

DE LA VIOLACIÓN Y OTRAS GRAVES AGRESIONES A LA INTEGRIDAD SEXUAL COMO CRÍMENES SANCIONADOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO (CRÍMENES DE GUERRA)

**Aportes del Tribunal Penal Internacional
para la Antigua Yugoslavia**

Elizabeth ODIO B.*

* Costarricense, Abogada, Miembro del Consejo Directivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Jueza del Tribunal Internacional de Naciones Unidas para la ex-Yugoslavia, Catedrática y Profesora Emérita de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Miembro Representante de Latinoamérica en el Consejo Directivo del Fondo de Naciones Unidas para Víctimas de Tortura, fue Relatora Especial de la Subcomisión de Derechos Humanos de la ONU sobre Libertades Religiosas y Discriminación, y ex Ministra de Justicia y Gracia de Costa Rica, Premio “Monseñor Leonidas Proaño” a los defensores de la paz, la justicia y los derechos humanos de la Asociación Latinoamericana de los Derechos Humanos.

DE LA VIOLACIÓN Y OTRAS GRAVES AGRESIONES A LA INTEGRIDAD SEXUAL COMO CRÍMENES SANCIONADOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO (CRÍMENES DE GUERRA)

**Aportes del Tribunal Penal Internacional
para la Antigua Yugoslavia**

Elizabeth ODIO B.

UNA DEDICATORIA

Discutir con Fernando Volio sobre cualquier problema relativo a los derechos humanos era siempre una experiencia enriquecedora. Se podía estar de acuerdo con sus opiniones o discrepar de sus criterios, pero siempre se aprendía.

Desde el principio de nuestra amistad de muchos años nos unió siempre una inquebrantable fe en los valores esenciales del ser humano. De él aprendí desde mis tiempos de estudiante en la Facultad de Derecho a denunciar y luchar contra el *apartheid* sudafricano. Y como muchos de los jóvenes de entonces, a abrazar con entusiasmo de cruzados toda causa, municipal o mundial, en favor de la dignidad e igualdad de los seres humanos.

Discutimos muchas veces y sobre muchos tópicos. La última vez que lo hicimos fue en el ámbito de la Conferencia Regional Latinoamericana preparatoria de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Era 1992 y las mujeres de nuestro continente luchábamos junto a las del resto del mundo por hacer conciencia en la “comunidad internacional” de que las mujeres también somos seres humanos y que, por ende, nuestro derecho a la dignidad y a la integridad física y psicológica es un derecho humano que debe ser respetado y protegido como tal. Nuestro objetivo era obtener el reconocimiento de los organismos internacionales de que la violencia en contra de las mujeres, en cualquier ámbito que ella se produzca y en cualquiera de sus manifestaciones, es una violación de los textos internacionales de derechos humanos y por ende susceptible de ser denunciada y sancionada como tal.

Fernando no compartía mis puntos de vista. Discutimos amistosamente largo rato; él me argumentaba que la violencia contra la mujer –incluidas las agresiones domésticas y las agresiones sexuales–, no podía ser parte de la normativa internacional de los derechos humanos ni salir del ámbito, –siempre patriarcal, le recordaba yo–, de las legislaciones penales nacionales. La violación que históricamente se perpetra contra las mujeres durante los conflictos armados –me admitía–, podría considerarse como un crimen desde la perspectiva del derecho internacional humanitario. Ambos sabíamos que hasta ese momento tal tipificación apenas había existido y que estaba lejana la caracterización de la violencia contra la mujer como una violación de derechos humanos.

No nos pusimos de acuerdo y convinimos en vernos de nuevo en otra ocasión para tratar de convencernos recíprocamente de nuestras respectivas posiciones. No fue posible. Azares del destino me condujeron poco después hasta la posición que hoy día desempeño de Magistrada internacional en constante contacto con las víctimas de la violencia de una guerra inclemente. Un conflicto armado de inciertos orígenes que destruyó un país –la antigua Yugoslavia–, y acabó con la vida y la dignidad de miles y miles de mujeres de todas las edades.

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) contó desde sus inicios con el apoyo incondicional y los aportes intelectuales de Fernando Volio. Como una manera de retribuirle sus esfuerzos, el Instituto dedica a la memoria del profesor y del amigo la celebración de su XV Curso

Interdisciplinario y la edición de un libro con ensayos académicos alusivos a su tema central: “Estado Democrático Social de Derecho en América Latina”. Para unirme a esta empresa y decirle a mi amigo de siempre que sigo aprendiendo cada vez que discuto con él, escogí dedicarle una reflexión que he elaborado luego de nuestra última discusión.

Son conceptos que he ido extrayendo de esta experiencia de tener que juzgar a los presuntos responsables de delitos atroces, provocados por la irracionalidad y la violencia en el contexto de una guerra, presuntos responsables de violaciones de derechos humanos cuyas víctimas inocentes e inmediatas son seres humanos, mujeres y hombres de todas las edades, casi todos ellos civiles. Reflexiones que me llevan una y otra vez a encontrar la íntima relación entre el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Por lo demás, estoy segura de que esta oportunidad que nos abre el IIDH con su tema central de este año me permite dedicar a la memoria de Fernando Volio Jiménez estas reflexiones, como la mejor manera de decirle al querido amigo que compartiremos siempre idéntica fe en que ningún régimen político será verdaderamente democrático, a menos que en la sociedad que lo sustenta y en las instituciones jurídicas que lo legitiman se admita y se practique que las mujeres somos también seres humanos. Que es, en el fondo, lo mismo acerca de lo que discutimos la última vez.

Abril de 1997.

INTRODUCCIÓN

El propósito básico de estas notas lo constituye la intención de la autora de examinar someramente los recientes aportes del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, a la tipificación y sanción como delitos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, de las violaciones y otros abusos o agresiones sexuales cometidos durante conflictos armados, sean éstos internos o internacionales y sufridos especialmente por mujeres.

La guerra que devastó la otrora floreciente República Socialista Federal de Yugoslavia entre 1991 y 1995 no fue, obviamente, la primera ocasión histórica en que miles de mujeres de todas las edades sufrieron violaciones y toda suerte de abusos sexuales, bien como actos aislados o masivamente, en el marco de una guerra o un conflicto armado. Ello no obstante, escasos antecedentes se encuentran de reglas o sanciones contra los responsables de graves hechos de esa naturaleza, al revisar las normas de derecho internacional humanitario anteriores a 1993 y las decisiones judiciales de tribunales internacionales o nacionales de ese mismo período.

El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas decidió la creación del Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para la ex Yugoslavia y aprobó su Estatuto, en sus Resoluciones 808 de 22 de febrero de 1993 y 827 de 25 de mayo de 1993. Lo hizo al amparo de las potestades que confiere al Consejo el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

El Tribunal fue establecido para “enjuiciar a los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991” (artículo 1 del Estatuto), toda vez que se declaró que esa guerra constituía una amenaza para la paz y la seguridad internacionales y que los presuntos autores de los crímenes debían ser enjuiciados para así contribuir al restablecimiento y mantenimiento de la paz. (Resoluciones citadas).

Entre los más poderosos motivos para crear un Tribunal Penal Internacional *ad hoc* como respuesta inédita en el Derecho Internacional post Segunda Guerra Mundial a una situación de conflicto armado –internacional e interno–, debe citarse el horror que provocó conocer –en gran medida gracias a los medios de comunicación colectiva– la dimensión que alcanzaba la práctica de las violaciones y demás agresiones sexuales en esa guerra. Fue una práctica masiva, deliberada, sistemática, dirigida abrumadoramente contra las mujeres y perpetrada fundamentalmente en Bosnia–Herzegovina. Así se desprende inequívocamente de los informes elaborados en esas fechas por la Unión Europea, las ONG y las propias Naciones Unidas (cfr. entre otros, los informes del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, Tadeusz Mazowiecki, el informe final de la Comisión de Expertos de Naciones Unidas y sus anexos, los informes de la Conferencia de Seguridad y Cooperación de la Unión Europea).

El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia fue preparado por el Secretario General de las Naciones Unidas y sometido al Consejo de Seguridad, de conformidad con lo dispuesto por este importante órgano en su resolución 808 antes citada. La competencia “*ratione materiae*” del Tribunal comprende las infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949, las violaciones de las leyes y usos de la guerra, el genocidio y los crímenes de lesa humanidad. En otros términos, la competencia del Tribunal comprende las normas básicas, consuetudinarias o convencionales, de derecho internacional humanitario cuya violación grave debe sancionarse. Al seleccionar estas particulares categorías de crímenes, el Secretario General fue guiado por su opinión de que “la aplicación del principio ‘*mullum crimen sine lege*’ exige que el Tribunal Internacional aplique las normas del derecho internacional humanitario que sin duda alguna forman parte del derecho consuetudinario, de tal modo que no se plantea el problema de que algunos de los Estados pero no todos se hayan adherido a determinadas convenciones”. (S/25704 de 20 de mayo de 1993, par. 34).

Para completar el orden normativo básico del Tribunal, al Estatuto constituyente y conforme al mandato de éste (art. 15) se agregan las Reglas de Procedimiento y Prueba, verdadero código de procedimientos penales redactado y aprobado por los Jueces en 1994 para regular la organización del Tribunal y los procesos, desde los procedimientos de investigación hasta la sentencia final.

Y a esta fecha, a ambos cuerpos normativos se adiciona la actividad judicial –actas de acusación, procesamientos, decisiones, sentencias–, a través de las cuales los jueces han ido interpretando y fijando el sentido y alcance de las normas estatutarias y reglamentarias.

De previo a que el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia iniciara sus labores, escasos antecedentes de sanciones contra agresiones sexuales existían en las normas consuetudinarias o convencionales del derecho internacional humanitario. En el acápite correspondiente de estos apuntes se examinarán con más detalle algunos precedentes históricos y lo que ocurrió luego de que concluyeran la Primera y Segunda Guerras Mundiales con los Tribunales Militares que respectivamente se establecieron. Pero la posibilidad de perseguir las violaciones individuales o masivas y otras formas de ataques sexuales y enjuiciar a sus presuntos responsables bajo los cargos de violaciones graves a los Convenios de Ginebra, violaciones a las leyes y costumbres de la guerra, genocidio o como un crimen de lesa humanidad, se da por primera vez en la historia del Derecho Internacional en las normas y decisiones de este Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia.

Este es, en breve, el contenido de las presentes notas y de cuyo análisis surgen unas conclusiones que miran hacia el futuro del derecho internacional humanitario que es, conforme a la doctrina más generalizada, el conjunto de normas que protegen el núcleo básico de los derechos humanos fundamentales de todos los seres humanos durante los conflictos armados. Y como el crimen impune de las violaciones continúa, tanto en la guerra como en la paz, la necesidad de hacer justicia a sus inocentes víctimas reclama, individual y colectivamente, que sus autores sean juzgados, bien bajo el derecho internacional humanitario, bien bajo la normativa del derecho internacional de los derechos humanos.

Mi esperanza es que estas reflexiones susciten inquietudes académicas, pero, sobre todo, que contribuyan a formar una clara conciencia nacional e internacional de que la violencia que sufrimos las mujeres y la impunidad que siempre ha protegido a sus autores, dentro y fuera de conflictos armados, debe cesar. Y que ésa será entonces la única, la auténtica oportunidad de que la democracia nos incluya por igual a todas y todos los miembros de una sociedad.

I. ALGUNOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS RELEVANTES

Los sucesos de los que fueron víctimas miles de mujeres en la guerra que se libró en la antigua Yugoslavia a partir de 1991 merecieron la atención de la entera comunidad internacional. Desde los órganos y organismos de Naciones Unidas hasta las Organizaciones no gubernamentales (ONG), pasando por la gran prensa internacional y las academias, brutales agresiones sexuales fueron denunciadas. Las violaciones masivas y el uso siniestro de toda suerte de abusos sexuales, como parte de estrategias militares, sembraron pavor, asombro y repudio en el mundo entero.

Sin embargo, la violación en tiempos de guerra y aún la violación como arma de guerra difícilmente puede decirse que sea una innovación que debamos a este nuevo conflicto en los Balcanes. En realidad, no son más que un capítulo que se agrega al sufrimiento de las mujeres a través de los siglos. La historia de todas las guerras ha sido siempre la misma para las mujeres, aunque los motivos y los métodos cambien.

En uno de los múltiples y autorizados artículos que se publicaron a raíz de este conflicto, su autora, una prestigiosa profesora de Derecho Internacional Público de la Universidad de Southampton, afirma: “Las mujeres son violadas en cualquier conflicto armado, interno o internacional, independientemente de si el conflicto tiene orígenes religiosos, étnicos, políticos o nacionalistas, o una combinación de todos. Ellas son violadas por hombres de todos los bandos, tanto por los enemigos como por las fuerzas “amigas”. Ha habido informes incluso de violaciones y otros abusos sexuales cometidos por miembros de las fuerzas de paz de las Naciones Unidas...”.¹

1 Chinkin, C.M., *Rape and Sexual Abuse of Women in International Law*, 1994; (documento preparado originalmente en inglés por la Prof. Chinkin para uso interno del Tribunal; traducción de la suscrita).

Y un breve repaso histórico muestra hechos como los siguientes:

En tempranas edades, entre griegos, romanos y hebreos las mujeres formaban parte del botín de guerra junto con las tierras y el ganado. Las mujeres de los vencidos se convertían en esclavas, concubinas, excepcionalmente en esposas de los vencedores. La guerra de Troya tan poéticamente descrita en “La Ilíada” cuenta los episodios de violación y esclavitud de las mujeres troyanas. Las referencias abundan también en la lectura del Antiguo Testamento. Es conocida la cita del emperador bizantino Alexius animando a sus soldados al combate con la descripción de la belleza de las mujeres griegas.

Las prácticas caballerescas de la Edad Media supusieron alguna protección para las mujeres. Ordenanzas de Guerra promulgadas durante la Guerra de los Cien Años (siglos XIV y XV) prohibieron la violación durante la guerra y la sancionaron con pena de muerte. La prohibición, sin embargo, no fue muy acatada, sin olvidar que no se aplicaba a las ciudades que se conquistaban luego de un sitio o asedio, muy común por lo demás, como estrategia de guerra en esas épocas. El profesor Theodor Meron lo menciona específicamente al señalar que la licencia para violar era considerada el mayor incentivo para los soldados que participaban en el asedio.²

En épocas más recientes, Hugo Grocio, padre del moderno Derecho Internacional Público, escribía en el siglo XVII sobre las violaciones de las mujeres durante la guerra, y si bien la señala como una práctica de guerra que debe evitarse, aparentemente encontraba que tal práctica para propósitos matrimoniales era más aceptable.³

Aun Francisco de Victoria, quien se oponía a semejantes prácticas de guerra, concedía que el saqueo de las ciudades (que siempre incluyó violaciones) servía para mejorar el coraje de las tropas. Quizás fue debido a esta ambivalencia que reflejan los autores y las leyes medievales que Hugo

2 Meron, Th., *Henry's Wars and Shakespeare's Laws: Perspectives on the Law of War in the Later Middle Age*, (International Herald Tribune, 8 dec. 1992).

3 Grocio, H., *The Law of War and Peace*, libro 1646, cit. por Catherine N. Niarchos en “*Women, War and Rape: Challenges Facing the International Tribunal for the Former Yugoslavia*”, inédito, The Johns Hopkins University Press, 1995.

Grocio escribió que el castigo de las violaciones “no fue ley en todas las naciones pero al menos en las mejores de ellas”.⁴

En los siglos XIX y XX el panorama de la situación de las mujeres en las guerras y demás conflictos armados es similar. Entre los diversos orígenes profundos de tan grave violación a los derechos fundamentales de los que como ser humano la mujer ha sido siempre teórica titular, se encuentra en opinión prácticamente unánime de diversos autores el que las mujeres han sido tenidas legalmente como propiedad masculina. Violar mujeres era, entonces, una ofensa contra los hombres, no contra la mujer violada. Dentro de esta perspectiva –ofensa contra los varones enemigos–, la violación de mujeres enemigas tenía un efecto “saludable” en los soldados. Susan Brownmiller lo ha explicado magistralmente: “Los hombres de naciones conquistadas veían la violación de “sus” mujeres como la última humillación...”.⁵

En éstos dos últimos siglos –XIX y XX– destaca la redacción y aprobación de las normas conocidas como el “Código Lieber” (1863). Se trata de un amplio conjunto de regulaciones sobre la conducta de los beligerantes en territorio enemigo, redactado por las fuerzas de la Unión durante la guerra civil en Estados Unidos de Norte América. Su autor fue Francis Lieber.⁶

Fue en realidad el primer intento de codificación de los usos y costumbres de la guerra y se convirtió en la base de posteriores esfuerzos de codificación a nivel internacional. Bajo su ejemplo algunos países europeos adoptaron regulaciones similares y diversos autores estiman que su influencia fue muy apreciable en la preparación de los importantes Convenios de La Haya sobre Leyes y Costumbres de la Guerra en Tierra del siglo XIX (Convenios II y IV).

El propósito básico de esta normativa internacional que comenzó a definirse en el siglo XIX era proteger a la población civil no beligerante de los devastadores efectos de las guerras. Sin embargo, es evidente que la

4 Niarchos, C.N., *op. cit.*

5 Brownmiller, Susan, *Against Our Will: Men, Women and Rape*, New York, 1975.

6 Lieber, F., “Instrucciones para el gobierno de los ejércitos de los Estados Unidos en el campo”, 24 de abril de 1863.

situación para los civiles, esto es, fundamentalmente para las mujeres y niños, ha empeorado considerablemente en los conflictos armados del siglo XX, internos o internacionales (la violación y los abusos sexuales, p. ej., parecen haber aumentado en sadismo). Basta mirar las cifras:

- en la Primera Guerra Mundial alrededor del 5% de las víctimas era civil;
- en la Segunda Guerra Mundial el número de víctimas aumentó al 48%;
- en conflictos como el de El Líbano, las estadísticas hablan de que 80 ó 90% de las víctimas han sido civiles y básicamente mujeres y niños;
- en la guerra en la antigua Yugoslavia el porcentaje que se señala es de que 90% o más de las víctimas han sido civiles y, de nuevo, mujeres y niños son abrumadora mayoría.

Son bien conocidos los hechos de la Primera Guerra Mundial de soldados alemanes violando mujeres a través de Francia y Bélgica, como uno entre otros métodos de aterrorizar a las poblaciones locales. Después de la guerra, una comisión creada para investigar los crímenes de guerra enumeró treinta y dos crímenes e incluyó la violación y la prostitución forzada como números cinco y seis en esa lista.

Sin embargo, esta comisión especial establecida por los Aliados en 1919 ningún resultado positivo obtuvo en su labor de examinar las violaciones masivas de mujeres belgas y francesas, porque los Aliados (sea, los gobiernos de los vencedores) declinaron enjuiciar a nadie en “interés de la política diplomática de Europa”. Adicionalmente, el Tratado de Versalles probó ser claramente decepcionante frente a la necesidad de justicia. Ni el Káiser (confortablemente refugiado en Holanda) ni sus comandantes fueron juzgados “por actos contrarios a las leyes y costumbres de la guerra” ni “por ofensas supremas contra la moral internacional y la autoridad sagrada de los tratados” como preveían los artículos 227, 228 y 229 del Tratado de Versalles.

En la Segunda Guerra Mundial, la violación y otros abusos sexuales en contra de las mujeres de todas las edades y nacionalidades son también hechos bien conocidos y documentados. Mucho se ha hablado de la violencia de los soldados rusos, japoneses y alemanes. El Holocausto conoció como uno de sus horripilantes componentes la violación y la prostitución forzada en los campos de concentración. Los japoneses han sido señalados como los autores de la prostitución forzada de miles y miles

de mujeres coreanas e indonesias (las tristemente célebres “comfort women”), en sitios que no eran otra cosa que campos para la violación de mujeres por parte de las tropas. Con casi imperceptibles excepciones que luego indicaremos, ninguno de esos crímenes de guerra ha sido acusado y nadie fue sancionado por haberlos cometido, ordenado, tolerado o impedido. Es más, la tipificación como crimen de guerra de tales comportamientos fue prácticamente inexistente.

El Tribunal Militar Internacional de Nuremberg fue establecido conforme al “Acuerdo para el juzgamiento y castigo de los principales criminales de guerra de los países europeos del Eje” el 8 de agosto de 1945 (Acuerdo de Londres). El Estatuto de este Tribunal definió por primera vez los “crímenes de lesa humanidad”. Su artículo 6 (c) los enumera: “...asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil, antes o después de la guerra, o persecuciones basadas en motivos políticos, raciales o religiosos...”. Si bien no incluye la violación ni ningún tipo de abusos sexuales, la citada norma contiene la frase “y otros actos inhumanos”.

La cita expresa a la violación sexual como crimen contra la humanidad sí está contenida en la Ley No. 10 del Consejo de Control para Alemania, que rigió los procedimientos contra criminales de guerra de los países europeos del Eje que fueron juzgados en Alemania (1946–1949), por tribunales nacionales establecidos por acuerdo entre los cuatro países Aliados vencedores (Francia, Reino Unido, Estados Unidos y Unión Soviética). Esta Ley No. 10 es del 20 de diciembre de 1945.

A pesar de la normativa existente y de que, como se dijo, durante la guerra fueron cometidos atroces actos de violación masiva de miles y miles de mujeres de todas las edades y nacionalidades y en los distintos países que sufrieron la guerra (se sabe, por ej., con certeza de masivas violaciones de mujeres alemanas cometidas por el ejército soviético), ningún cargo de violación fue presentado en ninguno de los procesos de Nuremberg.

Y lo que resulta aún más sorprendente en este fenómeno de “invisibilización” de los sufrimientos de las mujeres durante las guerras es que, aunque en los procesos de Nuremberg se recibió evidencia de las violaciones masivas cometidas por el ejército alemán, la palabra “violación”

(“rape” en inglés) no figura en ninguna de las 179 páginas de la sentencia final de Nuremberg.

En Tokio, en cambio, el cargo de violación sí fue presentado, entre otros cargos, contra oficiales japoneses pues el Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (19 de enero de 1946) lo contenía.

El caso más conocido es el del Almirante Toyoda. En el juicio respectivo se presentó prueba de la magnitud de las atrocidades cometidas por los soldados japoneses al mando de Toyoda contra la población civil de la ciudad china de Nanking, en diciembre de 1937, en lo que fue conocido como la “violación de Nanking”, y donde miles de mujeres de todas las edades (en el juicio se habló de 20.000) fueron violadas, mutiladas y asesinadas.

Toyoda fue acusado de abandono voluntario e ilegal de sus deberes al “ordenar, dirigir, incitar, causar, permitir, ratificar y fallar en prevenir a las unidades y organizaciones del personal naval japonés bajo su mando, control y supervisión, que abusaran, maltrataran, torturaran, violaran, asesinaran y cometieran otras atrocidades”.⁷

No obstante la magnitud de los crímenes, las violaciones fueron consideradas “crímenes de guerra” y no “crímenes contra la humanidad” como hubiera sido lo propio conforme al propio Estatuto del Tribunal. Quizás por eso, Toyoda fue absuelto de todos los cargos. Otros oficiales de menor rango y soldados sí fueron, en cambio, sentenciados por estos hechos.

Pero aunque el panorama completo de la gravedad del problema en el siglo XX excede los límites de esta exposición, no podemos dejar de mencionar que lo mismo que ocurrió a la población civil, esto es, a mujeres y niños en la Segunda Guerra Mundial, con similar ensañamiento y violencia ha sido sufrido por las mujeres de Vietnam, Kuwait, Ruanda, Afganistán, Sudáfrica, Liberia, El Salvador, Guatemala, Haití, Perú, Colombia, Argentina, Chile, la antigua Yugoslavia y en cualquier región del planeta en donde un

7 Cfr. International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Bulletin No. 15/16, 10-III-1997.

conflicto armado, interno o internacional, tenga o haya tenido lugar. Violaciones que, como dolorosamente apuntaba la profesora Chinkin, son perpetradas por hombres de todos los bandos, los “amigos” y los “enemigos” y aún por los “pacificadores” enviados por las Naciones Unidas...

Y las víctimas de todos esos abominables crímenes aún esperan justicia.

II. EL ESTATUTO DEL TRIBUNAL PENAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA

Competencia *ratione materiae*, su interpretación.

Como se apuntó en la Introducción, la competencia “*ratione materiae*” (por razón de la materia) del Tribunal comprende las infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949, las violaciones de las leyes y usos de la guerra, el genocidio y los crímenes de lesa humanidad. Son los artículos 2, 3, 4 y 5, por su orden, del Estatuto. En la redacción o enumeración explícita que estas normas hacen de cada una de las referidas categorías de crímenes internacionales, únicamente el artículo 5 menciona la violación entre los actos enumerados allí como crímenes de lesa humanidad.

Al tenor de las definiciones más seguidas en la doctrina y en la práctica de los Tribunales Militares Internacionales establecidos después de la Segunda Guerra Mundial, para configurar un crimen de lesa humanidad, la violación y las demás agresiones sexuales deben necesariamente ser masivas, generalizadas o sistemáticas, estar dirigidas contra la población civil y fundarse en razones nacionales, políticas, étnicas, raciales o religiosas. (Vid. par. 48 del informe del Secretario General citado *supra*). Ello por cuanto esos son los elementos que configuran la naturaleza jurídica de los crímenes de lesa humanidad y del genocidio.

Pese a la gravedad de las violaciones y agresiones sexuales ocurridas en la guerra en la antigua Yugoslavia, denunciadas en los documentos oficiales de las Naciones Unidas y los reportes de la prensa y de las ONG, es indudable que resultará difícil reunir las pruebas idóneas para acusar primero y juzgar después a responsables individuales y concretos de tales hechos, bajo cargos de crímenes de lesa humanidad o de genocidio (artículos 4 y 5 del Estatuto). La responsabilidad de los comandantes y de quienes desde cargos superiores

políticos o militares hayan planeado, instigado y ordenado la comisión de alguno de estos crímenes será examinada conforme lo autoriza el artículo 7 del Estatuto, si el Tribunal tiene algún día la oportunidad de juzgar a algunos de los que están ya procesados por tales delitos (los líderes político y militar, respectivamente, de los serbobosnios, Radovan Karadzic y Radko Mladic) o a los que en el futuro lo sean.

De las anteriores pragmáticas consideraciones se ha derivado, entonces, el interés por tipificar la violación y las demás agresiones sexuales como violaciones graves a los Convenios de Ginebra o como crímenes contra las leyes o usos de la guerra, en aplicación de los artículos 2 y 3 del Estatuto.⁸ Que esto resulte posible será de una enorme trascendencia para el futuro derecho internacional humanitario, toda vez que ello significará que una aislada violación o agresión sexual cometida en el contexto de un conflicto armado, internacional o interno, será un crimen internacional, perseguible y sancionable como tal. Y quizás, con ello estaremos contribuyendo a que la impunidad de los criminales empiece a desaparecer.

A. Las violaciones y otras formas de agresión sexual como infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949. Artículo 2 del Estatuto

Para efectos del somero análisis que aquí se hace, resulta importante recordar que el sistema de sanciones de los Convenios de Ginebra se basa en una clara distinción entre las “infracciones graves” (su expresión muy conocida en inglés es “grave breaches”) y las otras violaciones a la normativa de los Convenios.

La clasificación de ciertos actos como “infracciones graves” no está referida exclusivamente a la severidad del crimen cometido y es más bien un término empleado para indicar un especial régimen de sanciones bajo los Convenios dichos.

El artículo 2 del Estatuto se refiere a los Convenios de Ginebra dos veces: una, en la descripción de las ofensas que califica de “violaciones graves de los Convenios de Ginebra”, y dos, en relación con la categoría de “personas protegidas”.

8 Meron, Th., Cfr. *Rape as a Crime under International Humanitarian Law*, The American Journal of International Law, July, 1995.

El texto íntegro del artículo 2 que comentamos es el siguiente:

“Violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949

El Tribunal Internacional tendrá competencia para enjuiciar a las personas que cometan u ordenen la comisión de violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, los siguientes actos contra las personas o los bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra aplicable:

- a) Homicidio intencional;
- b) Tortura o tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos;
- c) Actos deliberados que causen grandes padecimientos o graves daños a la integridad física o a la salud;
- d) Destrucción o apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y llevadas a cabo en gran escala y en forma ilícita y arbitraria;
- e) Uso de coacción para obligar a un prisionero de guerra o a un civil a prestar servicios en las fuerzas armadas de una Potencia enemiga;
- f) Privación deliberada a un prisionero de guerra o a un civil de su derecho a un juicio justo y con las debidas garantías;
- g) Deportación, traslado o reclusión ilícitos de un civil;
- h) Toma de civiles como rehenes.”

Esta enumeración está tomada de la lista de infracciones graves (“grave breaches”) contenida en cada uno de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. Es evidente que ni la violación ni las agresiones sexuales están incluidas en el texto que comentamos.

Cada uno de los Convenios tiene una diferente aplicación “*ratione personae*”. Las categorías principales de personas protegidas son los heridos y los enfermos en el Primer convenio; los heridos, los enfermos y los naufragos en el Segundo; los prisioneros de guerra en el Tercero y los civiles en el Cuarto. Una protección especial o reforzada se otorga al personal sanitario y religioso en el Primer y Segundo Convenios, a las mujeres y a los menores en el Tercero y Cuarto Convenios.

Los Convenios de Ginebra forman parte de lo que generalmente se conoce como “leyes y costumbres de la guerra”, la violación de las cuales se conoce comúnmente como “crímenes de guerra”. Conviene mencionar

que los Convenios no emplean la expresión “crímenes de guerra” para referirse a las violaciones que de sus obligaciones se haga. Es el Primer Protocolo Adicional (artículo 85, par. 5), Ginebra, 1977, el que las califica expresamente de esa manera.

En lo que a nuestros efectos interesa, el Consejo de Seguridad reafirmó en repetidas ocasiones que todas las partes del conflicto en la antigua Yugoslavia estaban –y están, obviamente– obligadas a cumplir con las obligaciones del derecho internacional humanitario y, en particular, con las obligaciones derivadas de los Convenios de Ginebra de 1949. Señaló que las personas que cometieren u ordenaren la comisión de tales actos, incluyendo infracciones graves de los Convenios, serían individualmente responsables con respecto a tales infracciones. Reafirmó así el Consejo de Seguridad las bases para exigir la responsabilidad penal individual de los responsables de los delitos mencionados.

Ahora bien, para incluir la violación y las demás formas de agresión sexual entre las infracciones graves a los Convenios de Ginebra tantas veces aquí citados, es indudable que los comportamientos de los acusados, además de ser actos perpetrados contra personas protegidas por los Convenios, deben estar incluidos en alguna de las categorías de actos enumerados en el artículo 2 del Estatuto. Para determinar ésto sin contar con ningún precedente judicial, nacional o internacional, el Tribunal debe definir e interpretar cuidadosamente sus normas estatutarias y reglamentarias.

De la enumeración del artículo 2 comentado, la tortura o tratos inhumanos (inciso b) y los actos deliberados que causen grandes padecimientos o graves daños a la integridad física o la salud (inciso c) resultan las conductas criminales aplicables.

El uso de la violación y demás agresiones sexuales contra las mujeres es una de las formas más conocidas y aplicadas de tortura, en conflictos armados y fuera de ellos.⁹ Hasta hace muy poco, sin embargo, no se consideraba la violación como una forma de tortura. En gran medida debido a la situación de la guerra en la antigua Yugoslavia, comienza a apreciarse en la comunidad internacional un movimiento muy importante hacia la

9 Copelon, R., Cfr. *Surfacing Gender: Reconceptualizing Crimes against Women in time of War*, New York, 1992.

inclusión de las violaciones sexuales como infracciones graves a los Convenios de Ginebra, bajo estos acápites de tortura y de actos deliberados que causan grandes daños a la integridad física o la salud.

El profesor Peter Kooijmans, durante muchos años relator especial de la Comisión de Derechos Humanos para la Tortura y hoy Juez en la Corte Internacional de Justicia de las Naciones Unidas, contribuyó notablemente con sus excelentes informes a este cambio, que comenzó con el examen de la responsabilidad de los Estados por estos hechos y ha ido derivando hacia la responsabilidad individual de los autores directos de los crímenes.

El Comité Internacional de la Cruz Roja y varios gobiernos (el de Estados Unidos entre ellos) han adoptado estos criterios en declaraciones recientes. Y la evolución de la que hablamos se aprecia muy claramente en las posiciones y los borradores del Estatuto del Tribunal que diversos gobiernos y organizaciones sometieron al Secretario General, en los días en que se preparaba el texto del Estatuto que sería aprobado por el Consejo de Seguridad. (En este mismo sentido, los gobiernos de Francia e Italia y la Organización de la Conferencia Islámica).

Si esta tipificación de la violación y las agresiones sexuales como tortura llega a darse en sentencias del Tribunal en los casos a los que haremos referencia más adelante, será no sólo trascendental para la aplicación del régimen de las infracciones graves a los Convenios de Ginebra a los actos aislados de las distintas agresiones sexuales en el contexto de una guerra (derecho internacional humanitario), sino también para la aplicación en los casos de tortura fuera de ese contexto, de las disposiciones de la Convención Internacional contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, 1984, esto es, en el ámbito propio del derecho internacional de los derechos humanos.

B. La violación y otras formas de agresión sexual como violación de las leyes o usos de la guerra. Artículo 3 del Estatuto

Un esencial prerrequisito jurisdiccional para la aplicación del artículo 2 que hemos comentado es la existencia de un conflicto armado. En una decisión muy importante y muy comentada, la Sala de Apelaciones del Tribunal (Jueces Cassese, Li, Deschenes, Abi-Saab y Sidhwa) estableció

con precisión las circunstancias que deben concurrir para determinar cuándo existe un estado de conflicto armado: “70. ...Señalamos que un conflicto armado existe siempre que se recurra a la fuerza armada entre Estados o cuando exista por largo tiempo una situación de violencia armada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos dentro de un Estado...”¹⁰

Adicionalmente, en esta decisión de 2 de octubre de 1995, la Sala de Apelaciones revocó la previa decisión de la Sala II de Primera Instancia (Jueces McDonald, Stephen y Vohrah) y estableció por mayoría que el artículo 2 del Estatuto sólo se aplica a ofensas cometidas dentro del contexto de un conflicto armado internacional. La Sala II de Primera Instancia, por su parte, había declarado que el Tribunal Internacional en sí mismo constituye un mecanismo para enjuiciar y sancionar a los perpetradores de “grave breaches” y que la exigencia de que el conflicto sea internacional no figura en el artículo 2. Esta definición de si para aplicar el artículo 2 del Estatuto el conflicto armado debe necesariamente ser internacional, mereció y seguirá provocando grandes discusiones entre la comunidad internacional relacionada con el derecho internacional y el derecho internacional humanitario.

Dada la particular complejidad del conflicto armado que se libró en la antigua Yugoslavia por el desmembramiento de lo que hasta 1992 era una República y luego fueron cinco, la mención anterior, necesariamente breve, se justifica en la medida en que tal decisión de la Sala de Apelaciones ha motivado, en mi opinión, que el Fiscal al presentar sus acusaciones sobre agresiones sexuales las fundamente no sólo en el artículo 2 sino también en el artículo 3 del Estatuto, relativo a la violación de las leyes o usos de la guerra y cuyo texto literal es el siguiente:

“El Tribunal Internacional tendrá competencia para enjuiciar a las personas que violen las leyes o usos de la guerra. Dichas violaciones comprenderán lo siguiente, sin que la lista sea exhaustiva:

- a) El empleo de armas tóxicas o de otras armas que hayan de ocasionar sufrimientos innecesarios;

10 Decision on Defense Motion for Interlocutory Appel on Jurisdiction, 2 October 1995, in the Tadic case (IT-94-1-T); (traducción de la suscrita).

- b) La destrucción arbitraria de ciudades, pueblos o aldeas, o su devastación no justificada por necesidades militares;
- c) Los ataques o bombardeos, por cualquier medio, de pueblos, aldeas, viviendas o edificios indefensos;
- d) La apropiación o destrucción de instituciones consagradas al culto religioso, la beneficencia y la educación o a las artes y las ciencias, monumentos históricos u obras de arte y científicas o los daños deliberados a éstos;
- e) El pillaje de bienes públicos o privados.” (subrayado de la suscrita).

Este artículo confiere al Tribunal jurisdicción sobre violaciones de las leyes o usos de la guerra y hace una enumeración –no exhaustiva– de “crímenes de guerra” que caen bajo la competencia del Tribunal.

Al no ser un sistema de “*numerus clausus*”, el artículo anterior permite la interpretación y aplicación por parte del Tribunal de la conocida definición de “crímenes de guerra” dada en el Estatuto de Nuremberg, que estableció: “Crímenes de guerra son crímenes contra el derecho de la guerra, convencional o consuetudinario y que son cometidos por personas que pertenecen a una de las partes del conflicto contra las personas o propiedades de la otra parte” (artículo 6 (b) cit.). La jurisprudencia de Nuremberg dejó claro que el perpetrador no debe ser necesariamente un soldado.

En el acápite respectivo a este artículo 3 del informe del Secretario General que tantas veces hemos mencionado se declara que “la Cuarta Convención de La Haya de 1907 relativa a las leyes y usos de la guerra terrestre y el Reglamento conexo constituyen otra esfera importante del derecho internacional humanitario consuetudinario” (par. 41, cit.). Pero en opinión de muchos autores, la expresión “las leyes o usos de la guerra” podrían también incluir los Convenios de Ginebra y los Protocolos Adicionales, la jurisprudencia de Nuremberg, al igual que otras declaraciones y tratados, lo cual convierte a este artículo 3 en una norma muy amplia, con tipos penales abiertos.

La imposición de una responsabilidad penal individual por violación de las leyes y costumbres de la guerra no empezó, ciertamente, con el Estatuto y el Tribunal de Nuremberg, según vimos *supra*. En siglos anteriores hubo juicios contra personas acusadas de crímenes de guerra en cortes nacionales. Después de la Primera Guerra Mundial, dentro de la idea preliminar de

posibles castigos por violaciones a las leyes o usos de la guerra, la Comisión establecida para investigar los crímenes cometidos elaboró una lista de 32 de tales crímenes, e incluyó entre ellos la violación y el secuestro de mujeres y jóvenes adolescentes para propósitos de prostitución. En el ínterin entre las dos guerras mundiales fueron adoptadas algunas convenciones –las dos Convenciones de Ginebra de 1929, por ejemplo–, para prohibir ciertos comportamientos y declararlos sancionables penalmente.

Una ardua discusión –que excede los objetivos de estas notas– demora hace ya muchos años a los profesores del Derecho Internacional en el tema de si la noción de “leyes y costumbres de la guerra” incluye también las reglas que se aplican en los conflictos armados internos, sea, no internacionales. Hay fervorosos partidarios y sólidos argumentos de uno y otro lado de la discusión. Mi opinión se inclina en favor de quienes sostienen que calificar un acto determinado como crimen de guerra dependerá de si el contexto en el cual se cometió se puede calificar correctamente de “conflicto armado”, interno o internacional. Pienso, por ejemplo, que éste fue el criterio seguido por el Consejo de Seguridad en su resolución 787 al condenar “**TODAS** las violaciones del derecho internacional humanitario...” y reafirmar la responsabilidad individual por tales actos. (párrafo 7 de la resolución, mayúsculas de la suscrita).

Un esfuerzo de síntesis de las discusiones sobre la materia nos permitiría identificar los siguientes requisitos para que un determinado comportamiento puede ser tipificado como “crimen de guerra”:

- que el acto haya sido cometido durante o en el contexto de un conflicto armado, sin necesidad de distinguir entre los conflictos armados internos y los internacionales;
- que el autor del acto esté vinculado a una de las partes del conflicto; este requisito se cumpliría tanto si el perpetrador es militar o civil y la conexión no debe ser necesariamente formal, basta con una demostración material de tal conexión o vínculo;
- que la víctima sea una persona que no hubiera tomado parte activa o directa en las hostilidades, o que de haberlo sido, hubiera dejado de serlo, como los miembros de fuerzas armadas que se han rendido o están fuera de combate por enfermedad, detención, heridas, etc.

Las anteriores consideraciones teóricas permitirían interpretar que la violación y las demás agresiones sexuales pueden ser tipificadas como crímenes de guerra cuando sean cometidas en el contexto de un conflicto armado, interno o internacional.

Para los mismos efectos resulta conveniente recordar que al momento de aprobar el Estatuto del Tribunal, se produjeron relevantes declaraciones de algunos Estados cuya eficacia para interpretar las normas estatutarias es significativa. En este orden de ideas, la entonces Embajadora de los Estados Unidos de América, Madeleine Albright, manifestó:

“...En primer término, es entendido que (la expresión) “leyes o usos de la guerra” incluida en el artículo 3, comprende todas las obligaciones contenidas en los acuerdos de derecho humanitario en vigencia en el territorio de la antigua Yugoslavia en el momento en que los actos fueron cometidos, incluido el artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales de 1977 de tales Convenciones.” (UN Doc. S/PV.3217, at 15 [25 de mayo, 1993]), (paréntesis y traducción de la suscrita).

Esta posición fue compartida por los embajadores de Francia y del Reino Unido ante el Consejo de Seguridad.

Por su parte, la Sala de Apelaciones del Tribunal, en su ya citada decisión de 2 de octubre de 1995, declaró que el artículo 3 del Estatuto tiene una naturaleza residual. Lo expresó así:

“91. El artículo 3 confiere al Tribunal Internacional jurisdicción sobre cualquier ofensa grave al derecho internacional no cubierta por los artículos 2, 4 ó 5. El artículo 3 es una disposición que prevé que cualquier ‘violación grave al derecho internacional humanitario’ puede ser enjuiciada por el Tribunal Internacional. En otras palabras, el artículo 3 funciona como una cláusula residual diseñada para asegurar que ninguna violación grave al derecho internacional humanitario queda fuera de la jurisdicción del Tribunal Internacional. El artículo 3 persigue hacer esa jurisdicción sin lagunas e inescapable.” (cit., traducción de la suscrita).

Declaró también la Sala de Apelaciones que el artículo 3 es aplicable en los conflictos armados internos y estableció las condiciones que lo hacen aplicable. Se resumen así:

- (i) la ofensa debe constituir una infracción a una regla del derecho internacional humanitario;
- (ii) la norma debe ser la naturaleza consuetudinaria o si pertenece a un tratado convencional, las condiciones requeridas en la norma específica deben cumplirse...;
- (iii) la ofensa debe ser “grave”, es decir, debe constituir una ruptura a una regla que proteja importantes valores y la ruptura debe envolver graves consecuencias para la víctima...”
- (iv) la violación de la regla debe comprender, bajo derecho convencional o consuetudinario, la responsabilidad penal individual de la persona que quebrantó la norma.

Si las condiciones anteriores se cumplen, sentenció la Sala, el artículo 3 se aplica sin importar si el conflicto armado es interno o internacional.

Este carácter de “residual” y el reconocimiento de que su aplicación es indiscutible cuando la ofensa se ha producido en un conflicto armado, de cualquier índole, revisten al artículo 3 del Estatuto de una importancia enorme en la tipificación y castigo de las violaciones y demás agresiones sexuales cometidas durante los conflictos armados.

Aunque no entraré al análisis de los cambios ocurridos en la terminología clásica del derecho internacional humanitario, y a los que la existencia y práctica del Tribunal Internacional ha contribuido significativamente, no puedo por menos que llamar la atención sobre el hecho de que la Sala de Apelaciones en su referida decisión no emplea la expresión “crímenes de guerra”, sino la más amplia de “violaciones graves al derecho internacional humanitario”. Todo un progreso y un cambio, no solo de forma sino también, y fundamentalmente, de fondo en la materia de nuestro interés.

C. La violación y otras formas de agresión sexual tipificadas como genocidio y como crímenes de lesa humanidad.

Artículos 4 y 5 del Estatuto

Como se expresó en la introducción a estas notas, las diferentes

categorías de agresiones sexuales pueden también ser acusadas al amparo de los artículos 4 (genocidio) y 5 (crímenes de lesa humanidad) del Estatuto.

La redacción del artículo 4 del Estatuto está tomada de los artículos 2 y 3 de la Convención para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio, firmada en París el 9 de diciembre de 1948. En su citado informe, el Secretario General declaró: “Actualmente se considera que la Convención forma parte del derecho internacional humanitario como lo señala la Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva sobre las reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1951.” (par. 45, cit.).

A la fecha, el Tribunal ha acusado de genocidio a cinco personas: Zeljko Meakic, Radovan Karadzic, Ratko Mladic, Dusko Sikirica y Goran Jelusic. Ninguno de estos acusados ha comparecido ante el Tribunal para iniciarle el correspondiente proceso. Los motivos para no haber detenido a éstos y otros acusados son meramente políticos y trascienden la esfera de competencia del Tribunal.

La definición de los crímenes de lesa humanidad (o crímenes contra la humanidad como también se les llama en doctrina), que acoge el Estatuto en su artículo 5, sigue el texto de la Ley No. 10 del Consejo de Control para Alemania, el Estatuto y la jurisprudencia del Tribunal de Nuremberg. Es el único artículo que incluye “violación” entre los crímenes que enumera. Incluye también tortura, esclavitud, encarcelamiento y otros actos inhumanos; delitos todos los cuales resultan relevantes para calificar la violación y las agresiones sexuales.

De conformidad con el enunciado del Estatuto, la violación y las demás agresiones sexuales constituirán un crimen de lesa humanidad si son actos cometidos en el contexto de un conflicto armado (en este punto el Estatuto adoptó un punto de vista restrictivo frente a doctrinas de derecho internacional más modernas que no requieren de ningún vínculo entre estos crímenes y la existencia de un conflicto armado) y “cometidos contra la población civil”. (art. 5 cit.).

Es generalmente admitido que la expresión “contra la población civil” requiere que los actos de los perpetradores estén dirigidos a personas civiles,

no combatientes, y que se hayan cometido contra grupos, no contra individuos. Para que las conductas puedan ser calificadas de “crímenes de lesa humanidad” requieren haber sido generalizadas o sistemáticas, lo cual excluye actos delictivos aislados.

En el informe del Secretario General se lee lo siguiente:

“48. Los crímenes de lesa humanidad son actos inhumanos de carácter gravísimo, tales como el asesinato, la tortura o la violación, cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones nacionales, políticas, étnicas, raciales o religiosas. En el conflicto que tiene lugar en el territorio de la ex Yugoslavia, esta clase de actos inhumanos han adoptado la forma de la llamada ‘depuración étnica’ y de violaciones y otras formas de agresión sexual generalizadas y sistemáticas, incluida la prostitución forzada.” (cit. par. 48).

La consideración de lo que debe calificarse de “crimen de lesa humanidad” ha merecido en el Tribunal un análisis y una reflexión muy detenidas, a la luz de los acontecimientos ocurridos en la antigua Yugoslavia después de 1991.

Dentro de este orden de ideas, la Sala I de Primera Instancia (Jueces Jorda, Odio Benito y Riad), en su decisión de 3 de abril de 1996 en el “caso Vukovar” (IT-95-13-R 61), estableció: “... 30. Los crímenes de lesa humanidad deben distinguirse de los crímenes de guerra individuales. Específicamente, (los primeros) deben necesariamente ser generalizados o sistemáticos. Sin embargo, si hubiere un vínculo con un ataque masivo o sistemático a una población civil, un acto aislado podría calificarse como un crimen de lesa humanidad. De igual modo, un individuo que cometa un crimen contra una sola víctima o un limitado número de víctimas, podría ser declarado como culpable de un crimen de lesa humanidad si sus actos fueren parte de ese específico contexto antes identificado...”.

La misma Sala I, integrada de igual modo, había examinado la aplicabilidad de la calificación de crímenes de lesa humanidad a actos de agresión sexual, particularmente definidos como actos de tortura en el caso Nikolic (20 de octubre de 1995; IT-95-2-R61).

Y posteriormente, al revisar el acta de acusación en contra de Radovan Karadzic y Ratko Mladic, la misma Sala en su decisión de 11 de julio de 1996 (IT-95-5-R61 y IT-95-18-R61), declaró:

“64. Adicionalmente, la Sala considera que, entre los métodos de “purificación étnica”, los atentados sexuales merecen especial atención debido a su naturaleza sistemática y a la gravedad del sufrimiento infligido a los civiles.

En su acta de acusación de 25 de julio de 1995, el Fiscal se concentró en agresiones sexuales cometidas en los campos de detención de los bosnios serbios: guardas de campo o comandantes, soldados, miembros de la policía o de grupos paramilitares y aun civiles tenían acceso a esos campos y presuntamente perpetraron agresiones sexuales contra detenidos y detenidas civiles, bosnios musulmanes y bosnios croatas. En opinión de la Sala, sin embargo, la agresión sexual en los campos de detención constituye sólo un aspecto de una práctica más amplia. Agresiones sexuales fueron cometidas por individuos o grupos antes de que el conflicto estallara, en un contexto de saqueo e intimidación de la población. Durante ataques militares a conglomerados civiles hubo abusos sexuales, en particular violaciones públicas. Pareciera que algunas mujeres fueron particularmente afectadas por esta clase de agresión sexual. Algunos campos fueron especialmente dedicados a la práctica de la violación con el propósito de provocar nacimientos de niños serbios, las mujeres fueron con frecuencia internadas hasta que fuera demasiado tarde para que ellas practicaran un aborto. Pareciera también que hubo hoteles o lugares privados donde las mujeres eran violadas para entretenimiento de los soldados.

Sobre la base de las características de todas estas agresiones sexuales, bien se puede inferir que ellas eran parte de una política generalizada de “purificación étnica”: las víctimas fueron principalmente civiles “no serbias”, la mayoría de las cuales eran musulmanas. Las agresiones sexuales ocurrieron en diversas regiones de Bosnia-Herzegovina en un estilo sistemático y usando similares métodos (p. ej. violaciones por varios individuos a la misma víctima, agresiones sexuales en los campos de detención, uso de métodos brutales, conjuntamente con otras violaciones al derecho internacional humanitario). Tales actos fueron realizados

en un esfuerzo conjunto por expulsar a la población de sus hogares y aumentar la vergüenza y la humillación de las víctimas y de la comunidad a la cual éstas pertenecen para forzarles a irse. Pareciera que el propósito de múltiples violaciones fue el embarazo forzado; algunos testigos también dijeron que los autores de agresiones sexuales —con frecuencia soldados— habían recibido órdenes de hacerlo y que comandantes de campo y oficiales habían sido informados de ello y participado.”¹¹

El análisis de la actividad judicial que hasta el momento ha realizado el Tribunal revela que la acusación por genocidio o por crímenes de lesa humanidad —o ambos— encuentra más posibilidad de aplicación en la responsabilidad de los dirigentes políticos o militares de la guerra que en la comisión de los delitos por parte de autores directos. Ello nos remite nuevamente a la importancia de la aplicación de los artículos 2 y 3 del Estatuto, analizados anteriormente.

Los casos que examinaremos a continuación demuestran, en nuestra opinión, esa importancia.

11 (Las decisiones de la Sala I citadas fueron emitidas en procedimientos realizados conforme al artículo 61 de las Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal. Esta norma autoriza la revisión de una particular acta de acusación y procesamiento por parte de una Sala de Juicio, a fin de emitir una orden internacional de arresto contra los acusados. El procedimiento puede iniciarse una vez que el Fiscal prueba que ha tomado todas las medidas y realizado todas las diligencias para obtener la detención de un acusado y que el Estado en el cual ese acusado reside, no lo ha detenido. La Sala ordenará la emisión de la orden internacional de arresto si considera que existen suficientes indicios de prueba para presumir que el acusado puede ser el responsable de los hechos de los que se le acusa. En el procedimiento respectivo se examina en audiencias públicas toda la prueba que el Juez que dictó el procesamiento tuvo ante sí. En los casos aquí citados, se emitió la orden internacional de arresto contra los acusados, ninguno de los cuales ha sido detenido hasta el momento de escribir estas notas.)

III. DOS CASOS DE ESPECIAL RELEVANCIA EN LA TIPIFICACION DE LAS AGRESIONES SEXUALES COMO VIOLACIONES GRAVES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.

A. Un acta de acusación: FOCA (Foca indictment)

Señalamos ya que investigar los casos que envuelven violencia sexual de cualquier tipo y obtener evidencia (testimonial, documental, pericial), ha sido una de las tareas más arduas y complejas que ha enfrentado la oficina del Fiscal del Tribunal Internacional. Esta oficina es, como sabemos, el órgano del Tribunal encargado de realizar las investigaciones, preparar los casos y convertir a los sospechosos en acusados formales (artículo 16 del Estatuto).

En las primeras catorce actas de acusación formal preparadas por la oficina del Fiscal figuran sesenta y seis cargos de violación y otros abusos sexuales (del total de doscientos ochenta y ocho cargos contenidos en esas mismas catorce actas). No obstante, el acta de acusación del 17 de junio y el procesamiento del 26 de junio, fechas ambas de 1996—caso muy conocido por su nombre en inglés “Foca indictment”—, marcó un hito en la historia del Tribunal y del entero derecho internacional humanitario, por ser la primera vez en que la violación y otros delitos sexuales no figuran junto con otros cargos, en medio de los cuales terminan por desaparecer, sino que son el motivo central y único de la acusación y el procesamiento.

Los acusados son ocho personas: soldados, policías y miembros de grupos paramilitares, todos serbobosnios a quienes se imputan los graves cargos de violación individual, violación en grupo, abusos sexuales y esclavitud sexual de mujeres y jóvenes en un pueblo—Foca—, del sureste de Bosnia Herzegovina. Los hechos ocurrieron entre abril y julio de 1992.

Según lo describen los hechos contenidos en el acta de acusación, mujeres adultas y jóvenes musulmanas (algunas de 12 años de edad) fueron detenidas en casas, campos deportivos, el colegio, centros de detención, apartamentos, moteles y casas convertidas en prostíbulos. Fueron violadas por individuos solos o actuando en grupo, torturadas, humilladas, esclavizadas, obligadas a prestar servicios domésticos y sexuales a los

acusados, sus aliados y sus amigos. En un caso, fueron vendidas para que los perpetradores recibieran, además, beneficios económicos.

El acta de acusación y procesamiento identifica a por lo menos catorce víctimas, algunas de ellas jóvenes adolescentes, y a ocho de los presuntos perpetradores, todos aún libres al momento de escribir estas notas.

Los acusados lo son por un total de 62 cargos que el Fiscal tipifica como:

- crímenes contra la humanidad: artículo 5 del Estatuto: esclavitud bajo el inciso c), tortura bajo el inciso f), violación bajo el inciso g);
- violaciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949, artículo 2 del Estatuto: inciso b), tortura;
- violaciones de las leyes o usos de la guerra, artículo 3 del Estatuto: artículo 3 (1) (a) tortura, Convenio de Ginebra.

Este es el primer caso en la historia del derecho internacional humanitario en el cual se acusa ante un Tribunal Penal Internacional a hombres por crímenes de guerra cometidos sólo contra mujeres y en el cual todos los cargos son exclusivamente ofensas sexuales. Es también éste el primer caso en el cual aparece mencionado como delito el hecho de la esclavitud sexual de mujeres. En otros términos, es la primera acusación de la historia en donde se reconoce el carácter “genérico” de la violación y otras ofensas sexuales.

Recordemos en qué consiste la especificidad de género de ciertos crímenes violentos: son crímenes cometidos por hombres contra mujeres por ser mujeres. Recordemos también que lo que hace a un crimen de género ser específicamente contra mujeres es que dicho crimen sea cometido por hombres contra mujeres, en forma masiva y desproporcionada. Esto por cuanto también los hombres sufren violaciones y otras agresiones sexuales durante los conflictos armados, y también en estos casos son hombres los agresores, pero los casos son infinitamente menores en número y los motivos y consecuencias para la víctima de tales violaciones son totalmente diferentes, física, emocional y socialmente. Sin olvidar las secuelas que las violaciones sexuales tienen para las mujeres en la familia, en el matrimonio, frente a la comunidad, etc., etc.

Estos comentarios que hago respecto a esta acta de acusación del caso Foca no son un intento de comparar sufrimientos entre hombres y mujeres en la guerra en la antigua Yugoslavia y tratar de demostrar quién sufrió más. Es un esfuerzo por colocar en su correcta perspectiva histórica y legal los horrendos crímenes cometidos contra las mujeres en este conflicto armado y no permitir que, una vez más, las violaciones y abusos sexuales cometidos contra mujeres desaparezcan de los tribunales de justicia, nacionales o internacionales, como ha ocurrido hasta aquí y sean sólo tema de esporádicas menciones en informes oficiales o en los recuentos académicos. Mi firme intención es contribuir a que las víctimas tengan alguna vez acceso a la justicia.

La oportunidad de obtener justicia que representa este Tribunal Internacional para las víctimas de estos delitos, sin discriminaciones de ninguna especie, la pone también de manifiesto la celebración del juicio del “caso Celibici”.

B. Un juicio: CELIBICI

El 21 de marzo de 1996 el Fiscal presentó formal acusación contra cuatro hombres, tres de nacionalidad bosnia musulmana y uno croata. Se les acusó de asesinato, tortura –incluidos casos de violación de dos mujeres–, tratos crueles, inhumanos y degradantes –incluida una felación entre dos detenidos varones–, detención ilegal y en condiciones inhumanas. Los hechos denunciados ocurrieron en un campo de detención de prisioneros conocido como “Celibici”, localizado en la municipalidad de Konjic, en el centro de Bosnia Herzegovina, en la primavera y el verano de 1992.

Los acusados fueron detenidos y traídos ante el Tribunal para ser juzgados. Se declararon inocentes de los cargos que se les imputaban y que al tenor del procesamiento son:

- violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949: artículo 2 del Estatuto, inciso a)– homicidio intencional; inciso b)– tortura (las violaciones contra mujeres están incluidas en este inciso); inciso c)– actos deliberados que causen grandes padecimientos o graves daños a la integridad física o a la salud; inciso g)– reclusión ilícita de civiles;
- violaciones de las leyes o usos de la guerra: artículo 3 del Estatuto y

artículo 3 (1) (a) (tortura y asesinato y tratamiento cruel) de los Convenios de Ginebra; y artículo 3 inciso e)– pillaje de bienes, del Estatuto.

Este juicio representa también un hito en la historia del derecho internacional humanitario. Se trata del primer juicio ante un Tribunal Penal Internacional en el que comparecen simultáneamente varios acusados (cuatro) desde los procesos de Nuremberg y Tokio. También se trata del primer caso en el cual las víctimas son de nacionalidad serbia. Pero muy especialmente se trata del primer juicio en el cual hay acusaciones por violaciones y otras agresiones sexuales tipificadas como infracciones graves a los Convenios de Ginebra (artículo 2 del Estatuto) y violaciones de las leyes y usos de la guerra (artículo 3 ib.).

De nuevo en este caso de los hechos de Celibici, los Fiscales acusadores han debido enfrentarse a los prejuicios de toda índole y a la falta de comprensión que ha caracterizado todos estos horrendos delitos a través de la historia. Comentaros muy autorizados de las actuaciones del Tribunal (Bassiouni y McCormick) no han vacilado en señalar la diferencia que ha marcado esta actitud de los Fiscales del Tribunal frente a los hechos de la historia reciente.¹²

Es gracias a este esfuerzo de Fiscales y Jueces del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia que, a partir de ahora, las violaciones y demás agresiones violentas de naturaleza sexual se identificarán y se castigarán como lo que realmente son, infracciones graves al derecho internacional humanitario, crímenes de extrema violencia cometidos contra las mujeres solo por el hecho de serlo. Es la más importante contribución que hacemos a que la monumental injusticia histórica cometida contra las mujeres empiece a ser reparada. A partir de ahora, las violaciones y los abusos sexuales cometidos en los conflictos armados no podrán ser considerados “inevitables consecuencias” o “delitos menores” cometidos

12 Cfr. Bulletin No.15/16, 10-III-97: los citados autores comentan la actitud, por ejemplo, del fiscal francés en los juicios de Nuremberg que al hablar de las violaciones masivas sufridas por las mujeres francesas, sólo atinó a decir: “El Tribunal me perdonará si evito citar atroces detalles”: Actitudes similares propiciaron en esos tribunales de la Segunda Guerra Mundial que las agresiones sexuales sufridas por las mujeres no figuraran como crímenes directamente y que se les disfrazara, p. ej. bajo asesinato o mal trato de prisioneros.

en una guerra, que nadie se siente obligado a denunciar y menos aún a castigar.

La mejor confirmación de esta nueva etapa del derecho internacional humanitario ha sido la comparecencia ante la Sala II de Primera Instancia (Jueces Karibi-Whyte, Odio Benito y Jan), valiente y sin precedentes, de las dos mujeres víctimas de las violaciones sexuales acusadas en este juicio de Celibici. Revestidas de enorme dignidad y con un coraje inmenso, proporcional al ultraje sufrido, comparecieron a ofrecer su testimonio ante los Jueces. A éstos corresponderá valorar sus afirmaciones a la hora de determinar la culpabilidad o inocencia de los acusados en los hechos, pero la comparecencia en sí misma marca claramente las diferencias de las que venimos hablando. Y el aporte que ellas implican al desarrollo de un moderno derecho internacional humanitario mucho más justo, más efectivo protector de los derechos humanos de todas y todos los seres humanos.

IV. CONCLUSIONES HACIA EL FUTURO

La violencia de que somos víctimas inocentes las mujeres por el solo hecho de ser mujeres, durante todos los conflictos armados, es parte del fenómeno de la violencia en general que padecemos cada día. En la casa, en la calle, en los sitios de trabajo, en cualquier lugar y en cualquier tiempo de guerra o de paz, las mujeres somos agredidas de muchas maneras. Pero es evidente que las agresiones físicas y sexuales aumentan en intensidad y en perversidad en el contexto de los conflictos armados, internos o internacionales.

La guerra que destruyó a la antigua República Socialista Federal de Yugoslavia no fue la excepción ni será el último doloroso episodio de esa historia tan maligna como postergada, a menos que encontremos la forma de hacer justicia.

A la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1992 llevamos las mujeres del mundo nuestro enérgico reclamo de que se nos reconociera que también nosotras somos seres humanos. Conseguimos en ese foro mundial que se admitiera que la violencia cotidiana que sufrimos pueda ser considerada una violación de derechos humanos y el nombramiento de una Relatora Especial, para examinar las dimensiones mundiales de la violencia doméstica.

A esa Conferencia Mundial llegaron mujeres musulmanas, croatas y serbias, a narrar los horrores de las agresiones sexuales que habían empezado a padecer en el contexto de la guerra que había estallado en lo que hasta entonces había sido su país. Un año después de la Conferencia, la magnitud de las masivas y atroces violaciones contra las normas del derecho internacional humanitario determinaron la creación de un Tribunal Penal Internacional *ad hoc*. Al adoptar esa decisión, la comunidad internacional reconocía el horror de las agresiones sexuales sufridas por miles y miles de mujeres, básicamente musulmanas, en la guerra de la antigua Yugoslavia.

La actividad que hasta esta fecha ha desarrollado el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia en la interpretación de sus normas estatutarias y reglamentarias, implica un progreso muy importante en la tipificación de la violación y las demás graves agresiones sexuales cometidas en el marco de un conflicto armado, como violaciones graves al derecho internacional humanitario.

La labor de Jueces y Fiscales del Tribunal Penal Internacional ha ido definiendo esas agresiones sexuales dentro de los términos de las infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949, las violaciones de las leyes y usos de la guerra (crímenes de guerra), el genocidio y los crímenes de lesa humanidad. El examen de las violaciones sexuales como tortura proyecta unas posibilidades de sanción a los culpables de los hechos también bajo el derecho internacional de los derechos humanos.

A través de toda la historia, las víctimas de agresiones sexuales han tenido escaso acceso a la justicia, nacional o internacional. La impunidad de los criminales ha sido casi absoluta.

Para quienes creemos en el derecho como el único instrumento civilizado de reparación de agravios, es fundamental contar con un sistema de justicia que ofrezca a las víctimas reconocimiento a sus sufrimientos y castigo para los culpables.

Reconocer las violaciones y otras graves agresiones sexuales como crímenes de guerra o como infracción grave a los Convenios de Ginebra y a la Convención Internacional contra la Tortura, abre la vía para acudir a los tribunales nacionales o denunciar estos crímenes, en la guerra y en la paz. Una situación de violación masiva o sistemática de su derecho a la integridad

física, sexual y psicológica, tipificada como crimen de lesa humanidad o como genocidio, abre también la vía de la justicia nacional o internacional a sus víctimas, durante un conflicto armado o fuera de él.

Desde que las Naciones Unidas se organizaron después de la Segunda Guerra Mundial, el clamor de justicia de las víctimas de las atrocidades sin medida que durante esa guerra se cometieron, determinó que se comenzara a debatir el crear una Corte Penal Internacional permanente, continuación de lo que habían sido los Tribunales de Nuremberg y Tokio. Los múltiples y variados intereses geopolíticos y económicos que han enfrentado a los gobiernos del mundo en los últimos cincuenta años habían impedido hasta ahora la creación de esta Corte.

Las experiencias adquiridas con el funcionamiento de los Tribunales para la antigua Yugoslavia, y para el genocidio en Ruanda, (establecido éste en 1994) han contribuido muy significativamente a acelerar la posibilidad de creación de la Corte Permanente. Se espera que para el próximo año –1998– una convención o tratado internacional autorice la creación de tan esperado Tribunal Internacional.

La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas ha preparado finalmente el proyecto de Código Penal Internacional y de Estatuto de la Corte Permanente, ambos documentos determinantes para el futuro de la justicia penal internacional. Los trabajos preparatorios de la conferencia mundial que tendrá lugar el año próximo se desarrollan con gran intensidad.

Aspectos tan importantes a considerar como la competencia *rationae materiae* de la Corte Permanente son actualmente objeto de acalorados debates en los grupos de trabajo de las Naciones Unidas y de las ONG. De conformidad con el proyecto de estatuto preparado por la Comisión de Derecho Internacional, la Corte será competente para conocer de genocidio, violaciones graves a las leyes y usos de la guerra (crímenes de guerra), crímenes contra la humanidad y violaciones de tratados como el de *apartheid*, la tortura, tráfico internacional de drogas y terrorismo.

Para el futuro del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos será esencial que la Corte Penal Permanente asuma explícitamente competencia para juzgar violaciones

graves a los derechos humanos de las mujeres, dentro y fuera de conflictos armados. Que la jurisprudencia que los Tribunales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda sienten sobre las agresiones sexuales tipificadas como crímenes de guerra, tortura, genocidio y crímenes de lesa humanidad, abra las puertas a una nueva era de la justicia penal internacional. Una nueva época en donde las mujeres tengamos verdadero acceso a la justicia, en donde nuestros derechos sean reconocidos como derechos humanos, en donde la impunidad de los delincuentes no atormente por siempre a sus víctimas.

V. BIBLIOGRAFIA

Brownmiller, S., *Against Our Will: Men, Women and Rape*, New York, 1975.

Copelon, R., *Surfacing Gender: Reconceptualizing Crimes against Women in time of War*, New York, 1992.

Chinkin, C.M., *Rape and Sexual Abuse of Women in International Law*, 1994; inédito.

Meindersma, C., *Prosecuting Rape and other forms of Sexual Assault*, "Netherlands International Law Review", Vol. XLII, 1995.

Gardam, J., *Women and Armed Conflicts, Silence?*, "International and Comparative Law Quarterly", Vol. 46, January 1997.

Niarchos, C.N., *Women, War and Rape; Challenges Facing the International Tribunal for the Former Yugoslavia*, John Hopkins University Press, 1995; inédito.

Meron, Th., *Rape as a Crime under International Humanitarian Law*, The American Journal of International Law, July 1993.

Swinarski, C., *Principales Nociones e Institutos del Derecho Internacional Humanitario como Sistema Internacional de Protección de la Persona Humana*, IIDH, San José, C.R. 1990.

Basic Documents, *International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, United Nations, 1995.

John R.W.D. Jones, *The Practice of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, ICTY, 1997.

BULLETIN, ICTY, No. 15/16, 10–III–97.