

**PROTECCION PENAL DE LA MUJER CONTRA LA VIOLENCIA
SEXUAL EN EL ESTATUTO DE ROMA Y PROHIBICIÓN DE LA
ANALOGÍA *IN MALAM PARTE***

***A PROPÓSITO DE LA CONDENA DEL EX NIÑO SOLDADO
DOMINIC ONGWEN POR LA CORTE PENAL INTERNACIONAL***¹

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto
General consejero togado ®

La violencia sexual es un tema que ha estado envuelto en un manto de silencio, y en gran medida lo sigue estando... Invertir en la prevención de la violencia sexual es una muestra de confianza en el futuro de la humanidad.

V. Bernard y H. Durham ²

Resumen

Este estudio presenta el marco legal aplicable a la violencia sexual contra mujeres y niñas, de conformidad con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. El artículo examina la definición del término

¹ Este estudio corresponde a la ponencia presentada por el autor en el Seminario *Protección de las mujeres y niñas contra la violencia sexual en situaciones de conflicto armado*, que tuvo lugar en Madrid, organizado por el CEDIH de la Cruz Roja Española el 24 de marzo de 2021.

² (2014). Sexual violence in armed conflict. *International Review of the Red Cross*. 96, n.º 894.

«género», crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra (delitos: violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable) y crimen de matrimonio forzado como acto inhumano de carácter similar (crimen de lesa humanidad conforme al artículo 7 (1) K del Estatuto de Roma). Además, muestra los problemas específicos de la protección penal de las mujeres, incluida la posición relativa al artículo 22.2 del Estatuto (la definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía). El estudio también examina el veredicto de la Sala de Primera Instancia IX de la Corte Penal Internacional de fecha 4 de febrero de 2021 (sentencia pronunciada sobre Dominic Ongwen por crímenes de los que fue considerado culpable). El artículo analiza los límites del ámbito de la exigente de órdenes superiores, por la presunción de que la ilicitud de la orden es manifiesta, cuando los crímenes de genocidio y crímenes de lesa humanidad son cometidos en su cumplimiento. Finalmente, se presentan las conclusiones.

Palabras clave: Derecho Penal Internacional, Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario, Estatuto de Roma, Corte Penal Internacional, violencia sexual, delitos, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, género, analogía y exigente de obediencia jerárquica.

Abstract

This study presents the legal framework applicable to sexual violence against women and girls, in accordance with the Rome Statute of International Criminal Court. The article examines the definition of the term «gender», crimes against humanity, war crimes (crimes: rape, sexual slavery, forced prostitution, forced pregnancy, forced sterilization or any other form of sexual violence of comparable gravity) and the crime of forced marriage as an inhumane act of a similar nature (crime against humanity, under Article 7 (1) K of the Rome Statute). In addition, it shows the specific problems of the criminal protection of women, including the position regarding Article 22.2 of the Statute (the definition of crime shall be strictly interpreted and shall not be extended by analogy). The study also examines the verdict of Trial Chamber IX of International Criminal Court dated 4 February, 2021 (judgement rendered on Dominic Ongwen for crimes of which he was found guilty). The article analyzes the limits

of the scope of the superior order defence, due to the presumption that the unlawfulness of the order is manifest, when crimes of genocide and crimes against humanity are committed in its fulfilment. Finally, conclusions are presented.

Keywords: International Criminal Law, Human Rights, International Humanitarian Law, Rome Statute, International Criminal Court, sexual violence, crimes, crimes against humanity, war crimes, gender, analogy and exoneration of hierarchical obedience.

Sumario

1. Introducción *A. Determinaciones previas. B. La evolución de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional (CPI) en materia de violencia sexual.* 2. La definición de género en el Estatuto de Roma. 3. Los crímenes de lesa humanidad y la violencia sexual. *A. El umbral y el apartado 1. g) del artículo 7 del Estatuto de Roma (ER). B. El tipo residual de los crímenes de lesa humanidad, el caso Ongwen y la prohibición de la analogía in malam parte. C. Referencia especial a otros crímenes.* 4. La presunción *iuris et de iure* en la eximente de obediencia jerárquica. 5. Los crímenes de guerra de violencia sexual. *A. Consideraciones generales. B. Crímenes de guerra cometidos en conflictos armados internacionales (CAI). C. Crímenes de guerra cometidos en conflictos armados sin carácter internacional (CANI).* 6. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

A. DETERMINACIONES PREVIAS

Aunque la violencia sexual está tipificada como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra en el Estatuto de Roma (ER) de la Corte Penal Internacional (CPI), este Tribunal internacional no ha pronunciado una sentencia condenatoria sobre estos graves crímenes internacionales hasta la sentencia dictada el 8 de julio de 2019 por la Sala de Primera Instancia en el caso Bosco Ntaganda («Terminator») en la República Democrática del Congo, 17 años después de la constitución de la Corte Penal Internacional.

Y ciertamente no han faltado casos de la competencia de la CPI, donde se han investigado supuestos de crímenes de violencia sexual, que han sido objeto de acusación fiscal o sentencias absolutorias sobre esta materia. Ejemplos destacados han sido las situaciones de la propia República

Democrática del Congo, Uganda, Kenia, República Centroafricana, Costa de Marfil, Sudán o Mali, entre otros³.

Como afirma la profesora Escobar Hernández⁴ la propia Corte Penal Internacional no ha salido, todavía, de lo que podríamos llamar «la fase de construcción», aun reconociendo el gran valor y significado que ha tenido para el derecho internacional contemporáneo la adopción del Estatuto de Roma y la constitución de la CPI. Compartimos esta postura e incluso su esperanza de que se pueda concluir esta fase y la Corte vuele «a velocidad de crucero».

Hasta ahora la CPI no ha alcanzado, en nudos (millas por hora), esta velocidad de crucero seguramente por la escasa colaboración de algunos Estados y la complejidad que presentan los tribunales penales internacionales para una investigación territorial. De la «eficacia» de la CPI son muestra los datos siguientes: Desde el 1 de julio de 2002 a julio de 2021 (19 años de funcionamiento) ha pronunciado ocho sentencias en juicio oral sobre crímenes de su competencia material y una sobre delitos contra la Administración de Justicia, algunas pendientes de recurso de apelación.

Sentencias condenatorias en los casos de Thomas Lubanga (2012, República Democrática del Congo), Germain Katanga (2014, República Democrática del Congo), Ahmad Al Faqi Al Mahdi (2016, Mali), Bosco Ntaganda (2019, República Democrática del Congo) y Dominique Ongwen (2021, Uganda). Absolutorias en los casos de Mathieu Ngudjolo (2012, República Democrática del Congo), Jean Pierre Bemba (2018, Uganda, absuelto por la Sala de Apelaciones), Laurent Gbagbo y Charles Blé (2019, Costa de Marfil). Además, el condenado Tomas Lubanga no fue acusado (y por tanto no fue condenado) por esclavitud sexual y Germain Katanga, condenado por otros crímenes, fue absuelto de las acusaciones de violación y esclavitud sexual. Asimismo, Jean Pierre Bemba, Aimé Kilolo Musamba y Jean-Jacques Mangenda Kabongo fueron condenados por delitos contra la Administración de Justicia (soborno de testigos y testigos falsos). Están en periodo de juicio oral Yekaton y Ngaïs Sona de la República Centro Africana y Al Hassan de Mali, este último acusado, entre otros delitos, de

³ Cottier, M. y Mzee, S. (2016). Comentario al artículo 8 del Estatuto de Roma, «Article 8, Paragraph 2 (b) (xxii): Rape and other forms of sexual violence». En: Triffterer, O. y Ambos, K. (coords.). *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*. Munich. 3.^a ed. C. H. Bech, Hurt, Nomos. Pp. 484 y ss.

⁴ Escobar Hernández, C. (2018). La Corte Penal Internacional en construcción: Nuevos retos veinte años después de la Conferencia de Roma, II Foro. *Revista Española de Derecho Internacional*. Vol. 70, 2, p. 215.

los crímenes de guerra de violación, esclavitud sexual y de los crímenes de lesa humanidad de otros actos inhumanos y matrimonios forzados.

En el Preámbulo del Estatuto de Roma, los Estados Partes expresan que son conscientes de que todos los pueblos están unidos por estrechos lazos y sus culturas configuran un patrimonio común y conocen que, en este siglo, millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad. Es decir, afirman la existencia de valores humanitarios universales⁵.

Concretándonos a los crímenes de lesa humanidad tipificados en el ER, para responder a la cuestión de la existencia de valores universales, se debe hacer mención a la Propuesta⁶ presentada por once Estados en la Comisión Preparatoria de la CPI (Nueva York, 1999) En el texto, relativo a los Elementos de los Crímenes (artículo 7 del ER) y dentro de apartado artículo 7, 1), e): Esclavitud, se plantea: *3. Que el poder análogo a la propiedad no haya incluido derechos, deberes ni obligaciones accesorias respecto al matrimonio entre un hombre y una mujer o a la relación entre un padre y un hijo.* En el apartado del artículo 7, 1), g), 1): Violación, se expresa que: *4. Nada en esos elementos afectará a las relaciones sexuales matrimoniales naturales y lícitas con arreglo a determinados principios religiosos o las normas culturales y a las distintas legislaciones nacionales.* En el apartado del artículo 7, 1), g), 2): Esclavitud sexual, se propone: *3. Que el poder análogo a la propiedad no haya incluido derechos, deberes ni obligaciones accesorias respecto al matrimonio entre un hombre y una mujer.* En el apartado del artículo 7, 1), g), 6): Toda forma de violencia sexual de gravedad análoga, se sostiene que: *3. Nada en esos elementos afectará a las relaciones sexuales matrimoniales naturales y lícitas con arreglo a determinados principios religiosos o las normas culturales y a las distintas legislaciones nacionales.*

⁵ En la historia de las doctrinas filosóficas no ha habido unanimidad y no han faltado autores (desde el inglés Guillermo de Ockam en el siglo XIII frente a la escolástica de Santo Tomás de Aquino) que cuestionaron la existencia de ideas de validez universal: El ser humano es único, sin que puedan deducirse unas cualidades abstractas que abarquen a toda la humanidad (Bertrand Russell).

⁶ Documento de las Naciones Unidas PCNICC/1999/WGEC/DP.39, Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, Grupo de Trabajo sobre los Elementos de los Crímenes, 3 de diciembre de 1999 (original en inglés y árabe), Propuesta presentada por la Arabia Saudita, Bahrein, los Emiratos Arabes Unidos, el Iraq, la Jamahiriya Árabe Libia, Kuwait, el Líbano, Oman, Qatar, la República Árabe Siria y el Sudán, en relación con los elementos de los crímenes contra la humanidad.

La propuesta fue apoyada por los Estados Unidos de América. Se debe destacar que seis de los Estados proponentes son Partes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966). La mayoría de las representaciones estatales rechazaron la propuesta al considerarla contraria a la tipificación del artículo 7 del ER, porque introducía un elemento negativo del injusto que produciría la justificación de estos graves crímenes de lesa humanidad. En particular fue relevante la inequívoca postura negativa de Suecia, Italia, Portugal, España, Nueva Zelanda, Finlandia, Angola, Colombia, Reino Unido y Francia, entre otros Estados.

Ahora bien, el rechazo de esta propuesta, que confunde ejemplificación con ejemplaridad⁷, no resuelve la duda sobre la existencia universal de valores humanitarios, al parecer no compartidos por algunos Estados.

Desde el punto de vista del DIH, la cuestión ofrece pocas dudas. Basta el examen de la Opinión Consultiva de 1996, sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, del Tribunal Internacional de Justicia, para constatar la existencia de principios cardinales, tan fundamentales para el respeto de la persona humana que se imponen a todos los Estados porque constituyen «principios intransgredibles» del derecho internacional consuetudinario⁸. La existencia de valores universales humanitarios se deduce también la ratificación universal de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949.

Volviendo al estudio de la violencia sexual en los conflictos armados, las profesoras Ojinaga Ruiz y Abril Stofells⁹ escriben que la acumulación de cargos por crímenes de violencia sexual (violación y esclavitud sexual) ofrece un cauce adecuado para la represión de estos crímenes contra las niñas asociadas con grupos armados, aunque precisa de un mayor grado de desarrollo¹⁰ y clarificación, destacando las lagunas sobre la tipificación del matrimonio forzado en el Estatuto de Roma.

⁷ Ruiz, J. C. *A Platón*, afirma que «Apelar a lo concreto y convertirlo en categoría manifiesta el sesgo arbitrario del que cree haber alcanzado la verdadera comprensión del mundo». *El País Semanal*, 11 de julio de 2021, p. 5.

⁸ Pérez González, M. (2017). El Derecho Internacional Humanitario frente a la violencia bélica: Una apuesta por la humanidad en situaciones de conflicto. En: *Derecho Internacional Humanitario*. Cruz Roja Española y Tirant. 3.ª ed. Valencia. Pp. 38 y 39

⁹ Ojinaga Ruiz, R. y Abril Stofells, R. M. (2020). La protección de las niñas asociadas con fuerzas armadas o grupos armados. *REEI*. N.º 39. DOI: 10.17103/reei.39.08. P. 40.

¹⁰ Aportación relevante del Instituto Universitario «General Gutiérrez Mellado» ha sido la convocatoria de la Conferencia Internacional *Un paso más hacia el desarme sexual de los conflictos armados*, que ha tenido lugar en Madrid el 21 de junio de 2021. Ver también, Caracul Raya, M. A. (2020). Las redes sociales y la Agenda Mujeres, Paz y Seguridad. *Revista Española de Defensa*. Pp. 14 y ss.

B. LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL (CPI) EN MATERIA DE VIOLENCIA SEXUAL

1. La sentencia de Thomas Lubanga Dyilo y el principio acusatorio

La primera sentencia dictada en juicio oral por la Sala de Primera Instancia de la CPI lleva fecha de 14 de marzo de 2012 y, después de una significativa demora (la CPI comenzó sus funciones el 1 de julio de 2002), declaró culpable a Thomas Lubanga Dyilo¹¹ de tres crímenes de la competencia de la Corte: reclutamiento de niños menores de quince años (niños soldados), alistamiento de niños menores de quince años y hacerles participar activamente en las hostilidades. Se trataba de la situación del conflicto armado no internacional de Ituri (República Democrática del Congo), desde septiembre de 2002 a agosto de 2003. Lubanga fue calificado como coautor (art. 25 del ER) por su contribución esencial al plan delictivo común.

Sin embargo, no fue declarado culpable por su conducta en relación con las niñas que fueron objeto de violencia sexual, que podría constituir un crimen de esclavitud sexual, como estimó la Magistrada Elisabeth Odio Benito en su opinión disidente.

La evidente razón de esta omisión hay que residenciarla en la falta de acusación fiscal sobre este crimen u otros constitutivos de violencia sexual, aunque no faltaban elementos de prueba para sostener este cargo.

En efecto, el principio acusatorio es básico en el procedimiento penal ante la CPI (art. 74.2 ER). No cabe condenar a un sujeto sometido a un proceso por hechos distintos de los que han sido objeto de acusación. Y, como es sabido, el Fiscal de la CPI tiene el monopolio de la acción penal, ante la inexistencia de la acusación particular y de la acción popular. Las víctimas no son titulares de la acción penal y no son partes en el procedimiento.

Si el fiscal estima que debe modificar los cargos, debe pedir nueva audiencia de confirmación de cargos, para que pueda ser rectificada la anterior de la Sala de Cuestiones Preliminares (art. 61.9 del ER).

Este defecto procesal ha significado algunas consecuencias indeseables, como la proliferación de cargos por parte del fiscal (caso Bemba) o el abigarrado muestrario de acusaciones en el caso Ongwen.

Pero en el caso Lubanga ni siquiera se planteó la acusación por esclavitud o violencias sexuales por parte de la Fiscalía.

¹¹ Ambos, K., Malarino, E. y Steiner, S. (eds.). *Análisis de la Primera Sentencia de la Corte Penal Internacional. El caso Lubanga*.

No deja de ser significativo que la Sala de Primera Instancia en su segunda sentencia sobre el caso de 10 de julio de 2012, justamente la que se refiere a la imposición de la pena (art. 76 ER), dedica un párrafo para lamentar enérgicamente la actitud del anterior fiscal por no presentar cargos por violencia o esclavitud sexual, disintiendo su criterio de que no hay base probatoria para acusar por estos crímenes.

La magistrada Elisabeht Odio Benito, en su voto disidente, estima que la violencia sexual contra las niñas reclutadas (pero no exclusivamente) ha sido probada más allá de toda duda, entendiendo que ha concurrido una violencia masiva contra las niñas soldados, convertidas en esclavas sexuales. Ante la ausencia de acusación fiscal, propone en su voto particular la pena agravada de quince años de reclusión, frente a los catorce años impuestos por la Sala que, en su opinión no ha tenido en cuenta los daños causados a las víctimas para la determinación de la pena.

En resumen, la primera sentencia de la CPI no fue muy afortunada por lo que se refiere a la penalización de los actos atroces de violencia sexual (lesa humanidad o crímenes de guerra), como crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional, que no deben quedar sin castigo (Preámbulo del ER)

2. Otros casos sentenciados por la Corte Penal Internacional

La segunda sentencia de la CPI fue pronunciada por la Sala de Primera Instancia el día 18 de diciembre de 2012 y absolvió al «Coronel» Mathieu Ngudjolo Chui por su actuación en Ituri, República Democrática del Congo. Más concretamente, se enjuiciaba su responsabilidad en el ataque a la aldea de Hema de Bogoro. Fue acusado, entre otros, del crimen de violación. La absolución se fundamentó al no probarse que Ngudjolo fuera el comandante en jefe de los combatientes de la etnia Lendu que atacaron Bogoro el 24 de febrero de 2003, cometiendo las violaciones y otros crímenes.

El 7 de marzo de 2014 recayó la segunda sentencia condenatoria de la CPI. La Sala de Primera Instancia declaró la culpabilidad de Germain Katanga, comandante de la «Fuerza de Resistencia patriótica» en Ituri (República Democrática del Congo). Fue considerado cómplice (art. 25.3.d del ER) de un cargo de lesa humanidad (asesinato) y cuatro acusaciones de crímenes de guerra (homicidio intencional, ataque contra la población civil en cuanto tal, destrucción de bienes del enemigo y pillaje). Sin embargo, fue absuelto de los demás cargos, entre ellos violación y esclavitud sexual, en relación con el ataque lanzado contra la aldea de Bogoro.

La Sala de Primera instancia III, por sentencia de 21 de marzo de 2016, declaró culpable a Jean Pierre Bemba Gombo, alto dirigente de Uganda y Jefe del Ejército de Liberación del Congo, de dos crímenes de lesa humanidad (asesinato y violación, art. 7.1.g) del ER) y tres crímenes de guerra (homicidio, violación —artículo 8.2.e.vi— y pillaje del ER). Estimó la sentencia que Bemba tenía el mando y control efectivo de la operación realizada por sus tropas en la República Centroafricana, dentro de un conflicto armado sin carácter internacional, desde el año 2002 al 2003. Fue condenado como responsable penal (jefe militar) de los crímenes perpetrados por sus subordinados (art. 28 del ER), que conocía y no adoptó las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenirlos y reprimirlos.

En consecuencia, por sentencia de 21 de junio de 2016 (art. 76 ER), J. P. Bemba Gombo fue condenado a la pena total de 18 años de reclusión. El límite máximo de la pena de 18 años se impuso, concretamente, por violaciones como crímenes de guerra y de lesa humanidad.

Sin embargo, la Sala de Apelaciones de la CPI, por sentencia de 8 de junio de 2018, absolvió por mayoría a Bemba Gombo, al considerar que no conocía los crímenes cometidos por sus subordinados en la República Centroafricana y, cuando los conoció, actuó para evitarlos. La Sala estimó que la de Primera Instancia incurrió en un error al condenar por delitos al margen de los cargos confirmados por las pruebas y testigos.

El mismo Bemba, Aimé Kililo Musamba y Jean-Jacques Mangenda Kabongo, fueron condenados (Sala de Primera Instancia VII, sentencia de 17 de septiembre de 2018) por atentados contra la Administración de Justicia (soborno de testigos y presentación de testigos falsos). La pena fue señalada por la Sala de Apelaciones de la CPI por sentencia de 27 de noviembre de 2019.

Por sentencia de la Sala de Primera Instancia de 27 de septiembre de 2016, fue condenado a 9 años de reclusión, Ahmad Al Faqi Al Mahdi, Alias Abu Turab, miembro de *Ansar Eddine*, grupo asociado a Al Qaeda en el Magreb Islámico (Mali) y Presidente de un Tribunal Islámico. Fue declarado culpable como coautor de un crimen de guerra por haber dirigido intencionadamente un ataque contra edificios religiosos e históricos, produciendo su destrucción. Concretamente en Tombouctou (9 mausoleos y la mezquita de Sidi Yahya), patrimonio de la humanidad.

Una nueva absolución fue acordada por sentencia de la Sala de Primera Instancia de 15 de enero de 2019 a los acusados Laurent Gbagbo y Charles Blé Goudé, por los crímenes presuntamente cometidos en el contexto de la elección presidencial de Costa de Marfil, en los años 2010 y 2011. La abso-

lución perentoria¹² se fundamentó en la falta de pruebas suficientes. Entre los cargos figuraba la acusación por violación y otros actos de violencia sexual como crímenes de lesa humanidad.

3. La primera sentencia condenatoria por crímenes de violencia sexual (2019). El caso Bosco Ntaganda

Por sentencia de la Sala de Primera Instancia VI de la CPI de 8 de julio de 2019, Bosco Ntaganda (alias «*terminator*») fue declarado culpable de 18 cargos de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, cometidos en Ituri (República Democrática del Congo) durante el conflicto armado no internacional¹³ que tuvo lugar desde el 6 de agosto de 2002 al 31 de diciembre de 2003. Se calificó la participación de Bosco Ntaganda, que ejercía la función militar importante de jefe de Estado Mayor adjunto encargado de las operaciones (Unión de los Patriotas Congoleños UPC y Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo FPLC) en el conflicto armado, como autor directo en tres de los cargos y como autor indirecto en los restantes (art. 25.3.a. del ER). Fue absuelto de otros cargos presentados por el fiscal.

Se destaca en la sentencia que era práctica constante la violación y el sometimiento a otras formas de violencia sexual a las integrantes del sexo femenino de las fuerzas de UPC/FPLC, durante el servicio, comprendiendo niñas de menos de 15 años. En la operación de ataque a la ciudad de Bunia, mujeres capturadas por los soldados UPC/FPLC fueron violadas y muertas algunas que intentaron resistir. Otro grupo de cautivas en el buque «El Paraíso» fueron violadas antes de ser asesinadas. También fue probada la muerte de hombres después de ser violados.

Bosco Ntaganda fue declarado culpable de los crímenes siguientes:

- Violación como crimen de lesa humanidad del artículo 7 (1) (g) ER, como coautor indirecto según el artículo 25 (3) (a) ER.
- Violación como crimen de guerra del artículo 8 (2) (e) (vi) ER, como coautor indirecto según el artículo 25 (3) (a) ER.

¹² Lanz Raggio, M. (2021). Caso Gbagbo y Blé Goudé: Una nueva sentencia absoluta de la Corte Penal Internacional. *Revista Jurídica Militar*. Año 18, n.º 184, pp. 1 a 8. Madrid.

¹³ Sobre el caso Ntaganda y en relación con la sentencia de la Sala de Apelaciones de la CPI que confirma la jurisdicción de la Corte sobre los cargos de presuntos crímenes de guerra de violación y esclavitud sexual de niños soldados, ver la Comunicación de Rosario Ojinaga Ruiz presentada al Congreso Internacional *Protección de la infancia en los conflictos armados*. Universidad de Granada, 21 y 22 de marzo de 2019.

- Esclavitud sexual como crimen de lesa humanidad, artículo 7 (1) (g) ER, como coautor indirecto según el artículo 25 (3) (a) ER.
- Esclavitud sexual como crimen de guerra, artículo 8 (2) (e) (vi) ER, como coautor indirecto según el artículo 25 (3) (a) ER.

Por sentencia de 7 de noviembre de 2019, de la misma Sala, le fue impuesta la pena de 30 años de reclusión. Ambas sentencias no son firmes al estar recurridas en apelación ante la Sala de Apelaciones de la CPI.

4. La sentencia condenatoria del ex niño soldado Dominic Ongwen (2021)

Por sentencia de la Sala de Primera Instancia IX de 4 de febrero de 2021, Dominic Ongwen fue declarado culpable de 61 crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. Fue acusado de 70 cargos por la Fiscalía, en una proliferación de tipicidades y un abigarrado muestrario de crímenes, de los que fue condenado por 61 delitos y absuelto por 8 cargos. La Sala, en una extensa sentencia de más de mil páginas, estableció la culpabilidad del ex niño soldado Dominic Ongwen por crímenes cometidos en el norte de Uganda, como alto jefe del Ejército de Resistencia del Señor entre el 1 de julio de 2002 y el 31 de diciembre de 2005. Llama la atención la capacidad criminal del condenado, capaz de la comisión (en tan corto periodo de tiempo) de tal cantidad y variedad de crímenes, a la vez que ejercía el mando militar de la Brigada Sinia, dirigía la acción bélica, planificaba los ataques y tenía a su cargo centenares de hombres armados.

La participación criminal se atribuye a Ongwen como autor, conforme al artículo 25 (3) (a) del ER, salvo en uno de los crímenes de intento de asesinato.

Por lo que se refiere a los numerosos crímenes sexuales y de carácter sexista que la sentencia atribuye al autor, se concretan en los cometidos contra siete mujeres y los perpetrados contra niñas y mujeres en el contexto de la Brigada Sinia, de la forma siguiente:

- Cuatro crímenes de lesa humanidad, violación, esclavitud sexual, embarazo forzado y matrimonio forzado como acto inhumano similar.
- Tres crímenes de guerra, violación, esclavitud sexual y embarazo forzado.

La Fiscal de la CPI, Fatou Bensouda, en relación con la sentencia que declara la culpabilidad de Ongwen, afirmó el 4 de febrero de 2021 que «la decisión de hoy marca una etapa decisiva en la larga búsqueda de justicia del pueblo ugandés», esperando que se ponga fin a la

impunidad de los autores de atrocidades como los crímenes sexuales y de carácter sexista. Curiosamente, la acusación fiscal solicitó para Ongwen en el juicio oral la pena de «al menos» 20 años de reclusión, en una forma inconcreta poco acorde con la gravedad de los hechos probados, mientras que la Sala de Primera Instancia IX en la sentencia sobre la pena, estableció «contrariamente a lo propuesto por el Fiscal» (20 años de reclusión) que no responde esta petición a la culpabilidad por todos los numerosos crímenes cometidos. La Sala, entre un mínimo posible de 20 años de prisión y la reclusión a perpetuidad, a la vista de la gravedad de los crímenes, atenuantes, agravantes y circunstancias individuales, rebasó a la acusación fiscal al imponer la pena de 25 años de reclusión.

En efecto, por sentencia de 6 de mayo de 2021, conforme al artículo 76 del ER, Dominic Ongwen fue condenado por mayoría a una pena separada por cada crimen, teniendo en cuenta las circunstancias agravantes, pero también las atenuantes de la infancia del culpable que había sido reclutado como niño soldado (a los 9 años de edad) por el Ejército de Resistencia del Señor y, conforme al artículo 78. 3 del ER, a la pena única total de 25 años de reclusión. El periodo de detención (entre el 4 de enero de 2015 y el 6 de mayo de 2021) será deducible (abonado) de la duración total de la pena impuesta. El magistrado Raul Cano Pangalangan formuló una opinión en parte disidente de la mayoría (voto particular) proponiendo una pena total de 30 años de reclusión.

La sentencia también contiene las disposiciones relativas a las observaciones y el comienzo inmediato de las reparaciones, teniendo en cuenta el ingente número de víctimas (4.095) representadas por sus abogados y autorizadas a intervenir en el procedimiento. Como afirmó el Presidente de la Sala de Primera Instancia IX, Bertram Schmitt, «El derecho de las víctimas a las reparaciones es también una parte esencial del sistema de justicia de esta Corte».

En esta sentencia se establece para los crímenes de violencia sexual y con carácter sexista la concurrencia de la circunstancia agravante de comisión por motivo que implique discriminación contra la mujer y, como tal, razón de género.

Se consideran, entre otros, crímenes de la mayor gravedad los de esclavitud sexual, violación, matrimonio forzado y embarazo forzado, por los que se impone la pena de 20 años de reclusión, subsumidos en la pena única total de 25 años.

Las sentencias no son firmes, al haber sido apeladas por la defensa del condenado el 21 de mayo de 2021. Se encuentran pendientes de la sentencia definitiva de la Sala de Apelaciones de la CPI.

5. Otros casos pendientes de juicio oral en la Corte Penal Internacional

El 14 de julio de 2020 se abrió el proceso ante la Sala Primera Instancia X de la CPI, contra Al Hassam Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, de Mali, región de Tombouctou, comisario *de facto* de la Policía islámica y asociado del Tribunal Islámico de Tombouctou, acusado de diversos crímenes de lesa humanidad, concretamente violación, esclavitud sexual y otros actos inhumanos, entre los cuales se le imputan matrimonios forzados. Dentro de los cargos de crímenes de guerra, presuntamente cometidos en un conflicto armado de carácter no internacional, figuran también la violación y la esclavitud sexual. Las audiencias se desarrollan durante el año 2021.

El 16 de febrero de 2021 ha dado comienzo el juicio oral ante La Sala de Primera Instancia V de la CPI contra Alfred Yekatom, alias «Rambo», antiguo comandante jefe de las Fuerzas Armadas de la República Centroafricana y contra Patrice-Edouard Ngaïssona, como presuntos responsables de los crímenes siguientes:

En Bangui (República Centroafricana) entre el 5 de diciembre de 2013 y agosto de 2014, crímenes contra la humanidad (incluyendo otros actos inhumanos de carácter similar) y crímenes de guerra.

La Sala de Cuestiones Preliminares II de la CPI, el 9 de julio de 2021 confirmó 31 cargos de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad contra Alí Muhammad Alí Abd-Al-Rahman, alias «Ali Kushayb», presuntamente cometidos en Darfur (Sudan) entre agosto de 2003 y abril de 2004. La acusación comprende la violación como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra.

La anterior fiscal de la CPI, Fatou Bensouda, en su 33.º Informe ante el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (9 de junio de 2021) sobre la situación en Darfur (Sudan), hizo constar su consternación ante los informes que indican un aumento en los incidentes de violencia sexual y de género contra mujeres y niñas, especialmente desplazados internos, en Sudan, incluido Darfur.

6. El examen preliminar de la situación de Venezuela I

Como consecuencia del reenvío a la CPI por un grupo de seis Estados Partes (art. 14 del ER) sobre la situación en la República Bolivariana de Venezuela, la Fiscal de la CPI Fatou Bensouda inició el examen preliminar del caso (2018), que concluyó en 2021, sin que por su cese (junio de 2021) hubiera podido formular la correspondiente propuesta de apertura de la investigación a la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI, que corresponderá a su sucesor el fiscal Karim Khan. No obstante, la fiscal Besouda en su Informe sobre la situación estima la presunta comisión de crímenes de lesa humanidad y, entre otros, la violación y otras formas de violencia sexual de gravedad comparable, tipificadas en el artículo 7.1-g) del ER.

2. LA DEFINICIÓN DE GÉNERO EN EL ESTATUTO DE ROMA

El artículo 7.3 del ER, relativo a los crímenes de lesa humanidad, establece que «A los efectos del presente Estatuto, se entenderá que el término “género” se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término “género” no tendrá más acepción que la que antecede».

Este precepto fue aprobado en la Conferencia Diplomática de Roma de 1998, a instancia de un grupo de los Estados más conservadores y se concreta en las características biológicas que definen a las mujeres y a los hombres¹⁴. La palabra «sexo» es utilizada por normas internacionales de ámbito universal, como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (art. 2), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (arts. 24 y 26), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 (art. 1) y los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, entre otros.

En la actualidad¹⁵ se utiliza el término «género» (violencia de género o perspectiva de género), en particular por las Naciones Unidas a partir de la Conferencia de Pekin de 1995, sin que se haya hecho desaparecer la palabra sexo, utilizada por el ER. Hay que destacar la acepción¹⁶ que las Academias de la Lengua añadieron a la clásica palabra «género»: «Grupo

¹⁴ Hall, Ch., Powderly, J. y Hayes, N., III. Paragraph. Definition of gender. En: Triffterer, O. y Ambos, K. (coords.). *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*. Ob. cit., pp. 292 y ss.

¹⁵ Grijelmo, A. La palabra «sexo» no está prohibida. *El País*, 4 de julio de 2021.

¹⁶ Grijelmo, A. Artículo citado

al que pertenecen los seres humanos de cada sexo, entendido este desde el punto de vista sociocultural en lugar de exclusivamente biológico». Sirva esta reflexión como introducción a la crítica que puede formularse a la desafortunada definición del ER que comentamos, basada en el criterio de las características biológicas, obviando la posición de las Naciones Unidas, ya entonces centrada en un concepto de género construido socialmente.

El primer problema que se presenta consiste en determinar el ámbito de la aplicación de la definición de género. El debate en la Conferencia Diplomática de Roma se refería al delito de persecución de un grupo o colectividad (art. 7.1.h) ER), dentro de los crímenes de lesa humanidad. En este precepto, en efecto, se utiliza la palabra «género» y no sexo para tipificar los motivos que incriminan la acción punible. Los autores del ER, por tanto, ya habían asumido la terminología utilizada por las Naciones Unidas. Ello no es óbice para que en otros crímenes de lesa humanidad (art. 7.1.g) ER) o crímenes de guerra (art. 8.2.b) xxii y art. 8.2. e) vi ER) se incrimine la esclavitud «sexual» o cualquier otra forma de violencia «sexual» (no de violencia de género). Sería erróneo concluir que la definición de género del Estatuto se aplica únicamente al crimen de lesa humanidad de persecución o exclusivamente a los crímenes de lesa humanidad. Se puede llegar fácilmente a la conclusión, con una interpretación integradora de todos los tipos penales del ER (en particular los que describen los crímenes de guerra y de lesa humanidad), que la definición es aplicable a todo el ER, incluidas las referencias a la violencia sexual (o de género).

No obstante, es de destacar que la definición de género está situada, de forma poco sistemática, en apartado final del artículo 7 (crímenes de lesa humanidad), pero no entre las definiciones referidas a tales delitos. Comienza con la expresión «A los efectos del presente Estatuto», que distingue su ámbito de las mencionadas definiciones que la anteceden y abarca, por tanto, a todo el articulado del ER. Esta interpretación es bien lógica, pues en otros preceptos del ER se utilizan expresiones como «motivo de género» (art. 21.3 ER) o «violencia sexual o violencia por razones de género» (art. 42.9, 54.1. b) y 68.1 ER).

La doctrina¹⁷, además de estar de acuerdo con la expresada interpretación, explica el uso por las Naciones Unidas de los términos «sexo» (características físicas y biológicas de la mujer y el hombre) y «género» (diferencias entre el hombre y la mujer basadas en la asignación de papeles o roles sociales, es decir: en una construcción social). Estos autores tratan

¹⁷ Hall, Ch., Powderly, J. y Hayes, N., III. Paragraph. Definition of gender. Ob. cit., p. 293.

de justificar el balance (consensuado en Roma) entre ambos conceptos en la literalidad del artículo 7.3 que emplea la frase «en el contexto de la sociedad», como referencia a la construcción de roles sociales y diferencias entre géneros. Sin embargo, el artículo 7.3 añade una categórica frase que no refleja bien el pretendido consenso: «El término “género” no tendrá más acepción que la que antecede».

Una aportación, que puede considerarse decisiva, para la interpretación de este desafortunado y regresivo precepto¹⁸, es la referencia al artículo 21.3 ER (derecho aplicable), cuando dispone que la interpretación y aplicación del derecho deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en párrafo 3 del artículo 7 ER. La ambigüedad de este precepto conduce al desconocimiento de la intersexualidad, a la discriminación basada en la orientación sexual y, en el terreno penal, a la tipificación de los ataques basados en la indicada orientación sexual.

Por su parte, la Fiscalía de la CPI, al referirse a los crímenes basados en el género, ha comprendido tanto los cometidos contra personas (hombres o mujeres) con motivo de su sexo, como los perpetrados por su rol de género construido socialmente. Es obvio señalar que el concepto de «violencia sexual» no es idéntico a la de «violencia de género», que comprende otras formas muy graves de violencia no sexual.

En las numerosas legislaciones que han tipificado en sus Códigos penales o leyes penales especiales el contenido de los crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra previstos en el ER, no se ha reproducido la polémica definición de «género» del párrafo 3 del artículo 7 del ER. No así en las legislaciones que se han limitado a reproducir el texto del ER o realizar un reenvío a la totalidad del ER, lo que añade una nueva razón para la crítica de esta poco adecuada técnica legislativa.

En el Código Penal español, en efecto, no se reproduce el controvertido concepto de «género» entre los delitos de lesa humanidad del Capítulo II bis del Título XXIV, artículo 607 bis (redactado conforme a la LO 15/2003), donde se incluye el término «género» (art. 607 bis, 1, apartado 1.º).

Tampoco lo hace el Capítulo III, delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado (arts. 608 a 614 bis), modificado por Leyes Orgánicas 15/2003 y 5/2010, ni las Disposiciones Comunes (arts. 615, 615 bis, 616 y 616 bis del referido Título XXIV del Código Penal.

¹⁸ *Ibid.*, p. 293

En conclusión, pese a las dificultades literales, interpretamos de forma amplia e inclusiva la definición de «género» del ER, comprendiendo el sexo biológico y el género social, esperando que la jurisprudencia de la CPI comparta este análisis por lo que se refiere a la violencia de género, integrante de la violencia sexual tipificada en el ER.

En la citada sentencia condenatoria de Dominic Ongwen (2021) se hace concreta referencia a los crímenes sexuales y con carácter sexista. En relación con los crímenes basados en el sexo y el género, la Sala de Primera Instancia IX fundamenta la circunstancia de agravación de la comisión delictiva en motivos que supongan discriminación contra la mujer y motivos de género.

3. LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD Y LA VIOLENCIA SEXUAL

A. EL UMBRAL Y EL APARTADO 1. G) DEL ARTÍCULO 7 DEL ESTATUTO DE ROMA (ER)

1. Observaciones preliminares

Una de las características básicas de los delitos incriminados en el ER es que no se tipifican crímenes aislados, sino situaciones (arts. 13 y 14), ejerciendo la CPI su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto (Preámbulo y art. 1 ER).

La definición de los crímenes de lesa humanidad (art. 7 ER) comienza estableciendo un umbral de gravedad para todos estos delitos que precisan ser perpetrados en una situación, solo cuando se cometan «como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población común y con conocimiento de dicho ataque». Este requisito es aplicable a todos los crímenes de lesa humanidad y, naturalmente, a los integrantes de violencia sexual.

Resulta importante para definir este umbral, el concepto que el propio ER precisa de «ataque contra la población civil» [art. 7.2.a) ER] como una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos antes mencionados (crímenes de lesa humanidad) contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política.

El apartado 1. g) de artículo 7 del ER tipifica, como característicos crímenes de violencia sexual, la violación¹⁹, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado (definido en el art. 7.2.f) del ER), esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable²⁰.

Esta tipificación de la violación y otros crímenes de violencia sexual tiene su origen en la calificación de estas conductas como crimen de guerra a nivel internacional (después de la Segunda Guerra Mundial) y, en el ámbito interno, en los mismos orígenes del derecho de la guerra o derecho internacional humanitario. En el artículo 27 del IV Convenio de Ginebra de 1949, relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra, se establece que «las mujeres serán especialmente amparadas contra todo atentado a su honor y, en particular, contra la violación, contra el forzamiento a la prostitución y contra todo atentado a su pudor». Sin embargo, estos crímenes no figuran en la relación de infracciones graves del artículo 147 del mismo convenio. Casi idéntica redacción se reproduce en el artículo 76.1 del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra, que tampoco los califica como crímenes de guerra en el artículo 85 de este Protocolo.

Por lo que se refiere a los conflictos armados no internacionales, el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 no prohíbe expresamente la violación ni otros actos de violencia sexual contra las personas protegidas, aunque pueden considerarse incluidos entre los atentados contra la «integridad corporal» o contra «la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes». El artículo 4.2,e) del Protocolo II de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra, prohíbe los atentados contra la dignidad personal, entre los que cita la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor.

Por tanto, constituye un notorio progreso²¹ del derecho penal internacional que las más graves formas de violencia sexual no se incriminen únicamente como crímenes de guerra (como figuran en el artículo 8 del ER), sino que se tipifiquen también como crímenes de lesa humanidad cometidos contra la población civil.

La evolución de la doctrina, normas internacionales y Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales (*ad hoc* o híbridos) anteriores a la CPI, ya habían propiciado la mención expresa (no puede hablarse de tipificación

¹⁹ Garrigues Garrido, B. La violación como arma de guerra. La violencia sexual en los conflictos armados. *Revista Española de Derecho Militar*. N.º 105.

²⁰ Hall, Ch., Powderly, J. y Hayes, N. g) Rape... or any other form of sexual violence of comparable gravity. En: Triffterer, O. y Ambos, K. (coords.). *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*. Ob. cit., pp. 206 y ss.

²¹ *Ibid.*, p. 208.

en sentido técnico jurídico) de la violación y otras violencias sexuales como crímenes de lesa humanidad, que constituyen una infracción de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer (Nueva York, 1979). Así, en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda o los Paneles Especiales para Timor Leste. Y en la jurisprudencia de tales tribunales internacionales (casos Foca, Furundzija y Akayesu, entre otros). Resulta curioso y paradójico que en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia no se incriminan expresamente los delitos de violación o actos de violencia sexual como crímenes de guerra²², aunque sí como crímenes de lesa humanidad. Sin embargo, pudieran estar comprendidos en la criticable cláusula residual que establece que esta lista no es exhaustiva, contraria al principio de legalidad (taxatividad).

Por el contrario, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda incrimina las violaciones y otros actos inhumanos como crímenes de lesa humanidad (art. 3) y crímenes de guerra (art. 4).

Destaca la doctrina²³ que estas incriminaciones del ER son aplicables a mujeres y hombres, al utilizar una expresión gramaticalmente neutral en cuanto al género, incluyendo —por tanto— a las víctimas masculinas de la violación o violencia sexual y a las mujeres perpetradoras de tales crímenes sexuales.

En los Elementos de los Crímenes²⁴ del ER, definitivamente aprobados por la Asamblea de los Estados Partes, figuran los relativos a la violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable.

2. Violación

La violación, como crimen internacional, no había sido definida²⁵ en la normativa internacional (DIH y Derecho de los Derechos Humanos),

²² Pignatelli Meca, F. Capítulo 33. La punición de las infracciones de Derecho Internacional Humanitario. Los Tribunales internacionales de crímenes de guerra. En: *Derecho Internacional Humanitario*. Ob. cit., p. 1056.

²³ Hall, Ch., Powderly, J. y Hayes, N. g) Rape... or any other form of sexual violence of comparable gravity. Ob. cit., pp. 208 y 209.

²⁴ Hay que destacar la propuesta de España en la Comisión Preparatoria de la CPI, Nueva York, 2000, con referencias a su estructura: sujeto activo y pasivo, conducta, resultado y descripción de la acción típica, antijuridicidad, eximentes, intencionalidad, circunstancias del contexto y umbral.

²⁵ Hall, Ch., Powderly, J. y Hayes, N. g) Rape... or any other form of sexual violence of comparable gravity. Ob. cit., p. 209.

con anterioridad a la Conferencia Diplomática de Roma que aprobó el ER de la CPI (1998), donde fue tipificada como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra. Sin embargo, la doctrina destaca la influencia de la definición contenida en el Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas del Grupo de Trabajo sobre las formas contemporáneas de esclavitud, violación sistemática, esclavitud sexual y prácticas de esclavitud semejantes durante los conflictos armados²⁶. Una definición gramaticalmente neutral en cuanto a género que consta de dos componentes: la invasión física del cuerpo de la víctima y la coacción²⁷.

El artículo 179 del Código penal español considera que existe violación *cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías*. La agresión sexual se tipifica como un atentado contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación.

Con independencia de la descripción típica de la invasión del cuerpo de una persona (no necesariamente una mujer), el requisito de la falta de consentimiento de la víctima (ausencia de autonomía sexual personal) o concurrencia de violencia o intimidación, ha sido polémico en la jurisprudencia nacional o internacional.

Aunque en todas las situaciones no recayó una condena, la CPI ha conocido de las acusaciones por los crímenes de violación y esclavitud sexual como crímenes de lesa humanidad en numerosos casos como Jean-Pierre Bemba, Bosco Ntaganda, Katanga, Ngudjolo, Kenyatta, Laurent Gbagbo, Charles Blé, Kony, Mbarushimana, Al Bashir, Harun y Kushayb, Huseim, Simene Gbagbo, Dominic Ongwen, Al Hassam y Al Rahman, entre otros.

En los Elementos de los Crímenes de lesa humanidad, crimen de violación [art. 7.1).g)-1] figuran los siguientes requisitos:

1. Que el autor haya invadido el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo.

Es importante una nota a pie con la siguiente redacción: El concepto de «invasión» se utiliza en sentido amplio para que resulte neutro en cuanto al género.

²⁶ *Vid.* UN Doc.E/CN.4/Sub.2/1998/13, de 22 de junio de 1998.

²⁷ Hall, Ch., Powderly, J. y Hayes, N. g) Rape... or any other form of sexual violence of comparable gravity. *Ob. cit.*, p. 209

Resulta de interés comparar esta definición con la aportada por el informe citado del Relator Especial de las Naciones Unidas del Grupo de Trabajo sobre las formas contemporáneas de esclavitud, violación sistemática, esclavitud sexual y prácticas de esclavitud semejantes durante los conflictos armados, con el siguiente texto: La inserción, en condiciones de fuerza, coacción o compulsión, de cualquier objeto, incluido pero no limitado al pene en la vagina o ano de la víctima; o la inserción, en condiciones de fuerza, coacción o compulsión, del pene en la boca de la víctima²⁸.

2. Que la invasión haya tenido lugar por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa persona u otra persona o aprovechando un entorno de coacción, o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento.

En nota a pie se especifica que se entiende que una persona es incapaz de dar su libre consentimiento si adolece de una incapacidad natural, inducida o debida a la edad. Esta nota se aplica también a los crímenes de prostitución forzada, esterilización forzada y otras formas de violencia sexual de gravedad comparable.

3. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra la población civil.
4. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra la población civil. O haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

3. Esclavitud sexual

Se trata, en términos penales, de un tipo mixto alternativo, de gran complejidad en la descripción típica, pues comprende elementos del crimen de esclavitud, detención o privación ilícita de libertad y violación reiterada u otras formas de violencia sexual.

La complejidad de este delito se destaca en nota a pie de los Elementos de los Crímenes al establecer que, dado el carácter complejo de este crimen, se reconoce que sus autores podrán ser dos o más personas con un propósito delictivo común. Es decir, nos encontramos ante un fenómeno de

²⁸ *Vid.* UN Doc.E/CN.4/Sub.2/1998/13, cit.

odelincuencia, pluralidad de autores (coautoría) o partícipes en la acción punible.

En estos Elementos de los Crímenes de lesa humanidad, crimen de esclavitud sexual (art. 7.1.g)-2], figuran los siguientes requisitos:

1. Que el autor haya ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o todos ellos, o les haya impuesto algún tipo similar de privación de libertad.

Es relevante la extensa nota a pie relativa a este primer requisito, que desarrolla este tipo de privación de libertad, que podrá, en algunas circunstancias incluir la exacción de trabajos forzados o la reducción de otra manera a una persona a la condición servil, según se define en la Convención suplementaria de 1956 sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud. Añade la nota que la conducta descrita incluye el tráfico de personas, en particular mujeres y niñas.

2. Que el autor haya hecho que esa o esas personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual. Este requisito comprende la violación u otros crímenes de violencia sexual.
3. Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra la población civil.
4. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra la población civil. O haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

Para la doctrina²⁹ la esclavitud sexual comprende las situaciones en las cuales mujeres y niñas son obligadas a un «matrimonio» forzoso, servicios domésticos o trabajos forzados, que supongan una actividad sexual forzada incluida la violación por parte de sus captores.

Volviendo a la cita del Informe³⁰ del Relator Especial de las Naciones Unidas del Grupo de Trabajo sobre las formas contemporáneas de esclavitud, violación sistemática, esclavitud sexual y prácticas de esclavitud semejantes durante los conflictos armados, se alude a que prácticas tales como la detención de mujeres en campos de violación o estaciones de confort, «los matrimonios temporales» con soldados y otras prácticas que tratan a las mujeres como enseres (bienes muebles), constituyen de hecho y

²⁹ Hall, Ch., Powderly, J. y Hayes, N. g) Rape... or any other form of sexual violence of comparable gravity. Ob. cit., p. 212.

³⁰ *Vid.* UN Doc.E/CN.4/Sub.2/1998/13, cit.

de derecho formas de esclavitud y, en tanto que tales, infracciones de las normas imperativas que la prohíben.

Se precisa que la situación de los llamados «matrimonios forzados» ha sido perseguida por los tribunales penales internacionales, acusando a sus autores por los crímenes de lesa humanidad de esclavitud, esclavitud sexual u otros actos inhumanos.

En el Informe del «Caucus» de Mujeres por una Justicia de Género³¹, en relación con el delito de esclavitud sexual se ejemplifica históricamente con la esclavización de mujeres asiáticas por parte del ejército japonés durante la Segunda Guerra Mundial y con las víctimas de esclavitud en los campos de concentración nazis. En la actualidad, el informe se refiere a los conflictos armados de la ex Yugoslavia (caso Foca) y Ruanda, con muchas mujeres raptadas, mantenidas en cautiverio y violadas repetidamente; Uganda (niños como esclavos sexuales. Los comandantes reciben como «esposas» a niñas hasta de 12 años de edad); Sierra Leona (abusos sexuales de niñas por los soldados); Ruanda (se obliga a las mujeres a «matrimonios temporales»); fuerzas paramilitares de Argelia (secuestro y esclavitud sexual); Birmania (casamientos a la fuerza) y Liberia (niñas y mujeres como esclavas sexuales).

Más recientemente, en el caso Bosco Ntaganda condenado por la CPI (sentencia de 8 de julio de 2019) y declarado culpable de los crímenes de violación y esclavitud sexual (como crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra), se razonó que el concepto de esclavitud sexual es particularmente apto para tipificar situaciones en las que las mujeres o las niñas son forzadas a compartir su existencia con una persona con quien ellas están obligadas a realizar actos de naturaleza sexual.

4. Prostitución forzada

Como continuación al desarrollo histórico, doctrinal y normativo de la prohibición e incriminación de la violencia sexual³², incluido el crimen de prostitución forzada, el artículo 27 del IV Convenio de Ginebra de 1949 dispone que las mujeres serán especialmente amparadas contra todo

³¹ Documento de Recomendaciones y observaciones del «Caucus» de Mujeres por una Justicia de Género, presentado ante el Comité Preparatorio para la Corte Penal Internacional. Nueva York, 12 al 30 de junio del 2000.

³² Oginaga Ruiz, M.ª R. Cap. 26: La protección de la mujer en el Derecho Internacional Humanitario. En: *Derecho Internacional Humanitario*. Ob. cit., p. 855 y ss.

atentado a su honor y, en particular, contra la violación, contra el forzamiento a la prostitución y contra todo atentado a su pudor.

Posteriormente, el artículo 75.2.b) del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra, establece que están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar (ya sean realizados por agentes civiles o militares), los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor³³. Prohibición que repite literalmente el artículo 4.2.e) del Protocolo II de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (CANI).

Ciertamente, como afirma Ojinaga Ruiz³⁴, estas disposiciones han adquirido un carácter consuetudinario, concluyendo que las violencias sexuales en situaciones de conflicto armado están prohibidas por el DIH convencional y consuetudinario. Y lo mismo cabe afirmar de la prostitución forzada como crimen de lesa humanidad.

Concretándose a los crímenes de lesa humanidad tipificados en el ER, Pignatelli Meca³⁵ estima que la prostitución forzada, entre otros crímenes, constituyen una novedosa concepción de la criminalidad de lesa humanidad de género, que viene ahora a tutelar no ya la honestidad de la víctima sino su libre autodeterminación en el ámbito sexual.

La prostitución forzada reúne las características de un delito complejo (mixto alternativo) y continuado, pero también puede integrar un único acto criminal. En el primer caso, pueden abarcar violaciones u otras formas de violencia sexual, que quedan subsumidas en el crimen continuado de prostitución forzada.

En los Elementos de los Crímenes (art. 7.1g)-3. Crimen de lesa humanidad de prostitución forzada) figuran los siguientes:

Uno. Que el autor haya hecho que una o más personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual por la fuerza, o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa persona u otra persona o aprovechando un entorno de coacción, o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento.

³³ Alonso Pérez, F. Cap. 22: La protección de la población civil. En: *Derecho Internacional Humanitario*. Ob. cit., p. 742.

³⁴ Ojinaga Ruiz, M.ª R. Cap. 26: La protección de la mujer en el Derecho Internacional Humanitario. Ob. cit., pp. 839 y 840.

³⁵ Pignatelli Meca, F. Cap. 34: La Corte Penal Internacional. En: *Derecho Internacional Humanitario*. Ob. cit., pp. 1107 y 1108.

Dos. Que el autor u otra persona hayan obtenido, o esperaran obtener, ventajas pecuniarias o de otro tipo a cambio de los actos de naturaleza sexual o en relación con ellos.

Los otros dos elementos (tres y cuatro) reproducen los genéricos o contextuales de los crímenes de lesa humanidad.

El primer elemento es idéntico al correspondiente al crimen de violación y es el segundo el que añade lo característico de la prostitución: las ventajas pecuniarias obtenidas a cambio de los actos de naturaleza sexual.

La doctrina³⁶ estima desafortunado el término clásico de «prostitución forzada», al considerar que la esclavitud sexual comprende formas de la prostitución forzada, consistentes en las condiciones de control sobre la persona coaccionada dedicada a la actividad sexual. Sin embargo, el mantenimiento del tipo penal de prostitución forzada se debe a que tal término es el utilizado por los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales, que constituyen normas de derecho internacional consuetudinario de aplicación a los crímenes de lesa humanidad. Y ello, sin perjuicio de compartir la crítica a las antiguas definiciones de tales normas de DIH que ponen énfasis en el ataque inmoral al honor de la mujer. Por otra parte, no es aceptable el reproche de que las normas humanitarias no reconocen el carácter forzado del acto ni el sufrimiento de la víctima.

5. Embarazo forzado

Este crimen ha sido incorporado al ER (como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra), a la vista de la experiencia sufrida por las víctimas civiles (mujeres) en el conflicto armado de la ex Yugoslavia, donde se cometieron atentados de violencia sexual que responden a la descripción típica ahora calificada como embarazo forzado. Se trata de una lamentable aportación europea y original a la nutrida panoplia de los crímenes atroces, relacionada con la depuración étnica mediante actos de terror contra las mujeres y familias.

El propio artículo 7. 2 del ER, a la vista de la jurisprudencia penal internacional, se preocupó de definir el embarazo forzado como el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves de derecho internacional.

³⁶ Hall, Ch., Powderly, J. y Hayes, N. g) Rape... or any other form of sexual violence of comparable gravity. Ob. cit., p. 214.

En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo.

Se trata de un delito complejo, integrado por dos acciones: causar un embarazo por la fuerza (que describe una forma de violación) y mantener en el tiempo un confinamiento ilegal de la embarazada para que se produzca el parto. Se requiere, como elemento subjetivo del injusto, que concurra la intención de modificar la composición étnica de una población (elemento que nos acerca a la intencionalidad propia del crimen de genocidio del art. 6 del ER). El tipo mixto alternativo residual, contenido en la definición, de «cometer otras violaciones graves del derecho internacional», describe un elemento normativo que podría ser calificado por su amplitud y falta de concreción como tipo penal en blanco que difícilmente satisface el principio de legalidad proclamado en el ER (art. 22, *nullum crimen sine lege*), en su vertiente de taxatividad. Se alude a violaciones graves del derecho internacional, lo que rebasa la tipificación del ER y se remite a actos antijurídicos indeterminados de gran amplitud. Aquí la definición del crimen debe ser interpretada estrictamente por imperativo del artículo 21.2 del ER.

No aportan mayores precisiones los Elementos de los crímenes (artículo 7. 1) g)-4, crimen de lesa humanidad de embarazo forzado, que establece las siguientes condiciones:

Que el autor haya confinado a una o más mujeres que hayan quedado embarazadas por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otra infracción grave de derecho internacional.

Los otros dos elementos (dos y tres) reproducen los genéricos o contextuales de los crímenes de lesa humanidad.

Es importante la nota a pie que aclara que «Esto no incluye las medidas de control de la natalidad que no tengan un efecto permanente en la práctica».

Esta nota y el apartado final de la definición del ER, obedecen al debate que tuvo lugar en la Conferencia de Roma³⁷, en el que diversas delegaciones expresaron su temor de que algunas políticas internas que no facilitan servicios para practicar el aborto, pudieran ser interpretadas como constitutivas de un crimen de embarazo forzado.

³⁷ Hall, Ch., Powderly, J. y Hayes, N. g) Rape... or any other form of sexual violence of comparable gravity. Ob. cit., p. 215.

6. Esterilización forzada

Como antecedente de este crimen de lesa humanidad, se debe hacer referencia al artículo 12 del Primer y Segundo Convenio de Ginebra de 1949 (que prohíbe estrictamente efectuar experiencias biológicas con los heridos o enfermos que una Parte tenga en su poder), al artículo 13 del Tercer Convenio de Ginebra (protege a los prisioneros de guerra contra las experiencias médicas o científicas) y al artículo 32 del Cuarto Convenio de Ginebra (prohibición de los experimentos médicos contra las personas civiles protegidas). Todos estos preceptos humanitarios³⁸ son la respuesta a los crímenes de guerra consistentes en experimentos médicos perpetrados contra prisioneros de guerra y personas civiles en campos de internamiento durante la segunda guerra mundial. Posteriormente, el artículo 11.2. b) del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra, prohíbe los experimentos médicos o científicos, aunque medie el consentimiento de las personas protegidas.

En el artículo 609 del Código Penal español se incrimina el sometimiento de la víctima a experimentos biológicos, tipo que proscribe —según la doctrina³⁹— las experiencias médicas o científicas, categóricamente vedadas, sin excepción alguna.

La esterilización forzada ha sido tipificada en el ER como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra, abarcando diferentes formas de experimentos médicos que tienen como resultado la esterilización forzada.

Se trata de un crimen muy próximo al de genocidio, cuando concurre el elemento subjetivo del injusto integrado por la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, si se satisface la descripción de la acción típica. Particularmente, si consiste en medidas destinadas a impedir el nacimiento en el seno del grupo [apartado d) del artículo 6 del ER].

La doctrina⁴⁰ ha llegado a la conclusión de que la castración forzada u otras formas de mutilación genital grave contra los hombres pueden ser capaces de ser tipificadas como esterilización forzada.

En los Elementos de los Crímenes (crimen de lesa humanidad de esterilización forzada, artículo 7.1.G)-5), se establecen los siguientes requisitos:

³⁸ Otero Solana, V., La protección del medio sanitario en los conflictos armados. En: *Derecho Internacional Humanitario*. Ob. cit., p. 657.

³⁹ Pignatelli Meca, F., Protección de las víctimas de la guerra en el ordenamiento penal español. En: *Derecho Internacional Humanitario*. Ob. cit., p. 1178.

⁴⁰ Hall, Ch., Powderly, J. y Hayes, N. g) Rape... or any other form of sexual violence of comparable gravity. Ob. cit., p. 216.

Que el autor haya privado a una o más personas de la capacidad de reproducción biológica. En la nota a pie 19 se aclara que esto no incluye las medidas de control de la natalidad que no tengan un efecto permanente en la práctica.

Que la conducta no haya tenido justificación en un tratamiento médico o clínico de la víctima o víctimas, ni se haya llevado a cabo con su libre consentimiento. Se entiende que «libre consentimiento», según la nota a pie 20, no incluye el consentimiento obtenido mediante engaño.

Los otros dos elementos (tres y cuatro) reproducen los genéricos o contextuales de los crímenes de lesa humanidad.

Finalmente, se apunta doctrinalmente⁴¹ que las medidas no permanentes de control de la natalidad pueden violar una amplia variedad de derechos humanos relacionados con la autonomía personal, incluso cuando abusan de bases no discriminatorias. Con infracción del derecho a no ser sometido a injerencias arbitrarias de la propia familia.

7. Otras formas de violencia sexual de gravedad comparable

La expresión «violencia sexual» es la utilizada como residual al final del apartado g) del artículo 7 para describir un tipo de cierre de todo este apartado de los crímenes de lesa humanidad. Ya hemos visto que los términos utilizados por el DIH clásico (Convenios de Ginebra) eran la violación, la prostitución forzada y el atentado al pudor de la mujer. Pero, evidentemente, la violación es un concepto mucho más preciso que el de violencia sexual, definida por la doctrina⁴² como un tipo de violencia llevada a cabo por medios sexuales, con un motivo sexual o con un objetivo sexual.

En la Comisión Preparatoria de la CPI se debatió la Propuesta de Alemania y Canadá⁴³ sobre estos crímenes de lesa humanidad, que sirvió de precedente para los futuros Elementos de los Crímenes. Fue el término «gravedad comparable» el que originó la discusión, con la referencia limitada a los restantes crímenes del mismo apartado 1. g) del ER (Austria, Suecia, Holanda, Bélgica, Portugal y Bosnia), mientras que China mencionó a todos los crímenes de lesa humanidad y Grecia y Corea del Sur apoyaron una mayor amplitud con el empleo de términos tales como abusos humillantes o degradantes.

⁴¹ *Ibidem*, p. 216.

⁴² *Ibidem*, p. 216.

⁴³ Documento PCNICC/1999/WGEC/DP.36.

En los Elementos de los Crímenes (artículo 7.1.g)-6) se establecen los siguientes requisitos:

Que el autor haya realizado un acto de naturaleza sexual contra una o más personas o haya hecho que esa o esas personas realizaran un acto de naturaleza sexual por la fuerza o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas u otra persona o aprovechando un entorno de coacción o la incapacidad de esa o esas personas de dar su libre consentimiento.

Este primer requisito ha tenido en cuenta la sentencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda en el caso Akayesu, donde se define la violencia sexual (incluyendo la violación) como cualquier acto de naturaleza sexual cometido sobre una persona bajo circunstancias de coacción. Coerción que no comprende únicamente la fuerza física sino la amenaza, intimidación, extorsión u otras formas de coacción incluso inherentes a ciertas circunstancias como la presencia militar en caso de conflicto armado.

Una diferencia con la violación está constituida al no requerirse la penetración o cualquier contacto físico. La jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales (casos Akayesu, Furundzija o Bemba) y la doctrina nos suministran ejemplos de estos tipos de violencia sexual como la desnudez pública forzosa, obligar a una mujer a realizar desnuda ejercicios gimnásticos en público dentro de una oficina comunal, la castración forzosa, la mutilación genital femenina o el contagio doloso de enfermedades de transmisión sexual como el sida.

La doctrina⁴⁴ concluye incluyendo en el tipo actos cometidos con intención sexual o para gratificación sexual del perpetrador, escenarios donde dos o más personas son forzadas a llevar a cabo actos sexuales u actos cometidos con propósito de humillación o degradación.

Sin embargo, merece crítica⁴⁵ la restrictiva interpretación de la CPI en el caso Kenyatta, Muthaura y Ali, relativo a la circuncisión forzada de un hombre de determinada etnia.

Pero el verdadero problema de este delito reside en el segundo de los Elementos de los Crímenes: Que esa conducta haya tenido una gravedad comparable a la de los demás crímenes del artículo 7.1.g) del ER. Se introduce así un elemento valorativo al exigir referirse a una gravedad semejante a otros delitos de violencia sexual inculcados en el mismo apartado. El

⁴⁴ Hall, Ch., Powderly, J. y Hayes, N. g) Rape... or any other form of sexual violence of comparable gravity. Ob. cit., p. 217.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 217.

requisito no incurre en la prohibida extensión por analogía (artículo 22.2 del ER), siempre que sea «interpretado estrictamente» por el tribunal sentenciador y su fundamento reside en la imposibilidad de tipificar todas las conductas de violencia sexual atroces (físicas y psíquicas) que la depravada imaginación criminal ha ideado a lo largo de la historia y que aporta la actualidad.

En las recomendaciones y observaciones del Caucus de Mujeres por una Justicia de género⁴⁶ se propuso no limitar este crimen a aquellos de gravedad comparable a los tipificados en la letra g) del artículo 7 del ER y que la referencia se realice a todos los demás delitos del ER o a todos los crímenes de lesa humanidad. La propuesta no fue asumida por el Comité Preparatorio por su excesiva amplitud que podría infringir la prohibición de la analogía. Además, el concepto de violencia sexual no requiere el contacto o invasión física sino una gravedad comparable.

En esta materia, es obligada la referencia al Código Penal español que distingue entre las agresiones sexuales (incluida la violación) y los abusos sexuales por una parte, y el acoso sexual, igualmente delictivo pero de menor gravedad (arts. 178 a 184).

El tercero de los Elementos de los Crímenes está constituido, en el terreno de la intencionalidad o *mens rea*, por la necesidad de que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinan la gravedad de la conducta.

Los otros dos elementos (tres y cuatro) reproducen los genéricos o contextuales de los crímenes de lesa humanidad.

B. EL TIPO RESIDUAL DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD, EL CASO ONGWEN Y LA PROHIBICIÓN DE LA ANALOGÍA *IN MALAM PARTE*

1. El tipo residual de los crímenes de lesa humanidad y el caso Ongwen

En los Elementos de los Crímenes se desarrolla el crimen residual previsto en el artículo 7.1. k) de los crímenes de lesa humanidad (otros actos inhumanos) con los siguientes requisitos:

⁴⁶ Documento de Recomendaciones y observaciones del «Caucus» de Mujeres por una Justicia de Género, presentado ante el Comité Preparatorio para la Corte Penal Internacional, cit.

Que el autor haya causado mediante un acto inhumano grandes sufrimientos o atentado gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

Que tal acto haya tenido un carácter similar a cualquier otro de los actos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto.

Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinaban el carácter del acto.

En nota a pie se aclara que se entiende que «carácter» se refiere a la naturaleza y la gravedad del acto.

Los otros dos elementos (cuatro y cinco) reproducen los genéricos o contextuales de los crímenes de lesa humanidad.

Se analiza este crimen de lesa humanidad, previsto en el artículo 7.1.k) del ER, en relación con el contenido de la sentencia de la Sala de Primera Instancia IX de la CPI de 4 de febrero de 2021, condenatoria de Dominic Ongwen como autor de 61 crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra⁴⁷.

En esta sentencia, además de la condena por crímenes de lesa humanidad tipificados en el artículo 7.1.g) del ER (violación, esclavitud sexual y embarazo forzado), se considera a Ongwen culpable de un delito nuevo: el crimen de matrimonio forzado, como acto inhumano de carácter similar a los actos previstos en el artículo 7 (1) (a-j). Es decir, del tipo residual de los crímenes de lesa humanidad.

En la resolución condenatoria, todavía no firme al estar pendiente del recurso de apelación en la CPI, se califica a Dominic Ongwen como autor directo de un crimen de matrimonio forzado como otro acto inhumano similar [art. 7.1.k) del ER] contra cinco mujeres que se encontraban en su poder como alto jefe del llamado Ejército de Resistencia del Señor en el norte de Uganda.

En la sentencia se razona que la conducta calificada como matrimonio forzado no fue abarcada del todo por otros crímenes de lesa humanidad, tales como la esclavitud sexual o la violación, de los que Ongwen había sido declarado responsable.

Se añaden algunas consideraciones bien conocidas sobre los matrimonios forzados. Así, el estatus matrimonial se basa en una relación consensuada y contractual (es una institución y un acto o rito), pero el elemento central de los matrimonios forzados es la imposición de ese estatus a la víctima. Tal estatuto, más allá de su ilegalidad, tiene efectos sociales, éticos y religiosos, con grave impacto sobre el bienestar físico y psicológico de la víctima. Las víctimas pueden verse a sí mismas como unidas a otra persona

⁴⁷ Ver esta sentencia en la página web de la CPI, referencia N.º ICC-02/04-01/15.

a pesar de su falta de consentimiento. Adicionalmente, en el área de su grupo social puede verse a la víctima como «legítima» esposa. Se extienden los resultados del matrimonio forzado al nacimiento de niños, con efectos muy complejos, emocional y psicológicamente, sobre las víctimas y sus hijos, además de los efectos obvios del embarazo y parto. En consecuencia, afirma la sentencia, el daño sufrido en el matrimonio forzado puede consistir en el ostracismo por parte de la comunidad, traumas mentales, graves ataques a la dignidad de las víctimas y sus niños, y privación a la víctima de su derecho fundamental de encontrar esposo o esposa.

En el caso de la Brigada Sinia, liderada por Kony y Ongwen, dedicaron sus esfuerzos (coordinada y metódicamente) a cometer crímenes sexuales y de género contra las mujeres y niñas. Bajo su control, los militares combatientes del Ejército de Resistencia del Señor secuestraron mujeres y niñas en el norte de Uganda y las forzaron a servir en la Brigada como denominadas «esposas» de sus miembros y sirvientas domésticas. Las pruebas han demostrado que este abuso fue sistemático e institucional, incluyendo el matrimonio forzado, la violencia sexual y el embarazo forzado. El modo de llevarlo a cabo comprendía el secuestro y reparto entre los combatientes de la Brigada de mujeres y niñas para yacer con ellas y, en ocasiones, el propio Ongwen las asignaba personalmente. El coito era considerado como parte del rol de las llamadas «esposas», que eran tratadas como objetos de propiedad exclusiva.

2. La prohibición de la analogía «*in malam parte*»

Ahora bien, podemos preguntarnos, si era necesario residenciar estas conductas de Dominic Ongwen, como autor de los imputados matrimonios forzados, en el tipo residual del artículo 7.1. k) del ER. Debería deducirse, incluso de los hechos probados y razonamientos de la sentencia, que podrían ser tipificados como delitos de violación, esclavitud sexual o embarazo forzado del artículo 7.1.g) del ER. E incluso calificados como otras formas de violencia sexual de gravedad comparable, crimen previsto en el artículo 7.1.g), en su inciso final.

Se acude, por el contrario y sin necesidad que lo justifique, a imputar un tipo (inexistente como *nomen iuris*) en el ER y residenciarlo en el tipo residual y polémico de los crímenes de lesa humanidad. No discutimos que, en otras circunstancias de hecho, los matrimonios forzados puedan encontrar acomodo en los tipos residuales del artículo 7.1.g) in fine e incluso en el artículo 7.1.k), ambos del ER.

El apartado k) del artículo 7.1 del ER suscita graves dudas sobre su conformidad con los principios generales del derecho penal proclamados en el ER, pues su redacción contiene la descripción de una acción típica que incurre en la prohibición estatutaria de la analogía en contra del reo. No ofrece este reparo el resultado típico (causar «intencionadamente grandes sufrimientos» o atentar «gravemente contra la integridad física o la salud mental o física»), integrado por elementos valorativos que describen las consecuencias (intencionales) de la acción típica. Pero los términos de esta acción, que deberían describir la conducta punible, se definen de forma imprecisa como «otros actos inhumanos de carácter similar», en clara referencia los precedentes crímenes de lesa humanidad

Ya en la Conferencia Diplomática de Roma, durante la elaboración del ER, la delegación de España no perdió la ocasión de poner de manifiesto la extensión analógica que presentaba el precepto, sin que las razones para mantenerlo resultaran convincentes desde el punto de vista del derecho penal y de la propia redacción del ER. La inconcreta descripción típica se debe considerar un caso de analogía *legis* (norma extraída de la propia ley), pero no un tipo abierto que pueda ser complementado por elementos normativos o valorativos. Por el contrario, sus resultados lesivos (causar «intencionadamente grandes sufrimientos» o atentar «gravemente contra la integridad física o la salud mental o física») pueden satisfacer la exigencia de certeza⁴⁸ al remitirse a elementos valorativos.

El requisito de *lex stricta* (taxatividad) ha sido recogido en el artículo 22.2 del ER (*Nullum crine sine lege*) como uno de los principios generales del derecho penal. Así, la definición de crimen será interpretada restrictivamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena. (principio *pro reo*).

En consecuencia, en los Elementos de los Crímenes (Art. 7. Crímenes de lesa humanidad. Introducción) se establece lo siguiente:

Por cuanto el artículo 7 corresponde al derecho penal internacional, sus disposiciones, de conformidad con el artículo 22, deben interpretarse de forma estricta, teniendo en cuenta que los crímenes de lesa humanidad, definidos en el artículo 7, se hallan entre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto...

⁴⁸ Pignatelli Meca, F. Protección de las víctimas de la guerra en el ordenamiento penal español. En: *Derecho internacional humanitario*. Ob. cit., p. 1108.

3. La sentencia del caso Ongwen y la prohibición de la analogía

En la sentencia de 4 de febrero de 2021, que condenó a Dominic Ongwen como autor de crímenes de matrimonio forzado, calificándolos en el tipo residual de otros actos inhumanos similares [art. 7.1.k) del ER], se realiza una interpretación no estricta, analógica e innecesaria de este precepto que cierra la relación de los crímenes de lesa humanidad.

Se infringe la prohibición de la analogía por lo ya expuesto al analizar el debatido tipo residual contenido en el citado artículo 7.1.k) del ER. Pero, además, es innecesario acudir a este crimen, que viola el principio de taxatividad penal, cuando los hechos declarados probados como matrimonios forzados en la sentencia e imputados a Ongwen pueden ser calificados, sin forzar los tipos penales, como constitutivos de diversos delitos de violación, esclavitud sexual, embarazo forzado u otras formas de violencia sexual de gravedad comparable, previstos específicamente como violencias sexuales en el artículo 7.1.g) del ER.

La sentencia, por otra parte, no respeta el criterio de evitar duplicidades, incurre en la acumulación de cargos, incide en una proliferación de tipicidades y presenta un abigarrado muestrario de crímenes que, aun teniendo en cuenta las relaciones de alternatividad de que adolece el ER, puede afectar al derecho de defensa.

C. REFERENCIA ESPECIAL A OTROS CRÍMENES

Entre los diversos tipos de crímenes de lesa humanidad, la violación, la esclavitud sexual, el embarazo forzado u otras violencias sexuales inculminadas como delito, pueden constituir el crimen de genocidio si concurre el dolo específico de intentar la destrucción total o parcial de un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como expresión de la denominada depuración étnica. Citan los autores⁴⁹ las situaciones de los conflictos de Ruanda (caso *Akayesu*) y de Sudán (caso *Al Bashir*).

Por lo que se refiere al crimen de lesa humanidad de tortura, se plantea igualmente el concurso con los crímenes de violación u otras violencias sexuales inculminadas como delito en el ER, por cuanto todas ellas suponen la violación de la dignidad personal, en particular si el autor directo o el inductor es un funcionario público o persona revestida de autoridad.

⁴⁹ Hall, Ch., Powderly, J. y Hayes, N. g) Rape... or any other form of sexual violence of comparable gravity. Ob. cit., p. 218.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que, frente a otros supuestos (caso Delalic en el campo de Celibici, del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia y caso Akayesu del Tribunal Penal Internacional para Ruanda), el ER al definir la tortura en el artículo 7.2.e) no exige que el autor tenga la condición de funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas (como lo hace el artículo 1.1. de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 10 de diciembre de 1984), sino que basta que el acusado tenga a la persona objeto de tortura bajo su custodia o control.

La doctrina⁵⁰ estudia el caso Bemba, visto por la CPI en relación con la violación de una mujer ante su familia. A pesar de que el Fiscal formuló cargos por violación y tortura, la Sala de Cuestiones Preliminares II objetó la acumulación de cargos razonando que el acto de tortura era totalmente subsumible en la violación. Aunque, en relación a la víctima cabría afirmar que el precepto penal más amplio o complejo absorbe a las infracciones consumidas en aquel (art. 8.3.º del Código penal español), sin embargo es difícil no compartir la crítica de esta resolución que realizan los autores, en el sentido de que no debe ser excluido el dolor y sufrimiento de los miembros de la familia como víctimas del crimen de tortura pero no de la violación.

4. LA PRESUNCIÓN *IURIS ET DE IURE* EN LA EXIMIENTE DE OBEDIENCIA JERÁRQUICA

En la Parte III del ER, Principios Generales del Derecho Penal, aflora una discutible diferenciación entre los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, objeto de crítica por la jurisprudencia⁵¹, instituciones⁵² y doctrina⁵³, que ahora concretamos en los crímenes de violencia sexual.

⁵⁰ *Ibid.*, pp. 218 y 219.

⁵¹ Sentencia de 26 de enero de 2000 de la Sala de Apelación del Tribunal Penal Internacional para Ex Yugoslavia, asunto Dusko Tadic. En contra, opinión disidente del juez Cassese.

⁵² El Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja ha rechazado la irracional distinción que implica una mayor gravedad de los crímenes de lesa humanidad en relación con los crímenes de guerra.

⁵³ Bueno Arús, F. (2000). Perspectivas de la teoría general del delito en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. En: *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática. N.º 4. Madrid. P. 124. En contra, Garraway, Ch. (1999). Superior orders and the International Criminal Court: Justice delivered or justice denied. *International Review of Red Cross*. Vol. 81, n.º 836, pp. 785 y ss.

En efecto, el artículo 33, párrafo 2 del ER (Órdenes superiores y disposiciones legales) establece que: *A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas*. Se trata, de una presunción *iuris et de iure* (que no admite prueba en contrario) que se concreta únicamente en los crímenes de genocidio y lesa humanidad⁵⁴. Y se aplica al requisito señalado en el apartado 1. c) del mismo precepto (*que: ...c) la orden no fuera manifiestamente ilícita*), que establece la excepcional consideración (la regla general es la no exención de responsabilidad) de la eximente de obediencia jerárquica⁵⁵.

En consecuencia, en los restantes crímenes tipificados en el ER (en este momento: los crímenes de guerra y el crimen de agresión), es de aplicación en relación con el requisito de licitud manifiesta de la orden recibida por el autor, una presunción *iris tantum*, que no necesita ser analizada ni establecida de forma explícita, pues existe en todo proceso penal que cumpla con el principio de presunción de inocencia que preside el procedimiento criminal (art. 66 del ER). En la doctrina penal caben pocas dudas sobre que una presunción *iuris et de iure* infringe el principio de la presunción de inocencia y afecta al elemento de intencionalidad (art. 30 del ER). En definitiva, un moderno derecho penal culpabilista (que no puede prescindir del elemento subjetivo del delito: intencionalidad) y un derecho procesal garantista no pueden admitir las presunciones *iuris et de iure* en perjuicio del reo.

Pero es que, además, en el caso de los crímenes de violencia sexual, los castigados en el ER como crímenes de lesa humanidad (art. 7.1.g) del ER) describen una acción típica casi idéntica que la prevista como crímenes de guerra en los conflictos armados de carácter internacional (art. 8.2.b) xxii del ER) o sin carácter internacional (art. 8.2.e) vi del ER), por lo que resulta contradictorio que en un caso (crímenes de lesa humanidad) se aplique una presunción *iuris et de iure* (en relación con la prueba de la orden manifiestamente ilícita) y en los otros supuestos (crímenes de guerra) se establezca una presunción *iuris tantum*. Es efectivamente idéntica la incriminación de la violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado y esterilización forzada.

Las escasas diferencias entre ambas familias penales pueden encontrarse en el umbral de ambos crímenes, puesto que en los de lesa humanidad el

⁵⁴ Ambos, K. (1999). Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional. Un análisis del Estatuto de Roma. *Revista de Derecho Procesal*. P. 122.

⁵⁵ Triffterer, O. y Bock, S. T. Superiors orders and prescription... En: *The Rome Statute of the International Criminal Court. A commentary*. Ob, cit., p. 1195.

ER exige la comisión como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil (art. 7.1) y en los crímenes de guerra, en particular, cuando se comentan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes (art. 8.1 ER). Es fácil deducir que puede haber una gran coincidencia entre ambos umbrales, establecidos para determinar la competencia de la CPI.

La segunda disparidad aflora en el tipo residual. Así en los crímenes de lesa humanidad se trata de *cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable* (art. 7.1.g) *in fine*). En los crímenes de guerra en conflictos armados internacionales (CAI), se refiere a *cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra* (art. 8.2.b) xxii ER) y en los crímenes de guerra en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional (CANI), se concreta en *cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra* [art. 8.2.e) vi ER]. La diferencia que es relevante en términos de taxatividad (principio de legalidad), no es apreciable a la hora de basar en esta desigualdad la atribución de la carga de la prueba de una orden manifiestamente ilícita (presunción *iuris et de iure* frente a presunción *iuris tantum*), ante la posible y notoria coincidencia de la conducta típica.

En consecuencia, el precepto (art. 33. 2 ER) merece una fundada crítica desde la óptica de los principios básicos del derecho penal y procesal, pues en todos los crímenes se debería admitir la prueba en contrario sobre la manifiesta ilicitud de la orden emitida.

5. LOS CRIMENES DE GUERRA DE VIOLENCIA SEXUAL

A. CONSIDERACIONES GENERALES

Si bien la tipificación de la violencia sexual⁵⁶ como crimen de lesa humanidad supone una aportación novedosa y acertada del ER, el castigo de los crímenes de guerra de violencia sexual (por lo menos en los conflictos armados internacionales, CAI) reviste una larga tradición en el ámbito del derecho internacional humanitario. La violación y otras formas de violencia sexual constituyen infracciones graves cuando son cometidas contra

⁵⁶ Garrigues Garrido, B. La violación como arma de guerra. La violencia sexual en los conflictos armados. *Revista Española de Derecho Militar*. Art. cit.

personas protegidas en un CAI y pueden ser calificadas de tortura, tratos inhumanos, causar intencionadamente grandes sufrimientos o atentados graves a la integridad física o a la salud⁵⁷.

Los usos y costumbres de la guerra, a los que hacen referencia los Convenios de La Haya de 1899 y 1907, ya recogieron las restricciones existentes en la conducta de los beligerantes derivadas de consideraciones humanitarias⁵⁸. Bien conocidas son las citas del artículo 44 del Código Lieber (1863) y del Reglamento de las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, Anexo al IV Convenio de La Haya de 1907, que prohíbe indirectamente la violencia sexual. Ya nos hemos referido al contenido del artículo 27 del IV Convenio de Ginebra de 1949, artículo 76.1 del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra, artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y artículo 4. 2. e) del Protocolo II de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra.

Los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* e híbridos, así como la jurisprudencia emanada de sus sentencias, prepararon la tipificación en el ER de la violencia sexual como crimen de guerra de la competencia de la CPI, tanto en los CAI como en los CANI. Los Manuales Militares de los Estados y las legislaciones penales nacionales, en especial a partir de los últimos años del siglo XX, prohibieron y tipificaron específicamente los crímenes sexuales como crímenes de guerra, siendo pionero el Código Penal Español aprobado por Ley Orgánica 10/1995 (artículo 611.9.º, en redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010).

En la Conferencia de Diplomática de Roma, que aprobó el ER de la CPI, se puso de manifiesto por las Delegaciones de los Estados y oenegés (Lobby por los Derechos de la mujer y el Caucus de mujeres para la justicia de género) la frecuente impunidad de estos crímenes de violencia sexual cometidos en los conflictos armados. Se superó así su inclusión de forma genérica en incriminaciones tales como *los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la prostitución forzada y cualquier otra forma de atentado al pudor* (art. 75.2.b) del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra) De forma que las delegaciones acordaron elaborar una tipificación específica de los crímenes de guerra consistentes en violencia sexual en los conflictos armados

⁵⁷ Gaggioli, G. Sexual violence in armed conflicts: A violation of International Humanitarian Law and Human Rights Law. *International Review of the Red Cross* (2014), 96, n.º 894, pp. 511 y 526.

⁵⁸ Pérez González, M. El derecho internacional humanitario frente a la violencia bélica... Ob. cit., p. 35.

e incluirlos en el artículo 8 del ER. Esta incriminación ya se incorporó en el Comité Preparatorio de la Conferencia de Roma, durante 1997.

El debate de los crímenes de guerra de violencia sexual en la Conferencia de Roma fue paralelo con el que tuvo lugar sobre los crímenes de lesa humanidad de la misma naturaleza y con un resultado muy parecido en su redacción final.

En el texto aprobado y por lo que se refiere a los conflictos armados internacionales (CAI), se castigan en el artículo 8.2.b) xxii del ER la violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado (definido en el art. 7.2.f) del ER), esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra.

En los crímenes de guerra en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional (CANI), se pena cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado (definido en el art. 7.2.f) del ER), esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra. En el conocido caso *Tadic* (Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia) se estableció que las violaciones graves del mencionado artículo 3 común constituyen también crímenes de guerra y la violación y otras formas de violencia sexual están implícitamente prohibidas por tal precepto y por el Protocolo II de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra. No hay duda, se afirma⁵⁹, de que constituyen crímenes de guerra en el ámbito de los CANI.

Esta posición se define también, desde la óptica del DIH Consuetudinario, en los comentarios a la Norma 156 por el Comité Internacional de la Cruz Roja⁶⁰

Podemos preguntarnos⁶¹ si lo expuesto significa que toda forma de violencia sexual constituye una violación grave del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y debe ser sancionada conforme al artículo 8.2.b) xxii (CAI) ó artículo 8.2.e)vi (CANI) del ER. Hay que tener en cuenta que los Elementos de los Crímenes, como veremos, establecen que estos actos deben tener una gravedad comparable a una infracción grave de los Convenios de Ginebra o a una violación grave del referido artículo 3 común. Ahora bien, algunos actos que no alcancen esa gravedad pueden

⁵⁹ Gaggioli, G. Sexual violence in armed conflicts... Cit., p. 527.

⁶⁰ Henckaerts, J. M. y Doswald-Beck, L. *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*. Comentario a la Norma 156. Vol. I. Buenos Aires, Centro de Apoyo en Comunicación para América Latina y el Caribe, CICR, 2007.

⁶¹ Gaggioli, G. Sexual violence in armed conflicts... Cit., p. 529.

constituir otro crimen internacional como los atentados a la dignidad de la persona, especialmente los tratos humillantes y degradantes infligidos en un CAI, incriminados en el artículo 8.2.b) xxi del ER.

Como escribe la doctrina⁶², es una acertada novedad la introducción en la incriminación de la *criminalidad de guerra de género*, a través de la previsión de hasta seis subtipos o figuras delictivas, ya referidas. Se trata de un gran avance en la protección de los derechos de la mujer en tiempos de conflicto armado ante la frecuente impunidad de estos crímenes. Se recuerda la infrecuencia con que se ha perseguido la utilización de la violación y otras agresiones sexuales como medio de guerra, política o estrategia, llegando a integrar el crimen de genocidio como fenómeno de depuración étnica. Ahora bien, es preciso destacar que, salvo el delito de embarazo forzado (cuya víctima solo puede ser una mujer), los restantes crímenes de guerra de violencia sexual pueden cometerse contra una mujer (aunque no se deben ignorar las graves consecuencias de su violación, en particular sobre una maternidad no deseada y la identificación de la paternidad de los hijos) o contra un hombre y el perpetrador puede ser indistintamente del género masculino o femenino, por lo que son incriminaciones neutrales en cuanto al género.

Aunque, como hemos escrito, ha habido que esperar al año 2019 para que la CPI dictara una sentencia (caso Bosco Ntaganda) condenando a un autor de violencias sexuales (violación y esclavitud sexual como crímenes de lesa humanidad y crímenes de Guerra), no han faltado declaraciones de la propia CPI y de la Fiscal proclamando una política de persecución prioritaria de los crímenes de naturaleza sexual y de género y otros delitos conexos, respondiendo al incremento de la condena internacional centrada en la rendición de cuentas (búsqueda y enjuiciamiento) de los autores de crímenes de guerra de índole sexual, en especial contra la infancia.

No se puede olvidar, desde el punto de vista de la técnica penal, que la persecución internacional de los crímenes de violencia sexual incurre con frecuencia en rechazables relaciones de alternatividad entre los diversos tipos delictivos, que conducen a una acumulación (y proliferación) de cargos que afecta al derecho de defensa. La condena de Dominic Ongwen por un abigarrado muestrario de crímenes (61 delitos) resulta paradigmática. Pero es lo cierto que la masiva comisión de los crímenes de guerra de violencia sexual guarda estrecha relación con el genocidio, la depuración étnica,

⁶² Pignatelli Meca, F. La Corte Penal Internacional. Ob. cit., p. 1113. Cottier, M. y Mzee, S. Article 8, Paragraph 2 (b) (xxii): Rape and other forms of sexual violence. Ob. cit., pp. 477 y 478.

los crímenes de lesa humanidad, la tortura y mutilación, la encarcelación ilegal, los tratos inhumanos, la causación deliberada de grandes sufrimientos, los atentados y ultrajes contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes. Esta relación no pretende ser exhaustiva. Naturalmente, estas relaciones de alternatividad son inevitables entre los propios tipos específicos de violencia sexual (art 7. 1. g), art. 8.2.b) xxii y art. 8.2. e) iv del ER)

No podemos dejar de recordar que el ER señala un umbral relativo (en particular) para los crímenes de guerra de la competencia de la CPI, aludiendo a que se comentan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes (art. 8.1 ER).

B. CRÍMENES DE GUERRA COMETIDOS EN CONFLICTOS ARMADOS INTERNACIONALES (CAI)

1. Identidad de los tipos de violencia sexual con los crímenes de lesa humanidad

La redacción en el ER de los cinco crímenes de guerra de violencia sexual tipificados en el artículo 8. 2. B) xxii (violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado y esterilización forzada) es idéntica a la incriminación de tales conductas como crímenes de lesa humanidad en el artículo 7. 1. g) del mismo ER. Ambos preceptos difieren únicamente en el tipo residual (cualquier otra forma de violencia sexual) que se castiga en el inciso final de tales normas. Nos remitimos, en consecuencia, a lo escrito en el correspondiente apartado de este trabajo.

En los Elementos de los Crímenes, aunque la descripción típica de los apartados de los crímenes de guerra de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado y esterilización forzada, es idéntica a la de los correspondientes crímenes de lesa humanidad, sin embargo son diferentes los elementos genéricos o contextuales propios de los crímenes de guerra, con la redacción siguiente:

Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él⁶³.

Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establezcan la existencia de un conflicto armado.

⁶³ Gaggioli, G. Sexual violence in armed conflicts... Cit., pp. 513 a 517.

2. Consideraciones sobre el crimen de guerra de esclavitud sexual

El crimen de guerra de esclavitud sexual, lo mismo que el de lesa humanidad, es un delito complejo integrado por la noción de esclavitud unida a la realización de abusos de naturaleza sexual. Como destaca la doctrina⁶⁴, después de un examen de las formas tradicionales de esclavitud, se deben analizar las nuevas formas y prácticas semejantes a la esclavitud como crimen de guerra, con obligada referencia a los conflictos armados de la antigua Yugoslavia (caso Kunarac y Kovac), Ruanda y Liberia.

Aunque la descripción de los Elementos de los Crímenes en la esclavitud sexual como crimen de guerra [art. 8.2.b) xxii-2] es idéntica la relativa a los crímenes de lesa humanidad, las notas a pie merecen una especial consideración. Así, en la nota 52 se establece que «Dado el carácter complejo de este crimen, se reconoce que sus autores podrá ser dos o más personas con un propósito delictivo común». Es decir, un caso de coautoría, de autoría mediata, de autoría por inducción o de contribución a la comisión de un crimen por un grupo de personas que tenga una finalidad común [art. 25.3.a), b) o d) del ER].

Desde la óptica del DIH, es notable la ausencia de referencia específica a la esclavitud en los instrumentos humanitarios aplicables a los conflictos armados internacionales, aunque la conducta de causar de propósito grandes sufrimientos se califica como infracción grave en los Convenios de Ginebra de 1949 (arts. 50, 51, 130 y 147 de los I, II, III y IV Convenios, respectivamente) y se establece la prohibición de los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes (art. 75. 2.b) del Protocolo I de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra y art. 3.1.º, c) común a los cuatro Convenios de Ginebra). Por el contrario, la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas se prohíbe expresamente en el artículo 4. 2. f) del Protocolo II de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra y aplicable a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (CANI).

La privación de libertad de la víctima es un elemento esencial de la esclavitud, aunque no se requiere que sea indefinida y tiene especial relevancia en relación con la protección por el DIH de las personas privadas de libertad en poder de la parte adversa⁶⁵, particularmente con los prisioneros de guerra

⁶⁴ Cottier, M. y Mzee, S. Article 8, Paragraph 2 (b) (xxii): Rape and other forms of sexual violence. Ob. cit., p. 490

⁶⁵ Pérez González, M. La protección de las personas privadas de libertad en poder de la parte adversa. En: *Derecho internacional humanitario*. Ob. cit., pp. 757 y ss.

e internados civiles. La doctrina destaca⁶⁶ que la Sala de Apelaciones en el caso Kunarac al concluir que no es posible la enumeración exhaustiva de todas las formas de esclavitud, estima que la cuestión reside en investigar la cualidad o índole (*quality*) de la relación entre el acusado y la víctima.

En la nota 53 de los mencionados Elementos de los Crímenes (esclavitud sexual), se aclara que en el tipo de privación de libertad exigido se incluyen determinados ejemplos que la constituyen como elementos semejantes.

En primer lugar, la exacción de trabajos forzados. Ahora bien, el III Convenio de Ginebra de 1949, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, establece que la potencia en cuyo poder se encuentren podrá emplear como trabajadores a los prisioneros de guerra válidos, con notables restricciones (arts. 49 al 57 III CG). En el caso de los internados civiles, el IV Convenio de Ginebra de 1949 dispone que no podrá obligarse a trabajar a las personas protegidas, si no es en igualdad de condiciones que a los ciudadanos de la Parte contendiente en cuyo territorio residen, estableciendo esenciales limitaciones (art. 40 IV CG). En los territorios ocupados, la obligación de trabajar de las personas protegidas es excepcional y sometida a elevadas garantías (art. 51 IV CG).

El segundo ejemplo de los citados Elementos de los Crímenes (nota 53) hace referencia a la reducción (de cualquier manera) de una persona a condición servil, según se define en la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 1956 [arts. 1 y 7.b) de la Convención] que detalla las instituciones o prácticas de las que se deriva la condición servil.

La nota 53 aún aporta un último ejemplo de privación de libertad, al incluir el tráfico de personas, en particular de mujeres y niños. Se pueden citar como referencias la Convención de 2 de diciembre de 1949 sobre Supresión del Tráfico de personas y la Explotación con fines de Prostitución, el Protocolo de 15 de noviembre de 2000 sobre Prevención, Supresión y Penalización del Tráfico de personas, especialmente mujeres y niños, suplementaria a la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional.

Los autores⁶⁷ ponen de relieve la vigencia de numerosos instrumentos internacionales que prohíben el tráfico de las personas y hace referencia a la Declaración de 6 de julio de 1998 del Grupo de Trabajo de la Sub-Comisión sobre las Formas Contemporáneas de Esclavitud, estableciendo que el tráfico

⁶⁶ Cottier, M. y Mzee, S. Article 8, Paragraph 2 (b) (xxii): Rape and other forms of sexual violence. En: *The Rome Statute of the International Criminal Court...* Ob. cit., p. 493

⁶⁷ Cottier, M. y Mzee, S. Article 8, Paragraph 2 (b) (xxii): Rape and other forms of sexual violence. Ob. cit., p. 495.

de mujeres y niñas para su explotación sexual es una forma contemporánea de esclavitud y constituye una violación grave de los derechos humanos.

Por lo que se refiere a los «matrimonios forzados», en la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales se planteó el debate de si estas conductas podrían constituir el crimen de lesa humanidad. En el caso *Brima y otros*, la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona denegó la condena por esclavitud sexual, razonando que tales matrimonios no son un crimen predominantemente sexual. Sin embargo, el mismo Tribunal en el caso *Sesay y otros* consideró que los matrimonios forzados constituyen tanto un crimen de esclavitud sexual como el tipo residual de «otros actos inhumanos», de forma acumulativa.

Es necesario precisar la diferencia entre los crímenes de matrimonio forzado y los matrimonios concertados (*arranged*), que se celebran tradicionalmente en diversas partes del mundo. Estos últimos están basados en el consentimiento de ambas partes en el acuerdo matrimonial (suscrito por los padres de los contrayentes), pero no necesariamente con el consentimiento de las personas unidas en matrimonio, muchas veces menores de edad. Por el contrario, los matrimonios forzados suponen la falta total de consentimiento de, al menos, una de las partes.

El Relator Especial de las Naciones Unidas para las Formas Contemporáneas de Esclavitud ha considerado, con sobrada razón, que las violaciones repetidas y abusos sexuales sobre mujeres y niñas bajo el pretexto de «matrimonio» constituyen esclavitud, pues las víctimas carecen de libertad para rechazar el falso matrimonio o decidir en qué términos comprometen su actividad sexual. Como afirma la doctrina⁶⁸, el Relator Especial interpreta que la esclavitud sexual abarca las situaciones en las que las mujeres y las niñas son forzadas al matrimonio, servicio doméstico y otros trabajos forzados que incluyen una actividad sexual forzada por sus captores. Puede añadirse el argumento de que el control relativo al acceso sexual es, en sí mismo, una forma de ejercer el derecho o poder de propiedad sobre una persona.

3. Otras formas de violencia sexual

El tipo residual del crimen de violencia sexual en los conflictos armados internacionales (art. 8.2. b) xxii del ER) difiere del crimen de lesa humanidad, también residual (último inciso del art. 7.1.g) del ER). Así, el

⁶⁸ Cottier, M. y Mzee, S. Article 8, Paragraph 2 (b) (xxii): Rape and other forms of sexual violence. Ob. cit., p. 496.

crimen de guerra incrimina «cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra», mientras que el crimen de lesa humanidad castiga «cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable».

Desde el punto de vista del principio de legalidad penal (taxatividad), este crimen de guerra residual incorpora al tipo un elemento normativo pues se remite para completar la acción punible a las infracciones graves previstas en los artículos 50, 51, 130 y 147 de los I. II. III y IV Convenios de Ginebra, respectivamente. A las que podíamos añadir, por su carácter complementario, los crímenes de guerra definidos en el artículo 85 del Protocolo I de 1947, Adicional a los Convenios de Ginebra. La incriminación residual de las violencias sexuales en el ER ha sido calificada como cláusula abierta (*open-phrased clause*) por los autores⁶⁹, que citan algunos preceptos del DIH que prohíben no solo la violación sino cualquier otra forma de atentado al pudor (art. 27 del IV Convenio de Ginebra, 76.1 del Protocolo I de 1977, art. 4. 2. e) del Protocolo II de 1977 y art. 3 común a los Convenios de Ginebra). Menciones normativas que, ciertamente, no resultan enteramente aplicables al tipo residual, pues lo relevante es que constituyan las antes citadas infracciones graves de los Convenios de Ginebra.

Frente a esta predeterminación normativa, el tipo también residual de lesa humanidad contiene un elemento valorativo («gravedad comparable»). Como hemos sostenido esta conducta no incurre en la prohibición de la extensión por analogía (art. 22.2 del ER) siempre que sea interpretada estrictamente por el Tribunal sentenciador. Pero existe notoria diferencia entre este elemento valorativo (que podría merecer algún reproche desde una deseable taxatividad) y el elemento normativo que contiene el crimen de guerra, que incorpora un mayor respeto del principio de legalidad penal.

En los Elementos de los Crímenes (artículo 8.2.b) xxii-6. Crimen de guerra de violencia sexual) resulta de importancia para el tipo el elemento segundo:

Que la conducta haya tenido una gravedad comparable a la de una infracción grave de los Convenios de Ginebra.

En la Comisión Preparatoria de la CPI (Nueva York, 1999), el Caucus de Mujeres por una justicia de género planteó interpretar este precepto residual de la forma más amplia posible, como se había pretendido en el Comité Preparatorio de la CPI (1997), pero la Representación de España objetó que la norma hacía una remisión concreta a las infracciones graves

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 500 y 501.

de los Convenios de Ginebra. Así, pueden existir formas «no graves» de violencia sexual que se excluyen del tipo residual al no satisfacer el requisito de alcanzar una «gravedad comparable» a la de una infracción grave de los Convenios de Ginebra. Hay que destacar que el precepto del ER incrimina:

«cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra»⁷⁰.

En los Elementos de los Crímenes se añade la expresión *gravedad comparable* (a una infracción grave de los Convenios de Ginebra) y se omite la palabra *también*. Por tanto, no concuerda con el texto literal de la descripción típica del ER.

Para la doctrina⁷¹ existen diversas interpretaciones posibles de este tipo residual. La primera es que solo cae bajo la jurisdicción de la CPI en la medida que estas formas de violencia sexual sean calificadas como graves infracciones de los Convenios de Ginebra. Sin embargo, se debe tener en cuenta la palabra *también* que emplea el precepto del ER. De forma que puede interpretarse que, al tratarse de un tipo residual, para la medición de la gravedad se exige que sea comparable a las otras cinco conductas que se incriminan (violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado y esterilización forzada) y, por otra parte, que alcance una gravedad comparable a la de una infracción grave de los Convenios de Ginebra. Realmente no se trata de dos requisitos diferentes, sino de dos criterios para excluir las violaciones sexuales no graves o menores, que no puedan alcanzar la gravedad de la descripción típica de los crímenes sexuales específicos que las anteceden y que tampoco constituyen una infracción grave de los Convenios de Ginebra. Se trata, en consecuencia, de un elemento normativo del tipo penal⁷².

Para algunos autores⁷³, el precepto excluye formas menores de violencia sexual u hostigamiento que no equivalen a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional (Preámbulo del ER) y que, por tanto, no son perseguibles ante la CPI. Para esta posición, cualquier otra forma de violencia sexual exige un mínimo umbral de gravedad comparable a una infracción grave de los Convenios de Ginebra, como la

⁷⁰ Artículo 8.2.b) xxii, *in fine* del ER.

⁷¹ Cottier, M. y Mzee, S., Article 8, Paragraph 2 (b) (xxii): Rape and other forms of sexual violence. Ob. cit., pp. 502 y 503.

⁷² Ver, en particular, la Introducción General a los Elementos de los Crímenes. Documento de Naciones Unidas PCNICC/2000/INF/3/Add. 1/, de 12 de julio de 2000, p. 6.

⁷³ Cottier, M. y Mzee, S., Article 8, Paragraph 2 (b) (xxii): Rape and other forms of sexual violence. Ob. cit., p. 503.

tortura, tratos inhumanos, experimentos biológicos, causar intencionadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente a la integridad física o a la salud; o, probablemente, cualquiera de las cinco formas específicas de violencia sexual tipificadas en el artículo 8.2.b) xxii del ER, en la medida en que sean consideradas *per se* como infracciones graves. Esta interpretación resulta conforme con el principio de legalidad penal⁷⁴.

Otra interpretación⁷⁵ sostiene que la frase del precepto que analizamos fue solo insertada para establecer que las referidas seis formas de violencia sexual constituyen graves infracciones de las normas y costumbres aplicables en los CAI, además de integrar graves infracciones. Postura que no es compatible con el hecho de que, en la Conferencia de Roma, que aprobó el ER, se expresó claramente que se trataba de fijar un mínimo umbral para esta cláusula residual.

La doctrina⁷⁶ se ha cuidado también, de presentar ejemplos de estas otras formas de violencia sexual, como obligar a una mujer a realizar ejercicios de gimnasia desnuda en público, las mutilaciones genitales (cercenar los pechos de las mujeres), los matrimonios forzados cuando no constituyan esclavitud sexual, los abortos forzados, la circuncisión forzada, la amputación del pene y las agresiones sexuales. Los Tribunales Penales Internacionales añaden desnudez pública forzada, secuestro de mujeres y niñas como esposas de la selva, verse obligadas a aliviar funciones corporales en la propia ropa o soportar el miedo constante a ser sometidas a violencia sexual⁷⁷.

C CRÍMENES DE GUERRA COMETIDOS EN CONFLICTOS ARMADOS SIN CARÁCTER INTERNACIONAL (CANI)

La tipificación en el ER de los crímenes de guerra de violencia sexual previstos en el artículo 8. 2. e) vi (violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado y esterilización forzada), cometidos en los CANI, es idéntica a la descripción de tales conductas como crímenes de lesa humanidad en el artículo 7. 1. g) del mismo ER. Ambos preceptos difieren únicamente en el tipo residual (cualquier otra forma de violencia

⁷⁴ Rodríguez Mourullo, G. (1997). *Comentarios al Código Penal*. Civitas, Madrid. Pp. 27 y ss.

⁷⁵ Cottier, M. y Mzee, S. Article 8, Paragraph 2 (b) (xxii): Rape and other forms of sexual violence. Ob. cit., p. 503.

⁷⁶ *Ibidem*, pp. 501 y 502.

⁷⁷ Ver, CICR, *Commentary on the First Geneva Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, ICRC, Cambridge University Press. Apartado 672.

sexual) que se incrimina en el inciso final de tales normas. Nos remitimos, en consecuencia, a lo escrito en el correspondiente apartado de este trabajo.

Sin embargo, en los Elementos de los Crímenes, si bien la tipificación de los crímenes de guerra de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado y esterilización forzada, es igual a la de los correspondientes crímenes de lesa humanidad, son diferentes los elementos genéricos o contextuales propios de los crímenes de guerra cometidos en los CANI, pues se exige:

Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no sea de índole internacional y haya estado relacionada con él⁷⁸.

Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establezcan la existencia de un conflicto armado.

Por tanto, respecto a los crímenes de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado y esterilización forzada), cometidos en los CANI, nos remitimos a lo expuesto respecto a los idénticos crímenes de lesa humanidad o a los crímenes de guerra perpetrados en los conflictos armados internacionales (CAI). Particularmente, en estos últimos es relevante el comentario sobre el crimen de esclavitud sexual y la incriminación en el mismo de los «matrimonios forzados».

1. Consideraciones sobre el tipo residual «otras formas de violencia sexual»

La última frase del artículo 8.2.e) vi del ER incrimina «o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra».

Sin embargo, en los Elementos de los Crímenes (artículo 8, 2) e) vi)-6. Crimen de guerra de violencia sexual) la redacción no es idéntica, pues es la siguiente:

«2. Que la conducta haya tenido una gravedad comparable a la de una infracción grave de los Convenios de Ginebra.

3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias que determinaban la gravedad de su conducta».

Naturalmente, debe prevalecer la redacción del precepto del ER.

⁷⁸ Gaggioli, G. Sexual violence in armed conflicts... Cit., pp. 513 a 517.

Para la doctrina⁷⁹, la palabra «también» utilizada por el referido artículo del ER confirma que los actos específicos tipificados en el mismo precepto (violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado y esterilización forzada) constituyen *per se* graves violaciones del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra.

Pero el problema interpretativo surge cuando nos encontramos con otros actos de violencia sexual que no son idénticos a las referidas conductas específicamente tipificadas en el mismo precepto. Porque es evidente que el artículo contiene un elemento normativo que nos remite al mencionado artículo 3 común.

Del examen del artículo 3 común⁸⁰ deducimos que se prohíben en su número 1.º (en cualquier tiempo y lugar) y por lo que se refiere a conductas que pudieran tener relación con la violencia sexual: a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios y c) los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes, realizados contra las personas protegidas por el artículo 3.1.º. Es lógica la exigencia de que el contenido y desarrollo de tales actos constituyan una forma de violencia sexual grave y que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que determinan la gravedad de su conducta.

El propio ER, en el artículo 8.2 apartado c), en el caso de los CANI, las violaciones graves del citado artículo 3 común cometidas contra personas que no participan directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las Fuerzas Armadas que hayan depuesto las armas y las personas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, incrimina los actos siguientes:

- a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura,

⁷⁹ Zimmermann, A y Greib, R. Paragraph 2 (e) (vi: Rape and other forms of sexual violence. En: *The Rome Statute of the International Criminal Court...* Ob. cit., pp. 561 y 562.

⁸⁰ Suárez Leoz, D. (2017). Conflictos armados sin carácter internacional y Derecho Internacional Humanitario: Normativa aplicable. En: *Derecho Internacional Humanitario*. Ob. cit., pp. 978 a 980. Ver, el comentario al artículo 3 común en *Commentary on the Firts Geneva Convention. Convention (1) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armes Forces in the Field*. Ob. cit. Ver también, Mangas Martín, A. (1992). *Conflictos armados internos y Derecho internacional humanitario*. Universidad de Salamanca. Güell Peris, S. (2005). *Conflictos armados internos y aplicabilidad del Derecho internacional humanitario*. Madrid, Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo-CEU, Dykinson.

- b) los ultrajes contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes,

En cuanto a la gravedad de los ultrajes, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia estimó que la humillación (real y grave, pero no necesariamente duradera) de la víctima debe ser tan intensa que cualquier persona razonable se indignaría y que el delito puede resultar de una combinación o acumulación de varios actos que, tomados individualmente, podrían no constituir un ultraje a la dignidad de la persona⁸¹

Excluimos los apartados iii y iv, por no guardar relación con la violencia sexual.

Por lo que se refiere a la tortura⁸², los autores citan la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (caso *Celebici*), del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (caso *Akayesu*), de la Comisión Inter-Americana de Derechos Humanos (caso de Fernando y Raquel Mejía *versus* Perú) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso de *Aydin versus* Turquía).

Consecuentemente, en los Elementos de los Crímenes, relativos al artículo 8.2.c) ii) Crimen de guerra de atentados contra la dignidad personas, se establecen las siguientes condiciones:

1. Que el autor haya sometido a una o más personas a tratos humillantes o degradantes o haya atentado de cualquier otra forma contra su dignidad.
Se añade en la nota 57 que, para los efectos de este crimen, el término «personas» puede incluir personas fallecidas. Se entiende que la víctima no tiene que ser personalmente consciente de la existencia de la humillación o degradación u otra violación. Este elemento tiene en cuenta los aspectos pertinentes de la cultura a que pertenece la víctima.
2. Que el trato humillante, degradante o el atentado contra la dignidad haya sido tan grave que esté reconocido generalmente como ultraje contra la dignidad personal.
3. Que esa persona o personas hayan estado fuera de combate o hayan sido personas civiles o miembros del personal sanitario o religioso que no tomaban parte activa en las hostilidades.

⁸¹ CICR. *Commentary on the Firts Geneve Convention (I) for the Amelioration off the Contition of the Wounded and Sick in Armes Forces in the Field*. Ob. cit., apartados 664, 665 y 666.

⁸² Zimmermann, A. y Greib, R. Paragraph 2 (e) (vi: Rape and other forms of sexual violence. Ob. cit., p. 562, nota 1591.

4. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esta condición.

En definitiva, la incriminación del tipo residual que considera crímenes de guerra en los CANI cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, como elemento normativo, nos remite a los crímenes (tipificados en el mismo apartado del precepto penal) de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado y esterilización forzada, así como a las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los tratos humillantes y degradantes. Abarca asimismo, los atentados contra la dignidad que hayan sido tan graves que estén reconocidos generalmente como ultrajes contra la dignidad personal. En este último crimen se incorpora un elemento valorativo.

6. CONCLUSIONES

El Estatuto de la CPI supuso un paso de gigante⁸³ en la configuración del fundamento del *ius puniendi* que, ahora, los Estados en buena parte confían a un Tribunal supranacional que no puede prescindir (al lado de la retribución y de la prevención general y especial, así como de la reparación de las víctimas), de conceptos tales como la proporcionalidad de la pena con el hecho, el grado de culpa del condenado, el garantismo⁸⁴ o el fin resocializador de la sanción, presididos por el principio de humanidad propio del moderno derecho penal.

Así, el sistema de la Justicia Penal Internacional nace con el propósito de luchar contra la impunidad de quienes han cometido o, en el futuro, puedan perpetrar los «crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional» que, paradójicamente, no son castigados por la inadecuación *de facto* del derecho penal interno de los Estados, incapaces de iniciar siquiera la acción penal contra las autoridades nacionales, muchas veces responsables de tan graves delitos.

En definitiva, la valoración jurídica del futuro de esta gran institución para el siglo XXI, nos lleva a la concluir que el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que entró en vigor el 1 de julio de 2002, es ya una parte irrenunciable del patrimonio jurídico de la humanidad.

⁸³ Condorelli, L. La Court Pénal Internationale: un pas de géant (Pour qu'il soit accompli...). *Revue Générale de Droit International Public*. 1999-1, vol. 103.

⁸⁴ Faiza King, P. y La Rose, A. M. (1999). Penalties under the ICC Statute. En: *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*. Vol. I, Il Sirente.

Ahora bien, de la «eficacia» de la CPI es muestra que, en casi 20 años de funcionamiento, ha pronunciado ocho sentencias en juicio oral sobre crímenes de su competencia material y una sobre delitos contra la administración de justicia, algunas pendientes de recurso de apelación.

Más concretamente, aunque la violencia sexual está tipificada como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra en el Estatuto de Roma (ER), la CPI no ha pronunciado una sentencia condenatoria sobre estos graves crímenes internacionales hasta la sentencia dictada el 8 de julio de 2019 en el caso Bosco Ntaganda (en la República Democrática del Congo), 17 años después de la constitución de la Corte Penal Internacional.

En un puntual análisis jurídico, suscitan una imprescindible crítica doctrinal algunos preceptos del ER, como la regresiva definición (desde el punto de vista sociocultural) del término «género» (art. 7.3) y la presunción *iuris et de iure* establecida en la exigente de obediencia jerárquica (art. 33.2). Precepto que merece una fundada censura desde la óptica de los principios básicos del derecho penal y procesal.

Por lo que se refiere a la incriminación de la violencia sexual en el ER y en los Elementos de los Crímenes, se respeta de forma aceptable el principio de legalidad penal en los examinados crímenes de violación, esclavitud sexual prostitución forzada, embarazo forzado y esterilización forzada. E incluso no se infringe el principio *nullun crimen sine lege* en el tipo residual de cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable. Y ello, a pesar del elemento valorativo que figura en los crímenes de lesa humanidad. Desde luego, con la taxatividad mejor garantizada en los crímenes de guerra, en los que se aporta el elemento normativo consistente en una remisión expresa a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949.

Posteriormente, por sentencia de la Sala de Primera Instancia IX de 4 de febrero de 2021, Dominic Ongwen fue declarado culpable de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, en una proliferación de tipicidades y un abigarrado muestrario de crímenes. Fue condenado por 61 delitos y absuelto de 8 cargos.

En la resolución condenatoria, todavía no firme al estar pendiente del recurso de apelación en la CPI, se califica además a Dominic Ongwen como autor directo de un crimen de matrimonio forzado como otro acto inhumano similar [art. 7.1.k) del ER].

Podemos preguntarnos, si era preciso residenciar estas conductas de Dominic Ongwen, como autor de los imputados matrimonios forzados, en el tipo residual del artículo 7.1. k) del ER., cuando era posible deducir de los hechos probados y de los razonamientos de la sentencia, que podrían

ser tipificados como delitos de violación, esclavitud sexual o embarazo forzado del artículo 7.1.g) del ER.

Se acude, por el contrario y sin necesidad que lo justifique, a imputar un tipo (inexistente como *nomen iuris*) en el ER y calificarlo en el tipo residual y polémico de los crímenes de lesa humanidad. No discutimos que, en otras circunstancias de hecho, los matrimonios forzados puedan encontrar acomodo en los tipos residuales del artículo 7.1.g) *in fine* e incluso en el artículo 7.1.k), ambos del ER.

En suma, la sentencia que condenó a Dominic Ongwen como autor de crímenes de matrimonio forzado, calificándolos en el tipo residual de otros actos inhumanos similares [art. 7.1.k) del ER], realiza una interpretación no estricta, analógica e innecesaria de este precepto que cierra la relación de los crímenes de lesa humanidad.

La sentencia, por otra parte, no respeta el criterio de evitar duplicidades, incurre en la acumulación de cargos, incide en una proliferación de tipicidades y presenta un abigarrado muestrario de crímenes que, aun teniendo en cuenta las relaciones de alternatividad de que adolece el ER, puede afectar al derecho de defensa.

Por lo expuesto, albergamos la esperanza de que, en el caso de la condena de Dominic Ongwen, la Sala de Apelaciones de la misma Corte comparta y confirme la taxatividad como derivada del principio de legalidad penal proclamado en el ER y recuerde la prohibición de la analogía *in malam parte*, como uno de los principios generales del derecho penal contenidos en el propio Estatuto y garantizados en los ordenamientos penales de los Estados.

Como escribió Claus Roxin: *Donde están en juego pasiones humanas —¿y en qué proceso penal no lo están?— la fuente más turbia de conocimiento es un sentimiento jurídico no articulable conceptualmente*⁸⁵.

Principio de legalidad penal y prohibición de la analogía, porque la justicia no se alcanza a través del sentimiento de lo justo del juzgador, sino en el sometimiento del juez a la necesidad ineludible de respetar la norma, como expresión objetiva de la justicia y garantía del estatutario principio *pro reo*.

⁸⁵ Roxin, C. (1967). *Täter Schaft Tatherrsschaft*. Hamburg. 2.^a ed., p. 626.