual realizaran el o los actos sexuales con él en persona o con un tercero. Como se especifica en la nota a pie de página que acompaña al título del crimen de esclavitud sexual en el documento titulado “Elementos de los crímenes”, “habida cuenta de la complejidad de la naturaleza de este crimen, se reconoce que en su comisión podría participar más de un autor, como parte de un propósito criminal común”. Es posible, por ejemplo, que la privación de la libertad la realice una persona y el acto de naturaleza sexual lo realice otra persona distinta. Por ello, por ejemplo, la delegación francesa propuso que se volvieran a redactar los elementos del crimen de esclavitud sexual. Aunque la propuesta francesa no tuvo muchos respaldos, la idea de fondo de esta propuesta se refleja en esta nota a pie de página. Debe añadirse que, en los trabajos de la Comisión Preparatoria, se rechazaron diversos intentos de que en los elementos de este crimen se individualizaran las posibles combinaciones de personas implicadas en su autoría. Se argumentó para ello que el mismo resultado se conseguiría aplicando el artículo 25.3 del Estatuto de la CPI, que incluye como títulos de la responsabilidad penal individual la comisión conjunta de un crimen con otro o por conducto de otro, así como diversas formas de participación en la comisión de los crímenes. Por lo tanto, cabe concluir que esta nota a pie de página no es más que un recordatorio de esta

⁹⁸ Como ejemplos de actos constitutivos de crímenes de guerra de esclavitud sexual, la Relatora Especial, *Sra. Gay J. McDougall*, señaló los siguientes: “Los «centros de solaz» mantenidos por el ejército japonés durante la Segunda Guerra Mundial y los «campos de violación» cuya existencia está perfectamente documentada en la ex Yugoslavia son ejemplos palmarios de esclavitud sexual. La esclavitud sexual también se refiere a situaciones en que se obliga a mujeres y muchachas al «matrimonio», a la servidumbre doméstica y a otros trabajos forzados que en último término implican actividades sexuales forzadas, incluida la violación. Por ejemplo, además de los casos documentados en Rwanda y en la ex Yugoslavia, se tiene noticia de que en Myanmar se ha violado y sometido a abusos sexuales a mujeres y niñas que fueron obligadas a «casarse» o a trabajar para los militares como porteadoras o limpiadoras de campos de minas. En Liberia hay también noticias similares de mujeres y niñas que han sido obligadas por los combatientes a trabajar como cocineras y tratadas como esclavas sexuales”. NU. doc. E/CN.4/Sub.2/1998/13 (22-VI-1998), *cit.*, p. 11, pár. 30. La Relatora Especial también afirmó que “la esclavitud sexual también abarca la mayoría, si no la totalidad de las formas de prostitución forzada” (*ibíd.*, p. 11, pár. 31) que, sin embargo, en el Estatuto de la CPI constituye un crimen sexual distinto.

posibilidad, dado que la existencia de múltiples autores es muy probable que ocurra en el crimen de esclavitud sexual.

Debe recordarse que doctrinalmente se ha insistido en que en la definición de esclavitud sexual están implícitas diversas limitaciones de la autonomía, de la libertad de circulación y de la capacidad de decidir cuestiones relativas a la propia actividad sexual⁹⁹. La mera posibilidad de escapar de una situación de esclavitud sexual, poniendo en peligro o no la propia integridad física, no basta para invalidar una acusación de esclavitud. En todos los casos será necesario realizar un análisis subjetivo que tenga en cuenta las cuestiones de género al interpretar el temor razonable de una persona esclavizada a sufrir daños o su percepción de la coacción que se ejerce contra ella. Esto es especialmente cierto cuando la víctima se encuentra en medio de una zona de combate durante un conflicto armado, internacional o interno, y ha sido identificada como miembro del grupo o facción antagonico.

2. La jurisprudencia internacional posterior

No deja de resultar llamativo que, cuando ya estaba aprobado el documento titulado “Elementos de los crímenes”, comenzaran entonces a plantearse asuntos de esclavitud, incluidos casos de esclavitud sexual, ante diversos tribunales internacionales penales. Ello ha contribuido a dotar de contenido a este crimen internacional.

A) El Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia

El primero de estos asuntos fue la Sentencia *Kunarac y otros*. En él, al no estar tipificado este crimen en el Estatuto del TIPY, no se abordó de manera específica el crimen de esclavitud sexual, sino que se condenó a los acusados por los crímenes de esclavitud, violación y atentados contra la dignidad personal, por haber detenido a varias mujeres durante meses y haberlas sometido a violación y a otros actos sexuales¹⁰⁰. En la Sentencia en apelación *Kunarac y otros*, el TIPY enfatizó que: “*it finds that enslavement, even if based in sexual exploitation, is a distinct offence from that of rape*”¹⁰¹. Este primer asunto confirmó, como doctrinalmente se había sostenido, que la mera posibilidad de escapar de una situación de esclavitud sexual, poniendo en peligro la propia integridad física, no basta para invalidar una acusación de esclavitud¹⁰².

⁹⁹ BASSIOUNI, M. C., “Enslavement as an International Crime”, *New York University Journal of International Law and Politics*, 23, 1991, pp. 458 y ss.

¹⁰⁰ Sentencia *Kunarac y otros*, pár. 746-782.

¹⁰¹ Sentencia en apelación *Kunarac y otros*, pár. 186.

¹⁰² En la Sentencia *Kunarac y otros*, pár. 740, el TIPY afirmó lo siguiente: “*The Trial Chamber further accepts that the witnesses were not free to go where they wanted to, even if, as FWS-191 admitted, they were given the keys to the house at some point. Referring to the factual findings with regard to the general background, the Trial Chamber accepts that the girls, as described by FWS-191, had nowhere to go, and had no place to hide from Dragoljub Kunarac and DP 6, even if they had attempted to leave the house. The Trial Chamber is satisfied that Kunarac and DP 6, both being Serb soldiers in the Foča area, were fully aware of this fact. The Trial Chamber accepts the evidence of FWS-191 and FWS-186 that the girls performed household chores for the soldiers whilst under captivity*”.

Ahora bien, en relación con la esclavitud, incluida la esclavitud sexual, considerada como crimen de lesa humanidad, la contribución a la jurisprudencia internacional del TIPY en su Sentencia *Kunarac y otros* supera, con creces, a esta anécdota. Tras constatar que el Estatuto del TIPY no define lo que deba entenderse por esclavitud, el TIPY en esta Sentencia realizó un exhaustivo análisis de las fuentes del Derecho internacional humanitario y del Derecho internacional de los derechos humanos¹⁰³, que le permitieron identificar la definición consuetudinaria del crimen de esclavitud, incluida la esclavitud sexual, así como fijar sus elementos constitutivos:

“In summary, the Trial Chamber finds that, at the time relevant to the indictment, enslavement as a crime against humanity in customary International Law consisted of the exercise of any or all of the powers attaching to the right of ownership over a person.

Thus, the Trial Chamber finds that the actus reus of the violation is the exercise of any or all of the powers attaching to the right of ownership over a person. The mens rea of the violation consists in the intentional exercise of such powers”¹⁰⁴.

Aunque literalmente la definición consuetudinaria de esclavitud que utilizó el TIPY sea idéntica a la contenida en el artículo 1.1 de la Convención de 1926 sobre la esclavitud, la interpretación que de la misma hizo en su Sentencia *Kunarac y otros* es, con mucho, bastante más amplia de lo que cualquier delegación nacional sostuvo en el seno de la Comisión Preparatoria al discutir los elementos de este crimen. Para el TIPY, la esclavitud incluye tanto elementos de control como elementos de propiedad y, además, relativizó bastante la importancia de estos últimos. Estas ideas quedaron perfectamente plasmadas en los dos siguientes párrafos de esta Sentencia:

“Under this definition, indications of enslavement include elements of control and ownership; the restriction or control of an individual’s autonomy, freedom of choice or freedom of movement; and, often, the accruing of some gain to the perpetrator. The consent or free will of the victim is absent. It is often rendered impossible or irrelevant by, for example, the threat or use of force or other forms of coercion; the fear of violence, deception or false promises; the abuse of power; the victim’s position of vulnerability; detention or captivity, psychological oppression or socio-economic conditions. Further indications of enslavement include exploitation; the exaction of forced or compulsory labour or service, often without remuneration and often, though not necessarily, involving physical hardship; sex; prostitution; and human trafficking. With respect to forced or compulsory labour or service, International Law, including some of the provisions of Geneva Convention IV and the Additional Protocols, make clear that not all labour or service by protected persons, including civilians, in armed conflicts, is prohibited – strict conditions are, however, set for such labour or service. The «acquisition» or «disposal» of someone for monetary or other compensation is not a requirement for enslavement. Doing so, however, is a prime example of the exercise of the right of ownership over someone. The duration of the suspected

¹⁰³ *Ibid.*, párs. 518-538.

¹⁰⁴ *Ibid.*, párs. 539-540.

exercise of powers attaching to the right of ownership is another factor that may be considered when determining whether someone was enslaved; however, its importance in any given case will depend on the existence of other indications of enslavement. Detaining or keeping someone in captivity, without more, would, depending on the circumstances of a case, usually not constitute enslavement.

The Trial Chamber is therefore in general agreement with the factors put forward by the Prosecutor, to be taken into consideration in determining whether enslavement was committed. These are the control of someone's movement, control of physical environment, psychological control, measures taken to prevent or deter escape, force, threat of force or coercion, duration, assertion of exclusivity, subjection to cruel treatment and abuse, control of sexuality and forced labour. The Prosecutor also submitted that the mere ability to buy, sell, trade or inherit a person or his or her labours or services could be a relevant factor. The Trial Chamber considers that the mere ability to do so is insufficient, such actions actually occurring could be a relevant factor"¹⁰⁵ (el subrayado está en el original).

Debe señalarse que tanto la definición como la interpretación amplia del crimen de esclavitud, incluida la esclavitud sexual, que dio el TIPY en su Sentencia *Kunarac y otros*, fueron recurridas en apelación. La Sala de Apelaciones no sólo ratificó la definición consuetudinaria de la esclavitud y la identificación de sus elementos constitutivos¹⁰⁶, sino que, además, también sostuvo la interpretación amplia de la misma, confirmando la Sentencia dada en primera instancia¹⁰⁷.

Además, la Sala de Apelaciones despejó cualquier duda que pudiera asistir a los recurrentes acerca de si los elementos constitutivos del crimen de esclavitud eran otros distintos a los identificados por la Sala de Primera Instancia del TIPY. Así, en primer lugar, sobre la pretensión en apelación de que un elemento constitutivo del crimen de esclavitud es la falta de consentimiento de la víctima, la Sala de Apelaciones sostuvo que:

"In these respects, the Appeals Chamber rejects the Appellants' contention that lack of resistance or the absence of a clear and constant lack of consent during the entire time of the detention can be interpreted as a sign of consent. Indeed, the Appeals Chamber does not accept the premise that lack of consent is an element of the crime since, in its view, enslavement flows from claimed rights of ownership; accordingly, lack of consent does not have to be proved by the Prosecutor as an element of the crime. However, consent may be relevant from an evidential point of view as going to the question whether the Prosecutor has established the element of the crime relating to the exercise by the accused of any or all of the powers attaching to the right of ownership. In this respect, the Appeals Chamber considers that circumstances which render it impossible to express consent may be

¹⁰⁵ *Ibíd.*, párs. 542-543.

¹⁰⁶ Sentencia en apelación *Kunarac y otros*, párs. 116-117 y 124.

¹⁰⁷ *Ibíd.*, pár. 119.

*sufficient to presume the absence of consent. In the view of the Appeals Chamber, the circumstances in this case were of this kind*¹⁰⁸.

De una manera similar, sobre la pretensión en apelación de que otro elemento constitutivo del crimen de esclavitud es su prolongación durante un gran período de tiempo, la Sala de Apelaciones afirmó lo siguiente:

*“The Appellants contend that another element of the crime of enslavement requires the victims to be enslaved for an indefinite or at least for a prolonged period of time. The Trial Chamber found that the duration of the detention is another factor that can be considered but that its importance will depend on the existence of other indications of enslavement. The Appeals Chamber upholds this finding and observes that the duration of the enslavement is not an element of the crime. The question turns on the quality of the relationship between the accused and the victim. A number of factors determine that quality. One of them is the duration of the relationship. The Appeals Chamber considers that the period of time, which is appropriate, will depend on the particular circumstances of each case*¹⁰⁹.

Finalmente, acerca del elemento subjetivo o *mens rea* del crimen de esclavitud, la Sala de Apelaciones sostuvo lo siguiente:

*“Lastly, as far as the mens rea of the crime of enslavement is concerned, the Appeals Chamber concurs with the Trial Chamber that the required mens rea consists of the intentional exercise of a power attaching to the right of ownership. It is not required to prove that the accused intended to detain the victims under constant control for a prolonged period of time in order to use them for sexual acts*¹¹⁰.

Ha de señalarse que, hasta la actualidad, han sido dos los casos de crímenes de esclavitud que se han dirimido ante el TIPY, y ninguno ante el TIPR. El asunto *Krnjelac* presentó dos diferencias importantes concernientes al crimen de esclavitud respecto a como se contempló este mismo crimen en el asunto *Kunarac y otros*. En éste último caso, ya he indicado que el TIPY se enfrentó a una acusación de esclavitud, que en realidad fue de esclavitud sexual, considerada únicamente como crimen de lesa humanidad. Por el contrario, en el asunto *Krnjelac*, se enfrentó a una acusación de esclavitud, resultante de trabajos forzados de prisioneros de guerra, sin ningún elemento sexual, que fue calificada a la vez como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra. De la Sentencia *Krnjelac* cabe destacar que el TIPY confirmara la definición consuetudinaria de la esclavitud considerada como crimen de lesa humanidad, así como sus elementos constitutivos, tal y como fueron definidos en la Sentencia *Kunarac y*

¹⁰⁸ *Ibíd.*, pág. 120.

¹⁰⁹ *Ibíd.*, pág. 121.

¹¹⁰ *Ibíd.*, pág. 122. El inciso final de esta cita jurisprudencial se comprende mejor si se recuerda que, conforme al Estatuto del TIPY, existe el crimen de lesa humanidad de esclavitud, pero no el crimen de lesa humanidad de esclavitud sexual.

otros¹¹¹.

B) El Tribunal Especial para Sierra Leona

Debe añadirse que el crimen de esclavitud sexual ha sido analizado en profundidad por el TESL, en cuyo Estatuto sí está tipificado este crimen específico, estableciendo una interpretación restringida del mismo como consecuencia de los denominados “matrimonios forzados”. Este “fenómeno” fue descrito de la siguiente forma:

“(The) so-called «forced marriages» involved the forceful abduction of girls and women from their homes or other places of refuge and their detention with the AFRC troops as they attacked and moved through various districts. The girls and women were taken against their will as «wives» by individual rebels. The evidence showed that the relationship of the perpetrators to their «wives» was one of ownership and involved the exercise of control by the perpetrator over the victim, including control of the victim’s sexuality, her movements and her labour, for example, the «wife» was expected to carry the rebel’s possessions as they moved from one location to the next, to cook for him and to wash his clothes. Similarly, the Trial Chamber is satisfied that the use of the term «wife» by the perpetrator in reference to the victim is indicative of the intent of the perpetrator to exercise ownership over the victim, and not an intent to assume a marital or quasi-marital status with the victim in the sense of establishing mutual obligations inherent in a husband wife relationship. In fact, while the relationship of the rebels to their «wives» was generally one of exclusive ownership, the victim could be passed on or given to another rebel at the discretion of the perpetrator”¹¹².

Los problemas se suscitaron porque el Fiscal calificó a los “matrimonios forzados” no sólo como un crimen de esclavitud sexual, sino también como un crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos, presentando sendos cargos por ambos crímenes. En su opinión, tales actos son distintos de los actos de violencia sexual, porque fuerzan a una persona a una apariencia de matrimonio obtenida por la fuerza o por otra forma de coacción. Aunque los “matrimonios forzados” normalmente implican relaciones sexuales, no dejan por ello de tener sus propios caracteres distintivos y son suficientemente graves como para ser calificados también como actos inhumanos. El Fiscal argumentó que la esclavitud sexual no equivale necesariamente a los “matrimonios forzados”, ya que la esclava sexual no está necesariamente obligada a pretender ser la esposa del autor del crimen. De manera similar, una víctima de violencia sexual no está obligada necesariamente a realizar todas las tareas vinculadas al matrimonio. Por ello, el Fiscal sostuvo que la calificación de los “matrimonios forzados” como crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos puede incluir la

¹¹¹ ICTY, *Judgment of 15 March 2002. Prosecutor v. Milorad Krnojelac* (en adelante, *Sentencia Krnojelac*), pár. 350). El TESL hizo lo mismo en la *Sentencia Armed Forces Revolutionary Council (AFRC)*, párs. 742-749.

¹¹² *Sentencia Armed Forces Revolutionary Council (AFRC)*, pár. 711.

violencia sexual o la esclavitud sexual, pero también implica elementos distintivos¹¹³.

Sin embargo, la Sala de Primera Instancia del TESL sostuvo que las pruebas presentadas por el Fiscal no le convencían de que existieran elementos criminales de naturaleza no sexual en los “matrimonios forzados” que fueran diferentes del crimen de esclavitud sexual, procediendo en consecuencia a examinar sólo este tipo criminal¹¹⁴. El TESL sostuvo que la esclavitud sexual es una forma específica de la esclavitud, añadiendo que la esclavitud con propósito de abusos sexuales es una prohibición de *jus cogens* en el Derecho internacional¹¹⁵. El TESL consideró que los elementos específicos definidores del crimen de esclavitud sexual son literalmente los que figuran en el Documento titulado “Elementos de los crímenes”¹¹⁶, añadiendo sobre su primer elemento lo siguiente:

*“The powers of ownership listed in the first element of sexual slavery are non-exhaustive. There is no requirement for any payment or exchange in order to establish the exercise of ownership. Deprivation of liberty may include extracting forced labour or otherwise reducing a person to servile status. Further, ownership, as indicated by possession, does not require confinement to a particular place but may include situations in which those who are captured remained in the control of their captors because they have no where else to go and fear for their lives. The consent or free will of the victim is absent under conditions of enslavement”*¹¹⁷.

El TESL incluso afirmó que los indicios a utilizar para determinar si un determinado fenómeno constituye o no “esclavitud” son los mismos que el TIPY identificó en el asunto *Kunarac y otros*¹¹⁸. Respecto del segundo elemento, el TESL señaló que:

“In addition to proving enslavement, the Prosecution must also prove that the Accused caused the enslaved person to engage in an act of a sexual nature. The acts of sexual violence are the additional element that, when combined with

¹¹³ *Prosecution Final Brief*, párs. 1009-1012, en el asunto del *Armed Forces Revolutionary Council (AFRC)*.

¹¹⁴ La consecuencia fue que la Sentencia *Armed Forces Revolutionary Council (AFRC)* estimó la acusación de que los “matrimonios forzados” constituyen un crimen de lesa humanidad de esclavitud sexual, pero desestimó la acusación de que también constituyen un crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos. Véanse FRULLI, M., “Advancing International Criminal Law: The Special Court for Sierra Leone Recognizes Forced Marriage as a «New» Crime against Humanity”, *Journal of International Criminal Justice*, 6, 2008, pp. 1033-1042; JAIN, N., “Forced Marriage as a Crime against Humanity: Problems of Definition and Prosecution”, *Journal of International Criminal Justice*, 6, 2008, pp. 1013-1032.

¹¹⁵ Sentencia *Armed Forces Revolutionary Council (AFRC)*, pár. 705; y Sentencia *Revolutionary United Front (RUF)*, pár.157.

¹¹⁶ Sentencia *Armed Forces Revolutionary Council (AFRC)*, pár. 708; Sentencia *Revolutionary United Front (RUF)*, pár.158; y Sentencia *Taylor*, pár. 418.

¹¹⁷ Sentencia *Armed Forces Revolutionary Council (AFRC)*, pár. 709; Sentencia *Revolutionary United Front (RUF)*, párs. 160-161; y Sentencia *Taylor*, pár. 418.

¹¹⁸ Sentencia *Taylor*, pár. 420, citando la Sentencia *Kunarac y otros*, pár. 543 y la Sentencia en apelación *Kunarac y otros*, pár. 119.

evidence of slavery, constitutes sexual slavery”¹¹⁹.

En la Sentencia *Revolutionary United Front (RUF)*, el TESL extendió a los dos elementos definidores de este crimen las afirmaciones que en la Sentencia en apelación *Kunarac y otros* el TIPY realizara sobre el consentimiento de las víctimas referido en exclusiva al primer elemento definidor de este crimen:

“The Chamber emphasises that the lack of consent of the victim to the enslavement or to the sexual acts is not an element to be proved by the Prosecution, although whether or not there was consent may be relevant from an evidentiary perspective in establishing whether or not the Accused exercised any of the powers attaching to the right of ownership. The Chamber subscribes to the statement of the ICTY Appeals Chamber that «circumstances which render it impossible to express consent may be sufficient to presume the absence of consent»”¹²⁰.

En la apelación de este mismo asunto, el TESL se mostró más radical todavía, al afirmar que siendo “la esclavitud sexual una forma de esclavitud «que emana de pretendidos derechos de propiedad», el consentimiento de las víctimas a la misma es imposible”¹²¹.

La Sala de Apelaciones del TESL confirmó que los elementos definidores específicos del crimen de esclavitud sexual son los que efectivamente figuran en el documento titulado “Elementos de los crímenes”¹²². Sin embargo, en la Sentencia en apelación *Armed Forces Revolutionary Council (AFRC)*, el TESL analizó la alegación del Fiscal de que los “matrimonios forzados” no son sólo un crimen de naturaleza sexual, dando un vuelco a la Sentencia de la Sala de Primera Instancia en este aspecto, al concluir afirmando que:

*“Based on the evidence on record, the Appeals Chamber finds that no tribunal could reasonably have found that forced marriage was subsumed in the crime against humanity of sexual slavery. While forced marriage shares certain elements with sexual slavery such as non-consensual sex and deprivation of liberty, there are also distinguishing factors. First, forced marriage involves a perpetrator compelling a person by force or threat of force, through the words or conduct of the perpetrator or those associated with him, into a forced conjugal association with another person resulting in great suffering, or serious physical or mental injury on the part of the victim. Second, unlike sexual slavery, forced marriage implies a relationship of exclusively between the «husband» and «wife»*¹²³, which

¹¹⁹ Sentencia *Revolutionary United Front (RUF)*, párs. 162; y Sentencia *Taylor*, pár. 412.

¹²⁰ Sentencia *Revolutionary United Front (RUF)*, pár. 163.

¹²¹ SCSL, *Judgement of 26 October 2009. Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao* (en adelante, Sentencia en apelación *Revolutionary United Front (RUF)*), pár. 734.

¹²² SCSL, *Judgement of 22 February 2008. Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu* (en adelante, Sentencia en apelación *Armed Forces Revolutionary Council (AFRC)*), pár. 188.

¹²³ La Sala Segunda de Primera Instancia del TESL mostró una sensibilidad mayor hacia las víctimas, al criticar este pronunciamiento de la Sala de Apelaciones afirmando que: “*The Trial Chamber does not consider the nomenclature of «marriage» to be helpful in describing what happened to the victims of this forced conjugal association and find it inappropriate to refer to their perpetrators as «husbands»*”. Sentencia *Taylor*, pár. 426.

could lead to disciplinary consequences for breach of this exclusive arrangement. These distinctions imply that forced marriage is not predominantly a sexual crime. The Trial Chamber, therefore, erred in holding that the evidence of forced marriage is subsumed in the elements of sexual slavery.

In light of the distinctions between forced marriage and sexual slavery, the Appeals Chamber finds that in the context of Sierra Leone conflict, forced marriage describes a situation in which the perpetrator through his words or conduct, or those of someone for whose actions he is responsible, compels a person by force, or coercion to serve as a conjugal partner resulting in severe suffering, or physical, mental or psychological injury to the victim”¹²⁴.

Ésta es, en definitiva, una interpretación restringida del crimen de esclavitud sexual. Supone una alteración *de facto* de los elementos de este crimen, toda vez que al segundo elemento definidor del *actus reus* (“que el autor haya hecho que esa o esas personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual”) lo convierte en la intención (*mens rea*) exclusiva o preponderante de este crimen internacional, algo que de hecho no se exige en el documento titulado “Elementos de los crímenes”. Esta actitud reforzó la estrategia del Fiscal del TESL. Con la intención de que todos los aspectos criminales que presenta la práctica de los “matrimonios forzados” fueran sancionados, en los restantes asuntos en los que se planteó esta práctica el Fiscal presentó siempre acusaciones de que la misma constituía un crimen (de lesa humanidad y de guerra) de esclavitud sexual, un crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos y un crimen de guerra de atentados contra la dignidad personal, obteniendo condenas por todos ellos en las Salas de Primera Instancia del TESL¹²⁵. Esta práctica sí fue confirmada en apelación¹²⁶.

C) La Corte Penal Internacional

Queda por ver si la CPI compartirá o no la tesis restringida de la Sala de Apelaciones del TESL. Con posterioridad a la Sentencia en apelación *Armed Forces Revolutionary Council (AFRC)*, la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI en el asunto *Katanga y Chui* ha seguido la tesis contraria, defendida en su día en la Sentencia en primera instancia en el mismo asunto *Armed Forces Revolutionary Council (AFRC)*. En esta ocasión, la CPI consideró igualmente que los elementos definidores del crimen de esclavitud sexual son los que efectivamente figuran identificados en el documento titulado “Elementos de los crímenes”, tanto si se le considera crimen de guerra como si se le considera crimen de lesa humanidad¹²⁷. También mantuvo que el crimen de esclavitud sexual “debe ser considerado como una forma concreta de esclavitud”¹²⁸. Añadió, no obstante, que:

“In the view of the Chamber, sexual slavery also encompasses situations where

¹²⁴ Sentencia en apelación *Armed Forces Revolutionary Council (AFRC)*, párs. 195-196.

¹²⁵ Sentencia *Revolutionary United Front (RUF)*, pár. 2156 y Sentencia *Taylor*, párs. 1017-1232.

¹²⁶ Sentencia en apelación *Revolutionary United Front (RUF)*, párs. 726-741.

¹²⁷ Decisión *Katanga y Chui*, párs. 343 y 429, respectivamente.

¹²⁸ *Ibíd.*, pár. 430.

women and girls are forced into «marriage», domestic servitude or other forced labour involving compulsory sexual activity, including rape, by their captors. Forms of sexual slavery can, for example, be practices such as the detention of women in «rape camps» or «comfort stations», forced temporary «marriages» to soldiers and other practices involving the treatment of women as chattel, and as such, violations of the peremptory norm prohibiting slavery»¹²⁹.

Esta calificación en exclusiva de los “matrimonios forzados” como crimen de esclavitud sexual¹³⁰ llevó aparejada una identificación de la *mens rea* de este crimen distinta a la que realizó la Sala de Apelaciones del TESL:

“there is sufficient evidence to establish substantial grounds to believe that when the combatants (i) abducted women from the village of Bogoro, (ii) captured and imprisoned them and kept them as their «wives», and (iii) forced and threatened them to engage in sexual intercourse, they intended to sexually enslave the women or knew that by committing such acts, sexual enslavement would occur”¹³¹.

Cabe esperar en consecuencia que en la futura sentencia sobre el fondo de este asunto, la CPI aclare cuál de estas concepciones del crimen de esclavitud sexual debe prevalecer.

IV. EL CRIMEN DE VIOLENCIA SEXUAL

Este crimen internacional ha sufrido una evolución importante en cuanto a su configuración penal. En el marco de los conflictos armados de carácter internacional, el artículo 27.2 del Cuarto Convenio de Ginebra utiliza la expresión “todo atentado a su pudor”, referido específicamente a las mujeres como víctimas. Por su parte, el artículo 75.2.b) del Protocolo Adicional I utiliza la expresión “cualquier forma de atentado al pudor”, aunque en este caso no se refiere específicamente a las mujeres como víctimas. Sin embargo, de nuevo en el artículo 76.1 del Protocolo Adicional I la expresión “cualquier otra forma de atentado al pudor” se refiere de nuevo en exclusiva a las mujeres como víctimas. En el ámbito de los conflictos armados internos, el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra no individualizó a ningún crimen de naturaleza sexual. En el Protocolo Adicional II, su artículo 4.2.e) codificó a los crímenes de guerra consistentes en “atentados contra la dignidad personal”, mencionando en especial “los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y *cualquier otra forma de atentado al pudor*”. El Estatuto del TIPY no individualizó ningún crimen de guerra de naturaleza sexual, si bien indicó expresamente que la lista de violaciones de las leyes o usos de la guerra contenida en su artículo 4 no era exhaustiva. El artículo 4.e) del Estatuto del TIPR sustituyó el inciso final del artículo

¹²⁹ *Ibid.*, pág. 581.

¹³⁰ “(...) Article 7(1)(k) of the Statute defines the conduct as «other» inhumane acts, which indicates that none of the acts constituting crimes against humanity according to article 7(1)(a) to (j) can be simultaneously considered as an other inhumane act encompassed by article 7(1)(k) of the Statute”. *Ibid.*, pág. 452.

¹³¹ *Ibid.*, pág. 435.

4.2.e) del Protocolo Adicional II por el de “*cualquier otra forma de agresión indecente*”¹³², sin añadir más crímenes de naturaleza sexual de los que ya estaban previstos específicamente en el Protocolo Adicional II. El crimen de violencia sexual configurado tanto como crimen de lesa humanidad como crimen de guerra apareció por primera vez en el Estatuto de la CPI y de ahí se extendió al Estatuto del TESL.

La inexistencia de este crimen en los Estatutos del TIPY y del TIPR motivó, por un lado, que en la jurisprudencia de estos tribunales aparecieran discrepancias a la hora de definir este comportamiento criminal y, por otro lado, que comportamientos susceptibles de calificarse como crímenes de violencia sexual se tuvieran que calificar como crímenes de lesa humanidad de otros actos inhumanos o como crímenes de guerra de tratos inhumanos o de atentados contra la dignidad personal¹³³.

Pese a su tardía codificación, ya en su primera Sentencia (asunto *Akayesu*), el TIPR se anticipó y definió la expresión “violencia sexual”, apreciando además un ejemplo de la misma, al señalar que:

“The Tribunal defines rape as a physical invasion of a sexual nature, committed on a person under circumstances which are coercive. The Tribunal considers sexual violence, which includes rape, as any act of a sexual nature which is committed on a person under circumstances which are coercive. Sexual violence is not limited to physical invasion of the human body and may include acts which do not involve penetration or even physical contact. The incident described by Witness KK in which the Accused ordered the Interahamwe to undress a student and force her to do gymnastics naked in the public courtyard of the bureau communal, in front of a crowd, constitutes sexual violence. The Tribunal notes in this context that coercive circumstances need not be evidenced by a show of physical force. Threats, intimidation, extortion and other forms of duress which prey on fear or desperation may constitute coercion, and coercion may be inherent in certain circumstances, such as armed conflict or the military presence of Interahamwe among refugee Tutsi women at the bureau communal. Sexual violence falls within the scope of «other inhumane acts», set forth Article 3(i) of the Tribunal's Statute, «outrages upon personal dignity», set forth in Article 4(e)

¹³² En la versión auténtica en inglés del artículo 4.e) del Estatuto del TIPR, la expresión utilizada es *indecent assault*, mientras que la versión auténtica en francés utiliza la expresión *attentat à la pudeur*.

¹³³ Por ejemplo, en el asunto *Niyitegeka*, se condenó al acusado por un crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos por la profanación de los genitales de un hombre y por la inserción de un trozo afilado de madera en la vagina de una mujer después de matarla. Sentencia *Niyitegeka*, párr. 459-467, confirmado en apelación (véase ICTR, *Judgement of 9 April 2004. Eliézer Niyitegeka v. The Prosecutor*, párrs. 132 y 183). En la Sentencia *Bagosora et al.*, párrs. 2219-2227, el TIPR apreció la comisión de este mismo crimen por la inserción de una botella en la vagina, después de muerta, de la Primera Ministra *Uwilingiyimana*. En ICTY, *Sentencing judgement of 11 March 2004. Prosecutor v. Ranko Češić*, párr. 35, el TIPY calificó como crimen de lesa humanidad “de violación, incluida otras formas de agresión sexual” el comportamiento del acusado que, a punta de pistola, obligó a dos hermanos detenidos a practicarse mutuamente una felación en público. En ICTY, *Sentencing judgement of 8 May 2006. Prosecutor v. Ivica Rajić*, párrs. 53 y 74, se condenó por un “crimen de guerra de tratos inhumanos” la agresión sexual que sufrieron diversas mujeres musulmanas.

of the Statute, and «serious bodily or mental harm», set forth in Article 2(2)(b) of the Statute»¹³⁴.

Sin embargo, este temprano pronunciamiento del TIPR utilizando la fórmula de “violencia sexual” no se impuso unánimemente en la jurisprudencia internacional. Así, por ejemplo, cabe señalar que en la jurisprudencia del TIPY, su Sentencia *Furundžija*, utilizó la expresión de “agresión sexual” (*sexual assault* en su versión auténtica en inglés), que se puede considerar como una expresión a mitad camino entre las de “violencia sexual” (*sexual violence*) y de “agresión indecente” (*indecent assault*). Sin embargo, en la versión igualmente auténtica de esta misma Sentencia en francés, la expresión utilizada es, de nuevo, la de “violencia sexual” (*violence sexuelle*). En cualquier caso, la Sentencia *Furundžija* proporcionó de la misma la siguiente definición:

“As pointed out above, international criminal rules punish not only rape but also any serious sexual assault falling short of actual penetration. It would seem that the prohibition embraces all serious abuses of a sexual nature inflicted upon the physical and moral integrity of a person by means of coercion, threat of force or intimidation in a way that is degrading and humiliating for the victim's dignity”¹³⁵.

Complicando más el baile de denominaciones de este crimen internacional, el propio TIPR, en su Sentencia *Musema*, abandonó la expresión “violencia sexual” que había acuñado en su Sentencia *Akayesu* y la sustituyó por la más tradicional de “agresión indecente”, al afirmar que los elementos definidores del crimen de “agresión indecente” son los siguientes:

“The accused caused the infliction of pain or injury by an act which was of a sexual nature and inflicted by means of coercion, force, threat or intimidation and was non-consensual”¹³⁶.

No obstante, basándose en la apreciación del TIPR en su Sentencia *Akayesu*, el TIPY, en su Sentencia *Kvočka y otros*, retomó la expresión más novedosa de “violencia sexual” al sostener lo siguiente:

¹³⁴ Sentencia *Akayesu*, pár. 688. El hecho de que la violencia sexual fuera reconducida a otros crímenes internacionales (p. ej., el crimen de guerra de atentados a la dignidad personal) en el caso del TIPR y del TIPY estuvo justificada ante la inexistencia del crimen de violencia sexual en sus respectivos Estatutos. Precisamente por ello, resulta criticable que la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI, influenciada sin duda por el párrafo transcrito de la Sentencia *Akayesu*, calificara como crimen de guerra de atentados a la dignidad personal, y no como crimen de guerra de violencia sexual, el que “amenazada de muerte por los combatientes, una mujer se desnudó y fue forzada a desfilar en frente de ellos medio desnuda”. Decisión *Katanga y Chui*, pár. 365. En el caso de la CPI, en su Estatuto sí existe el crimen más específico de violencia sexual.

¹³⁵ Sentencia *Furundžija*, pár. 186. Esta definición de violencia sexual es la que se ha consagrado jurisprudencialmente. En el caso del TIPR, véase la Sentencia *Akayesu*, pár. 688 y, en el caso del TESL, la Sentencia *Armed Forces Revolutionary Council (AFRC)*, pár. 720.

¹³⁶ Sentencia *Musema*, pár. 285.

“The Akayesu Trial Chamber defined sexual violence as «any act of a sexual nature which is committed on a person under circumstances which are coercive». Thus, sexual violence is broader than rape and includes such crimes as sexual slavery or molestation. Moreover, the Akayesu Trial Chamber emphasized that sexual violence need not necessarily involve physical contact and cited forced public nudity as an example”¹³⁷.

Conviene destacar que esta última cita jurisprudencial va acompañada de una nota a pie de página, cuyo tenor literal es el siguiente:

“Sexual violence would also include such crimes as sexual mutilation, forced marriage, and forced abortion as well as the gender related crimes explicitly listed in the ICC Statute as war crimes and crimes against humanity, namely «rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization» and other similar forms of violence”.

También la Relatora Especial Sra. *Gay J. McDougall*, en su Informe final sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, proporcionó la siguiente definición de “violencia sexual”:

“(…) «violencia sexual» en el presente informe se define como toda violencia, física o psicológica, ejercida por medios sexuales o con una finalidad sexual. La violencia sexual comprende las agresiones físicas y psicológicas dirigidas a las características sexuales de una persona, como por ejemplo obligarla a desnudarse en público, mutilar sus órganos genitales o cortar los pechos de una mujer”¹³⁸.

Ya he señalado que el artículo 8.2.e).iv) del Estatuto de la CPI utiliza la fórmula “cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra”, después de haber individualizado a cinco crímenes de guerra de naturaleza sexual (crímenes de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado y esterilización forzada). Lo mismo hace su artículo 7.1.g) con el crimen de lesa humanidad de “cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable”. Dado que el Estatuto de la CPI es el primer tratado internacional que no incluye a las otras formas de violencia sexual como ejemplos del crimen de guerra de atentados contra la dignidad personal o del crimen de guerra de ataques contra el honor de una mujer ni del crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos, se puede considerar que éste es el primer tratado internacional que individualiza el crimen de violencia sexual tanto como crimen de lesa humanidad, como crimen de guerra. Cabe añadir, finalmente, que ha sido el documento titulado “Elementos de los crímenes” el que ha sintetizado las expresiones más extensas de los artículos 8.2.e).iv) y 7.1.g) del Estatuto de la CPI en la denominación de “*crimen de violencia sexual*”.

¹³⁷ Sentencia *Kvočka y otros*, pár. 180.

¹³⁸ NU. doc. E/CN.4/Sub.2/1998/13 (22-VI-1998), *cit.*, p. 9, pár. 21.

De ello se deduce que, con independencia de los cambios más o menos justificados de denominación, la categoría del “crimen de violencia sexual” ha sido siempre una categoría residual, que ha servido para abarcar a otros crímenes de naturaleza sexual no expresamente previstos en cada momento histórico considerado. Consecuentemente, la mayor tipificación de los crímenes de naturaleza sexual, operada sobre todo a partir de la aprobación del Estatuto de la CPI, determina que conductas que con anterioridad se podían incluir en esta categoría de crimen internacional, ahora puedan ser reconducibles a las otras cinco categorías de crímenes de naturaleza sexual identificadas en los artículos 7 y 8 del Estatuto de la CPI.

Según el documento titulado “Elementos de los crímenes”, los elementos definidores específicos del crimen de violencia sexual son los siguientes:

- “1. Que el autor haya realizado un acto de naturaleza sexual contra una o más personas o haya hecho que esa o esas personas realizaran un acto de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el miedo a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas o contra otra o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento.
2. Que la conducta haya tenido una gravedad comparable a la de una infracción grave de los Convenios de Ginebra.
3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinaban la gravedad de su conducta”¹³⁹.

En las propuestas que se presentaron en la Comisión Preparatoria, la propuesta conjunta de Costa Rica, Hungría y Suiza contenía una definición del *actus reus* de este crimen que estaba inspirada en las definiciones de “violencia sexual” proporcionadas por el TIPR en su Sentencia *Akayesu* y por la Relatora Especial Sra. *Gay J. McDougall* en su Informe final, así como en la definición de “agresión sexual” que proporcionó el TIPY en su Sentencia *Furundžija*. En esta propuesta conjunta de los tres Estados, la violencia sexual se definió como “la comisión de un acto físico o psicológico de naturaleza sexual sobre una persona en circunstancias que son coercitivas”. De una manera similar, la propuesta de Estados Unidos contenía la fórmula “el acusado cometió por la fuerza un acto de naturaleza sexual contra una o más personas”. Debe mencionarse que la República de Corea también presentó una propuesta¹⁴⁰ que desempeñó un papel importante, en la que se definía a este crimen como “un asalto, que implique un acto de naturaleza sexual, sobre una persona ya sea física o psicológicamente”. Finalmente, en la propuesta presentada por algunos Estados árabes se incluía de nuevo una cláusula de exculpación en la que se afirmaba que “nada en los presentes elementos afectará a las

¹³⁹ Doc. ICC-ASP/1/3: “Elementos de los crímenes”, *cit.*, p. 157.

¹⁴⁰ NU., doc. PCNICC/1999/WGEC/DP.21: *Propuesta de la República de Corea relativa a los elementos del crimen de guerra de violencia sexual previsto en el artículo 8.2.b).xxii*, presentada en el Segundo período de sesiones de la Comisión Preparatoria (26-VII-1999 a 13-VIII-1999).

relaciones sexuales matrimoniales naturales y lícitas con arreglo a determinados principios religiosos o normas culturales y a las distintas legislaciones nacionales”¹⁴¹.

Las negociaciones en la Comisión Preparatoria se centraron en la necesidad ya sea de utilizar el término “asalto”, ya sea de definir la “violencia sexual” de una manera neutral y amplia como “la comisión de un acto de naturaleza sexual contra una persona por la fuerza, la amenaza de fuerza o la coacción”. La mayoría de las delegaciones nacionales optaron por esta última fórmula, que se reflejó en el primer elemento definidor específico del crimen de violencia sexual. Se rechazaron los términos “asalto” o “agresión” porque son términos que tienen un significado jurídico específico en diversos ordenamientos jurídicos internos y no incluirían necesariamente actos tales como la desnudez forzada. Dado que la mayoría de las delegaciones nacionales opinaron que esta clase de actos también debían ser perseguidos judicialmente como crímenes de violencia sexual, se decidió añadir los casos en los que el perpetrador haga que una persona realice actos de naturaleza sexual por la fuerza, la amenaza de fuerza o la coacción¹⁴².

Por lo tanto, el primer elemento definidor específico del crimen de violencia sexual abarca dos situaciones distintas. En primer lugar, los casos en los que el autor personalmente realiza actos de naturaleza sexual contra la o las víctimas. En segundo lugar, los casos en los que el autor del crimen, mediante fuerza o coacción, fuerza a la víctima a realizar actos de naturaleza sexual. Cabe destacar que la Comisión Preparatoria incluyó tanto esta segunda posibilidad, como la definición de la coacción que se utiliza, para reflejar la jurisprudencia del TIPR en el asunto *Akayesu*, acerca de que desnudar por la fuerza a una estudiante y forzarla a realizar ejercicios gimnásticos en público constituye un crimen de violencia sexual. También el Informe final de la Relatora Especial Sra. *Gay J. McDougall*, sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, cita diversos ejemplos reales que se pueden incluir perfectamente en esta segunda hipótesis:

“La violencia sexual se da también en situaciones en las que se obliga a dos víctimas a realizar actos sexuales o a causarse daños mutuamente por medios sexuales. Estos delitos tienen a menudo por finalidad infligir una grave humillación a las víctimas y, cuando se obliga a otros a asistir a actos de violencia sexual, con frecuencia se pretende intimidar a un mayor número de personas. Por ejemplo, la Oficina del Fiscal del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia formuló cargos por violación de las leyes de guerra y crímenes de lesa humanidad en el caso de un guardián de un campo de prisioneros de los serbios de Bosnia que obligó a uno de los reclusos a arrancar a dentelladas los

¹⁴¹ NU., doc. PCNICC/1999/WGEC/DP.39, *cit.*

¹⁴² Este segundo supuesto se contenía como el cuarto elemento definidor en la propuesta de Estados Unidos. Cfr. NU., doc. PCNICC/1999/DP.4/Add.2, *cit.*, p. 17. La inclusión de este segundo supuesto se consideró que también reflejaba el que tanto la propuesta conjunta de Costa Rica, Hungría y Suiza (NU., doc. PCNICC/1999/WGEC/DP.8, *cit.*), como la coreana (NU., doc. PCNICC/1999/WGEC/DP.21, *cit.*), utilizaran los términos “física o psicológicamente” en relación con el acto de naturaleza sexual.

testículos a otro recluso en presencia de un grupo de prisioneros¹⁴³. En otro caso ocurrido en un centro de detención diferente, un jefe de la policía de los serbios de Bosnia fue acusado de obligar a dos detenidos a «realizar actos sexuales entre ellos en presencia de otros reclusos y guardianes»^{144,145}.

En cualquier caso, la exigencia de fuerza, amenaza de fuerza o coacción, así como los ejemplos de coacción que se describen en el primer elemento definidor específico de este crimen, están inspirados en la redacción del segundo elemento definidor específico del crimen de violación que, a su vez, la Comisión Preparatoria los tomó de la Sentencia *Akayesu*.

Por lo que se refiere al segundo elemento definidor, cabe señalar que se produjo un debate muy intenso en la Comisión Preparatoria sobre la expresión “que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra”, que figura en el Estatuto de la CPI. Mientras que algunas delegaciones nacionales sostuvieron que esta fórmula únicamente pretendía indicar que los crímenes de género ya podían ser perseguidos con anterioridad como “infracciones graves” de los Convenios de Ginebra¹⁴⁶, otras delegaciones nacionales sostuvieron que la conducta debe constituir uno de los crímenes definidos en el artículo 8.2.a) del Estatuto (es decir, los crímenes de guerra específicamente denominados “infracciones graves de los Convenios de Ginebra”) y, además, implicar actos violentos de naturaleza sexual. Esta última propuesta fue rechazada por considerarla demasiado radical. La mayoría de las delegaciones nacionales, en un intento de reconciliar la redacción del Estatuto con su objetivo, consideraron que la expresión estatutaria es un elemento del crimen que introduce un nivel mínimo de gravedad para que se entienda cometido este crimen de guerra¹⁴⁷, y no un factor que requiera que, al mismo tiempo, también sea una “infracción grave” enumerada en el listado o catálogo de crímenes de guerra del artículo 8.2.a) del Estatuto de la CPI. En consecuencia, la Comisión Preparatoria aceptó que el segundo elemento definidor específicamente afirmase: “que la conducta haya tenido una gravedad comparable a la de una infracción grave de los Convenios de Ginebra”. En el caso del crimen de lesa humanidad de violencia sexual, este segundo elemento definidor se redactó de manera análoga, afirmando “que esa conducta haya tenido una gravedad

¹⁴³ En ICTY, *Opinion and Judgment of 7 May 1997. Prosecutor v. Duško Tadić*, pár. 198, se lee lo siguiente: “From that body of evidence before the Trial Chamber, it can be concluded that (...) G and Witness H were compelled to and did take part in the sexual assault on Fikret Haramabać as alleged and that G was compelled sexually to mutilate him by biting off one of his testicles”. Este asunto fue la primera vez que un tribunal internacional conoció de un asunto en el que la víctima de un crimen sexual era un varón.

¹⁴⁴ “On about 13 June 1992 in the hallway of the Bosanski Samac SUP building, Stevan Todorović forced Witness A and Witness B to perform sexual acts upon each other in the presence of several other prisoners and guards (...)”. Cfr. *The Prosecutor of the Tribunal against Slobodan Miljković, Blagoje Simić, Milan Simić, Miroslav Tadić, Stevan Todorović and Simo Zarić. Initial Indictment of the ICTY, 21 July 1995*, pár. 31.

¹⁴⁵ NU. doc. E/CN.4/Sub.2/1998/13 (22-VI-1998), *cit.*, p. 9, pár. 22.

¹⁴⁶ STEAINS, C., “Gender Issues”, *op. cit.*, p. 364.

¹⁴⁷ *Ibid.*, nota 27, donde el autor indica que la referencia a las “infracciones graves” también pretendía indicar que sólo los crímenes graves de violencia sexual se incluirán dentro de esta definición.

comparable a la de los demás crímenes del artículo 7.1.g) del Estatuto”, es decir, comparable al resto de crímenes de naturaleza sexual configurados como crímenes de lesa humanidad.

Éste último aspecto del crimen de lesa humanidad de violencia sexual plantea problemas prácticos al distinguirlo del crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos. Este crimen internacional, de larga tradición y bien asentado en la práctica y jurisprudencia internacional, sirve como cajón de sastre para calificar como crimen de lesa humanidad a otros comportamientos de gravedad comparable. La amplia tipificación de los crímenes sexuales realizada en el Estatuto de la CPI podría llevar a pensar que el crimen de otros actos inhumanos, aunque sea una categoría residual, debería interpretarse restrictivamente de forma que se aplicara exclusivamente a aquellos actos de naturaleza no sexual equivalentes a una afrenta contra la dignidad humana¹⁴⁸. En tal caso, la diferencia entre ambos crímenes estaría en la naturaleza sexual (y, en consecuencia, se trataría de un crimen de lesa humanidad de violencia sexual) o no sexual (y entonces sería un crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos) del comportamiento no tipificado que constituye un ataque a la dignidad humana de gravedad comparable a otros crímenes contra la humanidad.

Esta tesis no parece aceptable. En los “Elementos de los crímenes” el segundo elemento específico del crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos consiste en “que tal acto haya tenido un carácter similar a cualquier otro de los actos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto”. Incluye también, en consecuencia, a los crímenes de lesa humanidad de naturaleza sexual regulados en el artículo 7.1.g) del Estatuto de la CPI. Es más, la Sala de Apelaciones del TESL expresamente rechazó que se debiera realizar tal interpretación restrictiva del crimen de otros actos inhumanos, añadiendo que “*the Appeals Chamber sees no reason why the so-called «exhaustive» listing of sexual crimes under (...) the Statute should foreclose the possibility of charging as «Other Inhumane Acts» crimes which may among others have a sexual or gender component*”¹⁴⁹.

Esta doctrina jurisprudencial restringe el alcance del crimen de violencia sexual, que sólo resultará aplicable cuando los comportamientos no tipificados de gravedad comparable tengan una naturaleza exclusiva o predominantemente sexual, mientras que cuando no se tenga tal naturaleza, aunque la conducta criminal presente componentes sexuales, se deberá calificar como crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos¹⁵⁰. De hecho, la jurisprudencia internacional ha reconocido en varias ocasiones que diversos actos de violencia sexual pueden constituir tanto crímenes de

¹⁴⁸ Ésta fue de hecho la actitud que adoptó la Sala de Primera Instancia del TESL al abordar la calificación jurídica de los “matrimonios forzados”. Sentencia *Armed Forces Revolutionary Council (AFRC)*, pár. 697.

¹⁴⁹ Sentencia en apelación *Armed Forces Revolutionary Council (AFRC)*, párs. 185-186.

¹⁵⁰ “*This conclusion is fortified by the fact that the acts described as forced marriage may have involved the commission of one or more international crimes such as enslavement, imprisonment, rape, sexual slavery, abduction among others*”. *Ibíd.*, pár. 201.

lesa humanidad de otros actos inhumanos¹⁵¹, como crímenes de guerra de tratos inhumanos¹⁵².

Debe señalarse que el elemento de intencionalidad que se requiere respecto del primer elemento definidor específico de este crimen es el resultante de aplicar la regla general del artículo 30 del Estatuto de la CPI. Sin embargo, no ocurre lo mismo con la intencionalidad que se requiere en relación con el segundo elemento definidor específico de este crimen de violencia sexual. Así, el tercer elemento definidor específico del crimen de violencia sexual consiste en “que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinaban la gravedad de su conducta”. Este elemento refleja un compromiso entre dos opiniones contradictorias. Mientras que algunas delegaciones nacionales sostuvieron que el elemento de intencionalidad regulado en el artículo 30 del Estatuto de la CPI, es decir, el conocimiento, debería aplicarse íntegramente al segundo elemento de este crimen, otras delegaciones nacionales sostuvieron que no se requería ningún elemento de intencionalidad (no sería necesario conocer que la gravedad del acto es similar a la de una infracción grave de los Convenios de Ginebra). Para evitar que las defensas de los acusados pudieran sacar ventajas alegando la existencia de errores de Derecho por parte de sus clientes, la Comisión Preparatoria finalmente decidió que la “consciencia de las circunstancias de hecho” sería el estándar más apropiado de la intencionalidad exigible, ya que sólo requiere que el autor fuera consciente de los hechos que rodearon a su conducta y que establezcan la gravedad de tal conducta.

V. CONSIDERACIONES FINALES

La jurisprudencia del TIPY y del TIPR ha supuesto un giro copernicano respecto de la relativa pasividad de los tribunales penales internacionales previos en la persecución de los crímenes de naturaleza sexual. Algo más de la mitad de las personas condenadas por estos dos tribunales lo han sido por crímenes de naturaleza sexual. La decidida actitud de ambos tribunales internacionales en la persecución de los actos de barbarie de naturaleza sexual determinó que, a diferencia de los antecedentes jurídicos internacionales, el Estatuto de la CPI sea el primer tratado internacional que tipifica, y con un carácter bastante amplio, a los crímenes sexuales con carácter autónomo, considerados tanto como crímenes de guerra como crímenes de lesa humanidad, contribuyendo de esta manera al desarrollo progresivo del Derecho internacional.

¹⁵¹ En el caso del TIPR, véanse las Sentencias *Akayesu*, párs. 688 y 697; *Kajelijeli*, pár. 936; y, en apelación, ICTR, *Judgement of 23 May 2005. Juvénal Kajelijeli v. The Prosecutor*, pár. 465. En el caso del TESL, véanse la Sentencia en apelación *Armed Forces Revolutionary Council (AFRC)*, pár. 186; SCSL, *Judgment of 28 May 2008, Prosecutor against Moinina Fofana and Allieu Kondewa*, (en adelante, Sentencia en apelación *Civil Defence Forces (CDF)*), pár. 441; y Sentencia *Revolutionary United Front (RUF)*, pár. 166.

¹⁵² En el caso del TIPR, véanse las Sentencias *Akayesu*, párs. 711-712; ICTR, *Judgement of 21 May 1999. The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana*, pár. 108; y *Musema*, par. 156. En el caso del TIPY, la Sentencia *Mucić y otros, alias “Čelebići”*, párs. 551-552. En el caso del TESL, la Sentencia en apelación *Civil Defence Forces (CDF)*, pár. 441.

La persistencia del TIP y del TIPR en la persecución de estos crímenes sin duda ha influido en la práctica del TESL, donde en absolutamente en todos los asuntos se presentaron acusaciones y se lograron condenas por la comisión de crímenes de naturaleza sexual. A su vez, la jurisprudencia de estos tres tribunales sin duda ha influido en la incipiente práctica de la CPI. Si en su primer asunto la Oficina del Fiscal no presentó acusaciones por la comisión de crímenes de naturaleza sexual, siendo reprobada por ello en la Sentencia relativa al asunto *Dyilo*, en el segundo asunto (asunto *Katanga y Chui*) la Oficina del Fiscal cambió de actitud y presentó acusaciones por diversos crímenes de naturaleza sexual.

La jurisprudencia de estos tribunales internacionales ha aportado importantes contribuciones al desarrollo del Derecho internacional penal, que varían en función del crimen sexual que se considere. Respecto del crimen de violación, fue la jurisprudencia del TIPY y del TIPR, antes incluso de que se redactase el Estatuto de la CPI, la encargada de colmar una laguna importante en el Derecho internacional, como es la de lograr formular una definición internacional de la “violación”. Aún hoy no existe ningún tratado internacional que defina qué deba entenderse por “violación” en Derecho internacional. Los “Elementos de los crímenes” no son un tratado internacional. De hecho, no pasan de ser una “ayuda” a la CPI para la interpretación y aplicación de la definición penal de los diversos crímenes internacionales (art. 9). Aun así, al definir los elementos constitutivos del crimen de violación en los “Elementos de los crímenes”, la Comisión Preparatoria se basó principalmente en la jurisprudencia de estos dos tribunales. Pero la jurisprudencia de ambos tribunales ha demostrado una flexibilidad y una riqueza de matices que ha superado con mucho el trabajo realizado al elaborar los “Elementos de los crímenes”. Fruto de su propia evolución, la jurisprudencia consolidada del TIPY, del TIPR y del TESL ha ignorado por completo a los “Elementos de los crímenes” y se mantiene fiel a la definición jurisprudencial del crimen de violación finalmente alcanzada en la Sentencia *Kunarac y otros*. Es pronto para saber si la CPI seguirá lo previsto en el documento titulado “Elementos de los crímenes”, como ya ha hecho en su Decisión *Katanga y Chui*, o si se decantará por seguir la jurisprudencia consolidada de los otros tres tribunales internacionales. La sentencia sobre el fondo de este asunto despejará esta incógnita.

Respecto del crimen de esclavitud sexual, su tipificación en el Estatuto de la CPI obedece sobre todo a la influencia que tuvieron los informes de la Relatora Especial Sra. *Gay J. McDougall*, en ausencia de jurisprudencia internacional previa a la adopción del Estatuto de Roma. Corresponde no obstante el mérito al TIPY de haber sido el primer tribunal en perseguir un caso de esclavitud sexual en su Sentencia *Kunarac y otros*, y ello a pesar de la falta de tipificación de este crimen concreto en su Estatuto. Una vez tipificado este crimen en el Estatuto de Roma, ha sido el TESL, en todos los asuntos que ha tratado, el Tribunal que más se ha pronunciado sobre este crimen concreto, partiendo de la definición que del mismo se da en los “Elementos de los crímenes”, al calificar la práctica de los “matrimonios forzados”. Sobre este mismo problema se deberá pronunciar la sentencia sobre el fondo que en su día dicte la CPI en el asunto *Katanga y Chui*. En todo caso, cabe señalar que los pronunciamientos del TIPY y del TESL sobre

este crimen están aportando precisión y claridad a los elementos constitutivos de este crimen identificados en los “Elementos de los crímenes”.

Finalmente, respecto del crimen de violencia sexual, cabe reconocer al TIPR, en su Sentencia *Akayeshu*, el mérito de haber sido el primer tribunal internacional en formular y definir este crimen sexual, pese a no estar tipificado expresamente en su Estatuto y con anterioridad a su codificación internacional realizada por primera vez en el Estatuto de la CPI. De hecho, cabe señalar que los elementos constitutivos de este crimen identificados en los “Elementos de los crímenes” están tomados directamente de la jurisprudencia del TIPR y del TIPY. También es relevante señalar los criterios que ha indicado el TESL en su Sentencia en apelación *Armed Forces Revolutionary Council (AFRC)* para diferenciar el crimen de lesa humanidad de violencia sexual del crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos. Resta por saber, no obstante, si estos criterios serán seguidos o no por la CPI en el futuro.

Cabe concluir señalando que la proliferación de tribunales internacionales en el ámbito penal, incluso la coexistencia de diversas Salas de Primera Instancia en los mismos, no ha supuesto hasta la fecha ninguna “fragmentación” del Derecho internacional. Cuando las eventuales contradicciones jurisprudenciales se han producido entre diversas Salas de Primera Instancia de un mismo tribunal, ha sido siempre la “persuasiva autoridad” de la Sala de Apelaciones de dicho tribunal la que ha superado la discrepancia. Poniendo por ejemplo la definición del crimen de violación, las diferentes tesis judiciales de las Salas de Primera Instancia del TIPY sostenidas en la Sentencia *Mucić y otros, alias “Čelebići”* y en la Sentencia *Furundžija*, e incluso la distinta jurisprudencia entre esta última Sentencia y la Sentencia *Kunarac y otros* acerca del segundo elemento definidor de este crimen, sólo se superaron a partir de la Sentencia en apelación *Kunarac y otros*. Cabe por tanto concluir afirmando que la existencia de una pluralidad de Salas de Primera Instancia en un mismo tribunal ha contribuido al enriquecimiento de la argumentación jurídica y al mejor desarrollo del Derecho internacional en la materia, quedando garantizada la unidad de este ordenamiento jurídico por la autoridad superior de la Sala de apelaciones de cada tribunal.

Aún incluso en los supuestos de jurisprudencia contradictoria entre diversos tribunales, como sucedió en los primeros años de jurisprudencia del TIPR y del TIPY acerca de definir conceptual o descriptivamente a la “violación”, las abundantes remisiones cruzadas que se contienen en la jurisprudencia de estos tribunales y el basarse en argumentaciones jurídicas constructivas, lejos de fragmentar el Derecho internacional penal han supuesto, por el contrario, un enriquecimiento del mismo, al tener que superar las eventuales discrepancias jurídicas que se han producido con mayores dosis de argumentación jurídica. En el caso del TIPY y del TIPR, la coordinación de su jurisprudencia se vio sin duda favorecida por la existencia de una Sala de Apelaciones común a ambos Tribunales. Por lo tanto, tampoco la proliferación de tribunales internacionales en el ámbito penal ha supuesto riesgo alguno de fragmentación de este ordenamiento. Lo que sí ha implicado es la necesidad de argumentar jurídicamente más y mejor.

De la misma manera que la regulación de los crímenes internacionales en el Estatuto de la CPI está teniendo un importante efecto armonizador en las legislaciones internas de los Estados, es de esperar que la consolidación y difusión de la jurisprudencia internacional sobre los mismos produzca igualmente efectos en la jurisprudencia interna de los Estados al sancionar estos comportamientos. De momento, es todavía pronto para realizar valoraciones al respecto.