

*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 trascurso 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 les 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 N° 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 Miljevina, 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 Miljevina, 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 Srinje 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 “*nullem 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 asistirle 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 acto¹¹⁵⁸.

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 distorsión¹¹⁶⁴.

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. Mientras 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 relevante¹⁶⁶. 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 Vujin, 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 *Strafgesetzbuch*, 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 delincuente”. 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 *Strafgesetzbuch*, 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 coactivas 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 Kriminaalkoodeks 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 611 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).