

LA VIOLACIÓN COMO ARMA DE GUERRA

RAPE AS A WEAPON OF WAR

Rev. Boliv. de Derecho N° 36, julio 2023, ISSN: 2070-8157, pp. 678-697

Daniela MAJOR
MONTESINOS

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de mayo de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 31 de mayo de 2023

RESUMEN: La violación como arma de guerra existe desde que existen las guerras, pero su debate como arma de guerra no. A lo largo de los años, la legislación y la jurisprudencia internacional han tratado de dar una respuesta al respecto. La definición de violación, especialmente como crimen de guerra y crimen de lesa humanidad, varía según el tribunal y la legislación nacional. Entonces, ¿por qué es la violación un arma de guerra?

PALABRAS CLAVE: Guerra; violación; violencia sexual; crimen de guerra; crimen de lesa humanidad; violación como arma de guerra; derecho internacional; jurisprudencia internacional.

ABSTRACT: *Rape as a weapon of war has existed for as long as wars have existed. But the debate regarding rape as a weapon of war is quite new. Over the years, both international legislation and jurisprudence have tried to give an answer in relation to this matter. The definition of rape, especially as a crime of war and crime against humanity, varies depending on the tribunal and national legislation that declares it. In this article we will analyse the different international and national jurisprudence and laws referring to rape. So why is rape a weapon of war?*

KEY WORDS: *War; rape; sexual violence; crime of war; crime against humanity; rape as a weapon of war; international law; international jurisprudence.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. PRECEDENTES Y JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL PREVIA.- III. ARTÍCULOS DEL ESTATUTO DE LA CPI.- IV. ELEMENTOS DE LOS CRÍMENES.- I. VIOLACIÓN COMO CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD.- 2. VIOLACIÓN COMO CRIMEN DE GUERRA.- V. JURISPRUDENCIA POSTERIOR.- I. Otra jurisprudencia posterior.- 2. El caso Bemba.- VI. DEFINICIONES.- VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La violación se ha dado en las guerras desde que éstas existen, pero su categorización como un crimen de guerra o crimen contra la humanidad es más reciente, tanto en la legislación internacional como en legislaciones nacionales.

La violencia sexual y la violación en el contexto de la guerra han sido estudiadas durante muchos años, pero como una consecuencia más de las guerras. Hasta los juicios del Tribunal Internacional Penal para Ruanda (TIPR) y del Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia (TIPY) no se llegó a un debate y definición de la violación como crimen de guerra y crimen contra la humanidad. La violación pasó de ser vista como un daño colateral a ser un crimen e infracción grave del derecho internacional. La práctica de la violación en las guerras ha sido ignorada durante muchas décadas. Este artículo tiene el objetivo de continuar con el debate de la violación como arma de guerra y la importancia tanto de reprimirla como de prevenirla. La violación no es sólo otra consecuencia de las guerras, sino que es un mecanismo sistemático de tortura y tormento a la población de un territorio afectado por una guerra.

El artículo consiste en un análisis de la legislación y jurisprudencia internacional relativa a la violación como crimen de guerra y como crimen contra la humanidad. Tendrá la siguiente estructura. En primer lugar, una revisión de la jurisprudencia internacional previa del TIPR y TIPY y un análisis de las diferentes sentencias y casos de los tribunales ad hoc. En segundo lugar, se realizará un examen de los diferentes artículos del Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) que contienen referencias a la violación como crimen de guerra y crimen de lesa humanidad, junto con los artículos recogidos en los Elementos de los Crímenes de la CPI. En tercer lugar, una revisión de otra jurisprudencia internacional, específicamente la jurisprudencia de la CPI en el caso Bemba.

Finalmente, las conclusiones, respondiendo a las siguientes preguntas: ¿la violación se regula y persigue correctamente en el derecho internacional? ¿Estamos dándole la importancia que merece a la violación como arma de guerra?

• Daniela Major Montesinos

Daniela Major Montesinos es en la actualidad Investigadora Contratada (Programa GVA "Investigo") en el Departamento de Derecho Internacional "Adolfo Miaja de la Muela" de la Universidad de Valencia. Egresada en el Máster de Estudios Internacionales y Europeos y del Doble Grado en Derecho y Criminología, ambos de la Universidad de Valencia (Valencia, España). Correo electrónico: danielamajor20@gmail.com.

¿Es la violación sólo otro crimen de guerra? Y una pequeña crítica a la CPI, a su regulación y entendimiento de la violación como arma de guerra. ¿Qué consideran como violación, crimen de guerra y crimen de lesa humanidad? ¿Cuáles son sus definiciones?

II. PRECEDENTES Y JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL PREVIA.

La violación se ha llevado a cabo en guerras durante muchos años, pero el debate sobre la violación como arma de guerra ha surgido en los últimos años. En un principio se vio como una consecuencia más de la guerra. Como dijo Farwell:

“se vio como un daño colateral y no como una verdadera violación del derecho internacional humanitario. La violación fue tolerada, permitida e incluso aceptada como resultado natural o actividad de la guerra”.

El derecho internacional ha abordado los delitos sexuales en el contexto de la guerra, como crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Al principio, la violación se definió desde un punto de vista sesgado, que veía a la mujer como un objeto, específicamente como propiedad de los hombres. Sin tener en cuenta su derecho a la libre determinación. Como afirma Altuzarra²:

“Las disposiciones que abordan la violencia sexual han pasado de ser imprecisas prohibiciones que encuentran su origen en la mujer como propiedad del hombre a convertirse en detallados mandatos que localizan su justificación en la protección de la dignidad y libertad de la mujer”³.

Farwell⁴ explica que ha habido dos grandes cambios en el debate sobre la violación como arma de guerra. En primer lugar, la violación ahora se ve como un ataque político contra civiles⁵, lo que significa que ahora la violación perpetrada en un conflicto armado se considera un arma de guerra, y no solo una consecuencia o un producto secundario de la violencia que rodea a la guerra. Es bastante evidente que, durante las guerras, las mujeres del grupo enemigo han sido un blanco de objetivos políticos, ya sea para desanimar, denigrar o asustar a la población. En segundo lugar, la jurisprudencia internacional ha conceptualizado por primera vez la violación en la guerra como un crimen en derecho internacional. Tanto el TIPR

1 Traducción propia. FARWELL, N.: “War rape: new conceptualizations and responses.” *Affilia-Journal of Women and Social Work*, 19(4), 2004, p. 389.

2 ALTUZARRA ALONSO, I.: “El delito de violación en el Código Penal español: análisis de la difícil delimitación entre la intimidación de la agresión sexual y el prevalimiento del abuso sexual. Revisión a la luz de la normativa internacional”. *Estudios de Deusto*, 68(1), 2020, pp. 511–558.

3 ALTUZARRA ALONSO, I.: “El delito”, cit., pp. 516-517.

4 FARWELL, N.: “War rape”, cit., pp. 389–403.

5 *Ibid.*, p. 390.

como el TIPY nos han dejado definiciones legales de la violación de guerra como un crimen contra la humanidad.

A continuación, expondré la diferente jurisprudencia internacional dictada por los tribunales internacionales penales *ad hoc* que aborda la violación como arma de guerra y la violencia sexual en los conflictos armados.

La primera sentencia que analizar es la del caso Akayesu. El TIPR juzgó en 1998 a Jean-Paul Akayesu y fue condenado por genocidio por haber permitido y posibilitado la violación masiva de cientos de mujeres tutsis en 1994⁶. Los crímenes se cometieron entre enero y diciembre de 1994, cuando Jean-Paul Akayesu era bourgmestre (alcalde) de la comuna de Taba en Ruanda. Este caso fue la primera condena que dictaminó la violación y otras formas de violencia sexual como delitos de genocidio. Así como la primera vez que un individuo fue condenado por violación como crimen de lesa humanidad.

El TIPR establece una serie de definiciones relevantes. En primer lugar, el Tribunal⁷ compara la violación con el delito de tortura⁸, afirmando que la violación⁹ también se utiliza con fines como la intimidación, degradación, humillación, discriminación, castigo, control o destrucción de una persona. Además, al igual que la tortura, se trata de una violación de la dignidad personal. El TIPR declara que la violación constituye una tortura cuando es infligida por o bajo la instigación de o con el consentimiento o la aquiescencia de un funcionario público u otra persona que actúa en calidad de oficial.

El tribunal *ad hoc* define la violación como una invasión física de naturaleza sexual, cometida sobre una persona bajo circunstancias coercitivas¹⁰. En segundo lugar, describen la violencia sexual¹¹ como cualquier acto de naturaleza sexual cometido contra una persona bajo circunstancias coercitivas. Por lo que podemos observar, la definición de violencia sexual y violación es muy similar, pero la violencia sexual es un concepto más amplio, cubre actos que pueden no involucrar penetración o contacto físico.

6 Éste fue el primer caso de condena por violación en derecho internacional, que sentó las bases para otros casos en el futuro como es el caso de Bosnia.

7 ICTR. Judgment. Prosecutor v. Akayesu No. ICTR-96-4-T, 2 septiembre 1998

8 La definición de tortura dada por el TIPR: "Torture may be defined as: ... any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity", ICTR. Judgment. Prosecutor v. Akayesu No. ICTR-96-4-T, 2 septiembre 1998, p. 148.

9 Ibid., p. 149.

10 Traducción propia: ICTR. Judgment. Prosecutor v. Akayesu No. ICTR-96-4-T, 2 septiembre 1998, p. 167.

11 Ibid.

El TIPR establece en su sentencia los diferentes elementos de la violación. Determina que para que un acto sea considerado violación debe cometerse bajo las siguientes circunstancias:

“(a) como parte de un ataque generalizado o sistemático; (b) sobre una población civil; (c) por ciertos motivos discriminatorios catalogados, a saber: motivos nacionales, étnicos, políticos, de raza o religiosos”¹².

En síntesis, se trata de una definición conceptual de violación que define la violación como “una invasión física de carácter sexual, cometida en circunstancias coercitivas” (Altuzarra)¹³. Esta definición conceptual es importante porque por primera vez se da una definición que incluye los diferentes elementos de la violación. Así como también hace una distinción entre violación y violencia sexual, siendo la violencia sexual descrita como “cualquier acto de naturaleza sexual contra una persona en circunstancias coercitivas que no está limitada a la invasión física del cuerpo humano”¹⁴.

En conclusión, la definición de violación proporcionada por la jurisprudencia del TIPR añade a las diversas definiciones de las legislaciones nacionales que definían la violación como un intercambio sexual no consentido, otros elementos o actos como “la inserción de objetos y el uso de orificios corporales que no se consideran de naturaleza intrínsecamente sexual”¹⁵.

La definición del TIPY de la violación y otros actos de violencia sexual como crímenes internacionales la encontramos en el Caso Furundžija¹⁶. La Sala llegó a la conclusión de que los elementos¹⁷ que configuran el *actus reus* del delito de violación en derecho internacional son los siguientes:

“(i) La penetración sexual, por leve que sea: a) de la vagina o el ano de la víctima por el pene del autor o cualquier otro objeto utilizado por éste; o b) de la

12 Ibid.

13 Se trata de una definición de la violación como delito contra la dignidad personal, como dice Altuzarra atendiendo al espíritu del delito, describiendo su esencia, su realidad. Véase ALTUZARRA ALONSO, I.: “El delito, cit., p. 519.

14 Ibid., p. 519.

15 Véase BOU FRANCH, V.: “Los crímenes sexuales en la jurisprudencia internacional”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, 24, 2012, pp. 7-8.

16 ICTY. Judgment. Prosecutor v. Furundžija No. IT-95-17/1-T, 10 diciembre 1998. El TIPY en cambio, pese a estar de acuerdo con la definición de violación dada por el TIPR, en el Caso Furundžija de 1998, tras una revisión del derecho internacional, añadió a dicha definición una descripción detallada de los objetos y partes del cuerpo.

17 Tras una revisión de las fuentes del derecho internacional llegaron a la conclusión de que ninguna de las fuentes del derecho internacional daba una buena respuesta a la definición de violación y sus elementos. Por esta razón, decidieron llevar a cabo un exhaustivo examen de derecho comparado de las diferentes definiciones dadas tanto en las fuentes de derecho internacional como en legislaciones nacionales.

boca de la víctima por el pene del autor; ii) mediante coacción o fuerza o amenaza de fuerza contra la víctima o un tercero (p. 77)”¹⁸.

A lo largo de los años, tanto el TIPR como el TIPY han criticado mutuamente sus definiciones de la violación. EL TIPR no estuvo de acuerdo con la descripción dada por el TIPY en la sentencia Furundžija, por ello, en su sentencia posterior del Caso Musema¹⁹, volvieron a elegir la definición conceptual dada en la sentencia Akayesu. El TIPR criticó la descripción detallada de los objetos y partes del cuerpo dada por el TIPY afirmando que no era relevante para la definición. Afirmando que lo realmente relevante eran los elementos de agresión y coacción, “la agresión que se expresa de manera sexual en condiciones de coacción”²⁰.

Podemos decir que hasta este punto había dos tipos de definiciones de violación, por un lado, una definición conceptual dada por el TIPR, y por otro, una definición descriptiva dada por el TIPY²¹.

El TIPY se mostró de acuerdo con esta definición, pero consideró que sólo²² contemplaba la penetración sexual como violación en el caso de que fuera acompañada de coacción o fuerza o amenaza de fuerza contra la víctima o un tercero²³. El TIPY considera delito las violaciones de la autonomía sexual, y que, por tanto, la coacción no es el único factor relevante. Siendo también un factor relevante la ausencia de consentimiento o participación voluntaria.

Tras un examen de las diferentes legislaciones nacionales²⁴, el TIPY llega a la conclusión de que el elemento común a todas estas legislaciones es que existe una violación de la autonomía sexual, que se produce siempre que la persona sometida al acto no lo haya consentido libremente o no participe voluntariamente de otro modo²⁵. Por lo que se añade a la definición del delito de violación en el

18 ICTY. Judgment. Prosecutor v. Furundžija No. IT-95-17/I-T, 10 diciembre 1998.

19 ICTR. Judgment. Prosecutor v. Alfred Musema, ICTR-96-13-T, 27 enero 2000.

20 BOU FRANCH, V.: “Los crímenes”, cit., p. 8.

21 Según el TIPR, una definición conceptual era más adecuada. La definición del TIPY era demasiado descriptiva y extensa, lo que en el futuro se traduciría en su dificultad de adaptación a las diferentes normativas. En otras palabras, el TIPR estaba de acuerdo con lo que afirmaba el TIPY sobre la tendencia que existía en las legislaciones nacionales a ampliar la definición de violación, y por eso consideraban que era preferible una definición conceptual para poder adaptarse a la evolución de las diferentes legislaciones. Véase ALTUZARRA ALONSO, I.: “El delito”, cit., p. 520.

22 Dejando fuera otras posibilidades o factores como la penetración sexual no consentida o no voluntaria por parte de la víctima.

23 Traducción propia. ICTY. Judgment. Prosecutor v. Kunarac No. IT-96-23-T, 22 febrero 2001.

24 A partir de las diferentes legislaciones nacionales el TIPY realiza una clasificación de los diferentes actos sexuales que se consideran violación y los divide en tres categorías: (i) la actividad sexual va acompañada de fuerza o amenaza de fuerza a la víctima o a un tercero; (ii) la actividad sexual va acompañada de fuerza o de una serie de otras circunstancias específicas que hicieron a la víctima especialmente vulnerable o anulaban su capacidad de negarse con conocimiento de causa; o bien (iii) la actividad sexual se produce sin el consentimiento de la víctima. Véase ICTY. Judgment. Prosecutor v. Kunarac, cit. pp. 149-150

25 Traducción propia. *Ibid.*

derecho internacional la ausencia de consentimiento voluntario y genuino de la víctima, y su participación no voluntaria.

Más tarde, como afirma Franch²⁶, el TIPY en el caso Kunarac siguió utilizando una definición descriptiva de violación. Aunque estaban de acuerdo con la definición dada en el Caso Musema por el TIPR, consideraron que había que ampliar el segundo elemento. El TIPR argumentó que para que la penetración sexual se considerara delito de violación tendría que haberse cometido con “coacción o fuerza o amenaza de fuerza contra la víctima o contra un tercero”²⁷. Pero esta definición no incluía otros elementos de la penetración sexual como que fuera un acto no consentido o no voluntario por parte de la víctima, que el TIPY considera otro elemento de la violación como delito. En otras palabras, la coacción no es el único elemento que determina la existencia del delito de violación.

En resumen, nos encontramos ante dos definiciones diferentes del delito de violación dadas por cada uno de los tribunales ad hoc. Por un lado, la definición conceptual dada por el TIPR en el Caso Akayesu y el Caso Musema. Por otro, la definición descriptiva dada por el TIPY en el Caso Furundžija y el Caso Kunarac. Finalmente, la definición de violación como delito fue establecida por la Sala de Apelaciones que optó por la definición descriptiva del TIPY. La Sala completó la definición afirmando que “la penetración no consentida, por leve que sea, de la vagina o el 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 autor”²⁸ constituye el elemento material de la violación como crimen contra la humanidad. Incluyendo así el elemento del consentimiento²⁹ a la definición de violación.

En conclusión, la definición de la Sala de Apelaciones finalmente declaró que la fuerza no es un elemento de violación, sino uno de los factores que pueden viciar el consentimiento de las víctimas. Aclaración importante porque, por el contrario, podría privar a los autores de dicho delito de responsabilidad por un acto sexual no consentido, pero bajo circunstancias coercitivas sin la necesidad de ejercer la fuerza³⁰.

26 Véase BOU FRANCH, V.: “Los crímenes”, cit., pp. 11-14

27 *Ibid.*, p.11

28 *Ibid.*

29 La Sala de Apelaciones añadió el elemento de consentimiento a la definición de la violación, estableciendo que éste debía darse voluntaria y libremente, siendo evaluada en el contexto de las circunstancias existentes. Véase BOU FRANCH, V.: “Los crímenes”, cit., p. 24. Este autor señala dos precisiones importantes realizadas por la Sala de Apelaciones en referencia a la prueba de la ausencia de consentimiento de la víctima. Por un lado, la ausencia de resistencia por parte de la víctima no se traduce inmediatamente en el consentimiento de ésta. Por otro, el uso de la fuerza o la amenaza del uso de la fuerza no constituye un elemento definitorio del delito de violación, aunque pueda ser una prueba, entre otras, de la ausencia de consentimiento por parte de la víctima.

30 Véase ALTUZARRA ALONSO, I.: “El delito”, cit., p. 521.

III. ARTÍCULOS DEL ESTATUTO DE LA CPI.

El Estatuto de Roma fue adoptado el 17 de julio de 1998 por la ONU como instrumento constitutivo de la Corte Penal Internacional³¹. Del artículo 5 al 9 podemos encontrar los diferentes crímenes que caen bajo la jurisdicción de la Corte y sus elementos.

El artículo 7 del Estatuto define los crímenes de lesa humanidad como aquellos actos que se cometan “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, con conocimiento de dicho ataque”³². A continuación, el Estatuto describe la violación como crimen de lesa humanidad en el art. 7 g)³³.

El artículo 8 del Estatuto define los crímenes de guerra³⁴ como “infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949”³⁵ y “otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional”³⁶. En lo relativo a la violación como crimen de guerra la encontramos mencionada como tal en el art. 8.2 apartado b) (xxii) “cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra”³⁷.

En el Estatuto de Roma no encontramos una definición del delito de violación, debemos acudir al documento Elementos de los Crímenes³⁸ de la CPI.

IV. ELEMENTOS DE LOS CRÍMENES.

31 Del artículo 5 al artículo 9 del Estatuto podemos encontrar los diferentes crímenes que caen bajo la jurisdicción de la Corte y sus elementos. Véase ONU: Asamblea General, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 julio 1998, ISBN No. 92-9227-227-6.

32 *Ibid.*

33 Constituyen crímenes de lesa humanidad: “g) violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable”. *Ibid.*

34 Los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales establecen el derecho internacional humanitario, el conocido derecho en la guerra, normas que protegen al individuo afectado por un conflicto armado. Los crímenes de guerra son infracciones graves del derecho internacional humanitario. Véase Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), *Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (“Cuarto Convenio de Ginebra”)*, 12 agosto 1949, 75 UNTS 287; Unión Europea, *Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)*, 1977, 8 Junio 1977.

35 Véase el artículo 8 apartado a) del ONU: Asamblea General, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 julio 1998, ISBN No. 92-9227-227-6, que define los actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones de los Convenios de Ginebra.

36 *Ibid.*

37 *Ibid.*

38 Los Elementos de los Crímenes es un documento publicado por la CPI en 2011 con el objetivo de describir y estructurar los diferentes elementos que componen los crímenes internacionales que son competencia de la Corte. Es una ampliación del Estatuto de Roma. Véase International Criminal Court (ICC), *Elements of Crimes*, 2011, ISBN No. 92-9227-232-2.

I. Violación como crimen contra la humanidad.

En el artículo 7 (1) (g) -I de los Elementos de los Crímenes podemos encontrar los elementos que definen la violación como crimen contra la humanidad:

“1. El autor invadió el cuerpo de una persona mediante una conducta que dio lugar a la penetración, por leve 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 cualquier objeto o cualquier otra parte del cuerpo.

2. La invasión se cometió por la fuerza, o mediante amenaza de fuerza o coacción, como la causada por el miedo a la violencia, la coacción, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra dicha persona o contra otra, o aprovechándose de un entorno coercitivo, o la invasión se cometió contra una persona incapaz de dar un verdadero consentimiento.

3. La conducta se cometió como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.

4. El autor sabía que la conducta formaba parte o tenía la intención de que formara parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil”³⁹.

En otras palabras, la violación como crimen contra la humanidad tiene cuatro elementos básicos. Los dos primeros constituyen los elementos de la violación. En primer lugar, la penetración del cuerpo de la víctima con un órgano sexual, o el orificio anal o genital de la víctima con cualquier objeto o parte del cuerpo. En segundo lugar, la existencia de fuerza amenaza o coacción. Por último, para que sea un crimen de lesa humanidad debe cometerse como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, y con el conocimiento del autor de que dicha conducta forma parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil.

2. Violación como crimen de guerra.

En el artículo 8 (2) (b) (xxii) -I de los Elementos de los Crímenes podemos encontrar los elementos de la violación como crimen de guerra:

“1. El autor invadió el cuerpo de una persona mediante una conducta que dio lugar a la penetración, por leve que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la

39 Traducción propia. Véase International Criminal Court (ICC), *Elements of Crimes*, 2011, ISBN No. 92-9227-232-2, p. 8.

víctima o del autor con un órgano sexual, o del orificio anal o genital de la víctima con cualquier objeto o cualquier otra parte del cuerpo.

2. La invasión se cometió por la fuerza, o mediante amenaza de fuerza o coacción, como la causada por el miedo a la violencia, la coacción, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra dicha persona o contra otra, o aprovechándose de un entorno coercitivo, o la invasión se cometió contra una persona incapaz de dar un verdadero consentimiento.

3. La conducta tuvo lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y estuvo asociada al mismo.

4. El autor tenía conocimiento de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado⁴⁰.

En resumen, existen cuatro elementos básicos de la violación como crimen de guerra. Los primeros conforman los elementos de la violación, que son los mismos que los definidos en el artículo 7 (l) (g) -I que hemos visto anteriormente. Para que se considere crimen de guerra, la violación debe cometerse en el contexto de la guerra y estar relacionada con un conflicto armado internacional, además de que el autor debe tener conocimiento del conflicto armado.

Comparando tanto la definición de la violación como crimen de lesa humanidad como la de violación como crimen de guerra en los Elementos de los Crímenes, podemos concluir que ambas definiciones de la violación son prácticamente idénticas, añadiendo los elementos contextuales necesarios para que se trate de un crimen de guerra o de lesa humanidad.

V. JURISPRUDENCIA POSTERIOR.

I. Otra jurisprudencia posterior.

Después de que la Sala de Apelaciones⁴¹ optara por la definición descriptiva de violación del TIPY, la jurisprudencia internacional posterior comenzó a cambiar, especialmente la del TIPR.

El TIPR en el caso *Semanza* de mayo de 2003, empezó a cambiar su interpretación del delito de violación, abandonando su definición conceptual y adoptando la definición descriptiva dada por la Sala de Apelaciones. Subrayando

40 *Ibíd.*, p.28.

41 Sentencia en apelación *Kunarac y otros*. La definición que dio la Sala de Apelaciones fue la siguiente: 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 autor. Citado de Bou FRANCH, V.: "Los crímenes", cit.

que cualquier otro acto de violencia sexual que no encajara con dicha definición estricta podría ser clasificado igualmente como crimen de guerra y crimen de lesa humanidad⁴².

Pero este cambio de opinión no fue unánime. La Sala del TIPR tenían opiniones divididas. La Primera Sala del TIPR en el caso Niyitegeka de 2003 optó de nuevo por su definición conceptual de violación. Por otro lado, la Sala Segunda en el caso Kajelijeli optó por la definición descriptiva dada por la Sala de Apelaciones. Pero, aunque algunas salas intentaron fomentar la definición descriptiva del delito de violación, en la jurisprudencia del TIPR predomina la definición conceptual del delito de violación.

A parte del TIPR y del TIPY, es importante mencionar al Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL) creado en 2002 para los crímenes cometidos en Sierra Leona en 1996. Este tribunal optó por la definición descriptiva de violación dada por el TIPY en el caso Kunarac, confirmada posteriormente por la Sala de Apelaciones. El TESL añadió en relación con el elemento del consentimiento, que para valorar si hay consentimiento por parte de la víctima es necesario hacerlo teniendo en cuenta el contexto de cada caso concreto⁴³. Y para determinar si existe coacción o no en un conflicto armado no debe tenerse en cuenta si existe resistencia continuada de la víctima, ni la existencia de la amenaza o uso de la fuerza por parte del autor, ya que la coacción en los conflictos armados es prácticamente omnipresente⁴⁴. Parece que para la jurisprudencia de los diferentes tribunales internacionales hay un consenso en cuanto a que la coacción elimina el consentimiento de la víctima como elemento relevante del delito de violación.

2. El caso Bemba.

En marzo de 2016, Jean-Pierre Bemba Gombo⁴⁵ fue declarado culpable de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, entre ellos de violación, por la Sala de Primera Instancia III de la Corte Penal Internacional (CPI). Bemba fue vicepresidente de la República Democrática del Congo.

Como indica Clark⁴⁶, este caso es relevante por dos razones principales. En primer lugar, Bemba es el primer acusado de la CPI condenado por responsabilidad

42 Ibid., p. 18-19.

43 Ibid., p. 20.

44 Ibid. Además, como apunta BOU FRANCH, el TESL sostiene que los niños menores de 14 años no tienen capacidad para prestar un consentimiento válido.

45 El caso Bemba se sitúa en el contexto de la Segunda Guerra del Congo entre 1998 y 2003. Bemba fue líder y fundador del *Mouvement de libération du Congo* (MLC) fundado en 1998. Entre 2002 y 2003 sus soldados cometieron muchos crímenes, entre ellos el delito de violación. En 2008 Bemba fue detenido y acusado por crímenes de guerra y de lesa humanidad de asesinato y violación. El juicio comenzó en 2010.

46 Citado de CLARK, J. N.: "The first rape conviction at the ICC: An Analysis of the Bemba judgment", *Journal of International Criminal Justice*, 14(3), 2016, p. 668: "convicted on the basis of command responsibility".

de mando, lo que significa que, como líder, es responsable de los crímenes internacionales cometidos por aquéllos bajo su mando. En segundo lugar, el caso Bemba es el primer caso de la CPI en el que se condena a alguien por un delito de violación.

De este caso es importante definir el concepto de ser acusado sobre la responsabilidad de mando, más conocida como la “responsabilidad del comandante”. El art. 28 del Estatuto de la CPI titulado “Responsabilidad de los jefes y otros superiores jerárquicos” establece que:

“Además de otros motivos de responsabilidad penal en virtud del presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:

Un comandante militar o una persona que actúe efectivamente como comandante militar será penalmente responsable de los crímenes de la competencia de la Corte cometido por fuerzas bajo su mando y control efectivos, o autoridad y control efectivos, según el caso, como consecuencia de no haber ejercido un control adecuado sobre dichas fuerzas⁴⁷.

En otras palabras, un comandante puede ser considerado responsable de los crímenes internacionales que cometen sus subordinados cuando no impide o reprime que se cometan⁴⁸. Se trata de un crimen de omisión. Podemos resumir el art. 28 del Estatuto de la CPI en tres elementos básicos. En primer lugar, el superior tiene mando y control efectivos sobre sus subordinados. En segundo lugar, sabía o debería haber sabido que los actos se estaban cometiendo. Por último, la negligencia o no adopción de las medidas necesarias para impedir los actos. Es decir, el superior debe tener control, conocimiento y actuar por omisión.

La sentencia Bemba se basó en la definición de violación establecida en los Elementos del Crimen tanto para la violación como crimen de guerra, como para la violación como crimen de lesa humanidad. Como elementos materiales o *actus reus* del delito de violación, la Sala describe dos: la invasión del cuerpo de una persona y las circunstancias en las que se produce la violación. En relación con el segundo elemento, la Sala señala que existen cuatro posibles circunstancias en las que se ha de cometer la invasión del cuerpo de una persona para que se considere delito de violación:

“(i) Por la fuerza; (ii) mediante amenaza de fuerza o coacción, como la causada por el temor a la violencia, la coacción, la detención, la opresión psicológica o el

47 Traducción propia. ONU: Asamblea General, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 julio 1998, ISBN No. 92-9227-227-6, art. 28.

48 Véase el art. 28 (a) (i) y (ii), y art. 29 (b) (i) y (ii) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 julio 1998, ISBN No. 92-9227-227-6.

abuso de poder; contra esa persona o contra otra; (iii) aprovechándose de un entorno coercitivo; o (iv) contra una persona incapaz de dar su consentimiento genuino⁴⁹.

La Sala subraya que la tercera circunstancia relativa al aprovechamiento de un entorno coercitivo⁵⁰ comprende, además de la fuerza física, las amenazas, la intimidación, la extorsión y otras formas de coacción que se aprovechan del miedo o la desesperación⁵¹.

Cabe resaltar que la Sala de Primera Instancia no considera la falta de consentimiento de las víctimas como elemento del delito de violación. Basta con probar que hubo fuerza, amenaza de fuerza o coacción, o aprovechamiento de un entorno coercitivo. Se justifican en que los trabajos preparatorios del Estatuto demuestran que los redactores optaron por no exigir que la Fiscalía probara el no consentimiento de la víctima más allá de toda duda razonable, sobre la base de que tal requisito, en la mayoría de los casos, socavaría los esfuerzos para llevar a los autores ante la justicia⁵². La Sala no considera que sea necesario probar la falta de consentimiento de la víctima, basta con probar que hubo fuerza, amenaza de fuerza o coacción, o aprovechamiento de un entorno coercitivo.

El consentimiento sólo cabe probarlo en el caso de que la violación se cometa contra una persona sin capacidad de prestar consentimiento válido. En este caso, resulta necesario probar la incapacidad de prestar consentimiento genuino⁵³.

Como elementos mentales o *mens rea* ni el Estatuto ni los Elementos del Crimen definen elementos mentales para el crimen de violación. Por lo tanto, la Sala aplica el artículo 30 que reúne los requisitos de intención y conocimiento. En cuanto a los requisitos de intencionalidad, la Sala de Primera Instancia declara que debe probarse que el autor tenía la intención de cometer el delito de violación, que “tenía la intención de llevar a cabo la conducta para que se produjera la penetración”⁵⁴. Y en cuanto al requisito del conocimiento, debe probarse “que el autor era consciente de que el acto se cometía por fuerza, mediante la amenaza

49 Traducción propia de ICC. Judgment pursuant to article 74 of the Statute. ICC. (2016). Prosecutor v. Bemba No. ICC-01/05-01/08, p. 54.

50 Según la CPI en la sentencia del caso Bemba son entornos coercitivos aquellos con presencia militar de fuerzas hostiles entre la población y aquellos en los que el autor pueda aprovecharse para cometer una violación. También existen otros factores que pueden crear este entorno coercitivo como pueden ser el número de personas implicadas en la comisión del delito, o si la violación se comete durante o inmediatamente después de una situación de combate o junto con otros delitos. Véase ICC. Judgment pursuant to article 74 of the Statute. ICC.: Prosecutor v. Bemba No. ICC-01/05-01/08, 2016, p. 54.

51 Traducción propia de ICC. *Ibid.*, p. 54.

52 Traducción propia de ICC. *Ibid.*, p. 55.

53 Según la Sala una persona es incapaz de prestar consentimiento cuando está afectada por una incapacidad natural, inducida o relacionada con la edad. Véase ICC. *Ibid.*, p. 55.

54 Traducción propia de ICC. *Ibid.*, p. 56

de fuerza o coacción, aprovechándose de un entorno coercitivo, o contra una persona incapaz de dar un verdadero consentimiento”⁵⁵

VI. DEFINICIONES.

McDougall⁵⁶ redactó un informe para la Comisión de Derechos Humanos de la ONU con el propósito de que se diera una respuesta al uso de la violencia sexual y esclavitud sexual durante los conflictos armados.

En primer lugar, McDougall define la violencia sexual como toda violencia, física o psicológica, ejercida por medios sexuales o dirigida contra la sexualidad. La violencia sexual abarca tanto las agresiones físicas como las psicológicas dirigidas a las características sexuales de una persona, como obligar a una persona a desnudarse en público, mutilar los genitales de una persona o cortar los pechos de una mujer⁵⁷.

Por otro lado, define la violación como la inserción bajo condiciones de fuerza, coerción o coacción, de cualquier objeto, incluyendo pero no limitado a un pene, en la vagina o el ano de una víctima, o la inserción, bajo condiciones de fuerza, coerción o coacción, de un pene en la boca de la víctima⁵⁸. La violación se define en términos neutros desde el punto de vista del género, ya que tanto los hombres como las mujeres son víctimas de violación.

En su informe inserta la violación como crimen contra la humanidad, estableciendo que la violencia sexual, incluida la violación, entra dentro de la prohibición general de los actos inhumanos en la formulación tradicional de ellos crímenes contra la humanidad, tomada de la Carta del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg⁵⁹. McDougall remarca que la violencia sexual rara vez fue perseguida como crimen contra la humanidad tras la Segunda Guerra Mundial.

VII. CONCLUSIONES.

La regulación del delito de violación se ha caracterizado tradicionalmente por un sesgo de género, marcado por una discriminación hacia las mujeres. Hoy en día parece que empieza a darse un cambio hacia la igualdad en las legislaciones internacionales y nacionales.

55 *Ibíd.*

56 MCDUGALL, G. J.: “Violación sistemática, esclavitud sexual y prácticas análogas a la esclavitud durante los conflictos armados”, *Informe final / presentado por Gay J. McDougall, Relator Especial, 1998.*

57 Traducción propia. *Ibíd.*, pp. 7-8.

58 Traducción propia. *Ibíd.*, p. 8.

59 Traducción propia. *Ibíd.*, p. 11.

En relación con el derecho y la jurisprudencia internacionales es llamativo que no haya unanimidad en la definición del delito de violación. Como hemos visto, los tribunales internacionales penales *ad hoc* tienen cada uno su propia definición de violación, dando importancia a diferentes elementos. Así como la CPI se centra en la definición dada en el Estatuto de Roma sin ampliar el concepto en sus sentencias. La existencia de diferentes definiciones del delito de violación provoca una gran inseguridad jurídica, vulnerando el principio de seguridad jurídica establecido tanto en el derecho internacional como en el derecho nacional. En mi opinión, la CPI debería establecer una definición más detallada de violación, especialmente en el contexto de la guerra, para que las legislaciones y tribunales nacionales puedan adaptarse a ella y basar sus sentencias en una misma definición. En otras palabras, debería existir una definición básica del delito de violación sobre la que los diferentes tribunales internacionales y nacionales puedan profundizar. Una definición que cualquier Estado pueda incluir en su legislación para crear una regulación homogénea del delito de violación. Ya que la confusión y falta de consenso sobre el delito de violación lleva muchas veces a casos de impunidad.

La CPI en sus sentencias relativas al delito de violación tiende a definirlo únicamente utilizando el documento de los Elementos de los Crímenes.

Por ejemplo, en el caso Katanga de 2014⁶⁰ la Corte determinó que era culpable de los delitos de violación como crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra tipificados en el art. 7 (1)(g) y 8(2)(b)(xxii) del Estatuto⁶¹. Algunas de las mujeres que habían sido sometidas a estos actos también fueron secuestradas, encarceladas y obligadas a convertirse en esposas de los combatientes, a participar en actos de naturaleza sexual, a realizar tareas domésticas para ellos y, en general, a obedecerles⁶². La Sala de Cuestiones Preliminares declaró que, durante el conflicto armado, los soldados violaron a civiles durante y después del ataque:

60 Germain Katanga fue un rebelde congoleño condenado por la CPI en marzo de 2014 por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad que fueron cometidos durante un ataque contra la aldea de Bogoro en Ituri (este de la República Democrática del Congo) en febrero de 2003, los hechos ocurrieron en el contexto de un conflicto armado. Fue condenado por la CPI a 12 años de prisión por crímenes de guerra y de lesa humanidad, concretamente por delitos de violación. Véase Germain Katanga | Coalition for the International Criminal Court.

61 El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 julio 1998, ISBN No. 92-9227-227-6, en su art. 7 (1)(g) establece dentro de la definición de crímenes de lesa humanidad el delito de violación: "1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable". En su art. 8 (2)(b)(xxii) establece dentro de la definición de crímenes de guerra el delito de violación: "2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por "crímenes de guerra": b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: xxii) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra".

62 Véase ICC. Judgment pursuant to article 74 of the Statute. ICC-01/04-01/07-3436-tENG: Prosecutor v. Katanga No. ICC-01/04-01/07, 2014, p.359.

“Dado que los Elementos de los Crímenes no especifican cómo determinar los elementos subjetivos de los crímenes, la Sala recurre al art. 30 del Estatuto para determinar los elementos de la intención y el conocimiento de la comisión de los crímenes”⁶³.

Llama la atención que la CPI tiene por costumbre definir el delito de violación sólo con los elementos definidos en los Elementos de los Crímenes. A diferencia de la jurisprudencia del TIPY, TIPR y TESL, que dan sus propias definiciones del delito de violación basadas en el derecho comparado, la jurisprudencia de la CPI se limita a repetir lo que ya está establecido en su propio Estatuto y en los Elementos de los Crímenes. No explican con más detalle en qué consiste realmente el delito de violación como crimen de guerra y crimen contra la humanidad, y tampoco se apoyan en otras fuentes del derecho internacional para apoyar sus declaraciones.

Entonces, ¿por qué es importante definir la violación como un arma de guerra? Como Carter señala, definir la violación como crimen de guerra tiende a centrarse en la violación como secuela de la guerra, pero definir la violación como arma “sitúa la violación sistemática en el centro del conflicto y la seguridad”⁶⁴. La definición de la violación como arma “sitúa la violación sistemática en el centro del conflicto y la seguridad”⁶⁵, se centra en la violación como una grave amenaza para el Estado y la seguridad internacional. La violación como arma de guerra debe ser analizada por los estudios de seguridad, centrando su atención en cómo reprimir e impedir que la violencia sexual se utilice como arma y estrategia de guerra. Como dice Carter, “la violación sistemática también debería ser cada vez más reconocida, temida y condenada por encajar en la categorización de arma de guerra peligrosa”⁶⁶.

Por último, considero que tanto las legislaciones internacionales como naciones no solo deberían centrarse en la represión del delito de violación, sino también en su prevención. Sí, la violación debe ser reprimida, y sus autores perseguidos. Pero en el contexto de la guerra, también es esencial prevenir la violación como arma de guerra. La violación se ha utilizado y se utiliza en las guerras como instrumento para aterrorizar y torturar a la población enemiga. No se trata de un crimen más. Al igual que las armas nucleares y de fuego, la violación se utiliza para conseguir los objetivos deseados en una guerra. Como cualquier otra arma, causa destrucción y miedo, lesiones físicas y psicológicas. ¿Por qué solo reprimirla? ¿Por qué no impedir también que se produzca? En otras palabras, se debería dar a la violación la misma o incluso más importancia que se da a otras armas que se utilizan en los conflictos

63 *Ibid.*

64 CARTER, K. R.: “Should International Relations Consider Rape a Weapon of War?”, *Politics and Gender*, 6(3), 2010, pp. 343-371. <https://doi.org/10.1017/S1743923X10000280>

65 *Ibid.*, p.346

66 *Ibid.*, p.364

armados. El debate sobre si la violación es un arma de guerra debería tener más relevancia, sobre todo teniendo en cuenta los acontecimientos actuales.

BIBLIOGRAFÍA

ALTUZARRA ALONSO, I.: "El delito de violación en el Código Penal español: análisis de la difícil delimitación entre la intimidación de la agresión sexual y el prevalimiento del abuso sexual. Revisión a la luz de la normativa internacional", *Estudios de Deusto*, 68(1), 2020, pp. 511–558. Disponible en: [https://doi.org/10.18543/ed-68\(1\)-2020pp511-558](https://doi.org/10.18543/ed-68(1)-2020pp511-558)

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. 293-340. Disponible en: <https://roderic.uv.es/handle/10550/67522>

BOU FRANCH, V.: "Los crímenes sexuales en la jurisprudencia internacional", *Revista electrónica de estudios internacionales*, 24, 2012, pp. 1-44. Disponible en: <https://roderic.uv.es/handle/10550/54308>

CARTER, K. R.: "Should International Relations Consider Rape a Weapon of War?", *Politics and Gender*, 6(3), 2010, pp. 343–371. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S1743923X10000280>

CLARK, J. N.: "The first rape conviction at the ICC: An Analysis of the Bemba judgment", *Journal of International Criminal Justice*, 14(3), 2016, pp.667–687. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/jicj/mqw025>

Rape conviction at the ICC.: "An Analysis of the Bemba judgment. Journal of International", *Criminal Justice*, 14(3), 2016, pp. 667–687. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/jicj/mqw025>

FARWELL, N.: "War rape: new conceptualizations and responses", *Affilia-Journal of Women and Social Work*, 19(4), 2004, pp. 389–403. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/0886109904268868>

MCDUGALL, G. J.: "Violación sistemática, esclavitud sexual y prácticas análogas a la esclavitud durante los conflictos armados", *Informe final / presentado por Gay J. McDougall, Relator Especial*, 1998. Disponible en: <https://www.refworld.org/docid/3b00f44114.html>

DOCUMENTACIÓN

ICC. Judgment pursuant to article 74 of the Statute. ICC-01/04-01/07-3436-tENG.: Prosecutor v. Katanga No. ICC-01/04-01/07, 2014. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/04-01/07-3436-teng>

ICC. Judgment pursuant to article 74 of the Statute. ICC.: Prosecutor v. Bemba No. ICC-01/05-01/08, 2016. Disponible en: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2016_02238.PDF

ICTR. Judgment. Prosecutor v. Akayesu No. ICTR-96-4-T, 2 septiembre 1998. Disponible en: <https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-96-4/trial-judgements/en/980902.pdf>

ICTY. Judgment. Prosecutor v. Furundžija No. IT-95-17/1-T, 10 diciembre 1998. Disponible en: <https://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>

ICTY. Judgment. Prosecutor v. Kunarac No. IT-96-23-T, 22 febrero 2001. Disponible en: <https://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/en/kun-tj010222e.pdf>

International Criminal Court.: "Elements of crimes. International Criminal Court", 2011. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Elements-of-Crimes.pdf>

Germain Katanga | Coalition for the International Criminal Court. Disponible en: <https://www.coalitionfortheicc.org/cases/germain-katanga>

ONU: Asamblea General, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, ISBN No. 92-9227-227-6, 17 julio 1998. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/50acclal2.html>