

*Tribunal Penal Internacional
para la Ex Yugoslavia*

Caso N° IT-96-21-T

*Fiscal vs. Zejnil Delalić,
Zdravko Mucić alias “Pavo”, Hazim Delić,
Esad Landžo alias “Zenga” (Čelebići)*

*Sentencia del
16 de noviembre de 1998*

I. INTRODUCCIÓN

El juicio de Zejnil Delalić, Zdravko Mucić, Hazim Delić y Esad Landžo (en adelante “los acusados”), llevado a cabo ante esta Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para el procesamiento de las personas responsables de las graves violaciones al derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la Ex Yugoslavia desde 1991 (en adelante “Tribunal Internacional” o “Tribunal”), comenzó el 10 de marzo de 1997 y llegó a su fin el 15 de octubre de 1998.

[...]

POR LA PRESENTE DICTA SU SENTENCIA.

[...]

B. La Acusación

[...]

3. La Acusación se ocupa únicamente de los hechos presuntamente ocurridos en un centro de detención del pueblo de Čelebići (en adelante “campo de prisioneros de Čelebići”), ubicado en el municipio de Konjic, en Bosnia y Herzegovina, durante ciertos meses del año 1991. La Acusación imputa a los cuatro acusados graves infracciones a los Convenios de Ginebra de 1949, según el artículo 2 del Estatuto, y violaciones a las leyes o prácticas de guerra, según el artículo 3 del Estatuto, en relación con actos presuntamente cometidos dentro del campo de prisioneros de Čelebići.

[...]

III. DERECHO APLICABLE

[...]

C. Requerimientos generales para la aplicación de los Artículos 2 y 3 del Estatuto

[...]

3. *Nexo entre los actos de los acusados y el conflicto armado*

193. Es axiomático que no todo delito grave cometido durante el conflicto armado en Bosnia y Herzegovina puede considerarse una violación al derecho internacional humanitario. Es necesario que haya una conexión obvia entre el acto delictivo y el conflicto armado. Claramente, si un delito pertinente fue cometido, por ejemplo, en el transcurso del combate o la toma de una ciudad durante un conflicto armado, esto sería suficiente para considerar que tal delito se entienda como una violación al derecho internacional humanitario. Sin embargo, semejante conexión directa con hostilidades reales no es un requisito en todas las situaciones. Nuevamente, la Sala de Apelaciones ha dado su opinión sobre la naturaleza del nexo entre los actos de los acusados y el conflicto armado:

basta que los presuntos delitos hayan estado estrechamente relacionados con las hostilidades que ocurrieron en otras partes de los territorios controlados por las partes involucradas en el conflicto.²²⁵

[...]

196. En el presente caso, todos los presuntos actos cometidos por los acusados ocurrieron dentro de los límites del campo de prisioneros de Čelebići, un centro de detención ubicado en el municipio de Konjic y operado por las fuerzas de las autoridades gubernamentales de Bosnia y Herzegovina. Los prisioneros alojados en el campo fueron arrestados y detenidos como resultado de operaciones militares llevadas a cabo en representación del Gobierno de Bosnia y Herzegovina, y durante el transcurso de un conflicto armado del que dicho Gobierno formaba parte. Se presume que cada uno de los acusados ha estado involucrado, desempeñando algún cargo, en la operación del campo de prisioneros, y que los actos que se les imputan han sido cometidos en desempeño de sus funciones oficiales como miembros de las fuerzas bosnias.

197. Por consiguiente, la Sala de Primera Instancia no duda de que existe un nexo claro entre el conflicto armado en Bosnia y Herzegovina, que incluye las operaciones militares llevadas a cabo en Konjic, y los actos que en la Acusación se presume fueron cometidos por los cuatro acusados en el presente caso.

[...]

I. Elementos de los delitos

[...]

2. Delito de maltrato

[...]

(b) Tortura

[...]

(iv) Violación como delito de tortura

475. El delito de violación en sí mismo no está mencionado expresamente en los Convenios de Ginebra relativos a graves infracciones, ni en el artículo 3 común a los Convenios, y por ello se lo clasifica como tortura y trato cruel. El propósito de esta sección es considerar si la violación constituye tortura, según las disposiciones de los Convenios de Ginebra anteriormente mencionadas. Para considerar de manera apropiada esta cuestión, la Sala de Primera Instancia analiza en primer lugar la prohibición de violación y agresión sexual en el derecho internacional, luego provee una definición de violación y, por último, se encarga de definir si la violación, una forma de agresión sexual, puede considerarse tortura.

a. Prohibición de violación y agresión sexual según el derecho internacional humanitario

476. No existen dudas de que la violación y otras formas de agresión sexual están prohibidas expresamente en el derecho internacional humanitario. Los términos del artículo 27 del IV Convenio de Ginebra prohíben específicamente la violación, cualquier forma de agresión indecente y la prostitución forzada de mujeres. También se puede encontrar la prohibición de violación, prostitución forzada y cualquier forma de agresión indecente en el artículo 4(2) del Protocolo Adicional II, relativo a los conflictos armados internos. Este Protocolo también prohíbe de forma implícita la violación y la agresión sexual en el artículo 4(1), que establece que todas las personas tienen derecho a que se respeten su persona y honor. Además, el artículo 76(1) del Protocolo Adicional I solicita expresamente que las mujeres sean protegidas de la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de agresión indecente. También puede encontrarse una prohibición implícita de violación y agresión sexual en el artículo 46 del Convenio de la Haya (IV) de 1907, que aboga por la protección de los derechos y el honor familiares. Por último, la violación está prohibida como crimen de lesa humanidad en el artículo 6(c) de la Carta de Núrenberg y formulada como tal en el artículo 5 del Estatuto.

477. Únicamente sobre la base de estas disposiciones queda claro que en el derecho internacional humanitario existe una clara prohibición de la violación y la agresión sexual. Aun así, las disposiciones en cuestión no definen la violación. Por lo tanto, la tarea de la Sala de Primera Instancia consiste en determinar la definición de violación en este contexto.

b. Definición de violación

478. Si bien la prohibición de violación en el derecho internacional humanitario es evidente, no hay ningún convenio u otro instrumento internacional que contenga una definición del término en sí. La Sala de Primera Instancia toma como guía en esta cuestión la discusión en la sentencia reciente del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR, por su sigla en inglés) en el caso *Fiscal vs. Jean Paul Akayesu*⁴⁹² (en adelante, "*Sentencia Akayesu*"), en el que se consideró la definición de violación en el contexto de los crímenes de lesa humanidad. La Sala de Primera Instancia que decidió este caso concluyó que no había una definición común aceptada del término en el derecho internacional y reconoció que, mientras que "la violación ha sido definida en ciertas jurisdicciones nacionales como acto sexual no consensuado", existen definiciones que difieren entre sí en cuanto a las variantes de dicho acto. Concluyó:

que la violación es una forma de agresión y que el elemento central del delito de violación no puede captarse en una descripción mecánica de objetos y partes del cuerpo. La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes no incluye actos específicos en su definición de tortura; en lugar de ello, se focaliza en el marco conceptual de la violencia estatalmente sancionada. Este enfoque es más útil en el derecho internacional.

[...]

La Sala de Primera Instancia define la violación como una invasión física de naturaleza sexual, cometida contra una persona en circunstancias que son coercitivas. La violencia sexual que incluye violación consiste en cualquier acto de naturaleza sexual que se cometa en circunstancias que son coercitivas [...].⁴⁹³

479. Esta Sala de Primera Instancia concuerda con el razonamiento antes mencionado y no encuentra motivos para apartarse de la conclusión del ICTR en la *Sentencia Akayesu* sobre esta controversia. Por lo tanto, la Sala de Primera Instancia considera que la violación constituye una invasión física de carácter sexual, cometida contra una persona en circunstancias que son coercitivas. Habiendo llegado a esta conclusión, la Sala de Primera Instancia prosigue con un breve análisis de la jurisprudencia de otros organismos jurídicos internacionales en relación con la violación como tortura.

c. Decisiones de organismos jurídicos regionales e internacionales

480. Para que la violación sea incluida dentro del delito de tortura debe reunir cada uno de los elementos de ese delito, como se analizó más arriba. En su consideración de la controversia, la Sala de Primera Instancia encuentra útil examinar las conclusiones pertinentes de otros organismos internacionales judiciales y cuasi judiciales así como también algunos informes pertinentes de las Naciones Unidas.

481. Tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “Comisión Interamericana”) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos recientemente han emitido decisiones sobre la cuestión de si la violación constituye tortura. El primero de marzo de 1996, la Comisión Interamericana dictó sentencia en el caso *Fernando y Raquel Mejía vs. Perú*⁴⁹⁴, que trataba de la violación, en dos ocasiones, de una maestra por parte del Ejército peruano.

[...]

483. La Comisión Interamericana concluyó que la violación de Raquel Mejía constituía tortura en infracción al artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁴⁹⁵. En la elaboración de su conclusión, la Comisión Interamericana determinó que la tortura según el artículo 5 tiene tres elementos constitutivos. En primer lugar, debe existir un acto intencional a través del cual se inflige a una persona sufrimiento y dolor físico o mental; en segundo lugar, ese sufrimiento debe ser infligido con un propósito; y, en tercer lugar, debe ser infligido por un funcionario público o un particular que actúe a instigación de un funcionario público⁴⁹⁶.

484. Cuando consideró la aplicación de estos principios a los hechos, la Comisión Interamericana concluyó que las circunstancias del hecho satisfacían el primero de esos elementos en base a lo siguiente:

[I]a violación ocasiona sufrimiento físico y mental en la víctima. Además de la violencia sufrida en el momento en que se comete, las víctimas generalmente son lastimadas o, en algunos casos, incluso quedan embarazadas. El haber sido objeto de un abuso de este tipo también causa un trauma psicológico que es resultado, por un lado, de haber sido humillada y victimizada, y por el otro, de sufrir el rechazo de su comunidad si relatan lo que les sucedió.⁴⁹⁷

485. Al determinar que también se había satisfecho el segundo elemento de tortura, la Comisión Interamericana concluyó que Raquel Mejía fue violada con el propósito de

castigarla como persona e intimidarla. Por último, se consideró que se cumplía el tercer requisito de la definición de tortura dado que el hombre que violó a Raquel Mejía era un miembro de las fuerzas de seguridad⁴⁹⁸.

486. Se pueden hacer dos observaciones importantes sobre esta decisión. Primero, cuando se considera si la violación ocasiona dolor y sufrimiento, no deben contemplarse solo las consecuencias físicas, sino también las consecuencias psicológicas y sociales de la violación. Segundo, en su definición de los elementos necesarios del delito de tortura, la Comisión Interamericana no hizo referencia al requisito del derecho consuetudinario que establece que el dolor y sufrimiento físico y psicológico deben ser graves. Sin embargo, ese nivel de sufrimiento puede inferirse a partir de la conclusión de la Comisión Interamericana de que la violación, en el caso en cuestión, fue “un acto de violencia” que ocasionó dolor y sufrimiento físico y psicológico que le causó a la víctima un estado de conmoción; temor al ostracismo público; temor a cómo reaccionaría su esposo; un sensación de que la integridad familiar estaba en juego y un temor de que sus hijos puedan sentirse humillados si descubrían qué le había sucedido a su madre⁴⁹⁹.

487. El Tribunal Europeo también ha considerado recientemente la cuestión de la violación como tortura, según se prohíbe en el artículo 3 del Convenio Europeo, en el caso *Aydin vs. Turquía*. En ese caso, una mayoría del Tribunal hizo referencia a la decisión anterior de la Comisión Europea de Derechos Humanos, cuando sostuvo que, después de haber sido detenida, la demandante fue llevada a una comisaría, donde:

le taparon los ojos, la golpearon, la desnudaron, la pusieron dentro de una cubierta y la rociaron con agua de alta presión y la violaron. Es en apariencia probable que la demandante haya sido objeto de tal maltrato sobre la base de sospechas de colaboración propia o de miembros de su familia con miembros del PKK; siendo el propósito de ese maltrato la obtención de información y/o el impedir que su familia y otros pobladores se involucren en actividades terroristas⁵⁰⁰.

488. El Tribunal Europeo resolvió que la distinción entre tortura y trato inhumano o degradante del artículo 3 del Convenio Europeo estaba allí expresado para permitir que el estigma especial de la tortura se aplique únicamente al trato inhumano deliberado que causa un sufrimiento muy grave y cruel⁵⁰¹. El Tribunal expresó luego que:

Mientras se encontraba detenida, la demandante fue violada por una persona cuya identidad todavía debe determinarse. La violación de un detenido cometida por un funcionario del Estado debe considerarse una forma de maltrato especialmente grave y aborrecible, teniendo en cuenta la facilidad con la que el infractor puede abusar de la vulnerabilidad y la debilitada capacidad de resistencia de su víctima. Además, la

violación deja en la víctima profundas cicatrices psicológicas que no responden al paso del tiempo tan rápido como otras formas de violencia física y mental. La demandante también experimentó el dolor físico agudo de la penetración forzosa, que debió haberla hecho sentirse degradada y violada tanto física como emocionalmente. [...]

A la luz de este contexto, el Tribunal está convencido de que la acumulación de actos de violencia física y mental cometidos contra la demandante y el acto especialmente cruel de la violación, a la que fue sometida, constituyen tortura en infracción al artículo 3 del Convenio. *De hecho, el Tribunal hubiera llegado a esta conclusión en base a cualquiera de esos motivos incluso si se hubieran tomado por separado*⁵⁰².

489. Al afirmar que hubiera detectado una infracción al artículo 3 incluso si los motivos se hubieran considerado por separado, el Tribunal Europeo, sobre la base de los hechos ante él presentados, ratificó específicamente la opinión de que la violación implica causar sufrimiento en un nivel suficiente de gravedad que permita que este tipo de maltrato se ubique en la categoría de tortura. La mayoría de la Corte (14 votos contra 7), concluyó que había habido una infracción al artículo 3 del Convenio Europeo y, si bien los jueces que disintieron con este veredicto no estaban convencidos de que los presuntos actos efectivamente hayan ocurrido, aparte de eso no disintieron con el razonamiento de la mayoría en cuanto a la aplicación del artículo 3⁵⁰³. De hecho, dos de los jueces disidentes afirmaron explícitamente que, de haber comprobado que los presuntos actos ocurrieron, constituirían una violación extremadamente grave del artículo 3⁵⁰⁴.

490. Además, en la *Sentencia Akayesu* antes mencionada se expresa una opinión más enfática sobre la cuestión de la violación como tortura, en los siguientes términos:

Al igual que la tortura, la violación se utiliza con los propósitos de intimidación, degradación, humillación, discriminación, castigo o destrucción de una persona. Al igual que la tortura, la violación es un quebrantamiento de la dignidad personal, y de hecho constituye delito de tortura cuando es cometida por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, o a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia⁵⁰⁵.

491. La opinión de que la violación constituye delito de tortura es también compartida por el Relator Especial de las Naciones Unidas Contra la Tortura. En una introducción oral a su Informe a la Comisión de Derechos Humanos, el Relator Especial sostuvo que:

dado que era claro que la violación y otras formas de agresión sexual cometidas contra mujeres detenidas eran infracciones particularmente ignominiosas a la dignidad inherente y el derecho a la integridad física del ser humano, constituían, por lo tanto, un acto de tortura⁵⁰⁶.

En su primer informe también enumeró varias formas de agresión sexual empleadas como métodos de tortura, entre las que se incluía la violación y la introducción de objetos en los orificios del cuerpo⁵⁰⁷.

492. Los profundos efectos de la violación y otras formas de agresión sexual se trataron puntualmente en el Informe de la Comisión de Expertos de la siguiente manera:

La violación y otras formas de agresión sexual no sólo dañan el cuerpo de la víctima. El daño más significativo es el sentimiento de total pérdida de control sobre las decisiones y funciones corporales más íntimas y personales. Esta pérdida de control vulnera la dignidad humana de la víctima y es lo que hace que la violación y la agresión sexual sean métodos tan efectivos de limpieza étnica.⁵⁰⁸

493. Por último, en un informe reciente, el Relator Especial de las Naciones Unidas Contra Formas Actuales de Esclavitud, Violación Sistemática, Esclavitud Sexual y Prácticas Relacionadas con la Esclavitud Durante un Conflicto Armado, ha considerado la cuestión de la violación como tortura, sobre todo en relación con la prohibición de la discriminación. El Relator Especial de las Naciones Unidas hizo referencia al hecho de que el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer reconoció que la violencia dirigida contra una mujer por el hecho de ser mujer, que incluye actos que ocasionan daño o sufrimiento físico, mental o sexual, representa una forma de discriminación que inhibe seriamente la capacidad de la mujer de disfrutar de las libertades y los derechos humanos. Sobre la base de lo anterior, el Relator Especial de las Naciones Unidas opinó que “en muchos casos la arista discriminatoria de la definición de tortura en la Convención contra la Tortura otorga un fundamento extra para condenar la violación y la violencia sexual como tortura.”⁵⁰⁹

(v) Conclusiones

494. A la luz del análisis anterior, la Sala de Primera Instancia considera que los elementos de tortura, a los fines de la aplicación de los artículos 2 y 3 del Estatuto, pueden enumerarse de la siguiente manera:

- (i) Debe existir un acto u omisión que cause dolor o sufrimiento graves, ya sean de carácter físico o mental,
- (ii) que sea infligido intencionalmente,
- (iii) y con los propósitos de obtener información o una confesión por parte de la víctima, o un tercero, castigando a la víctima por una acto que él o ella o un tercero cometieron o se sospecha que cometieron, a través de la intimidación o la coerción de la víctima o un tercero, o con cualquier motivo basado en cualquier tipo de discriminación,

(iv) además, ese acto u omisión debe ser cometido por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, o a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia.

495. La Sala de Primera Instancia considera que la violación de cualquier individuo es un acto despreciable que atenta contra el centro mismo de la dignidad humana y la integridad física. Condenar y castigar la violación se vuelve aun más urgente cuando es cometida por un funcionario público o a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia. La violación ocasiona sufrimiento y dolor graves, tanto de carácter físico como psicológico. El sufrimiento psicológico de los que han sido víctimas de violación puede exacerbarse a causa de condiciones sociales y culturales y puede ser especialmente agudo y duradero. Además, es difícil concebir una circunstancia en la que la violación, cometida por un funcionario público o a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia, pueda ocurrir con un propósito que no implique, de alguna manera, castigo, coerción, discriminación o intimidación. En la opinión de esta Sala de Primera Instancia, esto es inherente a las situaciones de conflictos armados.

496. Por consiguiente, en los casos en que la violación u otras formas de violencia sexual reúnen los criterios antes mencionados, deberán constituir delito de tortura, al igual que cualquier otro acto que cumpla con los mismos criterios.

[...]

IV. CONSIDERACIONES DE HECHO Y DE DERECHO

[...]

F. Consideraciones de hecho y derecho relativas a cargos específicos de la Acusación

[...]

9. Tortura y violación de Grozdana Čećez – Cargos 18, 19 y 20

925. El párrafo 24 de la Acusación sostiene que:

En algún momento a partir del 27 de mayo aproximadamente y prolongándose hasta agosto de 1992, Hazim Delić y otros sometieron a Grozdana Čećez a repetidos incidentes de relaciones sexuales forzosas. En una oportunidad, fue violada frente

a otras personas, y en otra, fue violada por tres personas diferentes en una misma noche. Por sus actos y omisiones, Hazim Delić es responsable de:

Cargo 18. Una grave infracción punible conforme al artículo 2(b) del Estatuto del Tribunal;

Cargo 19. Una violación a las Leyes o Prácticas de Guerra, punible conforme al artículo 3 del Estatuto del Tribunal y reconocida por el artículo 3(1)(a) (tortura) de los Convenios de Ginebra; o, con carácter subsidiario,

Cargo 20. Una violación a las Leyes o Prácticas de Guerra, punible conforme al artículo 3 del Estatuto del Tribunal y reconocida por el artículo 3(1)(a) (trato cruel) de los Convenios de Ginebra.

[...]

(c) Análisis y conclusiones

936. La Sala de Primera Instancia señala que la sub-regla 96(i) de las Reglas dispone que no se solicitará la corroboración de las declaraciones de una víctima de agresión sexual. Se alega en la Acusación que la Sra. Čećez fue violada por Hazim Delić y por otras personas. La Sala de Primera Instancia considera que las declaraciones de la Sra. Čećez, y las del testigo D y el Dr. Grubač, que las corroboran, son creíbles y convincentes, y por ello concluye que la Sra. Čećez fue violada por el Sr. Delić, y otros, en el campo de prisioneros de Čelebići.

937. La Sra. Čećez, nacida el 19 de abril de 1949, fue dueña de una tienda en Konjic hasta mayo de 1992. Fue arrestada en Donje Selo el 27 de mayo de 1992 y llevada al campo de prisioneros de Čelebići. Permaneció en el Edificio B durante las primeras dos noches y luego fue llevada al Edificio A la tercera noche, donde permaneció hasta su liberación, el día 31 de agosto de 1992. Al momento de su llegada al campo de prisioneros un chofer, el Sr. Džajić, la llevó a una habitación donde un hombre con una muleta la estaba esperando, a quien ella luego identificó como Hazim Delić. Posteriormente, otro hombre entró en la habitación. La Sra. Čećez fue interrogada por el Sr. Delić, quien le preguntó sobre el paradero de su esposo y la abofeteó. Luego la llevaron a una segunda habitación con tres hombres, entre ellos el Sr. Delić. Hazim Delić, que estaba vestido de uniforme y llevaba un palo, luego le ordenó que se quitara la ropa. Luego la desvistió en parte, empujó la cara de la víctima apoyándola sobre la cama y la penetró con su pene por la vagina. Posteriormente la dio vuelta, le quitó el resto de la ropa y volvió a penetrarla con su pene por la vagina. Durante este tiempo, el Sr. Džajić se encontraba en otra cama en la misma habitación y el otro hombre presente estaba haciendo guardia en la puerta. El Sr.

Delić le dijo a la víctima que ella estaba allí por su esposo, y que no lo estaría si su esposo estuviera en su lugar. Más tarde esa misma noche, Zdravko Mucić entró a la habitación donde la tenían encerrada y le preguntó sobre el paradero de su esposo. Ese hombre se percató de su aspecto y le preguntó si alguien la había tocado. No se atrevió a decir nada porque Delić le había ordenado que no lo hiciera. Sin embargo el Sr. Mucić “pudo darse cuenta de que yo [la Sra. Ćećez] había sido violada porque había una gran mancha de esperma en la cama”.⁹⁰³

938. La Sra. Ćećez expresó cuál fue el efecto que tuvo esta violación perpetrada por Hazim Delić cuando dijo: “...pisoteó mi orgullo y nunca podré ser la mujer que fui”.⁹⁰⁴ La Sra. Ćećez vivió en un estado de constante temor mientras permaneció en el campo de prisioneros y adquirió tendencias suicidas. Además, la Sra. Ćećez fue sometida a múltiples violaciones durante la tercera noche de detención en el campo de prisioneros, cuando se la transfirió del Edificio B a una pequeña habitación del Edificio A. Luego del tercer acto de violación esa noche, afirmó: “fue difícil para mí. Era mujer que sólo había vivido para un hombre y fue suya toda mi vida y pienso que me estaban separando de mi cuerpo en ese momento”.⁹⁰⁵ Además, fue sometida a otra violación en julio de 1992. La Sra. Ćećez afirmó que, como resultado de sus experiencias en el campo de prisioneros, “estaba completamente destrozada psicológicamente y físicamente. Te matan psicológicamente”.⁹⁰⁶

940. La Sala de Primera Instancia concluye que los actos de penetración vaginal con el pene en circunstancias coercitivas constituye claramente una violación. Esos actos fueron cometidos de manera intencionada por Hazim Delić, quien era un funcionario de las autoridades bosnias que estaban a cargo del campo de prisioneros.

941. Los propósitos de las violaciones cometidas por Hazim Delić eran, *inter alia*, obtener información sobre el paradero del esposo de la Sra. Ćećez, que era considerado un rebelde armado; castigarla por no poder proveer información sobre su esposo; coaccionarla e intimidarla para que otorgue dicha información; y castigarla por el comportamiento de su esposo. El hecho de que estos actos se hayan cometido en un campo de prisioneros, por parte de un funcionario armado, y fueran del conocimiento del comandante del campo de prisioneros, los guardias, otras personas que trabajaban allí y, lo que es aun más importante, los internos, pone en evidencia la propósito del Sr. Delić de intimidar no sólo a la víctima sino también a otros internos, creando un ambiente de temor e impotencia. Además, la violencia que sufrió la Sra. Ćećez en forma de violación fue cometida por Delić porque ella es mujer. Como se analizó anteriormente, esto representa una forma de discriminación que constituye para el delito de tortura un propósito prohibido.

942. Por último, no hay dudas de que esas violaciones causaron un grave sufrimiento y dolor mental para la Sra. Čečez. Las consecuencias de las violaciones que sufrió a manos de Hazim Delić son evidentes a partir de su propia declaración e incluyen: vivir en estado de temor y depresión constantes, tendencias suicidas, y agotamiento tanto mental como físico.

943. En virtud de todo lo expuesto, la Sala de Primera Instancia encuentra a Hazim Delić culpable de tortura, según los cargos 18 y 19 de la Acusación por la violación de la Sra. Čečez. Dado que el cargo 20 de la Acusación está formulado con carácter subsidiario en el cargo 19, queda rechazado a la luz de la determinación de culpabilidad para el cargo 19 de la Acusación.

10. Tortura y violación de la Testigo A - Cargos 21, 22 y 23

944. El párrafo 25 de la Acusación sostiene que:

En algún momento a partir del 15 de junio de 1992 aproximadamente, hasta principios de agosto de 1992, Hazim Delić sometió a una detenida, identificada aquí como la Testigo A, a repetidos episodios de relaciones sexuales, tanto vaginales como anales. Hazim Delić la violó durante el primer interrogatorio de la víctima y en el transcurso de las siguientes seis semanas, la violó cada pocos días. Por sus actos y omisiones, Hazim Delić es responsable por:

Cargo 21. Una grave infracción punible conforme al artículo 2(b) (tortura) del Estatuto del Tribunal;

Cargo 22. Una violación a las Leyes y Prácticas de Guerra punible conforme al artículo 3 del Estatuto del Tribunal y reconocida por el artículo 3(1)(a) (tortura) de los Convenios de Ginebra; o, con carácter subsidiario

Cargo 23. Una violación a las Leyes y Prácticas de Guerra punible conforme al artículo 3 del Estatuto del Tribunal y reconocida por el artículo 3(1)(a) (trato cruel) de los Convenios de Ginebra.

[...]

(c) Análisis y conclusiones

955. La Sra. Antić, nacida en 1948, es serbio bosnia. En 1992, vivía en el pueblo de Idbar con su madre. Fue arrestada en su pueblo el 15 de junio de 1992 y llevada al campo de prisioneros de Čelebići. Tras su llegada, la mantuvieron detenida en el Edificio A junto con otras mujeres; allí permaneció hasta su liberación, el 31 de agosto de 1992. En el momento de su llegada al campo de prisioneros de Čelebići, fue interrogada de inmediato

junto con otra mujer, por Hazim Delić, Zdravko Mucić y otra persona. En respuesta a una pregunta formulada por el Sr. Mucić, afirmó que no estaba casada, momento en el que el Sr. Mucić le dijo al Sr. Delić: “este es el tipo de mujer indicado para ti”.

956. La Sala de Primera Instancia señala que la subregla 96(i) de las Reglas, dispone que no se solicitará corroboración alguna de las declaraciones de la víctima. Concuera con la opinión de la Sala de Primera Instancia en la *Sentencia Tadic*, citada en la *Sentencia Akayesu*, de que esta subregla:

le otorga a la declaración testimonial de una víctima de agresión sexual la misma presunción de fiabilidad que a las declaraciones de víctimas de otros delitos, algo que el derecho anglosajón le negó durante mucho tiempo a las víctimas de agresión sexual.⁹¹¹

957. A pesar de las aserciones de la Defensa, la Sala de Primera Instancia acepta la declaración de la Sra. Antić y concluye, sobre esa base y a partir de la declaración justificativa de la Sra. Čećez, el Testigo P y el Dr. Petko Grubač, que fue sometida a tres violaciones por parte de Hazim Delić. La Sala de Primera Instancia concluye que la declaración de la Sra. Antić en su conjunto es convincente y verdadera, en particular a la luz de su relato detallado de las circunstancias de cada violación y su conducta en la sala, y, sobre todo, en el momento del contra-interrogatorio. Las supuestas contradicciones entre su declaración durante el juicio y declaraciones anteriores no son pertinentes y fueron adecuadamente explicadas por la Sra. Antić. Afirmó en todo momento bajo contra-interrogatorio que, cuando prestó esas declaraciones anteriores, estaba experimentando la conmoción de revivir las violaciones que había “mantenido dentro durante tantos años”.⁹¹² Además, el valor probatorio de esas declaraciones anteriores es considerablemente menor que el de declaraciones directas prestadas bajo juramento que han sido sujetas a contra-interrogatorio.

958. Por tanto, la Sala de Primera Instancia concluye que la Sra. Antić fue violada por primera vez la noche de su llegada al campo de prisioneros. En esa ocasión, le ordenaron que dejara el Edificio A y la llevaron con Hazim Delić en el Edificio B, él vestía uniforme. Comenzó a interrogarla y le dijo que si no hacía lo que se le ordenaba la enviaría a otro campo o le dispararían. El Sr. Delić le ordenó que se quitara la ropa, la amenazó e ignoró sus súplicas y llantos para que no la tocara. Le apuntó con un rifle mientras le quitaba la ropa y le ordenaba que se echara en la cama. El Sr. Delić luego la violó penetrándola por la vagina con su pene, eyaculó en la parte baja de su estómago y siguió amenazándola e insultándola.

959. La llevaron llorando de regreso a su habitación en el Edificio A, donde dice haber exclamado: “Oh, vete a la mierda, Dios, en caso de que existas. ¿Por qué no me protegiste

de esto?"⁹¹³ Al día siguiente, Hazim Delić fue hasta la puerta de la habitación donde ella se encontraba durmiendo y al verlo comenzó a gritar. Luego él le dijo: "¿por qué estás llorando? Ésta no va a ser tu última vez". La Sra. Antić sostuvo que durante su declaración "Me sentí tan de manera miserable [sic], estaba llorando constantemente. Estaba como loca, como si me hubiera vuelto loca".⁹¹⁴ La Sra. Čečez y el Dr. Grubač también señalaron la violación y el sufrimiento y daño emocional y psicológico grave experimentados por la Sra. Antić.

960. La segunda violación ocurrió cuando Hazim Delić fue al Edificio A y le ordenó a la Sra. Antić que fuera al Edificio B para asearse. Después de hacerlo, la llevaron a la misma habitación donde la habían violado por primera vez, y donde ahora se encontraba Delić, que tenía una pistola y un rifle y estaba de uniforme, sentado en un escritorio. Ella comenzó a llorar nuevamente por temor. Delić le ordenó que se quitara la ropa. Ella le decía todo el tiempo que estaba enferma y le pedía que no la tocara. Por temor a que la matara, accedió a sus órdenes. El Sr. Delić le ordenó que fuera a la cama, se pusiera de espalda y se arrodillara. Después de hacerlo, la penetró por el ano con su pene mientras ella gritaba del dolor. El no pudo penetrarla por completo y ella comenzó a sangrar. El Sr. Delić luego la dio vuelta y la penetró por la vagina con su pene, y luego eyaculó en la parte baja de su abdomen. Tras la violación, la Sra. Antić siguió llorando, se sintió mal, sangraba por su ano; trató el sangrado con una compresa y recibió tranquilizantes.

961. La tercera violación ocurrió en el Edificio A. Era de día cuando Hazim Delić entró, armado con granadas de mano, una pistola y un rifle. Él la amenazó nuevamente y ella volvió a decirle que era una mujer enferma y le pidió que no la tocara. Le ordenó que se desvistiera y se echara en la cama. Ella accedió bajo presión y amenazas. El Sr. Delić luego se bajó los pantalones a la altura de las botas y la violó penetrándola por la vagina con su pene. Luego eyaculó en el abdomen de la víctima.

962. La Sala de Primera Instancia concluye que los actos de penetración vaginal con el pene y penetración anal con el pene, en circunstancias que fueron sin duda coercitivas, constituye tortura. Esas violaciones fueron cometidas intencionadamente por Hazim Delić, quien era un funcionario de las autoridades bosnias que estaban a cargo del campo de prisioneros.

963. Las violaciones se cometieron dentro del campo de prisioneros de Čelebići y en cada ocasión, Hazim Delić estaba usando su uniforme, estaba armado y amenazaba brutalmente a la Sra. Antić. El propósito de esas violaciones era intimidar, coaccionar y castigar a la Sra. Antić. Además, por lo menos en lo respecta a la primera violación, el propósito

de Delić era obtener información de parte de la Sra. Antić, dado que se cometió en la situación de interrogatorio. Asimismo, la violencia que sufrió la Sra. Antić en forma de violación, fue infligida contra su persona por parte de Delić por el hecho de ser mujer. Como se analizó anteriormente, esto representa una forma de discriminación que constituye para el delito de tortura un propósito prohibido.

964. Por último, no hay dudas de que esas violaciones causaron un grave sufrimiento y dolor mental y físico para la Sra. Antić. Las consecuencias de las violaciones que sufrió a manos de Hazim Delić, entre las que se incluyen el dolor extremo de la penetración anal y el posterior sangrado, la grave angustia psicológica experimentada por la víctima mientras era violada en circunstancias en que el Sr. Delić estaba armado y amenazaba su vida, y la depresión general de la víctima, demostrada por el llanto constante, la sensación de que estaba volviéndose loca y el hecho de que haya recibido tranquilizantes demuestran categóricamente el grave dolor y sufrimiento que debió soportar.

965. En virtud de todo lo expuesto, la Sala de Primera Instancia encuentra a Hazim Delić culpable de tortura, según los cargos 21 y 22 de la Acusación por las violaciones múltiples de la Sra. Antić. (...)

[...]

Notas

- 7 Las acusaciones de violación imputadas como tortura o trato cruel.
- 225 Fallo en materia de jurisdicción, caso Tadic, párr. 70.
- 492 *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu* (Fiscal vs. Jean-Paul Akayesu) Caso N° ICTR-96-4-T, Sala de Primera Instancia 1, 2 Sept. 1998.
- 493 *Ibid.*, pág. 241.
- 494 Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 5/69, Caso N° 10.970, 1 de marzo de 1996.
- 495 *Ibid.*, pág. 187.
- 496 *Ibid.*, pág. 185.
- 497 *Ibid.*, pág. 186 (nota al pie omitida).
- 498 *Ibid.*, pág. 187.
- 499 *Ibid.*, pág. 186.
- 500 *Aydin v. Turkey* (Aydin vs. Turquía), párr. 40, sub-párr. 4.
- 501 *Ibid.*, párr. 82.
- 502 *Ibid.*, párrs. 83 y 86 (énfasis añadido).
- 503 *Ibid.*, pág. 38. Voto disidente conjunto de los Jueces Golciklti, Matscher, Pettiti, De Meyer, Lopes Rocha,

Makarczyk y Gotchev sobre el Supuesto Maltrato (Art. 3 del Convenio), p. 45.

- 504 *Ibid.*, Voto parcialmente concurrente, parcialmente disidente del Juez Matscher, pág. 40, y Voto parcialmente concurrente, parcialmente disidente del Juez Pettiti, pág. 41.
- 505 Sentencia del caso *Akayesu*, párr. 597.
- 506 E/CNA/1992/SR.21, párr.35. Véase “Cuestión de los derechos humanos de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión y en particular: la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, Informe del Relator Especial, Sr. Nigel S. Rodley, presentado con arreglo a la resolución 1994/37 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CNA/1995/34, párr. 16.
- 507 Informe del Relator Especial, párr. 119.
- 508 Informe de la Comisión de Expertos, Anexos IX a XII *S/1994/6741* Ad.2 (Vol. V), párr. 25.
- 509 “Formas contemporáneas de la esclavitud: La violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de conflicto armado”; Informe final presentado por la Sra. Gay J. McDougall, Relatora Especial, E/CNAISub.2/1998/13, 22 de junio de 1998, párr. 55.
- 903 Transcripción (en adelante, “T.”) 496.
- 904 T. 494.
- 905 T. 503.
- 906 T. 551.
- 911 Sentencia del caso *Tadic*, párr. 536 y Sentencia del caso *Akayesu*, párr. 134.
- 912 T. 1825 y T 1837.
- 913 T. 1780.
- 914 T. 1777-T. 1780.

*Tribunal Penal Internacional
para la Ex Yugoslavia*

Caso N° IT-95-17/1-T

Fiscal vs. Anto Furundžija

*Sentencia del
10 de diciembre de 1998*

I. INTRODUCCIÓN

El juicio de Anto Furundžija, de aquí en adelante “el Acusado”, un ciudadano de Bosnia y Herzegovina que nació el 8 de julio de 1969, ante ésta Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para el procesamiento de las personas responsables de las graves violaciones al derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la Ex Yugoslavia desde 1991, de aquí en adelante “Tribunal Internacional”, comenzó el 8 de junio de 1998 y finalizó el 12 de noviembre de 1998.

Habiendo considerado toda la evidencia presentada durante el curso de este juicio, junto con los alegatos de la Oficina del Fiscal, de aquí en adelante “Fiscalía”, y de la Defensa, la Sala de Primera Instancia,

POR LA PRESENTE PRONUNCIA SU SENTENCIA

[...]

V. LOS SUCESOS EN EL BUNGALOW Y EN LA CASITA DE VACACIONES EN NADIOCI

[...]

H. Hechos probados

120. Después de haber considerado la evidencia, la Sala de Primera Instancia está satisfecha, más allá de toda duda razonable, de que se pueden pronunciar las siguientes conclusiones.

1. La Detención

121. Aproximadamente el 16 de mayo de 1993, el Acusado y el Acusado B arrestaron y llevaron al Testigo D al Bungalow. Ambos lo interrogaron y lo agredieron. El Acusado B en particular le pegó con sus puños y lo golpeó con un bastón en los pies, en presencia del Testigo E, y la mayor parte del tiempo en presencia del acusado que iba y venía.

122. Aproximadamente el 18 o 19 de mayo de 1993, varios miembros de una unidad de elite de soldados adscritos al HVO*, y conocidos como los Jokers arrestaron a la Testigo A y la sacaron de su departamento en Vitez. La llevaron en auto al Bungalow, la sede de

los Jokers. Algunos soldados y varios comandantes de diferentes unidades estaban en el Bungalow, entre ellos estaba el acusado, el Acusado B, Vlado Šantić y otros¹⁴⁹.

123. Al llegar al Bungalow, llevaron a una casa cercana a la Testigo A, la Casita de vacaciones, que formaba parte del complejo del Bungalow. Entró a una habitación que se describió como la habitación grande, que era donde se alojaban los Jokers. Le dijeron que se sentara y le ofrecieron pan y manteca para comer. Alrededor de ella, los soldados, vestidos con el uniforme de los Jokers, esperaban la llegada de un hombre al que nombraban “el Jefe”, que era quien la iba a tratar. Luego, la Testigo A escuchó el anuncio de la llegada de “Furundžija” y entró en la habitación con algunos papeles en la mano el hombre que ella identificó, para satisfacción de la Sala de Primera Instancia, como Anto Furundžija, el acusado.

2. En la Habitación Grande

124. El acusado interrogó a la Testigo A. El Acusado B la obligó a desvestirse y estar desnuda delante de un gran número de soldados. Fue sometida a tratos crueles, inhumanos y degradantes y a amenazas de graves agresiones físicas por parte del Acusado B durante la interrogación por parte del acusado. El propósito de este abuso era el de sacarle información a la Testigo A sobre su familia, su conexión con el AbiH[#] y su relación con algunos soldados croatas y también el de degradarla y humillarla. La interrogación por parte del acusado y el abuso por parte del Acusado B sucedieron en simultáneo.

125. El acusado dejó a la Testigo A bajo custodia del Acusado B, que luego la violó, la agredió sexualmente y la abusó y degradó físicamente.

126. La Testigo A fue sometida a graves sufrimientos físicos y mentales y a la humillación pública.

3. En la Despensa

127. El interrogatorio de la Testigo A continuó en la despensa, otra vez ante una audiencia de soldados. Fue interrogada por el acusado mientras estaba desnuda sólo cubierta con una pequeña manta. Fue sometida a violación, agresiones sexuales y tratos crueles, inhumanos y degradantes por parte del Acusado B. El Testigo D también fue interrogado por el acusado y sometido a graves agresiones físicas por parte del Acusado B. Lo obligaron a mirar las agresiones sexuales perpetradas contra una mujer que él conocía para forzarlo a admitir acusaciones hechas en contra de ella. De esta manera, ambos testigos fueron humillados.

128. El Acusado B golpeó al Testigo D y violó reiteradamente a la Testigo A. El acusado estaba presente en la habitación mientras llevaba a cabo los interrogatorios. Cuando no estaba en la habitación, estaba cerca, justo fuera de una puerta abierta y sabía que se estaban cometiendo delitos, incluso violaciones. De hecho, los actos del Acusado B se llevaron a cabo para que el interrogatorio del acusado sea exitoso.

129. Es evidente que en la despensa, tanto la Testigo A como el Testigo D fueron sometidos a graves sufrimientos físicos y mentales y fueron humillados públicamente.

130. No hay duda de que el acusado y el Acusado B, como comandantes, dividieron el proceso de interrogación al llevar a cabo diferentes funciones. El papel del acusado era el de preguntar, mientras que el papel del Acusado B era el de agredir y amenazar con el fin de obtener la información requerida de la Testigo A y del Testigo D.

VI. *EL DERECHO*

[...]

C. **Violación y otras Agresiones Sexuales Graves en el Derecho Internacional**

1. *Derecho Internacional Humanitario*

165. La violación en tiempos de guerra está específicamente prohibida por el derecho convencional: los Convenios de Ginebra de 1949¹⁸⁹, el Protocolo Adicional I de 1977¹⁹⁰ y el Protocolo Adicional II de 1977¹⁹¹. Otras agresiones sexuales graves están prohibidas expresa o implícitamente en varias disposiciones de los mismos tratados¹⁹².

166. Por lo menos el artículo común 3 de los Convenios de Ginebra de 1949, que se refiere explícitamente a la violación, y el artículo 4 del Protocolo Adicional II, que menciona explícitamente la violación, aplican *qua* ley por tratado en el caso en cuestión porque Bosnia y Herzegovina ratificaron los Convenios de Ginebra y los dos Protocolos Adicionales el 31 de diciembre de 1992. Además, como se afirmó en el párrafo 135, el 22 de mayo de 1992, las partes del conflicto se hicieron cargo de observar las disposiciones más importantes de los Convenios de Ginebra y de conceder las protecciones que se ofrecen allí.

167. Además, la Sala de Primera Instancia observa que la violación y los tratos inhumanos fueron prohibidos en tanto delitos de guerra por el artículo 142 del Código Penal del SFRY y que Bosnia y Herzegovina, como ex República del Estado federal, continúa

aplicando una disposición análoga.

168. La prohibición de la violación y la agresión sexual grave en conflictos armados también evolucionó en el derecho internacional consuetudinario. Con el tiempo se fue cristalizando de la prohibición expresa en el artículo 44 del Código de Lieber¹⁹³ y las disposiciones generales del artículo 46 de las normas anexas del Convenio de La Haya IV, leídas junto con la “cláusula de Martens” establecida en el preámbulo de ese Convenio. Mientras que la violación y las agresiones sexuales no fueron específicamente procesadas por el Tribunal de Nuremberg, la violación fue expresamente clasificada como un crimen de lesa humanidad bajo el artículo II(1)(c) de la Ley del Consejo de Control N° 10. El Tribunal Militar Internacional de Tokio condenó a los Generales Toyoda y Matsui de ser los responsables por las violaciones de las leyes y costumbres de guerra cometidas por los soldados a su cargo en Nanking, que incluyen muchas violaciones y agresiones sexuales¹⁹⁴. El ex Ministro de Relaciones Exteriores de Japón, Hirota, también fue condenado por esas atrocidades. Esta decisión y la de la Comisión Militar de los Estados Unidos en *Yamashita*¹⁹⁵, junto con la consolidación de la prohibición fundamental de “atentados contra la dignidad personal” establecido en el artículo común 3 en el derecho internacional consuetudinario, contribuyó en la evolución de las normas del derecho internacional aceptadas universalmente que prohíben la violación así como también las agresiones sexuales graves. Estas normas pueden aplicarse en cualquier conflicto armado.

169. No caben dudas de que la violación y otras agresiones sexuales graves en conflictos armados vinculan la responsabilidad penal a los perpetradores.

2. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*

170. Ningún instrumento internacional de derechos humanos prohíbe específicamente la violación u otras agresiones sexuales graves. Sin embargo, esos delitos están implícitamente prohibidos por las disposiciones que protegen la integridad física, que están presentes en todos los tratados internacionales relevantes¹⁹⁶. El derecho a la integridad física es fundamental y, sin dudas, forma parte del derecho internacional consuetudinario.

171. En algunas circunstancias, sin embargo, la violación puede considerarse una tortura y cuerpos judiciales internacionales determinaron que constituía una violación de la norma que prohíbe la tortura, como se afirmó anteriormente en el párrafo 163.

3. *Violación Según el Estatuto*

172. La acusación de la violación está explícitamente prevista en el artículo 5 del Estatuto del Tribunal Internacional como un crimen de lesa humanidad. La violación también puede constituir un grave incumplimiento de los Convenios de Ginebra, una violación de las leyes o costumbres de guerra¹⁹⁷ o un acto de genocidio¹⁹⁸, si se cumplen los elementos necesarios y se puede iniciar una acción judicial acorde.

173. La naturaleza abarcativa del artículo 3 del Estatuto ya fue analizada en el párrafo 133 de este Fallo. En su “Decisión Sobre la Petición del Acusado para Descartar los Cargos 13 y 14 de la Acusación (Falta de Jurisdicción sobre el Tema)” del 29 de mayo de 1998, la Sala de Primera Instancia sostuvo que el artículo 3 del Estatuto cubre los atentados contra la dignidad personal, incluso la violación.

4. *La Definición de Violación*

174. La Sala de Primera Instancia observa el alegato indiscutible de la Fiscalía en su Caso antes del Juicio de que la violación es un acto forzoso: eso significa que el acto se “cumple por medio de la fuerza o amenazas contra la víctima o un tercero, dichas amenazas pueden ser explícitas o implícitas e infunden el miedo a la víctima de que él, ella o un tercero sea sometido a violencia, detención, coacción u opresión psicológica”¹⁹⁹. Este acto consiste en la penetración de la vagina, el ano o la boca por el pene, o de la vagina o el ano por otro objeto. En este contexto, incluye la penetración, aunque sea mínima, de la vulva, el ano o la cavidad oral por el pene y la penetración sexual de la vulva o el ano no se limita al pene²⁰⁰.

175. No hay definiciones de violación en el derecho internacional. Sin embargo, se pueden percibir algunas indicaciones generales en las disposiciones de los tratados internacionales. En particular, se debe prestar atención al hecho de que se prohíben tanto la violación como “cualquier tipo de agresión indecente” contra las mujeres en el artículo 27 del Convenio de Ginebra IV, el artículo 76(1) del Protocolo Adicional I y el artículo 4(2) (e) del Protocolo Adicional II. Se garantiza la inferencia de que la ley internacional, al prohibir específicamente la violación así como también, en términos generales, otros tipos de abuso sexual, considera que la violación es la manifestación más grave de agresión sexual. Eso está, *inter alia*, confirmado por el artículo 5 del Estatuto del Tribunal Internacional, que prevé explícitamente la acusación de la violación, mientras que implícitamente cubre otros tipos menos graves de agresión sexual a través del artículo 5(i) como “otros actos inhumanos”²⁰¹.

176. La Sala de Primera Instancia I del ICTR sostuvo en el caso *Akayesu* que para formular una definición de violación en la ley internacional uno debería empezar desde la suposición de que “los elementos más importantes del delito de violación no se pueden capturar en una descripción mecánica de los objetos o partes del cuerpo”²⁰². Según esa Sala de Primera Instancia, en el derecho internacional es más útil concentrarse “en el marco conceptual de la violencia sancionada por el Estado”²⁰³. Luego, afirmó lo siguiente:

Así como la tortura, la violación se usa para propósitos tales como la amenaza, degradación, humillación, discriminación, castigo, control o destrucción de una persona. Así como la tortura, la violación es una violación de la dignidad personal y la violación de hecho constituye una tortura cuando la comete, la instiga o la aprueba un funcionario del Estado u otra persona con capacidades oficiales. La Sala define la violación como una invasión física de naturaleza sexual, cometida contra una persona en circunstancias coactivas²⁰⁴.

La Sala de Primera Instancia II *quater* apoyó esa definición del Tribunal Internacional en *Delalić*²⁰⁵.

177. Esta Sala de Primera Instancia nota que no se pueden establecer otros elementos más que aquellos enfatizados por los tratados internacionales o el derecho consuetudinario, tampoco se puede recurrir a principios generales del derecho penal internacional o a principios generales del derecho internacional. La Sala de Primera Instancia, por ende, considera que, para llegar a una definición precisa de violación basada en el principio de especificidad del derecho penal (*Bestimmtheitsgrundsatz*, también descrito por la máxima “*nullum crimen sine lege stricta*”), es necesario buscar principios del derecho penal comunes a los principales sistemas legales de todo el mundo. Esos principios pueden sacarse, con todo el cuidado necesario, de las leyes nacionales.

178. Cuando las normas penales internacionales no definan una noción de ley penal, se justifica depender de la legislación nacional, si se cumplen las siguientes condiciones: (i) a menos que lo indique una norma internacional, no se debe hacer referencia a un solo sistema legal nacional, por ejemplo el de los Estados que poseen *common-law* o derecho civil. En cambio, las cortes internacionales deben recurrir a los conceptos generales y las instituciones legales comunes a todos los principales sistemas legales del mundo. Eso presupone un proceso de identificación de los denominadores comunes en esos sistemas legales para señalar las nociones básicas que comparten; (ii) ya que “los juicios internacionales exhiben un número de características que los diferencian de los procedimientos penales nacionales”²⁰⁶, se debe tener en cuenta la especificidad de los procedimientos penales internacionales cuando se utilizan nociones del derecho nacional. De esta ma-

nera, se evita una importación o transposición mecánica de la ley nacional a los procedimientos penales internacionales, así como también las distorsiones que conllevan las características únicas de esos procedimientos.

179. La Sala de Primera Instancia enfatizaría al comienzo que se puede distinguir en la legislación nacional de un número de Estados una tendencia a ampliar la definición de violación para que abarque actos que anteriormente estaban clasificados como agresiones menos graves en comparación, como la agresión sexual o indecente. Esa tendencia demuestra que en el nivel nacional los Estados suelen tomar medidas más estrictas en cuanto a formas graves de agresión sexual: el estigma de la violación ahora aplica a una creciente categoría de agresiones sexuales, sólo si, por supuesto, cumplen ciertos requisitos, principalmente el de la penetración física forzada.

180. En el estudio de las leyes nacionales sobre la violación, la Sala de Primera Instancia descubrió que aunque las leyes de muchos países especifican que la violación sólo puede ser cometida contra una mujer²⁰⁷, otros afirman que la violación puede ser cometida contra una víctima de cualquier sexo²⁰⁸. Las leyes de varias jurisdicciones afirman que el *actus reus* de la violación consiste en la penetración, aunque sea mínima, del órgano sexual de la mujer por el órgano sexual del hombre²⁰⁹. También existen jurisdicciones que interpretan el *actus reus* de la violación en un sentido más amplio²¹⁰. Las disposiciones de las jurisdicciones del derecho civil generalmente usan redacciones abiertas a la interpretación de las cortes²¹¹. Además, todas las jurisdicciones examinadas por la Sala de Primera Instancia requieren un elemento de fuerza, coacción, amenaza, o acto sin el consentimiento de la víctima²¹²: a la fuerza se le da una amplia interpretación e incluye el hecho de dejar a las víctimas indefensas²¹³. Algunas jurisdicciones indican que la fuerza o la amenaza puede estar dirigida a un tercero²¹⁴. Los factores que agravan la situación generalmente incluyen el hecho de causar la muerte de la víctima, si había múltiples perpetradores, si la víctima era joven y si la víctima sufre una afección que la hace específicamente vulnerable como la enfermedad mental. La violación casi siempre puede castigarse con un máximo de cadena perpetua, aunque los términos impuestos por varias jurisdicciones varían mucho.

181. Es evidente por nuestro estudio sobre la legislación nacional que, aunque haya discrepancias inevitables, la mayoría de los sistemas legales en los mundos de las leyes comunes y penales consideran que la violación consiste en la penetración sexual forzada del cuerpo humano por medio del pene o la introducción forzada de cualquier otro objeto en la vagina o el ano.

182. Una discrepancia importante se puede, sin embargo, distinguir en la penalización de

la penetración oral forzada: algunos Estados lo consideran una agresión sexual, mientras que en otros Estados lo consideran una violación. Debido a esta falta de uniformidad, le corresponde a la Sala de Primera Instancia establecer si se puede alcanzar una solución apropiada si se recurre a los principios generales del derecho penal internacional o, si dichos principios no sirven, a los principios generales del derecho internacional.

183. La Sala de Primera Instancia sostiene que la penetración forzada de la boca por medio del órgano sexual masculino constituye un ataque extremadamente humillante y degradante contra la dignidad humana. La naturaleza de todo el corpus del derecho internacional humanitario así como del derecho de derechos humanos radica en la protección de la dignidad humana de cada persona, cualquiera sea su género. El principio general de respeto por la dignidad humana es la base fundamental y, de hecho, la propia *raison d'être* del derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos; en efecto, hoy en día, ganó tanta importancia que impregnó el cuerpo del derecho internacional en su totalidad. La intención de ese principio es la de proteger a los seres humanos de los atentados en contra de su dignidad personal, ya sea que esos atentados consistan en ataques ilegales contra el cuerpo o amenazas contra el honor, el respeto propio o la salud mental de una persona. Está en consonancia con este principio que un atentado sexual tan grave como la penetración oral forzada debe ser considerado una violación.

184. Además, la Sala de Primera Instancia sostiene que no va en contra del principio general de *nullum crimen sine lege* acusar a una persona de haber cometido sexo oral forzado como una violación cuando en algunas jurisdicciones nacionales, incluso la propia, sólo podría ser culpado con agresión sexual con respecto a los mismos actos. No es cuestión de penalizar actos que no eran penalizados cuando el acusado los cometió, ya que el sexo oral forzado es un delito de todos modos y, de hecho, es un delito extremadamente grave. En efecto, debido a la naturaleza de la jurisdicción sobre el tema del Tribunal Internacional, en juicios ante el Tribunal, el sexo oral forzado es invariablemente una agresión sexual grave si se comete en tiempo de conflicto armado contra civiles indefensos; por ende, no se trata de una simple agresión sexual, sino de una agresión sexual en tanto delito de guerra o crimen de lesa humanidad. Por lo tanto, mientras un acusado, que fue declarado culpable de haber cometido una violación por actos de penetración oral forzada, es sentenciado sobre la base objetiva de sexo oral coercitivo –y sentenciado de acuerdo con la práctica de condena de la ex Yugoslavia para esos delitos, de conformidad con el artículo 24 del Estatuto y la Regla 101 de las Reglas– entonces, no se ve afectado desfavorablemente por la categorización del sexo oral forzado como una violación en vez de una agresión sexual. Sólo puede quejarse de que un estigma más grande se adhiere

al hecho de ser condenado como un violador en vez de ser condenado como un agresor sexual. Sin embargo, hay que tener en cuenta las anteriores observaciones para ver que el sexo oral forzado puede ser tan humillante y traumático para la víctima como la penetración vaginal o anal. Así, la noción de que una condena por penetración vaginal o anal forzada tiene mayor estigma que una condena por penetración oral forzada es producto de actitudes discutibles. Además, cualquier asunto de ese tipo tiene menos peso que el principio fundamental de proteger la dignidad humana, principio que está de acuerdo con ampliar la definición de violación.

185. Por ende, la Sala de Primera Instancia declara que los siguientes elementos pueden ser aceptados como los elementos objetivos de violación:

- (i) la penetración sexual, por más mínima que sea:
 - (a) de la vagina o el ano de la víctima por el pene del perpetrador o cualquier otro objeto usado por el perpetrador; o
 - (b) de la boca de la víctima por el pene del perpetrador;
- (ii) por medio de la coacción, la fuerza o la amenaza de fuerza contra la víctima o un tercero.

186. Como se señaló anteriormente, las normas penales internacionales castigan no sólo la violación, sino también cualquier agresión sexual grave que no llegue a ser una penetración. Parecería que la prohibición abarca todos los abusos graves de naturaleza sexual cometidos contra la integridad física y moral de una persona por medio de la coacción, amenaza de fuerza o intimidación de una manera que es degradante y humillante para la dignidad de la víctima. Como ambas categorías de actos están penalizadas en el derecho internacional, la distinción que se hace entre ellas es un material principal para los propósitos de la sentencia.

5. Responsabilidad Penal Individual

187. Se deduce del artículo 7(1) del Estatuto que no sólo el hecho de cometer una violación o una agresión sexual grave están prohibidos, sino también el hecho de planificarlo, ordenar o instigar a que se cometa, así como también ayudar y consentir la perpetración.

188. Hubo ciertas variaciones en las acusaciones de la Fiscalía con respecto a la responsabilidad de la perpetración directa. En la “Respuesta del Fiscal Asunto: artículo 7(1) del Estatuto del Tribunal Internacional” archivado el 31 de marzo de 1998, la Fiscalía afirmó que no iban a juzgar al acusado por cometer una violación como perpetrador directo²¹⁵.

Sin embargo, en la declaración de apertura se hizo la siguiente afirmación: “Nosotros afirmamos que por llevar a cabo una interrogación bajo las circunstancias descritas por la Testigo A, por llevar a la víctima de una habitación a la otra, por traer a la otra persona para la confrontación y quedarse mientras ocurrían más golpes y abusos sexuales, marca (sic) al acusado como un perpetrador directo que cometió los delitos de tortura y atentados contra la dignidad humana, incluso la violación”²¹⁶.

189. La Sala de Primera Instancia sostiene que, como la Fiscalía se basó en el artículo 7(1) sin especificación y dejó a criterio de la Sala de Primera Instancia la adjudicación de la responsabilidad penal, se le otorga el poder y se le obliga, si se prueba más allá de toda duda razonable que el acusado cometió los delitos que se acusaron en su contra, que condene al acusado bajo la dirección apropiada de responsabilidad penal dentro de los límites de la Acusación Enmendada.

[...]

E. Cómo Distinguir la Perpetración de la Tortura de la Ayuda y la Instigación de la Tortura

250. Las definiciones respecto de ayuda e instigación que se enuncian a continuación son igualmente aplicables a violación y tortura, así como a todos los crímenes. Sin embargo, la Sala de Primera Instancia considera que es útil encarar el tema de quién debe considerarse responsable de la tortura como perpetrador y quién es un ayudante e instigador, pues en la actualidad la perpetración de tortura típicamente incluye a un gran número de personas, cada una cumple una función individual, y es apropiado elaborar los principios de la responsabilidad penal individual aplicables en este caso.

251. Bajo el derecho internacional actual, los individuos deben abstenerse de perpetrar torturas o de participar de cualquier manera en torturas.

252. Para determinar si un individuo es un perpetrador o un co-perpetrador de tortura o, en cambio, debe considerarse como un ayudante o un instigador o ni siquiera puede considerarse como responsable penal, es crucial establecer si el individuo que participa en el proceso de la tortura también *es partícipe del propósito en el que se basa la tortura* (es decir, actúa con la intención de obtener información o una confesión, de castigar, amenazar, humillar o coaccionar a la víctima o un tercero, o de discriminar, de cualquier manera, a la víctima o un tercero). Si no lo es pero ayuda de alguna manera y apoya con el conocimiento de que se está practicando una tortura, entonces el individuo puede ser declarado culpa-

ble de haber asistido o instigado la perpetración de la tortura. Posiblemente, si la persona presente en el procedimiento de la tortura no comparte los propósitos en los que se basa la tortura ni ayuda de ninguna manera en la perpetración, entonces él o ella no debería ser considerado responsable legal (piénsese, por ejemplo, en el soldado a quien un superior le ordenó que esté presente en una sesión de tortura para determinar si ese soldado puede tolerar mirar una tortura y así entrenarlo como un torturador).

253. Esas propuestas legales, que están basadas en una interpretación lógica de las normas tradicionales sobre la tortura, están apoyadas por una construcción teleológica de esas normas. Para demostrar este punto, se deben tener en cuenta algunas costumbres modernas en muchos Estados que practican la tortura: estos suelen “compartimentar” y “atenuar” la carga moral y psicológica de la perpetración de la tortura al asignar a diferentes personas un papel parcial (y a veces relativamente pequeño) en el proceso de la tortura. Así, una persona ordena que se lleve a cabo la tortura, otra organiza todo el proceso desde el nivel administrativo, otra hace preguntas mientras se tortura al detenido, una cuarta persona provee o prepara las herramientas para que se lleve a cabo la tortura, otra perpetra la tortura físicamente o causa daños mentales, otra proporciona asistencia médica para evitar que el detenido muera como consecuencia de la tortura o que posteriormente tenga marcas físicas de los daños que sufrió, otra se ocupa de los resultados del interrogatorio que se obtuvieron bajo la tortura y otra obtiene la información que se obtuvo como resultado de la tortura a cambio de otorgarle inmunidad en la acusación al torturador.

254. El derecho internacional, si no lograra tener en cuenta estas costumbres modernas, no sería capaz de lidiar con esta práctica despreciable. Las normas de construcción que enfatizan la importancia del objetivo y el propósito de las normas internacionales llevan a la conclusión de que la ley internacional considera a todas las personas mencionadas anteriormente igualmente responsables, aunque algunas puedan ser sentenciadas más severamente que otras, dependiendo de las circunstancias. En otras palabras, la naturaleza del delito y las formas que toma, así como la intensidad de la condena por tortura a nivel internacional, sugieren que en el caso de la tortura, todos aquellos que hayan participado en algún grado en el delito y en particular participen para lograr uno de los propósitos subyacentes, son igualmente responsables²⁶⁸.

255. Esto, es necesario recalcarlo, es en gran medida consistente con las disposiciones presentes en el Convenio sobre Tortura de 1984 y el Convenio Interamericano de 1985, de los cuales se puede inferir que prohíben no sólo la perpetración física de la tortura, sino también cualquier participación intencionada en esta práctica.

256. Se sigue, *inter alia*, que si un funcionario del Estado interroga a un detenido mientras otra persona le está causando dolor o daño graves, el interrogador es tan culpable de la tortura como lo es la persona que está causando el dolor o daño graves, aunque él no participe físicamente de ninguna manera en tal perpetración. Aquí, la máxima de la ley penal *quis per alium facit per se ipsum facere videtur* (aquel que actúa a través de otros es considerado como si actuara por sí solo) aplica totalmente.

257. Además, se entiende de lo anterior que, al menos en esas instancias en las que se practica la tortura bajo el patrón descrito anteriormente, es decir, con más de una persona actuando como co-perpetradores del delito, la responsabilidad de cómplice (es decir, la responsabilidad penal de aquellos que, aunque no participan del propósito por el que se comete la tortura pueden, no obstante, ser considerados responsables por alentar o ayudar para que se cometa el delito) sólo puede ocurrir dentro de límites bastante limitados. Así, parecería que ayudar e instigar la perpetración de la tortura sólo puede existir en esas instancias muy limitadas como, por ejemplo, llevar a los torturadores al lugar donde se va a cometer la tortura con pleno conocimiento de los actos que están a punto de llevarse a cabo allí; o llevar comida y bebida a los perpetradores al lugar de la tortura, también con pleno conocimiento de la actividad que se está llevando a cabo allí. En esas instancias, aquellos que ayudan e incitan la perpetración de la tortura pueden ser considerados cómplices del delito. Por el contrario, al menos en el caso que estamos analizando ahora, todas las otras variantes de participación directa en la tortura deben ser consideradas como instancias de co-perpetración del delito y todos esos co-perpetradores deben ser responsables como autores. Sin embargo, el diferente grado de perpetración directa como autores todavía puede ser un tema que se debe tener en cuenta para los propósitos de la sentencia.

Así, para resumir lo anterior:

- (i) para ser culpable de tortura como un perpetrador (o co-perpetrador), el acusado debe haber participado de una parte integral de la tortura y de los propósitos por los que se cometiÓ, es decir, la intención de obtener información o una confesión, de castigar o amenazar, humillar, coaccionar o discriminar a la víctima o a un tercero.
- (ii) para ser culpable de tortura como ayudante o instigador, el acusado debe haber asistido de alguna manera que tenga un efecto importante en la perpetración del delito y con el conocimiento de que se estaba llevando a cabo la tortura.

[...]

313

CEJIL

VIII. SENTENCIA

A. Introducción

276. El acusado, Anto Furundžija, fue condenado culpable bajo el Cargo 13, una Violación de las Leyes o Costumbres de Guerra (tortura), y el Cargo 14, una Violación de las Leyes o Costumbres de Guerra (atentados en contra de la dignidad personal, incluso la violación) ambos según el artículo 3 del Estatuto. Es con arreglo a esta sentencia de culpabilidad que la Sala de Primera Instancia va a proceder a condenarlo.

[...]

Notas

- * Siglas del Croatian Defence Council
- # Siglas del Ejército de Bosnia y Herzegovina
- 149 Transcripción (en adelante, "T.") 527-529; Documento de prueba de la Defensa D14.
- 189 Art. 27 del IV Convenio de Ginebra.
- 190 Art. 76(1).
- 191 Art. 4(2)(e).
- 192 Véanse el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, que prohíbe "los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes"; Art. 147 del IV Convenio de Ginebra; Art. 85(4)(c) del Protocolo Adicional I; y arts. 4(1) y 4(2) (a) del Protocolo Adicional II. En un recordatorio de 3 de diciembre de 1992 y en sus recomendaciones a la Conferencia sobre la creación de un Tribunal Penal Internacional en Roma, julio de 1998, el Comité Internacional de la Cruz Roja (ICRC, por su sigla en inglés) ha confirmado que el acto de "causar intencionadamente gran sufrimiento o lesiones graves a la integridad física o la salud", que constituye una grave infracción en cada uno de los cuatro Convenios de Ginebra, incluye efectivamente el delito de violación.
- 193 "Francis Lieber, Instructions for the Government of Armies of the United States (1863)", reproducido en Schindler y Toman (eds.), *The Laws of Armed Conflicts* (1988), pág. 10.
- 194 Véase Roeling y Ruter (eds.), *The Tokyo Judgement: The International Military Tribunal for the Far East* (1977), vol. I, pág. 385.
- 195 En este caso, se determinó que hubo responsabilidad de mando para el delito de violación, lo que se penó como crimen de guerra. En su fallo de 7 de diciembre de 1945, la Comisión sostuvo: "Es absurdo (...) considerar asesino o violador a un comandante porque uno de sus soldados cometa un homicidio o una violación. Sin embargo, cuando el homicidio y la violación, y acciones sanguinarias y vengativas, son delitos generalizados, y no existe un intento eficaz por parte del comandante de descubrir y controlar los actos delictivos, ese superior puede considerarse responsable, aun penalmente, por los actos ilícitos de sus tropas, dependiendo de la naturaleza de esos actos y las circunstancias que los rodean". (Texto reproducido en Friedman (ed.), *The Law of war* (1972), vol II, pág. 1597).

- 196 El Art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR, por su sigla en inglés) prohíbe el trato cruel, inhumano o degradante, y se han presentado ante el Comité de Derechos Humanos denuncias de supuesta incapacidad del Estado para evitar o condenar violaciones o agresiones sexuales graves, con base en esa disposición. En el caso *Cyprus v. Turkey*, 4EHRR 482 (1982), la Comisión Europea de Derechos Humanos determinó que Turquía había incumplido su obligación de prevenir y castigar el trato inhumano o degradante según el Art. 3, como resultado de las violaciones cometidas por tropas turcas contra mujeres chipriotas. En el caso *Aydin*, la Corte Europea determinó que la violación de una detenida por parte de un funcionario del Estado “debe considerarse como una forma de maltrato especialmente grave y abominable, teniendo en cuenta la facilidad con la que el infractor puede aprovecharse de la vulnerabilidad y la debilitada capacidad de resistencia de la víctima. Además, la violación deja profundas cicatrices psicológicas en la víctima que no responden al paso del tiempo tan rápidamente como otras formas de violencia física y mental” (párr. 83). Según la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, la violación y otras agresiones sexuales graves son recogidas por el Art. 4 como violaciones del derecho al respeto por la integridad de la persona, y también por el Art. 5, que prohíbe toda forma de trato cruel, inhumano o degradante. La Convención Interamericana de Derechos Humanos garantiza el derecho al trato humano en el Art. 5, bajo el cual “[t]oda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral y [n]adie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.
- 197 Art. 3 del Estatuto.
- 198 Art. 4 del Estatuto.
- 199 Escrito de la Fiscalía previo al juicio, pág. 15.
- 200 *Ibid.*, pág. 15.
- 201 Los parámetros que se siguen para definir la dignidad humana pueden encontrarse en las normas internacionales sobre derechos humanos, como las que se expresan en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en los dos Pactos sobre Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1966 y en otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos o derecho humanitario. La expresión en disputa abarca, sin dudas, actos como las agresiones sexuales graves que no llegan a constituir violación (la violación está específicamente contemplada por el Art. 27 del IV Convenio de Ginebra y el Art. 75 del Protocolo Adicional I, y mencionada en el Informe del Secretario General en conformidad con el párrafo 2 de la resolución 808 (1993) S/25704 del Consejo de Seguridad, párr. 48, (en adelante “Informe del Secretario General”); la prostitución forzosa (que es indiscutiblemente un grave ataque a la dignidad humana de acuerdo con la mayoría de los instrumentos sobre derechos humanos y está contemplada por las disposiciones del derecho humanitario antes mencionadas, así como por el Informe del Secretario General); o la desaparición forzada de personas (prohibida por la resolución 47/133 de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1992, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969).
- 202 Caso N° ICTR-96-4-T, párr. 597.
- 203 *Ibid.*
- 204 *Ibid.*, párrs. 597-598.
- 205 Caso N° IT-96-21-T, párr. 479.
- 206 Párr. 5, Voto particular y disidente del Juez Cassese, *Prosecutor v. Drazan Erdemovic*, Sentencia, Caso N°

- IT-96-22-A, 7 de octubre de 1997.
- 207 Véase Sección 361 (2) del Código chileno; Art. 236 del Código Penal chino (Revisado) 1997; Art. 177 del Código Penal alemán (StGB); Art. 177 del Código Penal japonés; Art. 179 del Código Penal de la RFSY; Sección 132 del Código Penal de Zambia.
- 208 Véase Art. 201 del Código Penal austriaco (StGB); Código Penal francés, Arts. 222-23; Art. 519 del Código Penal italiano (a partir de 1978); Art. 119 del Código Penal argentino.
- 209 Véase Sección 375 del Código Penal paquistaní, 1995; Art. 375 del Código Penal indio; *The Law of South Africa*, W.A. Joubert 1996 en págs. 257-8: “El *actus reus* del delito consiste en la penetración de la mujer mediante el órgano sexual masculino R. v. M. 1961 2 SA 60 (O) 63). La más mínima penetración es suficiente”. (R. v. *Curtis* 1926 CPD 385 389); Sección 117 del Código Penal ugandés: “(...) debe haber conocimiento carnal. Esto significa una relación sexual. Relación sexual a su vez significa la penetración del pene del hombre en la vagina de la mujer”.
- 210 Para una definición amplia de “relación sexual”, véase el Código Penal de Nueva Gales del Sur s. 61 H (1). Véase también, Propuesta de los Estados Unidos para la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional (19 de junio de 1998 A/CONF.183/C.1/L/10).
- 211 Véase, p. ej., el Código Penal alemán, que en el Art. 242 afirma: “Una persona que mediante un acto de violencia u otro acto, o bajo amenaza de violencia u otro tipo de amenaza, obliga a una persona a someterse a actos que consten de o incluyan penetración sexual del cuerpo es culpable de violación y está sujeta a penas de prisión de no más de doce años o a una multa de quinta categoría”. Véase también el Art. 201 del Código Penal austriaco (StGB); Código Penal francés, Arts. 222-23.
- 212 Véase, p. ej., en Inglaterra y Gales, la Ley de delitos sexuales (Sexual Offences Act, 1956 a 1992).
- 213 Véase el Art. 180 del Código Penal alemán; Art. 180 del Código Penal de la RFSY.
- 214 El Código Penal de Bosnia y Herzegovina (1988) Cap. XI afirma que “[q]uien ejerza coerción sobre una persona de sexo femenino con quien no esté casado para tener relaciones sexuales por la fuerza o bajo amenaza de dañar su vida o su cuerpo, o los de alguien cercano a ella, serán condenados a penas de prisión de entre uno y diez años”.
- 215 Respuesta del Fiscal, Rta: Art. 7(1) del Estatuto del Tribunal Internacional, 31 de marzo de 1998, pág. 2: “Los cargos contra el acusado no lo retratan como el autor real de la violación. La Acusación no intentará demostrar, según el Art. 7(1) que el acusado ‘cometió’ la violación”.
- 216 Alegato preliminar de la Acusación, T. 70.
- 268 Véase también el caso *Eichmann*: “(...) incluso una pequeña pieza, incluso un operador insignificante, está sujeto bajo nuestro derecho penal a ser considerado como cómplice en la perpetración de un delito, en cuyo caso se lo tratará como si fuera el asesino o destructor real”, pág. 323, y el caso *Akayesu*, N° ICTR-96-4-T, párr. 541. Véase también la sentencia de la Cámara de Lores del caso *Pinochet*, 25 de nov. de 1998, por Lord Steyn: “Es aparentemente reconocido que si [el General Pinochet] hubiera torturado personalmente a las víctimas, la posición sería distinta. Esta distinción hace caso omiso de un principio elemental del derecho, compartido por todos los sistemas jurídicos civilizados, según el cual no existe distinción entre el hombre que da el golpe y el que da la orden a otro para que dé el golpe”.

*Tribunal Penal Internacional
para la ExYugoslavia*

*Caso N° IT-96-23-T &
IT-96-23/1-T*

*Fiscal vs. Dragoljub Kunarac,
Radomir Kovač y Zoran Vuković*

Foča

*Sentencia del
22 de febrero de 2001*

El juicio de Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač, Zoran Vuković (“acusado”), ante esta Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para el procesamiento de las personas responsables de las graves violaciones al derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia desde 1991 (“el Tribunal Internacional” o “el Tribunal”), comenzó el 20 de marzo de 2000 y finalizó el 22 de noviembre de 2000.

Después de haber considerado toda la evidencia que le fue presentada durante el transcurso del juicio, junto con las presentaciones orales y escritas del Fiscal (también “la Fiscalía”) y por la defensa por el acusado, la Sala de Primera Instancia

POR LA PRESENTE PRESENTA SU SENTENCIA

[...]

III. EVIDENCIA

A. Antecedentes generales

12. Las partes acordaron que existió un conflicto armado entre las fuerzas serbias y musulmanas en el área de Foča²⁶. (...) La existencia de un conflicto armado es relevante a los cargos conforme tanto al artículo 3 como al artículo 5 del Estatuto del Tribunal.

13. Los tres acusados negaron que los incidentes alegados en la acusación fueran parte de un ataque extendido o sistematizado contra la población civil del municipio de Foča y los municipios vecinos de Gacko y Kalinovik²⁸. El requisito de la existencia de un “ataque extendido o sistematizado contra la población civil” es relevante para los cargos presentados conforme al artículo 5 del Estatuto del Tribunal.

14. Varios testigos de la Fiscalía declararon que, en los meses que precedieron el ataque a Foča el 8 de abril de 1992, los trabajadores musulmanes dejaron de recibir su salario y que otros fueron excluidos o se les dijo que no había trabajo para ellos²⁹. Un testigo de la defensa dijo que la relación laboral en el hospital se mantuvo cordial³⁰.

15. Otros testigos dijeron que la libertad de movimiento de los ciudadanos musulmanes era cada vez más restringida, su comunicación era más limitada y sus reuniones estaban prohibidas³¹. Se hicieron anuncios públicos que prohibían las reuniones y que informaban a los musulmanes que no podían moverse libremente por su pueblo³². Se armaron

controles en las carreteras, se impedía que los aldeanos musulmanes se movieran por el pueblo, y a veces se los ponía bajo arresto domiciliario³³.

[...]

21. El 8 de abril de 1992, se desataron los enfrentamientos en Foča. Los serbios utilizaron artillería pesada para bombardear el pueblo, y grupos paramilitares para eliminar los grupos de resistencia restantes⁴⁷. Ya a mediados de abril, Foča había sido tomada por las fuerzas serbias. Los enfrentamientos continuaron hasta mediados de julio en los pueblos y los municipios vecinos. Mientras esas aldeas eran tomadas, o tan pronto como eran tomadas, los habitantes musulmanes eran sometidos sistemáticamente al patrón de abusos que se describen a continuación.

22. Las tomas militares de las aldeas y pueblos alrededor de Foča se llevó a cabo típicamente sin muchos enfrentamientos pero sí involucraron mucha violencia innecesaria. De acuerdo con muchos testigos, se acorralaba metódicamente a los habitantes musulmanes y se los llevaba a puntos de reunión desde donde se los llevaba a diferentes edificios o escuelas donde eran detenidos⁴⁸. (...)

[...]

28. Se tenía a las mujeres en varias casas, departamentos, gimnasios o colegios. Incluso antes de haber sido llevadas a esos centros de detención, algunas testigos que declararon ante la Sala de Primera Instancia dijeron que habían sido abusadas físicamente o violadas por los soldados que las habían capturado. Por lo tanto, FWS-50, FWS-48, FWS-75 y FWS-87 declararon haber sido violadas en Buk Bijela, un asentamiento al sur de Foča donde las habían llevado después de su captura⁸¹. Un hombre de 40-50 años separó a FWS- 75 del grupo y procedió a violarla. Subsecuentemente, ella fue violada por aproximadamente 10 hombres más en ese mismo cuarto. Ella se desmayó después del décimo hombre⁸². FWS-50 fue llevada por el acusado Zoran Vuković, que estaba armado y en uniforme, supuestamente para ser interrogada⁸³. Zoran Vuković la llevó a otro cuarto en una de las barracas prefabricadas y la violó⁸⁴. Esta violación no figura en la Acusación IT-96-23/1. Por lo tanto, la Sala de Primera Instancia no tendrá en cuenta estos hechos para el propósito de la condena o la sentencia, pero es relevante para que FWS-50 identificara a Zoran Vuković en relación con la violación de FWS-50 que figura en la Acusación. Algunas otras mujeres no fueron sometidas, pero les contaron de esas violaciones o fueron capaces de juzgar por sí mismas lo que había sucedido teniendo en cuenta las condiciones en las que regresaban aquellas mujeres y niñas⁸⁵. Luego, las niñas, mujeres y algunos

ancianos que estaban en Buk Bijela fueron llevados en autobús a Foča, y detenidos en la escuela secundaria de Foča, situada en el barrio Aladža de Foča.

29. Muchos testigos describieron las condiciones de vida en la escuela secundaria de Foča como extremadamente pobres⁸⁶. FWS-62 dijo que solo se alimentaba a los detenidos una vez cada tres días y de forma insuficiente⁸⁷; no había instalaciones para higienizarse y no había mantas o almohadones sobre los que se pudiera dormir. También, un anciano fue golpeado⁸⁸.

30. Varios testigos de la Fiscalía dijeron que las condiciones eran todavía peores en el polideportivo Partizan, lugar donde se transfirió a la mayoría de las mujeres desde la escuela secundaria de Foča⁸⁹. De acuerdo con FWS-105, las condiciones en Partizan eran un "90% peores" que en la escuela secundaria de Foča⁹⁰: Las provocaciones, las violaciones y las salidas forzosas eran más frecuentes y no había instalaciones para el higiene y aún menos alimentos. Varios testigos confirmaron que los alimentos eran escasos, de baja calidad y que se los brindaban erráticamente⁹¹. Una mujer, FWS-95, tenía permitido salir a comprar alimentos al pueblo ocasionalmente, porque conocía a uno de los guardias⁹². Este régimen afectaba a los detenidos, en especial a los niños⁹³. Las condiciones sanitarias eran casi inexistentes y solo estaban disponibles unas colchonetas para dormir, en donde los detenidos dormían apretados unos contra los otros. La violencia, incluyendo la sexual, seguía con una intensidad creciente⁹⁴. FWS-62 describió como, una noche, la mujer que dormía la lado de ella fue violada a la vista de los otros detenidos y de su hijo de 10 años que se encontraba a su lado⁹⁵. FWS-75 resumió las condiciones en Partizan como "terribles"⁹⁶.

31. De acuerdo con varios testigos, las condiciones en la escuela secundaria de Kalinovik en donde eran detenidos los civiles de Gacko, Kalinovik y aldeas vecinas, eran atroces⁹⁷. Los detenidos tenían que dormir en colchones plagados de piojos y casi no había instalaciones para higienizarse. FWS-192 dijo que había solo un baño para todos los detenidos, aproximadamente 70 personas, y que por alrededor de dos meses no se pudo dar un baño y apenas podía lavarse⁹⁸. En los primeros 10-15 días de su detención, se les permitió a algunas mujeres dejar la escuela para buscar comida, pero finalmente esto se frenó y la comida se volvió escasa⁹⁹. Algunas de las detenidas también eran golpeadas, mientras algunas otras eran llevadas afuera y nunca volvían¹⁰⁰.

32. Los testigos dijeron que no podían dejar el establecimiento. En la escuela secundaria de Foča, había uno o dos guardias, que trabajaban en turnos, para evitar que se escaparan los detenidos, pero no evitaban que los soldados entraran en el establecimiento¹⁰¹.

Los detenidos se sentían a la merced de sus captores. Cuando le preguntaron por qué no había intentado escapar, FWS-51 describió la situación de impotencia en la que se encontraban¹⁰². FWS-50 describió el clima general de miedo extremo que había sido infundado¹⁰³. El especialista de defensa, el General Radinovic, por lo general describió esas instalaciones como “centros de recolección”, en vez de “centros de detención”, es decir, instalaciones en las que la supervisión es mínima y está concentrada especialmente en evitar que personas no autorizadas ingresen al establecimiento¹⁰⁴. Este testigo también dijo que sus conclusiones están basadas solamente en los documentos de Herzegovina Corps, y que él nunca visitó esas instalaciones ni habló jamás con personas que hubieran estado detenidas¹⁰⁵.

33. Las mismas restricciones en el movimiento de los detenidos se aplicaban también en Partizan y la escuela secundaria de Kalinovik¹⁰⁶. FWS-87 dijo que en Partizan, se le permitía ir al patio delantero, pero no más allá¹⁰⁷. FWS -95, que conocía a uno de los guardias mencionó, sin embargo, que, a veces, a ella se le permitía ir a la ciudad a comprar algunas cosas, pero que no le dejaban hacer lo mismo a ninguna otra mujer¹⁰⁸. Lo mismo se aplicaba en la escuela secundaria de Kalinovik, excepto los primeros 10-15 días en los que se permitía que algunos detenidos salieran a comprar comida para los que seguían detenidos allí¹⁰⁹.

34. De acuerdo con varios testigos, todo esto sucedía a la vista de todos y con el conocimiento de las autoridades locales. FWS-192 declaró que el jefe de la policía y el presidente del SDP (“Partido Democrático Serbio”) en Kalinovik fue al colegio para inspeccionarlo¹¹⁰. Asimismo, en el camino de Buk Bijela a la escuela secundaria de Foča, los autobuses que llevaban a las mujeres musulmanas se frenaron por varios minutos frente a la SUP, la estación local de policía. Algunos de los soldados que estaban en el autobús, se bajaron e ingresaron en la estación de policía o hablaron con el jefe de la policía de Foča, Dragan Gagovic, frente a los autobuses¹¹¹. Además, varios testigos vieron a Dragan Gagovic en Partizan o en las inmediaciones de ese lugar¹¹². Cuando intentaron buscar la protección de la policía, las mujeres fueron tratadas de forma grosera y se ignoraron sus reclamos. FWS-95 dijo que ella fue dos veces a la estación de policía con FWS-48 y FWS-51 para quejarse sobre cómo habían sido tratadas¹¹³. En la segunda ocasión, FWS-48 le reclamó personalmente a Dragan Gagovic. Sin embargo, no se llevó a cabo ninguna acción para solucionar los reclamos de las mujeres, y las condiciones no mejoraron¹¹⁴. Una noche de mediados de julio, mientras intentaba escapar, FWS-183 intentó buscar refugio en el edificio de la policía, pero a cuando se acercaba, un policía que montaba guardia le dio un culatazo con su rifle¹¹⁵.

35. Muchos testigos declararon que los soldados y los policías visitaban el lugar de detención constantemente, a veces varias veces por día, señalaban a las niñas y mujeres o las llamaban por su nombre y se las llevaban para violarlas. Las mujeres no tenían otra opción más que obedecer a esos hombres, y aquellas que se resistían recibían una golpiza frente a las otras mujeres.

36. Los testigos describieron como, no bien llegaban a la escuela secundaria de Foča, se llevaba a las mujeres y a las niñas fuera del colegio, o a las aulas, donde eran violadas¹¹⁶. A veces, las violaban a todas juntas. Cada una estaba asignada a un soldado, y él la violaba. Por lo tanto, a principios de julio, se llevaron juntas a FWS-50, FWS-75, FWS-87 y a FWS-95 del salón central en la escuela secundaria de Foča hasta otra aula en donde varios soldados las violaron¹¹⁷. FWS-50, FWS-75, FWS-87, FWS-95, FWS-48, FWS-105 y muchas otras mujeres narraron haber sido violadas por lo menos una vez o varias veces en el transcurso de su detención en la escuela secundaria de Foča¹¹⁸. Generalmente, las mujeres y las niñas eran llevadas por unas horas y devueltas, a veces de noche, y algunas eran llevadas todos los días. Después de 10-15 días, aproximadamente, la mayoría de las mujeres fueron transferidas al polideportivo Partizan.

37. En Partizan, según las declaraciones de los testigos, los patrones de violación eran similares y la frecuencia de las violaciones y la cantidad de soldados era todavía mayor. FWS-51, FWS-50, FWS-75, FWS-87, A.S., FWS-95, FWS-48, FWS-105 y D.B. declararon que ellas, y muchas otras mujeres y niñas habían sido llevadas para ser violadas, la gran mayoría, varias veces¹¹⁹. Algunas mujeres que declararon ante la Sala de Primera Instancia habían sido llevadas tan frecuentemente, por tantos soldados, que ya no podían calcular con exactitud la cantidad de veces que habían sido violadas. FWS-95 estimó aproximadamente que, durante todo el período que estuvo detenida tanto en la escuela secundaria de Foča como en Partizan, es decir, alrededor de 40 días, la violaron aproximadamente 150 veces¹²⁰.

38. Algunos de los soldados que fueron a Partizan para llevarse mujeres también habían ido a la escuela secundaria de Foča¹²¹. Por ejemplo, el jefe de policía de Foča, Dragan Gagovic, fue visto por algunos testigos en ambos lugares¹²².

39. Los guardias de Partizan, al igual que los de la escuela secundaria de Foča, no evitaron que los soldados ingresaran en el polideportivo. FWS-95 declaró, sin embargo, que una vez, uno de los guardias intentó evitar que ingresaran, pero sin éxito. Los soldados le dijeron que tenían un documento firmado por Dragan Gagovic que les permitía ingresar al polideportivo y llevarse a las mujeres; presuntamente, el documento establecía que los soldados necesitaban tener relaciones sexuales para mejorar su espíritu de lucha¹²³. FWS-

48 declaró que algunos soldados le dijeron que tenían órdenes de violar a sus víctimas¹²⁴. El proceso de selección era similar al que se llevaba a cabo en la escuela secundaria de Foča: los soldados ingresaban al polideportivo, señalaban a las mujeres o las llamaban por el nombre, se las llevaban, las violaban y las regresaban. A medida que su estadía en Partizan se terminaba, sacaban cada vez más seguido a las mujeres y a las niñas¹²⁵. FWS-95 declaró que la noche anterior a que ella y otras detenidas fueran liberadas de Partizan, la sacaron junto con FWS-90, las llevaron a un estadio y las violaron muchos soldados, la mayoría de las veces de a dos hombres a la vez¹²⁶.

40. La casa en Ulica Osmana Đikica Nº 16 funcionaba como el cuartel de los soldados y su punto de encuentro. Algunos de los hombres vivían ahí más o menos permanentemente; entre ellos estaban Dragan o Dragutin/Dragomir Vuković (alias "Gaga"), Miroslav Kontic (alias "Konta"), DP 7, DP 8, Jure Radovic, Dragan Toljic (alias "Tolja"), Bane, Miga y Puko¹²⁷. En algún momento, FWS-50, FWS-75, FWS-87, FWS-48, FWS-95, D.B. y FWS-105 fueron llevadas a esta casa y violadas¹²⁸. También se llevó a algunas otras mujeres y niñas a esta casa en varias ocasiones para abusar de ellas de la misma forma.

41. En algún momento, algunas de las mujeres de Partizan y de la escuela secundaria de Kalinovik fueron llevadas a diferentes casas y departamentos donde siguieron siendo violadas y maltratadas. En especial, en "la casa de Karaman" en Miljevin, los soldados tenían fácil acceso a las mujeres y niñas que violaban. FWS-75, FWS-87, A.S., FWS-132, FWS-190, D.B. y otras mujeres estuvieron detenidas en esa casa por mucho tiempo¹²⁹. Allí, muchos y diferentes soldados las violaban muchas veces. El 3 de agosto, FWS- 75, FWS-87, D.B. y FWS-190 fueron trasladadas de Aladza a Miljevin, donde se las entregó a DP 3, el hombre que parecía estar a cargo de "la casa de Karaman" ¹³⁰.

42. Algunas mujeres estaban detenidas en departamentos particulares. Algunas pasaban varios días en un lugar antes de que las pasaran a otro departamento, generalmente, con diferentes soldados. Por lo tanto, por ejemplo, de acuerdo con su testimonio, el 30 de octubre de 1992, o alrededor de esa fecha, FWS-75, FWS-87, A.S. y A.B., una niña de 12 años de edad en ese momento, fueron trasladadas de "la casa de Karaman" y llevadas a un departamento en el llamado edificio de departamentos Lepa-Brena en Foča¹³¹. FWS-75 y A.B. pasaron alrededor de 20 días en este departamento, en los cuales fueron violadas constantemente por los dos ocupantes del departamento y por otros hombres que los visitaban¹³². A mediados de noviembre, las dos mujeres fueron llevadas a una casa cerca del Hotel Zelengora. Estuvieron allí por aproximadamente 20 días en los cuales fueron violadas continuamente por un grupo de soldados. Posteriormente, el grupo de soldados las llevó a otro departamento donde siguieron violándolas por aproximadamen-

te dos semanas¹³³. El 25 de diciembre, o alrededor de esa fecha, las llevaron nuevamente al departamento en el edificio Lepa Brena. A.B. fue vendida por 200 DM y nunca más fue vista; FWS-75 fue entregada a DP 1¹³⁴. Mientras estaban en el departamento de Lepa Brena, las mujeres estaban encerradas y no podían contactarse con el mundo exterior¹³⁵.

43. De la misma forma, FWS-186 y FWS-191 estuvieron detenidas en una casa en Trnovace por varios meses. El 2 de agosto de 1992, ellas, junto con otras cinco mujeres, fueron trasladadas de la escuela secundaria de Kalinovik a una casa en Aladza¹³⁶. Le dijeron a FWS-191 que las mujeres eran “recompensas” para los serbios que habían capturado el paso Rogoj ese mismo día¹³⁷. Luego, FWS -186, FWS-191 y J.G. fueron llevadas desde esa casa en el barrio Aladza a una casa en Trnovace¹³⁸. Después de 3 a 5 días, llevaron a J.G. a “la casa de Karaman”. Las otras dos mujeres permanecieron en la casa de Trnovace por aproximadamente 6 meses. En ese tiempo, las mujeres no tenían control sobre su vida ni tenían poder de elección¹³⁹.

[...]

47. Como consecuencia del efecto coordinado del ataque a la población civil de Foča y municipios vecinos, se borró todo rastro de presencia musulmana en el área. Los civiles musulmanes, salvo un puñado de ellos, fueron expulsados de la región de una forma u otra. De acuerdo con el censo de 1991, el municipio de Foča tenía una población de aproximadamente 40,513 habitantes, antes de la guerra, de los cuales 52% era musulmán. De acuerdo con la evidencia del Fiscal, permanecieron tan sólo alrededor de diez musulmanes cuando terminó el conflicto¹⁶³. La testigo DR concedió ya que ninguno de sus amigos musulmanes vivía en Foča¹⁶⁴. En enero de 1994, se cambió el nombre de Foča a Srbnje en referencia al hecho de que ahora está habitada casi exclusivamente por serbios¹⁶⁵. Ahora, la ciudad es parte de la Republika Srpska.

[...]

IV. DERECHO APLICABLE

[...]

D. Violación

436. Los tres acusados tienen cargos de violación como violación de las leyes o costumbres de la guerra conforme al artículo 3 y como crimen de lesa humanidad conforme al

artículo 5 del Estatuto. El Estatuto hace referencia explícita a la violación como crimen de lesa humanidad dentro de la jurisdicción del Tribunal en el artículo 5(g). La jurisdicción para procesar la violación como una atrocidad hacia la dignidad personal, en violación de las leyes y costumbres de la guerra según lo acordado en el artículo 3 del Estatuto, incluso sobre las bases del artículo tercero común de los Convenios de Ginebra de 1949, también se establece claramente¹¹¹⁴. (...)

437. Los elementos específicos del delito de violación, que no están expuestos ni en el Estatuto, ni en el derecho internacional humanitario, ni en instrumentos de derechos humanos, fueron objeto de consideración por la Sala de Primera Instancia en el caso *Furundžija*¹¹¹⁵. En ese caso, la Sala de Primera Instancia observó que en el fallo del Tribunal Penal Internacional para Ruanda en el juicio de *Akayesu*, la Sala de Primera Instancia había definido la violación como una "invasión física de naturaleza sexual, cometida en circunstancias coactivas"¹¹¹⁶. Luego, revisó las diversas fuentes de derecho internacional y encontró que no era posible discernir los elementos del delito de violación de los tratados internacionales o del derecho consuetudinario, ni de los "principios generales del derecho penal internacional o [...] principios generales del derecho internacional". Concluyó que "para llegar a una definición precisa de violación en base al principio de especificidad del derecho penal (*"Bestimmtheitsgrundsatz"*, también referido como *"nulleum crimen sine lege stricta"*), es necesario buscar los principios del derecho penal comunes a los principales sistemas legales del mundo. Estos principios pueden estar derivados, con debido cuidado, de las leyes nacionales¹¹¹⁷. La Sala de Primera Instancia encontró que, en base a su revisión de la legislación nacional de varios estados, el *actus reus* del delito de violación es:

- (i) la penetración sexual, aunque sea leve:
 - (a) de la vagina o ano de la víctima por el pene del perpetrador o cualquier otro objeto utilizado por el perpetrador; o
 - (b) de la boca de la víctima por el pene del perpetrador;
- (ii) mediante coacción o fuerza o amenazas de fuerza hacia la víctima o hacia un tercero¹¹¹⁸.

438. Esta Sala de Primera Instancia está de acuerdo con que estos elementos, si se pueden comprobar, constituyen el *actus reus* del delito de violación en el derecho internacional. Sin embargo, en las circunstancias del presente caso, la Sala de Primera Instancia considera necesario aclarar lo que se entiende por elemento en el párrafo (ii) de la definición del caso *Furundžija*. La Sala de Primera Instancia considera que la definición del caso *Furundžija*, a pesar de ser apropiada para las circunstancias de ese caso, es desde otro punto de vista, más limitada que la requerida por el derecho internacional. Como estipula que el acto sexual de la penetración sólo constituye una violación si está

acompañado de coacción o fuerza o amenazas de fuerza hacia la víctima o un tercero, la definición de *Furundžija* no hace referencia a otros factores harían que un acto sexual con penetración se volviera *no-consensuado* o *no-voluntario* por la víctima¹¹¹⁹, lo que, como se presagió en la audiencia¹¹²⁰ y como se discute más adelante, es lo que la Sala de Primera Instancia considera el alcance preciso de este aspecto de la definición en el derecho internacional.

439. Como se observa en el caso *Furundžija*, la identificación del derecho internacional relevante sobre la naturaleza de las circunstancias en las que los actos de penetración sexual definidos constituyen la violación se apoya, en ausencia de referencias del derecho internacional convencional o consuetudinario, en las referencias a los principios generales del derecho común de los principales sistemas legales del mundo¹¹²¹. El valor de estas fuentes radica en que pueden revelar “conceptos generales e instituciones legales” que, de ser comunes a un amplio espectro de sistemas legales nacionales, revelan un enfoque internacional sobre una cuestión legal que puede considerarse un indicador apropiado del derecho internacional sobre el tema. Cuando considera estos sistemas legales nacionales, la Sala de Primera Instancia no lleva a cabo un sondeo de los principales sistemas legales del mundo para identificar una disposición adoptada por una mayoría de sistemas legales, sino para considerar, a partir de una evaluación de los sistemas nacionales en general, si es posible identificar ciertos principios básicos, o en los términos utilizados en el fallo del caso *Furundžija*, “denominadores comunes”¹¹²², en esos sistemas legales, que expresen los *principios* que deben adoptarse en el contexto internacional.

440. Como se puede observar anteriormente, en el caso *Furundžija*, la Sala de Primera Instancia tuvo en cuenta una variedad de sistemas legales nacionales para asistirse en relación con los elementos de la violación. Según opina la presente Sala de Primera Instancia, los sistemas legales analizados, cuando se los ve en conjunto, indican que el principio básico subyacente común a estos sistemas es que la penetración sexual constituye una violación si no es verdaderamente voluntaria o consensuada por la víctima. Los aspectos discutidos en la definición en el caso *Furundžija* —fuerza, amenaza de fuerza o coacción— son, con certeza, consideraciones importantes en muchos sistemas legales, pero la gama completa de disposiciones a las que se hace referencia en ese fallo sugiere que el denominador común que unifica los diversos sistemas puede ser un principio más amplio o básico, como penalizar las violaciones de la *autonomía* sexual. La importancia no sólo de la fuerza, la amenaza de fuerza o la coacción sino también la de la falta de consentimiento o de participación voluntaria está expresada en el mismo fallo del caso *Furundžija* en el que se puede observar que:

[...] todas las jurisdicciones evaluadas por la Sala de Primera Instancia requieren un elemento de fuerza, coacción, amenaza o de *acción sin el consentimiento de la víctima*: se da una interpretación muy amplia a la fuerza, que incluye volver indefensa a la víctima¹¹²³.

441. Otra consideración respecto de los sistemas legales evaluados en el fallo del caso *Furundžija* y de las disposiciones relevantes de varias jurisdicciones más indican que la interpretación sugerida arriba, que se enfoca en las violaciones graves a la autonomía sexual, es correcta.

442. Por lo general, las leyes locales y las decisiones judiciales que definen el delito de violación especifican la naturaleza de los actos sexuales que potencialmente constituyen la violación, y las circunstancias que hacen que esos actos sexuales sean delictivos. Las leyes relevantes en vigencia en diferentes jurisdicciones al momento de los hechos identifican una gran variedad de diferentes factores que clasifican los actos sexuales relevantes como el delito de violación. En la mayoría de los casos, se puede considerar que estos factores entran dentro de tres amplias categorías:

- (i) la actividad sexual está acompañada de fuerza o amenaza de fuerza hacia la víctima o un tercero;
- (ii) la actividad sexual está acompañada de fuerza o de una variedad de otras circunstancias especificadas que vuelven particularmente vulnerable a la víctima, o que anulan su capacidad para negarse a tener esa relación sexual; o
- (iii) la actividad sexual se lleva a cabo sin el consentimiento de la víctima.

1. *Fuerza o amenaza de fuerza*

443. En varias jurisdicciones, la definición de violación requiere que el acto sexual ocurra por la fuerza o que esté acompañado por fuerza o amenaza de fuerza. Las típicas disposiciones de esta naturaleza incluyen el Código Penal de Bosnia y Herzegovina, que estipulaba de forma relevante:

[...] quienquiera coaccione a una mujer que no sea su esposa a tener relaciones sexuales mediante la fuerza o la amenaza de un ataque inminente contra su vida, su cuerpo o la vida o cuerpo de una persona cercana a ella, será sentenciado a pasar de 1 a 10 años en la cárcel¹¹²⁴.

En Alemania, el Código Penal vigente en el momento relevante estipulaba:

Violación (1) Quienquiera obligue a una mujer a tener relaciones sexuales extramaritales con él, o con un tercero, por medio de la fuerza o la amenaza de peligro real

contra la vida o una parte del cuerpo, será penado con no menos de dos años de cárcel¹¹²⁵.

444. El Código Penal de Corea define la violación como una relación sexual con una mujer “mediante la violencia o la intimidación”¹¹²⁶. De la misma forma, otras jurisdicciones con definiciones de violación que también requieren violencia, fuerza o amenaza de fuerza incluyen a la de China¹¹²⁷, Noruega¹¹²⁸, Austria¹¹²⁹, España¹¹³⁰ y Brasil¹¹³¹.

445. Ciertas jurisdicciones requieren una prueba del uso de fuerza o de amenaza de fuerza (o conceptos equivalentes) y que el acto no haya sido consensuado o que haya sido en contra de la voluntad de la víctima¹¹³². Esto incluye algunas jurisdicciones en los Estados Unidos de América¹¹³³.

2. *Circunstancias específicas que llevan a la vulnerabilidad o el engaño de la víctima*

446. Varias jurisdicciones estipulan que los actos sexuales especificados constituyen el delito de violación no sólo cuando están acompañados de fuerza o amenaza de fuerza, sino también en presencia de otras circunstancias específicas. Estas circunstancias incluyen que la víctima sea puesta en un estado en el que no pueda resistir, que estuviese particularmente vulnerable o que fuese incapaz de resistir debido a una discapacidad física o mental, o porque fue inducido/a al acto por sorpresa o distorsión.

447. Los códigos penales de varias jurisdicciones en Europa continental contienen disposiciones de este tipo. El Código Penal suizo estipula que cualquiera que obligue a una mujer a tener relaciones sexuales “en particular por medio de amenazas o violencia, *presionando psicológicamente a la víctima o volviéndola incapaz de resistir*” comete una violación¹¹³⁴. La disposición sobre la violación en el Código Penal de Portugal contiene una referencia similar, en la que el perpetrador no le permite resistir a la víctima¹¹³⁵. La disposición relevante en el Código Penal de Francia define la violación como “cualquier acto de penetración sexual de cualquier naturaleza cometido mediante la violencia, la coacción, amenazas o *sorpresa* [...]”¹¹³⁶. El Código Penal de Italia contiene el delito de obligar a una persona a tener relaciones sexuales mediante el uso de violencia o amenazas, pero aplica el mismo castigo a cualquiera que tiene relaciones sexuales con cualquier persona que, *inter alia*, era “enfermo mental, o incapaz de resistir debido a una condición de inferioridad física o mental, aunque esto es independiente de las acciones del delincuente” o “que fuera engañado porque el delincuente se hizo pasar por otra persona”¹¹³⁷.

448. En Dinamarca, la sección 216 del Código Penal estipula que la violación se comete por cualquier persona que “lleva a cabo una relación sexual por medio de violencia o mediante amenazas de violencia”, pero especifica que “poner a una persona en una posición tal en la que ésta sea *incapaz de resistir al acto* será considerada equivalente al uso de violencia¹¹³⁸”. El Código Penal de Suecia¹¹³⁹ y el de Finlandia¹¹⁴⁰, contienen disposiciones similares. En Estonia, se define la violación en el Código Penal como una relación sexual por medio de “violencia o amenazas de violencia o en la que alguien se aprovecha falta de capacidad para defenderse de la víctima¹¹⁴¹”.

449. El Código Penal de Japón estipula que “[una] persona que, mediante la violencia o amenazas, obtiene conocimiento carnal de una persona de sexo femenino de trece años o más será culpable de violación [...]”¹¹⁴². Sin embargo, el artículo 178 del Código, en efecto, amplía la conducta que se considera que lleva a una violación al estipular que en los casos en los que una persona “*al aprovecharse de la pérdida de razonamiento o de la incapacidad de resistir o al provocar dicha pérdida del razonamiento o dicha incapacidad de resistir*, comete un acto indecente u obtiene conocimiento carnal de una mujer¹¹⁴³” se lo debe castigar de la misma forma en la que se estipula en el artículo relacionado con la violación.

450. El Código Penal argentino define la violación como la penetración sexual que se lleva a cabo mediante la fuerza o la intimidación, cuando la víctima “*se hallare privada de razón o de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa, no pudiese resistir*” o cuando la víctima tiene menos de doce años¹¹⁴⁴. Se aplican disposiciones similares en Costa Rica¹¹⁴⁵, Uruguay¹¹⁴⁶ y las Filipinas¹¹⁴⁷.

451. Los códigos penales de algunos de los estados de los Estados Unidos estipulan que una relación sexual constituye el delito de violación si se comete en la presencia de varios factores en lugar de la fuerza, como por ejemplo que la víctima esté drogada o inconsciente, que haya sido falsamente inducida a creer que el perpetrador es su cónyuge, o que la víctima sea incapaz de brindar consentimiento legal debido a un trastorno mental o discapacidad física o del desarrollo¹¹⁴⁸.

452. El énfasis de dichas disposiciones radica en que la víctima, debido a una incapacidad de una naturaleza duradera o cualitativa (por ejemplo, una enfermedad mental o física, la minoría de edad) o de naturaleza temporaria o circunstancial (por ejemplo, ser objeto de presión psicológica o ser incapaz de resistir), no era capaz de negarse a que la forzaran a realizar esos actos sexuales. Los efectos clave de factores como la sorpresa, el fraude o el engaño son que la víctima se ve obligada a realizar el acto sexual sin tener

la oportunidad de negarse con fundamento y conscientemente. El denominador común que subyace estas diferentes circunstancias es que estos factores sobrepasan la voluntad de la víctima o anulan, temporaria o permanentemente, la capacidad de la víctima para negarse libremente a realizar los actos sexuales.

3. *Ausencia de consentimiento o participación voluntaria*

453. En la mayoría de los sistemas legales, la característica definitoria de la violación es la ausencia de consentimiento libre y genuino de la víctima a tener relaciones sexuales¹¹⁴⁹. El derecho anglosajón definía a la violación como tener una relación sexual con una mujer sin su consentimiento¹¹⁵⁰. En 1976 también se definió la violación por estatuto. Conforme a la disposición vigente en la época relevante para estos procedimientos, un hombre cometía una violación cuando “(a) tenía relaciones sexuales ilegales con una mujer que, al tiempo de la relación sexual, no había dado su consentimiento; y que, (b) al momento del acto él está consciente de que ella no dio su consentimiento o es imprudente respecto de si ella consintió al acto o no [...]”¹¹⁵¹. No es necesario probar la existencia de fuerza o amenazas o miedo del uso de la fuerza, sin embargo, cuando el consentimiento aparente fue inducido por factores como esos, no es consentimiento real¹¹⁵². En otros países del Commonwealth, incluidos Canadá¹¹⁵³, Nueva Zelanda¹¹⁵⁴ y Australia se aplican definiciones similares¹¹⁵⁵. En estas jurisdicciones, también está claro que el consentimiento tiene que ser dado de forma genuina y voluntaria. En el Código Penal de Canadá, se define el consentimiento como “el acuerdo voluntario del demandante para participar en la actividad sexual en cuestión”¹¹⁵⁶. El Código también identifica explícitamente las circunstancias en las que se considerará que no se obtuvo el consentimiento, incluyendo en la que “el acuerdo es expresado en las palabras o la conducta de otra persona que no es el demandante” o en las que el acusado “lleva al demandante a participar en la actividad mediante el abuso de una posición de confianza, poder o autoridad”¹¹⁵⁷. En Victoria, Australia, se define el consentimiento como un “libre acuerdo” y el estatuto define las circunstancias en las que no se brinda este libre acuerdo, incluyendo aquellas en las que una persona se ve sometida por el uso de fuerza, por miedo al uso de fuerza o de que la lastimen, o porque la persona fue detenida ilegalmente; aquellas en las que la persona está durmiendo o inconsciente, o confunde o es incapaz de comprender la naturaleza del acto”¹¹⁵⁸.

454. El Código Penal de la India estipula que una relación sexual con una mujer constituye el delito de violación en cualquiera de seis circunstancias definidas. Estas incluyen que ocurre “en contra de su voluntad”; “sin su consentimiento”, o con su consentimiento si dicho consentimiento se ve anulado por diversas circunstancias, incluyendo en la que

se “obtuvo al poner a la mujer o a cualquier persona que le interese a ella en peligro de muerte o de ser lastimada¹¹⁵⁹”. La disposición sobre la violación en el Código Penal de Bangladesh es, sustancialmente, casi idéntica¹¹⁶⁰.

455. En Sudáfrica, en el derecho consuetudinario, la violación se define como la relación sexual ilegal e intencional que tiene un hombre con una mujer, sin tener el consentimiento de ella¹¹⁶¹. El Código Penal de Zambia estipula que la violación puede ser cometida por cualquier persona

[...] que tiene conocimiento carnal ilegal de una mujer o niña, sin el consentimiento de ella, si se obtiene el consentimiento mediante la fuerza o mediante amenazas e intimidación de cualquier tipo, o por miedo de daño corporal, o mediante una representación falsa de la naturaleza del acto, o, en caso de una mujer casada, por hacerse pasar por su marido¹¹⁶².

456. Ciertas jurisdicciones que no son de derecho consuetudinario también definen la violación como una relación sexual no consensuada. El Código Penal de Bélgica estipula que: “Cualquier acto de penetración sexual, cualquiera sea su naturaleza, y cualquiera fuera el método por el que ocurre, cometido a alguien que no consiente al acto, constituye el delito de violación”. En especial, no hay consentimiento cuando se impone el acto sexual mediante el uso de violencia, coacción o artimañas, o fue posible debido a que la víctima padecía una discapacidad física o mental¹¹⁶³.

4. *El principio básico que subyace el delito de violación en las jurisdicciones nacionales*

457. Una evaluación de las disposiciones descritas anteriormente indica que los factores a los que se hace referencia en los dos primeros títulos son asuntos que ocasionan que la voluntad de la víctima se vea sobrepasada o que la víctima se someta al acto de manera involuntaria. El principio básico que es verdaderamente común a estos sistemas legales es que se deben penalizar las violaciones graves a la *autonomía* sexual de los individuos. Se viola la autonomía sexual en todos los casos en los que la persona sujeta al acto no ha acordado hacerlo, o no es un participante voluntario.

458. En la práctica, la ausencia de consentimiento genuino y dado libremente o de participación voluntaria se puede *observar* por la presencia de diversos factores especificados en otras jurisdicciones —como por ejemplo, el uso de fuerza, de amenazas de fuerza, o el aprovechamiento de una persona incapaz de resistir. Una demostración clara de que dichos factores anulan el consentimiento real se encuentra en aquellas jurisdicciones en las que la ausencia de consentimiento en un elemento de la violación y en las que se de-

fine claramente que no existe el consentimiento cuando el perpetrador utiliza la fuerza, la falta de conciencia o la incapacidad para defenderse de la víctima, o la distorsión.¹¹⁶⁴

459. Dado que es claro del caso *Furundžija* que los términos coerción, fuerza o amenaza de fuerza no deben interpretarse de forma limitada y de que la coerción, en particular, abarcaría la *mayoría* de las conductas que anulan el consentimiento, esta interpretación del derecho internacional sobre este tema no difiere sustancialmente de la definición en el caso *Furundžija*.

460. En vista de lo considerado anteriormente, la Sala de Primera Instancia comprende que, en el derecho internacional, el *actus reus* del delito de violación está constituido por: la penetración sexual, sin importar qué tan leve haya sido: (a) de la vagina o el ano de la víctima por el pene del perpetrador o cualquier otro objeto utilizado por el perpetrador; o (b) de la boca de la víctima por el pene del perpetrador; en la cual dicha penetración sexual ocurre sin el consentimiento de la víctima. La víctima debe dar su consentimiento para que se lleven a cabo estos propósitos de forma voluntaria, como resultado de su voluntad, y debe evaluarse este consentimiento dentro del contexto de las circunstancias que rodean al hecho. La *mens rea* es la intención de efectuar esa penetración sexual, y el conocimiento de que ocurre sin el consentimiento de la víctima.

5. El efecto de la Regla 96: evidencia en casos de agresión sexual

461. La Fiscalía presenta que

la falta de consentimiento no es un elemento del delito de violación (o de cualquier otro tipo de agresión sexual) de acuerdo con la definición en las leyes y reglas del Tribunal, y la existencia de fuerza, amenaza de fuerza, o coacción invalida el consentimiento como defensa¹¹⁶⁵.

Eso hace referencia a la Regla 96 de las Reglas de Procedimiento y Evidencia para respaldar su visión de que la importancia del consentimiento sólo se considera una *defensa* en circunstancias limitadas.

462. La Regla 96 estipula que:

En los casos de agresión sexual:

- (i) no se requerirá corroborar el testimonio de la víctima;
- (ii) no debe permitirse utilizar el consentimiento como defensa si la víctima
 - (a) ha sido sometida o amenazada con la violencia, la coacción, la detención o opresión psicológica, o tiene alguna razón para temerles, o

- (b) si se cree razonablemente que si la víctima no se sometía, el perpetrador sometería, lastimaría o pondría en peligro a otra persona;
- (iii) el acusado debe afirmar en privado a la Sala de Primera Instancia, que la evidencia es relevante y creíble, antes de que se admita la evidencia del consentimiento de la víctima;
- (iv) la conducta sexual previa de la víctima no debe admitirse como evidencia.

463. La referencia en la Regla al consentimiento como “defensa” no es consistente, en su totalidad con las interpretaciones legales tradicionales del concepto del consentimiento en la violación. Mientas que el consentimiento es un aspecto de la definición de violación en las jurisdicciones nacionales, por lo general se interpreta que (como lo demuestran varias de las disposiciones a las que se hizo referencia anteriormente) es la *ausencia de consentimiento* lo que es un *elemento* del delito. El uso del término “defensa”, que, en su sentido técnico implica el cambio de la carga de la prueba al acusado, no es consistente con esta interpretación. La Sala de Primera Instancia no interpreta que la referencia al consentimiento como “defensa” en la Regla 96 haya sido utilizada en esa forma técnica. La referencia en la Regla 67(A) (ii) (a) a la “defensa de coartada” es otro ejemplo del uso del término “defensa” en un sentido no técnico. Una coartada no es una defensa en el sentido en que debe ser comprobada por el acusado. Un acusado que posee una coartada meramente niega haber estado en posición de cometer el delito del que se lo acusan, y, al hacer eso, el acusado simplemente requiere que la Fiscalía elimine la posibilidad razonable de que la coartada sea verdadera.

464. Tal como lo enfatizó la Sala de Apelaciones, la Sala de Primera Instancia debe interpretar las Reglas de Procedimiento y Evidencia a la luz del derecho internacional relevante¹¹⁶⁶. De forma consistente con su interpretación de la definición de violación en el derecho internacional, la Sala de Primera Instancia no interpreta la referencia al consentimiento como una “defensa”, haciendo referencia al sentido técnico de la palabra. Toma la referencia al consentimiento como una “defensa” en la Regla 96 como una indicación de la interpretación de los jueces que adoptaron la regla para esos asuntos, que se consideran que *anulan* cualquier consentimiento aparente. Esto es consistente con la jurisprudencia considerada anteriormente y con una interpretación, realizada con sentido común, del significado del consentimiento genuino, en el que, en los casos en la que la víctima está “sometida o amenazada o tiene alguna razón para temer a la violencia, a la coacción, la detención o la opresión psicológica” o “si se cree razonablemente que si [él o ella] no se sometía, el perpetrador sometería, lastimaría o pondría en peligro a otra persona”, cualquier consentimiento aparente que pudo haber sido expresado por la víctima no fue dado libremente, y el segundo punto de la definición de la Sala de Primera

Instancia estaría satisfecho. Los factores a los que se hace referencia en la Regla 96 no son, obviamente, los únicos factores que pueden anular el consentimiento. Sin embargo, el hecho que se haga referencia a ellos en la Regla sirve para reforzar el requisito de que no se considerará la existencia del consentimiento a menos que éste haya sido dado libremente.

[...]

Notas

- 26 *Prosecution Submission Regarding Admissions and Contested Matters* (Presentación de la Fiscalía respecto de las Admisiones y Asuntos Cuestionados), 1 de febrero de 2000; *Prosecution Submission Regarding Admissions and Contested Matters Regarding the Accused Zoran Vuković* (Presentación de la Fiscalía respecto de las Admisiones y Asuntos Cuestionados en relación con el acusado Zoran Vuković), 8 de marzo de 2000; ver párrafos 1 y 2 de *Admissions by the Parties and Other Matters not in Dispute* (Admisiones por las Partes y Otros Asuntos que no están en cuestión).
- 28 *Prosecution Submission Regarding Admissions and Contested Matters, Matters of Facts and Law Which Remain Contested* (Presentación de la Fiscalía respecto de las Admisiones y Asuntos Cuestionados, Asuntos de Hecho y Derecho que Permanecen Cuestionados), 1 de febrero de 2000, página 10, párrafo 1 y página 11, párrafo 1; y *Prosecution Submission Regarding Admissions and Contested Matters Regarding the Accused Zoran Vuković* (Presentación de la Fiscalía respecto de las Admisiones y Asuntos Cuestionados en relación con el acusado Zoran Vuković), 8 de marzo de 2000; ver párrafo 1 de las *Admissions by the Parties and Matters of Fact and Law Which Remain Contested* (Admisiones por las Partes y Asuntos de Hecho y Derecho que Permanecen Cuestionados).
- 29 FWS-33, T 485-486; FWS-152, T 1885; A.S., T 2057; FWS-96, T 2498 y FWS-48, T 2614.
- 30 Testigo DC, T 5015 y 5029.
- 31 FWS-33, T 487-489; FWS-52, T 856; A.S., T 1989 y T 1996; FWS-78, T 2096; FWS-132, T 2407; FWS-96, T 2500; FWS-185, T 2841 y 2889; FWS-175, T 3571; FWS-183, T 3661; y FWS-61, T 3738.
- 32 FWS-78, T 2096; FWS-183, T 3661 y FWS-61, T 3738.
- 33 FWS-33, T 462, T 487-489 y T 521; FWS-52, T 851, T 855-856, T 913 y T 916-917; FWS-152, T 1888; A.S., T 1996; FWS-78, T 2077-2078, T 2080 y T 2096; FWS-96, T 2500; FWS-175, T 3567-3571; FWS-183, T 3659-3661; FWS-61, T 3738; Testigo Rajko Markovic, T 5078.
- 47 FWS-65, T 659-661 y T 684-685; FWS-52, T 915; FWS-93, T 1051-1055; FWS-78, T 2088-2093; FWS-190, T 3315-3316. Ver también Ex P6 y 6/1 que tratan sobre la clase de armas y el uso que se les dio para tomar Foča y las municipalidades aledañas: Ex P6 es una orden de batalla que instruye a las unidades para llevar a cabo más acciones y está dirigida a los comandantes de las unidades básicas y al comandante del batallón Trnovo, instruyéndolos respecto del uso de las armas de artillería. Ex P6/1 son fotos del armamento a disposición de las fuerzas serbias.
- 48 FWS-33, T 471-480; FWS-93, T 1058-1066; FWS-51, T 1119-1123 y T 1125-1132; FWS-62, T 959-974;

- FWS-75, T 1381-1393; FWS-87, T 1668-1677; FWS-127, T 1857-1865; FWS-152, T 1890-1894; A.S., T 1988-1992; FWS-95, T 2193-2200; FWS-132, T 2408-2410; FWS-96, T 2509-2522; FWS-48, T 2626-2643; FWS-185, T 2854-2857; FWS-186, T 2923-2924; FWS-192, T 3029-3030; FWS-191, T 3126-3130; FWS-190, T 3322-3324; FWS-105, T 4218-4219 y D.B., T 3374-3783.
- 81 FWS-50, T 1241-1244; FWS-75, T 1386-1390; FWS-87, T 1670-1671; FWS-48, T 2637-2640.
- 82 T 1389-1390.
- 83 T 1242.
- 84 T 1243.
- 85 FWS-51, T 1126; FWS-52, T 873; FWS-62, T 968 y T 986-987; FWS-95, T 2197; DB, T 3779-3781; FWS-105, T 4217-4218.
- 86 FWS-51, T 1132-1133; FWS-75, T 1396-1397; FWS-87, T 1676; FWS-95, T 2204-2205; FWS-96 T 2522-2523; FWS-48, T 2648-2649; D.B., T 3784-3785; FWS-105, T 4219-4220.
- 87 T 983.
- 88 FWS-51, T 1132-1134; FWS-95, T 2213; FWS-96, T 2529.
- 89 FWS-51, T 1142-1143; FWS-62, T 989-990; FWS-75, T 1407-1408; FWS-87, T 1739-1740; FWS-95, T 2214-2216; FWS-96, T 2551; FWS-48, T 2653-2654 y 2818; D.B, T 3790; FWS-105, T 4225-4226.
- 90 T 4225.
- 91 FWS-51 dijo que sólo recibían un tarro de sopa y unas rebanadas de pan, T 1143. Ver también FWS-62, T 989-990; FWS-75, T 1407; FWS-87, T 1740; FWS-95, T 2215-2217; FWS-48, T 2818.
- 92 FWS-95, T 2215-2216.
- 93 FWS-51, T 1143.
- 94 FWS-62, T 991; FWS-75, T 1485-1490; FWS-95, T 2215-2216; FWS-96, T 2530; FWS-50, quien, una vez, fue golpeada con la culata de un rifle, T 1255.
- 95 T 993-995.
- 96 T 1407.
- 97 FWS-185, T 2858; FWS-186, T 2925-2926; FWS-192, T 3032; FWS-191, T 3130.
- 98 T 3032.
- 99 FWS-185, T 2858; FWS-186, T 2994; FWS-191, T 3133; FWS-190, T 3325-3326.
- 100 FWS-185, T 2860; FWS-192, T 3034-3035; FWS-191, T 3131-3132; FWS-190, T 3327-3328.
- 101 FWS-75, T 1397; FWS-87, T 1688; FWS-95, T 2205; FWS-96, T 2523; FWS-48, T 2649-2650.
- 102 T 1205.
- 103 T 1258.
- 104 T 4855 y 4869-4870.
- 105 T 4862-4864.
- 106 Con respecto a Partizan, ver FWS-75, T 1408; FWS-87, T 1689; FWS-95, T 2217; FWS-48, T 2649. En relación con la escuela secundaria de Kalinovik, ver FWS-185, T 2857-2858; FWS-186, T 2926; FWS-192, T 3032; FWS-191, T 3134.
- 107 T 1741-1742.

- 108 T 2216-2217.
- 109 FWS-185, T 2857-2858; FWS-186, T 2994; FWS-191, T 3133; FWS-190, T 3325-3326.
- 110 T 3080.
- 111 FWS-48, T 2641-2642.
- 112 FWS-62, T 998-999; FWS-51, T 1160 y T 1218; FWS-50, T 1280-1281; FWS-87, T 1690-1691, FWS-95, T 2249; FWS-96, T 2536; FWS-48, T 2683 y 2692; FWS-105, T 4244.
- 113 T 2243-4 y 2304-2305. Ver también FWS-51, T 1221; FWS-48, T 2683-2684 y FWS-105, T 4244.
- 114 T 2250.
- 115 T 3676.
- 116 FWS-50, T 1249-1254; FWS-75, T 1397-1405; FWS-87, T 1676-1687; FWS-95, T 2206-2211, FWS-48, T 2645-2652 y FWS-105, T 4221-4224. Algunas otras mujeres no fueron violadas, pero declararon haber visto cómo se llevaban a otras mujeres, que luego regresaban: FWS-52, T 873; FWS-51, T 1134-1137; FWS-62, T 975-979; FWS-96, T 2524-2529; D.B., T 3786-3790.
- 117 FWS-50, T 1250-2; FWS-75, T 1398; FWS-87, T 1678; FWS-95, T 2206-2207.
- 118 FWS-50, T 1249-54; FWS-75, T 1397-1405; FWS-87, T 1676-1687; FWS-95, T 2206-2213; FWS-48 T 2645-2652; FWS-105, T 4219-4224.
- 119 FWS-51, T 1145-1150 y T 1155-1162; FWS-50, T 1258; FWS-75, T 1405-1429; FWS-87, T 1690-1700; A.S., T 1995-1996; FWS-95, T 2217-2225 and T 2230-2246; FWS-48, T 2659-2713; D.B., T 3790-3815; FWS-105, T 4225-4247. Las mismas mujeres también declararon sobre cómo otras mujeres eran sacadas de Partizan. Además, algunas mujeres que no habían sido sacadas de Partizan declararon sobre el hecho de que otras mujeres eran sacadas de Partizan: FWS-62, T 995-1001; FWS-127, T 1870-1872; FWS-96, T 2530-2534.
- 120 T 2208.
- 121 FWS-75, T 1410; FWS-95, T 2224. Otras testigos, sin declarar expresamente que algunos soldados eran, efectivamente, los mismos, específicamente declaran que algunos de ellos estuvieron tanto en la escuela secundaria de Foča como en Partizan; ver FWS-96, T 2524 y T 2531 por ejemplo.
- 122 FWS-51, T 1160-1161 and 1218; FWS-62, T 998-999; FWS-50, T 1280; FWS-87, T 1690-1691; FWS-95, T 2250-2252; FWS-96, T 2536; FWS-48, T 2683 y 2692; FWS-105, T 4244.
- 123 T 2217-2219. Ver también FWS-105, T 4244.
- 124 T 2700.
- 125 FWS-105, T 4226.
- 126 FWS-95, T 2242-2244.
- 127 FWS-75, T 1411 y T 1414-1415; FWS-87, T 1694 y T 1698-1699; D.B., T 3797 y T 3801-3802; FWS-190, T 3336-3345; FWS-205, T 3480; Dragoljub Kunarac, T 4517-4520 y T 4667-4669.
- 128 FWS-50, T 1272-1278; FWS-75, T 1411-1431; FWS-87, T 1690-1700; FWS-95, T 2236-2240; FWS-48, T 2664-2668 y T 2700-2702; D.B., T 3795-3815; FWS-105, T 4228-4230.
- 129 FWS-75, T 1433-1442; FWS-87, T 1702-1707; FWS-AS, T 1995-2005; FWS-132, T 2414-2425; FWS-190, T 3352-3371 y D.B., T 3817-3836.

- 130 FWS-75, T 1433-1435; D.B., T 3815-3818; FWS-87, T 1700; FWS-190, T 3352-3353.
- 131 FWS-75, T 1443-1445; FWS-87, T 1707-1708 y A.S., T 2005-2007. Ver también FWS-190, T 3372-3375.
- 132 FWS-75, T 1449-1451.
- 133 FWS-75, T 1454-1456.
- 134 FWS-75, T 1494.
- 135 FWS-75, T 1599; FWS-87, T 1814-1815; A.S., T 2012 y T 2022.
- 136 FWS-191, T 3142 y 3154; FWS-186, T 2930-2935; FWS-190, T 3337-3339; FWS-205, T 3470-3477.
- 137 FWS-191, T 3155-3156.
- 138 FWS-186, T 2938-2940 y FWS-191, T 3160-3166.
- 139 See FWS-191, T 3182; FWS-186, T 2952.
- 163 Ver Ex P18, Composición racial de la municipalidad de Foča de acuerdo con los asentamientos, según los resultados del censo de 1991 (de *Population of Bosnia and Herzegovina, Republic of Croatia Bureau of Statistics* (Población de Bosnia y Herzegovina, Buró de estadísticas de la República de Croacia), páginas 101-110, abril 1995).
- 164 T 6032. Ver también Testigo Velimir Djurovic, T 5066-5067.
- 165 Testigo de la defensa Radovan Radinovic (T 4861). Ver también Testigo Velimir Djurovic, T 5067.
- 1114 Ver la sección sobre los elementos comunes al artículo 3, arriba (párrafos 400-409). Ver, en especial, el párrafo (1)(c) del artículo tercero común a los Convenios de Ginebra: “atrocidades sobre la dignidad personal, en especial, el trato humillante y degradante” que incluye la violación. Ver también *Fiscal vs. Furundžija*, Caso IT-95-17/1-T, Fallo, 10 de diciembre de 1998, párrafo 173.
- 1115 *Fiscal vs. Furundžija*, Caso IT-95-17/1-T, Sentencia, 10 de diciembre de 1998
- 1116 *Fiscal vs. Akayesu*, Caso ICTR-96-4-T, Sentencia, 2 de septiembre de 1998, párrafo 597. Esta definición de los elementos de la violación se adoptó por la Sala de Primera Instancia de la Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en *Fiscal vs. Delalić et al.*, Caso IT-96-21-T, Sentencia, 16 de noviembre de 1998, párrafos 478-9.
- 1117 *Fiscal vs. Furundžija*, Caso IT-95-17/1-T, Sentencia, 10 de diciembre de 1998, párrafo 177.
- 1118 *Ibid*, párrafo 185 (“definición de *Furundžija*”).
- 1119 La Fiscalía, mediante su énfasis sobre la necesidad de comprobar “la coacción, el uso de fuerza o de amenazas” en el Informe Final del Juicio (párrafo 754) también favorece, aparentemente, la definición más limitada de lo que constituye una violación en lugar de lo que indican las fuentes de derecho internacional analizadas en este fallo. Sin embargo, las presentaciones parecen interpretar erróneamente la ausencia de consentimiento como si ésta fuera “otro elemento más” o un factor “adicional” en lugar de ser un elemento que abarque la variedad de factores más limitada que cita. (Ver Informe Final del Juicio por la Fiscalía, párrafos 755 y 760). Como se volverá evidente, la Sala de Primera Instancia no está de acuerdo con lo presentado por la Fiscalía de que la prueba de fuerza, amenaza de fuerza o coacción sea un elemento impuesto por el derecho internacional.
- 1120 T, 19 de abril de 2000, páginas 1980-1982.
- 1121 *Fiscal vs. Furundžija*, Caso IT-95-17/1-T, Fallo, 10 de diciembre de 1998, párrafo 177. Ver también *Fiscal*

vs. *Tadic*, Caso IT-94-1-A-R77, *Judgement on Allegations of Contempt Against Prior Counsel* (Fallo sobre alegatos de desacato hacia el Consejo anterior), Milan Vujan, 31 de enero de 2000, párrafo 15: “De otra forma, es de ayuda observar los principios generales de derecho común a los principales sistemas legales del mundo, de la forma en la que se los desarrolla y refina (en los casos aplicables) en la jurisprudencia internacional.”

1122 *Fiscal vs. Furundžija*, Caso IT-95-17/1-T, Fallo, 10 de diciembre de 1998, párrafo 178.

1123 *Ibid*, párrafo 80.

1124 El Código Penal de la República Socialista de Bosnia y Herzegovina (1991), Capítulo XI, artículo 88(1). El artículo 90 también pena la relación sexual que ocurre a la fuerza, y aprovechándose de la enfermedad mental de la víctima, de la demencia temporal de la víctima, de su incapacidad o cualquier otra condición que la haya vuelto incapaz de resistirse a la relación sexual.

1125 Straßengesetzbuch, artículo 177(1). artículo 177 del Código Penal alemán se enmendó con efecto a partir del 1º de abril de 1998 para establecer que el delito de coacción sexual o violación también ocurre cuando un perpetrador “se aprovecha de la situación en la que la víctima está expuesta, indefensa, al impacto del delincente”. Aunque esta disposición no es relevante para determinar el estado del derecho internacional en el momento en el que ocurrieron los delitos alegados en la acusación, sirve como indicador de la tendencia de los sistemas legales nacionales que consideran una gama más amplia de circunstancias que clasifican una actividad sexual como una violación.

1126 Código Penal de Corea, Ch XXXII, artículo 297. Traducción del website del gobierno de Corea http://www.dci.sppo.go.kr/laws/crimco_e.htm (sitio ingresado el 18 de marzo de 1999).

1127 *Criminal Law* (1979), artículo 139: “Quienquiera que, por medio de violencia, coacción u otros medios, viole a una mujer será sentenciado a no menos de tres años y no menos de diez años de encarcelamiento por un período determinado”. (Esta ley, que estaba vigente en el momento relevante para estos procedimientos, fue reemplazada por el Código Penal de 1997. La Sección 236 de ese Código contiene la misma prohibición).

1128 El Código Penal Civil General, Capítulo 19, artículo 192: “Cualquier persona que, mediante la fuerza o amenazas a la vida o salud de una persona obliga a cualquier persona a cometer un acto de indecencia o es cómplice de esto será culpable de violación [...]”. Traducción del Ministerio de Justicia de Noruega, *The General Civil Penal Code* (El Código Penal Civil General) (1995).

1129 Straßengesetzbuch, artículo 201: “[...] mediante el uso de fuerza o de amenazas de peligro grave a la vida o a una extremidad dirigidos hacia la víctima o un tercero [...]” (como estaba en vigencia de 1989-1997).

1130 Código Penal, artículo 178: “La agresión hacia la libertad sexual de otra persona, mediante la violencia o la intimidación, podrá ser penada como una agresión sexual [...]”. “Los abusos sexuales”, definidos como actos de agresión hacia la libertad sexual de otra persona sin consentimiento, se pueden penar con términos menores de cárcel: artículo 181.

1131 Código Penal, artículo 213 (“[...] violencia o amenaza grave [...]).

1132 Por ejemplo, en Sierra Leona, donde el derecho consuetudinario define la violación (excepto la violación de menores, que está regida por las disposiciones reglamentarias). El derecho consuetudinario de Sierra Leona

define la violación como “tener relaciones sexuales ilegales con una mujer sin su consentimiento mediante la fuerza, el miedo o el engaño”: Ver Thompson, *The Criminal Law of Sierra Leone* (El derecho penal de Sierra Leona) (1999), páginas 68-69

- 1133 Derecho Penal de Nueva York, sección 130.05; sección 130.35: la violación en primer grado consiste en tener relaciones sexuales sin el consentimiento de la víctima y que ocurren mediante la fuerza, o hacia una víctima que es “incapaz de consentir debido a que es físicamente incapaz” o tiene menos de once años de edad. Anales del Código de Maryland (1957), artículo 27, 463(a)(1) (“mediante el uso de fuerza o amenazas de violencia contra la voluntad y sin el consentimiento de la otra persona”). Anales del Derecho General de Massachusetts, capítulo 265, sección 22; las definiciones de violación y de violación agravada se refieren a un perpetrador que “obliga a otra persona a someterse mediante la fuerza y en contra de su voluntad, u obliga a una persona a someterse mediante amenazas de daño corporal”.
- 1134 Code Pénal, artículo 190. El énfasis es agregado.
- 1135 Code Pénal, artículo 164 (tal como estaba en vigencia en 1992): “Quienquiera tenga relaciones sexuales con una mujer por medio de violencia, amenazas graves o que, luego, para poder tener relaciones sexuales, haya puesto inconciente a la mujer, o la haya puesto en una situación en la que ella no pudiera resistirlo, o que por los mismos medios la haya obligado a tener relaciones con un tercero, será penado con un período de cárcel de 2 a 8 años.” (Traducción no oficial).
- 1136 Code Pénal, artículo 222 (traducción no oficial). El énfasis es agregado. Un comentario a esta disposición establece que la violación consiste en el abuso sexual de una persona en contra de su voluntad cuando la ausencia de voluntad es el resultado del uso de violencia psicológica/física o de otras medidas coercitivas o trucos para doblegar la voluntad de la víctima. Dalloz, *Code Pénal, Nouveau Code Pénal - Ancien Code Pénal* (1996-7).
- 1137 Codice Penale, artículo 519; ver en especial los subpárrafos (3) y (4) (tal como estaban en vigencia en 1992). Traducción de la Universidad de Nueva York, *The Italian Penal Code* (1978).
- 1138 Danish Criminal Code, Capítulo 24, artículo 216(1). El énfasis es agregado. Traducción de Hoyer, Spencer y Greve, *The Danish Criminal Code (El Código Penal de Dinamarca)* (1997).
- 1139 Código Penal, Capítulo 6, sección 1 estipula que se comete una violación cuando una persona “por medio de violencia o amenazas que involucran o parecen involucrar un peligro inminente hacia la persona amenazada, fuerza a otra persona a tener relaciones sexuales o a formar parte en un acto sexual comparable” y que “provocar incapacidad o un estado similar de incapacidad será considerado equivalente a la violencia”. Traducción del Ministerio de Justicia, *The Swedish Penal Code* (El Código Penal de Suecia)(1999).
- 1140 El Código Penal de Finlandia, Capítulo 20, sección 1(1) (“Una persona que fuerce a una mujer a tener relaciones sexuales mediante la violencia o las amenazas de un peligro inminente será sentenciado por violación [...]. Se considerará equivalente a la violencia o las amenazas a impedir que la mujer no pueda controlar su conducta e imponer resistencia”. Traducción no oficial en archivo en la biblioteca del ICTY (Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia).
- 1141 Kriminaalkodeks 1992, sección 115(1).
- 1142 Código Penal, artículo 177. Traducción de EHS Law Bulletin Series, *The Penal Code of Japan* (El Código Penal

de Japón) (1996), Vol II.

- 1143 El énfasis es agregado.
- 1144 Código Penal, artículo 119. El énfasis es agregado
- 1145 Código Penal, artículo 156.
- 1146 Código Penal, artículo 272. La definición en el Código de Uruguay también hace referencia explícita a que se supone que las relaciones sexuales son impuestas violentamente cuando se imponen en una persona arrestada o detenida por la persona que tiene el poder sobre la detención de la víctima.
- 1147 El Código Penal Revisado de las Filipinas estipula en el artículo 335 que la violación es el conocimiento carnal de una mujer cometido mediante “el uso de fuerza o intimidación”, “cuando la mujer carece de razón o está inconsciente” o cuando la víctima tiene menos de doce años de edad.
- 1148 El Código Penal de California, sección 261(a)(1), (3), (4) y (5). Ver también el Código Penal Modelo, sección 213.1 que hace referencia a las relaciones sexuales con una persona que no es la esposa del perpetrador, en las que la víctima fue obligada a “someterse mediante la fuerza o amenazas de muerte inminente, de daños corporales graves, dolor extremo o secuestro, a ser infligidos sobre alguien”, el perpetrador “perjudica sustancialmente el poder de la víctima para controlar su conducta al administrarle o implementar, sin el conocimiento de la víctima, drogas, estupefacientes u otros medios con el propósito de evitar la resistencia de la víctima” o que la víctima está inconsciente o tiene menos de diez años de edad.
- 1149 Ver Smith, *Smith & Hogan Criminal Law* (1999), página 457: “La esencia de la violación es la ausencia de consentimiento [...]. En algún momento se dijo que la relación sexual tenía que haberse llevado a cabo mediante la fuerza, el temor o engaños. Hasta muy recientemente, algunos libros aún planteaban la ley en esos términos, pero han estado pasados de moda por más de un siglo.”
- 1150 Ver, por ejemplo, *Report of the Advisory Group on the Law of Rape* (1975), Cmnd 6352, párrafos 18-22, citados en *R vs. Olugboja* [1982] QB 320. La definición de la violación en el derecho anglosajón se ve reflejada en la Ordenanza sobre delitos de Hong Kong (*Hong Kong Crimes Ordinance*), sección 118: “Un hombre comete una violación si: (a) tiene relaciones sexuales ilegales con una mujer que, al momento de la relación sexual, no (b) da su consentimiento; [...]”.
- 1151 La Ley de Delitos Sexuales (Enmienda) de 1976, enmienda sección 1 de la Ley de Delitos Sexuales de 1956. La definición en la Ley de Delitos Sexuales de 1956 fue enmendada nuevamente en 1994 por la Ley de Justicia Penal y Orden Público de 1994, sección 142, que establece que es un delito que un hombre viole a una mujer o a un hombre, y especifica que la relación sexual puede ser por vía vaginal o anal.
- 1152 *R vs. Olugboja*, [1982] QB 320.
- 1153 En Canadá, la violación forma parte del delito de agresión sexual, establecido en la ley, conforme a la sección 271 del Código Penal. Es una agresión de naturaleza sexual, y las agresiones están definidas en la sección 265 como, en vigencia, tocar a una víctima sin su consentimiento.
- 1154 La Ley de Delitos Sexuales de Nueva Zelanda, 1961, penaliza la “violación sexual”, definida como la acción de un hombre que viola a una mujer o cualquier otra persona por medio de “una conexión sexual ilegal” con otra: sección 128 (1). La violación se define como la penetración de la mujer “(a) sin su consentimiento; y (b) sin creer racionalmente que ella consiente a tener la conexión sexual”. La sección 128A define asuntos

que no constituyen el consentimiento para tener la conexión sexual, incluyendo la sumisión o aquiescencia de la víctima por razones de “la aplicación real o amenazas de fuerza hacia esa persona o alguna otra persona”, el temor debido a dicha aplicación de fuerza, o un error respecto de la identidad de la persona o de la naturaleza y calidad del acto para el que se dio consentimiento.

- 1155 En Nueva Gales del Sur, donde el delito de violación en el derecho consuetudinario fue revocado por ley, la violación está comprendida dentro del delito de agresión sexual conforme a la sección 61I de la Ley de Delitos de 1900 (NSW) que estipula que: “Cualquier persona que tiene relaciones sexuales con otra persona sin el consentimiento de esta otra persona y que sabe que la otra persona no consiente a tener la relación sexual está sujeto a una pena de presidio de 14 años.” Ver también Ley de Delitos, 1958 (Vic), sección 38(2) que sostiene en parte que: “Una persona comete una violación si: (a) él o ella penetra sexualmente y de forma intencional a otra persona sin el consentimiento de esa persona y es, a la vez (b) consciente de que la persona no dio su consentimiento o quizás no consienta esa penetración sexual; [...]”. La relación o penetración sexual sin consentimiento es un delito en la legislación de otros estados y territorios. Ver Ley de Delitos 1900 (ACT), s 92D; Código Penal (WA), s 325; Ley de Consolidación del Derecho Penal 1935 (SA), sección 48.
- 1156 Código Penal, sección 273.1(1).
- 1157 Código Penal, sección 273.1(2).
- 1158 Ley de Delitos 1958 (Vic), sección 36.
- 1159 Sección 375, Código Penal. La sección estipula: “Violación. – Se dice que un hombre comete una violación cuando, excepto en los casos exceptuados más adelante, tiene relaciones sexuales con una mujer en circunstancias que caen dentro de cualquiera de las descripciones siguientes: *Primero*. En contra de su voluntad. *Segundo*. Sin su consentimiento. *Tercero*. Con su consentimiento, cuando su consentimiento se obtuvo después de provocarle temor de muerte o a daños a ella o a cualquier. *Cuarto*. Con su consentimiento, cuando el hombre sabe que él no es su esposo, y que ella consiente porque cree que él es otro hombre con quien, o con quien ella cree, que está casada legalmente. *Quinto*. Con su consentimiento, cuando, al momento de dar dicho consentimiento, ella es incapaz de comprender la naturaleza y las consecuencias de aquello a lo que consiente debido a una discapacidad mental o ebriedad o que él le haya administrado personalmente o mediante otro, un estupefaciente o una sustancia poco saludable. *Sexto*. Con o sin su consentimiento, cuando ella tiene menos de 16 años de edad.”
- 1160 El Código Penal de Bangladesh, sección 375. (Abdul Matin, *The Penal Code* (1994), página 718). La quinta circunstancia enumerada en el Código Penal de la India no se encuentra en el Código Penal de Bangladesh. El Código Penal de Paquistán contenía una disposición casi idéntica hasta que fue revocado en 1979.
- 1161 Ver, por ejemplo, el fallo de K 1958 3 SA 429 (A) 421F. El consentimiento no se establece por una mera sumisión: F 1990 1 SACR 238 (A) 249 y una variedad de factores, como el miedo provocado por la violencia o amenazas, excluye cualquier tipo de consentimiento genuino: S 1971 2 SA 591 (A).
- 1162 Código Penal de Zambia, Capítulo 87, sección 132 de las Leyes de Zambia.
- 1163 Code Pénale, artículo 375. Ver también el Código Penal de Nicaragua, artículo 195.
- 1164 Ver, por ejemplo, Código Penal de Canadá, sección 273; Ley de Delitos 1958 (Vic), sección 36.

- 1165 Informe de la Fiscalía previo al juicio I, párrafo 128.
- 1166 *Fiscal vs. Tadic*, Caso N° IT-94-1-A-R77, *Judgement on Allegations of Contempt Against Prior Counsel* (Fallo sobre alegatos de desacato hacia el Consejo anterior), Milan Vujin, 31 de enero de 2000, párr. 25: “La sub-regla (A) a (D) [de la Regla 77] son declaraciones de lo que vieron los jueces en las reuniones Plenarias del Tribunal para reflejar la jurisprudencia sobre aquellos aspectos de la ley de desacato que resultan aplicables para el Tribunal. Aquellas afirmaciones no desplazan a la ley que subyace; tanto el Tribunal como las partes permanecen ligadas por la ley subyacente”. La Sala de Apelaciones se refirió explícitamente a la Regla 96 como otro ejemplo de la aplicación de ese principio (véase f. 26 a párr. 25).