

Dossier

La protección frente a la violencia sexual en conflictos armados.

Instrumentos jurídicos internacionales y su aplicación

Ander Gutiérrez-Solana Journoud
iker zirion landaluze

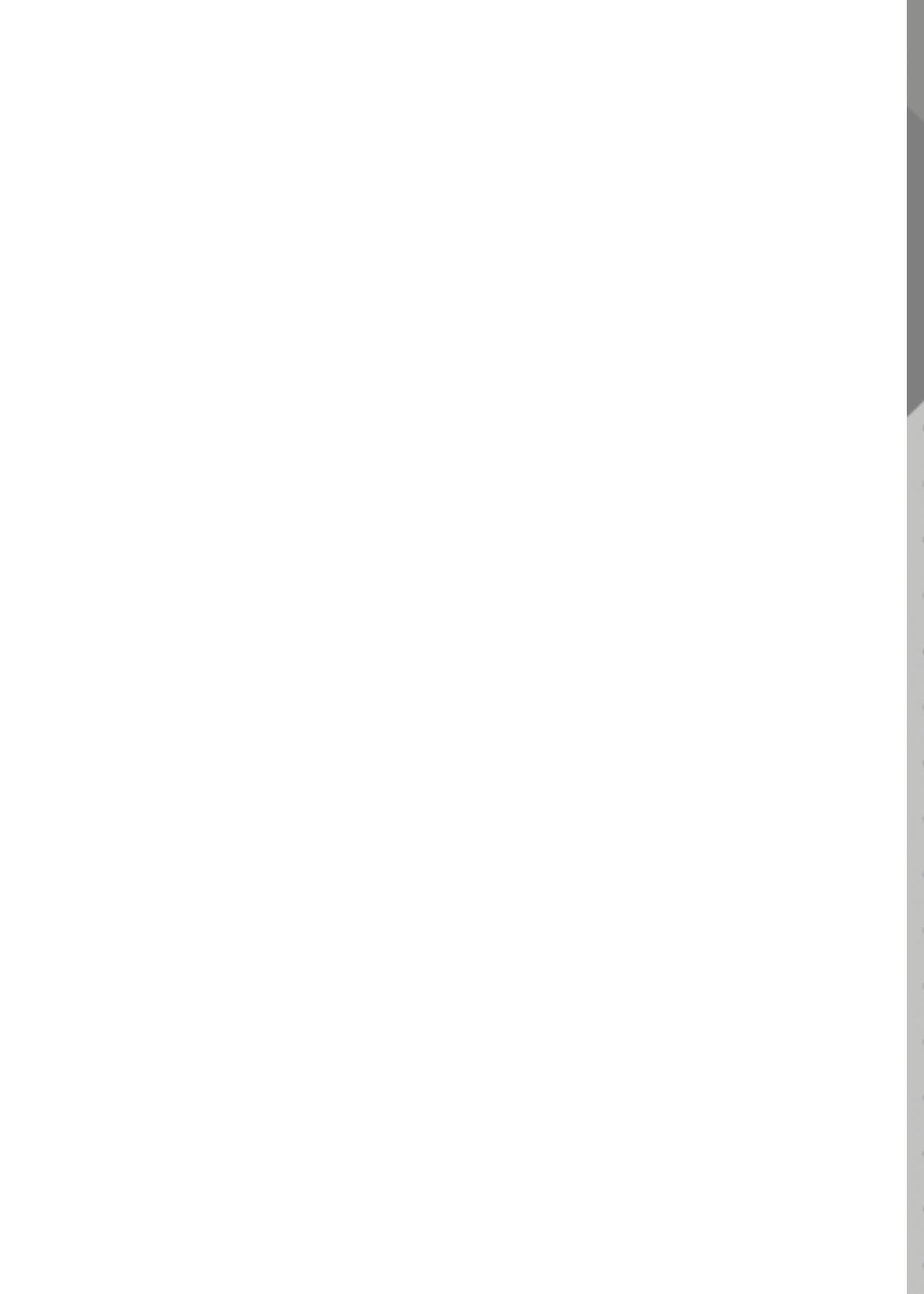


Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea



INSTITUTO DE ESTUDIOS SOBRE SOCIEDAD Y COOPERACIÓN INTERNACIONAL
NAZARTEKO LANBETZA ETA GARAPENAREN BURELKO BARRUTIA



Dossier

La protección frente a la violencia sexual en conflictos armados.

Instrumentos jurídicos internacionales y su aplicación

Ander Gutiérrez-Solana Journoud
iker zirion landaluze



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea



INSTITUTO VASCO DE ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL
INSTITUTO VASCO DE ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL

Esta publicación ha sido realizada en el marco del Proyecto *Justicia transicional y crítica feminista: recursos frente a la impunidad patriarcal tras graves violaciones de derechos humanos*. PRO-2018K30031. Financiado por la AVCD.



La protección frente a la violencia sexual en conflictos armados.
Instrumentos jurídicos internacionales y su aplicación

Autoría: Ander Gutiérrez-Solana Journoud, iker zirion landaluze

2020



www.hegoa.ehu.eus
hegoa@ehu.eus

UPV/EHU • Edificio Zubiria Etxea
Avenida Lehendakari Agirre, 81 • 48015 Bilbao
Tel.: 94 601 70 91 • Fax: 94 601 70 40

UPV/EHU • Centro Carlos Santamaría
Elhuyar Plaza 2 • 20018 Donostia-San Sebastián
Tel.: 943 01 74 64 • Fax: 94 601 70 40

UPV/EHU • Biblioteca del Campus
Nieves Cano, 33 • 01006 Vitoria-Gasteiz
Tel.: 945 01 42 87 • Fax: 945 01 42 87

Impresión: Printhauss S.L.
Diseño y Maquetación: Marra, S.L.
Depósito Legal: LG BI 00147-2021
ISBN: 978-84-16257-70-6



Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 España. Este documento está bajo una licencia de Creative Commons. Se permite libremente copiar, distribuir y comunicar públicamente esta obra siempre y cuando se reconozca la autoría y no se use para fines comerciales. No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra. Licencia completa: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

Dossier

La protección frente a la violencia sexual en conflictos armados. Instrumentos jurídicos internacionales y su aplicación

Ander Gutiérrez-Solana Journoud. Doctor en Derecho y Relaciones internacionales por la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU). Es miembro del Grupo de Investigación “Organizaciones internacionales, estados y empresas en una sociedad globalizada: nuevos retos para la protección de los Derechos Humanos (2019-2021)” del sistema de universitario vasco (IT1296-19), y del proyecto de investigación “Los procesos de creación de normas internacionales: entre Westfalia y Wordfalia” financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (DER2017-85800-P9). Sus áreas de interés son las Organizaciones Internacionales, la sociedad civil global, las nuevas formas de construcción e implementación de normas internacionales y la perspectiva de género en la justicia internacional. Entre sus publicaciones cabe mencionar la monografía *La legitimidad social de las Organizaciones Internacionales. Estudio de las percepciones estatales y de la sociedad civil de la ONU, la OMC y la OIT* (2014) y *El uso del pañuelo islámico en el trabajo a la luz de la reciente jurisprudencia del TJUE. ¿Cuestión de discriminación religiosa, por razón de género o de discriminación múltiple?* (2019).

iker zirion landaluze. Doctor en Estudios Internacionales y profesor de Derecho Internacional Público de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU). Es miembro de Hegoa, Instituto de Estudios sobre Desarrollo y Cooperación Internacional de la UPV/EHU, y del Grupo de Investigación sobre Seguridad Humana, Desarrollo Humano Local y Cooperación Internacional (2016-2021) del sistema universitario vasco (IT1037-16). Sus temas de interés son: construcción de paz y género; desarme, desmovilización y reintegración de excombatientes; justicia feminista; y nuevas masculinidades. Entre otras publicaciones, ha coeditado el libro *Pax Crítica. Aportes teóricos a las perspectivas de paz posliberal* (2019), y es autor de *Desarme, desmovilización y reintegración de ex combatientes. Género, masculinidades y construcción de paz en la República Democrática del Congo* (2018).

Índice

1. Introducción	7
2. Principales instrumentos jurídicos internacionales sobre violencia sexual en conflictos armados: contenido y valor jurídico	11
2.1. Un heterogéneo y lento proceso de construcción jurídica	11
2.2. Los orígenes en el siglo XIX y el impulso tras la Segunda Guerra Mundial	14
2.3. Instrumentos de los sistemas regionales de derechos humanos y del ámbito de las Naciones Unidas	17
2.4. Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales <i>ad hoc</i> para la ex Yugoslavia y Ruanda	19
2.5. Estatuto de la Corte Penal Internacional y desarrollos internacionales posteriores	22
3. Jurisprudencia significativa en el ámbito internacional	27
3.1. Tribunal Penal Internacional para Ruanda	28
3.2. Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia	30
3.3. La Corte Penal Internacional	35
3.4. Tribunal Especial para Sierra Leona	37
3.5. Tribunales regionales de derechos humanos	38
3.5.1. Sistema Interamericano de Derechos Humanos	38
3.5.2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos	40
4. Impacto de la normativa y jurisprudencia internacionales sobre violencia sexual en los tribunales internos de los Estados	43
4.1. Guatemala	43
4.2. Argentina	45
4.3. Colombia	46
4.4. Perú	48
4.5. República Democrática del Congo	50

5. Reflexiones finales sobre el marco jurídico existente y su aplicación jurisdiccional	53
5.1. Limitaciones y lagunas identificadas	53
5.2. Debate abierto sobre las propuestas de mejora	57
6. Referencias	61

1. Introducción

El 10 de diciembre de 2018, la activista yezidi iraquí Nadia Murad y el médico congoleño Denis Mukwege recibieron conjuntamente el premio Nobel de la Paz “por su labor para acabar con la utilización de la violencia sexual como arma de guerra en los conflictos armados”. El reconocimiento a su labor en este ámbito es un reflejo de la creciente visibilidad que la violencia sexual (VS) ha tenido en las agendas internacionales de derechos humanos y de paz y seguridad desde la década de 1990, visibilidad impulsada por la lucha y la incidencia política de los movimientos internacionales de mujeres y feministas.

Los conflictos armados y la violencia sexual han ido de la mano durante toda la historia de la humanidad. Como señala Elizabeth Odio Benito (1998: 267) en relación con la violencia sexual cometida en el conflicto de la ex Yugoslavia, fue “un capítulo que se agrega al sufrimiento de las mujeres a través de los siglos. La historia de todas las guerras ha sido siempre la misma para las mujeres, aunque los motivos y los métodos cambien”¹. Y, sin embargo, a pesar de ser un fenómeno recurrente en los conflictos armados a lo largo de la historia de la humanidad, la violencia sexual no ha sido objeto ni de regulación jurídica específica ni de atención mediática significativa hasta fechas relativamente recientes. Fue, como hemos señalado, a partir de la última década del siglo XX cuando entró con fuerza en la agenda, y la legislación y jurisprudencia internacionales relacionadas con los conflictos armados.

Especialmente en las últimas tres décadas, han aparecido muchos y muy diferentes instrumentos jurídicos internacionales relacionados con la lucha contra la violencia sexual en los conflictos armados. En este estudio

1 Elizabeth Odio Benito, actual presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fue jueza tanto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, donde participó en algunas de las sentencias que introdujeron profundas novedades jurídicas sobre la violencia sexual, como posteriormente de la Corte Penal Internacional.

nos centraremos sólo en algunos de ellos². El objetivo de estas páginas es, primero, examinar el desarrollo y la situación actual de la lucha contra la violencia sexual en los conflictos armados, mediante el análisis tanto de los principales instrumentos internacionales existentes como de su aplicación práctica a través de la jurisprudencia, esto es, las sentencias emanadas de los tribunales internacionales (y en menor medida nacionales); y, segundo, analizar las principales limitaciones, aportaciones y potencialidades de este marco normativo y jurisprudencial para apoyar las reivindicaciones y el acompañamiento de mujeres en su acceso a la justicia y la reparación por la vulneración de sus derechos.

Este estudio está fundamentado en un análisis documental de fuentes primarias y secundarias, esto es, por un lado, de la principal normativa y jurisprudencia internacional y, por otro, de una pequeña parte de la ingente literatura especializada sobre esta materia. La extensión de este texto no permite análisis exhaustivos sobre todas las cuestiones incluidas, por lo que nuestra idea es presentar la información de la manera más concisa y clara posible para que su consulta puede resultar útil en la práctica.

Este texto está estructurado en cinco apartados principales. Tras esta introducción, el segundo apartado recoge los principales instrumentos jurídicos que regulan la violencia sexual en los conflictos armados, presentando su evolución histórica, su contenido y diferente valor jurídico. Destacamos especialmente los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda y el de la Corte Penal Internacional. El tercer apartado examina cómo esos instrumentos jurídicos han sido aplicados e interpretados por los tribunales penales internacionales y los tribunales regionales de derechos humanos de Europa y América, y su contribución en

2 Quedan fuera de nuestro examen mecanismos no judiciales como las Comisiones de la Verdad, algunas de las cuales han analizado con especial atención la cuestión de la violencia sexual. Para un estudio detallado del análisis de género—y de la violencia sexual—realizado en diferentes Comisiones de la Verdad, consultar Mendia Azkue (2020). Tampoco analizamos otras iniciativas no gubernamentales, como los Tribunales de Conciencia sobre violencia sexual en conflictos armados, actos que surgen de la sociedad civil, con gran peso político y simbólico, y con trascendencia en la denuncia, identificación de víctimas y victimarios, sensibilización de la sociedad y reparación de las víctimas. Entre ellos destacamos el “Tribunal Internacional de Mujeres sobre los crímenes de guerra de esclavitud sexual del ejército japonés”, celebrado en Japón en 2000 y que pretendía reparar el daño causado a miles de mujeres japonesas y de los países ocupados por Japón durante la Segunda Guerra Mundial (Sakamoto, 2001); o el “Tribunal de Conciencia contra la violencia sexual hacia las mujeres durante el conflicto armado interno en Guatemala”. Para más información sobre este último Tribunal, consultar Mendia Azkue *et ál.* (2012).

la evolución de la consideración de los crímenes de violencia sexual a través de su jurisprudencia. El cuarto apartado se centra en los tribunales internos de los Estados y ofrece ejemplos de diferentes países (Guatemala, Argentina, Colombia, Perú y República Democrática del Congo) cuyos tribunales han reconocido y aplicado esa jurisprudencia internacional al juzgar casos de violencia sexual en sus respectivos conflictos armados o contextos de represión. De este modo, pretendemos destacar el potencial de las sentencias de los tribunales internacionales para ser utilizadas por los tribunales internos de los Estados. Finalmente, en el quinto apartado ofrecemos algunas reflexiones finales, por un lado, sobre las principales lagunas y limitaciones del marco jurídico existente y su aplicación jurisdiccional y, por otro, sobre las posibilidades de mejora del mismo.

2. Principales instrumentos jurídicos internacionales sobre violencia sexual en conflictos armados: contenido y valor jurídico

2.1. Un heterogéneo y lento proceso de construcción jurídica

El marco normativo internacional que regula la prohibición de la violencia sexual en contextos de conflicto armado procede de tres ramas diferentes del Derecho Internacional vinculadas con la protección del individuo, que han surgido en momentos diferentes y han tenido un desarrollo dispar como consecuencia de la propia evolución de la sociedad internacional y del derecho que la regula. Por un lado, el Derecho Internacional Humanitario (DIH), que surge en la segunda mitad del siglo XIX y que de manera progresiva reconoce la protección frente a la violencia sexual en contextos de conflicto armado. Por otro lado, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) que, sobre la base de la dignidad humana, comienza a reconocer derechos humanos a las personas a partir de la Segunda Guerra Mundial. Y, finalmente, el Derecho Internacional Penal (DIP), basado en la responsabilidad penal individual por actos de especial gravedad para el conjunto de la comunidad internacional, y cuyo desarrollo ha tenido lugar especialmente a partir de la última década del siglo XX.

Toda esta evolución ha tenido lugar mediante instrumentos jurídicos de contenido, naturaleza y valor jurídico dispar. Resumimos algunos de los modos de creación de derechos y obligaciones en relación con la violencia sexual que vamos a analizar en este texto:

- *Derecho consuetudinario*. En los orígenes del Derecho Internacional, y durante una gran parte de su desarrollo, la mayoría de sus normas no estaban codificadas (recogidas por escrito en tratados u otros textos). Por ello, la costumbre internacional, esto es, la práctica de los Estados (su comportamiento constante y uniforme ante situaciones similares previas) ha sido históricamente una fuente principal de esta rama del Derecho. De hecho, en un primer momento, los

comportamientos considerados aceptables en los conflictos armados se basaban principalmente en los usos y costumbres de la guerra. Corresponde a los órganos jurisdiccionales internacionales atribuir o no a una determinada práctica internacional el carácter de derecho consuetudinario.

- *Derecho convencional* (tratados internacionales). Con el paso del tiempo, el derecho consuetudinario comienza a codificarse en tratados internacionales escritos que incluyen un contenido más preciso y formal. En este texto analizaremos diferentes tratados internacionales, entre ellos, las Convenciones de La Haya (1899 y 1907), las Convenciones de Ginebra (1949), la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres (CEDAW) (1979) o el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional (1998).
- *Normas imperativas (ius cogens)*. Se trata de normas que, en virtud de su contenido, son reconocidas como obligatorias por la comunidad internacional en su conjunto, en la medida en que son expresión jurídica de los principios estructurales del Derecho Internacional porque dibujan los valores éticos comunes de dicha comunidad. Estas normas *ius cogens*, que son identificadas por la jurisprudencia internacional, no solo deben respetarse, sino que no admiten acuerdo en contrario, y solo pueden ser modificadas por normas posteriores a las que se reconozca este mismo carácter imperativo. Algunas de las que vamos a analizar en este texto han sido reconocidas como normas *ius cogens*, por ejemplo, las normas fundamentales de Derecho Internacional Humanitario.
- *Derecho institucional*. Con la creación de las organizaciones internacionales surge un nuevo modo de creación de derechos y obligaciones internacionales: los actos adoptados en su seno. En este texto analizaremos, por ejemplo, las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que crean los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, así como la Resolución 1325 sobre “mujeres, paz y seguridad”.
- *Jurisprudencia internacional* (sentencias de tribunales internacionales). Una vez creados, los tribunales internacionales aplican, interpretan y desarrollan el Derecho Internacional a través de sus sentencias. Entre ellos están los tribunales penales internacionales y los tribunales

internacionales de derechos humanos. Por un lado, los tribunales penales internacionales, que juzgan la responsabilidad penal individual (esto es, de las personas autoras de crímenes), pueden ser: a) tribunales creados *ad hoc* para juzgar actos de un conflicto concreto, los cuales pueden tener, bien un carácter exclusivamente internacional en cuanto a su composición y derecho aplicable (Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda), bien un carácter mixto o híbrido, ya que participan jueces o juezas nacionales e internacionales que emplean tanto derecho interno de ese Estado como Derecho Internacional (Tribunal Especial para Sierra Leona); y b) tribunales que tienen carácter permanente como la Corte Penal Internacional, que entró en vigor en 2002. Por otro lado, entre los tribunales internacionales de derechos humanos, que juzgan la responsabilidad de los Estados (no de individuos), nos referiremos a dos tribunales de ámbito regional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- *Legislación nacional.* Las normas internacionales imponen obligaciones a los Estados, a grupos armados y/o a individuos. A menudo exigen expresamente a los Estados que las han aceptado que las integren en sus ordenamientos jurídicos, modificando su derecho interno si fuera necesario. Es el caso, por ejemplo, de ciertas disposiciones del Estatuto de la Corte Penal Internacional o de la Convención para el Eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres. Esto supone que determinadas obligaciones internacionales se recogen también en el derecho interno, lo que implica un mayor grado de protección y garantía.
- *Jurisprudencia nacional.* En la medida en que la legislación y/o la jurisprudencia internacional sean aplicadas e interpretadas por los tribunales internos de los Estados, las sentencias dictadas por ellos crean precedentes jurídicos que se convierten en fuente de derecho para el futuro en ese Estado. Así ha sucedido en algunos casos que analizaremos en este texto, como Guatemala, Argentina, Colombia y República Democrática del Congo.

La creación y posterior existencia de derechos y obligaciones internacionales de contenido similar –o incluso idéntico– a través de diferentes vías (por ejemplo, tratados y derecho consuetudinario) es importante por una razón: cada una de esas normas es autónoma y tiene una existencia y aplicabilidad propia. Esto es, en el caso que nos ocupa, el hecho de que la violación esté prohibida

y sea castigada al mismo tiempo por una norma convencional (Convenciones de Ginebra de 1949) y por una norma de derecho consuetudinario, genera obligaciones a través de las dos vías, lo que permite que este comportamiento pueda ser perseguido por incumplimiento de diferentes normas.

En resumen, el marco jurídico internacional actual de los crímenes de naturaleza sexual en los conflictos armados es resultado de un lento, complejo y largo proceso en el que la interacción de los tres diferentes ámbitos de Derecho Internacional señalados (DIH, DIDH y DIP) tiene lugar a través de una pluralidad y heterogeneidad de instrumentos internacionales. Analizamos esta realidad en los siguientes apartados.

2.2. Los orígenes en el siglo XIX y el impulso tras la Segunda Guerra Mundial

La regulación jurídica internacional de la violencia sexual en conflictos armados es relativamente reciente y podemos situarla, aún de manera incipiente, en la segunda mitad del siglo XIX, en un momento en el que surgen algunos instrumentos que intentan regular el derecho de la guerra (*ius in bello*), esto es, las leyes que pretenden definir “cómo hacer la guerra”, qué conductas son aceptables y cuáles no.

Entre estas iniciativas se encuentra el Código Lieber (1863) que, elaborado para el Ejército de la Unión durante la guerra civil norteamericana, recopiló las normas de Derecho Internacional consuetudinario que establecían los comportamientos que en aquel momento eran considerados intolerables en el transcurso de una guerra. Su artículo 44 recogía la prohibición expresa de la violación y castigaba con la muerte su incumplimiento. Las disposiciones sobre el derecho consuetudinario de las leyes de la guerra incluidas en el Código Lieber sirvieron de base en las Conferencias de La Haya (1899 y 1907), en las que se crearon diferentes tratados internacionales relacionados con la guerra y la resolución pacífica de controversias entre gran parte de los Estados existentes en la comunidad internacional en aquel momento. Los tratados resultantes de ambas Conferencias se refieren al respeto al “honor y los derechos de la familia”³ en el comportamiento de las partes en

3 Los artículos 46 tanto del II Convenio, relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (1899), como del Reglamento afín a la IV Convención, relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (1907), recogen esta referencia.

los conflictos armados, redacción en la cual siempre se ha interpretado que está implícitamente incluida la prohibición de la violación. Esta referencia indirecta refleja una idea que aparecerá en normas internacionales posteriores, esto es, la violencia sexual entendida como una afrenta a la dignidad o al honor (de la persona, de la familia, de la comunidad), pero no como un crimen, categoría que, sin embargo, las normas internacionales sí reconocen para otros comportamientos como, por ejemplo, la tortura (Gamarra, 2005: 12).

Años más tarde, la gravedad y magnitud de las violaciones de derechos humanos que tuvieron lugar en el marco de la Segunda Guerra Mundial impulsaron la puesta en marcha de diferentes iniciativas de protección de las personas⁴. Entre ellas están los desarrollos de cada una de las ramas del Derecho Internacional señaladas más arriba: el Derecho Internacional Penal, a través de los Tribunales Militares Internacionales de Nuremberg y Tokio en 1945; el Derecho Internacional Humanitario, con las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949; y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, punto de partida para otros muchos instrumentos de derechos humanos posteriores.

Inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial, las potencias aliadas crearon los Tribunales Militares Internacionales de Nuremberg y Tokio para juzgar a altos cargos militares de los países perdedores como responsables de crímenes internacionales considerados de especial gravedad, más concretamente, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. El Estatuto de Nuremberg recogía la categoría de “crímenes de guerra” ya existente en la normativa internacional en aquel momento, e introdujo una nueva de “crímenes contra la humanidad” (también conocidos como “crímenes de lesa humanidad”), basados en la consideración de que determinados crímenes no sólo atañen a las víctimas directas que lo sufren, sino que, por su naturaleza y gravedad, trascienden a estas para convertirse en un ataque a la humanidad en su conjunto (Zorrilla, 2005: 10 y 16).

4 Las igualmente devastadoras consecuencias de la Primera Guerra Mundial no tuvieron un impacto tan manifiesto en el desarrollo de la protección internacional de las personas en los conflictos armados. Sin embargo, sí se puede destacar un precedente de la calificación de la violación y la prostitución forzada como crímenes internacionales con responsabilidad penal individual, reconocida por una Comisión creada tras esa guerra y que identificó 32 crímenes internacionales (Ojinaga Ruiz, 2002: 217). Posteriormente, el Convenio de Ginebra relativo al trato debido a prisioneros de guerra, de 1929, también recogió alguna disposición sobre esta misma cuestión.

Aunque en ninguno de los Estatutos de ambos tribunales se incluyeron como crímenes internacionales que debían perseguirse ni la violación ni otras formas de violencia sexual, el comportamiento de uno y otro tribunal en relación con este tema fue muy dispar. En el Tribunal de Nuremberg, las evidencias que aparecieron durante los juicios sobre la comisión organizada de violaciones masivas de mujeres por parte de altos cargos alemanes fueron obviadas, y nadie fue juzgado –ni, por tanto, castigado– por esos hechos⁵. En el Tribunal de Tokio, por el contrario, los generales Toyoda y Matsui, así como el Ministro de Asuntos Exteriores Hirota sí fueron encausados por las violaciones de mujeres a gran escala y de manera generalizada por parte de soldados bajo su mando en la ciudad china de Nanking, actos que fueron considerados crímenes de guerra (Ojinaga Ruiz, 2002: 217)⁶.

En las Convenciones de Ginebra adoptadas en 1949 como respuesta a las violaciones del Derecho Internacional Humanitario que tuvieron lugar durante Segunda Guerra Mundial sí se hizo referencia expresa a la violación (y a otras formas de violencia sexual). Así, el artículo 27 del IV Convenio, relativo a la protección de las personas civiles en tiempos de guerra, señala, con un marcado carácter paternalista, que “las mujeres serán especialmente protegidas contra todo atentado a su honor y, en particular, contra la violación, la prostitución forzada y todo atentado a su pudor”⁷. Del mismo modo, el

5 De hecho, la palabra violación no aparece ni una vez en las 179 páginas de la sentencia del Tribunal de Nuremberg. La Ley de Control Aliado nº 10 de diciembre 1945, basada en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y que sirvió para juzgar durante los siguientes años a militares alemanes de menor rango, sí recogía una referencia expresa a la violación (artículo II.1.c), considerada además como crimen contra la humanidad (Odio Benito, 1998: 271-272).

6 Este episodio, conocido como “la violación de Nanking” y que afectó a más de 20.000 mujeres chinas antes de la Segunda Guerra Mundial, en 1937, fue considerado en el juicio de manera aislada, a pesar de que la esclavitud sexual de mujeres fue una práctica generalizada y organizada por parte del Ejército de Japón durante el transcurso de toda la guerra en los diferentes territorios ocupados (Corea, China, Filipinas, Tailandia, etc.).

7 Prohibiciones similares fueron incluidas en el desarrollo normativo de las Convenciones de Ginebra a través de sus dos Protocolos Adicionales adoptados en 1977. Más concretamente, el artículo 75.2.b) del Protocolo Adicional I (sobre conflictos internacionales) prohíbe los “atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor”; y el artículo 4.2.e) del Protocolo Adicional II (sobre conflictos no internacionales) tiene una redacción casi idéntica, pero incluye la violación como conducta prohibida (“los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor”).

artículo 3, común a las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 recoge la prohibición de “atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes”, expresión en la que tanto una gran parte de la doctrina como la jurisprudencia internacional han entendido incluida la prohibición a la violencia sexual.

Como señalan Magdalena Martín e Isabel Lirola (2013: 14), la importancia de estas Convenciones es doble. Por un lado, porque además de ser tratados internacionales, algunas de sus disposiciones (prohibición de la tortura y otras normas de DIH) han sido reconocidas también como derecho consuetudinario (algunas incluso como normas *ius cogens* o derecho imperativo), por lo que deben ser respetadas en todo conflicto armado por todas las partes; y, por otro, porque ha tenido lugar una progresiva integración de esas normas en los ordenamientos internos, de manera que muchos Estados han incorporado las disposiciones de las Convenciones de Ginebra de 1949 sobre prohibición de la violencia sexual a su derecho interno.

2.3. Instrumentos de los sistemas regionales de derechos humanos y del ámbito de las Naciones Unidas

Tras el impulso inmediatamente posterior a la Segunda Guerra Mundial, en la segunda mitad del siglo XX fueron apareciendo muchos y muy diferentes instrumentos jurídicos internacionales que hacen referencia a la violencia sexual en contextos de conflicto armado. Ninguno de ellos versa de manera específica sobre la violación u otras formas de violencia sexual (Gamarra, 2005: 13), pero muchos se refieren a ella desde los ámbitos de los derechos humanos y/o de los conflictos bélicos.

Por un lado, destacamos algunos instrumentos y tribunales jurídicos de protección de los derechos humanos de carácter regional europeo, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órgano jurisdiccional encargado de su interpretación y garantía de cumplimiento por los Estados parte. Paralelamente, en el ámbito americano están la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esta última garante jurisdiccional de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969). Aunque en ninguno de los mencionados Tratados regionales de derechos humanos hay referencias expresas a la violencia sexual en contextos de conflicto armado, los tribunales creados para su seguimiento sí han recogido argumentos de sentencias en tribunales penales internacionales sobre esta cuestión para aplicarlos a casos

de su competencia, creando precedentes jurisprudenciales importantes en sus respectivos ámbitos geográficos, tal como señalaremos más adelante⁸.

Por otro lado, en los tratados internacionales de derechos humanos de carácter universal tampoco hay referencias expresas a la violencia sexual, ni en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) ni en su desarrollo a través de los dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos (1966), de derechos civiles y políticos uno, y de derechos económicos, sociales y culturales el otro.

La situación cambia con ciertos instrumentos de carácter universal pero específicos en virtud de su temática. Por ejemplo, aunque la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y su Protocolo relativo a la participación de menores en los conflictos armados (2000) no hacen referencia a la violencia sexual, el contenido de otros tratados específicos como la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948) o la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes (1984) sí ha sido utilizado en sentencias de tribunales penales internacionales en relación con la violencia sexual.

Encontramos también referencias en la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres de 1979, más concretamente en su desarrollo mediante las denominadas “Recomendaciones Generales” con las que el Comité de la CEDAW interpreta y desarrolla el contenido de este tratado. Es la Recomendación General 30 (2013), relativa a “las mujeres en la prevención de conflictos y en situaciones de conflicto y posteriores a conflictos” la que desarrolla con más detalle esta cuestión. En ella, el Comité recuerda, entre otras, las siguientes obligaciones de los Estados: prohibir la violencia sexual por parte de todos los actores en conflicto a través de leyes internas, tal y como se desprende de la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales

8 En ambas regiones se han adoptado tratados específicos sobre violencia contra las mujeres. En el espacio europeo, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (2011), conocido como “Convenio de Estambul”; y, en el ámbito americano, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (1994), conocida como “Convención Belém do Pará”. Aunque no abordaremos en este texto el Sistema Africano de Derechos Humanos, señalamos aquí que su Tratado referente es la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en cuyo desarrollo a través del Protocolo adicional sobre los derechos de las mujeres en África (2003), conocido como “Protocolo de Maputo”, sí existe una referencia expresa a la violencia contra las mujeres en conflicto armado (especialmente a la violación y otras formas de explotación sexual), aunque su aplicación y desarrollo en órganos jurisdiccionales ha sido escaso.

y mixtos y del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (párrafos 24 y 38 de la Recomendación); prevenir, investigar y sancionar la violencia sexual cometida por agentes estatales y no estatales, con una política de tolerancia cero; y garantizar el acceso a la justicia de mujeres y niñas que han enfrentado esta violencia, así como a servicios médicos (de salud física, reproductiva y mental), jurídicos y psicosociales (párrafo 38).

Finalmente, en el marco del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas destaca la Resolución 1325 sobre “mujeres, paz y seguridad” (2000), cuya referencia a la violencia sexual en contextos de conflicto armado (que insta al respeto al Derecho Internacional aplicable, especialmente a la Convenciones de Ginebra de 1949) fue completada con resoluciones posteriores sobre este mismo asunto. Especialmente interesante es la resolución 1820⁹, ya que por primera vez el Consejo de Seguridad identifica la violencia sexual sistemática y generalizada contra las mujeres como una “amenaza para la paz y seguridad internacionales” (Robles Carrillo, 2012: 166).

2.4. Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda

Como señalan Martín y Lirola (2013: 16), la persecución penal de la violencia sexual en contextos de conflicto armado ha ido en paralelo al desarrollo del Derecho Internacional Penal y a la creación de órganos jurisdiccionales penales de carácter internacional que aplican ese Derecho. Tras las experiencias de Nuremberg y Tokio, un avance sin precedentes tuvo lugar en la década de 1990 con la creación del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), encargados de juzgar la responsabilidad penal individual de autores de crímenes especialmente graves cometidos durante los conflictos ocurridos en dichos países.

Son dos tribunales específicos, *ad hoc*, con duración y ámbito geográfico limitados, creados a través de sendas resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas¹⁰. La jurisprudencia de ambos tribunales ha tenido un

9 A esta le han seguido otras resoluciones específicas sobre violencia sexual a mujeres en contextos de conflicto armado, concretamente las Resoluciones 1888 (2009), 1960 (2010), 2106 (2013) y 2467 (2019).

10 En el caso del TPIY, la Resolución 827 del Consejo de Seguridad, de 25 de mayo de 1993; y, en el caso del TPIR, la Resolución 955 del Consejo de Seguridad, de 8 de noviembre de 1994.

papel trascendental en el desarrollo del Derecho Internacional Penal y, en particular, en la persecución de los crímenes de naturaleza sexual. Analizamos a continuación brevemente las disposiciones relacionadas con dichos crímenes recogidas en sus Estatutos.

El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia¹¹ recoge diferentes conductas dentro de su competencia en los artículos 2 a 5. El artículo 2 (“Infracciones graves de las Convenciones de Ginebra de 1949”), en el que, aunque no se incluye ninguna referencia expresa a la violencia sexual, sí se hace implícitamente en los apartados b) “tortura o tratos inhumanos o degradantes” y c) “causar graves sufrimientos intencionadamente, o atender gravemente contra la integridad física o la salud”. Asimismo, en el artículo 4 (“Genocidio”) no hay referencia alguna a la violencia sexual, sin embargo, se incluyen conductas dirigidas a “destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso” y, entre ellas, el apartado b) “graves atentados contra la integridad física o psíquica de los miembros del grupo” y d) “medidas destinadas a dificultar los nacimientos en el seno de un grupo”, que posteriormente el TPIY utilizó de manera extensiva. En su opinión, por un lado, no hay duda de que la violencia sexual atenta contra la integridad física y mental de quien la sufre; y, por otro, entre las medidas destinadas a impedir nacimientos pueden encontrarse algunas de carácter sexual. Fue esta interpretación de su Estatuto la que permitió al TPIY calificar diferentes conductas de naturaleza sexual como crímenes de genocidio. Finalmente, el artículo 5 (“Crímenes contra la humanidad”) recoge, además de la violación, algunas conductas que pueden llevar aparejadas otras formas de violencia sexual, entre ellas, la tortura y otros tratos inhumanos.

El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda¹², por su parte, recoge las conductas para las que es competente este tribunal en los artículos 2 a 4. El artículo 2 (“Genocidio”) incluye nuevamente conductas que tengan “intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso” y, como en el caso del TPIY, entre ellas se encuentran los “graves atentados contra la integridad física o psíquica de los miembros del grupo” y las “medidas destinadas a dificultar los nacimientos en el seno de un grupo” (apartados b y d). El artículo 3 (“Crímenes contra la humanidad”) recoge, al igual que el TPIY, tanto la violación como algunas conductas susceptibles de

11 Véase su Estatuto en la página web oficial del TPIY:

<https://www.icty.org/en/documents/statute-tribunal>.

12 Véase su Estatuto en la página web oficial del TPIR: https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/legal-library/100131_Statute_en_fr_0.pdf.

implicar violencia sexual, como la tortura y otros tratos inhumanos. Finalmente, y teniendo en cuenta que se trata de un “conflicto interno”, el artículo 4 hace referencia a las “Violaciones del artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra y el Protocolo Adicional II”. Entre ellas están los “atentados contra la dignidad personal, en particular, trato humillante y degradante, violación, prostitución forzada y cualquier forma de agresión indecente”, con una redacción que recuerda las disposiciones del DIH que consideran la violación como un atentado al honor y la dignidad de las mujeres y sus familias más que cómo un crimen en sí mismo (Zorrilla, 2005: 55-56).

Además del contenido sustantivo (conductas punibles en relación con la violencia sexual) de los Estatutos del TPIY y TPIR, nos interesa destacar una disposición concreta recogida en un documento anexo a ambos Estatutos sobre las “Reglas de Procedimiento y Prueba”. Teniendo en cuenta las dificultades que puede plantear para las víctimas de violencia sexual prestar testimonio en un procedimiento judicial, entre otras, debido a la revictimización, estigmatización, tratamiento discriminatorio o incluso amenazas a su seguridad (Zorrilla, 2005: 53-54; Mantilla Falcón, 2008: 27-28), ambos textos establecieron medidas especialmente protectoras para las mujeres víctimas y testigos. De este modo, el artículo 96 (“Prueba de las agresiones sexuales”) de dichas “Reglas de Procedimiento y Prueba” de cada tribunal recoge que¹³:

- “i) no se requerirá corroboración del testimonio de la víctima;
- ii) no se permitirá el consentimiento como defensa, si la víctima
 - (a) ha sido sometida o amenazada con o ha tenido motivos para temer violencia, coacción, detención u opresión psicológica, o
 - b) ha creído, razonablemente que, si ella no se sometía, otra persona podría ser sometida, amenazada o puesta en peligro;
- (iii) antes de admitir pruebas del consentimiento de la víctima, el acusado deberá convencer a la Sala del Tribunal, reunida a puerta cerrada, de que las pruebas son relevantes y creíbles;
- (iv) no se admitirá como prueba la conducta sexual previa de la víctima”.

13 Traducción propia a partir de las “Reglas de Procedimiento y Prueba” del Estatuto del TPIY. El original puede consultarse en: https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules_procedure_evidence/IT032Rev50_en.pdf. La redacción del artículo 96 de este mismo documento en caso del TPIR es prácticamente idéntica.

Esta disposición no contaba con precedentes similares en el ámbito procesal penal internacional y tampoco en la mayoría de los ordenamientos internos de los Estados¹⁴. De hecho, ha tenido un importante recorrido, primero porque se ha incorporado a las reglas de procedimiento para casos de violencia sexual de la Corte Penal Internacional (CPI) y segundo, porque esto ha implicado, a su vez, que diferentes Estados parte de la CPI la hayan incluido en su legislación procesal penal interna. Además, los propios tribunales penales internacionales han minimizado la carga de la prueba en este ámbito, entendiendo la idea de la “autonomía sexual” y la imposibilidad de consentir en un escenario de conflicto armado.

2.5. Estatuto de la Corte Penal Internacional y desarrollos internacionales posteriores

La experiencia de los tribunales penales internacionales *ad hoc* (TPIY y TPIR) ayudaron a que el Estatuto de Roma de 1998 que constituye la Corte Penal Internacional contenga la regulación internacional más desarrollada hasta la fecha en relación con la violencia sexual, desde un punto de vista tanto sustantivo –tipos penales incluidos y sus elementos– como procesal –reglas de los procedimientos judiciales–. El Estatuto de Roma incluye de este modo la competencia de la CPI para crímenes de naturaleza sexual que, aunque ya reconocidos en la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, nunca habían sido previamente recogidos en su conjunto en ninguna norma internacional.

Además, otro elemento fue trascendental para que tanto las conductas incluidas en su Estatuto como sus reglas de procedimiento fuesen tan novedosas: la incidencia política realizada sobre todo en la década de 1990 por grupos feministas, especialmente a través del *Women’s Caucus for Gender*

14 Son especialmente novedosas las medidas que recoge este artículo 96 sobre las limitaciones de los argumentos de la defensa en cuanto al consentimiento de la víctima y a su conducta sexual previa. A pesar de ello, se trata de cuestiones que todavía hoy están muy presentes en los procedimientos penales sobre violencia sexual y que en ocasiones generan sentencias muy controvertidas en los tribunales internos de los Estados. Asimismo, no debemos idealizar las medidas de este artículo 96, al menos en su aplicación práctica. En el caso del TPIR, por ejemplo, desde su creación en 1994 hasta 1997 el Tribunal no recibió ningún caso que incluyese denuncia de actos de violencia sexual, a pesar de las evidencias sobre la comisión sistemática y masiva de los mismos. Marder Zorrilla (2005: 62-63) señala como posibles explicaciones la reticencia de las propias víctimas ante el miedo a la estigmatización o a las represalias, y la falta de un sistema de protección y garantía efectivo de sus derechos.

Justice (Caucus de mujeres por la justicia de género), una agrupación de más de 200 organizaciones que se convirtió en el principal grupo de presión para incluir la perspectiva de género en la CPI e introducir en su Estatuto los avances que habían tenido lugar en los tribunales *ad hoc* previos¹⁵.

La principal novedad del Estatuto fue la creación de una “categoría específica de crímenes de naturaleza sexual” (Martín y Lirola, 2013: 18) que reconoce, además de la violación, ya presente en otros instrumentos internacionales, otras conductas de violencia sexual, como la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado y la esterilización forzada, las cuales pueden ser consideradas, dependiendo de las circunstancias en que tengan lugar, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y crimen de genocidio.

Por un lado, el artículo 7.1.g) del Estatuto reconoce como crímenes contra la humanidad la “violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable”, siempre que –tal y como se exige para todos los crímenes contra la humanidad– se cometan como “parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”. Por otro, el artículo 8.2.b.xxii recoge como crímenes de guerra, dentro del apartado “Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales”, aquellos “actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado [...], esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra”. Para ser considerados crímenes de guerra, estos actos de violencia sexual deberán ser “cometidos como parte de un plan o política o como parte de la comisión a gran escala de dichos crímenes”¹⁶.

15 En este camino, la labor de denuncia e incidencia del movimiento de mujeres y feminista en la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Viena (1993) y en la IV Conferencia Internacional de las Mujeres de Beijing (1995) dio un impulso trascendental a la acción internacional sobre los derechos de las mujeres y su protección frente a las violencias, entre ellas, la violencia sexual; una labor que fue, al mismo tiempo, el resultado del trabajo de décadas previas.

16 Del mismo modo que las normas internacionales previas, para ser considerados crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad, el Estatuto de Roma exige que los crímenes de naturaleza sexual –como el resto de crímenes (asesinato, tortura, desaparición forzada, esclavitud, etcétera)– tengan un umbral de gravedad especialmente alto y una intencionalidad política o militar (Martín y Lirola, 2013: 8). Por ejemplo, como señala Elizabeth Odio Benito (1998: 273) deben ser masivas, generalizadas o sistemáticas, estar dirigidas contra la población civil o fundarse en razones nacionales, políticas, étnicas, raciales o religiosas.

Los crímenes de naturaleza sexual incluidos en uno y otro artículo están formulados de manera similar por lo que, en la práctica, aseguran un mismo grado de incriminación y sanción y hacen irrelevante que esos comportamientos se califiquen como crímenes de guerra o como crímenes contra la humanidad. Asimismo, es especialmente importante que las conductas de naturaleza sexual incluidas en dichos artículos no se presenten de manera exhaustiva sino abierta, ya que incluyen “cualquier otra forma de violencia sexual” que pudiera darse. Asimismo, ambos presentan los crímenes mencionados sin referencia sexo-genérica. Salvo en el caso del embarazo forzado, cualquier persona puede ser víctima de los crímenes de naturaleza sexual¹⁷. Eso sí, el artículo 7.3 del Estatuto señala expresamente que “el término ‘género’ se refiere a los dos sexos, masculino y femenino”, por lo que se circunscribe al binarismo sexogenérico. Por tanto, desaparecen tanto la asunción (explícita o implícita) de las mujeres como únicas destinatarias de estos actos¹⁸, como las anacrónicas referencias al honor, el pudor o a los derechos familiares, presentes en normas precedentes (especialmente en las Convenciones de Ginebra) y que impregnaban la violencia sexual de connotaciones religiosas, culturales y/o sociales.

Finalmente, a diferencia de los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, no se incluye ninguna conducta expresa de naturaleza sexual en las disposiciones que regulan el crimen de genocidio (artículo 6 del Estatuto). Sin embargo, si se incluyen conductas como la “lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo” o aquellas “destinadas

17 El “embarazo forzado” fue la única conducta de naturaleza sexual expresamente definida en el Estatuto (art. 7.2.f). Se entiende como el “confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional”. Posteriormente se explicita que “en modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo”. La inclusión de esta definición tan detallada y de la frase explicativa posterior responde a la presión de los países contrarios al aborto, que querían evitar la asimilación de esta conducta con leyes favorables a la interrupción voluntaria del embarazo. El resto de crímenes sexuales no fue definido en el Estatuto, sino en el documento “Elementos de los crímenes”, que recoge definiciones en algunos casos quizá demasiado restringidas de los crímenes. En todo caso, y a diferencia del Estatuto, este documento no es vinculante para la CPI. Para más información, véase: <https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/a851490e-6514-4e91-bd45-ad9a216cf47e/283786/elementsofcrimesspaweb.pdf>.

18 Solo recientemente ha comenzado a tener más importancia en la literatura el fenómeno de la violencia sexual contra hombres en contextos de conflicto armado. Sin embargo, no hay duda de que son las mujeres quienes enfrentan mayoritariamente los crímenes de violencia sexual en estos contextos.

a impedir nacimientos en el seno del grupo” que, según las circunstancias, pueden derivarse de la comisión de actos de naturaleza sexual. Asimismo, nada impide que la jurisprudencia de la CPI identifique las conductas de naturaleza sexual que recoge para los otros dos crímenes (violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual) como crimen de genocidio, siempre que, como señala este artículo, sean “perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso”.

En relación con los crímenes para los que tiene competencia y, en este caso, para los crímenes de naturaleza sexual, la importancia de la CPI es fundamental en el desarrollo del Derecho Internacional Penal. Se trata de un tribunal penal internacional de carácter permanente (el único hasta la fecha) del que actualmente son parte 123 Estados. Estos no solo están obligados a colaborar con su labor, sino a integrar las disposiciones del Estatuto de Roma en sus legislaciones internas. No hay que olvidar que la CPI es complementaria a los sistemas nacionales de justicia, esto es, únicamente tiene competencia sobre un caso cuando el Estado implicado y con competencia para juzgarlo no tiene capacidad o voluntad política para conocer el asunto. Asimismo, la jurisprudencia que emane de la CPI puede ser utilizada en los tribunales internos de los Estados. A pesar de ello, hasta la fecha la jurisprudencia de la CPI sobre crímenes sexuales ha sido bastante decepcionante, como veremos más adelante.

La influencia del Estatuto de Roma en el ámbito internacional ha sido evidente, especialmente en tribunales penales *ad hoc* posteriores. Es el caso del Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL) (2002-2013), que recoge en su artículo 2. g) como crímenes contra la humanidad la “violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado y cualquier otra forma de violencia sexual” (aunque omite la esterilización forzada que sí incluye el Estatuto de la CPI). Si bien no recoge expresamente crímenes de guerra, sí se refiere en su artículo 3. e) a los “ataques contra la dignidad personal, en particular tratos inhumanos y degradantes, violación, prostitución forzada y cualquier otra forma de agresión indecente”¹⁹, incluidas en el artículo 3 común a las cuatro Convenciones de Ginebra y a su Protocolo Adicional II. Finalmente, incluye en su artículo 5, relativo a los crímenes incluidos en la

19 Traducción propia del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona: <http://www.rscsl.org/Documents/scsl-statute.pdf>.

legislación nacional de Sierra Leona²⁰, ciertos delitos relacionados con el abuso de niñas menores de 14 años incluidos en la Ley de Prevención de la Crueldad a la Infancia.

Asimismo, tanto los Paneles Especiales para Crímenes Graves en Timor Oriental (2000-2005), como las Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya²¹ (2003-hasta la fecha) han previsto en sus Estatutos, aunque de manera desigual, muchos de los crímenes de naturaleza sexual previstos por el Estatuto de la CPI y que, como en este, pueden dar lugar a crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y/o crimen de genocidio. Así en Timor, las previsiones son casi idénticas a las recogidas en la CPI (a excepción de la omisión de la esterilización forzosa); en el caso de Camboya, por el contrario, la consideración de la violencia sexual es mucho más reducida y solo hace referencia expresa a la violación (Martín y Lirola, 2013: 21)²².

20 Recordemos que, por su carácter híbrido, el TESL utilizó para juzgar tanto el Derecho Internacional como el Derecho interno sierraleonés.

21 Ambas iniciativas son salas especiales de carácter híbrido donde tanto su composición como el derecho aplicable tiene naturaleza mixta (nacional-internacional). Los Paneles Especiales para Crímenes Graves en Timor Oriental estaban encargados de juzgar las violaciones de derechos humanos cometidas entre enero y octubre de 1999 por el ejército y las milicias indonesias tras el referéndum de autodeterminación a través del cual el pueblo timorense optó por la independencia de Indonesia. Y en las Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya se juzga a altos dirigentes responsables de los graves crímenes cometidos durante el régimen de los Jemeres Rojos en la Kampuchea Democrática (actual Camboya) entre 1975 y 1979. Para un análisis comparado de los diferentes tribunales penales internacionales analizados en este texto, véase Geiss y Bulinckx (2006).

22 A medio plazo existe la posibilidad de que surjan nuevos tribunales *ad hoc* –internacionales o híbridos– con competencia para juzgar conductas de naturaleza sexual en otros contextos de conflicto o posconflicto armado. Un ejemplo es la RDC, donde diferentes ONG congoleñas e internacionales llevan años realizando incidencia política internacional a favor de la creación de salas híbridas especializadas encargadas de juzgar los crímenes cometidos en el marco del conflicto armado. Esta demanda se apoya en un informe del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos de 2010 que identifica crímenes que podrían ser calificados como crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y crimen de genocidio cometidos entre 1993 y 2003 en suelo congoleño, así como a sus autores. Entre estos crímenes se encuentran asesinatos en masa, ataques contra niños y violencia sexual cometida por grupos rebeldes, ejércitos extranjeros y las propias fuerzas armadas congoleñas. Para más información, véase:

https://www.ohchr.org/documents/countries/cd/drc_mapping_report_final_en.pdf.

3. Jurisprudencia significativa en el ámbito internacional

Las disposiciones sobre violencia sexual de los textos convencionales analizados (especialmente los Estatutos del TPIY, TPIR y CPI) han sido acompañadas por una interesante y profusa actividad jurisprudencial. Así, los diferentes tribunales penales internacionales *ad hoc* fueron interpretando de manera extensiva el contenido de sus Estatutos en su labor de aplicación e interpretación de las normas. Esto se hizo, además, en cumplimiento de las indicaciones en este sentido del Consejo de Seguridad y la Asamblea General de Naciones Unidas (McDougall, 2006)²³. Esta labor ha desembocado no sólo en una clarificación de las conductas perseguibles bajo el paraguas de la violencia sexual, sino también en la consideración de algunas de estas prácticas como crímenes internacionales más allá de lo inicialmente previsto en los Estatutos de cada tribunal (Gamarra, 2005), así como en una interpretación más laxa de la ausencia de consentimiento.

De esta forma, los avances de los diferentes tribunales han extendido la comprensión y persecución de la violencia sexual en el ámbito de los conflictos armados internacionales e internos, abordando sus diferentes formas y manifestaciones e impactando también en los propios derechos internos de los Estados (Bou, 2012: 6). Realizamos aquí un repaso de la producción de estos tribunales y de las novedades que han ido incorporando.

23 Por ejemplo, en relación con las “detenciones y violaciones sistemáticas, masivas y organizadas de mujeres” (Resolución 798 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (1992), Bosnia y Herzegovina, de 18 de diciembre de 1992), y más específicamente, cuando la Asamblea “declara que la violación es un delito odioso y alienta al Tribunal Internacional [Penal para la ex Yugoslavia] para el enjuiciamiento de los presuntos responsables (Resolución 48/143 de la Asamblea General de Naciones Unidas (1993), Agresión y violación de mujeres en las zonas de conflicto armado de la ex Yugoslavia, de 20 de diciembre de 1993, considerando 10).

3.1. Tribunal Penal Internacional para Ruanda

Como hemos visto, la consideración de la violación como un comportamiento ilícito también en conflictos bélicos no es nueva en el Derecho Internacional Humanitario o el Derecho Internacional Penal y, sin embargo, no existe en ningún cuerpo convencional o consuetudinario una definición de los elementos que definen este comportamiento antijurídico (Bou, 2012). De esta forma, han sido los propios tribunales los que han planteado los criterios para reconocer esta forma específica de violencia sexual en los conflictos armados.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) en el conocido caso Akayesu²⁴ apuesta no por una configuración mecánica o descriptiva del acto, sino por una definición holística, fundamentada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su protección de la dignidad e integridad física, huyendo del paternalismo que marcaban los crímenes al honor (Martín y Lirola, 2013). Así, el TPIR establece que “una violación constituye una forma de agresión, y una descripción mecánica de los objetos o partes del cuerpo que intervienen en su comisión no permite aprehender los elementos esenciales de este crimen”²⁵ (TPIR, Akayesu, párr. 597), haciendo una analogía con las normas que persiguen las diferentes formas de tortura, que no pretenden describir cada acto que implique una modalidad específica de la misma. Así, la violación en casos de guerra también pretende “humillar”, “intimidar”, “discriminar”, “controlar” o “destruir a la persona” al atentar contra la dignidad de la víctima (*ibid.*).

De esta manera, el TPIR define la violación “como una invasión física de naturaleza sexual cometida sobre otra persona en situación de coacción” (*ibid.*, párr. 598). Esta definición amplia o genérica permite abordar los diferentes elementos del tipo, adaptándolos al caso, y escapa de una concepción excesivamente androcéntrica del derecho, basada en los órganos sexuales masculinos y no en la propia experiencia de la agresión sexual por parte de la víctima. De hecho, los debates doctrinales y jurisprudenciales (internacionales e internos) sobre las violaciones frecuentemente se han centrado en la penetración, en los orificios sobre los que esta se produce o no, en la coacción o en el comportamiento de la víctima, desde una aproximación masculina al Derecho (Charlesworth, 2011; Hunter, 2012). Como afirman Martín y Lirola (2013: 31) “tanto la guerra como el propio *ius in bello* han sido

24 TPIR, *Prosecutor v. Akayesu*, Judgment (ICTR-9640T), de 2 de septiembre de 1998.

25 Las transcripciones literales de jurisprudencia en castellano son traducciones propias de las sentencias originales en francés o inglés.

fenómenos marcadamente patriarcales y androcéntricos, en los que el hombre ocupaba el papel protagonista y la mujer un rol subordinado²⁷. Este control masculino sobre las propias formas de creación de Derecho, incluido el caso de la violación, cuyas víctimas son mayoritariamente mujeres, desvirtúa tanto el enfoque, que a menudo resulta extraño incluso para las propias víctimas (Fileborn y Vera-Gray, 2017; Nicolás Lazo, 2013). La definición formulada por el TPIR rompe con esa obsesión y ofrece un marco jurídico al servicio de la víctima, es decir, la persona coaccionada que sufre la invasión física de carácter sexual.

Esta definición holística es refrendada en el caso *Musema*²⁶ que, en respuesta a una definición mecánica como la del caso *Furundžija* del TPIY –que estudiaremos a continuación–, insiste en que este tipo de nociones no cerradas conceptualmente se adecúan mejor a los cambios normativos y de percepción que se dan tanto en el ámbito interno como internacional. Así, teniendo en cuenta, la evolución dinámica del concepto de violación y del lugar que dicha concepción ocupa en el seno de los principios del Derecho Internacional, la sala considera que una definición conceptual, abierta, es preferible a una definición mecánica de violación, en tanto en cuanto este tipo de definiciones se adapta mejor a las evoluciones de las normas penales (TPIR *Musema*, párr. 228).

Además de esta cuestión sobre la definición de violación, la labor del TPIR ha introducido otras novedades interesantes. En primer lugar, ha supuesto una extensión de la consideración de las agresiones sexuales y las violaciones como actos de tortura, tratos inhumanos y otras conductas prohibidas por el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, lo que facilitado su persecución (TPIY, *Akayesu*, párr. 636). En segundo lugar, ha sido crucial la consideración de la violación como intrínseca al crimen de genocidio cuando es un comportamiento dirigido a impedir bien nacimientos de una determinada comunidad (TPIY, *Akayesu*, párr. 508; *Musema*, párr. 158), bien a dañar gravemente el cuerpo y la mente²⁷, aunque no se produzca un daño físico permanente²⁸, o bien a determinar la identidad étnica, definida por la etnia del padre biológico, autor de la violación (McDougall, 2006: 338), como sucede en el caso *Akayesu* (párr. 507). En tercer lugar, la negativa del tribunal a aceptar un posible consentimiento de la víctima durante un crimen de guerra

26 TPIR, *Prosecutor v. Alfred Musema*. Judgment (ICTR-96-13-T), de 16 de noviembre de 2001.

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

28 TPIR, *Prosecutor v. Kayishema et ál.*, Judgment (ICTR 95-1-T), de 21 de mayo de 1999.

o de genocidio, ha cerrado la puerta a la justificación de dichos crímenes en atención al comportamiento de la víctima, como sucede en el caso Gacumbitsi (párr. 325)²⁹.

Finalmente, en cuarto lugar, ha ampliado la consideración de la violencia sexual. La preocupación por el desarrollo de la definición de violación ha ocultado a veces la existencia de otras formas de violencia sexual, cuya escasa presencia en los instrumentos normativos ha supuesto una carga de trabajo mayor para los tribunales, que han debido llenar ese vacío con fuentes consuetudinarias y, a menudo, con derecho interno de los Estados. Ejemplos de este comportamiento de los tribunales son la extensión de la consideración de las violaciones más allá del crimen de lesa humanidad, como ya hemos comentado, al identificarlo con torturas o genocidio (Gamarra, 2005: 14). Pues bien, esto mismo ha sucedido con otras formas de violencia sexual además de la violación.

Sobre esta base, el TPIR definió las agresiones sexuales –de las que entiende que la violación es sólo una expresión específica– como “todo acto de naturaleza sexual cometido sobre una persona bajo coerción” (TPIR, Akayesu, párr. 598). Así, en una aproximación realmente innovadora incluso en muchos ordenamientos estatales hoy en día, para el TPIR “la violencia sexual no se limita a la invasión física del cuerpo humano y puede incluir actos que no impliquen penetración o siquiera contacto físico” (*ibid.*, párr. 688). Esto permite incluir comportamientos como la desnudez forzada o la obligación de bailar de manera erótica delante de soldados. Asimismo, el TPIR reconoce en la Sentencia del caso Semanza³⁰ (párr. 345) que “otras formas de violencia sexual (torturas, persecuciones, esclavitud u otros tratos inhumanos) pueden ser perseguibles en tanto que crímenes contra la humanidad”, ampliando de este modo la competencia del tribunal a todas las formas de violencia sexual.

3.2. Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

El TPIY provocó con su jurisprudencia un importante debate sobre la definición de violación, al aceptar primero la propuesta de definición establecida por el TPIR para después plantear dudas sobre dicha noción y finalmente

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

30 TPIR, *Prosecutor v. Laurent Semanza*, Judgment (ICTR-97-20-T), de 15 de mayo de 2003.

modificarla. En su primera aproximación a la definición de violación, el TPIY confirmó la visión holística formulada en la sentencia Akayesu (Pou, 2012) y descartó la posibilidad de formular una definición alternativa³¹ (TPIY, Mucić *et ál.*, párr. 479).

Sin embargo, esta interpretación de la violación sería modificada en la siguiente oportunidad en la que el TPIY (en la misma sala, pero con diferente composición de juezas/es) trató la cuestión de la violación, dando un vuelco absoluto a la aproximación holística y fijando una definición “mecánico-fisiológica” (Martín y Lirola, 2013: 58). En efecto, la sentencia Furundžija del TPIY³² incorpora una premisa diferente: en su opinión, el Derecho Internacional Penal requiere mayor concreción que una definición conceptual no basada directamente en el Derecho Internacional o consuetudinario (TPIY, Furundžija, párr. 177). Esto es, de acuerdo a una aplicación estricta (Martín y Lirola, 2013: 58) del principio penal *nullum crimen sine lege stricta* (TPIY, Furundžija, párr. 177), para procesar a una persona es necesaria la existencia de una norma específica que prohíba un comportamiento previamente definido. Esta argumentación –técnica y rigurosa– abandona la formula previa del caso Akayesu, que permitía acompañar la evolución de la consideración de la violación a las tendencias interpretativas del momento, y se lanzó a un análisis comparativo de este tipo penal concreto en diferentes normativas penales estatales, buscando “denominadores comunes” (*ibíd.*, párr. 178) que permitiesen definir la violación.

Del estudio de este examen se puede concluir que, en la mayoría de ordenamientos internos, la violación es la forma de violencia sexual por antonomasia (*ibíd.*, párr. 179), y también que las diferencias son profundas ya que, por ejemplo, algunos ordenamientos sólo persiguen las violaciones contra mujeres, otros se centran en uno u otro objeto de penetración, etcétera (*ibíd.*, párr. 180). Tras este análisis, el Tribunal, sorprendentemente, propone una definición cerrada que pretende ser muestra de un consenso –no realmente probado en la sentencia– entre las diferentes legislaciones estatales analizadas. Así, el caso Furundžija da un vuelco a la definición de violación previamente adoptada por el TPIR en el caso Akayesu y define los siguientes elementos constitutivos del crimen de violación (*i.*, párr.185):

31 TPIY, *Prosecutor v. Mucić et ál., alias “Čelebići”*, Judgment (IT-96-21-T), de 16 de noviembre de 1998.

32 TPIY, *Prosecutor v. Anto Furundžija*, Judgment (IT-95-17/1-T), de 10 de diciembre de 1998.

- “i) la penetración sexual, aun siendo leve,
 - a) de la vagina o el ano de la víctima por el pene u otro objeto utilizado por el violador;
 - b) de la boca de la víctima por el pene del violador;
- ii) mediante el empleo de fuerza, amenaza o coerción contra la víctima o tercera persona”.

De esta forma, el TPIY intenta delimitar los comportamientos perseguibles y eliminar la “presunta” incertidumbre sobre la base de ciertas similitudes entre diferentes ordenamientos internos. Sin embargo, esto es muy dudoso. Por ejemplo, la propia sala reconoce que no existe consenso sobre la inclusión de la boca como orificio “violable” y que la incluye para adaptarse a la constante evolución de los ordenamientos internos (*ibid.*, párr. 183-184). En efecto, no puede encontrarse consenso (*opinio iuris*) internacional o en el derecho interno que consolide esta inclusión (McDougall 2006: 336). Precisamente, esa evolución constante de la definición normativa de la violación, de la percepción de la misma como un atentado a la dignidad humana *per se*, era lo que justificaba la definición holística y amplia del caso Akayesu. Y, sin embargo, el TPIY sólo acepta la consideración de dicha evolución para una definición mínima y estrecha: la penetración del pene en la boca. Esta es una nueva muestra de una interpretación patriarcal, falocrática (Martín y Lirola, 2013: 13) y androcéntrica (Lazo, 2013) del Derecho Internacional Penal y del Derecho Internacional Humanitario.

Seguramente sin pretenderlo, la sala aborda la violación desde la posición del atacante, al que presume como de sexo masculino al referirse al pene. Una definición tan cerrada lleva a obviar una “gran variedad de conductas [de carácter sexual] potencialmente sancionables que las mujeres perciben como violentas y que, sin embargo, no están legalmente caracterizadas como tales” (Martín y Lirola, 2013: 31). Esta nueva definición, que gira en torno al acto material en sí y a la existencia de coacción a la víctima que anule su voluntad, fue incorporada a posteriores sentencias del TPIY, como la sentencia *Kunarac et ál.* (párr. 438)³³, confirmando este cambio de paradigma.

Por otro lado, esta misma sentencia *Kunarac et ál.* es relevante porque amplía considerablemente las conductas perseguibles al alejarse de la

33 TPIY, *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković (Sentencia Kunarac et ál.)*, Judgment (IT-96-23-T), de 22 de febrero de 2001.

noción de coacción a la víctima (elemento ii de la definición precedente) e incorporar la idea de atentado a su “autonomía sexual” (*ibid.*, párr. 440-441) como elemento clave para justificar la persecución de estos comportamientos. Aparece de esta forma el debate sobre el consentimiento de la víctima en la definición de violación, ya que se distinguen tres formas mediante las cuales la víctima puede haber visto forzada su autonomía sexual, no habiendo deseado participar en la actividad sexual. Según la sentencia Kunarac *et ál.* (*ibid.*, párr. 442) estas formas son:

- “(i) la actividad sexual se produce a la fuerza o por amenaza de uso de la fuerza sobre la víctima o un tercero;
- (ii) la actividad sexual se produce a la fuerza o por otras circunstancias específicas que convierten a la víctima en particularmente vulnerable o le niegan su capacidad de formular una negativa motivada;
- (iii) la actividad sexual ocurre sin el consentimiento de la víctima”.

Si bien la definición de violación cerrada y androcéntrica en el caso Furundžija puede interpretarse como un paso atrás, la incorporación de las nociones de consentimiento, autonomía sexual y libre voluntad de la víctima en pronunciamientos posteriores en el TPIY supone recentrar en la víctima el eje de la persecución penal de las violaciones en conflicto armado, perspectiva que sólo de manera muy leve se va consolidando en las legislaciones y prácticas jurisprudenciales internas de los Estados. Así, la definición de violación que adopta el Tribunal en el caso Kunarac *et ál.* adopta los elementos descritos en el apartado primero “(i)” de la definición del caso Furundžija pero sustituye la mención a la fuerza y coerción del segundo apartado “(ii)” por el siguiente párrafo:

“cuando dicha penetración sexual se produce sin el consentimiento de la víctima [...] el consentimiento para este fin debe ser expresado voluntariamente, como resultado de la libre voluntad de la víctima, evaluado en el contexto de las circunstancias circundantes. La *mens rea* será la intención para llevar a cabo esta penetración sexual, y el conocimiento de que se produce sin el consentimiento de la víctima” (Kunarac *et ál.*, párr. 460)³⁴.

34 *Mens rea* es una locución latina que significa literalmente “mente culpable” y que en el ámbito del derecho penal hace referencia a la intención o voluntad que se tiene en el momento de realizar una conducta ilícita.

Esta definición es confirmada en su totalidad por la Sala de Apelaciones del TPIY (Bou, 2012: 14) que, además, subraya que en absoluto puede afirmarse que la existencia de violencia o coacción sea un requisito *sine qua non* de la existencia de violación, pues es evidente que se cometen violaciones sin la presencia de violencia (Sentencia en apelación *Kunarac et ál.*, párr. 127-129)³⁵ pero en las que existe extorsión o incluso intimidación³⁶, como métodos de coerción que invalidan un posible consentimiento (Martín y Lirola, 2013: 62).

Finalmente, y como hizo el TPIR, el TPIY sorteó la falta de desarrollo normativo de los diferentes crímenes sexuales en su Estatuto definiendo la violencia sexual y vinculando sus diversas expresiones a crímenes previstos en el Derecho Internacional Humanitario (Bou, 2012: 37-38). Sobre esta base, por ejemplo, en el caso Furundžija el Tribunal subrayó que, además de la definición mecánica de violación como crimen clave dentro de la violencia sexual,

“las reglas del Derecho Internacional Penal no sólo reprimen la violación sino toda violencia sexual grave que no se acompañe de una verdadera penetración. Puede decirse que están prohibidas todas las violencias graves que afecten a la integridad física o moral de la persona y que se infrinjan mediante amenazas, intimidación o uso de la fuerza, de manera que humille o degrade a la víctima” (TPIY, Furundžija, párr. 688).

En este sentido, el TPIY especifica que la “violencia sexual cubre una noción más amplia que la de violación e incluye crímenes como la esclavitud sexual o el acoso” (TPIY, Kvočka: párr. 180), e indica que estas prácticas incluyen no sólo los tipos del Estatuto de la CPI, sino también otros no citados y que no entran dentro de aquellas categorías, como los matrimonios forzados, la mutilación sexual, la esterilización forzosa o el aborto forzoso. De hecho, se asumió la esclavitud sexual –pese a no estar aún codificada– como crimen de lesa humanidad, al vincular la violencia sexual con la situación de “propiedad de las víctimas por parte de los victimarios” (TPIY, Sentencia en apelación *Kunarac et ál.*, párr. 251-253). Previamente, el Tribunal ya había dejado claro que la esclavitud, la capacidad de comprar y vender a alguien y controlar su vida, su trabajo y –en lo que respecta a este texto– su sexualidad o autonomía sexual, comprendían un tipo específico de esclavitud (TPIY, Sentencia *Kunarac et ál.*, párr. 543) que debía ser perseguido y cuya definición serviría

35 TPIY, *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković Judgment* (IT-96-23 & IT-96-23/1-A), de 12 de junio de 2002.

36 TPIY, *Prosecutor v. Kvočka et ál.*, Judgment (IT-98-30/1), de 2 de noviembre de 2001, párr.: 559).

de base para la codificación posterior de los elementos de este crimen en la CPI (Pou, 2012: 80). Por tanto, el Tribunal configura esta conducta como un nuevo modo de violencia sexual al afirmar que “la esclavitud, incluida la basada en la explotación sexual, es un crimen diferente al de violación” (TPIY, Sentencia en apelación *Kunarac et ál.*, párr. 186).

3.3. La Corte Penal Internacional

La incorporación expresa en el Estatuto de la CPI de nuevas prácticas definidas como violencia sexual puede y debe considerarse como un elemento positivo, al mismo tiempo que el desarrollo de los comportamientos materiales ofrecen seguridad jurídica, creando el mayor cuerpo jurídico “sexoespecífico” (Bienvenu Haba y Lafontaine, 2017: 76) hasta la fecha. Sin embargo, tanto la normativa como la jurisprudencia de la CPI han optado no sólo por insistir en la vía mecánica respecto a la definición de violación, sino que la descripción detallada de los comportamientos perseguibles en el caso de este crimen supone una minimización de las conductas calificables como violación. Así ocurre en su sentencia en el caso Katanga³⁷, en la que afirma que para considerarse violación “en cualquier caso debe producirse una penetración, aún superficial, de una parte del cuerpo por un órgano sexual o de la penetración del ano o la vagina por un objeto o cualquier otra parte del cuerpo” (párr. 963), siguiendo literalmente la descripción del documento “Elementos de los crímenes”, texto que, como hemos señalado más arriba, en todo caso no es obligatorio para la Corte.

En lo que respecta a la ausencia de consentimiento, la CPI confirma la jurisprudencia internacional penal anterior y resuelve que esta “no debe ser probada” (CPI, caso Katanga, párr. 965), toda vez que cualquiera de las circunstancias previstas y detalladas sobre la coerción implican automáticamente ausencia de consentimiento en conflictos armados. Recordemos que, en cualquier caso, el acusado Germain Katanga fue declarado no responsable del crimen de violencia sexual.

Pese a las posibilidades que su Estatuto le ofrece, la CPI presenta un pobre resultado hasta la fecha en la lucha contra los crímenes sexuales. Esto se anticipó ya en su primera sentencia (CPI, caso Lubanga, 2012³⁸), en un caso en el que

37 CPI, *Prosecutor v. Germain Katanga*, Judgment (ICC-01/04-01/07), de 7 de marzo de 2014.

38 CPI, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment (ICC-01/04-01/06-2842), de 14 de marzo de 2012.

la fiscalía de la CPI le acusó de reclutamiento de menores pero no incluyó en la acusación crímenes de naturaleza sexual, lo que afectó gravemente el resultado del proceso. Como señala Andrea Forer (2013: 54), limitar la acusación al reclutamiento de menores y excluir la violencia sexual fueron decisiones que influyeron en la sentencia final, por ejemplo, en las decisiones sobre la pena, que fue relativamente baja, o sobre las reparaciones, dado que no se pudo incluir a las víctimas de violencia sexual en los programas de reparación integral. Tampoco puede celebrarse la negativa de la CPI a perseguir como un crimen con identidad propia los matrimonios forzados (lo cual, como veremos a continuación, sí se ha hecho en el TESL). Al mantenerlo como una manifestación dentro de la esclavitud sexual (CPI, caso Katanga: párr. 977-978 y caso Lubanga: párr. 36), ha perdido la oportunidad de desarrollar y definir esta conducta de manera específica (Martín y Lirola, 2013: 73).

Finalmente, en su sentencia condenatoria en primera instancia en el caso Bemba³⁹, la CPI mantiene la definición de violación y las consideraciones sobre la falta de consentimiento recogidas en el documento “Elementos de los crímenes” sobre la base interpretativa de la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, sin aportar mayor desarrollo (párr. 99-109). Sin embargo, es cierto que condena la violación como crimen contra la humanidad y como crimen de guerra (párr. 694), aprovechando el desarrollo convencional de estos tipos penales en su Estatuto y marcando un importante hito jurisprudencial de este tribunal.

Asimismo, el caso Bemba (párr. 197-198) supone el primer ejemplo de la posibilidad de condenar a las personas con “responsabilidad de mando o de superior jerárquico” por las violencias sexuales cometidas en conflicto armado por personas bajo su mando, bien porque sabían lo que ocurría, bien porque debían haberlo sabido y tomado medidas para evitarlo (Mabanga, 2016; Bienvenu Haba y Lafontaine, 2017), siempre mediando el análisis caso a caso. Sin embargo, este avance se ha visto empañado por la decisión de la Sala de Apelaciones de declarar inocente al acusado (CPI, caso Bemba en apelación⁴⁰) tras imponer un rigor en cuanto a las pruebas materiales y circunstanciales que “puede ser calificado de excesivo, a la luz de las características de los crímenes competencia de la Corte” (Quesada, 2018: 10). Además, el asunto Bemba también es criticado por retroceder en la calificación de la desnudez forzosa como crimen de naturaleza sexual (Bienvenu Haba y Lafontaine,

39 CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Judgment (ICC-01/05-01/08), de 21 de marzo de 2016.

40 CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo en apelación*, Judgment (ICC-01/05-01/08 A), de 8 de junio de 2018.

2017: 77), cerrando de este modo una jurisprudencia de la CPI, hasta ahora, bastante decepcionante en lo que se refiere a la persecución de la violencia sexual en conflictos armados.

3.4. Tribunal Especial para Sierra Leona

El TESL, precisamente por ser creado tras la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* de la ex Yugoslavia y de Ruanda y tras la aprobación del Estatuto de Roma, incluyó en su Estatuto una mayor atención a la violencia sexual, aunque su producción ha sido considerablemente menor.

En lo que respecta al crimen de violación, se mantiene fiel a las definiciones del TPIY desde el principio (Bou, 2012: 20), con una descripción mecánica de la misma, si bien incorpora el intento de violación y la imposibilidad de admitir el consentimiento de menores de 14 años, e insiste en la defensa de la autonomía sexual como eje del consentimiento (Sentencia Armed Forces Revolutionary Council: párr. 693-694)⁴¹. Asimismo, y consolidando una noción jurisprudencial que puede verse ya en tratados internacionales sobre la materia (como el Estatuto de la CPI), el TESL argumenta que la falta de consentimiento en conflictos armados puede darse por supuesta, pues la coerción en estas situaciones es “prácticamente universal”⁴².

Respecto a otras formas de violencia sexual, el Estatuto del TESL contempló más acciones perseguibles además de la violación como, por ejemplo, la esclavitud forzosa. Y no sólo aprovechó esta inclusión para desarrollar la noción y perseguir esa práctica concreta⁴³, sino que también incluyó la noción de matrimonio forzoso como un nuevo tipo de crimen sexual. Así, y pese a ciertas reticencias iniciales, distinguió el matrimonio forzoso de la esclavitud sexual, al describirlo como:

“una situación en la que el perpetrador mediante sus palabras o conducta, u otros bajo su responsabilidad, obliga a una persona por la fuerza o coerción

41 TESL, *Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara and Santigie Borbor Kanu* (Sentencia *Armed Forces Revolutionary Council*), Judgment (SCSL-04-16-T), de 20 de junio de 2007.

42 TESL, *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Judgment (SCSL-093-01-T), de 18 de mayo de 2012, párr. 416.

43 TESL, *Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon y Augustine Gbao* (Sentencia *Revolutionary United Front*), Judgment (SCSL-04-15-T), de 8 de abril de 2009, párr. 157-161.

a servir como su compañera conyugal dando como resultado un sufrimiento severo, y daños físicos, mentales o psicológicos a la víctima⁷⁴⁴.

3.5. Tribunales regionales de derechos humanos

Puesto que no podemos realizar un análisis exhaustivo de los pronunciamientos de los diferentes órganos judiciales regionales de derechos humanos respecto a la violencia sexual, en este apartado nos detendremos someramente en algunos ejemplos significativos. Recordemos que en estos tribunales regionales se condena a los Estados, no a las personas responsables de los crímenes (como ocurre en los tribunales penales internacionales). Esto no obsta para que en ellos las conductas perseguibles y sus definiciones se basen también en el Derecho Penal Internacional, lo que ofrece una mayor seguridad jurídica.

3.5.1. Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en una reciente oportunidad para tratar la cuestión de la violencia sexual (caso *Atenco v. México*)⁴⁵, ha manifestado que esta puede suponer un crimen de torturas (CIDH, 2018, párr.193) porque,

“la violencia sexual vulnera valores y aspectos esenciales de la vida privada de las personas, supone una intromisión en su vida sexual y anula su derecho a tomar libremente las decisiones respecto a con quién tener relaciones sexuales, perdiendo de forma completa el control sobre sus decisiones más personales e íntimas, y sobre las funciones corporales básicas” (*ibid.*, párr.179).

En este sentido, la definición de violencia sexual que utiliza la CIDH es considerablemente más amplia que la definición limitada y mecánica que se ha consolidado de momento en el Derecho Internacional Penal. Para la CIDH,

“la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento, que además de

44 TESL, *Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara and Santigie Borbor Kanu* (Sentencia en apelación *Armed Forces Revolutionary Council*), Judgment (SCSL-04-16-T), de 22 de febrero de 2008, párr. 196.

45 CIDH, *Caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco v. México*, Sentencia de 28 de noviembre de 2018.

comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno” (*ibid.*, párr. 182).

La CIDH afirma que “la violación sexual constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres cuyas consecuencias, incluso, trascienden a la persona de la víctima” (*ibid.*, párr. 184). El tratamiento diferenciado de la violación sexual de un hombre o una mujer implica reconocer la desigualdad estructural existente entre ambos en la sociedad, para, sobre esa base, desarrollar y aplicar interpretaciones jurídicas que corrijan dicha desigualdad con una respuesta adecuada. Esto es, se trata de implementar la necesaria perspectiva de género en los casos que afectan a las mujeres por el hecho de serlo (Poyatos, 2018; Avilés, 2017).

En el caso de los crímenes en Atenco –de forma novedosa, pues estos no se produjeron en una situación declarada de conflicto armado, sino de represión socio-política–, la CIDH utilizó las definiciones de violencia sexual en conflictos armados para subrayar, añadiendo a la condena por torturas que,

“la violencia sexual en el presente caso fue utilizada por parte de agentes estatales como una táctica o estrategia de control, dominio e imposición de poder. De hecho, [...] la violencia sexual fue aplicada en público, con múltiples testigos, como un espectáculo macabro y de intimidación en que los demás detenidos fueron forzados a escuchar, y en algunos casos ver, lo que se hacía al cuerpo de las mujeres” (CIDH, 2018, párr. 202).

Asimismo, la CIDH consideró no sólo ilícito, sino un agravante de la responsabilidad estatal que,

“en el presente caso, los agentes policiales instrumentalizaron los cuerpos de las mujeres detenidas como herramientas para transmitir su mensaje de represión y desaprobación de los medios de protesta empleados por los manifestantes. Cosificaron a las mujeres para humillar, atemorizar e intimidar las voces de disidencia a su potestad de mando” (*ibid.*, párr. 204).

Todavía en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ya había tenido oportunidad de referirse a la violencia sexual en conflicto armado en el conocido asunto Raquel Mejía contra Perú⁴⁶, en el cual consideró que el abuso sexual, “además

46 ComIDH, *Caso Raquel Martín de Mejía v. Perú*, Informe n° 5/96 (n° 10.970), de 1 de marzo de 1996.

de constituir una violación a la integridad física y mental de la víctima, implica un ultraje deliberado a su dignidad” (ComIDH, 1996, párr. 99), por lo que el acto fue finalmente considerado tanto tortura como violación del derecho a la intimidad de la víctima (Villanueva, 2006: 421).

3.5.2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

La aproximación a la definición de violación por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) procede de fuentes normativas propias (especialmente, el Convenio Europeo de Derechos Humanos-CEDH y el derecho interno de los Estados miembros del Consejo de Europa) y del Derecho Internacional, sobre todo el Derecho Internacional Penal. A pesar de que el TEDH no atiende por lo general casos de violencia sexual en conflictos armados, su jurisprudencia nos interesa en varios sentidos. Para empezar, ha expresado su convicción de que una violación se produce y debe perseguirse, aunque no esté así expresamente delimitado en la normativa, siguiendo la “tendencia universal de considerar la ausencia de consentimiento como el elemento constitutivo de la violación y otras violencias sexuales” (TEDH, *M.C. v. Bulgaria*: párr. 163)⁴⁷. Desde esta aproximación, que elimina la necesidad de probar consentimiento alguno por parte de la víctima y asume que la coacción tiene múltiples y diversas manifestaciones más allá de la violencia física, nos acercamos a una impartición de justicia con cierta perspectiva de género.

La violación por parte de fuerzas policiales o representantes del Estado puede calificarse como tortura a la luz del artículo 3 del CEDH. Sobre esta base,

“la violación de una detenida por un agente del Estado debe ser considerada como una forma particularmente grave y odiosa de malos tratos, habida cuenta de la facilidad con la que el agresor puede abusar de la vulnerabilidad y la fragilidad de la víctima” (TEDH, *Aydin v. Turquía*, párr. 83)⁴⁸.

Esta definición de las formas de sometimiento se fundamenta en la producción interpretativa de los tribunales penales internacionales *ad hoc* analizada, y se extiende aquí a otras causas donde son agentes públicos, en calidad de tales, los responsables de la violencia sexual.

47 TEDH, *M.C. v. Bulgaria*, Judgment (n° 39272/98), de 4 de diciembre de 2003.

48 TEDH, *Aydin v. Turquía*, Judgment (n° 23178/94), de 25 de septiembre de 1997.

Desde la perspectiva del TEDH, la violación tiene más que ver con la vivencia de la propia víctima que con los diferentes elementos materiales concretos descritos en las normas penales o en la jurisprudencia. Sin la voluntad y autonomía sexual de la persona, se afecta a su integridad física y moral, a su dignidad. Como señala este tribunal,

“la manera en que la violación es percibida por la víctima se comprende mejor hoy en día y se reconoce que a menudo las víctimas de violencias sexuales, especialmente mujeres jóvenes, no ponen resistencia física al agresor por un número indeterminado de razones” (TEDH, M.C. v. Bulgaria, párr. 164).

Esta percepción del Derecho centrada en la víctima “traduce el avance de las sociedades hacia una igualdad efectiva y al respeto de la autonomía sexual de todo individuo” (*ibíd.*, párr. 165).

4. Impacto de la normativa y jurisprudencia internacionales sobre violencia sexual en los tribunales internos de los Estados

Las fuentes normativas y jurisprudenciales internacionales de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional Penal han tenido un gran efecto en las jurisdicciones internas de los Estados ante crímenes sexuales cometidos durante conflictos armados. Algunos de los avances ya analizados en este texto están siendo asumidos progresivamente por diferentes ordenamientos y jurisdicciones nacionales. En esos casos, aparece “una combinación de principios de derecho penal y de Derecho Internacional. La idea central de la responsabilidad individual y de la reprochabilidad de una determinada conducta [...] proviene del derecho penal” (Cortes, 2012: 66), pero derivada de unas normas de origen internacional.

Así, cuando los órganos judiciales de un Estado se enfrentan a actos de violencia sexual en conflicto armado, se sirven de la producción y la jurisprudencia internacional. Esto sucede de forma diferente, en función de los mecanismos de recepción de normas internacionales de cada ordenamiento, pero puede verse, en cualquier caso, tanto como una referencia para los órganos jurisdiccionales internos en esta materia como, por supuesto, un mecanismo de seguridad jurídica para las víctimas. En este apartado nos acercamos someramente a las experiencias en este sentido en diferentes Estados.

4.1. Guatemala

El caso Sepur Zarco en Guatemala es un gran ejemplo de la evolución de la persecución de la violencia sexual en un conflicto armado y de la impronta de la jurisprudencia internacional a la hora de completar los ordenamientos internos del Estado, que pueden, como en este caso, utilizar la calificación de crímenes de lesa humanidad (Ríos y Brocante, 2017: 89-90). Asimismo,

también es ejemplo de la violencia sexual contra las mujeres indígenas por parte del Estado en el marco de un “*continuum* de violencia normalizada que se agravó durante el conflicto armado” (Velásquez Nimatuj, 2019: 88).

La sentencia de este caso⁴⁹ incluye la perspectiva de género en el análisis de la violencia sexual, cuando señala “que se humilló a la mujer, para destruir el contexto de la comunidad y producir el rompimiento social” (párr. 475), y que,

“hubo un diseño estratégico, para pulverizar el tejido comunitario y destruir su capacidad productiva. Se practicó una rutina, seguida de actos disciplinarios, no era sólo el satisfacer las necesidades sexuales de la tropa, la violación sexual fue parte de la guerra. Los Juzgadores consideramos que en el caso de las mujeres de Sepur Zarco, fueron sometidas a violaciones sexuales en forma continuada, y también fueron sometidas a esclavitud doméstica” (párr. 488).

En esta sentencia puede notarse la herencia del Derecho Internacional Penal y de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre violencia sexual (Ríos y Brocante, 2017). En este caso, la incorporación de las categorías jurídicas de origen internacional permitió abordar mejor la utilización de la violencia sexual contra mujeres en escenarios de conflicto, no sólo como “simples” crímenes de guerra, sino como unas prácticas organizadas de destrucción social de toda una comunidad.

Como señala Amandine Fulchiron (2017: 74), interesa nombrar la violación sexual en este conflicto armado también como genocidio –lo cual no fue recogido en la mencionada sentencia–, “para sacar los crímenes sexuales del ámbito de la intimidación y visibilizarlos como una política central de la guerra específicamente dirigida a destruir la vida de las mujeres”. De hecho, las mujeres indígenas fueron atacadas sexualmente por ser mujeres y por ser mayas –ellas fueron el 88,7% de las víctimas de violación sexual durante el conflicto, según datos de la Comisión para el Esclarecimiento histórico en Guatemala–, en un claro intento de poner fin a un grupo específico. Asimismo, y como ha sucedido en otros contextos de conflicto armado, el patriarcado consolidado también en las propias comunidades no ayudó en el proceso de recuperación individual y colectiva, en la medida en que a menudo las propias comunidades

49 Guatemala. Tribunal Primero de Sentencia Penal, *Caso Sepur Zarco*, Sentencia (c-01076-2012-00021), de 26 de febrero de 2016.

revictimizaron y estigmatizaron a las mujeres supervivientes de violencia sexual y complicaron la reparación del daño sufrido.

4.2. Argentina

La particularidad del caso argentino respecto a los procesamientos por violencia sexual es que no se inscriben directamente en un conflicto armado, sino que se refieren a la violencia sexual en el marco del terrorismo de Estado practicado durante los años de la dictadura militar. Se trató de una política de Estado dirigida también contra el proceso de empoderamiento de las mujeres en las décadas de 1960 y 1970, puesto que “el terrorismo de Estado propuso un regreso a los valores tradicionales” (Rita Villegas, 2018: 256). Esta perspectiva de política de Estado implica que,

“la violencia sistemática sufrida por las mujeres en los centros clandestinos de detención fue específica, sistemática y planificada. Los métodos represivos fueron distintos para las mujeres, además de las torturas sufrieron violencia sexual [...] con carácter rutinario y extendido, con el objetivo principal de disciplinarlas en sus identidades de género” (*ibíd.*: 257).

Si bien no era una situación de conflicto armado, el régimen dictatorial estructuró prácticas semejantes a las que hemos analizado en la jurisprudencia internacional de escenarios bélicos. Así, entre las distintas formas de violencia sexual a las que fueron sometidas las mujeres en los centros de detención clandestinos durante la dictadura, se encuentran muchas conductas analizadas en este texto, como desnudez forzada, tratos humillantes, esclavitud sexual, violación, aplicación de tormentos en órganos sexuales, embarazos no deseados o inducción del parto (Álvarez, 2019: 60).

Pese a la gravedad de estas prácticas, históricamente su persecución judicial en el país no ha confirmado su naturaleza de conductas con una sustantividad jurídica propia, es decir, comportamientos que deben ser analizados y perseguidos de manera específica e individualmente. La justicia argentina ha ido enmendando este planteamiento y ya existen tribunales que ven la necesidad de un cambio de paradigma. Por ejemplo, en la sentencia del caso Juana Agustina Aliendro y otros (2013: 12), el propio tribunal señala que, vistas las normas y jurisprudencia internacionales sobre la cuestión,

“se debería concientizar a los tribunales nacionales a abandonar la tendencia de considerar a los delitos sexuales cometidos en el marco del terrorismo de estado como una forma más de tormentos, figura bajo la cual tradicionalmente se califican las torturas, vejaciones y sometimientos a las que se vieron expuestas las personas privadas ilegítimamente de su libertad”⁵⁰.

De esta forma, en la medida en que esta sentencia incorporó en 2010 el *corpus* jurídico internacional en un contexto de política de Estado, se consideran los crímenes sexuales como crímenes de lesa humanidad y, por tanto, imprescriptibles. Aun así, la persecución de la violencia sexual ocurrida durante la dictadura ha sido tardía en Argentina. Esto ha supuesto graves problemas para la reparación de las víctimas, ha normalizado la violencia de género ejercida durante el régimen militar y ha contribuido, de acuerdo a María Cecilia Rita Villegas (2018: 262-264), a consolidar estereotipos sexistas y normalizar también la violencia contra las mujeres en el contexto democrático posterior.

4.3. Colombia

La consideración de los delitos de violencia sexual en el conflicto armado en Colombia se plantea aquí a la luz del derecho penal interno, del Derecho Internacional Penal y del Derecho Internacional Humanitario. Se trata de comprobar si esos delitos han supuesto casos de crímenes de guerra, de lesa humanidad o ambos. Aunque los pasos son lentos y escasos, algunas nuevas aportaciones jurisprudenciales parecen acercar los procesos judiciales nacionales a la experiencia internacional.

La propia Corte Penal Internacional, en un informe dedicado a este país (CPI, 2019, párr. 90-91), señala que existe fundamento razonable para creer que se han cometido violaciones y otras formas de violencia sexual que podrían ser considerados crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, recogidos en los artículos 7 y 8 del Estatuto de la CPI. En ese mismo informe recopila casos en los que diferentes instancias judiciales ordinarias o la propia

50 Argentina. *Veredicto en la Causa 960/11. Aliandro, Juana Agustina y otros. Desaparición forzada de personas, violación de domicilio, privación ilegítima de la libertad, tormentos, etc. Imputado Musa Azar y otros.* Causa 960/11, Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Santiago del Estero, 5 de marzo de 2013.

Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)⁵¹, han conocido actos de naturaleza sexual cometidos por integrantes de grupos guerrilleros, grupos paramilitares y por las propias fuerzas armadas colombianas contra la población civil (*ibíd.*, párr. 110-118).

Así, a modo de ejemplo, la primera sentencia de Tribunal Superior de Bogotá en la Sala de Justicia y Paz relacionada con delitos de género, en 2011⁵², calificó el conflicto interno como conflicto armado (párr. 1) y decidió utilizar tanto la normativa y jurisprudencia interna como la internacional como fundamento jurídico de su argumentación y conclusiones (párr. 55-111). Esta sentencia, que incorporó las definiciones del Derecho Internacional como propias, condenó a miembros del grupo paramilitar “Autodefensas Unidas de Colombia” (AUC) por crímenes de naturaleza sexual considerados, de manera concurrente, crímenes de guerra y de lesa humanidad, pese a que esta segunda categoría de crímenes no estaba codificada en el derecho interno colombiano (Cortes, 2012: 81).

La sala aprovecha esta primera sentencia para poner las bases de la lucha contra la violencia sexual en el conflicto, cuando “reconoce la necesidad de su visibilización para combatir la impunidad y cumplir con la obligación de sancionar que hace parte del deber de garantía. Para ello, es necesario analizar este tipo de delitos desde un enfoque de género” (párr. 84-85). Citando fuentes jurisprudenciales internacionales, entre ellas, sentencias del TPIY y del TPIR, la sala aborda los delitos sexuales insistiendo en su especial gravedad, porque son “graves infracciones que atentan directamente contra la dignidad de las personas que los padecen y contra el tejido social” (párr. 96).

Sin embargo, la sensación de impunidad y falta de reconocimiento del sufrimiento de las víctimas en casos como el de Marco Tulio Pérez Guzmán, alias “El Oso”, dirigente paramilitar responsable, entre otros delitos graves, de cientos de agresiones sexuales de diferente tipo (CNRR–Grupo de Memoria Histórica, 2011: 57-197), han reflejado las dificultades de aplicación del derecho vigente y las limitaciones de los procesos de justicia transicional, así como las dificultades de la reparación de las víctimas y su recuperación

51 Órgano jurisdiccional creado como herramienta de justicia transicional en virtud de los Acuerdos de Paz de 2016.

52 Colombia. Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Magistrada Ponente: Léster María González Romero, del uno de diciembre de 2011, contra los postulados *José Rubén Peña Tobón, Wilmer Morelo Castro y José Manuel Hernández Calderas*.

del trauma que provoca el terror sexual. El mencionado paramilitar negó su responsabilidad en actos de violencia sexual ante la JEP, por lo que en 2014 fue excluido de los beneficios de la Ley de Justicia y Paz (2005) y su caso se trasladó a la justicia ordinaria, en la cual fue finalmente condenado, en 2018, a 24 años de prisión por crímenes sexuales, calificados por el tribunal como de lesa humanidad⁵³.

La violencia sexual en el conflicto colombiano ha estado presente en todas sus facetas y ha sido práctica común de la mayoría de los actores armados, que han utilizado el cuerpo de las mujeres (mayoritariamente) como campo de batalla. El grado de impunidad ante estos hechos ha sido elevado porque el acceso a la justicia penal conlleva muchos obstáculos, entre otros: escasa preparación de la fiscalía, desidia de las administraciones, falta de voluntad política, visión tradicional de la feminidad, traslado del peso del proceso sobre la víctima y no el victimario y, por supuesto, una inapropiada aplicación de la normativa interna e internacional (*ibíd.*: 383-385).

4.4. Perú

Los testimonios de violencia sexual generalizada durante el conflicto interno en Perú no han supuesto una reacción adecuada de las autoridades judiciales del país (Astocondor *et ál.*, 2011). Si bien la Comisión de la Verdad y la Reconciliación (CVR) encontró pruebas y refirió 538 casos de violencia sexual en su Informe Final (2003), muy pocos de entre ellos han llegado a sede judicial⁵⁴. La violencia sexual, cometida mayoritariamente contra mujeres y niñas, ha quedado registrada en múltiples testimonios, y se observa en las secuelas que padecen las víctimas e incluso en el número de menores fruto de esa violencia (Ríos y Brocante, 2017: 92-95).

La CVR explicó en su Informe Final que la base jurídica de su análisis es la normativa internacional, especialmente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho

53 Sentencia del Juzgado Penal del Circuito Especializado de Sincelejo (Sucre).

54 El caso de Manta y Vilca es el más próximo a obtener sentencia. Hasta la fecha está aún pendiente por problemas procesales, el impacto de la pandemia COVID19 y la evidente dejación del poder judicial, como denuncian los movimientos legales feministas. Para más información véase: <https://manoalzada.pe/feminismos/manta-y-vilca-ultima-audiencia-de-sabino-valentin>.

Internacional Penal, y que esta normativa tiene carácter constitucional en el ordenamiento interno, de forma que dejó clara la invalidez de cualquier ley de amnistía (CVR, Informe Final, 2003: 196-214). La consideración de la violencia sexual por parte de la CVR, a la espera de pronunciamientos de órganos internos judiciales, se ajusta al documento “Elementos de los crímenes” de la CPI, y queda plasmada de la siguiente forma:

“La CVR considera la violencia sexual contra la mujer, de acuerdo con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como una violación per se de los derechos humanos y, perpetrada en relación con el conflicto armado interno habido en el Perú, como una transgresión grave del Derecho Internacional Humanitario. Esta violencia, además, [...] constituye crimen de lesa humanidad, al alcanzar los caracteres que pueden calificarse en algunos casos como generalizada y en otros como sistemática. Las responsabilidades alcanzan así no sólo a los perpetradores directos sino también a los jefes o superiores de aquéllos, pudiendo ser los presuntos responsables agentes estatales, civiles o miembros de organizaciones subversivas” (*ibid.*: 265).

En este sentido, la violencia sexual se reconoce de manera específica. Como señala nuevamente el informe de la CVR (*ibid.*: 272-273),

“a lo largo del conflicto armado que se vivió en el país, se produjeron numerosos actos de violencia sexual contra las mujeres peruanas por agresores provenientes tanto del Estado como de los grupos subversivos. Esto ha sido destacado por organizaciones internacionales, enfatizándose cómo durante el conflicto, ambas partes enfrentadas violaban sexualmente a las mujeres y abusaban de ellas durante sus incursiones en las zonas de emergencia o durante las detenciones e interrogatorios. Esta realidad nos permite hablar de una ‘violencia de género’ durante el conflicto armado vivido en el Perú, dado que la violencia sexual afectó a las mujeres por el solo hecho de serlo. Si bien se dieron casos de violencia sexual contra los varones, las mujeres fueron afectadas mayoritariamente por estos hechos”.

Más allá de lo señalado por la CVR, el reconocimiento de las víctimas y la reparación del daño por parte de las instancias judiciales peruanas sigue un proceso muy lento. Cuatro décadas después de los hechos, pruebas y testimonios han ido desapareciendo y se ha revictimizado a las mujeres afectadas supervivientes (Astocondor *et ál.*, 2011). En ese sentido, el punto de partida que supuso el trabajo y las conclusiones de la CVR pueden perder

gran parte de su potencialidad si no le siguen pronunciamientos judiciales que hagan justicia y reparen el daño.

4.5. República Democrática del Congo

En la RDC, la violencia sexual se ha cometido de manera generalizada y sistemática en los diferentes conflictos armados ocurridos desde la década de 1990. Sin embargo, su persecución penal en los tribunales nacionales ha sido muy limitada. De hecho, este país es un ejemplo paradigmático del desequilibrio existente entre la gravedad y magnitud de la violencia sexual cometida en los conflictos armados y su escasa respuesta por parte del Estado, órganos judiciales incluidos, lo que ha provocado un altísimo grado de impunidad ante este crimen.

En la RDC, el proceso penal es particularmente complejo y caro. Entre las limitaciones existentes para el enjuiciamiento de los actos de violencia sexual en los tribunales internos se encuentran las siguientes: exigencias del proceso en relación con la carga de la prueba; coste económico de acceso a la justicia; falta de preparación (tanto jurídica como, especialmente, de género) de los operadores jurídicos que participan en los procesos (judicatura, abogacía, forensía); en el caso de las fuerzas de seguridad nacionales, la persecución de soldados de bajo rango pero no de rangos superiores, bien sea por acción u omisión⁵⁵; ausencia de medidas de protección y garantía de víctimas y testigos antes, durante y después del proceso; estigmatización social y revictimización derivadas del propio proceso; falta de confianza en la justicia; etcétera (FIDH-RDC, 2013: 53 y ss.; HRW, 2009: 48 y ss.).

Aunque han sido excepcionales, existen ejemplos de sentencias condenatorias contra militares, policías y miembros de grupos armados no estatales. Destacamos aquí tres casos. El primero fue el caso Songo Mboyo, que concluyó con la primera condena por crímenes de lesa humanidad contra miembros de un batallón del Ejército nacional congoleño, acusados de violar

55 Es un principio de Derecho Internacional Humanitario consuetudinario que fue incorporado al Estatuto de Roma que, además de la responsabilidad penal directa que pudiera corresponder a los militares superiores jerárquicos por su propia comisión de crímenes o por las órdenes dadas a sus subordinados, pueden además ser culpables por no haber tomado medidas para prevenir y por no castigar los crímenes cometidos por los militares bajo su mando (HRW, 2009: 18).

a 120 mujeres y niñas. La sentencia emanó de un tribunal militar en 2006, en aplicación de las disposiciones sobre este crimen recogidas en el Estatuto de la CPI, del que la RDC es Estado parte.

En el segundo caso, en 2009, Gédéon Kyungu Mutanga, líder de un grupo *maï-maï* (milicias de defensa locales) que había cometido sistemáticamente violaciones, mutilaciones genitales y esclavitud sexual, fue condenado junto con varios de sus soldados por estos actos, recogidos en el Estatuto de la CPI. Este caso fue especialmente significativo porque el tribunal reconoció que el Estado congoleño era también civilmente responsable por haber facilitado armas a dicho grupo armado y “por no haber hecho jamás un esfuerzo para proceder al desarme total y efectivo de estos combatientes”, razón por la que fue condenado “a reparar los daños derivados de la comisión de esos crímenes” (DIDH-RDC, 2013: 25-28)⁵⁶.

Y, en tercer lugar, en septiembre de 2020, veinte militares y un policía fueron condenados por la justicia militar en la Provincia de Kivu Sur por la comisión de violaciones y otros actos de naturaleza sexual a comienzos de ese mismo año. Asimismo, el Estado congoleño fue de nuevo condenado civilmente a indemnizar de manera solidaria los gastos de reparación de daño de las 23 víctimas, entre ellas, varias menores de edad.

56 Tribunal Militaire de Garnison de Haut-Katanga, *affaire Gédéon Kyungu Mutanga et autres*, RP No. 0134/07, de 5 marzo 2009; y, en apelación, Cour militaire du Katanga, *affaire Gédéon Kyungu Mutanga et autres*, RPA n°025/09, de 16 diciembre de 2010.

5. Reflexiones finales sobre el marco jurídico existente y su aplicación jurisdiccional

5.1. Limitaciones y lagunas identificadas

Para examinar un determinado marco jurídico –en este caso el de la violencia sexual en conflictos armados–, no sólo debemos atender a las normas que lo regulan, sino también a cómo estas son aplicadas e interpretadas en la práctica por las autoridades competentes. En el ámbito internacional, el papel de los Estados, sujetos originarios y principales del Derecho Internacional Público, es crucial. Como señala Yolanda Gamarra (2005: 13), la aplicación efectiva de los instrumentos internacionales de derechos humanos depende en gran medida de la existencia de órganos estatales con una autoridad efectiva.

Una mirada a los conflictos armados contemporáneos y al grado de impunidad de la violencia sexual cometida en ellos es suficiente para determinar que el marco normativo existente no es suficiente. Existe una enorme desproporción entre la magnitud y gravedad de los actos cometidos y su persecución penal, tanto nacional como internacional. Las razones que explican este desequilibrio son muy diversas y profundas, y no es posible examinarlas aquí como se merece. Por ello, identificamos algunas que se desprenden del contenido de este texto.

La violencia sexual en contextos de conflicto ha estado históricamente invisibilizada en los instrumentos internacionales de protección de las personas. Por un lado, esto ha sido así porque son los Estados quienes elaboran y consienten en obligarse por las normas internacionales, como parte de una perspectiva estatocéntrica del Derecho Internacional que sitúa los intereses de los Estados en el centro, en lugar de a las personas y su protección. Esto está cambiando a través de una progresiva humanización del Derecho Internacional,

aunque muy lentamente. Por otro lado, la violencia sexual se ha considerado durante mucho tiempo una cuestión del ámbito privado, de la esfera familiar, y no un atentado contra los derechos humanos o un crimen internacional digno de ser incluido en las normas internacionales y en las normas internas de los Estados. La consideración de estos actos en los conflictos armados se ha basado también en esta visión tradicional.

Cuando la protección de las personas frente a la violencia sexual en los conflictos armados comenzó a tenerse en cuenta a través del Derecho Internacional Humanitario (por ejemplo, en las Convenciones de Ginebra de 1949), el bien jurídico protegido fue el honor, la dignidad o el pudor, en el marco de una visión androcéntrica y patriarcal del Derecho. Esto es, lo que se protegía era el honor y la dignidad de la mujer, de su familia (de los hombres de su familia), de la comunidad (de los hombres de su comunidad) y/o del Estado (de los hombres del Estado). En estas normas clásicas de DIH, algunas de las cuales han llegado hasta nuestros días, subyace la preocupación por la función sexual y reproductiva de las mujeres y su rol de madres, pero no tanto por su integridad física y mental o por su intimidad (Ayat, 2010: 811). La referencia a las mujeres es indirecta, diferida, secundaria, en relación con otros, no desde su consideración como un verdadero sujeto de derechos. Se trata de normas redactadas hace más de 70 años que reflejan la visión de los hombres que las adoptaron, una visión marcada por roles y estereotipos de género que ha ayudado a construir a “las mujeres como víctimas” en las guerras. Esta visión cumple ciertas funciones “útiles”: por un lado, la guerra necesita legitimarse, y para ello es imprescindible la existencia de “víctimas indefensas” a las que “proteger”; por otro, considerar a las mujeres como “víctimas” debilita su poder y agencia como actores de los conflictos (Barrow, 2010: 222-233), al mismo tiempo que presenta a los hombres como “protectores”.

A partir de los años noventa del siglo pasado la violencia sexual en conflicto armado ha entrado con fuerza en la agenda internacional y, desde entonces, se ha impulsado como nunca antes la protección frente a esta amenaza y la responsabilidad penal individual de quienes cometen estos delitos. Sin embargo, nuevamente, los fundamentos que alientan estos esfuerzos plantean algunas dudas. Por un lado, se ha potenciado en esa protección una visión “estrictamente sexualizada” de la violencia contra las mujeres en los conflictos armados, que las reduce a sus cuerpos y a su función reproductiva y sexual, minimizando la importancia del *continuum* de las violencias cometidas en esos contextos (Rehn y Sirleaf, 2002: 9-10; Cockburn, 2004: 43). Las mujeres enfrentan diferentes tipos de violencia (física, estructural, simbólica), y en ámbitos (político, social, económico), contextos (en las zonas

de enfrentamiento de un conflicto armado, pero también fuera de estas) y momentos (antes, durante y después de los conflictos) muy diversos. Desde este punto de vista, la violencia sexual es una manifestación de la situación de desigualdad estructural por motivos de género.

Aunque presente en parte de la jurisprudencia, en especial la de los tribunales regionales de derechos humanos o de derecho interno, las referencias a las desiguales relaciones de poder entre hombres y mujeres que motivan las mencionadas violencias no aparecen reflejadas en las normas internacionales ni nacionales en este ámbito. Esta ausencia es sospechosa, especialmente si tenemos en cuenta lo trascendental que es el análisis de las relaciones desiguales de género para explicar la violencia que tiene lugar tanto en los conflictos armados como fuera de ellos. Y este silencio no extraña porque, además de estatocéntricas, las normas internacionales han sido también históricamente androcéntricas. Los hombres (sus intereses, necesidades, preocupaciones) han sido la unidad de medida, la referencia, de las normas internacionales y su aplicación e interpretación, tanto en el ámbito interno de los Estados como en los tribunales penales internacionales (Nicolás Lazo, 2013).

A su vez, y siendo un marco jurídico androcéntrico, a los hombres tampoco nos ha interesado codificar en las normas la violencia sexual contra hombres en conflictos armados. La víctima potencial de violencia sexual que implícita o explícitamente recogen las normas internacionales –y el imaginario social– es una mujer, con cuerpo, roles, características y comportamientos tradicionalmente considerados femeninos. Esto ha tenido como resultado una invisibilización generalizada de la violencia sexual cometida contra hombres en los conflictos armados (Carpenter, 2006). Aunque también ha estado muy presente en los conflictos, su consideración ha sido escasa en las normas y la jurisprudencia internacional⁵⁷, en las políticas de paz y seguridad y también en la literatura académica⁵⁸. Sin duda, ha sido –y en gran medida continúa siendo– un tema tabú. Una posible explicación es que abordar esta cuestión nos exige a los hombres (decisores políticos, legisladores, jueces, victimarios y víctimas) aceptar nuestra propia debilidad y vulnerabilidad. Vinculada a esto,

57 En este texto, hemos señalado algunos casos en los que se ha visibilizado la violencia sexual contra hombres, como en Perú, República Democrática del Congo o la ex Yugoslavia. Para más información sobre cómo esta cuestión ha sido tratada en los diferentes tribunales penales internacionales, consultar Sellers y Nwoye (2018).

58 Especialmente en las últimas dos décadas han ido apareciendo publicaciones sobre esta cuestión. Un ejemplo reciente e interesante es el libro colectivo *Sexual Violence against Men in Global Politics* (Zalewski *et al.*, 2018).

otra explicación es que en la práctica totalidad de los casos de violencia sexual contra hombres –como sucede con la violencia contra mujeres– los autores son hombres, lo cual pone sobre la mesa la reflexión sobre las masculinidades hegemónicas y militarizadas presentes en los conflictos armados y su gran capacidad explicativa de la violencia que tiene lugar en ellos (Zirion Landaluze, 2018: 64-75 y 119-122).

Del mismo modo, en la normativa internacional sigue oculta la violencia sexual en conflictos armados contra personas LGBTI (Lesbianas, Gais, Bisexuales, Transexuales, Intersexuales), quienes en dichos escenarios son objeto de violencias específicas –entre ellas la sexual–, más aún en contextos donde la homosexualidad o las identidades transgénero son socialmente rechazadas, consideradas una enfermedad o castigadas como delito. Al respecto, hemos señalado que la propia CPI hace referencia expresa en su Estatuto al género y lo circunscribe a lo masculino y femenino, dejando fuera otras posibilidades, lo que sin duda puede generar situaciones de indefensión. Esta es una cuestión pendiente que merece desarrollo doctrinal, normativo y jurisprudencial⁵⁹.

Asimismo, los obstáculos institucionales, económicos, sociales, procedimentales, etcétera a los que se enfrentan en la práctica las personas supervivientes de violencia sexual son muchas veces insalvables en los ámbitos tanto internacional como nacional, lo que tiene implicaciones graves en relación con su derecho a la justicia. Además, la estigmatización y la revictimización que a menudo provocan los sistemas judiciales las desaniman, como también lo hace el miedo a represalias. Todas estas dificultades alimentan la cultura del silencio y la impunidad de los crímenes sexuales. Es por ello imprescindible poner en marcha protocolos de protección y garantía eficaces para las víctimas y las personas que testifiquen en los procesos penales. Y, del mismo modo, si finalmente se reconoce la comisión de dichos crímenes, los instrumentos jurídicos internacionales obligan a prestar la diligencia debida también en la reparación del daño causado (Álvarez López *et ál.*, 2014), atendiendo a la víctima en tanto eje del sistema, cuestión de importancia fundamental pero que está siendo relegada en la gran mayoría de los casos.

Finalmente, un último elemento que nos gustaría destacar es el riesgo de

59 Por ejemplo, como recogen Héctor Olasolo *et ál.* (2020: 366-368), existe un intenso debate doctrinal sobre hasta qué punto determinados actos cometidos contra estas personas por su orientación sexual pueden incluirse dentro del paraguas de protección que ofrecen el crimen de genocidio o incluso los crímenes de lesa humanidad.

fragmentación del Derecho Internacional. Como hemos mostrado en el texto, la existencia de diferentes órganos jurisdiccionales internacionales (de carácter permanente y *ad hoc*; internacionales e híbridos) puede afectar el desarrollo del Derecho Internacional Penal en los crímenes de naturaleza sexual. El diferente contenido de las normas internacionales (por ejemplo, que los tipos penales de violencia sexual recogidas en los Estatutos de los tribunales tengan elementos diferentes o incluso que se recojan tipos penales diferentes), y el hecho de que su aplicación e interpretación por los tribunales no sea uniforme, pueden provocar disparidades perjudiciales para un desarrollo claro, uniforme y unívoco del Derecho en este ámbito. Hemos identificado un ejemplo de este riesgo al analizar la diferente jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda en relación con la definición de la violación sexual. Hasta qué punto esto puede debilitar el objetivo principal de protección de las personas frente a la violencia sexual en contextos de conflicto está, en gran medida, por determinar.

5.2. Debate abierto sobre las propuestas de mejora

A la vista de lo expresado tanto sobre las debilidades de las normas de protección frente a la violencia sexual en conflicto armado (y su aplicación e interpretación en los tribunales) como sobre sus limitados resultados en la práctica, parece obvio preguntarse qué cambios en las normas internacionales y en su interpretación y aplicación deben darse para ofrecer una mayor protección frente a estas violencias en particular. Sobre estas cuestiones las opiniones difieren.

En primer lugar, algunos actores como el Comité Internacional de la Cruz Roja (citado en Amnistía Internacional, 2005: 113) defienden que el problema no es tanto que no existan normas suficientes, sino principalmente su ineficiente aplicación en la práctica. En su opinión, el grado de incumplimiento del Derecho Internacional en este ámbito es especialmente elevado y, con ello, también la impunidad. Las normas existen y su contenido es, en general, adecuado –argumentan–, pero no se respetan en la práctica.

En segundo lugar, otras opiniones consideran que muchas de las normas están anticuadas en sus premisas y debieran ser revisadas, esto es, defienden que el marco normativo debe evolucionar como lo ha hecho el contexto en el que se aplica (Zorrilla, 2005: 10), en el que existe una mayor complejidad de los conflictos armados y una creciente preocupación por la protección de las personas y por la igualdad de mujeres y hombres en la agenda internacional.

El Derecho Internacional Público es una rama antigua, conservadora y poco flexible del Derecho (Gardam y Charlesworth, 2000: 166), y muchas de las normas analizadas en este texto reflejan esa realidad; son producto del desarrollo del Derecho y de la Sociedad Internacional, de las relaciones de poder, de las voluntades de los Estados y de los consensos obtenidos en el contexto en el que fueron redactadas. Como hemos visto, algunas normas han envejecido mal y tienen profundas limitaciones en este momento, razón por la que es todavía más importante una aplicación e interpretación dinámica y progresista (Martín y Lirola, 2013: 14). Entre las cuestiones a modificar se encuentran algunas ya mencionadas, como los sesgos estereotípicos y/o esencialistas sobre las mujeres (Amnistía Internacional, 2005: 113) del marco jurídico, que han dificultado que hayan sido consideradas sujetas de derecho por sí mismas; y la consideración de los bienes jurídicos a proteger y de la propia violencia sexual de manera mucho más comprehensiva e integral, por ejemplo, mediante tipos penales más inclusivos, afines a la jurisprudencia más progresista de los tribunales penales internacionales.

En tercer lugar, otras voces (Martín y Lirola, 2013: 6) proponen cambios más profundos y ambiciosos como, por ejemplo, la adopción de un nuevo acuerdo internacional específico que regule la violencia sexual en los conflictos armados. Es una propuesta interesante, pero complicada de llevar a la práctica. En el Derecho Internacional las transformaciones no suelen ser ni sencillas ni rápidas. Al ser necesario el consentimiento de los Estados para adoptar las normas –y generar, por tanto, incluir nuevas obligaciones y compromisos para ellos–, la reforma de los Tratados ya existentes o la adopción de otro nuevo específico sobre esta cuestión, requerirían tiempo y esfuerzo. Y, como ha sucedido en anteriores avances en esta materia, sería imprescindible la incidencia política y presión internacional de la sociedad civil internacional, especialmente de los movimientos de mujeres, feministas y antimilitaristas sobre los decisores políticos nacionales e internacionales.

En cuarto lugar, es necesario que los Estados garanticen el derecho a la justicia en el ámbito nacional, sobre la base no sólo de los ordenamientos internos, sino también de los estándares y los avances jurídicos internacionales analizados en este texto. Esto nos lleva a la reflexión sobre hasta qué punto la jurisprudencia emanada de tribunales internacionales y basada en normas internacionales que hemos analizado es aplicada por los tribunales nacionales de los Estados. La integración de la normativa y jurisprudencia internacional en el ámbito nacional –a través, lógicamente, de un proceso particular en cada Estado– está ampliando el alcance material del marco jurídico internacional y su recepción en el seno de muchos Estados. Así, por ejemplo,

en Perú los tratados de derechos humanos tienen rango constitucional y la jurisprudencia internacional sobre los mismos se ha incluido expresamente en el ordenamiento interno (Astocondor *et ál.*, 2011: 258). En otros Estados, la integración es más tácita, pero los tribunales internos de los Estados han aplicado las normas internacionales y/o la interpretación de estas por los tribunales internacionales. De esta manera, el contenido y la visión de la violencia sexual en los conflictos armados se está universalizando, lenta pero progresivamente, y los perpetradores tienen cada vez más difícil sostener su defensa en la ausencia de tipos penales específicos o en la existencia de leyes de amnistía (Gamarra, 2015).

Una de las cuestiones más relevantes sobre la integración de este *corpus* jurídico en los Estados es que no se está limitando exclusivamente a contextos de conflicto armado, sino que, como hemos visto, se está extendiendo también a situaciones de elevada violencia sociopolítica, como en el caso de México, ante el TIDH, o en el caso del terrorismo de Estado, como en los tribunales internos argentinos. De la misma manera, la identificación de la violencia sexual cometida por agentes del Estado con la cometida por beligerantes en conflicto armado, abre las puertas a mayores estándares de protección de la población. Nos parece relevante que quienes legislan y juzgan en los Estados utilicen de manera recurrente los desarrollos normativos y judiciales internacionales en la persecución de la violencia sexual también fuera de los conflictos armados; cuando se planteen qué es una violación, qué diferentes tipos de violencia sexual existen, qué supone el consentimiento frente a la autonomía sexual o cuál debe ser el rol de la víctima en los procesos judiciales. De este modo, cuando un tribunal deba analizar, por ejemplo, qué supone para la víctima una violación colectiva en una situación de no conflicto, quizá ya disponga de algunas respuestas en la jurisprudencia internacional.

Otro planteamiento, tal vez más radical pero que desemboca en el mismo lugar, es que la violencia sexual, en sí misma y como expresión del heteropatriarcado, ya constituye una forma de conflicto. Cuando las prácticas patriarcales son la norma en la vida diaria de las mujeres, la violencia es continua, permanente, es decir, no solo se da en los conflictos armados. Por ello, cabría preguntarse hasta qué punto pueden ser aplicables normas y jurisprudencia internacionales –en este caso, sobre violencia sexual en conflicto armado– en contextos definidos *a priori* como de “paz”.

Finalmente, en quinto lugar, otra vía interesante que ya se está explorando es la interpretación más progresista de las normas existentes. Con independencia de que el contenido de las normas se modifique o no, su interpretación y

aplicación en los tribunales puede permitir que el propio derecho evolucione hacia mayores estándares de protección frente a la violencia sexual en conflicto armado. En este texto hemos analizado diferentes ejemplos de cómo la labor de los tribunales penales –internacionales, regionales e internos de los Estados– mediante su jurisprudencia, ha favorecido la evolución del derecho recogido en las normas internacionales de manera más protectora y garante de los derechos de las personas. Entre esos ejemplos están: la caracterización de los tipos penales de naturaleza sexual como crímenes con sustantividad propia, que deben ser considerados no sólo como tortura o tratos inhumanos y degradantes, sino como crímenes de guerra, de lesa humanidad o de genocidio; la interpretación más holística de las definiciones de violación y de otros comportamientos criminales de carácter sexual; el reconocimiento de la importancia relativa de la existencia de violencia a la hora de castigar estos comportamientos, pues es la propia autonomía sexual de la víctima la que es violentada; la presunción de la ausencia de consentimiento de la víctima; y la imposibilidad de admitir como prueba la conducta sexual previa de la víctima.

En la línea de estos avances, el camino por recorrer debe basarse en la inclusión de la perspectiva de género durante todo el proceso, tanto en la creación de las normas como en su posterior aplicación e interpretación en los tribunales, ya sean internacionales o internos de los Estados. Esto supone situar en el centro a las personas supervivientes de violencia sexual y partir del análisis de sus diferentes condiciones, relaciones de poder y experiencias en la sociedad, en general, y en la situación de conflicto armado, en particular. De esta manera, será más factible garantizar su acceso a los tribunales, asegurar su protección antes, durante y después del procedimiento y, por supuesto, aplicar e interpretar las normas en cada caso de manera que se materialicen la verdad, la justicia y la reparación.

6. Referencias

- Álvarez López, Yaneth Carolina, Nina Ferrer Araujo y Yucelis Garrido Ochoa (2014). “Estándar Interamericano de la debida diligencia: aplicación por las altas cortes colombianas en los casos de delitos de violencia sexual contra mujeres en el conflicto armado”. *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, 6(11), 37-49.
- Álvarez, Victoria (2019). “‘Además me violaron’. La violencia sexual en centros clandestinos de detención durante la última dictadura militar argentina”, *Iberoamérica Social: Revista-Red de Estudios Sociales*, 3, 58-77.
- Amnistía Internacional (2005). *La violencia contra las mujeres en los conflictos armados*.
<http://ibdigital.uib.es/greenstone/collect/cd2/index/assoc/ai0045.dir/ai0045.pdf>
- Astocondor Salazar, Gisela, Andrea Ofracio Serna y Tania Raico Gallardo (2011). “La judicialización de la violencia sexual en el conflicto armado en Perú a propósito de los recientes estándares internacionales de derechos humanos desarrollados en la jurisprudencia de la Corte IDH”. *Revista IIDH*, 53, 213-259.
- Avilés, Lucía (2017). “Juzgar con perspectiva de género. Por qué y para qué”, *Tribuna Feminista*.
<https://tribunafeminista.elplural.com/2017/08/juzgar-con-perspectiva-de-genero-por-que-y-para-que/>
- Ayat, Mohammed (2010). “Quelques apports des Tribunaux pénaux internationaux, ad hoc et notamment le TPIR, à la lutte contre les violences sexuelles subies par les femmes durant les génocides et les conflits armés”. *International Criminal Law Review*, 10(5), 787-827.
- Baaz, Maria Eriksson y Maria Stern (2013). *Sexual Violence as a Weapon of War? Perceptions, Prescriptions, Problems in the Congo and Beyond*. Zed Books, Londres.
- Barrow, Amy (2010), “UN Security Council Resolutions 1325 y 1820: constructing gender in armed conflict and international humanitarian law”, *International Review of the Red Cross*, 92(877), 221-234.

Bernal Acevedo, Gloria (2013). “Primera Jurisprudencia en Violencia Basada en Género [VBG] en la Ley de Justicia y Paz en Colombia”. En Cortes, Edwin (ed.). *Decisiones Judiciales. Lubanga (D.R. Congo). Vencedores de Arauca (Colombia). Akayesu (Ruanda). Menéndez (Argentina). Río Negro (Guatemala). Comentarios.* Deutsche Gesellschaft Für Internationale Zusammenarbeit, 63-97.

Bienvenu Haba, Moussa y Fannie Lafontaine (2017). “Juger les plus hauts responsables pour crimes sexuels à la Cour pénale internationale: l’utilité de la responsabilité par omission à la lumière de la décision de la chambre de première instance dans l’affaire Bemba”. *Revue québécoise de droit international*, 1(1), 73-100.

Carpenter, Charli R. (2006). “Recognizing gender-based violence against civilian men and boys in conflict”. *Security Dialogue*, 37, 83-103.

Charlesworth, Hilary (2011). “Talking to Ourselves? Feminist Scholarship in International Law”. En Kuovo, Sari y Zoe Pearson (eds.). *Feminist Perspectives on Contemporary International Law*, Hart Publishing, Oxford, 17-33.

Comisión de la Verdad y Reconciliación de Perú (2003). *Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación.*
<https://www.cverdad.org.pe/ifinal/>

Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR–Grupo de Memoria Histórica) (2011). *Mujeres y guerra. Víctimas y resistentes en el Caribe Colombiano. Informe del Grupo de memoria histórica de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación.* Taurus, Bogotá.

Cockburn, Cynthia (2004). “The Continuum of Violence. A Gender Perspective on War and Peace”. En Giles, Wenona y Jennifer Hyndman (eds.). *Sites of Violence. Gender and Conflict Zones.* University of California Press, Berkeley, 24-44.

Corte Penal Internacional (2019). *Informe sobre las actividades de examen preliminar 2019.* Fiscalía de la CPI.
<https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/2019-PE-Report-COL-SPA.pdf>

Fédération Internationale des ligues des Droits de l’Homme-Republicque Democratique du Congo (FIDH-RDC) (2013). *Les victimes de crimes sexuels obtiennent rarement justice et jamais réparation.*
https://www.fidh.org/IMG/pdf/rapport_rdc.pdf

- Fileborn, Bianca y Fiona Vera-Gray (2017). “I want to be able to walk the street without fear”: Transforming Justice for Street Harassment. *Feminist Legal Studies*, 25, 203-227.
- Forer, Andreas (2013). “Reseña jurisprudencial del caso de Thomas Lubanga Dyilo. Notas acerca de la primera condena de la CPI”. En Cortes, Edwin (ed.). *Decisiones Judiciales. Lubanga (D.R. Congo). Vencedores de Arauca (Colombia). Akayesu (Ruanda). Menéndez (Argentina). Río Negro (Guatemala). Comentarios*. Deutsche Gesellschaft Für Internationale Zusammenarbeit, 11-62.
- Fulchiron, Amandine (2017). “Actoras de Cambio en Guatemala: poner el cuerpo y la vida de las mujeres en el centro de la justicia”. En Mendia Azkue, Irantzu, Gloria Guzmán Orellana e Iker Zirion Landaluze, *Género y Justicia Transicional*, Hegoa, Bilbao, 65-112.
- Gamarra, Yolanda (2015). “El legado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la erradicación de las leyes de amnistía”. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 9, 124-146.
- Gardam, Judith Gail y Hilary Charlesworth (2000). “Protection of Women in Armed Conflict”. *Human Rights Quarterly*, 22(1), 148-166.
- Gardam, Judith Gail y Michelle Jarvis (2000). “Women and Armed Conflict: The International Response to the Beijing Platform for Action”. *Columbia Human Rights Law Review* 32(1), 1-66.
- Goldenberg Goldstof, Melissa (2010). “Security Council Resolution 1820: An imperfect but necessary resolution to protect civilians from rape in war zones”. *Cardozo Journal of Law & Gender*, 16, 491-517.
- Human Right Watch (2009), *Les soldats violent, les commandants ferment les yeux Violences sexuelles et réforme militaire en République Démocratique du Congo*. https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/drc0709frwebwcover_0.pdf
- Hunter, Rosemary (2012). “The power of feminist judgments?”. *Feminist legal studies*, 20(2), 135-148.
- Mabanga, Ghislain (2016). “Affaire Bemba: La CPI fixe les critères d’appréciation de la responsabilité pénale du chef militaire et du supérieur hiérarchique”. *La Revue des droits de l’homme*. <https://journals.openedition.org/revdh/2072>
- Mantilla Falcón, Julissa (2008). “La violencia sexual como crimen de lesa humanidad a la luz de los avances del derecho internacional”. En Corporación Sisma Mujer, *Más allá de las cifras. Derecho Internacional*,

violencia contra las mujeres, conflicto armado. Cuarto Informe de la Red Naciones de Mujeres. Bogotá, 11-34.

<http://bdigital.unal.edu.co/49928/1/masalladelascifras.pdf>

Martín, Magdalena M. e Isabel Lirola (2013). *Los crímenes de naturaleza sexual en el Derecho Internacional Humanitario.* Institut Català Internacional per la Pau.

http://icip.gencat.cat/web/.content/continguts/publicacions/documents_i_informes/arxiu/crimenes_de_violencia_sexual.pdf

Mendia Azkue, Irantzu (ed.) (2020). *Enfoque de género en Comisiones de la Verdad. Experiencias en América Latina y África.* Hegoa, Bilbao.

<http://publicaciones.hegoa.ehu.es/es/publicacions/433>

Mendia Azkue, Irantzu, Gloria Guzmán Orellana, Maya Alvarado y Brisna Caxaj (coords.) (2012). *Ni olvido, ni silencio: Tribunal de Conciencia contra la Violencia Sexual hacia las Mujeres durante el conflicto armado en Guatemala.* Hegoa y UNAMG, Bilbao.

Moreyra, María Julia (2007). *Conflictos armados y violencia sexual contra las mujeres.* Del Puerto, Buenos Aires.

Nicolás Lazo, Gemma (2013). “Feminismos, concepto sexo-género y Derecho”. En Sánchez Urrutia, Ana y Nuria Pumar Beltrán (coords.). *Análisis feminista del derecho. Teorías, igualdad, interculturalidad y violencia de género,* Universidad de Barcelona, Barcelona, 15-35.

Odio Benito, Elizabeth (1998). “De la violación y otras agresiones a la integridad sexual como crímenes sancionados por el derecho internacional humanitario (crímenes de guerra)”. En González Volio, Lorena (ed.). *Presente y futuro de los derechos humanos. Ensayos en honor de Fernando Volio Jiménez.* Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José (Costa Rica), 259-296.

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

Olasolo, Héctor, Nicolás Buitrago y Vanessa Bonilla-Tovar (2020). “El tratamiento de la población LGTBIQ en el artículo 7 (1)(h) del Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de la definición de ‘género’ y del estándar ‘otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional’”. *Política Criminal*, 15(29), 362-385.

<http://politicrim.com/wp-content/uploads/2020/07/Vol15N29A13.pdf>

- Postigo Asenjo, Marta (2011). “Las mujeres, las guerras y el Derecho Internacional Humanitario”, *Cuestiones de género: de la igualdad y la diferencia*, 6, 117-133.
- Poyatos, Gloria (2018). *Justicia con perspectiva de género*, Asociación de Mujeres Juezas.
<http://www.mujeresjuezas.es/2018/04/26/justicia-con-perspectiva-de-genero-articulo-de-nuestra-socia-gloria-poyatos/>
- Quesada Alcalá, Carmen (2018). “La labor de la Corte Penal Internacional sometida a revisión: sentencia de apelación en el caso Jean-Pierre Bemba Gombo de 8 de junio de 2018”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 36, 2-10.
- Rehn, Elisabeth y Ellen Johnson Sirleaf (2002). *Women, War and Peace: The Independent Expert's Assessment on the Impact of Armed Conflict on Women and Women's Role in Peace-Building*. UNIFEM, Nueva York.
- Ríos, Jerónimo y Roberto Brocate (2017). “Violencia sexual como crimen de lesa humanidad: los casos de Guatemala y Perú”. *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, 117: 79-99.
- Rita Villegas, María Cecilia (2018). “La violencia contra las mujeres en el marco del terrorismo de Estado en Argentina”. *Revista Derechos en Acción*, 3(9): 251-265.
- Robin Geiss y Noëmie Bulinckx (2006). “Cuadro comparativo de los tribunales penales internacionales e internacionalizados”. *International Review of the Red Cross*, 861, 1-22.
https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/irrc_861_geiss.pdf
- Robles Carrillo, Margarita (2012). “Mujer, paz y seguridad en la ONU”. En Robles Carrillo, Margarita (coord.). *Género, conflictos armados y seguridad: la asesoría de género en operaciones*. Universidad de Granada, Granada, 135-186.
- Sakamoto, Rumi (2001). “The Women's International War Crimes Tribunal on Japan's Military Sexual Slavery: A Legal and Feminist Approach to the 'Comfort Women Issue'”. *New Zealand Journal of Asian Studies*, 3(1), 49-58.
- Sellers, Patricia Viseur y Leo C. Nwoye (2018). “Conflict-related male sexual violence and the international criminal jurisprudence”. En Zalewski, Marysia, Paula Drumond, Elisabeth Prügl y Maria Stern (eds.). *Sexual Violence against Men in Global Politics*. Routledge, Abingdon, 211-235.

Velásquez Nimatuj, Irma Alicia (2019). “*La justicia nunca estuvo de nuestro lado*”. *Peritaje cultural sobre conflicto armado y violencia sexual en el caso Sepur Zarco*. Hegoa, Bilbao.

<http://publicaciones.hegoa.ehu.es/es/publications/409>

Villanueva Flores, Rocío (2006). “Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos”. *Revista IIDH*, 42: 391-450.

Zalewski, Marysia, Paula Drumond, Elisabeth Prügl y Maria Stern (eds.) (2018). *Sexual Violence againts Men in Global Politics*. Routledge, Abingdon.

zirion landaluze, iker (2018). *Desarme, desmovilización y reintegración de ex combatientes. Género, masculinidades y construcción de paz en la República Democrática del Congo*. Tirant Lo Blanch, Valencia.

Zorrilla, Mainer (2005). *La Corte Penal Internacional ante el crimen de violencia sexual*. Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Bilbao.

Legislación y otros documentos de carácter internacional

IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (1949).

<https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/treaty/treaty-gc-4-5tdkyk.htm>

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

<https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>

Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes (1984).

<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cat.aspx>

Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950).

https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf

Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres (1979).

<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>

Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948).

<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CrimeOfGenocide.aspx>

Elementos de los crímenes, Corte Penal Internacional.

<https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/a851490e-6514-4e91-bd45-ad9a216cf47e/283786/elementsofcrimesspaweb.pdf>

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (versión actualizada 2009).

https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ruanda (versión actualizada 2002).

<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/statuteinternationalcriminaltribunalforrwanda.aspx>

Estatuto de la Corte Penal Internacional (1998).

[https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona (2002).

<http://www.rscsl.org/Documents/scsl-statute.pdf>

Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (1977).

<https://www.icrc.org/es/document/protocolo-i-adicional-convenios-ginebra-1949-proteccion-victimas-conflictos-armados-internacionales-1977>

Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (1977).

<https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/protocolo-ii.htm>

Recomendación general número 30 sobre las mujeres en la prevención de conflictos y en situaciones de conflicto y posteriores a conflictos, del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (2013).

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/GC/30&Lang=en

Reglas de Procedimiento y Prueba anexas al Estatuto del TPIY (versión actualizada 2015).

https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules_procedure_evidence/IT032Rev50_en.pdf

Resolución 48/143 de la Asamblea General de Naciones Unidas (1993). Agresión y violación de mujeres en las zonas de conflicto armado de la ex Yugoslavia, de 20 de diciembre de 1993.

<https://undocs.org/es/A/RES/48/143>

Resolución 798 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (1992). Bosnia y Herzegovina, de 18 de diciembre de 1992.

[https://undocs.org/es/S/RES/798%20\(1992\)](https://undocs.org/es/S/RES/798%20(1992))

Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (2000). Las mujeres y la paz y la seguridad, de 31 de octubre de 2000.

[https://undocs.org/es/S/RES/1325%20\(2000\)](https://undocs.org/es/S/RES/1325%20(2000))

Resolución 1820 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (2008). Las mujeres y la paz y la seguridad, de 19 de junio de 2008.

[https://undocs.org/es/S/RES/1820%20\(2008\)](https://undocs.org/es/S/RES/1820%20(2008))

Jurisprudencia internacional y nacional

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

Prosecutor v. Akayesu, Judgment (ICTR-9640T), de 2 de septiembre de 1998.

Prosecutor v. Kayishema et ál., Judgment (ICTR 95-1-T), de 21 de mayo de 1999.

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

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

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

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

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

Prosecutor v. Mucić et ál., alias “Čelebići”, Judgment (IT-96-21-T), de 16 de noviembre de 1998.

Prosecutor v. Anto Furundžija, Judgment (IT-95-17/1-T), de 10 de diciembre de 1998.

Prosecutor v. Kvočka et ál., Judgment (IT-98-30/1), de 2 de noviembre de 2001.

Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković (Sentencia Kunarac et ál.), Judgment (IT-96-23-T& IT-96-23/1-A), de 22 de febrero de 2001.

Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković (Sentencia en apelación Kunarac et ál.), Judgment (IT-96-23 & IT-96-23/1-A), de 12 de junio de 2002.

Tribunal Especial para Sierra Leona

Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara and Santigie Borbor Kanu (Sentencia Armed Forces Revolutionary Council AFRC), Judgment (SCSL-04-16-T), de 20 de junio de 2007.

Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara and Santigie Borbor Kanu (Sentencia en apelación Armed Forces Revolutionary Council), Judgment (SCSL-04-16-T), de 22 de febrero de 2008.

Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, Judgment (SCSL-093-01-T), de 18 de mayo de 2012.

Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon y Augustine Gbao (Sentencia Revolutionary United Front RUF), Judgment (SCSL-04-15-T), de 8 de abril de 2009.

Corte Penal Internacional

Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment (ICC-01/04-01/06-2842), de 14 de marzo de 2012.

Prosecutor v. Germain Katanga, Judgment (ICC-01/04-01/07), de 7 de marzo de 2014.

Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Judgment (ICC-01/05-01/08), de 21 de marzo de 2016).

Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Judgment (ICC-01/05-01/08 A) en apelación, de 8 de junio de 2018.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Aydın v. Turquía, Judgment (n° 23178/94), de 25 de septiembre de 1997.

M.C. v. Bulgaria, Judgment (n° 39272/98), de 4 de diciembre de 2003.

Sistema Interamericano de Derechos Humanos

ComIDH, Caso Raquel Martín de Mejía v. Perú, Informe n° 5/96 (n° 10.970), de 1 de marzo de 1996.

CIDH, *Caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco v. México*, Sentencia de 28 de noviembre de 2018.

Tribunales estatales

Argentina. Veredicto en la Causa 960/11. Aliendro, Juana Agustina y otros. Desaparición forzada de personas, violación de domicilio, privación ilegítima de la libertad, tormentos, etc. Imputado Musa Azar y otros. Causa 960/11, Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Santiago del Estero, 5 de marzo de 2013.

Colombia. Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala de Justicia y Paz. Magistrada Ponente: Léster María González Romero, de 1 de diciembre de 2011, contra los postulados *José Rubén Peña Tobón, Wilmer Morelo Castro y José Manuel Hernández Calderas*.

Guatemala. Tribunal Primero de Sentencia Penal, *Caso Sepur Zarco*, Sentencia (C-01076-2012-00021), de 26 de febrero de 2016.

República Democrática del Congo.

Tribunal Militaire de Garnison de Haut-Katanga, affaire Gédéon Kyungu Mutanga et autres, RP No. 0134/07, 5 de marzo de 2009.

Cour militaire du Katanga, affaire Gédéon Kyungu Mutanga et autres, RPA n°025/09, de 16 de diciembre de 2010.

