

Seminario internacional

JUSTICIA Y REPARACION PARA MUJERES VICTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL EN CONTEXTOS DE CONFLICTO ARMADO INTERNO

Lima, 9 y 10 de agosto de 2006

PRINCIPIOS Y PROCEDIMIENTOS DE PRUEBA EN CASOS DE CRÍMENES SEXUALES ANTE LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES: SU APLICACIÓN EN LAS INSTANCIAS JUDICIALES INTERNAS*

Dr. Javier Chinchón Álvarez

I. Presupuestos analíticos. II. Principios y procedimiento de prueba en casos de crímenes sexuales. III. Conclusiones.

I. PRESUPUESTOS ANALÍTICOS.

Antes de adentrarse en la temática específica de esta contribución conviene atender a algunas cuestiones iniciales relativas a la propia esencia y funcionamiento de los distintos Tribunales Penales Internacionales que aquí interesan¹, así como mencionar

* Quisiera agradecer a la profesora Cristina Fernández-Pacheco su ayuda en la labor de documentación para este trabajo; ayuda que, en realidad, no ha sido sino una prueba más de su apoyo incondicional durante todos estos años de amistad compartida.

¹ Aunque la brevedad de este trabajo aconseja centrarse en los Tribunales *ad hoc* y, en cierta medida, en la Corte Penal Internacional, valga apuntar que, al margen de otros antecedentes, la definición de Tribunales Internacionales tanto del conocido como Tribunal Militar de Nuremberg como del denominado Tribunal Militar de Tokio, no deja de ser problemática. En este sentido, algunos autores han sostenido que sería más adecuada la caracterización de ambos como Tribunales multilaterales en tanto que respondían tan sólo a la determinación de un reducido número de Estados. Precisamente, ésta es la opinión sostenida en el “First Annual Report of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the former Yugoslavia since 1991”, que, no obstante, es rebatida por otra parte de la doctrina. En otro orden de ideas, ha de tenerse presente que el calificativo de tribunales militares responde en realidad a su competencia *ratione materiae*, y no así a su composición que, por ejemplo en el caso del Tribunal de Nuremberg, fue plenamente civil con la excepción de los miembros designados por la antigua Unión Soviética. Sobre el carácter de estos dos Tribunales en el sentido aquí apuntado y las opiniones divergentes expuestas, véase PELÁEZ MARÓN, J. M.: “El desarrollo del derecho internacional penal en

algunas particularidades jurídicas de los crímenes sexuales, pues todos estos aspectos presentarán una influencia fundamental, cuando no decisiva, tanto en lo propio de los principios y procedimientos de prueba de la comisión de crímenes sexuales en estas instancias, como en las posibilidades de aprovechamiento de estas experiencias en los distintos órganos judiciales internos.

Si nos restringimos a los dos Tribunales *ad hoc* de la década de los 90 del siglo pasado, esto es, por atender a su denominación oficial, el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia desde 1991 (Tribunal para la exYugoslavia o TPIYUG)², y el Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de genocidio y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Rwanda y de los

el Siglo XX”, en CARRILLO SALCEDO, J. A. (coordinador): *La criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, en especial págs. 108 y 112-113, 128-136; RÖLING, B. V. A.: “The Law of War and the National Jurisdiction since 1945”, en *R. des C.*, núm. 100, 1960-II, en especial págs. 355-356.

² Sobre el TPIYUG puede encontrarse una primera aproximación en DELGADO CÁNOVAS, J. B.: *Naturaleza y estructura básica del tribunal penal internacional para la antigua Yugoslavia*, Comares, Granada, 2000; FERRER LLORET, J.: “La aplicación de las normas internacionales sobre responsabilidad penal del individuo” en *Revista IIDH*, núm. 27, 1998. Algunos estudios de interés que analizan este Tribunal en mayor profundidad son BASSIOUNI, M. C. y MANIKAS, P.: *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Transnational Publishers, Nueva York, 1996; CLARK, R. S. y SANN, M. (eds.): *The Prosecution of International Crimes: A Critical Study of the International Tribunal for the Former Yugoslavia*, Transaction Publishers, Nueva Jersey, 1996; CONDORELLI, L.: “Le Tribunal Penal International pour l’Ex-Yougolavie et sa jurisprudente”, en CARDONA LLORENS, J. (dir.): *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. I, Aranzadi, Pamplona, 1998; MORRIS, V. y SCHARF, M. P.: *An Insider’s Guide of The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, vols. 1 y 2, Transnational Publishers, Nueva York, 1995; O’BRIEN, J. C.: “The international Tribunal for Violations of Humanitarian Law in the Former Yugoslavia”, en *AJIL*, vol. 87, núm. 4, 1993; PELLET, A.: “Le Tribunal Criminel International pour l’ex-Yugoslavie: Poudre aux yeux ou avancée décisive?”, en *RGDIP*, vol. 98, nº. 1, 1994; PIGRAU SOLÉ, A.: “Reflexiones sobre el Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia desde la perspectiva de la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional”, en *AHLADI*, vol. 11, 1994; SHRAGA, D. y ZACKLIN, R.: “The International Criminal Tribunal For the Former Yugoslavia”, en *EJIL*, vol. 5, nº. 3, 1994. Para un estudio de la jurisprudencia del Tribunal, véase DELGADO CANOVAS, J. B.: *El derecho internacional humanitario a la luz del Estatuto y la jurisprudencia del tribunal penal para la antigua Yugoslavia*, Comares, Granada, 2000; JONES, J. R. W. D.: *The practice of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*, Transnational Publishers, Nueva York, 1998; METTRAUX, G.: *International Crimes and the ad hoc Tribunals*, Oxford University Press, Nueva York, 2005; MURPHY, S. D.: “Progress and Jurisprudente of the Internacional Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, en *AJIL*, vol. 93, núm. 1, 1999; QUÉGUINER, J.-F.: “Dix ans après la création du Tribunal pénal international pour l’ex-Yougoslavie: évaluation de l’apport de sa jurisprudence au droit international humanitaire”, en *RICR*, Nº. 850, 2003; SCHARF, M. P.: *Balkan Justice: The Story Behind the First International War Crimes Trial Since Nuremberg*, Carolina Academic Press, Durham, 1997; WAGNER, N. : “The development of the grave breaches regime and of individual criminal responsibility by the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia”, en *RICR*, Nº. 850, 2003; Desde una perspectiva comparada, véase MONTOLIU BELTRÁN, A.: *Los Tribunales Penales Internacionales ad hoc para la Ex Yugoslavia y Ruanda: Organización, Proceso y Prueba*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; TAVERNIER, P.: “La experiencia de los Tribunales Penales Internacionales para ex Yugoslavia y para Ruanda”, en *RICR*, Nº. 144, 1997.

ciudadanos rwandeses presuntamente responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 1994 (Tribunal para Ruanda o TPIRW)³, un primer aspecto a subrayar es su absoluta excepcionalidad, no sólo referida a su ámbito material, geográfico o temporal, ni tan siquiera en relación al modo en que fueron creados desde una perspectiva jurídica⁴ o política⁵, sino específicamente en cuanto a su más que posible

³ Para una primera aproximación al TPIRW, véase AKHAVAN, P.: “The International Criminal Tribunal for Rwanda: The Politics and Pragmatics of Punishment”, en *AJIL*, vol. 90, núm. 3, 1996; FERRER LLORET, J.: “La aplicación de las normas internacionales sobre...”, *op. cit.*, págs. 49-53; MAINA PETER, C.: “El Tribunal Penal Internacional para Ruanda: sancionar a los asesinos”, en *RICR*, N.º. 144, 1997. Para un estudio más detallado, consúltese MEGRET, F.: *Le Tribunal Penal International pour le Rwanda*, Pedone, Paris, 2002; MORRIS, V. y SCHARF, M. P.: *The International Criminal Tribunal for Rwanda*, vols. 1 y 2, Transnational Publishers, Nueva York, 1998; PIGNATELLI Y MECA, F.: “El Tribunal Penal Internacional para Ruanda”, en *REDM*, núm. 65, enero-junio, 1995; SHRAGA, D. y ZACKLIN, R.: “The International Criminal Court For Rwanda”, en *EJIL*, vol. 7, n.º. 4, 1996. Resultan igualmente interesantes los más específicos y recientes trabajos de MOSE, E.: “Main Achievements of the ICTR”, en *JICJ*, vol. 3, núm. 4, 2005; NSANZUWERA, F.-X.: “The ICTR Contribution to National Reconciliation”, en *JICJ*, vol. 3, núm. 4, 2005; REYDAMS, L.: “The ICTR Ten Years On: Back to the Nuremberg Paradigm?”, en *JICJ*, vol. 3, núm. 4, 2005. Sobre la jurisprudencia del TPIRW consúltese AKHAVAN, P.: “The Crime of Genocide in the ICTR Jurisprudence”, en *JICJ*, vol. 3, núm. 4, 2005; DELLA MORTE, G.: “De-Mediatizing the *Media* Case: Elements of a Critical Approach”, en *JICJ*, vol. 3, núm. 4, 2005; TORRES PÉREZ, M. y BOU FRANCH, V.: *La contribución del Tribunal Internacional Penal para Ruanda a la configuración jurídica de los crímenes internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. Desde un enfoque comparado, consúltese JONES, J. R. W. D.: *The practice of the International Criminal...*, *op. cit.*; METTRAUX, G.: *International Crimes and the ad hoc...*, *op. cit.*; MONTOLIU BELTRÁN, A.: *Los Tribunales Penales Internacionales ad hoc para...*, *op. cit.*; TAVERNIER, P.: “La experiencia de los Tribunales Penales Internacionales...”, *op. cit.*

⁴ Nótese la existencia de un notable número de autores dentro de la doctrina que ha criticado abiertamente la propia capacidad del Consejo de Seguridad para la creación de Tribunales penales *ad hoc*. Véase, a modo de ejemplo, ARANGIO RUIZ, G.: “The Establishment of the International Criminal Tribunal for the Former Territory of Yugoslavia and the Doctrine of Implied Powers of the United Nations”, en LATTANZI, F. y SCISO, E. (eds.): *Dai Tribunali Penali Internazionali ad hoc a una Corte Permanente*, Scientifica, Nápoles, 1996; con un crítica más matizada, véase PIGRAU SOLÉ, A.: “Reflexiones sobre el Tribunal Internacional para la Antigua...”, *op. cit.*, en especial págs. 214-221. El propio TPIYUG - aunque pueda resultar sorprendente que un órgano revise la legalidad de las medidas por las que él mismo ha sido creado- se ha manifestado sobre esta cuestión señalando que: “... for the aforementioned reasons, the Appeals Chamber considers that the International Tribunal has been lawfully established as a measure under Chapter VII of the Charter.” *Vid. Caso Prosecutor v. Tadic*, sentencia de 2 de octubre de 1995, n.º. IT-94-1-T, en <http://www.un.org/icty/tadic/appeal/decision-e/51002.htm>, párr. 40. (Véase el razonamiento completo de la Sala de Apelaciones en los párrafos 28-39). En sentido similar, el Tribunal Internacional para Ruanda, en el asunto Kanyabashi, ha sostenido que: “While it is true that establishment of judicial bodies is not directly mentioned in Article 41 of the UN Charter as a measure to be considered in the restoration and maintenance of peace, it clearly falls within the ambit of measures to satisfy this goal. The list of actions contained in Article 41 is clearly not exhaustive but indicates some examples of the measures which the Security Council might eventually decide to impose on States in order to remedy a conflict or an imminent threat to international peace and security...” *Vid. Caso Prosecutor v. Kanyabashi, Decision on the Defence Motion on Jurisdiction*, 18 de junio de 1997, n.º. ICTR-96-15-1, en <http://www.icty.org/default.htm>. Sobre toda esta cuestión, véase el destacable trabajo de FERNÁNDEZ LIESA, C. R.: “El Tribunal para la antigua Yugoslavia y el desarrollo del Derecho Internacional. (Decisión de la Sala de Apelaciones, de 2 de octubre de 1995, en el Asunto Tadic-competencia)”, en *REDI*, vol. XLVII, n.º. 2, 1996, en especial págs. 13-32, así como las abundantes citas que recoge. Desde una perspectiva más amplia, véase TAVERNIER, P.: “La experiencia de los Tribunales Penales Internacionales...”, *op. cit.*

ausencia de reedición en un futuro probable; y es que, al margen de las consideraciones fácticas o de las consecuencias que se pudieran derivar de determinadas interpretaciones del principio de garantía jurisdiccional⁶, argumentos jurídicos apuntan en esta dirección.

Así, es oportuno traer a colación las previsiones del Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI), y muy significativamente lo establecido por su artículo 13. A tenor de esta disposición, se otorga al Consejo de Seguridad (CS) la capacidad de enviar al Fiscal de la CPI un caso que, en atención a los ejemplos existentes, podría de igual modo abordarse a través de la creación de un Tribunal *ad hoc*. Sobre la base de esta posibilidad, así como de la competencia de la Corte para entender de estos casos, no parece descabellado esperar que la misma se convierta en una alternativa al establecimiento de nuevos Tribunales *ad hoc* por el CS; siendo la conclusión inmediata a extraer un casi seguro final de estos Tribunales en favor de la propia CPI. Con todo, conviene matizar esta afirmación atendiendo a la postura conocida de algunos miembros del Consejo, especialmente China y los Estados Unidos de América, muy reacios a

⁵ A este respecto, son de reseñar las desoídas peticiones de creación de mecanismos jurisdiccionales internacionales para la sanción de los responsables de crímenes de derecho internacional en los conflictos acaecidos, por ejemplo, en Estados como Vietnam o Irak. (Cfr. TAVERNIER, P.: “La experiencia de los Tribunales Penales Internacionales...”, *op. cit.*). No obstante, el listado de Estados o conflictos es de hecho mucho más amplio, lo que ha llevado a una importante parte de la doctrina a criticar la propia decisión adoptada por el Consejo de Seguridad respecto a estos dos Tribunales; crítica general que, a mi parecer, puede resumirse en las palabras de Remiro Brotons, para quien: “*la creación de estos tribunales, pese a constituir una medida necesaria para intentar, al menos, el castigo de los culpables de crímenes particularmente odiosos, no deja de percibirse como una actuación política del C. de S. para paliar errores y omisiones en el desarrollo de estos conflictos. ¿Por qué el Consejo adopta esta decisión sin precedentes desde su creación? ¿Acaso no se habían cometido antes crímenes contra la paz y la seguridad internacionales no menos execrables? ¿Acaso, lamentablemente, no se volverán a cometer en el futuro? ¿Qué explicación cabe dar a que el C. de S. se reserve la capacidad, poco consecuente con el establecimiento de esta jurisdicción penal, de decidir sobre la vida de estos tribunales?*” Vid. REMIRO BROTONS, A., RIQUELME CORTADO, R. M., DÍEZ-HOCHLEITER, J., ORIHUELA CALATAYUD, E., y PÉREZ-PRAT DURBÁN, L.: *Derecho Internacional*, McGrawHill, Madrid, 1997, pág. 1004. En este orden de ideas, autores como Pellet realizan consideraciones de índole similar que pueden responder a estos interrogantes al afirmar que: “*On Pert d’ailleurs se demander si cet enthousiasme soudain de certains Etats pour la création du Tribunal par une décision du Conseil de sécurité ne dissimule pas des arrière-pensées du avouables que le louable souci d’efficacité ainsi affirmé. En proclamant, avec force, que seul le Conseil de sécurité peut prendre une telle initiative, les membres permanents créent un précédent et font « d’une pierre deux coups » ; d’une part, ils « court-circuitent » l’Assemblée générale pour le présent (...) –et pour l’avenir- ce qui l’est moins, du fait de la compétence générale appartenant à celle-ci dès lors qu’il ne s’agit pas d’une « action » en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales (...), d’autre part, un tel procédé garantit un contrôle étroit du Conseil –et donc des ses membres permanents- sur la création de juridictions criminelles internationales futures.*” Vid. PELLET, A.: “Le Tribunal Criminel International pour l’ex-Yugoslavie...” *op. cit.*, págs. 27-28.

⁶ Es preciso recordar, sobre este particular, que el mismo TPIYUG ha sostenido que la mención a la garantía del “juez establecido por la ley” (por ejemplo del artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) no ha de interpretarse en el orden internacional como la exigencia de un tribunal preestablecido por la ley, sino creado por un órgano competente, de acuerdo con los procedimientos jurídicos fijados y, especialmente, que respete las exigencias derivadas del debido proceso. Cfr. *Caso Prosecutor v. Tadic*, sentencia de 2 de octubre de 1995, n.º. IT-94-1-T, en <http://www.un.org/icty/tadic/appeal/decision-e/51002.htm>, párrs. 41-48, en especial, párr. 45.

aceptar la competencia de la CPI, lo cual puede reservar algunas sorpresas en esta materia.

En todo caso, la atención de la Comunidad Internacional sobre los crímenes cometidos en Sudán en los últimos años ha permitido, muy recientemente, corroborar la tesis expuesta; y así, tras una compleja negociación en el seno del CS, la posición inicial de los Estados Unidos de América tendente a establecer un nuevo Tribunal *ad hoc* en África⁷ fue en último término derrotada por la propuesta francesa de remitir el caso a la CPI⁸. De este modo, la Resolución 1593 (2005) del CS finalmente decidió remitir la situación en Darfur desde el 1 de julio de 2002 al Fiscal de la CPI⁹; si bien, lo hizo con la abstención de Estados como China y los Estados Unidos de América¹⁰.

Con todo, la carga política tanto de este tipo de situaciones como de las decisiones que sobre ellas adopte en el futuro el CS hace aventurado exponer una respuesta tajante sobre este particular; si bien, desde mi punto de vista, el mejor sentido común invita a escoger el camino marcado por el caso sudanés, y poner en consecuencia el acento en la CPI en detrimento de una proliferación futura de nuevos Tribunales *ad hoc* –o en el peor de los casos, esperar una inacción del CS en ambos sentidos–.

Ambos tribunales, por tanto, gozan –y muy posiblemente gozarán– de un papel único, y en consecuencia simbólico, en la escena internacional; estatus que bien podrá terminar elevándose a la naturaleza de ejemplar como bien parece sugerir tanto la senda seguida en la creación y funcionamiento de los distintos tribunales híbridos¹¹, mixtos¹², internacionalizados¹³, o “tribunales internacionales nacionalizados”¹⁴ –se atienda a una u

⁷ Cfr. “ONU decide enviar misión de paz a Sudán”, Agencia France Presse, 25 de marzo de 2005; “Security Council Refers Situation in Dafur, Sudan, to Prosecutor of International Criminal Court”, Prees Release SC/8351, 31 de marzo de 2005.

⁸ Quizás la expresión “derrotada” es excesiva en tanto que, en realidad, los Estados Unidos de América cedieron en sus pretensiones a cambio de lograr la muy discutida inmunidad para sus ciudadanos tal y como se consigna en el párrafo 7 de la Resolución.

⁹ Cfr. CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS: “Resolución 1593 (2005)”, Documento de las Naciones Unidas: S/RES/1593 (2005), 31 de marzo de 2005.

¹⁰ Sobre las razones que motivaron tal abstención, consúltese, “Security Council Refers Situation in Dafur, Sudan, to Prosecutor of International Criminal Court”, Prees Release SC/8351, 31 de marzo de 2005, en <http://www.un.org/News/Press/docs/2005/sc8351.doc.htm>.

¹¹ Cfr. BANTEKAS, I. y NASH, S.: *International Criminal Law*, Cavendish Publishing Limited, Londres, 2003, pág. 397.

¹² Cfr. SHRAGA, D.: “The Second Generation UN-Based Tribunals: A Diversity of Mixed Jurisdictions”, en ROMANO, C. P. R., NOLLKAEMPER, A. Y KLEFFNER, J. K. (eds.): *Internationalized Criminal Courts. Sierra Leone, East Timor, and Cambodia*, Oxford University Press, Nueva York, 2004, en especial págs. 15-16.

¹³ Cfr. CASSESE, A.: “The Role of Internationalized Courts and Tribunals in the Fight Against International Criminality”, en ROMANO, C. P. R., NOLLKAEMPER, A. Y KLEFFNER, J. K. (eds.): *Internationalized Criminal Courts...*, *op. cit.*; TURNS, D.: ““Internationalised” of Ad Hoc Justice for

otra denominación doctrinal-, como la extendida mención a la jurisprudencia de estos tribunales en las decisiones de los tribunales internos.

Desde este enfoque, por tanto, lo dispuesto en y por estos tribunales internacionales puede llegar a valorarse como una suerte de guía esencial a la que los tribunales internos puedan acudir cuando se enfrenten a casos similares a los abordados en esas jurisdicciones, pero esta aproximación debe tener muy en cuenta dos cuestiones importantes:

En primer lugar, hay que subrayar para evitar equívocos que, pese a recoger buena parte del derecho internacional existente¹⁵, la finalidad de los Estatutos de estos Tribunales Penales no es estrictamente codificadora, sino que se trata, a la postre, de un instrumento jurídico creado para regular el funcionamiento de un Tribunal Internacional en concreto, que desplegará su competencia sobre unos crímenes determinados cometidos en un conflicto armado específico. Incluso en el caso de la CPI, aunque su Estatuto presenta, muy probablemente, mayor carga codificadora, su texto final fue realmente fruto de una intensa y difícil negociación política cuyo objeto, reitérese, no fue otro que delimitar las normas por las que esta Corte se regiría¹⁶.

En segundo lugar, ha de destacarse algo que es igualmente común a los Tribunales *ad hoc* y la más cercana CPI: el conocido como “umbral de gravedad”. A pesar de la genérica mención del artículo 1 de los Estatutos de ambos Tribunales *ad hoc*, o de los artículos 1 y 25 del Estatuto de la CPI, lo cierto es que este tipo de tribunales no pueden hacer frente a todos y cada uno de los casos en que se han cometido crímenes

International Criminal Law in a Time of Transition: The Cases of East Timor, Kosovo, Sierra Leone and Cambodia”, en *Austrian Review of International and European Law*, vol. 7, 2002, págs. 123-184.

¹⁴ Cfr. PELLET, A.: “Internationalized Courts: Better Than Nothing...”, en ROMANO, C. P. R., NOLLKAEMPER, A. Y KLEFFNER, J. K. (eds.): *Internationalized Criminal Courts...*, *op. cit.*, en especial págs. 441-443.

¹⁵ A este respecto, valga reproducir las palabras del Secretario General de las Naciones Unidas: “*la aplicación del principio *nulum crime sine lege* exige que el Tribunal Internacional aplique las normas del derecho internacional humanitario que sin duda alguna forman parte del derecho consuetudinario, de tal modo que no se plantea el problema que algunos de los Estados pero no todos se hayan adherido a determinadas convenciones*”. Vid. SECRETARÍA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: “Informe del Secretario General sobre el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993)”, Documento de las Naciones Unidas: S/25704 de 3 de mayo de 1993, párrs. 34 y 35.

¹⁶ Para dos destacados miembros de las delegaciones negociantes: “*The statute is not a perfect instrument: no internationally negotiated instrument can be. It includes uneasy technical solutions, awkward formulations and difficult compromises that fully satisfied no one. But it is a balanced instrument, furnished with enough strength to ensure effective functioning of the court and sufficient safeguards to foster broad support among states.*” Vid. KIRSCH, P. y HOLMES, J. T.: “The Rome Conference on an International Criminal Court: The Negotiating Process”, en *AJIL*, vol. 93, núm. 1, 1999, pág. 11.

bajo su competencia¹⁷, lo que termina dirigiendo su accionar hacia algo similar a lo que se disponía en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal de Nuremberg, esto es, hacia los “*major war criminals*”, o, al menos, hacia aquellos casos especialmente graves o paradigmáticos. En este sentido, no estará de más recordar que en la reciente Resolución 1534/2004, el CS volvía a demandar que:

“... *each Tribunal, in reviewing and confirming any new indictments, to ensure that any such indictments concentrate on the most senior leaders suspected of being most responsible for crimes within the jurisdiction of the relevant Tribunal as set out in resolution 1503 (2003)*”¹⁸.

De igual suerte, es ampliamente conocido que el mismo fiscal de la CPI, en virtud a lo dispuesto en el artículo 53 (y especialmente en su ambiguo apartado 1.c), desarrolla casi diariamente un complejo ejercicio de análisis para discriminar qué casos presentan el “umbral” necesario para ser vistos ante la misma CPI¹⁹; debiendo recordar en este sentido que, según informaciones de la misma fiscalía, a febrero de 2006 se habían recibido mil setecientas treinta y dos comunicaciones referidas a posibles crímenes cometidos en ciento treinta y nueve países del mundo²⁰.

Así, aunque autores como Meron sostienen que lo importante no es cuántos casos puedan tratar estos tribunales internacionales, sino el profundo mensaje que de su existencia misma se infiere, promocionando, de ese modo, el Derecho mediante sus estatutos, sus normas de procedimiento y de prueba, así como mediante su práctica²¹, no deberá olvidarse que esa misma práctica **sólo** se refiere, y referirá, a los casos más graves de todo el (desgraciadamente) amplio catálogo existente; circunstancia que no puede desatenderse si se pretende extrapolar, o al menos aprovechar, la experiencia de

¹⁷ Esta realidad refuerza la clásica “aplicación dual” del derecho internacional penal, identificable ya desde los orígenes modernos de este sector del derecho internacional.

¹⁸ Vid. CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS: “Resolución 1534 (2004)”, Documento de las Naciones Unidas: S/RES/1534 (2004), 26 de marzo de 2004, párr. 5.

¹⁹ Valga como ejemplo reproducir lo expresado por la misma fiscalía en relación con las comunicaciones recibidas por los presuntos crímenes cometidos en Irak: “*While, in a general sense, any crime within the jurisdiction of the Court is “grave”, the Statute requires an additional threshold of gravity even where the subject-matter jurisdiction is satisfied. This assessment is necessary as the Court is faced with multiple situations involving hundreds or thousands of crimes and must select situations in accordance with the Article 53 criteria.*” Vid. http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/OTP_letter_to_senders_re_Iraq_9_February_2006.pdf.

²⁰ Cfr. “Update on Communications Received by the Prosecutor”, en http://www.icc-cpi.int/organs/otp/otp_com.html.

²¹ Cfr. MERON, T.: “The international criminalization of internal atrocities”, en *AJIL*, vol. 89, 1995, pág. 555.

estas instancias judiciales en los procesos que se pretendan ante los distintos tribunales internos.

A esta primera limitación general conviene añadir otra de la que también se derivan importantes consecuencias: Aunque quizás pudiera sorprender, resulta necesario subrayar en estas premisas analíticas que, a mi entender, al menos hasta fecha muy reciente los actos de violencia sexual, los crímenes sexuales, no se encontraban expresamente reconocidos de forma autónoma en el derecho convencional entre aquellos comportamientos que comprometen la responsabilidad internacional del individuo; debiendo recordarse que ésta surge sólo, en líneas generales, en aquellos supuestos excepcionales en los que determinadas normas de derecho internacional prevén explícitamente la trascendencia internacional de concretas conductas del particular, en las que además es precisa la existencia de un comportamiento culpable; estableciéndose, igualmente, una serie de mecanismos o procedimientos específicos para hacerla efectiva, y siendo consecuencias principalmente de índole penal las que, en última instancia, atañen al individuo que con esa conducta o conductas incumpla los deberes que emanan de esta clase de normas.

Esta circunstancia obligaría en principio a redirigir el análisis a otros tipos penales en los que, bien los crímenes sexuales pueden incluirse entre alguno de sus supuestos individuales, como el caso del genocidio o los crímenes contra la humanidad, bien estos crímenes sexuales pueden conceptualizarse como otro figura penal, como sería el caso de la tortura. Aunque volveré a estas cuestiones en las próximas páginas, convendrá tener presente ya desde este punto que a los efectos de la prueba de estas conductas habrá que atender, a la postre pero irremediabilmente, a lo exigido para cualquiera de estas conductas penales primarias.

En el ámbito del derecho internacional humanitario, pese a las referencias del artículo 27 del IV Convenio de Ginebra de 1949, y del artículo 76.1 y el 4.2. e) de los Protocolos I y II, respectivamente, ha de destacarse la ausencia de mención específica a estos mismos comportamientos en los artículos 50 del I Convenio de Ginebra, 51 del II Convenio, 130 del III y 147 del IV Convenio, esto es, en las disposiciones que regulan el contenido de lo que se ha denominado como “infracciones graves”. Ciertamente, los crímenes sexuales, o la violación como manifestación más grave, bien podrían encuadrarse bajo la genérica prohibición del *“hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud”* –o,

en su caso, como una violación del artículo 3 común a los cuatro Convenios-, pero esta solución no oculta que hasta el artículo 4. e) del Estatuto del TPIRW, los crímenes sexuales no encontraban acogida expresa en el derecho internacional convencional. Posteriormente, los artículos 8.2.b xxii) del Estatuto de la CPI, y 8.2.b.xxii-1) de los Elementos de los Crímenes, ya recogerán, y desarrollarán, esta mención, pero estos avances no soslayan algo que, aun cometiendo un claro desliz temporal, señaló el mismo TPIYUG a finales de 1998, y que también es relevante apuntar en este momento: “*No definition of rape can be found in international law*”²².

Sostengo la existencia de un desliz pues el mismo Tribunal se “autocorrige” párrafos después y parece recordar la existencia de dos decisiones previas (tres y dos meses, respectivamente) en las que el TPIRW, *caso Prosecutor v. Akayesu*²³, y el propio TPIYUG, *caso Prosecutor v. Delalic, Mucic, Delic and Landzo*²⁴, presentaron ya una aproximación propia a los crímenes sexuales, en concreto al de violación. Con todo, el Tribunal parece preferir acudir a “*los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional*”, por utilizar la terminología del artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, para construir su propia definición de violación²⁵ -y de otras agresiones sexuales-; definición que, aunque consideraba por algunos especialistas como en cierto modo “regresiva”²⁶, tras las matizaciones realizadas en el *caso Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic*²⁷ ha sido esencialmente acogida en el artículo 7.1.g. 1) de los Elementos de los Crímenes de la CPI –y en ya señalado artículo 8.2.b.xxii-1)-; esto es, la violación sexual (como crimen contra la humanidad) quedará así definida como un comportamiento que ha de cumplir los siguientes requisitos:

²² Vid. *Caso Prosecutor v. Furundzija*, sentencia de 10 de diciembre de 1998, nº. IT-95-17/1-T, en <http://www.un.org/icty/furundzija/trialc2/judgement/index.htm>, párr. 175.

²³ *Caso Prosecutor v. Akayesu*, sentencia de 2 de septiembre de 1998, nº. ICTR-96-4-T, en <http://www.icty.org/default.htm>.

²⁴ *Caso Prosecutor v. Delalic, Mucic, Delic and Landzo*, sentencia de 16 de noviembre de 1998, nº. IT-96-21, en <http://www.un.org/icty/celebici/trialc2/judgement/index.htm>.

²⁵ Así: “185. Thus, the Trial Chamber finds that the following may be accepted as the objective elements of rape: (i) the sexual penetration, however slight: (a) of the vagina or anus of the victim by the penis of the perpetrator or any other object used by the perpetrator; or (b) of the mouth of the victim by the penis of the perpetrator; (ii) by coercion or force or threat of force against the victim or a third person.” Vid. *Caso Prosecutor v. Furundzija*, sentencia de 10 de diciembre de 1998, nº. IT-95-17/1-T, en <http://www.un.org/icty/furundzija/trialc2/judgement/index.htm>, párr. 185.

²⁶ Véase, por ejemplo, ASKIN, K. D.: “Sexual Violence in Decisions and Indictments of the Yugoslav and Rwandan Tribunals: Current Status”, en *AJIL*, vol. 93, nº. 1, 1999, pág. 113.

²⁷ *Caso Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic*, sentencia de 22 de febrero de 2001, nº. IT-96-23&23-1, en <http://www.un.org/icty/kunarac/trialc2/judgement/index.htm>, véanse especialmente párrs. 436-464.

1. *Que el autor haya invadido el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo.*
2. *Que la invasión haya tenido lugar por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa u otra persona o aprovechando un entorno de coacción, o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su consentimiento genuino.*
3. *Que la conducta haya tenido lugar como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.*
4. *Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.”*

En cuanto a los crímenes sexuales “menos graves”, el TPIYUG parece acoger lo sostenido en el Acta de Acusación del caso *Akayesu* ante el TPIRW; ocasión en la que se afirmó que:

“In this indictment, acts of sexual violence include forcible sexual penetration of the vagina, anus or oral cavity by a penis and/or of the vagina or anus by some other object, and sexual abuse, such as forced nudity”²⁸.

Lo que sería desarrollado por el mismo TPIRW en su sentencia en esta misma causa al manifestar que:

“Sexual violence is not limited to physical invasion of the human body and may include acts which do not involve penetration or even physical contact”²⁹.

Por ejemplificar con otra sentencia lo mencionado, habrá de recordarse que en el caso *Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic*³⁰, el TPIYUG entendió que hacer bailar desnudas a varias mujeres sobre una mesa, mientras eran observadas por uno de los acusados, Kovac, supone una experiencia dolorosa y humillante, y ello con independencia de cual fuera la intención del autor³¹.

De este modo, no se reconoce la exigencia de una invasión, agresión, o ataque físico, sino que otros comportamientos que atenten contra la dignidad de la víctima, que le causen daños morales o psicológicos, serán igualmente valorados como crímenes sexuales. En consecuencia, el TPIYUG señalará:

²⁸ *Vid. Caso Prosecutor v. Akayesu*, Amended Indictment, n°. ICTR-96-4-T, en <http://www.ictor.org/default.htm>, párr. 10.A.

²⁹ *Vid. Caso Prosecutor v. Akayesu*, sentencia de 2 de septiembre de 1998, n°. ICTR-96-4-T, en <http://www.ictor.org/default.htm>, párr. 688.

³⁰ *Caso Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic*, sentencia de 22 de febrero de 2001, n°. IT-96-23&23-1, en <http://www.un.org/icty/kunarac/trialc2/judgement/index.htm>.

³¹ Cfr. *Ibid.*, párrs. 766-774. Para más datos, véanse páginas siguientes.

“(…) international criminal rules punish not only rape but also any serious sexual assault falling short of actual penetration. It would seem that the prohibition embraces all serious abuses of a sexual nature inflicted upon the physical and moral integrity of a person by means of coercion, threat of force or intimidation in a way that is degrading and humiliating for the victim's dignity. As both these categories of acts are criminalised in international law, the distinction between them is one that is primarily material for the purposes of sentencing”³².

No me detendré más en la problemática conceptual pues la misma es abordada en otras contribuciones a las que acompaña este trabajo, con lo que baste retener las tres cuestiones básicas apuntadas: En primer lugar, el carácter simbólico o ejemplar de la actuación de los Tribunales Penales Internacionales; en segundo, el contexto general, o el carácter de los casos, sobre los que estos Tribunales entienden, así como la naturaleza jurídica de las normas sobre las que se sustentan; y en tercero y último, las dificultades en la tipificación internacional de los crímenes sexuales como figura autónoma.

II. PRINCIPIOS Y PROCEDIMIENTO DE PRUEBA EN CASOS DE CRÍMENES SEXUALES.

En una suerte de proceso de retroalimentación, el interés de la literatura especializada en crímenes sexuales y la atención dedicada por los Tribunales Penales *ad hoc* a los crímenes sexuales han discurrido por una senda casi paralela³³. Aunque no

³² *Vid. Caso Prosecutor v. Furundzija*, sentencia de 10 de diciembre de 1998, nº. IT-95-17/1-T, en <http://www.un.org/icty/furundzija/trialc2/judgement/index.htm>, párr. 186.

³³ Sin ningún ánimo exhaustivo, en la doctrina especializada pueden consultarse sobre esta cuestión un gran número de trabajos de interés: Uno de los autores que más se han dedicado a esta temática ha sido ASKIN, K. D., con valiosas contribuciones como: “A Decade of the Development of Gender Crimes in International Courts and Tribunals: 1993 to 2003”, en *Human Rights Brief*, vol. 11, Issue 3, 2004; “Gender Crimes Jurisprudence in the ICTR: Positive Developments”, en *JICJ*, vol. 3, núm. 4, 2005; “Prosecuting Wartime Rape and Other Gender-Related Crimes under International Law”, en *Berkeley Journal of International Law*, 21, 2003; “Reflections on Some of the Most Significant Achievements of the ICTY”, en *New England Law Review*, vol. 37, nº. 4, 2003; “Sexual Violence in Decisions and Indictments of...”, *op. cit.*; “The International War Crimes Trial of Anto Furundzija: Major Progress Toward Ending the Cycle of Impunity for Rape Crimes”, en *Leiden Journal of International Law*, 12, 1999; *War Crimes against Women. Prosecution in International War Crimes Tribunals*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1997; consúltense también, ARMSTRONG, A.: “Evidence in rape cases in four southern african countries”, en *Journal of African Law*, vol. 33, nº 2, 1989; AYDELOTT, D.: “Mass Rape During War: Prosecuting Bosnian Rapists Under International Law”, en *Emory International Law Review*, 7, 1993; BASSIOUNI, M. C. y MCCORMICK, M.: *Sexual Violence: An Invisible Weapon of War in the Former Yugoslavia*, International Human Rights Law Institute DePaul University, Chicago,

sería hasta el caso *Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic*³⁴ cuando una causa fundamentada exclusivamente en crímenes sexuales -como crímenes de guerra- se sostendría ante un Tribunal Internacional, ya en el acta de acusación del primer caso visto en el TPIYUG, el asunto Tadic, se incluyeron cargos por violaciones y abusos sexuales cometidos en los Campos de Omarska y Trnopolje. Con posterioridad a este proceso, múltiples casos se han enfrentado a este tipo de crímenes, como, por referir algunos ejemplos, los casos *Prosecutor v. Delalic, Mucic, Delic and Landzo*³⁵, *Prosecutor v. Furundzija*³⁶, *Prosecutor v. Stevan Todorovic*³⁷, *Prosecutor v. Radislav Krstic*³⁸, *Prosecutor v. Miroslav Kvočka, Milojica Kos, Mlado Radic, Zoran Zigic, Dragoljub Prcac*³⁹, *Prosecutor v. Dusko Sikirica, Damir Dosen, y Dragan Kolundzija*⁴⁰,

1996; CLEIREN, C. P. M. y TIJSEN, M. E. M.: “Rape and Other Forms of Sexual Assault in the Armed Conflict in the Former Yugoslavia: Legal, Procedural and Evidentiary Issues”, en *Criminal Law Forum*, vol. 5, n° 2-3, 1994; DIXON, R.: “Rape as a Crime Under International Humanitarian Law: Where to from Here?”, en *EJIL*, vol. 13, n° 3, 2002; FITZGERALD, K.: “Problems of Prosecution and Adjudication of Rape and Other Sexual Assaults Under International Law”, en *EJIL*, vol. 8, n° 4, 1997; GARDAM, J. y JARVIS, M.: *Women, Armed Conflict and International Law*, Kluwer Law International, La Haya, 2001; GREEN, L. L.: “Gender Hate Propaganda and Sexual Violence in the Rwandan Genocide: An Argument for Intersectionality in International Law”, en *Columbia Human Rights Law Review*, 33, 2001-2002; KARAGIANNAKIS, M.: “The Definition of Rape and Its Characterization as an Act of Genocide –A Review of the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for Rwanda and the Former Yugoslavia”, en *Leiden Journal of International Law*, 12, 1999; MCHENRY, J. R.: “The Prosecution of Rape Under International Law: Justice That Is Long Overdue”, en *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 35, 2002; MERON, T.: “Rape as a Crime Under International Humanitarian Law”, en *AJIL*, vol. 87, 1993; QUÉNIVET, N. N. R.: *Sexual Offences in Armed Conflict & International Law*, Transnational Publishers, Nueva York, 2005; RENZETTI, C. M., EDLESON, J. L., y BERGEN, R. K. (eds.): *Sourcebook on Violence Against Women*, Sage Publications, Londres, 2001; RUSSELL-BROWN, S. L.: “The last line of defense: The doctrine of command responsibility and gender crimes in armed conflict”, en *Wisconsin International Law Journal*, vol. 22, n° 1, 2004; SALZMAN, T. A.: “Rape Camps as Means of Ethnic Cleansing: Religious, Cultural, and Ethical Responses to Rape Victims in the Former Yugoslavia”, en *Human Rights Quarterly*, vol. 2, n° 2, 1998; STIGLMAYER, A. (ed.): *Mass Rape: The War Against Women in Bosnia-Herzegovina*, University of Nebraska Press, Lincoln, 1999; Sobre la CPI, véase BOON, K.: “Rape and Forced Pregnancy Under ICC Statute: Human Dignity, Autonomy and Consent”, en *Columbia Human Rights Law Review*, 32, 2001; ZORRILLA, M.: *La Corte Penal Internacional ante el crimen de violación sexual*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005.

³⁴ *Caso Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic*, sentencia de 22 de febrero de 2001, n°. IT-96-23&23-1, en <http://www.un.org/icty/kunarac/trialc2/judgement/index.htm>. Para más datos sobre este caso, véanse páginas siguientes.

³⁵ *Caso Prosecutor v. Delalic, Mucic, Delic and Landzo*, sentencia de 16 de noviembre de 1998, n°. IT-96-21, en <http://www.un.org/icty/celebici/trialc2/judgement/index.htm>.

³⁶ *Caso Prosecutor v. Furundzija*, sentencia de 10 de diciembre de 1998, n°. IT-95-17/1-T, en <http://www.un.org/icty/furundzija/trialc2/judgement/index.htm>.

³⁷ *Caso Prosecutor v. Stevan Todorovic*, sentencia de 31 de julio de 2001, n°. IT-95-9/1, en <http://www.un.org/icty/todorovic/judgement/index.htm>.

³⁸ *Caso Prosecutor v. Radislav Krstic*, sentencia de 2 de agosto de 2001, n°. IT-98-33, en <http://www.un.org/icty/krstic/TrialC1/judgement/index.htm>.

³⁹ *Caso Prosecutor v. Miroslav Kvočka, Milojica Kos, Mlado Radic, Zoran Zigic, Dragoljub Prcac*, sentencia de 2 de noviembre de 2001, n°. IT-98-30/1, en <http://www.un.org/icty/kvočka/trialc/judgement/index.htm>.

⁴⁰ *Caso Prosecutor v. Dusko Sikirica, Damir Dosen, y Dragan Kolundzija*, sentencia de 13 de noviembre de 2001, n°. IT-95-8, en http://www.un.org/icty/sikirica/judgement/index_2.htm.

*Prosecutor v. Milomir Stakic*⁴¹, y *Prosecutor v. Ranko Cesic*⁴², pero este primer procedimiento es interesante en lo que aquí ocupa, pues precisamente las acusaciones principales de violación debieron ser retiradas por la negativa del “testigo F” a declarar⁴³ junto con la desacreditación de los testimonios del “testigo L”⁴⁴. Con todo, el caso Tadic, aunque con un lenguaje un tanto confuso, abordó finalmente algunos cargos en los que los crímenes sexuales estuvieron presentes, estableciendo algo que puede reputarse como uno de los principios fundamentales en la prueba de estos comportamientos:

*“The final challenge made by the Defence in regard to the unus testis, nullus testis rule is a question of law. This principle still prevails in the civil law system, according to the Defence, and should be respected by the International Tribunal; therefore, because only one witness testified in support of paragraph 10, the accused cannot be found guilty. This principle is discussed elsewhere in this Opinion and Judgment but suffice it to say that the Trial Chamber does not accept this submission, which in effect asserts that corroboration is a prerequisite for acceptance of testimony”*⁴⁵.

En párrafos posteriores -básicamente en el 536-, el Tribunal se refiere a las Reglas de Procedimiento y Prueba, y en lo que aquí interesa, a la Regla 96, cuyo contenido fija las pautas básicas en esta cuestión; esto es, a tenor de su tercera y definitiva redacción:

“In cases of sexual assault:
(i) no corroboration of the victim's testimony shall be required;
(ii) consent shall not be allowed as a defence if the victim
(a) has been subjected to or threatened with or has had reason to fear violence, duress, detention or psychological oppression, or
(b) reasonably believed that if the victim did not submit, another might be so subjected, threatened or put in fear;
(iii) before evidence of the victim's consent is admitted, the accused shall satisfy the Trial Chamber in camera that the evidence is relevant and credible;
*(iv) prior sexual conduct of the victim shall not be admitted in evidence”*⁴⁶.

⁴¹ *Caso Prosecutor v. Milomir Stakic*, sentencia de 31 de julio de 2003, n°. IT-97-24-T, en <http://www.un.org/icty/stakic/trialc/judgement/index.htm>.

⁴² *Caso Prosecutor v. Ranko Cesic*, sentencia de 11 de marzo de 2004, n°. IT-95-10/1, en <http://www.un.org/icty/cesic/trialc/judgement/index.htm>.

⁴³ A este respecto, consúltese “Order on the Prosecution Motion to Withdraw Counts 2 through 4 of the Indictment without Prejudice”, No. IT-94-1-T.

⁴⁴ Cfr. *Caso Prosecutor v. Tadic*, sentencia de 7 de mayo de 1997, n°. IT-94-1-T, en <http://www.un.org/icty/tadic/trialc2/judgement/index.htm>, párrs. 33, 553-554. Sobre toda esta cuestión, consúltese SCHARF, M. P.: *Balkan Justice: The Story Behind...*, op. cit.

⁴⁵ Vid. *Caso Prosecutor v. Tadic*, sentencia de 7 de mayo de 1997, n°. IT-94-1-T, en <http://www.un.org/icty/tadic/trialc2/judgement/index.htm>, párr. 256.

⁴⁶ Por su parte, la Regla 96 del TPIRW presenta un contenido idéntico a la reproducida del TPIYUG.

Aunque no quiero detenerme en esta oportunidad en el “devenir histórico” de esta Regla⁴⁷, conviene apuntar al menos que la concepción maximalista de su primera versión abría una primera posibilidad de prueba apoyada por parte de la doctrina⁴⁸: El no reconocimiento de posibilidad alguna de alegar el consentimiento como defensa del acusado en estos crímenes. Esta valoración se apoyaría en la consideración de que, como desafortunadamente demuestra la experiencia, durante los conflictos armados el recurso a los crímenes sexuales ha sido una práctica muy extendida, de tal suerte que la misma existencia y naturaleza de un conflicto armado se tornaría en prueba suficiente para constatar la ausencia de consentimiento libre cuando tales comportamientos se denuncian.

Esta posición bien pudiera comprenderse mejor si se recuerda el tipo de hechos a los que estos Tribunales Internacionales estarían llamados a atender, pero desde una perspectiva estrictamente procesal, dejaría al acusado con la única defensa legal de demostrar la ausencia de un conflicto armado; posibilidad, cuanto menos, poco respetuosa con la esencia del debido proceso, pues en tal caso, cualquier contacto sexual ocurrido ya en la exYugoslavia ya en Ruanda durante esos años, podría suponer la condena por violación o abusos sexuales.

En todo caso, la versión definitiva de esta Regla, que añade los más razonables subapartados ii.a) y b), aún mantiene abierta esta posibilidad, mostrándose en definitiva escrupulosamente respetuosa con una realidad ampliamente denunciada: La más que compleja valoración del consentimiento en situaciones de conflicto armado como las atravesadas por estos dos países⁴⁹.

Reconocida la posibilidad (limitada) de defensa sobre la base del consentimiento otorgado, quedaba abierta una cuestión especialmente sensible referida a cómo compatibilizar los derechos del acusado con el derecho de la víctima a un trato que respetase su dignidad y no le obligase a enfrentar (y revivir) todo lo padecido a las preguntas del defensor o defensores del acusado. La solución se articuló finalmente en la tercera versión de esta Regla, que incorporó el apartado iii entre sus disposiciones; previsión que puede operar, en su caso, en conjunción con lo establecido en la Regla

⁴⁷ A este respecto puede consultarse, FITZGERALD, K.: “Problems of Prosecution and Adjudication...”, op. cit., págs. 2-6; QUÉNIVET, N. N. R.: *Sexual Offences in Armed Conflict...*, op. cit., págs. 24-29.

⁴⁸ Véase, por ejemplo, RUSSELL-BROWN, S. L.: “The last line of defense: The doctrine of...”, op. cit.

⁴⁹ A este respecto, consúltese la valoración que realizan autores tan destacados como Askin. Cfr. ASKIN, K. D.: *War Crimes against Women. Prosecution...*, op. cit., págs. 303-304.

79.A⁵⁰ –e incluso en la 75⁵¹-, garantizando el más alto grado de respeto y protección a las víctimas.

De este modo, los principios generales en la prueba de los crímenes sexuales ante los Tribunales Penales Internacionales quedarían condensados en: 1) La no exigencia de corroboración del crimen por parte de terceros; 2) la ausencia de defensa basada en el consentimiento otorgado cuando la víctima haya sido objeto, o tema serlo, de violencia, amenazas, detención o presiones psicológicas, o si razonablemente cree que si se negase otro/s pudiera/n ser objeto de actos o presiones similares; 3) si el acusado alegase el consentimiento de la víctima como defensa, deberá demostrar en una audiencia previa que sus evidencias en tal defensa son relevantes y creíbles; y 4) la conducta sexual anterior de la víctima es irrelevante a los efectos de prueba.

⁵⁰ “Closed Sessions. (A) The Trial Chamber may order that the press and the public be excluded from all or part of the proceedings for reasons of: (i) public order or morality; (ii) safety, security or non-disclosure of the identity of a victim or witness as provided in Rule 75; or (iii) the protection of the interests of justice.” La Regla es idéntica en el caso del TPIRW.

⁵¹ “Measures for the Protection of Victims and Witnesses. (A) A Judge or a Chamber may, proprio motu or at the request of either party, or of the victim or witness concerned, or of the Victims and Witnesses Section, order appropriate measures for the privacy and protection of victims and witnesses, provided that the measures are consistent with the rights of the accused. (B) A Chamber may hold an in camera proceeding to determine whether to order: (i) measures to prevent disclosure to the public or the media of the identity or whereabouts of a victim or a witness, or of persons related to or associated with a victim or witness by such means as: (a) expunging names and identifying information from the Tribunal’s public records; (b) non-disclosure to the public of any records identifying the victim; (c) giving of testimony through image- or voice- altering devices or closed circuit television; and (d) assignment of a pseudonym; (ii) closed sessions, in accordance with Rule 79; (iii) appropriate measures to facilitate the testimony of vulnerable victims and witnesses, such as one-way closed circuit television. (C) The Victims and Witnesses Section shall ensure that the witness has been informed before giving evidence that his or her testimony and his or her identity may be disclosed at a later date in another case, pursuant to Rule 75 (F). (D) A Chamber shall, whenever necessary, control the manner of questioning to avoid any harassment or intimidation. (E) When making an order under paragraph (A) above, a Judge or Chamber shall wherever appropriate state in the order whether the transcript of those proceedings relating to the evidence of the witness to whom the measures relate shall be made available for use in other proceedings before the Tribunal. (F) Once protective measures have been ordered in respect of a victim or witness in any proceedings before the Tribunal (the “first proceedings”), such protective measures: (i) shall continue to have effect mutatis mutandis in any other proceedings before the Tribunal (the “second proceedings”) unless and until they are rescinded, varied or augmented in accordance with the procedure set out in this Rule; but (ii) shall not prevent the Prosecutor from discharging any disclosure obligation under the Rules in the second proceedings, provided that the Prosecutor notifies the Defence to whom the disclosure is being made of the nature of the protective measures ordered in the first proceedings. (G) A party to the second proceedings seeking to rescind, vary or augment protective measures ordered in the first proceedings must apply: (i) to any Chamber, however constituted, remaining seised of the first proceedings; or (ii) if no Chamber remains seised of the first proceedings, to the Chamber seised of the second proceedings. (H) Before determining an application under paragraph (G)(ii) above, the Chamber seised of the second proceedings shall obtain all relevant information from the first proceedings, and shall consult with any Judge who ordered the protective measures in the first proceedings, if that Judge remains a Judge of the Tribunal. (I) An application to a Chamber to rescind, vary or augment protective measures in respect of a victim or witness may be dealt with either by the Chamber or by a Judge of that Chamber, and any reference in this Rule to “a Chamber” shall include a reference to “a Judge of that Chamber.” La Regla es idéntica en el TPIRW.

Por su parte, las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI recogen estos mismos principios, aunque en cierto modo desarrollados, disponiendo:

“Regla 69. Disposiciones generales relativas a la prueba.

1. Las reglas probatorias enunciadas en el presente capítulo, junto con el artículo 69, serán aplicables en las actuaciones que se substancien ante todas las Salas. 2. La Sala, de conformidad con el párrafo 9 del artículo 64, tendrá facultades discrecionales para valorar libremente todas las pruebas presentadas a fin de determinar su pertinencia o admisibilidad con arreglo al artículo 69. 3. La Sala se pronunciará sobre las cuestiones de admisibilidad fundadas en las causales enunciadas en el párrafo 7 del artículo 69 que plantee una de las partes o ella misma de oficio de conformidad con el párrafo 9 a) del artículo 64. 4. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 66, la Sala no requerirá corroboración de la prueba para demostrar ninguno de los crímenes de la competencia de la Corte, en particular los de violencia sexual.

Regla 70. Principios de la prueba en casos de violencia sexual.

En casos de violencia sexual, la Corte se guiará por los siguientes principios y, cuando proceda, los aplicará: a) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre;

b) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre; c) El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual; d) La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo.

Regla 71. Prueba de otro comportamiento sexual.

Teniendo en cuenta la definición y la naturaleza de los crímenes de la competencia de la Corte, y a reserva de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 69, la Sala no admitirá pruebas del comportamiento sexual anterior o ulterior de la víctima o de un testigo.

Regla 72. Procedimiento a puerta cerrada para considerar la pertinencia o la admisibilidad de pruebas.

1. Cuando se tenga la intención de presentar u obtener, incluso mediante el interrogatorio de la víctima o de un testigo, pruebas de que la víctima consintió en el supuesto crimen de violencia sexual denunciado, o pruebas de las palabras, el comportamiento, el silencio o la falta de resistencia de la víctima o de un testigo a que se hace referencia en los apartados a) a d) de la regla 70, se notificará a la Corte y describirán la sustancia de las pruebas que se tenga la intención de presentar u obtener y la pertinencia de las pruebas para las cuestiones que se planteen en la causa. 2. La Sala, al decidir si las pruebas a que se refiere la subregla 1 son pertinentes o admisibles, escuchará a puerta cerrada las opiniones del Fiscal, de la defensa, del testigo y de la víctima o su representante legal, de haberlo, y, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 69, tendrá en cuenta si las pruebas tienen suficiente valor probatorio en

relación con una cuestión que se plantee en la causa y los perjuicios que puedan suponer. A estos efectos, la Sala tendrá en cuenta el párrafo 3 del artículo 21 y los artículos 67 y 68 y se guiará por los principios enunciados en los apartados a) a d) de la regla 70, especialmente con respecto al interrogatorio de la víctima. 3. La Sala, cuando determine que la prueba a que se refiere la subregla 2 es admisible en el proceso, dejará constancia en el expediente de la finalidad concreta para la que se admite. Al valorar la prueba en el curso del proceso, la Sala aplicará los principios enunciados en los apartados a) a d) de la regla 70.”

Sobre la base de la común Regla 69, la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* ha precisado los contornos, o delimitado el significado, de las disposiciones referidas. Así, desde una primera aproximación en la que en cuanto a la prueba primaba la demostración de uso o amenaza de la fuerza⁵², se ha pasado a la “autonomía sexual” como elemento clave de análisis, esto es, la ausencia de consentimiento expreso – causada por un motivo u otro- se ha constituido en la prueba esencial en este ámbito⁵³; subrayándose como principio rector que:

“Consent for this purpose must be consent given voluntarily, as a result of the victim’s free will, assessed in the context of the surrounding circumstances”⁵⁴.

Desde este punto de partida, por tanto, y tomando la potencial senda señalada, la jurisprudencia se ha mostrado especialmente sensible a la importancia del contexto en la valoración de la ausencia de consentimiento; y así, en el caso *Prosecutor v. Akayesu*, el TPIRW sostuvo explícitamente que:

“Threats, intimidation, extortion and other forms of duress which prey on fear or desperation may constitute coercion, and coercion may be inherent in certain circumstances, such as armed conflict or the military presence of Interahamwe among refugee Tutsi women at the bureau communal”⁵⁵

Por su parte, la Sala de Apelaciones del TPIYUG rotundamente ha sentenciado en la causa *Kunarac* que:

“For the most part, the Appellants in this case were convicted of raping women held in de facto military headquarters, detention centres and apartments maintained as soldiers’ residences. As the most egregious aspect of the conditions, the victims were considered the legitimate sexual prey of their captors. Typically, the women were raped by more than one perpetrator and with a regularity that is nearly inconceivable. (Those who initially sought help

⁵² Cfr. *Caso Prosecutor v. Furundzija*, sentencia de 10 de diciembre de 1998, n°. IT-95-17/1-T, en <http://www.un.org/icty/furundzija/trialc2/judgement/index.htm>, párrs. 174 y 185.

⁵³ Vid. *Caso Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic*, sentencia de 22 de febrero de 2001, n°. IT-96-23&23-1, en <http://www.un.org/icty/kunarac/trialc2/judgement/index.htm>, párrs. 436-464.

⁵⁴ Vid. *Ibid.*, párr. 460.

⁵⁵ Vid. *Caso Prosecutor v. Akayesu*, sentencia de 2 de septiembre de 1998, n°. ICTR-96-4-T, en <http://www.icty.org/default.htm>, párr. 688.

or resisted were treated to an extra level of brutality). Such detentions amount to circumstances that were so coercive as to negate any possibility of consent”⁵⁶.

No obstante, aún en situaciones tan extremas como aquellas sobre las que estos Tribunales Penales son competentes, la existencia de consentimiento se ha tratado de esgrimir como defensa legal. Así por ejemplo, en la misma causa contra *Kunarac, Kovac and Vukovic*, los defensores de Kovac sostuvieron ante la Sala I que una de las víctimas, la testigo FWS-87, que con apenas quince años había sido llevada a la fuerza, junto a otras mujeres, a la casa del acusado y retenida durante unos cuatro meses, había sido humillada, degradada, y violada –sola y junto a la testigo FWS-75- tanto por el mismo Kovac como por otro sujeto⁵⁷ (disculpándome, me resisto a utilizar el concepto de “hombres” en estos casos), en realidad estaba “enamorada” de Kovac, es decir, que ambos mantenían una “relación sentimental”⁵⁸. Como pruebas esenciales, el testimonio de varios testigos que declararon que Kovac les presentó a FWS-87 como su “novia”, y una supuesta carta que algunos testigos afirmaron que la testigo FWS-87 había remitido a Kovac con un corazón dibujado en el sobre (carta, realmente, que sólo conocían por lo que el mismo Kovac les había explicado)⁵⁹. No pareció sonrojar a aquellos que idearon esta línea de defensa que el “enamorado” Kovac obligase a bailar desnuda a FWS-87 junto con otras mujeres mientras las apuntaba con sus armas, o invitaba a sus compañeros a observarlas, que la hiciera desfilarse también desnuda por las calles de Foca, o que terminase por venderla por 500 marcos a unos soldados montegrinos⁶⁰.

Con todo, pese a la consideración general reproducida de ambos Tribunales, en este caso concreto el TPIYUG no zanjó el asunto sobre la base del contexto determinado, sino que para descartar la posibilidad de existencia de consentimiento se fundamentó esencialmente en los distintos testimonios recabados, así como en lo se extraía, o cabía esperar razonablemente, a partir del mismo comportamiento de Kovac⁶¹.

Esta última circunstancia permite destacar que, por las propias limitaciones de conflictos armados como los aquí abordados, el elemento esencial para la prueba de la

⁵⁶ *Vid. Caso Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic*, sentencia de 12 de junio de 2002, n°. IT-96-23&23-1, en <http://www.un.org/icty/kunarac/appeal/judgement/index.htm>, párr. 132. La negrita es mía.

⁵⁷ *Cfr. Caso Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic*, sentencia de 22 de febrero de 2001, n°. IT-96-23&23-1, en <http://www.un.org/icty/kunarac/trialc2/judgement/index.htm>, párrs. 747-761.

⁵⁸ *Cfr. Ibid.*, párrs. 141-150.

⁵⁹ *Cfr. Ibid.*

⁶⁰ *Cfr. Ibid.*, párrs. 766-782.

⁶¹ *Cfr. Ibid.*, párr. 762 y 777.

comisión de crímenes sexuales en estas instancias ha sido la prueba testifical –y, anótese, cuando ha mediado alguna prueba médica/forense, en ocasiones ha producido efectos hasta contraproducentes para la privacidad de las víctimas⁶²–.

A este respecto, la jurisprudencia de los Tribunales Penales ha establecido algunas reglas generales para su valoración relevantes en lo que aquí ocupa: En primer lugar, la causa contra *Furundzija* permitió dejar claramente establecido que el “desorden o estrés postraumático” (PTSD en sus siglas en inglés) causado por experiencias como las propias de los crímenes sexuales –e incluso el tratamiento psicológico para remediarlo– en nada afecta la credibilidad del relato de un testigo, como pretendía sostener la defensa de *Furundzija*, pues como afirmó el Tribunal:

“The Trial Chamber bears in mind that even when a person is suffering from PTSD, this does not mean that he or she is necessarily inaccurate in the evidence given. There is no reason why a person with PTSD cannot be a perfectly reliable witness.

(...)

The Trial Chamber also considered that the aim in therapy is not fact-finding”⁶³.

Por su parte, en el proceso contra *Kunarac, Kovac and Vukovic*, el TPIYUG ofreció un completo razonamiento respecto a la prueba testifical en estos casos que, por su importancia, merece la pena reproducir:

“561. The Trial Chamber has made a careful evaluation of the evidence of identification adduced during the trial, exercising particular caution in relation to it. The Trial Chamber accepts that identification evidence involves inherent uncertainties. This is because of the many difficulties inherent in the identification process, resulting from the vagaries of human perception and recollection. It is insufficient that the evidence of identification given by the witnesses has been honestly given; the true issue in relation to identification evidence is not whether it has been honestly given but rather whether it is reliable. In the turbulent and often traumatising circumstances in which these witnesses found themselves, the Trial Chamber is acutely aware of the possibility of error in making an identification later of a person previously unknown to the witness. The Trial Chamber also recognises the possibility that men other than the accused may falsely have used the name of the accused, or that what they said to the witnesses may have been misunderstood.

562. The Trial Chamber has accordingly placed considerable weight upon the descriptions which the witnesses gave of the men who they said had raped them, and it has considered carefully whether the evidence from the other witnesses supports the descriptions given. Each of these witnesses was asked whether she

⁶² Véase a este respecto lo ocurrido con la “testigo A” en el caso *Prosecutor v. Furundzija*, sentencia de 10 de diciembre de 1998, n.º. IT-95-17/1-T, en <http://www.un.org/icty/furundzija/trialc2/judgement/index.htm>, consúltense especialmente párrs. 90-95.

⁶³ *Vid. Ibid.*, párrs. 109 y 108.

could identify any of the persons in the courtroom as the man who raped her. Because all of the circumstances of a trial necessarily lead such a witness to identify the person on trial (or, where more than one person is on trial, the particular person on trial who most closely resembles the man who committed the offence charged), no positive probative weight has been given by the Trial Chamber to these “in court” identifications.

(...)

564. By their very nature, the experiences which the witnesses underwent were traumatic for them at the time, and they cannot reasonably be expected to recall the minutiae of the particular incidents charged, such as the precise sequence, or the exact dates and times, of the events they have described. The fact that these witnesses were detained over weeks and months without knowledge of dates or access to clocks, and without the opportunity to record their experiences, only exacerbated their difficulties in recalling the detail of those incidents later. In general, the Trial Chamber has not treated minor discrepancies between the evidence of various witnesses, or between the evidence of a particular witness and a statement previously made by that witness, as discrediting their evidence where that witness has nevertheless recounted the essence of the incident charged in acceptable detail. Such an approach varied according to the circumstances of each witness, and in particular according to the quality of that witness’s evidence in relation to the essence of the particular incident charged. The Trial Chamber has also taken into account the fact that these events took place some eight years before the witnesses gave evidence in determining whether any minor discrepancies should be treated as discrediting their evidence as a whole.

565. Many of these witnesses were minors at the time of the events which they described, some of them as young as fifteen years. The level of detail which such witnesses could be expected to recall is different to that expected of witnesses who were more mature at the relevant time. That is not to suggest that the Trial Chamber has required any lower level of satisfaction before accepting the evidence of these young witnesses. At all times, the Trial Chamber has applied the test of proof beyond reasonable doubt. Although the absence of a detailed memory on the part of these witnesses did make the task of the Prosecution in providing proof to that degree of satisfaction more difficult, its absence in relation to peripheral details was in general not regarded as discrediting their evidence.

566. In some cases, only one witness has given evidence of an incident with which one or other of the accused has been charged. Rule 96 specifically overrules the requirement which exists or which used to exist in some domestic systems of law that the evidence of a complainant who alleges rape must be corroborated – a requirement which has indeed been removed in most of those domestic systems. Nevertheless, the fact remains that only one witness has given evidence of that incident, usually because she has been the only person present other than the particular accused when the incident charged is alleged to have taken place. In such a situation, the Trial Chamber has scrutinised the evidence of the Prosecution witness with great care before accepting it as sufficient to make a finding of guilt against any of the accused...⁶⁴.

⁶⁴ Vid. *Caso Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic*, sentencia de 22 de febrero de 2001, n.º. IT-96-23&23-1, en <http://www.un.org/icty/kunarac/appeal/judgement/index.htm>, párr. 561, 562, 564-566.

Ahora bien, conviene reiterar que todo lo reseñado se circunscribe esencialmente a los crímenes sexuales cometidos en conflictos armados, y específicamente, a crímenes calificados como violación de la normativa propia del derecho internacional humanitario. Como ya se adelantó, no obstante, este tipo de crímenes también pueden configurarse como elementos constitutivos de otros crímenes de derecho internacional, como el genocidio o los crímenes contra la humanidad; actos en los que la necesidad de nexos con un conflicto armado ha sido finalmente descartada gracias al desarrollo -no tan lineal como hubiera sido de desear- del derecho internacional penal desde, al menos, los Estatutos de los “Tribunales Militares Internacionales”⁶⁵ de fines de la Segunda Guerra Mundial.

La mención obligada de la primera posibilidad resultaría, como es ampliamente conocido, el *caso Akayesu*⁶⁶, mientras que la calificación jurídica de crímenes contra la humanidad podría encontrarse en múltiples procesos sostenidos ante el TPIYUG⁶⁷. En todo caso, la cuestión clave en este punto es que, junto a considerar todo lo referido en cuanto a los individuales crímenes sexuales, para hacer posible la persecución de estos comportamientos habrá que atenderse a los requisitos propios de, bien el genocidio, bien los crímenes contra la humanidad; esto es, los crímenes sexuales deberán ser *perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal*⁶⁸, o ser parte de un *de un ataque generalizado y sistemático*⁶⁹ *contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque*⁷⁰.

⁶⁵ Sobre esta calificación véase nota 1.

⁶⁶ *Caso Prosecutor v. Akayesu*, sentencia de 2 de septiembre de 1998, n.º. ICTR-96-4-T, en <http://www.ictj.org/default.htm>.

⁶⁷ Para más datos, véanse los casos ya citados a lo largo de este trabajo.

⁶⁸ *Vid.*, artículo 2 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

⁶⁹ Aunque la definición al uso más reciente formula la necesidad de un ataque generalizado o sistemático, es decir, parece incluir un criterio alternativo que hace suponer como posible la disociación de los requisitos de violación generalizada y de violación sistemática, la expresa exigencia del “*conocimiento de dicho ataque*” conduce hacia la exigencia de un comportamiento planificado, organizado, o, dicho con otras palabras, sistemático; mientras que la necesidad de que el ataque se realice “*contra una población civil*” lleva ligado, conceptualmente, el carácter de ataque masivo o generalizado, en tanto que, según el propio artículo 7.2 a) del Estatuto de la CPI: “*a) Por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la **comisión múltiple de actos** mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, **de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política**”*. La negrita es mía. En la jurisprudencia del TPIYUG, resulta interesante destacar que aunque ya en su primer caso, el Tribunal advirtió sobre la independencia conceptual de ambos requisitos (cfr., *caso Prosecutor v. Tadic*, sentencia de 7 de mayo de 1997, n.º. IT-94-1-T, en <http://www.un.org/icty/tadic/trialc2/judgement/index.htm>, párrs. 645-656), más tarde subrayó que: “... *nevertheless, the criteria which allow one or other of the aspects to be established partially overlap. The existence of an acknowledged policy targeting a particular community, the establishment of parallel institutions meant to implement this policy, the involvement of high-level political or military authorities, the employment of considerable financial, military or other resources and the scale or the repeated, unchanging and continuous nature of the violence committed against a particular civilian*

Sin embargo, suele apuntarse la existencia de una posibilidad de redirigir los casos en que se perpetren crímenes sexuales a una figura penal autónoma, no supeditada, por tanto a ningún requisito adicional –ni tan siquiera la existencia de un conflicto armado-: Considerar los crímenes sexuales como casos de tortura⁷¹.

Aunque toda violación sexual desde luego comporta un grave sufrimiento asimilable a un caso de tortura –lo que podría llevar, intuitivamente, a identificar ambos crímenes- este emparejamiento lógico plantea algunos problemas de orden jurídico, pues todo examen en este sentido debería circunscribirse a la definición legal existente para el crimen de tortura, esto es, la contenida en el artículo 1.1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes:

“A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.”

De este modo, no todo crimen sexual podrá ser evaluado como un acto de tortura, sino solamente aquellos que, haciendo padecer intencionalmente a la víctima un grave sufrimiento, físico o psicológico, 1) sean cometidos por funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia; y 2) sean cometidos con el fin de obtener de la víctima o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación.

population are among the factors which may demonstrate the widespread or systematic nature of an attack.” Vid. Caso Prosecutor v. Jelusic, sentencia de 14 de diciembre de 1999, nº. IT-95-10-T, en <http://www.un.org/icty/cases/jugemindex-e.htm>, párr.53.

⁷⁰ Vid. , artículo 7.1 del Estatuto de la CPI.

⁷¹ Véase por ejemplo, MACKINNON, C. A.: “On Torture: A Feminist perspective on Human Rights”, en MAHONEY, K. E. y MAHONEY, P. (eds.): *Human Rights in the 21st Century: A Global Challenge*, vol. 1, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993.

Precisamente en el caso del Perú, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha recordado la necesidad de concurrencia de estos requisitos⁷², si bien, el TPIYUG se ha mostrado especialmente abierto respecto a la interpretación del segundo de ellos; lo que, sin duda, potencia sensiblemente esta posibilidad de calificación jurídica y, en su caso, de estrategia procesal. Así, en el caso *Prosecutor v. Delalic, Mucic, Delic and Landzo*, se sostuvo que:

“ The Trial Chamber considers the rape of any person to be a despicable act which strikes at the very core of human dignity and physical integrity. The condemnation and punishment of rape becomes all the more urgent where it is committed by, or at the instigation of, a public official, or with the consent or acquiescence of such an official. Rape causes severe pain and suffering, both physical and psychological. The psychological suffering of persons upon whom rape is inflicted may be exacerbated by social and cultural conditions and can be particularly acute and long lasting. Furthermore, it is difficult to envisage circumstances in which rape, by, or at the instigation of a public official, or with the consent or acquiescence of an official, could be considered as occurring for a purpose that does not, in some way, involve punishment, coercion, discrimination or intimidation. In the view of this Trial Chamber this is inherent in situations of armed conflict.

496. Accordingly, whenever rape and other forms of sexual violence meet the aforementioned criteria, then they shall constitute torture, in the same manner as any other acts that meet this criteria ”⁷³.

III. CONCLUSIONES.

Recapitulando todo lo examinado para tratar de dar respuesta a los interrogantes que se me formularon en los albores de este artículo, de inicio conviene tener presente que a la hora aprovechar la experiencia de estas instancias para diseñar una estrategia nacional que enfrente la persecución de crímenes sexuales, o que trate de solventar alguno de los problemas que plantea su materialización, pese al indiscutible carácter ejemplar tanto de los Tribunales Penales Internacionales como de su labor jurisprudencial, este tipo de Tribunales sólo se ocupan, en la práctica, de los casos más graves o paradigmáticos de entre todo el amplio catálogo que por desgracia ha existido y parece seguir existiendo. En este sentido, entonces, la translación de estas

⁷² Véase, Informe N°. 5/96, caso Martí de Mejía, Perú, caso 10.970, 1 de mayo de 1996, en Documentos OEA/Ser.L/V/II.91 Doc. 7.

⁷³ Vid. *Caso Prosecutor v. Delalic, Mucic, Delic and Landzo*, sentencia de 16 de noviembre de 1998, n°. IT-96-21, en <http://www.un.org/icty/celebici/trialc2/judgement/index.htm>, párrs. 495-496.

experiencias a casos o situaciones de “menor entidad” puede plantear serios problemas de adecuación.

Junto a ello, no debería olvidarse tampoco que la finalidad de todos los textos legales que regulan el funcionamiento, e incluso la propia existencia, de estos Tribunales no es estrictamente codificadora, sino que, en última instancia, su objetivo no es más que la determinación de la reglas por las que se regirá un Tribunal Internacional concreto, que desplegará su competencia sobre unos crímenes determinados, y en el caso de los Tribunales *ad hoc*, dentro de un conflicto armado específico. Aunque no cabe duda de que, en buena parte, los Estatutos de estos Tribunales recogen el derecho internacional vigente, y pese a que tampoco parece haber duda para afirmar que su propia labor ha contribuido a cristalizar y generar nuevo derecho internacional, resultaría equivocado el que olvidase que todas estas instancias, a la postre, han debido pasar en su gestación por las horcas caudinas de cualquier negociación política (ya en el seno del CS, ya en una Conferencia Multinacional con clara vocación de universalidad).

En relación con lo anterior, resulta importante retener también que hasta fecha reciente no existía reconocimiento expreso en el derecho internacional convencional de los crímenes sexuales como comportamientos que generasen la responsabilidad internacional de sus autores. Habría que esperar hasta el Estatuto del TPIRW para encontrar una mención específica en este sentido, y precisamente no sería sino la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* la que ofrecería una primera definición concreta tanto de la violación sexual como de los abusos sexuales. Con todo, estos comportamientos han quedado enmarcados dentro de los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra, el genocidio o la tortura, debiendo cumplir, en este sentido, los específicos requisitos de criminalización de estas conductas para lograr su oportuna sanción.

Asumiendo todas estas circunstancias, y por tanto, interpretando la realidad de los Tribunales Penales Internacionales en el ámbito de los crímenes sexuales de manera acorde a ellas, es evidente en todo caso que la experiencia de estas instancias internacionales ofrece importantes pautas para la persecución de similares crímenes en el seno de las distintas jurisdicciones nacionales.

En lo específico de los principios y procedimientos de prueba en casos de crímenes sexuales, la práctica de los Tribunales Penales Internacionales ofrece como principios rectores:

- 1) La no exigencia de corroboración del crimen por parte de terceros.
- 2) La ausencia de defensa basada en el consentimiento otorgado cuando la víctima haya sido objeto, o tema serlo, de violencia, amenazas, detención o presiones psicológicas, o si razonablemente cree que si se negase otro/s pudiera/n ser objeto de actos o presiones similares. En la valoración de estas circunstancias, la jurisprudencia ha reconocido la importancia radical, aunque no definitiva, del contexto, o situación, en el que se encuentre inmerso la víctima para determinar la posibilidad de existencia de un auténtico consentimiento libre.
- 3) Si el acusado alegase el consentimiento de la víctima como defensa, deberá demostrar en una audiencia previa que sus evidencias en tal defensa son relevantes y creíbles.
- 4) La conducta sexual anterior de la víctima es irrelevante a los efectos de prueba.

En lo relativo a los medios de prueba, el elemento fundamental en estas instancias internacionales ha sido la prueba testifical; para cuya valoración se han articulado varios principios:

- 1) El “desorden o estrés postraumático” causado por experiencias como las propias de los crímenes sexuales, e incluso el tratamiento psicológico para remediarlo, en nada afecta, *per se*, la credibilidad del relato de un testigo.
- 2) La identificación concreta de los autores de los crímenes sexuales ha de evaluarse de forma especialmente cautelosa, resultando esenciales las descripciones físicas y las declaraciones de otros testigos/víctimas para la determinación definitiva de la autoría de los crímenes.
- 3) Por los mismos condicionantes de todo proceso judicial, las identificaciones que se realizan durante el desarrollo del mismo juicio no son tomadas en cuenta a los efectos de prueba.
- 4) En atención a las propias circunstancias de los crímenes cometidos, las faltas de precisión (esencialmente temporales), o las discrepancias menores entre las declaraciones de varios testigos sobre un hecho o conjunto de hechos, e incluso entre lo declarado en un momento u otro por un mismo testigo, no se consideran

como descalificadora de la evidencia siempre y cuando la esencia del relato del hecho se mantenga inalterada.

5) Aunque no de manera determinante, parece existir cierto grado de mayor flexibilidad en la valoración de la prueba testifical de víctimas muy jóvenes.

6) Pese a que en ningún caso se requiere la corroboración de la declaración de una víctima por un tercero, cuando la única prueba de un crimen es la declaración de una víctima, el examen y análisis de la misma se realiza atendiendo a un grado valorativo de mayor exigencia.

BIBLIOGRAFÍA

AKHAVAN, P.: “The Crime of Genocide in the ICTR Jurisprudence”, en *JICJ*, vol. 3, núm. 4, 2005.

AKHAVAN, P.: “The International Criminal Tribunal for Rwanda: The Politics and Pragmatics of Punishment”, en *AJIL*, vol. 90, núm. 3, 1996.

ARANGIO RUIZ, G.: “The Stablishment of the International Criminal Tribunal for the Former Territory of Yugoslavia and the Doctrine of Implied Powers of the United Nations”, en LATTANZI, F. y SCISO, E. (eds.): *Dai Tribunali Penali Internazionali ad hoc a una Corte Permanente*, Scientifica, Nápoles, 1996.

ARMSTRONG, A.: “Evidence in rape cases in four southern african countries”, en *Journal of African Law*, vol. 33, nº 2, 1989.

ASKIN, K. D.: “A Decade of the Development of Gender Crimes in International Courts and Tribunals: 1993 to 2003”, en *Human Rights Brief*, vol. 11, Issue 3, 2004.

ASKIN, K. D.: “Gender Crimes Jurisprudence in the ICTR: Positive Developments”, en *JICJ*, vol. 3, núm. 4, 2005.

ASKIN, K. D.: “Prosecuting Wartime Rape and Other Gender-Related Crimes under International Law”, en *Berkeley Journal of International Law*, 21, 2003.

ASKIN, K. D.: “Reflections on Some of the Most Significant Achievements of the ICTY”, en *New England Law Review*, vol. 37, nº. 4, 2003.

ASKIN, K. D.: “Sexual Violence in Decisions and Indictments of the Yugoslav and Rwandan Tribunals: Current Status”, en *AJIL*, vol. 93, nº. 1, 1999.

- ASKIN, K. D.: "The International War Crimes Trial of Anto Furundzija: Major Progress Toward Ending the Cycle of Impunity for Rape Crimes", en *Leiden Journal of International Law*, 12, 1999.
- ASKIN, K. D.: *War Crimes against Women. Prosecution in International War Crimes Tribunals*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1997.
- AYDELOTT, D.: "Mass Rape During War: Prosecuting Bosnian Rapists Under International Law", en *Emory International Law Review*, 7, 1993.
- BANTEKAS, I. y NASH, S.: *International Criminal Law*, Cavendish Publishing Limited, Londres, 2003.
- BASSIOUNI, M. C. y MANIKAS, P.: *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Transnational Publishers, Nueva York, 1996.
- BASSIOUNI, M. C. y MCCORMICK, M.: *Sexual Violence: An Invisible Weapon of War in the Former Yugoslavia*, International Human Rights Law Institute DePaul University, Chicago, 1996.
- BOON, K.: "Rape and Forced Pregnancy Under ICC Statute: Human Dignity, Autonomy and Consent", en *Columbia Human Rights Law Review*, 32, 2001.
- CASSESE, A.: "The Role of Internationalized Courts and Tribunals in the Fight Against International Criminality", en ROMANO, C. P. R., NOLLKAEMPER, A. Y KLEFFNER, J. K. (eds.): *Internationalized Criminal Courts. Sierra Leone, East Timor, and Cambodia*, Oxford University Press, Nueva York, 2004.
- CLARK, R. S. y SANN, M. (eds.): *The Prosecution of International Crimes: A Critical Study of the International Tribunal for the Former Yugoslavia*, Transaction Publishers, Nueva Jersey, 1996.
- CLEIREN, C. P. M. y TIJSSEN, M. E. M.: "Rape and Other Forms of Sexual Assault in the Armed Conflict in the Former Yugoslavia: Legal, Procedural and Evidentiary Issues", en *Criminal Law Forum*, vol. 5, nº 2-3, 1994.
- CONDORELLI, L.: "Le Tribunal Penal International pour l'Ex-Yougoslavie et sa jurisprudence", en CARDONA LLORENS, J. (dir.): *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. I, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- DELGADO CÁNOVAS, J. B.: *El derecho internacional humanitario a la luz del Estatuto y la jurisprudencia del tribunal penal para la antigua Yugoslavia*, Comares, Granada, 2000.
- DELGADO CÁNOVAS, J. B.: *Naturaleza y estructura básica del tribunal penal internacional para la antigua Yugoslavia*, Comares, Granada, 2000.

DELLA MORTE, G.: “De-Mediatizing the *Media* Case: Elements of a Critical Approach”, en *JICJ*, vol. 3, núm. 4, 2005.

DIXON, R.: “Rape as a Crime Under International Humanitarian Law: Where to from Here?”, en *EJIL*, vol. 13, nº. 3, 2002.

FERNÁNDEZ LIESA, C. R.: “El Tribunal para la antigua Yugoslavia y el desarrollo del Derecho Internacional. (Decisión de la Sala de Apelaciones, de 2 de octubre de 1995, en el Asunto Tadic-competencia)”, en *REDI*, vol. XLVII, nº. 2, 1996.

FERRER LLORET, J.: “La aplicación de las normas internacionales sobre responsabilidad penal del individuo” en *Revista IIDH*, núm. 27, 1998.

FITZGERALD, K.: “Problems of Prosecution and Adjudication of Rape and Other Sexual Assaults Under International Law”, en *EJIL*, vol. 8, nº. 4, 1997.

GARDAM, J. y JARVIS, M.: *Women, Armed Conflict and International Law*, Kluwer Law International, La Haya, 2001.

GREEN, L. L.: “Gender Hate Propaganda and Sexual Violence in the Rwandan Genocide: An Argument for Intersectionality in International Law”, en *Columbia Human Rights Law Review*, 33, 2001-2002.

JONES, J. R. W. D.: *The practice of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*, Transnational Publishers, Nueva York, 1998.

KARAGIANNAKIS, M.: “The Definition of Rape and Its Characterization as an Act of Genocide –A Review of the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for Rwanda and the Former Yugoslavia”, en *Leiden Journal of International Law*, 12, 1999.

KIRSCH, P. y HOLMES, J. T.: “The Rome Conference on an International Criminal Court: The Negotiating Process”, en *AJIL*, vol. 93, núm. 1, 1999.

MACKINNON, C. A.: “On Torture: A Feminist perspective on Human Rights”, en MAHONEY, K. E. y MAHONEY, P. (eds.): *Human Rights in the 21st Century: A Global Challenge*, vol. 1, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993.

MAINA PETER, C.: “El Tribunal Penal Internacional para Ruanda: sancionar a los asesinos”, en *RICR*, Nº. 144, 1997.

MCHENRY, J. R.: “The Prosecution of Rape Under International Law: Justice That Is Long Overdue”, en *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 35, 2002.

MEGRET, F.: *Le Tribunal Penal International pour le Rwanda*, Pedone, Paris, 2002.

MERON, T.: “Rape as a Crime Under International Humanitarian Law”, en *AJIL*, vol. 87, 1993

- MERON, T.: "The international criminalization of internal atrocities", en *AJIL*, vol. 89, 1995.
- METTRAUX, G.: *International Crimes and the ad hoc Tribunals*, Oxford University Press, Nueva York, 2005.
- MONTOLIU BELTRÁN, A.: *Los Tribunales Penales Internacionales ad hoc para la Ex Yugoslavia y Ruanda: Organización, Proceso y Prueba*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- MORRIS, V. y SCHARF, M. P.: *An Insider's Guide of The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, vols. 1 y 2, Transnational Publishers, Nueva York, 1995.
- MORRIS, V. y SCHARF, M. P.: *The International Criminal Tribunal for Rwanda*, vols. 1 y 2, Transnational Publishers, Nueva York, 1998.
- MOSE, E.: "Main Achievements of the ICTR", en *JICJ*, vol. 3, núm. 4, 2005.
- MURPHY, S. D.: "Progress and Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", en *AJIL*, vol. 93, núm. 1, 1999.
- NSANZUWERA, F-X.: "The ICTR Contribution to National Reconciliation", en *JICJ*, vol. 3, núm. 4, 2005.
- O'BRIEN, J. C.: "The international Tribunal for Violations of Humanitarian Law in the Former Yugoslavia", en *AJIL*, vol. 87, núm. 4, 1993.
- PELÁEZ MARÓN, J. M.: "El desarrollo del derecho internacional penal en el Siglo XX", en CARRILLO SALCEDO, J. A. (coordinador): *La criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.
- PELLET, A. : "Internationalized Courts: Better Than Nothing...", en ROMANO, C. P. R., NOLLKAEMPER, A. Y KLEFFNER, J. K. (eds.): *Internationalized Criminal Courts. Sierra Leone, East Timor, and Cambodia*, Oxford University Press, Nueva York, 2004.
- PELLET, A.: "Le Tribunal Criminel International pour l'ex-Yugoslavie: Poudre aux yeux ou avancée décisive?", en *RGDIP*, vol. 98, nº. 1, 1994.
- PIGNATELLI Y MECA, F.: "El Tribunal Penal Internacional para Ruanda", en *REDM*, núm. 65, enero-junio, 1995.
- PIGRAU SOLÉ, A.: "Reflexiones sobre el Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia desde la perspectiva de la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional", en *AHLADI*, vol. 11, 1994.

- QUÉGUINER, J.-F.: “Dix ans après la création du Tribunal pénal international pour l’ex-Yougoslavie: évaluation de l’apport de sa jurisprudence au droit international humanitaire”, en *RICR*, N° 850, 2003.
- QUÉNIVET, N. N. R.: *Sexual Offences in Armed Conflict & International Law*, Transnational Publishers, Nueva York, 2005.
- REMIRO BROTONS, A., RIQUELME CORTADO, R. M., DÍEZ-HOCHLEITER, J., ORIHUELA CALATAYUD, E., y PÉREZ-PRAT DURBÁN, L.: *Derecho Internacional*, McGrawHill, Madrid, 1997.
- RENZETTI, C. M., EDLESON, J. L., y BERGEN, R. K. (eds.): *Sourcebook on Violence Against Women*, Sage Publications, Londrés, 2001.
- REYDAMS, L.: “The ICTR Ten Years On: Back to the Nuremberg Paradigm?”, en *JICJ*, vol. 3, núm. 4, 2005.
- RÖLING, B. V. A.: “The Law of War and the National Jurisdiction since 1945”, en *R. des C.*, núm. 100, 1960-II.
- RUSSELL-BROWN, S. L.: “The last line of defense: The doctrine of command responsibility and gender crimes in armed conflict”, en *Wisconsin International Law Journal*, vol. 22, n° 1, 2004.
- SALZMAN, T. A.: “Rape Camps as Means of Ethnic Cleansing: Religious, Cultural, and Ethical Responses to Rape Victims in the Former Yugoslavia”, en *Human Rights Quarterly*, vol. 2, n° 2, 1998.
- SCHARF, M. P.: *Balkan Justice: The Story Behind the First International War Crimes Trial Since Nuremberg*, Carolina Academic Press, Durham, 1997.
- SHRAGA, D.: “The Second Generation UN-Based Tribunals: A Diversity of Mixed Jurisdictions”, en ROMANO, C. P. R., NOLLKAEMPER, A. Y KLEFFNER, J. K. (eds.): *Internationalized Criminal Courts. Sierra Leone, East Timor, and Cambodia*, Oxford University Press, Nueva York, 2004.
- SHRAGA, D. y ZACKLIN, R.: “The International Criminal Court For Rwanda”, en *EJIL*, vol. 7, n° 4, 1996.
- SHRAGA, D. y ZACKLIN, R.: “The International Criminal Tribunal For the Former Yugoslavia”, en *EJIL*, vol. 5, n° 3, 1994.
- STIGLMAYER, A. (ed.): *Mass Rape: The War Against Women in Bosnia-Herzegovina*, University of Nebraska Press, Lincoln, 1999.
- TAVERNIER, P.: “La experiencia de los Tribunales Penales Internacionales para ex Yugoslavia y para Ruanda”, en *RICR*, N° 144, 1997.

TORRES PÉREZ, M. y BOU FRANCH, V.: *La contribución del Tribunal Internacional Penal para Ruanda a la configuración jurídica de los crímenes internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

TURNS, D.: ““Internationalised” of Ad Hoc Justice for International Criminal Law in a Time of Transition: The Cases of East Timor, Kosovo, Sierra Leone and Cambodia”, en *Austrian Review of International and European Law*, vol. 7, 2002.

WAGNER, N.: “The development of the grave breaches regime and of individual criminal responsibility by the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia”, en *RICR*, N°. 850, 2003.

ZORRILLA, M.: *La Corte Penal Internacional ante el crimen de violación sexual*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005.