



Universitat Autònoma de Barcelona

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi queda condicionat a l'acceptació de les condicions d'ús establertes per la següent llicència Creative Commons:  http://cat.creativecommons.org/?page_id=184

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis queda condicionado a la aceptación de las condiciones de uso establecidas por la siguiente licencia Creative Commons:  <http://es.creativecommons.org/blog/licencias/>

WARNING. The access to the contents of this doctoral thesis it is limited to the acceptance of the use conditions set by the following Creative Commons license:  <https://creativecommons.org/licenses/?lang=en>



Universitat Autònoma de Barcelona

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BARCELONA.
FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE CIENCIA POLÍTICA Y
DERECHO PÚBLICO

PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO
PÚBLICO Y FILOSOFÍA JURÍDICO
POLÍTICA.

TITULO:

LA VIOLENCIA SEXUAL EN LOS
CONFLICTOS ARMADOS: UNA REFLEXIÓN
CRÍTICA SOBRE SU CONFIGURACIÓN
JURÍDICA, JURISPRUDENCIAL Y
DOCTRINAL

TESIS DOCTORAL.

**Presentada por: Eulàlia Pascual i
Lagunas**

DIRIGIDA POR:

Dra. Teresa Freixes Sanjuan

Año de Defensa de la Tesis: 2017

Agradecimientos

A la Dra. Teresa Freixes por haber aceptado dirigir esta tesis.

A mi misma por haberla llevado a cabo pese a todo

ABREVIATURAS

art.	artículo
Aptdo	apartado
AGONU	Asamblea General de Naciones Unidas
CCLO	Countrol Council Law
CEDAW	Convención contra toda forma de Discriminacion contra la Mujer
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
Parraf	Párrafo
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales
TESL	Tribunal Especial para Sierra Leona
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia

Tesis Doctoral:

LA VIOLENCIA SEXUAL EN LOS CONFLICTOS ARMADOS: UNA REFLEXIÓN CRÍTICA SOBRE SU CONFIGURACIÓN JURIDICA, JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL.

INDICE

PRESENTACIÓN DEL TRABAJO.	3
INTRODUCCIÓN	12
CAPÍTULO I.-	
DESARROLLO HISTÓRICO DEL RECONOCIMIENTO DEL DELITO DE VIOLENCIA SEXUAL EN LOS CONFLICTOS ARMADOS EN LA NORMAS	38
1.- El concepto del honor hasta el S.XX.	47
2.- Primeros precedentes normativos: El “ <i>Ius in Bello</i> ” de Hugo Grotius. Francisco de Vitoria. La Escuela Española de Derecho.	55
3.- El Código Lieber.....	59
4.-Henry Dunant Fundador de La Cruz Roja.....	62
5.-Gustave Moynier precursor de la Jurisdicción Internacional.	64
6.-Convención de La Haya de 1899 relativa a les Leyes y Usos de la Guerra Terrestre y Reglamento Anexo.....	68
7.- Convenio de La Haya de 1907.....	72
8.- La Comisión Lansing “Comisión para la Responsabilidad de los Autores de La Guerra.”	75
9.- La Convención de Ginebra de 1929.....	81

10.-La Segunda Guerra Mundial. La Carta de Las Naciones Unidas.....	83
11.-Final de la guerra y Acuerdo de Londres.....	87

CAPITULO II.

PRIMEROS TRIBUNALES INTERNACIONALES PARA CRIMENES DE GUERRA. DESARROLLO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL.....93

1.- EL Tribunal de Nüremberg.	94
2.-Estatuto del Tribunal de Nüremberg.....	97
3.-Las Mujeres profesionales del Tribunal de Nüremberg y su invisibilización histórica.....	102
4.- Control Council Law nº 10: Tribunales nacionales para crímenes de guerra.....	110
5.- El Tribunal Militar Internacional para Extremo Oriente: Tribunal de Tokio.....	115
6.-La violencia Sexual y las Comfort Women.....	119
7.-EL Estatuto del Tribunal Militar Internacional para Extremo Oriente.....	123
8. El Legado de Nüremberg y Tokio. Los principios de Nüremberg.....	126.
9.-La Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas.	130
10.-La Corte Internacional de Justicia de Naciones Unidas.	137
11.- La Convención de Ginebra de 1949 y sus Protocolos.	

.....	141
12.-La Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948 (entrada en vigor en 1951.).....	Pág. 149
13 Instrumentos Convencionales sobre Derechos Humanos DUDH, PIDCP, PIDESC, CEDAW, CONVENCION SOBRE DERECHOS DEL NIÑO.152
14.- Declaración y Programa de Acción de Viena 1993.....	162
15.-Recapitulación y Primeras Consideraciones.....	167

CAPÍTULO III.-

LOS TRIBUNALES AD HOC PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA Y RUANDA COMO PUNTO DE INFLEXIÓN.....174

1 La violencia sexual en el conflicto de la antigua Yugoslavia. 176
2.- La resolución 827 (1993) de 25 de Mayo del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas por el que se crea un Tribunal Internacional para los Crímenes en la Antigua Yugoslavia. 178
3.-Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ExYugoslavia (TPIY) de 25/05/93.....	186.
• Competencia <i>ratione materiae</i>	187
• Protección Víctimas y testigos.....	194
• Competencia <i>ratione temporis</i>	196
• Competencia <i>ratione personae</i>	196

4.- El Tribunal Internacional para Ruanda.(TPIR)	201
5.-Estatuto del Tribunal Especial Para Rwanda.	202
• Competencia <i>ratione temporis</i>	203
• Competencia <i>ratione materiae</i>	204
• Competencia <i>ratione personae</i>	207

CAPITULO IV

EVOLUCIÓN NORMATIVA. BEIJING. TRIBUNALES ESPECIALES. LAS RESOLUCIONES SOBRE MUJER, PAZ Y SEGURIDAD..... 211

1.-BEIJING. Beijing + 15, + 20. La Convención de Belem Do Pará.....	211
2.- El Tribunal Especial de Mujeres de Tokio 2000... .	219
3.- El tribunal especial para Sierra Leona.....	224
4.- El Estatuto del Tribunal especial de Sierra Leona.....	226
5- Resolución de Naciones Unidas sobre Violencia sexual en las zonas de conflicto de la antigua Yugoslavia. Women 2000: Informe de Naciones Unidas sobre Violencia Sexual en Conflicto 1998.....	229
6- Las resoluciones sobre Mujer, Paz y Seguridad de Naciones Unidas.....	235

CAPITULO V

LA CORTE PENAL INTERNACIONAL	261
1.La Corte Penal Internacional como cristalización de la Justicia Penal Internacional.....	265.
2. La complementariedad como objetivo.....	269
3.- Estructura de la Corte. Y Normativa que la rige.:	276
4.- El mandato de género en la Corte Penal Internacional...	285
4.-La persecución temática de los Crímenes Sexuales.....	290

CAPITULO VI.

LA DEFINICIÓN NORMATIVA DE LOS CRIMENES SEXUALES EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y SU DESARROLLO EN LA JURISPRUDENCIA Y EN LA DOCTRINA.....	299
1.- Sexo, género y el bien jurídico protegido.....	299
2.-Concepto espacio temporal de conflicto armado en relación con las víctimas de violencia sexual en conflicto. Las partes en conflicto.....	314
3.- Distinción entre crimen de guerra y crimen de lesa humanidad.....	325
4.-Concepto de violación.....	331
5.- El crimen de Tortura Sexual.....	343
6.-Esclavitud sexual.....	348
7.- Matrimonio forzado y Esclavitud Doméstica.....	356

8 Prostitución Forzosa	365
9.- Genocidio.....	368
10.- Embarazo Forzado.....	379

CAPITULO VII.

LAS VICTIMAS ANTE LA CPI.	384
1.- Estatuto Procesal de las Víctimas ante la CPI.....	384
2.- El Concepto de Víctima.....	400
3.- Protección de las víctimas ante la CPI: riesgos personales y doble victimización.....	404
4.- La Prueba de la violencia sexual. Protocolo de Londres	418
5.- La Cuestión de los testimonios Grabados en la Corte y el Derecho Comparado.....	426

CAPITULO VIII.-

LAS VICTIMAS DE LA VIOLENCIA SEXUAL Y LOS CAMBIOS NECESARIOS EN EL ENFOQUE DE LA JUSTICIA.....	432
1.- Cambios de paradigma en el concepto de víctima.....	432
2.- El rol de las mujeres en las guerras.....	440
3.- Los límites de la justicia retributiva en relación con la violencia sexual en conflicto.....	445

4.- Las teorías expresivistas del derecho y su impacto en el derecho penal internacional y la prevención y sanción de la violencia sexual en conflicto..... 453

5.- La teoría feminista del daño.....462

CAPITULO IX

JUSTICIA REAL PARA LAS VICTIMAS: JUSTICIA RESTAURATIVA

.....470

1.- Reparaciones.....471

2.- La justicia restaurativa y sus elementos487

3.- Restauración de una vida493

4.- El derecho a la verdad.....497

5.- La garantía de no repetición.....502

CAPITULO X

LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL Y SU VALOR TRANSFORMADOR EN PARTICULAR CON LA VIOLENCIA SEXUAL EN CONFLICTO..... 508

CONCLUSIONES..... 518

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS..... 535

Bellaterra a 19 de Junio de 2017

Non nobis domine, non nobis, sed nomini tuo ad gloriam

La necesidad de acabar con estos despreciables crímenes y de cambiar la cultura de impunidad y de ignorancia en la cual prosperan, ha sido una parte intrínseca de mi trabajo y compromiso personal como mujer, como abogada y como Fiscal.

Fatou Bensouda¹

NOTA: Las traducciones que figuran en este trabajo las ha realizado la autora.

¹ ICC Press release.09/12/2014. ICC-OTP.20141209-PR1073.Launch of the ICC Office of the Prosecutor's Policy On Sexual Violence and Gender-Based crimes.

PRESENTACIÓN DEL TRABAJO

Cuando decidí emprender este trabajo, la violencia sexual en conflictos armados era un drama conocido y estudiado pero un poco anecdótico. Hoy la realidad es diferente: la violencia sexual se ha convertido en una hiperealidad reforzada en los medios de comunicación. Se la conceptúa como arma de guerra y tanto la doctrina como las Naciones Unidas se han centrado en la misma: la violencia sexual en conflicto se ha convertido en una especie de tema estrella del derecho penal internacional después de siglos de ostracismo absoluto.

Y la realidad es terrible. En Siria y en el Medio Oriente asistimos de nuevo a aquellos mercados de esclavas y esclavos que en las películas de Hollywood solían reflejarse poniendo a Lana Turner o cualquier otra actriz espectacular vestida con sugerentes abalorios y al actor de moda como jeque efectuando la compra. Desgraciadamente la realidad es radicalmente distinta y monstruosa como relatan Nadia Murad, a la que conozco y

admiro, y Lamiya Aji Bashar, dos muchachas yazidis que fueron esclavas sexuales de ISIS. Según lo relata Nadia, es como morir en vida. Ella ha sobrevivido a este infierno con una tristeza en los ojos que sobrecoge. Lamiya no ha tenido tanta suerte. Una agresión con ácido la ha desfigurado de por vida. Ellas y todas las que he conocido en tantas conferencias y congresos están de alguna forma en este trabajo. Porque yo también como Fatou Bensouda, Fiscal General de la Corte Penal Internacional, a quien tengo el honor de conocer, explica en la cita que hace de cabecera a este trabajo, me sentí compelida como mujer, como abogada y como persona comprometida con los derechos humanos, a realizar un estudio jurídico sobre uno de los dramas más graves,-y hasta hace muy poco muy ignorados-, de las guerras de todos los tiempos convertido en una pandemia en las guerras del S.XXI. Todo trabajo debe emprenderse con una motivación y no puede realizarse bien si no lo impregna la pasión.

A lo largo de todos los años que he colaborado con instituciones y asociaciones dedicadas a los derechos humanos,-dedicación que me llevó en 2009 a ostentar el cargo de Presidenta de la Federación de ONG'S Catalanas por los Derechos Humanos tras más de cinco como vocal de su Junta directiva-, me ha preocupado la sistemática falta de un enfoque estrictamente jurídico y riguroso. Ciertamente es que las movilizaciones y reivindicaciones son necesarias pero deben sustentarse luego en una sólida base técnica capaz de vehicular las protestas y promover cambios en las leyes. Salvo Esteban Peralta no hay profesionales españoles en la Corte Penal Internacional y ni la Corte ni su trabajo no han sido conocidos ni tenidos en cuenta hasta hace muy poco, a raíz de la visita de su Presidenta, la Sra. Gurmendi a la Asamblea del Colegio Penal Internacional (institución a la que pertenezco) celebrada en Valencia en Febrero de este año 2017 y a su Conferencia en el Colegio de Abogados de Barcelona. Posteriormente el Ministro de Exteriores español, Sr. Dastis efectuó por primera vez una visita oficial a la Corte.

Mi primer objetivo fue pues abordar la violencia sexual en los conflictos armados y la justicia para sus víctimas de forma rigurosamente jurídica. Como ya me advirtió la Dra. Freixes al plantearle esta tesis, este tema y también temas relacionados con la guerra y el género se habían tratado frecuentemente pero siempre en forma de artículos breves y conferencias, lo que demuestra la importancia y el interés del asunto pero muy raramente en libros o tratados de forma exhaustiva. Ello puede comprobarse en la Bibliografía que acompaña esta tesis.

Esta dispersión y multiplicidad no favorece el estudio ni la comprensión de este crimen ni de sus consecuencias, por lo que mi segundo planteamiento fue realizar un trabajo que integrara, por una parte, la normativa sobre la violencia sexual en los conflictos con un recorrido histórico desde los primeros tratados sobre el "*ius ad bellum*" y el "*ius in bellum*" hasta el Estatuto de Roma, normativa que, a partir de la Segunda Guerra Mundial, comprende también la de los primeros Tribunales

Internacionales y las Convenciones de Derechos Humanos y Resoluciones de Naciones Unidas, es decir se trata de un recorrido histórico por la construcción del derecho penal internacional focalizado en los delitos de violencia sexual.

Y, por otra parte, me proponía integrar el análisis normativo de los delitos de violencia sexual con el estudio de la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc*, los Tribunales Especiales y la Corte Penal Internacional paralelamente con la doctrina más relevante,-en ocasiones muy repetitiva-, todo ello con el fin de reunir y armonizar todo este corpus jurídico de forma que en un solo volumen pudieran encontrarse los principales referentes jurídicos sobre el tema y un análisis de los mismos. La jurisprudencia de los Tribunales Internacionales ha sido importantísima: a falta de un *corpus normativo* consistente sobre este tipo de delitos, tanto el TPIY como el TPIR² tuvieron que “construir” los conceptos de violación y definir los elementos de este y

² Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia, Tribunal Internacional para Ruanda.

otros delitos sexuales. En ese sentido su valor es inmenso.

Aunque la mayor parte de la Bibliografía proviene de trabajos académicos o jurisprudencia, no he despreciado otras fuentes como medios de comunicación o las páginas *web* de organizaciones de derechos humanos cuando he creído que podían aportar datos interesantes como por ejemplo, entre otras, la de TRIAL, organización internacional que se centra en el estudio y promoción de la justicia penal internacional.

También he querido reivindicar con cariño y orgullo la labor de las profesionales que actuaron en el Tribunal de Nüremberg, tan ignoradas y olvidadas. Como podrá verse a lo largo de este trabajo, si la violencia sexual en conflicto está en la agenda internacional es gracias al impulso de las mujeres profesionales del ámbito jurídico y académico principalmente. Y aunque de ellas todos se hayan olvidado, las profesionales de Nüremberg fueron en cierto modo pioneras en el primer tribunal penal internacional, tan pioneras como

aquellas valientes sufragistas que lucharon por el voto femenino. Sin ellas la violencia sexual sería aún un “daño colateral inevitable”.

Sin embargo mi trabajo tenía un eje fundamental que era la justicia para las víctimas. Tras todos los avances jurídicos ¿se hacía justicia a las víctimas? Como señalan muchas autoras, tras esa hiper-realidad se difuminan las víctimas. La hiper-realidad las convierte en invisibles. La justicia penal internacional tiene competencia sobre crímenes que se producen a gran escala, sobre miles de víctimas y rara vez juzga a los perpetradores directos pero tras cada acto concreto existe una víctima individual.

Esa es la cuestión que se aborda a lo largo de todo el trabajo y particularmente en su segunda y tercera parte al examinar el estatuto procesal de las víctimas en los tribunales penales internacionales y como la excesiva influencia del *common law* en dichos tribunales ha desdibujado los derechos de las víctimas aunque también han influido las propias características de

los casos, con un número inabordable de víctimas. El examen de la estructura de la Corte Penal Internacional y las críticas de varios jueces y fiscales nos llevan a plantearnos si no es necesario revisar a fondo todo el enfoque que se realiza en la Corte Penal Internacional sobre la participación de las víctimas.

En relación con las víctimas también se ha revisado todo el sistema de prueba de estos delitos, casi exclusivamente basado en testimonios y se proponen cambios procesales, mejoras en la investigación y más garantías. Por otra parte se propone una visión de género en la evaluación del daño y del trauma.

En la última parte del trabajo se cuestiona todo el sistema de indemnizaciones y se sugiere un enfoque diferente en relación con las reparaciones a las víctimas basado en una justicia restaurativa más imaginativa e innovadora.

Finalmente se realiza una reflexión sobre la influencia de la Corte y su incidencia política en la prevención de los crímenes de violencia sexual que, lejos de reducirse, tienen un aumento exponencial.

Pese a todo si tantos nos esforzamos en estudiar estos crímenes es tal vez por creer en el fondo como Todorov que:

"La conclusión más optimista que podemos extraer sobre la vida dentro y fuera de los campos de concentración es la de que el mal no es inevitable" Tzvetan Todorov³

³ TODOROV, Tzvetan. "Facing the extreme. Moral Life in the Concentration Camps". Visto en <http://kirkusreviews.com/book-reviews/tzvetan-todorov/facing-the-extreme>. (pág. Visitada el 15/01/15)

INTRODUCCIÓN

Es casi inevitable reconocer la base de rechazo moral que suscitan ciertos crímenes y cuanto vulneran la dignidad del ser humano. El derecho internacional público surge de la conciencia de las naciones como una restricción al poder estatal especialmente en materia de derechos humanos y desde el principio uno de los mayores escollos para su desarrollo y aplicación ha sido la falta de una autoridad superior y la debilidad de su poder sancionador lo que ha llevado a algunos autores como John Austin a concluir que el derecho internacional constituye ante todo una obligatoriedad moral. Sin embargo lo cierto es que cada vez más existe un acatamiento implícito del derecho internacional y los incumplimientos por parte de los Estados suscitan reacciones cada vez más contundentes por parte de la comunidad internacional. El derecho penal internacional surge de este rechazo moral hacia las vulneraciones más graves del derecho de gentes, de esta conciencia de que existen crímenes que por su naturaleza deben ser juzgados en el

ámbito internacional porque su gravedad es tal que afectan a la humanidad entera. Como señala Anne-Marie Slaughter “En esencia, los crímenes competencia del derecho internacional son tan odiosos que golpean a la humanidad entera y producen un choque en la conciencia de las naciones”.⁴

Desgraciadamente, la violencia sexual contra las mujeres no ha golpeado realmente la conciencia de la humanidad hasta hace muy poco. Este cambio se ha debido en gran parte a las reivindicaciones de las propias mujeres cuando, al acceder éstas a cargos políticos y jurídicos de relevancia o intervenir directamente en los tribunales, han logrado presionar en dicho sentido. Sin embargo hay que señalar que el acceso a de las mujeres a dichas posiciones de “empoderamiento” ha sido muy reciente teniendo en cuenta la historia de la humanidad y, aún así, sigue siendo proporcionalmente escaso. Pese a ello hay que reconocer la capacidad

⁴SLAUGHTER, Anne Marie “Defining the limits: Universal Jurisdiction and International Courts” . En “*Universal jurisdiction: National courts and the prosecution of serious crimes under international law*”. Año 2006. Ed. Stephen Macedo. University of Pennsylvania Press. Págs. 168-190

reivindicativa y activista de las mujeres ya que pese a lo tardío de su incorporación y su escasa representatividad han sido capaces de impulsar de manera eficaz y con voluntad de hierro grandes cambios legislativos, introducir temas en la agenda política, liderar movilizaciones en la ciudadanía y promover su mensaje en la opinión pública.

Creo, como indican la mayoría de trabajos consultados, que esta postura hacia las agresiones sufridas por las mujeres en todos los conflictos armados a través de los siglos, está evidentemente relacionada con el papel de la mujer en la sociedad y su consideración como un objeto propiedad del varón de la familia o un ser menor cuya vida importaba poco y no como un sujeto de derecho y de derechos, un tema sobre el que nos extenderemos más adelante. Pero pienso que también ha intervenido la mala conciencia de todos los ejércitos ya que, tanto vencedores como vencidos eran culpables de dichos crímenes. Y por ello era mejor ignorarlos. Esto resulta palpable en la II Guerra Mundial cuando, pese a las recomendaciones de la *Council World War*

nº 10 donde se recogía expresamente el delito de violación en el art. II apartado c) como crimen contra la humanidad, este desaparece y no se hace constar en el Estatuto de Tribunal de Nüremberg. Las tropas aliadas habían violado a las mujeres alemanas y cometido abusos de todo tipo y, de lo que se trataba era de establecer una diferencia entre "los buenos" y "los malos" cuando lo cierto es que las mujeres habían sido víctimas de ambos bandos.

Lo mismo había ocurrido en la Primera Guerra en que tras las recomendaciones de la llamada Comisión Lansing, tampoco se juzgó a nadie por dichos delitos. Y de igual forma ocurrió cuando se juzgó a los criminales de guerra en Tokio ya que, aunque hubo condenas por violencia sexual, se obvió totalmente el drama de las *comfort wives* y la dimensión cuantitativa y cualitativa de la violencia sexual ejercida por las tropas japonesas sobre las mujeres de China, Corea, Filipinas, Taiwan y otras.

Como señala un informe de las Naciones Unidas de 1998, sobre Violencia Sexual y

conflictos armados ⁵ .”La violencia sexual en conflicto no es un fenómeno nuevo. Ha existido tanto tiempo como conflictos ha habido en el mundo...Y aunque históricamente se tomaron muy pocas medidas para prevenir la violencia contra las mujeres durante los conflictos armados, no es cierto que siempre se silenciara. Los combatientes capitalizaron sobre el abuso a sus mujeres para ganar simpatías...”.

Nunca debemos olvidar que los delitos de violencia no pretenden solo la satisfacción sexual del que los comete. De hecho este enfoque ha logrado durante siglos que tales delitos fueran, sino ignorados, cuanto menos aceptados como inevitables y consecuentes con la idiosincrasia masculina exacerbada por el stress, el miedo y la ira que llevan aparejadas las batallas. Como señala Welzer-Lang⁶ “ dentro del imaginario con lógica masculina, la mujer no existe como sujeto,

⁵WOMEN 2000.“*Sexual Violence and Armed Conflict: United Nations Response*”. Published to the goals of Beijing Declaration and the Platform for Action. Visto en <https://www.un.org/womenwatch/daw/public/cover.htm>.

⁶ WELZER LANG, Daniel.“*Les hommes violents*”. Ed. Lierre et Coudrier.Paris 1991. Pág. 114

ella es un objeto para ser tomado, está para consumir". Por otra parte esa triste justificación, intrínseca en la expresión " el reposo del guerrero", llevada al extremo del cinismo, motivó la esclavitud sexual de las llamadas "*comfort wives*" a las que los soldados y altos mandos japoneses violaron sin contemplaciones en establecimientos previstos a tal fin durante la Segunda Guerra Mundial a los que podían acudir mediante los mismos pases con los que adquirirían la comida o otros bienes de primera necesidad puesto que se consideraba que las relaciones sexuales regulares eran necesarias para el mantenimiento de la moral de la tropa.

Y del mismo modo las "*bush wives*" de los recientes conflictos en las Repúblicas africanas eran reclutadas para el solaz de los combatientes y su servicio doméstico. Por otra parte los campos de concentración para mujeres de los nazis fueron escenario de prostitución forzada continuada.

La violencia sexual en los conflictos armados tiene elementos convergentes con la violencia sexual tal y como se concibe

en los ordenamientos internos sin embargo tiene elementos específicos que no existen en ésta última. En la Sentencia del caso Furundžija el TPIY se remitió a la definición de violación en los ordenamientos nacionales, lo que, según mi criterio, fue un enfoque equivocado ya que la violencia sexual en conflictos armados es utilizada, además de para ejercer una tortura física y psíquica, como un arma de guerra contra el enemigo. Como señalaba el Tribunal Especial para Ruanda en el caso Akayesu⁷ “la violación se usa con el propósito de intimidar, degradar, humillar, discriminar, castigar, controlar o destruir a una persona”. Pero en ambos casos, en el orden interno o en el ámbito de un conflicto armado, la violencia sexual tiene idénticas raíces estructurales en una sociedad patriarcal basada en el control de la mujer y su dependencia del hombre.

Lo cierto es que, al abordar el tema de la violencia sexual en conflictos armados, deberemos desarrollarlo sobre tres ejes: el de la violencia como arma de guerra para

⁷ Prosecutor v/ Jean Paul Akayesu. TPIR-ICTR-96-4-T. 2 /12/1998. Parraf. 687

destruir comunidades y desmoralizar al enemigo, como un delito grave de lesiones dado que la tortura física y psíquica constituyen el elemento central de estos delitos, y también deberemos tener en cuenta otro componente que, como se ha demostrado y se citará en este trabajo, la violencia sexual pretende anular y destruir : la dignidad de la víctima vulnerando aquella parte más íntima de la persona que es su sexualidad.

En el ámbito de las normas internacionales y, expresamente, sobre todo en las dimanadas de las Naciones Unidas, la dignidad humana siempre ha constituido un referente claro. La dignidad es un derecho poliédrico, que integra a su vez aquellos derechos sin los cuales un ser humano no puede vivir en plenitud material y emocional. Por ello, aquellos delitos que vulneran la dignidad de la persona son los más terribles y los que más secuelas graves llevan aparejadas. Si no logran terminar con la vida física de la víctima, en la mayoría de los casos quiebran para siempre su vida emocional y moral.

Uno de los elementos integrantes de la dignidad humana, es la reputación, la subjetiva y la objetiva ante la comunidad, aquello que anteriormente se llamaba el honor y hoy podríamos definir como el respeto de la persona por sí misma y el respeto que sienten por ella los demás. Como señala el Tribunal Constitucional Español en su Sentencia 53/1985: "la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás." Cuando Grozdana Čećez relata su experiencia ante el TPIY emplea las palabras: "me deshonró, nunca volveré a ser la misma". Es comprensible que muchos de los autores que han investigado y reflexionado sobre el delito de violencia sexual, ya sea en relación con los conflictos armados o no, hayan rechazado este concepto del honor por ser, históricamente, el que constituía la base de este tipo de delitos y se refería más bien al honor del hombre al que pertenecía la mujer convirtiéndola en objeto y no en sujeto de derecho. Como lo expresa Bourdieu: "las mujeres no son solo

símbolos, son valores que hay que conservar al abrigo de las ofensas y de las sospechas,....., es decir ellas son capital social, en función del incremento del capital simbólico de varón”⁸. La mujer representa pues un botín de guerra tanto en el sentido físico – por el placer que proporciona- como en el sentido figurado, ya que representa un capital simbólico del varón que es su dueño. Al no representar un valor en sí misma luego será rechazada ya que al violarla ha perdido su “valor” como posesión para su dueño y para la comunidad.

Pero, desde nuestro punto de vista, el honor, la reputación o, como señala el Tribunal Constitucional, “la idea que una persona se hace de si misma o la idea que de ella tienen los demás”⁹ constituye una parte fundamental de la dignidad de la persona y por ello es imposible no tener la en cuenta al enjuiciar estos crímenes y de hecho así se ha hecho. “El honor forma parte de la dignidad de la persona pero es un derecho autónomo. El honor es la

⁸ BOURDIEU, Pierre La domination masculine. En *Actes de recherche en sciences sociales*. Nº 84. Paris 1990. Pág. 27.

⁹ STC. 53/85

proyección pública de la dignidad humana, el reflejo de la dignidad intrínseca de la persona en la esfera social. Es un derecho relacionado con el respeto de los demás”¹⁰. La dignidad es pues un derecho intrínseco de todo ser humano que integra el derecho a ser respetado por los demás. Uno de los problemas más graves que a mi entender lleva aparejada la violencia sexual, sea cual sea el sexo de la víctima, es la mirada social que recae sobre la misma. En este aspecto los hombres son aún más vulnerables como víctimas que las propias mujeres. El carácter extraordinario íntimo de la sexualidad, las connotaciones sociales que la rodean, hacen que la víctima sea percibida con rechazo, aún inconscientemente. Una persona que ha sido torturada por el enemigo, si logra sobrevivir, es admirada por su fortaleza y visualizada como un héroe. Sin embargo, si la tortura ha consistido en abusos sexuales o violación, o prostitución forzada, la víctima no es percibida socialmente de la misma forma. La misma repugnancia que nos inspiran dichos

¹⁰ PASCUAL LAGUNAS, Eulalia. *Configuración jurídica de la dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Editorial Javier Bosch. Barcelona 2009. Pág. 57

crímenes parece impregnar de alguna forma a los que los han sufrido. Este es un aspecto que, en el que desgraciadamente, el derecho, no tiene mucho margen de acción salvo en lo que concierne a la protección de los testimonios de las víctimas lo que ha creado no pocos problemas en los procesos, y en particular los seguidos ante la CPI, en relación a los derechos de la defensa.

En muchos de los casos que examinaremos la violencia sexual no consistió en una violación, sino en obligar a la víctima a ejecutar actos degradantes como bailar desnudas obligando a hermanos a realizar actos sexuales, persiguiendo su destrucción moral, su denigración como ser humano atentando a aquello que constituye una de las parcelas más íntimas y vulnerables del ser humano, su sexualidad. Estos delitos provocan así heridas que no es posible o es muy difícil curar, mucho más profundas que las heridas físicas ya que, como señala el Tribunal en el caso Akayesu, las violaciones y violencias sexuales sufridas

llevan a “la destrucción del espíritu, del deseo de vivir y de la propia vida”.¹¹

La violencia sexual se intensifica en entornos de estrés. Se ha comprobado estadísticamente que en situaciones de crisis económica, de desempleo, de frustración, la violencia sexual se recrudece. Y no hay mayor estrés y desesperación que el que produce un conflicto armado. La violencia engendra violencia y aquel que la sufre, la revierte en una víctima más débil y desprotegida que él. Por ello la razón última de la violencia sexual en cualquier circunstancia es la vulnerabilidad de la víctima, vulnerabilidad tanto en sentido material como social. Como señala la profesora Vilellas Ariño¹², “el dominio patriarcal y las violencias, directa, cultural y estructural, permiten que, cuando la guerra da comienzo, el cuerpo de las mujeres se convierta en uno más de los escenarios en los que esta tiene lugar”.

¹¹ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL DE RUANDA. Sentencia de 02/09/1998 en el caso *Akayesu* nº ICTR 96-4-T. en <http://ictr.caselaw.org/docs/doc151154>. párr.731-732.

¹² VILELLAS ARIÑO, María. “Prólogo” en Leathermann, Janie *Violencia Sexual y Conflictos Armados*. Pág. 12.

En cuanto a un primer aspecto, la violencia sexual es un arma de guerra utilizada contra la mujer que es víctima de dicha violencia. Es como señala María Vilellas Ariño¹³ “una más de las herramientas de las que disponen los actores enfrentados para llevar a cabo la guerra..... se convierte así en una manera no solo de subyugar a las mujeres y a comunidades enteras, sino también, de una manera muy extendida, en un mecanismo para la obtención de beneficios económicos mediante redes de explotación y terror”. La agresión a las mujeres de una comunidad tiene como objetivo destruir la comunidad a la que pertenecen dicha mujeres, la humillación y desmoralización no solo de ellas sino de los hombres del grupo, y también la tortura psicológica como ocurriría cuando el abuso se realiza en presencia del esposo o de los hijos.

La jurisprudencia penal internacional, como veremos, ha desarrollado el concepto de violencia sexual como un delito de lesa humanidad, como crimen de guerra y, en última instancia, como genocidio.

¹³ VILELLAS ARIÑO, María en el “Prológo” Ob.Cit. Pág. 12.

En la violencia sexual, la mujer no es sujeto de derecho sino que deviene un instrumento para debilitar al enemigo. En este sentido, como hemos visto, se pronuncia Grotius en su tratado *De Iure Belli et Paci* y, también de alguna forma las Convenciones de La Haya de 1899 y de 1907. O bien se la considera como un objeto, en este caso patrimonial, la mujer formaría parte del "botín" con el que recompensa a los soldados victoriosos por su esfuerzo. Existen incluso referencias mitológicas en este sentido como "El Rapto de las Sabinas". La violación sería un derecho que se atribuye a los vencedores sobre las mujeres de los vencidos o conquistados. Pero también se considera una propiedad que se puede comprar o vender o regalar como esclava. Finalmente la mujer recupera de manera torticera sus "obligaciones" maritales como esclava sexual y doméstica, para la satisfacción y bienestar del combatiente, como lo fueron las "comfort wives" del ejército japonés o las "bush wives" de los recientes conflictos en el Congo. Históricamente se la considera "el reposo del guerrero" y su sufrimiento como una consecuencia

inevitable de cualquier conflicto, algo así como los “daños colaterales” que si bien lamentables, no pueden evitarse.

Cabe preguntarse si el aspecto sexual es el predominante en este tipo de violencia o considerar la violencia sexual como tortura contra la mujer que la sufre ya que, como veremos, ha sido repetidamente utilizada para provocar confesiones o castigar a las mujeres por hechos cometidos por sus hombres. En este aspecto las Convenciones de Ginebra apuntan ya a enfocar la violencia sexual como tortura física y psicológica pero siempre desde la perspectiva de la protección, sin establecer la agresión como delito, sin posibilidad de considerar que la violencia sexual contra la mujer es una tortura y equipararla a cualquier caso de tortura sobre el enemigo ya sea soldado o civil.

En un contexto histórico diferente, caracterizado por la irrupción de las mujeres en el mundo profesional, -también del derecho,- y por la reivindicación de la igualdad entre hombres y mujeres, tras la guerra de los Balcanes, y posteriormente,

tras el genocidio ruandés, se desarrolló, a partir de esas mismas normas y de los propios Estatutos de los tribunales especiales creados a raíz de estos conflictos, una nueva conceptualización de los delitos constitutivos de violencia sexual que culminaría en su tipificación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y los Elementos de los Crímenes.

Como señalábamos al principio, lamentablemente, lo cierto es que, en relación con los crímenes de naturaleza sexual, no existe, o no ha existido hasta fechas muy recientes, el rechazo universal que, como señala Anne-Marie Slaughter¹⁴ es fundamento de la jurisdicción universal *"In essence, crimes under International law are acts so heinous that they strike at the whole of mankind and shock the conscience of nations"*. Este rechazo moral hacia crímenes cuya naturaleza causa un reproche tan universal de la humanidad entera que los Estados llegan, en

¹⁴SLAUGHTER, Anne Marie "Defining the limits: Universal Jurisdiction and International Courts" en " *Universal jurisdiction: national courts and the prosecution of serious crimes under international law*". Págs. 168-190. Ed. MACEDO, Stephen. Philadelphia: University of Pennsylvania Press. 2004. <http://www.upennpress>

detrimento de su soberanía, a un consenso que asegure el castigo de dichos crímenes mediante la jurisdicción universal, no se produce cuando las víctimas de los crímenes son las mujeres. Y ello no solo ocurre cuando hablamos de violencia sexual en situaciones de conflicto sino de la violencia sexual contra las mujeres en general, y de la violencia general que se ejerce contra mujeres y niñas al discriminarlas, restringir sus derechos y libertades, imponer barreras constantes a su desarrollo y coartar su proyecto de vida.

Por fin, en su capacidad para dar vida, las mujeres también han sido violentadas y utilizadas de nuevo como instrumento para la limpieza étnica. El cuerpo de la mujer es un campo de batalla privilegiado. Según lo expresa María Vilellas Ariño en el prólogo del libro de Janie L. Leatherman¹⁵ sobre la violencia sexual en los conflictos armados: "la violencia sexual[...] considerada como una más de las herramientas de las que disponen los

¹⁵ LEATHERMAN, Janie L. *Violencia Sexual y Conflictos armados*. Prólogo Ed. Institut Catala Internacional per la Pau. Colección Paz y Seguridad. Vol.6 Pag.12.

actores enfrentados para llevar a cabo la guerra..... El dominio patriarcal y las violencias directa, cultural y estructural permiten que, cuando la guerra da comienzo, el cuerpo de las mujeres se convierta en uno más de los escenarios en los que esta tiene lugar. Pero no solo esto sino que la violencia sexual se perpetua mediante el silencio y la impunidad de los perpetradores”.

Al abordar la violencia sexual en un conflicto armado deben tenerse en cuenta todas estas perspectivas y entender que estos crímenes tienen unas consecuencias y repercusiones tanto en las víctimas como en sus familias y en sus comunidades que pueden perpetuarse por generaciones. Del sufrimiento de las mujeres en todas las situaciones descritas no existen monumentos en las plazas ni se han escrito panegíricos. La mujer que sufre la violencia del enemigo, es instrumento para humillar, debilitar o desmoralizar al enemigo, para modificar o exterminar una comunidad o para solaz y descanso de los combatientes, es malherida y destruida pero nunca heroína.

Aunque las mujeres sean las víctimas más frecuentes de la violencia sexual, los hombres también la sufren y por las mismas causas estructurales. El Estatuto de Roma ha categorizado estos crímenes de forma totalmente neutral salvo los que, como el embarazo forzado son específicamente femeninos.

La persecución de estos crímenes y la atención a las víctimas no puede desligarse del trasfondo que está relacionado con las antiguas normas del patriarcado, con la comunidad en la que viven las víctimas, con sus familias, con el honor y la reputación, especialmente y de forma más evidente en ciertas sociedades pero también de forma soterrada en la sociedad en general. La violencia sexual sea cual sea el contexto en el que se produce, afecta los derechos vinculados a la dignidad de la persona y tiene una doble dimensión, la individual y la que afecta a la comunidad ya que si bien la víctima es la que padece directamente la violencia sus secuelas afectan a toda su familia y a la comunidad en general. En este sentido son contundentes los estudios realizados sobre el tema presentados por los peritos

en los Tribunales Internacionales y en particular en el caso Lubanga. Muchas de las víctimas como veremos nunca han podido recuperar su lugar en sus comunidades ni rehacer sus vidas.

Al estudiar estos crímenes tanto desde la perspectiva normativa como desde la perspectiva jurisprudencial y doctrinal, no podemos obviar el hecho de que la construcción jurídica de estos crímenes y su categorización como crimen de naturaleza internacional susceptibles de ser sometidos a la jurisdicción del sistema penal internacional ha experimentado una evolución, influenciada sin duda por la incorporación de operadores jurídicos con mayor sensibilidad a las perspectivas de género, la mayoría de ellos mujeres. La decepción ocasionada por la actuación del Fiscal de la Corte Penal Internacional, Luis Moreno Ocampo en la sentencia Lubanga en la que no presentó cargos por violencia sexual pese a las numerosas pruebas existentes, y la nueva orientación impulsada por la Fiscal Fatou Bensouda que le ha sucedido en el cargo, demuestra que pese a los avances aún es necesario trabajar sobre conceptos, contextos y

matices en torno a esta materia, sin bajar nunca la guardia. Todo ello nos lleva a la propuesta de investigación que se sintetiza en este proyecto.

El objeto de este trabajo es reflexionar sobre la naturaleza de estos delitos, su impacto en las víctimas y sus comunidades, en la construcción de las sociedades post conflicto; estudiar la evolución histórica de las normas sobre usos y costumbres de la guerra y su perspectiva sobre estos delitos; analizar de manera crítica la jurisprudencia de los Tribunales de Nuremberg, Tokio, TPIY, TPIR así como los casos de la CPI complementándola con la doctrina relevante sobre el tema, a fin de seguir la evolución de la construcción jurídica de los delitos de violencia sexual en conflictos armados y de aportar conclusiones en relación a la misma. Y finalmente plantearse la cuestión sobre la consistencia real de las sentencias sobre la reparación debida a las víctimas y en definitiva reflexionar sobre la cuestión que plantea Margaret M, de Guzman¹⁶: “A

¹⁶ DE GUZMAN, Margaret M. “ An expressive rationale for the Thematic Prosecution of Sex crimes” en « *Thematic*

pesar de la creciente focalización en la persecución de los crímenes de naturaleza sexual en estos recientes años, no se ha realizado ningún esfuerzo, ni en los tribunales ni en la doctrina, por proveer una justificación filosófica para concederles prioridad. Aquellos que persiguen o escriben sobre estos crímenes asumen que los tribunales internacionales deben incrementar la persecución de estos crímenes. Los comentaristas algunas veces señalan los beneficios prácticos e institucionales de la persecución de los crímenes sexuales. Por ejemplo dicha persecución puede incrementar la capacidad de las instituciones para prevenir dichos crímenes fomentando una mayor capacidad de investigación y de sanción y el desarrollo y expansión de las leyes aplicables. Pero una cuestión fundamental que debe abordarse es: ¿por qué deberían los tribunales internacionales focalizar sus esfuerzos en los crímenes sexuales cuando cuentan con recursos escasos y limitados? La necesidad de una justificación destaca sobre la ampliamente

extendida máxima de que los fiscales deben dar prioridad a los crímenes más graves. A pesar de que los crímenes sexuales son considerados delitos de cierta gravedad en la mayoría (aunque no todos) de países del mundo, generalmente son conceptuados como menos graves que aquellos crímenes con resultado de muerte. En la mayoría de tribunales internacionales, la decisión de perseguir los crímenes de violencia sexual implica obviar otros crímenes de homicidio o asesinato porque los recursos son insuficientes para perseguir todas las muertes y todas las violaciones. Es por ello fundamental comprender porque la persecución de los crímenes de violencia sexual debe ser considerada prioritaria”.

Pese al rechazo de la mayor parte de la doctrina a relacionar el concepto de honor con estos crímenes por abominar de su utilización histórica en las normas sobre conflictos armados vinculada a una concepción retrógrada de la mujer, he reivindicado su importancia por entender que forma parte del estigma que recae sobre las mujeres que han sufrido violencia sexual y también por la forma en

que muchas de estas mujeres viven lo que les ha ocurrido con el sentimiento de haber visto pisoteado ese íntimo respeto ante ellas mismas y ante los demás.

En este trabajo utilizaré la expresión "conflicto armado" de la forma más amplia tal y como finalmente ,lo ha aceptado la Corte Penal Internacional, ya que, como señala Emanuela Cardoso Onofre de Alencar¹⁷, los relatos sobre violencia contra las mujeres en conflictos son muy numerosos a lo largo de la historia, pero dicha violencia se ha dado también en períodos de inestabilidad aunque el conflicto no hubiera estallado" y de hecho la violencia de género, sexual y no sexual se encuadra en una violencia continua contra las mujeres de la que a veces también son víctimas los hombres aunque siempre con base a los mismos estereotipos y estructuras de discriminación y dominación y que los

¹⁷ CARDOSO ONOFRE DE ALENCAR, Manuela. "La violencia sexual contra las mujeres en los conflictos armados. Un análisis de la jurisprudencia de los tribunales ad hoc para la Ex-yugoslavia y RUanda". Conferencia Universidad Autónoma de Madrid. Octubre 2011. Publicada en InDret. Revista para el análisis del derecho. Octubre 2011.

conflictos no hacen más que exacerbar o hacer salir a la luz.

CAPÍTULO I

DESARROLLO HISTÓRICO-NORMATIVO DEL RECONOCIMIENTO DEL DELITO DE VIOLENCIA SEXUAL EN LOS CONFLICTOS ARMADOS.

“Los derechos del hombre no son solamente materia de reflexión jurídico pedante. Son también objeto de juicios de valor. Ciertamente, solo cuando este juicio de valor se traduce por una norma jurídica expresada en términos claros, puede consolidar la preeminencia del derecho. Es sin embargo un error olvidar que en la base- en el origen de la norma jurídica misma que será luego aplicada- se encuentra una resolución moral de aquellos que no solo tienen opiniones o incluso convicciones sino el coraje de defenderlos” Mtr. Zupančič¹⁸.

¹⁸ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Opinión concordante del magistrado Sr. Zupančič en la Sentencia de 11/07/11. Caso N.54810/ ECHR. Jalloh c/ Alemania. 2006.IX http://www.univie.ac.at/echtr2006_jalloh_vs_germany.doc

Janie L. Leatherman ¹⁹ apunta a que una de las razones del silencio sobre la violencia sexual es la repugnancia que se siente ante dichos crímenes pero también señala que "El silencio sobre la violencia sexual ha afianzado las estructuras de poder económicas, sociales, culturales, y políticas del patriarcado.... La violencia sexual no se desarrolla aislada de las relaciones sociales de género que están moldeadas por la cultura y las condiciones socioeconómicas. El alcance de la violencia de género en la sociedad es una condición que predispone a la violencia sexual en la guerra y es una de las razones principales por las que las mujeres y niñas en países con altos niveles de discriminación y desigualdad de género corren un mayor riesgo de victimización por la violencia sexual." Los factores socioeconómicos influyen de manera determinante ya que las guerras contemporáneas se producen especialmente en países con estados débiles, y es justamente, como apunta la profesora Leatherman "en aquellos lugares del mundo donde la injusticia de género es mayor [donde] también lo son los índices

¹⁹ LEATHERMAN, Janie L. "*Violencia sexual y Conflictos Armados*" Ed. Institut Catala Internacional per la Pau. Colección Paz y Seguridad. Vol.6 Pág. 27,28 y 29.

de pobreza, hambre, fragilidad del estado y guerra”.

La discriminación de la mujer está estrechamente ligada al bajo desarrollo, a la pobreza y al mantenimiento de estructuras de estado jerarquizadas, corruptas, con muy bajo nivel de participación política de la sociedad e instituciones estatales ineficaces y débiles. Es por ello que el desarrollo de la juridificación de la violencia sexual ha corrido pareja al progreso de la mujer en la sociedad.

A lo largo del estudio comprobaremos que la evolución de las normas se ha producido, de forma pareja a la progresiva conciencia sobre la discriminación de la mujer. El impulso definitivo se da tras las Conferencias Internacionales de Beijing y Viena en las cuales la reivindicación sobre la violencia sexual entró definitivamente en las agendas políticas. Pero también, paralelamente, con la creación de los Tribunales Penales Internacionales y la incorporación a estos de operadores jurídicos, hombres y mujeres con sensibilidad de género.

Dicha evolución en cuanto al desarrollo de normas específicas que tipifiquen la violencia sexual como delito autónomo e impliquen la responsabilidad penal de sus autores a nivel internacional culmina con la proclamación del Estatuto de Roma y la creación de la Corte Penal Internacional de La Haya y otros Tribunales creados en su esfera de influencia como el Tribunal Especial de Sierra Leona, el de Timor Oriental, etc.

En esta evolución normativa, se parte de un enfoque centrado en la "protección" de la mujer, una especie de recomendación de intentar que no se produzcan estos delitos en la medida de lo posible. Sin embargo no se habla de una prohibición de dichos delitos ni tampoco se preveía una sanción expresa de los mismos. En este sentido es importante constatar que dichos delitos no se incluyen en el apartado de infracciones graves de las Convenciones de Ginebra, lo que hace difícil su represión y castigo efectivo (con la notable excepción del Código Lieber²⁰ que prevé la inmediata

²⁰ El Código Lieber del 24 de abril del año 1863, Instrucciones del Gobierno para los Ejércitos de los Estados

ejecución del culpable por su superior jerárquico). Es decir que en todo caso su castigo no se plantea de forma objetiva sino que se deja en manos del mando o del juzgador. Faltó una voluntad expresa de castigar dichos delitos ya que la violencia sexual es perfectamente subsumible a la tortura y a los tratos inhumanos y degradantes por lo que no era necesaria una previsión explícita. El Tribunal de Nüremberg de hecho declaró expresamente que: "las leyes de la guerra no son estáticas, sino que mediante la adaptación continua siguen las necesidades de un mundo cambiante "[*the laws of war are no static, but by continued adaptation follow the needs of a changing world*]²¹, de manera que hubiera sido perfectamente posible enjuiciar a los que hubieran cometido abusos de tipo sexual. El pasar página sobre este tipo de violencia a pesar de las evidencias de la misma fue una decisión deliberada del Tribunal y de

Unidos en el campo de batalla, o Instrucciones Lieber, fueron unas instrucciones firmadas por el presidente Abraham Lincoln a las fuerzas de la Unión durante la Guerra Civil Estadounidense que dictaban la forma en que los soldados debían comportarse en tiempos de guerra. www.loc.gov>frd>Military_Law>pdf.

²¹ Citado en la Sentencia A. 1/10/1946. Juicio de Nüremberg 14 de Noviembre de 1945-. Vol. 1221.

cuantos lo integraron o contribuyeron al mismo.

De hecho el TPIY como veremos más tarde, hace referencia a la posibilidad de realizar una interpretación de las leyes ya existentes que permite esa construcción jurídica en la sentencia contra Kunarac, Kovac y Vukovic.

En la evolución que analizamos, ha tenido una importancia fundamental la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales en especial a partir de la doctrina del tribunal especial para la antigua Yugoslavia. El Tribunal de Nuremberg no llegó a condenar expresamente estos delitos pero ya el Tribunal de Tokio, pese a sus deficiencias, condenó expresamente a dos generales- Toyoda y Matsui- por no haber evitado la violación masiva de mujeres en Nanking. El paso decisivo se produce no obstante, como hemos apuntado con la creación de los dos Tribunales especiales, el Tribunal Especial para la antigua Yugoslavia y el Tribunal Especial para Rwanda que tenderán a considerar la calificación de estos crímenes como crímenes de tortura y

tratos humanos degradantes contra la víctima.

Pero no es hasta el momento en que se produce finalmente la categorización jurídica de la violencia sexual como un delito penal internacional en el Estatuto de Roma y se establece la CPI cuando el delito y la sanción que lleva aparejada son causa y efecto. Sin embargo, tras la sentencia en el caso Lubanga, hemos visto ni siquiera esto ha sido suficiente garantía para las víctimas.

Al analizar los diferentes Convenios y Leyes sobre los usos y costumbres de la guerra y la categorización jurídica de los crímenes de guerra y contra la humanidad, veremos que existen varias líneas en esta evolución. De una parte el progresivo reconocimiento de la existencia del delito de violencia sexual como crimen de guerra y contra la humanidad. En segundo lugar y desde otra perspectiva, existe una evolución en cuanto al bien jurídico protegido: se parte de una defensa del honor de la familia – particularmente de los hombres de la familia- y de la comunidad (por ejemplo este es el enfoque

de Grotius) para pasar a defender el honor y el pudor de la mujer como sujeto de derecho - en este sentido se pronuncian las normas citadas, las Convenciones de Ginebra y sus Protocolos. Posteriormente se llega a prohibir la violación, y la prostitución forzosa- centrándose en el honor y la dignidad de la mujer agredida más que en las lesiones físicas o psíquicas que pudiera sufrir.

En la fase de consolidación se equipara la violencia sexual a la tortura y los tratos humillantes y degradantes para finalmente, regularse como crimen autónomo y reconocerse sus múltiples variantes como violación, prostitución forzada, esclavitud sexual.

Sin embargo esta larga y lenta evolución no hubiera sido necesaria de existir desde un principio la voluntad de prohibir y castigar estos crímenes, ya que, como indica el tribunal en la sentencia del TPIY contra Kunarac, Kovac y Vukovic, citando al Tribunal de Nüremberg ²² :“ No hay duda de que actos como la violación, la

²² Ver infra en este trabajo pág. 18

tortura y los ultrajes a la dignidad personal están prohibidos por las leyes de la guerra y considerados en ese sentido bajo las leyes de la guerra y que fueron ya así considerados en los tiempos relevantes en relación a esta acusación²³".

Toda norma está inter-relacionada con el contexto sociológico en el cual se sitúa históricamente. Por ello entendemos que, antes de examinar las normas que históricamente constituyen los precedentes del desarrollo de la justicia penal internacional y como se contempla (o no) en las mismas, la violencia sexual, debemos contextualizarlas en relación a un elemento que resulta esencial. Como ya hemos señalado, prácticamente hasta el S.XX el bien protegido cuando (y si) se hace referencia a cualquier tipo de violencia sexual es el honor. Por esta razón debemos realizar una reflexión sobre el concepto del honor y más concretamente del honor femenino.

²³ TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA. Caso Prosecutor V/ Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic. Sentencia de 12/06/2002. IT.96-23 & IT96-23/1.párrafo. 67.
<http://icty.org/x/cases/kunarac/acjug/en/kun-aj020612>.

1.- EL CONCEPTO DEL HONOR HASTA EL S.XX

"Il m' ha desonorée, je ne serais plus la même." Grozdana Čećez²⁴

Como señala el Informe Sobre Violencia Sexual de Naciones Unidas de 1998²⁵ "Uno de los problemas de las previsiones legales de las Convenciones de Ginebra y sus Protocolos adicionales es la de que caracterizan la violación y otras formas de violencia sexual como ataques contra el honor de las mujeres, o a lo sumo, como un ultraje a su dignidad personal. La implicación es la de que "el honor" (o la dignidad) es algo concedido a las mujeres por los hombres y por ello una mujer violada es una mujer deshonrada. La incapacidad de estas normas en categorizar la violencia sexual como un crimen violento que viola la integridad

²⁴ Grozdana Čećez, Serbia de Bosnia, evoca lo que sintió después de haber sido violada varias veces por Hazim Delić, en el campo de prisioneros de Čelibići, situado cerca de Konjić en Bosnia-Herzégovina. Hazim Delić fue condenado por el TPIY. Ella declaró como testimonio el 17 y 18 marzo 1997 en el proceso de Zdravko Mucić, Hazim Delić, Esad Landžo et Zejnil Delalić. <http://icty.org/x/cases/>.

²⁵ Sexual Violence and Armed Conflict: United Nations Response. Published to Promote the Goals of Beijing Declaration and the Platform for Action. April. 1998. Apto. 2.5 <http://www.un.org/womenwatch/daw/public/cover.htm>

corporal constituye un enorme obstáculo para sancionar los crímenes de violencia sexual contra las mujeres. A la vez refleja y refuerza la trivialización de estos delitos. Además, como ha señalado algún autor, las leyes inciden más en la protección que en la prohibición. Lo único que se requiere de los hombres es que protejan a las mujeres de la violencia sexual. De este modo, las normas parecen referirse más al comportamiento del combatiente masculino durante el conflicto, que a reconocer la violencia sexual como una vulneración de los derechos de las mujeres prohibiéndola”.

El antropólogo inglés Julian Pitt- Rivers, máxima autoridad en el tema del honor lo describe de la siguiente forma: ²⁶ “el honor por sus funciones psicológicas y sociales está relacionado con el hecho de que actúa como un mediador entre las aspiraciones sociales y el juicio de la sociedad”. [*Honor, for both its psychological and social functions relate to the fact that it*

²⁶ PITT RIVERS, Julian. “Honor and Social status”.Lecture delivered in Glasgow. 2013. pág. 21. http://home.iscte-iul.pt/~fgvs/Pitt-Rivers_Honour.pdf

stands as a mediator between individual aspirations and the judgement of society]. En el mismo sentido Carlos Maiza Ozcoidi²⁷ señala que “esta dimensión del honor, que se otorga merced a la ausencia de cualquier nota de ignominia, garantiza el respeto a los derechos habitualmente reconocidos a un individuo común en el interior de su comunidad...el concepto del honor encierra la paradoja de encarnar de modo simultáneo, una vivencia intrínsecamente personal y su manifestación estrictamente social”.

Ahora bien el concepto del honor no es el mismo para la mujer que para el hombre. Como señala María Isabel Gascón Uceda²⁸ “Cada individuo es el responsable de su propia reputación, de la imagen que de él tengan los demás a título privado, pero como integrante de una comunidad también es el responsable del

²⁷ MAIZA OZCOIDI, Carlos. “La definición del concepto del honor. Su entidad como objeto de investigación histórica.” en *Espacio, tiempo y Forma*. Serie IV. Historia Moderna. Revista nº.8/1995. *Revista del Departamento de Historia moderna de la facultad de Geografía y Historia de la UNED*. Págs.191-209. cita de la pág.195-196. <http://revistas.uned.es/index.php/ETFIV//article/view/3316/3174>.

²⁸ GASCON UCEDA, M^a Isabel “. Honor femenino, honor masculino, honor familiar”. (2008). Págs. 635-648. en https://www.UNCR.edu.ar/publicar/borradores/vol.8-9/pdf/A_vueltas_con_la_honra_y_el_honor.pdf. y en <https://www.raco.cat/...article/download/234574/316863>.

mantenimiento y la defensa del honor colectivo del grupo. Su honor o su deshonra se extienden a su entorno social...A los hombres les corresponde practicar una defensa activa del mismo y a las mujeres se les asigna una defensa pasiva:"Como señalaba Bourdieu, ya citado, la mujer es un valor que "hay que conservar al abrigo de las ofensas y de las sospechas" porque constituye "el capital social en función del incremento del capital simbólico del varón".

Este concepto del honor de la mujer no como un bien jurídico intrínseco de su dignidad como ser humano sino más bien como un bien jurídico patrimonio de los varones de su familia y, por extensión de su comunidad, es decir, como algo ajeno a la mujer misma, es el enfoque que impregna la forma en la que las leyes de la guerra abordan la violencia sobre las mujeres. Es asimismo un enfoque que hemos de tener presente dado que, actualmente, existe en muchos países- especialmente en aquellos en los que rige la religión musulmana- un status social y jurídico de la mujer muy parecido al que

tenían las mujeres en Occidente desde la Edad Media hasta los albores del S. XX.

Como hemos visto no existe un derecho de la mujer sobre su propia honra o mejor dicho no existe el derecho al ejercicio de ese derecho ya que este consiste básicamente, como lo expresa Gascón en un "no ser, no hacer" y, por encima de todo, no dejarse hacer. Según Julian Pitt-Rivers²⁹, "el honor femenino y masculino están claramente diferenciados en relación con la conducta [...] la defensa de la pureza de la mujer es una responsabilidad del hombre y los hombres son vulnerables al deshonor no por medio de su propia conducta sexual sino a través de la conducta de las mujeres de su familia". Este enfoque del honor como un valor patrimonial familiar cuya pérdida puede llevar consigo el derrumbe social de una familia y de sus descendientes es característico de la sociedad hasta el S. XX. Y si bien el tema del honor sexual se entendía solo relevante en relación a la mujer, la responsabilidad sobre el mismo la compartía con los varones de la familia

²⁹ PITT RIVERS, Julian. "Honor and social status". Ob. Cit. Págs.

siendo ella responsable pasivamente y los hombres activamente en defensa del mismo.

Por todo ello nos parece imposible disociar esa concepción del honor de la forma en la que las leyes de la guerra que examinaremos a continuación, hacen mención explícita o implícita a la violencia sexual contra las mujeres. Desde este punto lo censurable sería, no el hecho de no referirse expresamente al honor de la mujer o referirse exclusivamente al mismo como objeto del delito y no a la mujer como sujeto de derecho en cuanto a la violencia sexual, lo cual como hemos visto no encajaba con la concepción de la época sino el hecho de no prohibir expresamente dicha violencia y limitarse a establecer una protección virtual basada en la conducta honorable de los combatientes y su hipotético respeto por las mujeres.

Emanuela Cardoso de Alencar ³⁰ lo resume así la cuestión: "Tradicionalmente se relacionó el honor femenino con la castidad y su pérdida implicaba una pérdida de respeto. Como consecuencia, la

³⁰ CARDOSO ONOFRE DE ALENCAR, Emanuela. Ob. Cit. Pág. 10

mujer violada era vista como una mujer deshonrada, lo que era considerado una infracción menor y no reflejaba la gravedad del acto. Además, el énfasis en el honor cambiaba el foco de la violación y de otras violencias sexuales que son delitos que atacan a la autonomía, la libertad y la integridad sexual de la mujer agredida y dificultaba su comprensión como violencia”.

Aunque se critique el enfoque tradicional de la violencia sexual en las leyes y usos y costumbres de la guerra y aunque esta crítica es justificada ello no implica, como parece inferirse de muchos trabajos académicos que la violencia sexual no implique una vulneración grave de la integridad moral y de la dignidad de la persona y de su honor ya que, como señala Eulalia Pascual³¹, “la sexualidad es una expresión personalísima de la intimidad en conexión con la dignidad humana...”.

La dignidad humana es un concepto jurídico indeterminado que todo el mundo entiende pero difícilmente concreta lo que dificulta establecer en que consiste su

³¹ PASCUAL LAGUNAS, Eulàlia. Ob. Cit. Pág. 47

vulneración. Como señala la misma autora³² “la dignidad es una cualidad moral y espiritual inherente a todo ser humano...y es esta concepción moral de la dignidad que la identifica como un concepto espiritual lo que ha dificultado su configuración como institución jurídica”.

Sin embargo esta indeterminación se concreta cuando nos referimos al honor, parte intrínseca de la dignidad. En palabras de Eulàlia Pascual³³ “ el derecho al honor guarda numerosas analogías con la dignidad de la persona. Por lo tanto sería posible afirmar que el honor es la proyección pública de la dignidad humana, el reflejo de la dignidad intrínseca de la persona en la esfera social. Es un derecho relacionado con el respeto a los demás.”

Por ello, como analizaremos más adelante, el honor debe formar parte de los bienes jurídicos vulnerados por la violencia sexual en todas sus formas por ser parte fundamentalísima de la dignidad de la persona.

³² PASCUAL LAGUNAS, Eulalia Ob.Cit.págs. 10 y 11

³³ PASCUAL LAGUNAS, Eulàlia.Ob.Cit. págs 42

Tras este paréntesis que constituye un marco referencial sobre el enfoque de las leyes y costumbres de la guerra hasta bien entrado el S.XX, pasemos a examinar los Convenios Internacionales que históricamente constituyen los precedentes del desarrollo de la justicia penal internacional y como se recoge (o no) en los mismos la violencia sexual.

2.-PRIMEROS PRECEDENTES NORMATIVOS EL "IUS IN BELLO" DE HUGO GROTIUS. FRANCISCO DE VITORIA. LA ESCUELA ESPAÑOLA DE DERECHO.

Lo cierto es que la violencia sexual se ha considerado siempre como una consecuencia inevitable de las situaciones de conflicto armado.³⁴ Históricamente siempre ha existido la conciencia de esta violencia ejercida contra las mujeres y la idea de la responsabilidad internacional

³⁴ El Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer -UNIFEM- calcula en unas 60.000 las mujeres violadas en la Antigua Yugoslavia y entre 100.000 y 250.000 durante los tres meses que duró el genocidio en Rwanda. Según Josephine Odera, responsable del estudio, la violencia sexual es una de las atrocidades más comunes durante el conflicto.
<http://www.newtimes.co.rw/section/article/2007-09-29/78263/>

por actos que vulneran valores considerados patrimonio de la humanidad tiene algunos antecedentes remotos y han existido ciertos instrumentos jurídicos con la voluntad de prevenirla. En este sentido, es notable constatar que, pese a la leyenda negra que siempre ha recaído sobre la conquista española del Nuevo Mundo, los Reyes católicos se apresuraron a dictar normas contra la costumbre de los conquistadores de convertir a las indias en esposas sustitutas. Así lo dispone la Instrucción de los Reyes Católicos a Nicolás Ovando³⁵³⁶, gobernador de las Indias (16 de septiembre de 1501): "Ítem porque somos informados que algunos cristianos de las dichas islas, especialmente de La Española, thienen tomadas a los dichos indios sus muxeres e fixas e otras cosas contra su voluntad, luego como llegaredes dareis orden como se los vuelvan todo lo que les thienen thomado contra su voluntad e defendereis so graves penas que de aquí adelante sea osado de facer lo semaxante".

³⁵ PECES BARBA, Gregorio; LLAMAS GASCON, Angel; FERNANDEZ LIESA, Carlos. "Textos Básicos de Derechos Humanos. Con estudios generales y especiales y comentarios a cada textos nacional e internacional" Coord. BARRANCO AVILES, Carmen y otros. Ed. Aranzadi 2001. Pág. 46

Aunque con su teoría de un derecho natural aplicable a todos independientemente de su orientación religiosa Tomás de Aquino inició en cierto modo la idea de un derecho universal lo cierto es que la idea de un orden jurídico universal que impusiera limitaciones a la actuación de los Estados se inicia realmente con la Escuela Española de Derecho. El padre dominico Francisco de Vitoria o el jesuita Francisco Suárez, se plantearon la existencia de derechos universales y ciertas responsabilidades por las tropelías cometidas durante la conquista de América.

Sin embargo es el trabajo de Grotius el que se considera el más importante y pionero en establecer un tratado de usos y costumbre de la guerra. Hugo Grotius (1583-1645) era un académico y jurista holandés cuya obra, "*De Jure Belli ac Pacis*" (1625), contribuyó significativamente a la formación del derecho internacional como una disciplina jurídica específica. El Capítulo IV de su Obra, titulado "Sobre el derecho de matar

al enemigo en una guerra justa y la comisión de otros actos hostiles” tiene un apartado específico para las mujeres y los niños. Grotius expuso claramente los límites de lo que era legítimo en una guerra diferenciando entre lo justo y lo legal “En algunas ocasiones, aunque se pueda decir que un hombre ha realizado legalmente una acción, la expresión sólo significa que dicho acto no lo hará sujeto de castigos humanos o legales, pero bajo ningún concepto indica que dicha acción es estrictamente conforme a las reglas de la religión y de la moralidad”³⁷. Y asimismo Hugo Grotius, en su Tratado se pronuncia claramente en contra de los atentados al honor de las mujeres en situaciones de conflicto bélico, aunque como hemos reseñado, lo hace apelando a la moral y la religión y desde ese enfoque proteccionista, que excluye la sanción humana pero reprueba la conducta.

Pero no es sino mucho más adelante cuando encontramos prohibiciones expresas de dicha violencia en el Código

³⁷ *(On some occasions when it is said, that men may LAWFULLY do a thing, the expression only means that doing such act will not subject them to human and legal penalties, but it by no means indicates that the action is strictly conformable to the rule of religion and morality)*

Lieber que es uno de los primeros códigos modernos sobre usos y costumbres de la guerra. En este código³⁸, del año 1863, en su artículo 44 se menciona expresamente la violación y prevé como castigo la muerte posibilitando la ejecución inmediata del culpable por su superior.

3.- EL CODIGO LIEBER.

En 1863, el 24 de Abril, durante la Guerra de Secesión norteamericana se proclama en Washington el Código Lieber, llamado así por haber sido como se expresa literalmente en el mismo "preparado por Francis Lieber, LL.D, y revisado por un grupo de oficiales presidido por el General E.A. Hitchcock y aprobado por el Presidente de los Estados Unidos".

El Código Lieber es admirable ya que en su Preámbulo manifiesta que "la opresión militar no constituye ley marcial; es un abuso de poder que confiere dicha ley".

³⁸ El Código Lieber del 24 de abril del año 1863, Instrucciones del Gobierno para los Ejércitos de los Estados Unidos en el campo de batalla, o Instrucciones Lieber, fueron unas instrucciones firmadas por el presidente Abraham Lincoln a las fuerzas de la Unión durante la Guerra Civil Estadounidense que dictaban la forma en que los soldados debían de comportarse en tiempos de guerra. [www.loc.gov>frd>Military_Law>pdf](http://www.loc.gov/frd/Military_Law/pdf).

Incumbe a aquellos que la ejecutan “guiarse por los principios de la justicia, el honor, y la humanidad, virtudes que deben adornar a un soldado más que a cualquier otro hombre precisamente porque posee el poder de las armas sobre los desarmados”³⁹. Tras esta magnífica declaración el Código Lieber, en su art. 44 prohíbe expresamente la violación, que podrá castigarse con la muerte.⁴⁰ La excepcionalidad del Código Lieber no solo en cuanto al tema de la violación sino al condenar la opresión militar como abuso de poder y limitar el poder de los militares sobre los civiles se verá más evidente cuando, al examinar normas posteriores podamos comparar lo con estas.

Como hemos señalado, en el Código Lieber existe una mención expresa de la violencia sexual, en concreto de la

³⁹ *Military oppression is not martial law; it is the abuse of the power which that law confers. As martial law is executed by military force, it is incumbent upon those who administer it to be strictly guided by the principles of justice, honor, and humanity--virtues adorning a soldier even more than other men, for the very reason that he possesses the power of his arms against the unarmed.*

⁴⁰ 44. *All wanton violence committed against persons in the invaded country, all destruction of property not commanded by the authorized officer, all robbery, all pillage or sacking, even after taking a place by main force, all rape, wounding, maiming, or killing of such inhabitants, are prohibited under the penalty of death, or such other severe punishment as may seem adequate for the gravity of the offense.*

violación como delito. Esta mención expresa no existe en las normas posteriores. Ni siquiera aparecerá en el Estatuto del TPIY ya muy entrados los años 90 del SXX.

Otro aspecto que resulta extraordinario en el Código Lieber es que establece una prohibición de la violencia sexual y una gravísima sanción como castigo. A diferencia de las Convenciones de La Haya y otras normas que examinaremos, no se limita a invocar una protección benevolente sobre las víctimas.

El Código Lieber invoca unos principios y valores que son fundamento del derecho humanitario moderno y resulta muy notable que conceptúe de manera rotunda la violencia y el abuso sobre la población civil y, - en su caso-, la violación, como un deshonor para el soldado. No hay aquí benevolencia para las necesidades de la tropa (remitámonos a los países para disfrutar de las "*comfort wives*" de los soldados japoneses), ni el mirar hacia otro lado de los combatientes y mandos de la I y II Guerra Mundial. Toda una lección que desgraciadamente se apresura a

desaparecer en la Convención de La Haya de 1899, apenas cincuenta años después.

4.-HENRY DUNANT FUNDADOR DE LA CRUZ ROJA.

En otro apartado de este trabajo ya nos hemos referido al hecho de que las guerras han evolucionado desde el punto de vista de su localización lo que ha contribuido a eliminar espacios seguros y a agudizar aún más la vulnerabilidad de mujeres, ancianos y niños.

Sin embargo en 1859, en la tarde del 24 de junio, Henry Dunant, un joven y próspero comerciante ginebrino de hondas convicciones religiosas llegó a Solferino por negocios justamente en la tarde del primer día de batalla. Eran tiempos en los que las batallas estaban delimitadas en el espacio y por lo tanto se alternaban zonas de guerra con zonas de relativa calma. Horrorizado por la situación y abandono de los más de 38.000 heridos Dunant organizó hospitales de campaña, la compra de materiales (fue el inventor del botiquín

de primeros auxilios) y movilizó a las mujeres de la zona de Mantua para que atendieran a los heridos además de lograr que se liberara a los médicos austríacos prisioneros. De todas estas experiencias, Henry Dunant escribió un libro de enorme repercusión y empezó a fraguar la idea de una organización neutral para atender a los soldados heridos.⁴¹ y ⁴²

Gustave Moynier, jurista también ginebrino y presidente de la Sociedad Ginebrina para el Bienestar Público, se interesó por las ideas expuestas en el libro de Dunant y, el 9 de Febrero de 1863 tras una reunión que valoró positivamente sus propuestas se creó un Comité de cinco personas: el propio Moynier, el general suizo Henry Dufour, los médicos Louis Appia y Théodore Maunoir y Henry Dunant. El 17 de febrero de 1863 se fundaba la Cruz Roja.

⁴¹ Henry Dunant recibió el primer premio Nobel de la Paz en 1901. Fue activo en la defensa de los derechos de las mujeres y llegó a fundar la Organización femenina Cruz verde. Fue un idealista visionario: escribió contra la esclavitud en América, ideó con el italiano Max Gracia una biblioteca universal embrión de lo que sería la UNESCO y previno la creación del Estado de Israel.

⁴² Curiosamente algunos contemporáneos criticaron estas ideas con el argumento de que, al eliminar algunos de los sufrimientos de la guerra, se haría esta más atractiva.

Dunant era un idealista que creía en la posibilidad de la neutralidad de los cuidadores mientras que Moynier se oponía a su ideas. Moynier consiguió marginar a Dunant y le atacó duramente durante el resto de su vida. En 1864 se organizó una conferencia diplomática a la que asistieron doce estados y organizada por el Parlamento suizo, que llevó a la firma de la primera Convención de Ginebra.

5.-GUSTAVE MOYNIER PRECURSOR DE LA JURISDICCION INTERNACIONAL.

En 1870, en sus comentarios sobre la primera Convención de Ginebra (1864) sobre la atención a los soldados heridos en campaña a la que tanto él como Dunant habían promovido, Moynier propone la creación de una jurisdicción internacional y de un derecho internacional penal. Sus enfrentamientos⁴³ con Henry Dunant empezaron por el escepticismo de Moynier en cuanto a la neutralidad e imparcialidad

⁴³ Se le acusó en la época de lograr expulsar a Dunant de la Cruz Roja en 1867, siendo Moynier el presidente del organismo y de impedir que las recompensas económicas y otras ayudas correspondientes a Henry Dunant por sus premios y reconocimientos, le fueran otorgadas. Dunant, arruinado, tuvo que subsistir en la pobreza y gracias a la benevolencia de sus amigos. Vid. Biografía en Wikipèdia.

de los intervinientes en el conflicto. Curiosamente al principio Moynier pensaba que el reproche moral de la opinión pública y la conciencia de los combatientes sería suficiente para que se respetara la Convención⁴⁴. “La probabilidad para aquellos susceptibles de verse ante el tribunal de la conciencia pública si no cumplen con sus obligaciones y de ser rechazados por las naciones civilizadas, constituye un impedimento suficientemente poderoso...” [*The prospect for those concerned of being arraigned before the tribunal of public conscience if they do not keep to their commitments and of being ostracized by civilized nations, constitutes a powerful enough deterrent*].

Naturalmente su fe en la conciencia moral de sus coétaneos se vió rápidamente decepcionada y por ello abogó por la creación de un derecho penal internacional y un órgano internacional capaz de juzgar las violaciones al Convenio de Ginebra. En 1872 Moynier escribe un opúsculo sobre la

⁴⁴ En este sentido recordemos como nos hemos referido a este convencimiento del autoreproche moral y el sentido del honor como límites a las atrocidades en el marco de la guerra como un convencimiento muy arraigado a finales del S.XIX y principios del S.XX.

creación de un tribunal internacional para « prevenir y castigar » las infracciones a la Convención de Ginebra en el *Bulletin International des Sociétés de Secours aux militaires blessés*.⁴⁵: “*Note sur la création d’une institution judiciaire internationale propre a prévenir et à réprimer les infractions à la Convention de Genève*”.

Este código contiene solo 10 artículos y empieza disponiendo en el artículo 2, que la Confederación Helvética, al estallar un conflicto, designe a tres Estados no beligerantes y firmantes de la Convención para que nombren un juez cada uno. Los Estados beligerantes presentarán las quejas por las infracciones a la Convención (artículo 4) y el Tribunal realizará las averiguaciones necesarias con el respaldo de todos los Estados firmantes. El artículo 5 prevé que se realice un fallo individual de culpable o no culpable. Finalmente se prevé la fijación de indemnizaciones y se dispone que los gastos del Tribunal y los

⁴⁵HALL, Christopher Keith. “The first proposal for a permanent international Criminal Court” En revista “*International Review of The Red Cross*”. Num. 322 de 31/03/1998
<http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jp4m.htm>

salarios de los jueces sean a cargo de los Estados infractores.

En 1873 Gustave Moynier funda el Instituto de Derecho Internacional. Moynier está considerado como el pionero en la idea de crear una jurisdicción universal. Sin embargo en su época la idea fue muy mal acogida y el proyecto fracasó.

Pese a todo, las ideas humanitarias de Dunant y el impulso jurídico de Moynier fueron los catalizadores de la conciencia de la necesidad de un derecho internacional humanitario y de la obligación de los Estados de prevenir, castigar y reparar las consecuencias de la guerra sobre las personas y los bienes. Por otra parte la influencia de la Revolución francesa y la Ilustración habían propiciado la idea embrionaria de la existencia de unos derechos humanos universales y por ello, las teorías de Dunant y Moynier encontraron un caldo de cultivo más propicio que los primitivos intentos de Grotius y de la Escuela Española de Derecho habían enfrentado en su época. El paso definitivo estaba dado aunque faltaba extender la protección y las

consecuencias de los daños sufridos a la población civil.

6.- CONVENCION II DE LA HAYA DE 1899 RELATIVA A LAS LEYES Y USOS DE LA GUERRA TERRESTRE Y REGLAMENTO ANEXO.

La Convención asume ya claramente la existencia de un derecho supranacional basado en valores universales e insiste en la existencia de "una conciencia pública": "los pueblos y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del derecho de gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública"

Sin embargo no existen referencias expresas en su Reglamento a la población civil. La Convención habla reiteradamente de los prisioneros de guerra y solo, en nuestra opinión, hay dos artículos que pudieran encuadrar la violencia sufrida por

los no combatientes. En el artículo 22, la Convención declara tímidamente que: "Los beligerantes no tienen un derecho ilimitado en cuanto a la elección de medios para dañar al enemigo." La elección de la expresión ilimitado hace temer lo peor pues parece conceder que existe cierto derecho bastante amplio en cuanto a dañar al enemigo. La Convención no distingue, al hablar del "enemigo", entre población civil y combatientes. Y el art. 28 dispone que se "prohíbe entregar al pillaje una población o localidad aunque sea tomada por asalto". La palabra "pillaje" siempre ha sobreentendido la violación de las mujeres puesto que se han considerado como un botín de guerra. Por lo tanto era posible, de existir voluntad para ello, juzgar dichos delitos bajo ese epígrafe.

La Convención de 1899 ya hizo referencia a la Creación de un Tribunal de Arbitraje aunque no se concebía como un órgano jurisdiccional.

Sin embargo la aportación más importante de la Convención de La Haya es la introducción de la llamada Cláusula Martens que debe su nombre al de su

introducción, La cláusula se basa en —y debe su nombre a— una declaración leída por el profesor Von Martens, delegado de Rusia en la Conferencia de la Paz de La Haya de 1899. Como Ticehursts explica ⁴⁶ “Martens añadió la declaración después de que los delegados de la Conferencia de la Paz no lograran ponerse de acuerdo sobre la cuestión del estatuto de las personas civiles que portaban armas contra una fuerza ocupante. Gran parte de las fuerzas militares pensaba que debían ser consideradas como francotiradores y que eran punibles con la ejecución, mientras que los Estados más pequeños sostenían que debía considerárselas como combatientes legítimos. Aunque, en un principio, la Cláusula fue redactada para resolver este problema, aparecen, luego, distintas versiones —si bien similares— en tratados posteriores por los que se regulan los conflictos armados”.

La Cláusula Martens se introduce literalmente en el Preámbulo del Convenio:

⁴⁶ TICEHURTS, Rupert La clausula Martens y el derecho de los conflictos armados. En Revista Internacional de La Cruz Roja.31/03/1997. <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlcy.htm>

(II)C: "Mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública".

La cláusula Martens ha estado sujeta a interpretaciones diversas. Sin embargo su relevancia en el ámbito del derecho penal internacional es indiscutible: permite juzgar y castigar a los culpables de crímenes de guerra ampliando al derecho consuetudinario y a los principios de derecho internacional todas aquellas conductas o actos no incluidos en los Tratados o Convenciones sobre Derecho de la Guerra.

7.- CONVENIO DE LA HAYA DE 1907

En 1907 se firma en La Haya un acuerdo que tiene una clara vocación de norma internacional.

Participan en la misma, países de todos los continentes, aunque ninguno del Medio Oriente musulmán con la excepción del imperio otomano. A título de anécdota permítaseme mencionar que entre los firmantes de este acuerdo se halla el Rey de Siam, aquel monarca ilustrado que inspiró la hermosa novela Ana y el Rey de Siam⁴⁷.

La Convención declara su voluntad de resolver las "controversias internacionales" mediante la solidaridad entre naciones, la cooperación para la paz, el respeto a la ley y el fortalecimiento de la justicia internacional. Pero lo fundamental es que se plantea por primera vez la creación de un tribunal

⁴⁷ La historia verídica de Anna Leonowens, la institutriz viuda inglesa que revolucionó la Corte del rey Maha Mongkut de Siam fue novelada por la escritora americana Margareth Landon en 1944 y más tarde ha sido llevada al cine en varias ocasiones, la primera en 1946 con Irenne Dunne y Rex Harrison, posteriormente en 1956 con Yul Brynner y Deborah Kerr y finalmente en 1999 con Jodie Foster y Chow Yun Fat. Asimismo seconvirtió en un musical de los famosos autores Richards Rodgers y Oscar Hammerstein en 1950, *The King and I*. El libro puede encontrarse entre otras editoriales en Mondadori 1999. ISBN 9788439704256

internacional y se reconoce la necesidad y existencia de una justicia internacional fruto de los valores compartidos entre las naciones civilizadas: "Reconociendo la solidaridad que aúna a los miembros de la sociedad de naciones civilizadas; Deseosos de extender el imperio de la ley y de fortalecer el sentimiento de la justicia internacional; Convencidos que la institución permanente de un tribunal arbitral, accesible a todos podrá contribuir efectivamente a alcanzar ese resultado; Considerando las ventajas que ofrece una organización general y regular del procedimiento arbitral". En el sistema que propone la Convención para imponer la justicia universal hallamos el germen del desarrollo posterior tanto del derecho internacional de los derechos humanos, humanitario y penal internacional como de las futuras instituciones y tribunales. La Convención apuesta por la mediación, propone la creación de comisiones de investigación y de una Corte Permanente de Arbitraje sita en La Haya.

En la sección III bajo el epígrafe "De la autoridad militar sobre el territorio del estado enemigo" se establecen las

prohibiciones relativas a la población civil. En todos los artículos se prohíben las conductas descritas. En el artículo 46 se establece lo siguiente: "El honor y los derechos de la familia, la vida de los individuos y la propiedad privada, así como las creencias religiosas y la práctica de los cultos, deben ser respetados". Pese a que el artículo 47 se refiere al pillaje, queda claro que la violencia sexual sólo podría juzgarse, si fuera el caso, de acuerdo con el artículo 46. La cuestión es que dicho artículo no establece un concepto claro de qué hechos constituirían la conducta consistente en una falta de "respeto" al honor y a la familia, ni, por otra parte establece una prohibición expresa. Y tampoco precisa cuál es el sujeto titular del derecho vulnerado por dicha conducta. Podríamos entender que se refiere al honor mancillado de la mujer pero si nos atenemos a la expresión literal que une honor y derechos de la familia es fácil concluir que se trata en realidad del honor del varón como cabeza de familia en el sentido en que lo expresaba Bourdieu "las mujeres no son solo símbolos, son

valores que hay que conservar al abrigo de las ofensas y de las sospechas"⁴⁸.

Está claro pues que estamos muy lejos del Código Lieber.

8.- LA COMISION LANSING. "COMISION PARA RESPONSABILIDAD DE LOS AUTORES DE LA GUERRA".

*"La reivindicación de los principios de las leyes y costumbres de la guerra y de las leyes y costumbres de la humanidad que han sido violadas, no estarían completas si [los culpables] no fueran llevados a juicio y castigados"*⁴⁹ Robert Lansing. 1919

En 1914 estalla el primer conflicto realmente internacionalizado y en cierto modo lo que podríamos considerar la primera guerra moderna pues en la misma se utilizan nuevas tecnologías armamentísticas.

⁴⁸ BOURDIEU, Pierre. " La domination masculine " en *Actes de recherche en sciences sociales*. Nº 84. Paris 1990. Pág. 27

⁴⁹ Comisión Robert Lansing 1919.

La Primera Guerra Mundial es escenario de una devastación sin precedentes y las atrocidades cometidas por los combatientes, especialmente por los agresores sacuden las conciencias. En 1919, en la Conferencia de Paris, los países aliados acuerdan crear la Comisión sobre las responsabilidades de los autores de la guerra y del endurecimiento de las penas⁵⁰ dirigida por Robert Lansing : “La Comisión para responsabilidad de los autores de la guerra y sobre la aplicación de penas por violación de las leyes y costumbres de las guerra”. Como siempre hay una declaración de intenciones que vale la pena reproducir: “ A pesar de las regulaciones específicas y de los claros dictados humanitarios.....las violaciones de los derechos de los combatientes, de los derechos de los civiles, de los derechos de ambos se multiplican en la lista de las prácticas más crueles con una barbarie primitiva ayudada por los progresos de la ciencia...no se ha respetado ni a los prisioneros, ni a los heridos, ni a las

⁵⁰ Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties. En *The American Journal of International Law* , Vol. 14, No. 1/2 (Jan. - Apr., 1920) , pp. 95-154.
American Society of International Law .Article Stable URL:
<http://www.jstor.org/stable/2187841>

mujeres ni a los niños...se han llevado a cabo ultrajes y profanaciones sin tener en cuenta la religión o el honor de los individuos.”

Aunque no es el tema que nos ocupa es interesante resaltar el hecho de que se habla de barbarie reforzada por los progresos de la ciencia. Es un presagio de las atrocidades científicas de los campos de exterminio nazi y de la siniestra unidad 731 del ejército japonés y todas las que han seguido.

Lo importante es que en este texto se singulariza a las mujeres como sujeto de las agresiones y por otra parte, a diferencia de la Convención de 1907, cuando se refiere al honor lo centra en la persona y no en la familia.

La Comisión enumera una lista de crímenes, 17 artículos en total, señalando además que se trata de “la lista más impactante de crímenes que ha sido realizada nunca para la eterna vergüenza de aquellos que los han

cometido”⁵¹[...constitute the most striking list of crimes that has ever been drawn up to the eternal shame of those who committed them]. En el artículo 5, se refiere a la violación y además en el artículo 6 señala: “el secuestro de niñas y mujeres con el propósito de prostitución forzada”. Se enumeran pues dos de los principales crímenes de violencia sexual como crímenes de guerra susceptibles de castigo. La Comisión entendió que era necesario llevar a los responsables de los crímenes enumerados en la lista ante un Tribunal y castigados. Al proponer el enjuiciamiento del Kaiser lo formuló refiriéndose al hecho de que, de no castigar y enjuiciar al máximo responsable no podía llevarse a juicio a aquellos que habían cumplido órdenes, dejando bien claro sin embargo que el hecho de cumplir órdenes no eximía de responsabilidad. “Deseamos decir que las autoridades civiles y militares no pueden ser relevadas de su responsabilidad por el mero hecho

⁵¹ Se incide pues en el concepto, ya señalado anteriormente, del honor y la moral de los combatientes que deben comportarse como caballeros, algo que nadie se atrevería a esperar ni a imaginar en una guerra actual.

de que una autoridad superior haya sido condenada por el mismo crimen”⁵²

Es importante subrayar (y además reproducirlas en su lengua original) todas estas reflexiones y disposiciones ya que los temas sobre los que inciden siguen siendo relevantes ante la Corte Penal Internacional. Así en el juicio de Tomás Lubanga y en muchas críticas que se han realizado sobre la Corte en sus principios, se ha hecho referencia a la circunstancia de que no se ha enjuiciado a los presidentes y máximos dirigentes de los países en conflicto. Actualmente, en respuesta a estas críticas la tendencia va en esa dirección puesto que actualmente se halla en curso, por ejemplo, entre otros, el proceso contra Gbagbo, presidente de Costa de Marfil.

La Comisión propuso la creación de un tribunal para juzgar a los responsables de dichas atrocidades,⁵³ exponiendo las siguientes razones: “ la reivindicación de

⁵² *We desire to say that civil and military authorities cannot be relieved from responsibility by the mere fact that a higher authority might have been convicted of the same offence.*]. Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties. Ob. Cit.

⁵³ Se llegó a proponer enjuiciar al propio Kaiser Guillermo II.

los principios de las leyes y costumbres de la guerra y las leyes de la humanidad que han sido violadas, sería incompleta si él(el Kaiser) no fuera llevado a juicio y si otros culpables...no fueran castigados" (*the vindication of the principles of the laws and customs of war would be incomplete if he were not brought to trial and if other offendersless highly placed were punished*)..

Este Tribunal internacional había de juzgar a los responsables de los actos que habían provocado la guerra (delito de agresión) y de las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra y las leyes de la humanidad.

Finalmente el documento concluye recomendando que las sanciones sean las más inmediatas posible "mientras la memoria de las ofensas está aún fresca"[*while the memory of the wrongs done was still fresh*] afin de que sea ejemplarizante y disuasorio y señala que: "es deseable que, en el futuro, las sanciones penales recaigan sobre los ultrajes graves contra los principios

elementales de las leyes internacionales".

5455

9.- LA CONVENCION DE GINEBRA DE 1929

Durante el período de entreguerras y mientras subsistió la Sociedad de Naciones hubo varios intentos de constituir un corte penal internacional pero no se consolidó.

En 1929 se acuerda la Convención de Ginebra en la que se detalla el trato que debe darse a los prisioneros de guerra. No hay previsión sobre los civiles.

Aparte de las Códigos y Convenciones se había ido creando un corpus de derecho humanitario consuetudinario, cuyos principios se suponía tenían interiorizados los combatientes. A este respecto son curiosas (y cínicas) las palabras del Barón Von Bieberstein que en la Conferencia de La Haya de 1907 afirmó que: "La

⁵⁴ Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties. Ob. Cit.

consciencia, el sentido común y el sentido del deber impuesto por los principios de la humanidad serán la guía mas segura para la conducta...y constituirán la más efectiva garantía contra los abusos”[*Conscience, good sense, and the sense of duty imposed by the principles of humanity will be the surest guides for the conduct..and will constitute the most effective guarantee against abuses*]⁵⁶

Muy posteriormente, la IV Convención de Ginebra, de 1949 aunque habla también expresamente de violación y prostitución forzada continúa relacionando ambos delitos con el honor y el pudor de la mujer “Las mujeres serán especialmente protegidas contra todo atentado a su honor y, en particular, contra la violación, la prostitución forzada y todo atentado a su pudor”. En el art. 75.2 b) de su Protocolo Adicional I prohíbe los atentados a la dignidad personal y al pudor y, del mismo modo, en su Protocolo Adicional II, art. 76.1 reitera la protección contra las

⁵⁶ Citado en el propio informe de la Comisión Lansing como ejemplo de cinismo. En *The American Journal of International Law* , Vol. 14, No. 1/2 (Jan. - Apr., 1920) , pp. 95-154.

violación, prostitución forzada y “ cualquier otra forma de atentado contra el pudor”. Es en cierto modo un retroceso sobre los trabajos de la Comisión Lansing en la que se hablaba de violación y prostitución forzada sin eufemismos y sin referencias al pudor ni al honor.

10.- LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL. LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS.

“Cada pistola que se fabrica, cada navío de guerra que zarpa, cada bala de cañón disparada significa, en su significado final, un robo a aquellos que tienen hambre y no son alimentados, a aquellos que tienen frío y no son vestidos, el dinero que gasta este mundo en armas no es solo suyo. Porque gasta el del sudor de sus trabajadores, el del genio de sus científicos y el de la esperanza de sus infantes”. Dwight Eisenhower 1953⁵⁷

La segunda guerra mundial y sus devastadoras consecuencias fue un

⁵⁷ Chance For Peace Speech. También conocido como Cross of Iron Speech. Discurso pronunciado por el Presidente de los Estados Unidos Dwight Eisenhower el 16 Abril de 1953 poco tiempo después de la muerte de Stalin en plena guerra fría. Puede encontrarse bajo este nombre en Wikipedia.

revulsivo que impulsó de manera determinante un avance en la consolidación del derecho internacional humanitario, los derechos humanos y el convencimiento de la necesidad de sancionar y prevenir las atrocidades de la guerra y consolidar un sistema que garantizara la paz. Pero sobre todo existía el convencimiento que pese a los acuerdos draconianos del Pacto de Versalles, la laxitud en la sanción de las vulneraciones en los usos y costumbres de la guerra que se había producido tras la primera contienda mundial, no podían continuar. El Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas reconoce tristemente "Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la humanidad sufrimientos indecibles".

Es interesante resaltar que en el mismo preámbulo se consagra la igualdad de derechos entre hombres y mujeres como uno de los principios de Naciones Unidas "[resueltos] a reafirmar la fe en los derechos del hombre, la dignidad y el valor de la persona humana, en la

igualdad de derechos de hombres y mujeres.....” y se consagra el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional.

La Carta constituyente de las Naciones Unidas instituye todos los órganos de la organización internacional con el propósito, señalado en el art. 1 de mantener la paz y la seguridad internacionales. El Consejo de Seguridad, órgano que tendrá, junto con la Asamblea General un papel determinante como veremos en la creación y actuación de los Tribunales internacionales, tiene cinco miembros permanentes: China, Francia, lo que entonces era la URSS, Inglaterra e Irlanda del Norte y los Estados Unidos de América. Impuesta por las razones de la guerra esta decisión política sería como un tiro en el ala de la paloma de la paz que se pretendía echar a volar, puesto que entre los miembros del Consejo dos - China y la URSS, hoy Federación Rusa-, eran (y lo siguen siendo) clarísimamente países antidemocráticos y vulneradores de los más fundamentales derechos humanos. En cuanto a Estados Unidos, es posible

que en esa época conservara algo de inocencia y respeto por los derechos humanos y la conservación de la paz pero se apresuraría a perderla y a convertirse en un lastre para cualquier decisión que pudiera obstaculizar su peculiar idea de la paz mundial como un traje a medida de los intereses económicos y estratégicos que en cada momento pudiera concebir su administración.

Como veremos más adelante, la Carta de las Naciones Unidas es el referente para la creación de los Tribunales *ad hoc* pero es el Consejo de Seguridad el que toma las decisiones tal y como se establece en el Capítulo VII de la Carta, cuando considere amenazadas la paz o que existe quebrantamiento de la misma o agresión (arts. 40 y 41).

En cuanto al art. 55 de la Carta, establece la cooperación internacional económica y social, ratificando el objetivo de promover la igualdad de derechos y el respeto universal de los derechos humanos sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión y la efectividad de tales derechos.

11.- FINAL DE LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL. EL ACUERDO DE LONDRES.

La Segunda Guerra Mundial superó con creces las cotas máximas del horror alcanzadas hasta entonces. El Régimen del Tercer Reich, nacido entre la complicidad y incluso la simpatía de muchas naciones europeas por su feroz anticomunismo demostró que no existen límites para las atrocidades que los seres humanos son capaces de cometer los unos con los otros. El concepto que Hitler tenía de la mujer era el de una ama de casa capaz de producir cuantos más especímenes arios mejor. Aparte del los campos de concentración se ha hablado muy poco de los centros "reproductivos" donde jóvenes alemanas de características arias y pureza de sangre eran embarazadas a fin de procrear perfectos bebés arios. Por otra parte, y pese a la repugnancia manifestada hacia los judíos, ello no impidió que se violara repetidamente a las mujeres internadas en los campos de concentración.

Hacia el final de la guerra los Aliados se reunieron en Moscú en 1943 y posteriormente en 1945 en Londres decididos a juzgar y condenar las atrocidades cometidas por los nazis. Al decidir juzgar solo a los vencidos, las atrocidades cometidas por los combatientes aliados, especialmente por los rusos, quedaron impunes y esto afectó especialmente a las mujeres que habían sido víctimas de violaciones y abusos sexuales en masa. El 20 de Octubre de 1944, el Ejército Rojo tomó el pequeño pueblo de Nemmersdorf. El Coronel Reinhard le escribió a su mujer el 25 de Octubre. "Los bolcheviques lo han arrasado todo cual bestias salvajes, incluido el asesinato de niños, por no hablar de los actos violentos⁵⁸ contra mujeres y niñas, a las que también han asesinado."⁵⁹. No está de más recordar aquí que el partido comunista no entró en la resistencia hasta que la URSS fue invadida.

⁵⁸ Notese el eufemismo "actos violentos" que demuestra el tabú que rodeaba y aún rodea las violaciones y otras violencias sexuales.

⁵⁹ KERSHAW, Ian. "The end. Hitler's germany 1944-1945" citado en REES, Laurence " *El oscuro carisma de Hitler.*" Ed.Allen Lane. Londres. 2011. Pags.111-114

En el acuerdo de Londres se decide crear un Tribunal Militar para juzgar a los criminales de guerra alemanes pero también a los "funcionarios alemanes y a los miembros del partido nazi responsables de los crímenes o que hayan participado en los mismos". En 1946 la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 95 (I) de 11 de Diciembre reconoce la obligación que tiene de iniciar estudios y hacer recomendaciones con el propósito de "estimular el desarrollo progresivo del Derecho Internacional y su codificación "confirma los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto de Nüremberg y establece el Comité de Codificación de Derecho Internacional "para que trate como un asunto de importancia primordial, los planes para la formulación, en una codificación general de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad o de un Código Criminal Internacional, conteniendo los principios reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg y en las Sentencias de dicho Tribunal".

El cúmulo de atrocidades, muerte y sufrimiento de la Segunda Guerra Mundial

logró, tras tantos precedentes fallidos, la creación del primer tribunal internacional, impulsó el derecho internacional y humanitario y culminó con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Pese a sus defectos y fallos lo cierto es que, tanto la Declaración de los Derechos Humanos como el Tribunal de Nüremberg, sentaron un precedente claro y fueron la base del desarrollo de todos los avances posteriores: el respeto a los derechos humanos era una obligación universal.

La Declaración establecía claramente que el respeto de los derechos humanos era responsabilidad de todas las Naciones en un doble sentido: para respetarlos como Estado y para hacerlos respetar a los demás Estados. Por su parte el Tribunal estableció expresamente que para ciertos crímenes no existiría nunca más la impunidad. El Derecho penal, era hasta entonces y por antonomasia competencia de los Estados soberanos, y ahora se creaba una nueva rama de este derecho que se situaba por encima de esta competencia estatal y se convertía en un

derecho sancionador de la comunidad internacional.

Lamentablemente, entre los crímenes contemplados, no estaba incluida, de manera explícita la violencia sexual, aunque, como ya hemos señalado anteriormente y como apuntó el TPIY en la sentencia Kunarac, ello no hubiera sido necesario de haber existido la voluntad de enjuiciar dichos delitos.

El extraordinario avance que suponen los Tribunales internacionales, en armonía con el espíritu que inspiró a la DUDH, es el de concebir a la humanidad como una gran comunidad, cuyos derechos deben defenderse sin distinción de fronteras ni naciones y entendiendo que existe una conciencia global en el aborrecimiento de ciertos crímenes. Además en consonancia con la naturaleza del derecho penal se establecía la responsabilidad individual (algo que ya se había intentado en el Tratado de Versalles y en el Informe Lansing) sin paliativos algo que ha seguido evolucionado en dos direcciones: la no aceptación como atenuante de la existencia de una cadena de mando y de la

obediencia debida por una parte y, por otra parte, la imputación de responsabilidades a los que, sin ser directamente responsables de los actos tenían conocimiento de los mismos y hubieran podido impedirlos, una construcción jurisprudencial que se ha consolidado en la CPI y ha quedado reflejada en la sentencia del Caso Lubanga y en otros casos actualmente ante la Corte.

CAPITULO II.

TRIBUNALES INTERNACIONALES PARA CRÍMENES DE GUERRA. EVOLUCION NORMATIVA.⁶⁰

El Tribunal de Nüremberg es el primer tribunal internacional en la historia que juzga como criminales de guerra a mandos del Ejército, altas autoridades políticas y administrativas y cargos relevantes de la judicatura que participaron en un conflicto como representantes de su país. Es un hecho histórico y jurídico sin precedentes. Histórico porque señala un cambio fundamental en la moral de la sociedad. Jurídico porque partir del Tribunal de Nüremberg se produce un salto cualitativo irreversible en el desarrollo del derecho penal internacional al establecer la responsabilidad individual de los perpetradores y eliminar la justificación de la obediencia debida.

Es cierto que tras el logro de Nüremberg y el Tribunal Militar para el lejano Oriente hay una evolución excesivamente reticente

⁶⁰ Existen en la actualidad varios Tribunales internacionales (Sierra Leona, Timor Oriental, etc) a los que se hará mención pero sin estudiarlos a fondo.

y lenta que se prolongará hasta los Tribunales *ad hoc* de Yugoslavia y Ruanda pero el derecho penal internacional, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho humanitario se consolidan como tres ejes fundamentales de la lucha contra la impunidad.

El reconocimiento de la violencia sexual como delito sin embargo no se reconocerá ni juzgará explícitamente salvo raras excepciones hasta la hecatombe de la Guerra de Los Balcanes.

1.- EL TRIBUNAL DE NÜREMBERG

“Son los hombres y no entidades abstractas los que cometen los crímenes cuya represión se impone como sanción del derecho internacional”⁶¹

La base jurídica para el establecimiento del Tribunal fue, como hemos señalado, el Acuerdo de Londres. Si bien en principio solo cuatro potencias (Francia, EEUU,

⁶¹ Declaración de Obertura del Proceso de Núremberg. Pág. 12 citado en *Ars Iuris*. Nº 29. Universidad Panamericana. 2003.

URSS) suscribieron los Estatutos estos se abrieron a la suscripción posterior de otros países ya que, según el acuerdo de Londres todos los Gobiernos de las Naciones Unidas podían hacerlo y de hecho 19 países más lo suscribieron⁶². Los juicios dieron comienzo en Noviembre de 1945 y finalizaron el 1 de Octubre de 1946.

Nüremberg, pese a sus defectos, es el primer Tribunal Internacional y sentó el precedente para los Tribunales posteriores aunque, exceptuando el Tribunal Militar Internacional de Tokio, transcurrieron largos años antes de que se constituyeran nuevos Tribunales Internacionales y aún muchos más para llegar a la Corte Penal Internacional. Es indudable que el Tribunal de Nüremberg, el Estatuto de Nüremberg y su jurisprudencia constituyen hoy una fuente de derecho internacional y que los tipos penales que definió su Estatuto son la base del derecho penal internacional.

Es innegable que fue la conmoción por los crímenes cometidos por los nazis lo que

⁶²Grecia, Dinamarca, Yugoslavia, Holanda, Checoslovaquia, Polonia, Bélgica, Etiopía, Polonia, Australia, Honduras, Noruega, Panamá, Luxemburgo, Haití, Nueva Zelanda, India, Venezuela, Uruguay y Paraguay.

llevó a la constitución del Tribunal de Nüremberg. Y no fue hasta que de nuevo la opinión pública internacional fue testigo de las atrocidades cometidas en la antigua Yugoslavia y en Ruanda cuando se impulsó la creación del TIPY y del TIPR. Desde el punto de vista histórico, como ya hemos apuntado, el hecho de la creación de un tribunal internacional para juzgar a los responsables de los crímenes de guerra es un cambio muy relevante ya que, hasta entonces el enfoque había sido que la guerra, justa o injustamente iniciada, era una cuestión entre Estados y militares y que el derecho de la guerra tenía como única función minimizar en lo posible los sufrimientos que causaba la contienda. Por otra parte se entendía que los actos que se cometían era un cumplimiento de un deber impuesto por la fidelidad al Ejército y al Estado y que sólo merecía reproche si se realizaban con crueldad innecesaria. Es evidente que el Tribunal de Nüremberg constituye un cambio de 180 grados con respecto a esta concepción en todos los sentidos: finalizada la contienda se considera que el derecho debe juzgar los crímenes cometidos durante la misma como responsabilidad directa de los

individuos. El crimen de guerra se convierte en un delito cuya causa es la contienda pero que se independiza de la misma y por ello ya no es posible justificarlo en base al cumplimiento de unas órdenes. Y, por otra parte, se establece una responsabilidad en cadena que alcanza a todos los responsables.

Nüremberg había sido un lugar mítico en la simbología y la parafernalia del Tercer Reich por lo que, si bien en principio el tribunal tendría su sede permanente en Berlín finalmente se escogió Nüremberg para el primer proceso que sería el más importante, si bien luego tendrían lugar otros procesos en los que se juzgó a autoridades menos relevantes, entre ellas a jueces y magistrados situación que es el tema del célebre film "Vencedores o Vencidos" de 1961.

2.-ESTATUTO DEL TRIBUNAL DE NUREMBERG

El Preámbulo del Estatuto del Tribunal de Nüremberg, en adelante ETN se remite al acuerdo de Moscú y aunque hace

referencia a que los responsables de los crímenes podrán ser devueltos a los países donde cometieron los crímenes y condenados con arreglo a las leyes de dichos países, lo cierto es que también afirma que, de acuerdo con dicha Declaración podrán ser juzgados y castigados por decisión conjunta de los Gobiernos Aliados, es decir, como se indica en el artículo 1: Estados Unidos, Inglaterra, Francia y la URRS.

El Estatuto del Tribunal de Nüremberg instituye lo que serán las categorías por antonomasia de los crímenes del derecho penal internacional. En el artículo 6, establece, tres categorías de crímenes por los que se responderá individualmente ya como responsable directo o como miembro de una organización:

a) Crímenes contra la paz. Se refiere a cualquier actividad cuyo objetivo sea la guerra.

b) Crímenes de Guerra: todos aquellos que constituyan violaciones de las leyes o usos de la guerra, contra la población civil, los

prisioneros de guerra, entre los cuales el asesinato o malos tratos, o la destrucción y devastación de bienes. Nótese que el texto indica "sin quedar las mismas [las vulneraciones] limitadas a estos crímenes".

c) Crímenes contra la humanidad. Se consideran crímenes contra la humanidad el asesinato, la exterminación, la esclavización, la deportación u otros actos inhumanos y la persecución por motivos políticos, religiosos, o raciales constituyan o no una vulneración de la legislación interna del país dónde se perpetraron.

Era evidente que en Nüremberg no sólo habían de juzgarse los delitos cometidos por el régimen del Tercer Reich durante la contienda sino todas las atrocidades cometidas en Alemania con el asesinato de más de seis millones de judíos y un incuantificable número de gitanos, enfermos, inválidos y opositores. Por ello el Estatuto integra la categoría de crímenes contra la humanidad los cuales no se producen en un contexto de conflicto ni tienen porqué estar relacionados con un conflicto pasado o predecible. Además y

puesto que todo lo ocurrido en Alemania se había realizado obedeciendo leyes dictadas por el Gobierno, el Estatuto precisó que los crímenes incluidos en el mismo no tenían porque constituir delito en los propios países. Es decir que se creaban categorías de delitos de derecho penal internacional.

Por el contrario y aunque es evidente que la violación constituía un delito en la legislación interna de los países en conflicto, y desde luego en Alemania, pese a ello el Estatuto no la incluyó explícitamente. La violencia sexual, que no se mencionaba, podía integrarse en el concepto de malos tratos del apartado b) teniendo en cuenta además, que el mismo apartado señalaba expresamente que la enumeración no constituía un *numerus clausus* y que existía la posibilidad de incluir otros crímenes.

Por otra parte el apartado c) contemplaba los crímenes de esclavización y de tratos inhumanos, por lo que podían acoger delitos como la esclavitud sexual o la prostitución forzada. Teniendo en cuenta que tanto el artículo 7 como el artículo 9

contempla la responsabilidad criminal de los funcionarios y de los miembros de organizaciones está claro que las violaciones y la prostitución forzada perpetrados en los campos de concentración caían de pleno en el tipo señalado en el apartado c) como esclavización.

Pero lo que faltó en Nüremberg fue la voluntad de juzgar la violencia sexual sufrida por las mujeres durante la guerra. Se trataba de un Tribunal en el que se establecía claramente una línea divisoria entre justos y criminales, y es de suponer que, puesto que en cuanto a la violencia contra mujeres y niñas, todos, y en particular los soviéticos las habían cometido, se decidió excluir este tipo de crímenes de los procesos y las mujeres fueron víctimas silenciadas y olvidadas.

Hemos señalado que la mayor conciencia sobre la violencia sexual sobre mujeres y niñas ha coincidido con el protagonismo y participación cada vez mayor de las mujeres en el ámbito público, político y jurídico. En aquella época las mujeres apenas se habían incorporado al ejercicio

de profesiones jurídicas u otras relevantes en la esfera social y no ostentaban cargos políticos ni tenían influencia. Sin embargo, aunque no pudieran influir en las decisiones del tribunal en el tema que nos ocupa, y aunque poco se ha hablado de ellas (un síntoma más de discriminación), lo cierto es que en Núremberg hubo mujeres profesionales, abogadas, intérpretes y ayudantes y algunas de ellas, pioneras en la profesión de leyes, hicieron grandes carreras posteriores.

3.-LAS MUJERES PROFESIONALES DEL TRIBUNAL DE NUREMBERG⁶³ Y SU INVISIBILIDAD HISTÓRICA

En muy pocas memorias de los que formaron parte del Tribunal de Nüremberg aparecen nombre de las mujeres que contribuyeron con su trabajo profesional en las sesiones del Tribunal y de los tribunales aliados. Las periodistas Janet

⁶³ AMANN, Dianne Marie "Portraits of Women at Nüremberg." School of Law. University of California. Davis. Research Paper n^o 225. August.2010.<http://ssm.com/abstract=1654732>.

Flamer y Rebecca West escribieron sobre los procesos como corresponsales.

La abogada Katherine Fite fue ayudante de John Q Barret. La abogada de Georgia Irma Von Nunes fue capitán del cuerpo femenino de la armada de Estados Unidos y la capitana Virginia Gill colaboró como ayudante de la acusación.

Numerosas mujeres se incorporaron al tribunal como intérpretes como Edith Simon.

Elisabeth Gombel fue abogada defensora de Ernst Wilhem Bohle, el único acusado que se declaró culpable y, curiosamente, el que menor tiempo cumplió en prisión. Aline Chaufour había trabajado para el general De Gaulle y fue uno de los tres fiscales del Tribunal militar inglés perteneciente a Ravensbrück. Sadie Belle Arbuthnot fue la primera mujer juez en el tribunal que se estableció por los Estados Unidos en la Alemania ocupada. Belle Mayer Zeck formó parte del equipo de la acusación. Mary M. Kaufman trabajo en el caso Farben.

Finalmente Cecelia Goëtz, hija de un famoso abogado neoyorquino, se graduó con la máxima calificación de su clase en la Facultad de Derecho de Nueva York. Fue uno de los abogados del caso contra el industrial alemán Krupp y de vuelta en su país desarrolló una importante carrera. En 1995 fue invitada a un congreso en el que, precisamente, se exploraban los vínculos entre el tribunal de Nüremberg y los Tribunales Especiales de Yugoslavia y Rwanda. Goëtz consideraba que Nüremberg era un precedente equívoco, que había existido una gran destrucción de evidencias y señaló que había estado enmarcado en lo que denominó "un periodo de pervasivo bias de género" no solamente en cuanto al injusto desprecio por el trabajo realizado por las mujeres en el Tribunal sino por un desprecio hacia todo lo femenino y hacia las víctimas. De hecho, durante las sesiones de Nüremberg, tanto los miembros del Tribunal como los periodistas incurrieron ellos mismos en conductas discriminatorias y ridiculizando a las intérpretes, calificando a Gombel como una "rubia espectacular" y preguntándose como Goëtz podía ser

abogado con su "cabello rizado y su rojísima boca".⁶⁴

Pero cuando un artículo del *New York Magazine* cuestionó el Tribunal de Nüremberg sobre la base de que, después de todo, los procesos se habían basado en el derecho internacional, Belle Mayer Zeck, a sus setenta y seis años escribió: "Desdeñar los Tratados y las convenciones internacionales como " creativos" es negar que existe el derecho internacional. El hecho de que no existan procedimientos vinculantes en estas convenciones no vicia su eficacia".⁶⁵

Por su parte Cecelia Goëtz declaró a los ochenta años que la decisión de los Estados Unidos de liberar al industrial Alfred Krupp apenas cumplido un tercio de su sentencia era ultrajante y una vulneración de los más elementales principios de la justicia.

Como puede comprobarse las mujeres fueron absolutamente ignoradas en Nüremberg tanto como víctimas del

⁶⁴ AMANN, Dianne Marie "Portraits of Women at Nüremberg." *Ob.Cit.*

⁶⁵ MAYER ZECK, Belle *The war and the law.* NYTimes. 28 de Mayo de 1995.

conflicto como en su contribución profesional en los procedimientos y poco o nada se ha conocido de su trabajo como periodistas, corresponsales o abogadas. Tampoco, con honrosas excepciones, se ha reconocido su valor durante la guerra, ni en la resistencia.

Sin embargo su trabajo y sus logros existen y pueden consultarse y muchos años más tarde aquellas que actuaron en el tribunal aún persistían en la defensa de los principios y convicciones que el Tribunal representó.

Es interesante mencionar que el primer testigo de cargo en Nüremberg fue también una mujer, Marie Vaillant, miembro de la resistencia y superviviente del Holocausto. Estuvo interna en Auswitch y fue torturada. Su testimonio, detallado y sereno, es un ejemplo de la capacidad y valentía de las mujeres pero también un espantoso relato de la barbarie humana.⁶⁶

⁶⁶ Su demoledor testimonio en:
<http://avalon.law.yale.edu/imt/01.08.1946>.

No debemos negar al Tribunal Internacional de Nüremberg su papel fundamental como precedente. El Tribunal de Nüremberg constituyó la prueba de que un Tribunal Internacional que juzgara los crímenes contra la humanidad no solo era necesario sino posible. Fue un logro histórico para los derechos humanos y el derecho penal internacional. Estableció las principales categorías de los crímenes, entre ellos el de lesa humanidad *ex novo*, instituyó la responsabilidad individual y consagró la universalidad de los derechos humanos. Pero, como todos los pioneros incurrió en graves defectos. En primer lugar se ha cuestionado cual era la base jurídica legítima de los aliados para sancionar ante una jurisdicción internacional que ellos mismos habían creado *ad hoc*. Existían, como hemos visto, convenciones y leyes sobre los usos de la guerra y de protección para prisioneros y, aunque de manera más matizada, contra civiles y también contra la guerra como agresión. Pero no había precedentes de "crímenes contra la humanidad". Y aún de haberse entendido que existían no se contemplaba claramente la sanción individual ni existía jurisdicción

internacional. Se juzgaban pues, retroactivamente, crímenes cometidos con anterioridad al Estatuto de Nüremberg. Sin embargo en aquel momento se entendió que era prioritario juzgar y condenar a los culpables de atrocidades de las que existían numerosas y evidentes pruebas. Por otra parte los crímenes cometidos se contemplaban en los derechos internos y el Tribunal entendió que el principio *nulla pena sine legem* era un principio enfocado a la protección de los inocentes. En ese sentido el Tribunal también fue pionero al señalar que las víctimas debían ser el centro del derecho penal internacional y que su sufrimiento no podía quedar impune por una interpretación rigurosa de las normas. Aunque es muy discutible la legitimidad de ciertos enfoques del tribunal y sobretodo desde el punto de vista del derecho a la defensa, cierto es que, si lo comparamos con la Corte Penal Internacional vemos que en el caso de ésta última se ha llegado al extremo contrario. El esfuerzo por respetar escrupulosamente los derechos de los acusados pese a la evidencia de sus crímenes ha llevado a un anquilosamiento de los procesos que se prolongan durante

tanto tiempo que la sentencia, cuando llega, no constituye realmente justicia para las víctimas.

Lo que realmente cuestiona la legitimidad del Tribunal de Nüremberg, a nuestro entender, y afecta directamente como ya hemos señalado repetidamente a los crímenes de naturaleza sexual pero no sólo a éstos, fue la voluntad ya expresa en el Acuerdo de Moscú, de juzgar única y exclusivamente a los nazis. El Acuerdo de Moscú se definía como "concerniente a la responsabilidad de los Hitlerinos (Hitlerites [sic]) por las atrocidades cometidas". En cuanto al Acuerdo de Londres especificaba que su objetivo era "la persecución y castigo de los Criminales de Guerra del Eje". Se trataba de una justicia sesgada que prescindía del principio de igualdad ante la ley y de la presunción de inocencia.

Sn embargo el Tribunal de Nüremberg dejó bien claro que las obligaciones dimanantes del derecho internacional priman sobre el derecho interno y que no puede utilizarse como eximente el hecho de que las acciones eran legales de acuerdo con el

derecho del Estado y también estableció claramente la responsabilidad individual por encima de cualquier otra consideración. De ahí la famosa frase que encabeza este trabajo "Son los hombres y no entidades abstractas los que cometen los crímenes cuya represión se impone como sanción del derecho internacional".⁶⁷

Además del Tribunal de Núremberg los aliados establecieron otros tribunales de guerra por lo que las Fuerzas Militares de los Gobiernos Aliados dictaron otra norma sobre crímenes de guerra: el *Control Council Law*, que se estudia a continuación. Su particularidad más notable fue que, a diferencia del Estatuto de Núremberg, el CCL10 se refería expresamente a la violación.

4.- CONTROL COUNCIL LAW NUMBER 10: TRIBUNALES NACIONALES PARA CRIMENES DE GUERRA.

El 20 de Diciembre de 1945, los Aliados promulgaron la Ley nº 10 del Consejo de Control Aliado para castigar a las personas

⁶⁷ Declaración de Obertura del Proceso de Núremberg. Pág. 12 citado en *Ars Iuris*. Nº 29. Universidad Panamericana. 2003.

que hubieran cometido crímenes de Guerra, crímenes contra la Paz o crímenes contra la Humanidad con referencia a la Conferencia de Moscú. La *Control Council Law* era una versión del Estatuto del Tribunal de Nüremberg pero, a diferencia de aquel preveía la realización de procesos posteriores ante los Tribunales alemanes o ante tribunales militares. Sin embargo lo más importante es que la *Control Council Law* y lo que la diferenciaba del Estatuto de Nüremberg es que disociaba los crímenes del período de guerra por lo que permitía la persecución de crímenes contra la humanidad cometidos antes de 1939 como por ejemplo el exterminio judío o el asesinato de incapacitados, gitanos, experimentos médicos y otros crímenes cometidos por el régimen nazi. Bajo el *Control Council Law* se llevaron a cabo juicios contra profesionales civiles, de la administración pública, médicos, industriales, etc.

El artículo II apartado 1 del CCL10 especifica cuales actos se considerarán crímenes y los divide, a semejanza del Estatuto de Nüremberg en tres categorías a) crímenes contra la Paz, b) crímenes de

guerra y c) crímenes contra la humanidad. La primera diferencia respecto a la cuestión que nos interesa es que en el apartado b) se menciona que se considerará como crimen de guerra la deportación con fines de trabajos forzados o para cualquier otro propósito lo que integraría la prostitución forzada. Por otra parte, en el apartado Lo más relevante del *Control Council Law* nº 10 en relación con este trabajo es que recoge por primera vez la violación como crimen contra la humanidad desligándola del conflicto armado ya que se menciona expresamente en el apartado c) como crimen contra la humanidad, la violación.

La *Control Council Law* es mucho más técnica y precisa en cuanto a la descripción de las penas, al tratamiento de las pruebas y testigos y a la responsabilidad directa e indirecta en relación a los crímenes.

Otro aspecto relevante es que, en el apartado 2 del artículo II se establece textualmente que "cualquier persona independientemente de su nacionalidad o de la capacidad en la que ha actuado, es

responsable de haber cometido un crimen definido en el apartado 1 de este artículo” y describe las posibles circunstancias de participación. Sin embargo pese a la referencia a la nacionalidad en el mismo párrafo se deja claro que se refiere solo a alemanes o sus aliados.

Aunque la opinión pública reclamó durante bastante tiempo que se juzgara a los criminales de guerra lo cierto es que se celebraron muy pocos juicios a nivel nacional. Empezaron en las zonas de ocupación entre 1943 y 1949 por los aliados, principalmente EEUU y Reino Unido. Se juzgó a industriales, médicos, jueces y oficiales de las SS (denominación de la Schutzstaffel organización de fuerzas de seguridad del NSDAP el partido nazi). Se celebró un juicio especial por el campo de concentración de Ravensbrück. Francia y URSS celebraron juicios por crímenes cometidos en sus territorios tanto por los alemanes como por sus nacionales por traición o colaboración. Como se menciona en este trabajo Francia llevo a cabo actos de violencia extrema contra mujeres acusadas de colaboracionismo. En el caso del campo de concentración de Dachau se

estableció que los campos de concentración eran una empresa criminal organizada, que era imposible que los empleados ignoraran lo que ocurría allí y, en consecuencia se estableció una "presunción de culpabilidad" para cualquier persona empleada o estrechamente relacionada con dichos campos, lo cual puede resultar chocante desde el punto de vista del rigor jurídico pero es una cuestión indiscutible desde la realidad de los hechos.

Puede oponerse una falta de legitimidad, y de de garantías especialmente en cuanto a la presunción de inocencia y el ejercicio del derecho de defensa⁶⁸ pero lo cierto es la culpabilidad era palmaria en el caso de los campos de concentración.

El principio *nulla pena sine lege* y el principio de legalidad exigen que exista un conocimiento de la norma pero no que esta sea una ley ni que esté escrita. Por ello era posible invocar como fundamento

⁶⁸ En estos juicios se impuso el pragmatismo al rigor jurídico de forma discutible. Sin embargo hoy en día el afán de rigor como forma de consolidar su jurisdicción, dificulta muchas condenas en la Corte Penal Internacional, en especial por delitos de violencia sexual, por los que se juzga a unos acusados representados por grandes bufetes internacionales en detrimento de las víctimas.

tanto los principios generales del derecho internacional, los Tratados y Convenciones sobre Derecho de la Guerra como el derecho consuetudinario constituían una base sólida⁶⁹.

5.- EL TRIBUNAL MILITAR PARA EXTREMO ORIENTE: TRIBUNAL DE TOKIO

Si el Tribunal de Nüremberg recibió críticas por su falta de legitimidad y fundamentación jurídica, la base jurídica del Tribunal de Tokio es aún más endeble. El Tribunal de Tokio se creó mediante una proclama especial de la máxima autoridad ocupante, en este caso el general Mac Arthur, con la aquiescencia de los aliados. Para justificar su creación se invocó el Pacto Brian Kellog contra el recurso a la guerra. No existen diferencias fundamentales en cuanto a la categorización de los crímenes que son exactamente las mismas que en el Estatuto de Nüremberg. Como hemos

⁶⁹ Aunque no para el derecho penal. En España por ejemplo no es admisible la costumbre en derecho penal.

señalado, el juicio de Tokio estuvo aún más falto de legitimidad que el de Nüremberg. En primer lugar el Estatuto del Tribunal de Nüremberg y los principios de derecho internacional consagrados en el mismo y recogidos posteriormente por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas como veremos más tarde, habían establecido claramente que el hecho de ostentar cargos en el Gobierno o en la Jefatura del Estado no eximía de responsabilidad en referencia a los crímenes de guerra, o de lesa humanidad. Sin embargo, por decisión de Mac Arthur se decidió conceder la inmunidad al emperador del Japón. Los juicios se iniciaron el 3 de Mayo de 1946, y finalizaron el mismo año, el 4 de Noviembre de 1946: un tiempo record. Los condenados a muerte fueron conducidos a la horca un 23 de Diciembre, aunque algunos de ellos como veremos no eran claramente responsables. En el Tribunal de Tokio jugaron mucho más las estrategias políticas que en Nüremberg. En primer lugar, pese a ser aliados, en nada se parecían el régimen del Tercer Reich y el Japón Imperial. En segundo lugar, pese a que los japoneses cometieron numerosas

atrocidades como las llevadas a cabo por la siniestra unidad 731 (aunque no a gran escala y de manera "legal" como el régimen nazi) estas no se revelaron ni se juzgaron. En relación con los experimentos llevados a cabo por esta unidad 731 del ejército japonés, se llegó a un vergonzoso acuerdo a cambio de información sobre armas química. Por otra parte el problema era que Estados Unidos había lanzado dos bombas atómicas sobre Japón y era consciente de que carecía de autoridad moral.

No es cierto, sin embargo, como se recoge en muchos de los artículos y estudios sobre el tema que el Tribunal no investigara ni juzgara las violaciones, asesinatos, prostitución forzada y esclavitud sexual sufridas por miles de mujeres y niñas en particular chinas. De hecho sí se investigaron los hechos⁷⁰,

⁷⁰ *"The evidence relating to atrocities and other Conventional War Crimes presented before the Tribunal establishes that from the opening of the war in China until the surrender of Japan in August 1945, torture, murder, rape and other cruelties of the most inhumane and barbarous character were freely practiced by the Japanese Army and Navy."* Según David Cohen el hecho se debe a que, a consecuencia de la enorme cantidad de material y tiempo que consumía el juicio y como el objeto principal del tribunal era enjuiciar a Japón por el delito de crímenes contra la paz, se abrevió la presentación de la documentación relativa a las atrocidades cometidas (42.000 páginas). *"El problema real no es que no se hiciera mención de las violaciones sino que no se concitó con otras formas de violencia sexual, que no se incluyó entre*

especialmente por parte de los australianos, los representantes de los Países Bajos y los ingleses. David Cohen⁷¹ cita el párrafo preliminar de la sección sobre Crímenes de Guerra en el cual se decía que "La evidencia presentada ante el Tribunal, relacionadas con atrocidades y otros Crímenes de Guerra Convencionales, establece que desde el comienzo de la guerra en China hasta la capitulación de Japón en Agosto de 1945, la tortura, el asesinato, la violación y otras crueldades del más inhumano y bárbaro carácter se practicaron libremente por el Ejército y la Armada japoneses. Durante el proceso se condenó a varios generales y altos cargos como el general Yamashita y el general Muto por las atrocidades sexuales cometidas en Manila, así como el general Kimura. Algo injustamente, el Ministro de Asuntos Exteriores Hirota fue condenado, entre otros como Matsui, por la masacre de Nanking.

los crímenes de guerra y que no se hizo ninguna definición de la violación como crimen ni de sus elementos".

COHEN, David. "Prosecuting Sexual Violence from Tokyo to the ICC". Fichl. Publication Series nº 12 pags. 14-16. En "*Understanding and Proving International Sex Crimes*" Morten Bergsmo, Alf Butenschon Skre and Elizabeth J. Wood ed. 2012 Torkel Opsahl Academic Publisher.

⁷¹ Op cit. Pags. 19,20 y 21

6.-LA VIOLENCIA SEXUAL Y LAS *COMFORT WOMEN*

En el caso del Tribunal de Tokio no fue posible obviar el tema de la violencia sexual. Sin embargo tampoco se hizo justicia a las mujeres que la sufrieron. En 1937 y durante dos meses los japoneses violaron a más de siete mil mujeres, asesinaron a niños, enterraron vivos a miles de civiles y cometieron todo tipo de atrocidades que tuvieron repercusión en la prensa internacional. Aunque en los veredictos finales solo se reflejó el caso de Nanking, sin embargo, también en Manila por ejemplo, se cometieron más de 30.000 violaciones y torturas sexuales en tres días de ataque. El Tribunal también reconoció el hecho de que se habían producido casos de esclavitud sexual. Sin embargo, como señala Cohen, faltó consistencia a la hora de documentarla y presentarla ante el Tribunal.

En 1932 el Alto Mando japonés había decidido establecer prostíbulos con el fin de evitar las violaciones en masa. Tras el drama de Nanking se decidió incrementar

dicho programa pero recurriendo al secuestro, engaño y confinamiento de miles de mujeres, especialmente de Corea, Filipinas y Japón. El ejército estableció en varios lugares prostíbulos para el relax de los combatientes en los que mujeres y niñas fueron prostituidas a la fuerza. Fueron las denominadas con un odioso eufemismo "*comfort women*". Como había ocurrido ya en Nüremberg no hubo justicia para las mujeres de Nanking ni para las *comfort women*. Es cierto que los terribles episodios sucedidos en Nanking de los que fueron difundidos numerosos testimonios gráficos llevaron a la condena de los generales japoneses Iwane Matsui y Toyoda. Pero, como señalábamos antes se trató de unas condenas arbitrarias. En el caso de Matsui éste estuvo enfermo durante el ataque a Nanking y luego quedó tan horrorizado por los hechos que declaró llorando ante las tropas que éstas habían mancillado el honor del Ejército japonés. Mucho más responsable que Matsui fue el príncipe imperial Asaka que dispuso y dirigió el ataque. Sin embargo Mac Arthur decidió exonerar a la familia imperial de toda responsabilidad. Toyoda y Matsui fueron juzgados y ejecutados como altos

mandos responsables pero no se juzgó ni condenó a ningún mando intermedio ni a nadie más por las violaciones de Nanking ni por las ocurridas durante la invasión de China ni durante la guerra. Tras las ejecuciones de los condenados en el Tribunal de Tokio, no hubo ni juicios ni condenas por los Tribunales internos en Japón. En cuanto a las *comfort women*, su sufrimiento fue ignorado, no se las consideró ni se condenó a nadie por él. El Gobierno Japonés nunca ha reconocido su culpa, ni dispuesto indemnizaciones ni ha aceptado establecer tribunales que juzguen los hechos. Es más, se han repetido campañas para negar su existencia. En 1990 las pocas que aún vivían, apoyadas por organizaciones de derechos humanos y feministas rompieron su silencio, empezando por las coreanas. Se organizaron a semejanza de las madres de mayo argentinas y aún hoy se siguen manifestando. En el año 2000 se constituyó de forma simbólica el Tribunal Internacional de Mujeres sobre Crímenes de Guerra para el enjuiciamiento de la esclavitud sexual a manos del ejército japonés. Como veremos más adelante, en este Tribunal se puso de manifiesto como

la violencia sexual contra las mujeres nunca había sido plenamente reconocido de forma específica como un crimen de guerra, ni como uno de los tipos de crimen contra la humanidad.

En el caso del Tribunal de Tokio esta omisión en cuanto a los crímenes cometidos contra las mujeres es si cabe más grave que en el caso de Nüremberg, puesto que la magnitud de los crímenes era bien conocida y se había llevado a cabo de manera organizada y sistemática. Por otra parte el estatus de inferioridad tradicional de la mujer en los países asiáticos condenaba a las víctimas al ostracismo y al desprecio. En palabras de Yayori Matsui, directora-coordinadora de Violencia contra las mujeres en la guerra de Japón⁷² la falta de justicia y el silencio obligado de las víctimas fue como una segunda violación.

Tanto la Sra. Matsui como la Sra. Radhika Coomaraswamy, nombrada relatora especial de la Naciones Unidas sobre el

⁷² MATSUI, Yayori. "The Women's International War Crimes Tribunal on Japan's military Sexual Slavery". 19 Conferencia IPRA. Julio 2002. Corea. <http://www.globalaging.org/elderights/worldwomen.htm>

tema de las *comfort women* aluden repetidamente a la esclavitud como definición de las condiciones sufridas por las *comfort women*.

En el caso de las *comfort women* no puede hablarse más que de esclavitud sexual organizada.

7.-EL ESTATUTO DEL TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL PARA EXTREMO ORIENTE.

A diferencia de lo que ocurrió en Nüremberg, en el Tribunal de Tokio, los jueces fueron mucho más internacionales, provenientes de once naciones aliadas, y, además, no fueron tan dóciles como en Nüremberg y algunos se pronunciaron sobre la ilegitimidad del tribunal, la violación de principios de derecho como el *nulla penam sine lege* que ya se había invocado en Nüremberg y la poca neutralidad del Tribunal. Estados Unidos sin embargo se otorgó la exclusividad de la organización del Tribunal y los cargos correspondientes a la Fiscalía.

Como en Nüremberg el Tribunal juzgaba delitos cometidos por, como lo define el art. 5⁷³: "criminales acusados por crímenes contra la paz individualmente o como miembros de organizaciones". En cualquier caso se establecía claramente la responsabilidad individual.

El Estatuto del Tribunal, básicamente similar al de Nüremberg, estableció cinco categorías de crímenes:

a) Crimen de Conspiración. Esta categoría fue impuesta por Estados Unidos pese a las dudas de los aliados que no veían fácil de probar este delito.

b) Crímenes contra la Paz consistente en la preparación, iniciación de una guerra de agresión declarada o no declarada o de una guerra que infrinja las leyes internacionales o conspiración para cometerlas.

⁷³ Estatuto del Tribunal Militar para el Extremo Oriente.(tambien conocido como Tribunal de Tokio). http://nataliabarbero.blogspot.com.es/p/estatuto-del-tribunal-militar_26.html

c) Crímenes de Guerra. El Estatuto los nombra Crímenes de Guerra convencionales y los define muy sucintamente como aquellos que constituyen violaciones de las leyes sobre la guerra.

e) Crímenes contra la humanidad. El Estatuto los enumera así: "asesinato, exterminación, esclavitud, deportación, y otros actos inhumanos cometidos contra la población civil, antes o durante la guerra, o la persecución por motivos políticos o raciales, relacionados o conectados con un crimen previsto en el Estatuto del Tribunal constituya o no un crimen contemplado por el ordenamiento nacional donde se haya perpetrado.

Son responsables también todos aquellos cómplices, líderes, organizadores, o instigadores que hayan participado en la formulación o ejecución de cualquiera de los crímenes descritos de las acciones de cualquier persona que hay ejecutado dichos planes. Muchos de los crímenes se habían producido antes de comenzar la

guerra pero se consideró que los acaecidos en China o Korea debían ser juzgados por los Tribunales nacionales.

El artículo 6 refuerza la responsabilidad de los acusados rechazando como eximente el cargo que ocuparan o el haber recibido órdenes explícitas de un superior. Como vemos el Estatuto de Tokio reproduce bastante exactamente el de Nüremberg aún cuando las situaciones fueron muy distintas. Los crímenes sexuales siguen sin estar individualizados si bien, en lo referente a las *comfort women*, eran perfectamente subsumibles en el crimen contra la humanidad de esclavitud.

8. EL LEGADO DE NÜREMBERG Y TOKIO.

Pese a todas las críticas que pueden realizarse hoy en día, desde la perspectiva del S.XXI a los Tribunales Internacionales de Nüremberg y Tokio, lo cierto es que, principalmente al Tribunal de Nüremberg, les debemos la construcción de todo el

derecho penal internacional. Puede afirmarse que en Nüremberg se establecieron las principales categorías de crímenes del derecho penal internacional: crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, crímenes contra la paz. Y, por su parte, el Tribunal de Tokio las consolidó al establecer las mismas categorías en su propio Estatuto. Se crearon un nuevo tipo de crímenes en los cuales no es una sociedad concreta la que ve vulnerado su derecho sino la comunidad internacional como garante y responsable moral del respeto universal de los derechos humanos. Ambos tribunales establecieron expresamente la responsabilidad individual ante la comunidad internacional por los crímenes definidos como crímenes de guerra, contra la paz o de lesa humanidad aún y cuando dichos crímenes no estuvieran contemplados o penados por el derecho interno. También establecieron que el derecho internacional está por encima del derecho del Estado al inadmitir como atenuantes la obediencia hacia las leyes internas o a las órdenes superiores de mandos militares o gubernativos.

Se construye pues una legalidad supranacional y se crean tipos penales acordes con el derecho penal internacional. Es más vigente que nunca la Cláusula Martens,⁷⁴ establecida en el Preàmbulo de la Convención de La Haya de 1899: "Hasta que un Código más completo de las Leyes de guerra se emita, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no incluidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho internacional, tal como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y las exigencias de la conciencia pública". Así ocurre con el delito de lesa humanidad que se produce exista o no un conflicto y cuyo origen es consuetudinario e inspirado por los principios del derecho internacional.

Sin embargo hubo errores que, de algún modo, han persistido en el derecho penal internacional, en los Tribunales *ad hoc*

⁷⁴ Cláusula Martens
<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlcy.htm>

posteriores y aún incluso en la Corte Penal Internacional. Ni Nüremberg ni el Tribunal Internacional para el Extremo Oriente se plantearon hacer justicia a las víctimas ni les dieron ningún papel en el desarrollo de los procesos. Tampoco se les hizo ningún reconocimiento. No hubo justicia restaurativa de ningún tipo. Se hizo justicia en la forma más clásica: una justicia retributiva altamente politizada.

Pero pese a todo y por encima de todo, estos Tribunales demostraron que, aunque débil, frecuentemente mezquina y a veces mercenaria existía una conciencia moral de la humanidad, aquella que muchos autores entienden está recogida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Una conciencia internacional que se conmovía ante la crueldad mostrada hacia otros seres humanos y exigía el castigo de los culpables y que en definitiva forzó la cristalización de un derecho llamado a acabar con la impunidad.

Sin embargo no fue hasta 1993 que la conciencia moral de la humanidad forzaría otra vez la constitución de dos nuevos

Tribunales Internacionales a raíz de las atrocidades cometidas en los conflictos de la antigua Yugoslavia y de Ruanda. Entre medio el Tribunal Rusell de 1966 – creado como una tribuna de opinión como más tarde sería el tribunal de Tokio del año 2000-, fue como señalaría Jean Paul Sartre, presidente ejecutivo del mismo:

“la sentencia de Nüremberg ha hecho necesaria la existencia de una institución destinada a investigar los crímenes de guerra y, si se da el caso, a juzgarlos...nuestro Tribunal no es una institución ciertamente ...pero nace de un vacío y de una llamada”.⁷⁵

9.-LA COMISION DE DERECHO INTERNACIONAL DE NACIONES UNIDAS.⁷⁶

Paralelamente al desarrollo de los procesos de Nüremberg y de Tokio, la Comisión de Derecho Internacional de las

⁷⁵ Discurso inaugural del Tribunal Rusell pronunciado en Estocolmo 2 de Mayo de 1967.

⁷⁶ www.un.org/law/ilc/international-law-commission. Texts, Instruments and final reports.

Naciones Unidas desarrolló una serie de declaraciones sobre el derecho internacional y la responsabilidad de los Estados.

Así, en el Proyecto de Declaración de los Derechos y Deberes de los Estados de 6 de Diciembre de 1949⁷⁷, en su artículo 6 señalaba que "todo Estado tiene el deber de tratar a las personas sometidas a su jurisdicción de tal manera que los derechos del hombre y las libertades fundamentales sean respetados."

Se establece pues una obligación universal de respeto por los derechos humanos que obliga a todos los Estados. Lo cierto es que pese a todas las dificultades esta obligación ha ido consolidándose de tal forma que, como afirma Mathias Herdegen⁷⁸ "hoy en día...en el ámbito interno del Estado, la garantía jurídica de las obligaciones del derecho internacional y el consenso social guían el proceso de decisión política por las vías del derecho internacional. ... La violación abierta de

⁷⁷ Proyecto de Declaración de los derechos y Deberes de Los Estados. 1949.

<http://old.dipublico.org/tratados/190.pdf>

⁷⁸ HERDEGEN, Mathias. "*Derecho internacional público*".Ed. Konrad Adenauer Stiftung. Universidad Autónoma de México.

una obligación de derecho internacional se considera en el mundo estatal actual como una falta de cultura jurídica....Existe una creciente disponibilidad de los Estados a reaccionar en caso de graves violaciones a derechos humanos...".

Posteriormente, en 1950, la Comisión recoge los principios de Derecho Penal Internacional consagrados por el Estatuto del Tribunal de Nüremberg y su jurisprudencia, los comúnmente llamados "Principios de Nüremberg".

Entre estos debemos distinguir entre los principios que se refieren al establecimiento de la responsabilidad y las definiciones de los crímenes de derecho internacional.

En los principios relativos a la responsabilidad nos encontramos los siguientes:

- todo autor de un crimen de derecho internacional es responsable del mismo y objeto de sanción (principio primero).
- el hecho de que el derecho interno no considere punible un crimen de

derecho internacional no exime de la responsabilidad en derecho internacional al autor (principio II). Es obvio que este principio es especialmente relevante para los crímenes contra las mujeres puesto que existen muchos países, especialmente los de religión musulmana, que no sancionan crímenes reconocidos en el derecho internacional como los matrimonios forzados (asimilado a esclavitud como ya hemos visto en la Convención contra la Esclavitud de 1956), los asesinatos o violaciones rituales o la limitación de libertades públicas. Pero también es aplicable a otros crímenes sancionados por el derecho internacional de los derechos humanos.

- No exime de la responsabilidad el ostentar cargos en el Gobierno – incluido la jefatura del mismo- o el haber actuado bajo las órdenes del gobierno o de un superior jerárquico (principios III y IV).

En cuanto a los crímenes, la Comisión elabora una serie de definiciones de los que acabarían denominándose “*core crimes*” es decir de los crímenes más graves con trascendencia mundial , los que constituyen crímenes de derecho

internacional, aparte de los crímenes contra la paz, recogidos en el principio VI. Estos crímenes se encuadran en dos categorías según se produzcan en una u otra circunstancia:

Crímenes de Guerra: "asesinatos, malos tratos o deportación para trabajos forzados o con cualquier otro objetivo de la población civil.". El artículo dispone expresamente que la enumeración no es un *numerus clausus*. A la luz de este apartado está claramente enunciado que el reclutamiento o traslado forzoso de mujeres con el fin de prostituirlas o de obligarlas a realizar trabajos domésticos es un crimen de guerra. Es por lo tanto escandaloso que aún en el caso Lubanga no se haya reconocido como crimen y se haya cuestionado en el TPIY.

En cuanto a los crímenes de lesa humanidad, la Comisión establece lo siguiente:

Crímenes contra la humanidad: "el asesinato, la reducción a esclavitud, la deportación o cualquier otro acto inhumano cometido contra todas las poblaciones civiles como consecuencia de

un crimen contra la paz o un crimen de guerra o relacionados con los mismos”.

Es obvio que el epígrafe “cualquier otro acto inhumano” es muy amplio por lo que comprende sin duda los actos de violencia sexual aunque explícitamente no se mencionen.

La Comisión de derecho internacional de las Naciones Unidas elaboró también un informe sobre las formas y métodos para hacer que el derecho internacional fuera más asequible.

La recomendación de la Comisión⁷⁹ en relación a las fuentes de derecho internacional es que no hubiera tanta distinción entre el derecho internacional derivado de las convenciones y tratados y el derecho internacional consuetudinario recomendando la integración de las costumbres y principios del derecho internacional en el derecho internacional convencional mediante un acuerdo entre los estados de forma a que pudieran tener la misma fuerza vinculante que estos.

⁷⁹ Artículo 29

Asimismo, en su art. 42 y siguientes recomienda se tenga en cuenta como referente la jurisprudencia y decisiones de las Cortes Internacionales como la Corte Interamericana de Derecho Humanos de San José de Costa Rica, la propia Corte Internacional de Justicia y las Cortes nacionales en asuntos de relevancia para el derecho internacional. Hoy en día esta comunicación entre los diferentes tribunales regionales o internacionales es un hecho. En el caso de la Guerra de los Balcanes fue muy útil la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos.

El 4 de Diciembre de 1989, tras el fin de la guerra fría, se retoma en la Asamblea General de Naciones Unidas, la idea tan largamente estudiada de poner en marcha definitivamente una corte penal internacional permanente y se solicita a la Comisión que elabore el Proyecto mediante la Resolución 44/39 de Naciones Unidas. Finalmente, el 9 de Diciembre de 1991, se adopta por la Asamblea General de las Naciones Unidas la resolución 46/54 en la que se insta a la Comisión a culminar el Proyecto de establecer un Tribunal Penal

Internacional. Curiosamente este impulso se produjo a instancias de Trinidad y Tobago que proponía la creación de una jurisdicción internacional para perseguir los crímenes de tráfico de drogas, terrorismo, trata de blancas entre otros. Curiosamente todos estos crímenes internacionales quedarían fuera de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

En 1994 la Comisión propuso un Proyecto del Estatuto de la Corte que finalmente se adoptaría en la Asamblea de plenipotenciarios de Roma siendo anfitrión Canadá.

10.- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA DE NACIONES UNIDAS

La Corte Internacional de Justicia es el órgano jurisdiccional dependiente de las Naciones Unidas y fue establecida por la Carta de las Naciones Unidas en 1945.

En el artículo 36 de su Estatuto establece los asuntos de su competencia:

1. La competencia de la Corte se extiende a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes.

2. Los Estados partes en el presente Estatuto podrán declarar en cualquier momento que reconocen como obligatoria ipso facto y sin convenio especial, respecto a cualquier otro Estado que acepte la misma obligación, la jurisdicción de la Corte en todas las controversias de orden jurídico que versen sobre:

a. la interpretación de un tratado;

b. cualquier cuestión de derecho internacional;

c. la existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría violación de una obligación internacional;

d. la naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional.

En el Estatuto de la Corte, concretamente en su artículo 38 se define cual es el derecho aplicable en las controversias internacionales. A esta misma enumeración se refiere el art. 28 del Informe de la comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas. De acuerdo con lo dispuesto en estas normas, son fuentes del derecho internacional: público

“a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren.”

En la Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares, del 8 de julio de 1996⁸⁰, se incluye un amplio análisis del derecho de los conflictos armados [6]. Aunque dicho análisis se refiere concretamente a las armas nucleares, la Opinión requiere un examen general del derecho de los conflictos armados. Evidentemente, en las declaraciones verbales y escritas presentadas a la CIJ y en la Opinión resultante se hace, a menudo referencia a la cláusula de Martens, resaltando una serie de interpretaciones posibles. La Opinión en sí no propicia una comprensión clara de la Cláusula. No obstante, los argumentos presentados por los Estados y algunos de los dictámenes disidentes dan pie para una percepción muy interesante de su significado.

⁸⁰ Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares, del 8 de julio de 1996
<http://www.dipublico.org/cij/doc/104.pdf>

11.- LA CONVENCION DE GINEBRA DE 1949 Y SUS PROTOCOLOS .

La Convención de Ginebra es, como lo anuncia en su Prámbulo, una convención para la protección de las personas civiles en tiempos de guerra. En su artículo 2 precisa sin embargo que se aplicará también en el caso de cualquier conflicto armado u ocupación entre dos Estados mientras que el artículo 3 establece que se aplica también en el caso de conflictos armados de carácter no internacional que surjan en el territorio de una de las partes. Esta precisión es importante ya que muchos de los casos de violencia sexual se dan precisamente en este tipo de conflictos "larvados" que pueden incluso estar restringidos a una parte muy pequeña del territorio de un país. A este respecto la CPI recogerá este mismo enfoque.

El artículo tres establece cuales son las conductas prohibidas por la Convención, y entre ellas son directamente aplicables a la violencia sexual según nuestro criterio las siguientes:

a) los atentados a la vida y la integridad corporal, el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios.

d) los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes.”

Aparte la especial atención que la convención presta a las mujeres encintas o parturientas no es sino hasta el artículo 27 que encontramos una referencia a la violencia sexual. En su tercer párrafo 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”.

Este párrafo plantea una serie de reflexiones. En primer lugar, a diferencia del artículo 3 de la Convención no se expresa una prohibición sino una recomendación de “amparar”, es decir que se recomienda proteger a las mujeres de la violencia sexual ejercida contra ellas pero no se hace una prohibición expresa de dicha violencia. Por otra parte no

resulta fácil distinguir en el contexto del artículo entre atentado al "honor" y atentado al "pudor". Sin embargo el artículo hace referencia expresa a la violación y al forzamiento a la prostitución por lo que, de acuerdo con este artículo una violación no formaría parte de los atentados contra la dignidad humana y tratos humillantes y degradantes del artículo 3.c, ni sería posible considerarla una tortura, ni un atentado a la integridad corporal ni tampoco un trato cruel según se contempla en el art. 3.a. sino que se trataría de un atentado al honor, es decir que el bien protegido no es la salud física ni psíquica de la mujer que es violada o que se ve sometida a la prostitución forzada lo cual es equivalente a la esclavitud, ni siquiera su dignidad, sino el honor lo cual es completamente absurdo.

Es más el artículo 3 está incluido en el título I de la Convención bajo el epígrafe de Disposiciones Generales y en su primer párrafo especifica que "...cada una de las partes contendientes tendrá la obligación de aplicar por lo menos, las disposiciones siguientes...", es decir fija un estándar de mínimos. En el art. 3.1 se dispone que las

conductas descritas en el artículo "quedan prohibidas en todo tiempo y lugar". Por su parte, el art. 27 se halla ubicado en el Título III. En el título II desaparece la prohibición y el imperativo de modo que a lo largo de todos los artículos se nos dice que las Partes "podrán", "tendrán facultad para" proteger y amparar a los civiles o a los combatientes heridos, de las consecuencias de la guerra. Solo en el artículo 18 encontramos la prohibición de atacar, entre otros, a las mujeres en trance de parto. El Título III se refiere al Estatuto y trato de las personas protegidas y aquí tampoco figura ninguna prohibición. A lo largo de todo el artículo 27 sorprende que la violación y la prostitución forzada estén integradas en el mismo precepto en el que se recomienda respetar las convicciones religiosas, las costumbres y hábitos, los insultos y la curiosidad públicas. Es difícil de comprender las convicciones que llevaron a redactar la Convención en estos términos que parecen determinar que la violación y la prostitución forzada son atentados al honor que merecen cierta benévola protección pero sin equiparación alguna con las torturas, los tratos crueles o

degradantes que se prohíben en el artículo 3. Por otra parte tampoco es posible equipararlos puesto que están expresamente previstos en el art. 27.

La cuestión no es baladí pues recientemente la Convención de Ginebra de 1949 ha retomado actualidad al reformarse en España la justicia universal mediante la LO 1/2014 de 13 de marzo que modifica la LO 6/1985 de la LOPJ, en concreto su artículo 23. En el caso Couso, en el Juzgado de Instrucción I de la Audiencia Nacional, el juez se acoge a la Convención de Ginebra por entender que es aplicable en los delitos contra los civiles y que obliga, en su art. 146, a perseguir a los autores sea cual sea su nacionalidad. Se trata pues de un Tratado cuya eficacia no puede ser ignorada y que, a la luz de la reforma efectuada en relación con la Justicia Universal en España, puede tener mucha importancia.

El Protocolo I adicional a la Convención de Ginebra (8 de Junio de 1977 al igual que el Protocolo II) reitera en su Título II la protección a los civiles pero con escasa

contundencia puesto que establece que: "tienen derecho a la protección".

En el apartado a) del art.4 -Garantías Fundamentales-se mencionan los atentados a la salud y a la integridad física o mental de las personas así como los tratos crueles, la tortura y las mutilaciones. En el apartado f) se menciona la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas. La violencia sexual y la prostitución forzada pueden subsumirse en ambos epígrafes.

En cuanto al Protocolo II, se refiere a las garantías fundamentales en su artículo 75 y prohíbe entre otras conductas, la tortura de cualquier clase tanto física como mental y en su apartado b): "los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor" así como, en su apartado c "las amenazas de realizar los actos mencionados". De nuevo es una redacción confusa ya que no se entiende la diferencia entre un atentado a la dignidad personal y un atentado al pudor. En el Capítulo II, el protocolo establece medidas

más específicas a favor de "las mujeres y los niños". En el artículo 76.1 incomprensiblemente, sobre todo teniendo en cuenta las prohibiciones establecidas en el precedente artículo 75, no se prohíbe sino que se establece una protección de las mujeres y un "respeto especial" contra "la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor". Tampoco se comprende porqué la violación se menciona de forma expresa en este artículo y en cambio no en el artículo 75 ni la repetición de la prostitución forzada en ambos.

En cualquier caso como ya hemos tenido ocasión de comentar a lo largo de estos trabajos, las convenciones y normas internacionales dejaban amplio margen a la voluntad de los juzgadores de sancionar la violencia sexual si hubiera existido voluntad para ello ya que existía un amplio margen para la interpretación.

En ese sentido se pronuncia el Informe sobre Violencia Sexual de Naciones Unidas de 1998, en su apartado "Problemas con las previsiones de las leyes sobre la guerra

que prohíben la violencia sexual”⁸¹ con la siguiente reflexión: “En la Convención de Ginebra de 1949 y su Protocolo Adicional I, ciertos crímenes son designados como graves vulneraciones. La clasificación de un crimen como “grave vulneración” es significativa ya que los Estados tienen la obligación de perseguir a las personas que son sospechosas de haber cometido una grave vulneración, y, de hallarse en su territorio, juzgarlas o, alternativamente extraditarlas para que sean juzgadas. El efecto de este sistema de establecer graves vulneraciones es el de crear una jerarquía en la que algunas violaciones de las leyes de la guerra son más consideradas más graves que las otras. La violencia sexual no está expresamente señalada como una vulneración grave, aunque efectuar su equiparación con otras categorías que sí se consideran graves tales como causar voluntariamente grandes sufrimientos o graves heridas en el cuerpo o en la salud y también la tortura o el tratamiento inhumano está ganando aceptación” La conclusión del

⁸¹ Sexual Violence and Armed Conflict: United Nations Response. Published to Promote the Goals of Beijing Declaration and the Platform for Action. April. 1998. Apto. 2.5

<http://www.un.org/womenwatch/daw/public/cover.htm>

informe en este apartado es la de que “La ausencia de referencia expresa a la violencia sexual como grave vulneración de las leyes de la guerra es el reflejo de la incapacidad histórica de la comunidad internacional en apreciar la gravedad de la violencia sexual en conflicto armado”

12.- CONVENCION PARA LA PREVENCION Y SANCION DEL DELITO DE GENOCIDIO DE 1948

A lo largo de todos los instrumentos estudiados nunca se contempló la posibilidad de que los actos relacionados con la violencia sexual pudieran constituir un delito de genocidio. Sin embargo, a partir de la jurisprudencia de los dos Tribunales *ad hoc*, el TPIY y el TPIR, se hizo evidente que la violencia sexual era un arma de guerra que podía utilizarse para la limpieza étnica y la aniquilación o disgregación de una minoría. La Convención para la prevención y sanción de delito de genocidio no prevé tampoco dicha posibilidad pero se utilizó como

referencia en ambos tribunales. En el Preámbulo se califica el genocidio como delito de derecho internacional y en el artículo I se establece que la Convención contempla el delito tanto si se comete en tiempo de guerra como en tiempo de paz. El artículo II califica como delito de genocidio todo acto "perpetrado con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso" tales como " a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

En relación con la violencia sexual este delito queda perfectamente integrado en el párrafo b) de la Convención. Como ya hemos mencionado y volveremos a mencionar más adelante y de acuerdo con los informe de expertos que se presentaron ya en el TPY y en el TPIR así como en otros Tribunales Internacionales y

en la CPI, la violencia sexual tiene no solo consecuencias inmediatas para las víctimas que la sufre sino que afecta indirectamente a toda la familia con secuelas tanto físicas como psíquicas y obviamente afecta gravemente a la salud de la mujer tanto por las lesiones que produce, a menudo irreversibles como por posibles enfermedades y también a su salud reproductiva. Tiene efectos de destrucción de comunidades familiares extensas al escindir las y disgregarlas y afecta también a los hijos. Por lo tanto no cabe ninguna duda sobre la eficacia de dicha violencia en la destrucción de un grupo étnico o religioso.

El art. III dispone que no solo se castigarán dichos actos sino todos aquellos encaminados a instigar la comisión de genocidio: "a) El genocidio; b) La asociación para cometer genocidio; c) La instigación directa y pública a cometer genocidio; d) La tentativa de genocidio; e) La complicidad en el genocidio". Finalmente el art. VI de la Convención establece que los responsables serán juzgados por un Tribunal nacional o una Corte Penal Internacional.

13. INSTRUMENTOS CONVENCIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS. PIDCP, PIDESC, CEDAW, CONVENCION SOBRE DERECHOS DEL NIÑO.

La participación de la mujer en condiciones de igualdad en todos los ámbitos es un requisito imprescindible de legitimidad de cualquier sistema e institución no solo por una cuestión de democracia representativa y proporcional ya que las mujeres constituyen la mitad de la población mundial, sino porque dicha participación es imprescindible para que las decisiones adoptadas sean justas y efectivamente protectoras para las mujeres. Dicha proporcionalidad, tiene evidentemente, una repercusión directa y fundamental en la adopción de la perspectiva de género en las políticas públicas y en repetidas ocasiones a lo largo de este trabajo nos referimos a que los cambios legislativos relativos a la violencia de género y al papel de las mujeres en las guerras se han producido precisamente cuando las mujeres han alcanzado puestos de

responsabilidad o se han constituido en lobbys de poder.

Aunque parezca reciente, esta participación paritaria en el ámbito público de la mujer se establecía ya en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, lo cual no deja de ser escandaloso al ver lo que queda aún por avanzar pese a todos los años transcurridos. El artículo 2 de la Declaración dispone que "Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración sin distinción alguna de raza, color, sexo..." lo que concuerda con la proclamación que en el artículo 1 afirma que todos los seres humanos nacen libres e iguales.

A nivel europeo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 prohíbe la discriminación por razón de sexo en su artículo 14: "El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza...".

Posteriormente en 1952, la Convención sobre Derechos Políticos de las Mujeres,

en sus arts. 1, 2 y 3, establece su derecho a voto, su elegibilidad, y a ejercer cargos públicos en igualdad con los hombres. Dichos derechos fueron ratificados por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos (1966) que establece el derecho a participar en la vida política en igualdad para hombres y mujeres. En su art.3 compromete a los Estados Parte a garantizar la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos entre hombres y mujeres, igualdad que reitera en el art. 25. Asimismo el art. 7 prohíbe la tortura, el trato inhumano, cruel o degradante y en el art. 8, la esclavitud y la servidumbre. Es importante señalar que el PIDCP tiene un Protocolo Facultativo adicional por el que se constituye un Comité (art.1) para recibir "comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte y aleguen ser víctimas de la violación de uno de los derechos enunciados en el Pacto"⁸². El Pacto Internacional de los Derechos económicos,

⁸² Teniendo en cuenta que Arabia Saudí, Afganistán, Irán, Siria, y Pakistán son Estados Parte de la Asamblea de las Naciones Unidas uno se plantea la influencia y efectividad de tantos instrumentos sobre la prohibición de discriminación de la mujer.

Sociales y Culturales de 16 de Diciembre de 1966, en su art. 3 realiza una afirmación similar al PIDCP en cuanto a la igualdad en el goce de todos los derechos económicos, sociales y culturales.

La Convención sobre Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (18 de Diciembre de 1979)⁸³ ratificaría la prohibición de cualquier forma de discriminación citando en su Prámbulo a la Declaración Universal de Derechos Humanos y afirmando que "La discriminación contra la mujer viola los principios de igualdad de derechos y del respeto a la dignidad humana" y que, al dificultar la participación de la mujer en la vida política, social y cultural de su país en las mismas condiciones que el hombre "constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia...". El Preámbulo, más adelante afirma también que "la máxima participación de la mujer...es indispensable para el desarrollo pleno y completo de un

⁸³ Convención Para La Eliminación de Todas Las Formas De Discriminación Contra La Mujer.
<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>

país, el bienestar del mundo y la causa de la paz...”.

La Convención contra todas las formas de discriminación contra la Mujer, CEDAW, es un Tratado Internacional y por ello es jurídicamente vinculante y cuenta además con un organismo de control, el Comité sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer establecido por el artículo 17 de la Convención y desarrollado en el Protocolo Facultativo de 10 de Diciembre de 1999, ante el cual pueden interponerse recursos y denuncias por discriminación una vez agotados los recursos de la jurisdicción interna (art.4).

El art. 5 del la Convención obliga a los Estados a tomar medidas para modificar (¿porqué no se empleó la palabra “eliminar”?) los patrones socioculturales y las prácticas consuetudinarias o de cualquier otra índole basadas en “funciones estereotipadas” de hombres y mujeres.

No hay mención específica contra la violencia de género, sin embargo, en su artículo 6º, dispone que los Estados

tomaran las medidas legislativas y de cualquier otro tipo para suprimir “todas las formas de trata y explotación con la prostitución de las mujeres”.

A pesar de que no existe referencia expresa a la misma en la Convención como hemos comentado, los estereotipos de género que sí se prohíben en su articulado, constituyen los fundamentos estructurales de la violencia sexual contra las mujeres.

Todos estos mandatos fueron ratificados en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en 1995 en Beijing, revisada posteriormente cada lustro. En 1996 se establece en Naciones Unidas la Comisión sobre la Condición de la Mujer.⁸⁴

No es necesario extenderse en el estudio de estas convenciones de derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo es importante reflexionar sobre el hecho de que en ninguna de ellas se hace mención expresa de la violencia

⁸⁴ Que nos dice toda esta retahíla de Convenciones y Resoluciones a lo largo de más de medio siglo de Naciones Unidas? Hablan de un gran fracaso y de una gran falta de voluntad política. En realidad bastaba con las dos primeras para sentar las bases de una participación efectiva y paritaria de las mujeres.

sexual, ni siquiera en la Convención para eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer ni en su Protocolo. La Convención de 1989 sobre los derechos del niño si hace una referencia expresa a los abusos sexuales en su artículo 34. Sin embargo resulta chocante que en el Protocolo facultativo de la Convención, de 25 de mayo de 2000 relativo precisamente a la protección de los niños en conflictos armados no se haga mención expresa alguna sobre este tema. Curiosamente en la misma fecha se dictó otro Protocolo facultativo relativo a la explotación y abuso sexual de los niños y ni en uno ni en otro se realiza la conexión entre conflicto armado y violencia sexual. Este Protocolo facultativo pretende amparar a los menores en situación de guerra, tanto como civiles como cuando son reclutados como niños soldados. Sin embargo las niñas también son reclutadas tanto para acciones de combate como para prostitución forzada y esclavitud doméstica, situación que no podía ignorarse cuando se dictó la Convención lo que parece confirmar el hecho de que continuaba vigente el criterio de no

considerar la violencia sexual como un crimen de guerra ni de lesa humanidad⁸⁵.

Actualmente la situación de los menores en las guerras y en los conflictos es aún más dramática pues el terrorismo islámico suele utilizarlos tanto a niños como a niñas como bombas vivientes.

14.-CONVENCION DE 1968 SOBRE IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRIMENES DE GUERRA Y DE LESA HUMANIDAD.

En 1968 la Asamblea de las Naciones Unidas adopta una importante resolución sobre los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad en el cual advierte que dado que en ninguna de las Convenciones o declaraciones sobre estos crímenes y su castigo o enjuiciamiento se ha establecido disposición alguna relativa a su prescripción, “ la aplicación a los crímenes de guerra y de lesa humanidad las normas de derecho interno ...impide el

⁸⁵ Desgraciadamente tampoco en el caso Lubanga ante la CPI, como examinaremos más tarde, el fiscal no presentó cargos por el reclutamiento de niñas para fines sexuales y domésticos lo que motivó la airada protesta de la juez Elizabeth Odio Benito, que ya hemos mencionado y que analizaremos más adelante.

Separate and Dissenting opinion of Judge Odio Benito.
ICC-01/04-01/06.14 deMarzo de 2012.<http://www.icc-cpi.in/iccdocs/doc/doc379838.O.pdf> .

enjuiciamiento y castigo de las personas responsables” por lo que, en su artículo 1 establece la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad cualquiera que sea la fecha en que se han cometido. Señala el artículo que se consideraran crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg, Resoluciones de la AGONU de 13/2 y 11/12 de 1946 y los Convenios de Ginebra de 1949 y de los crímenes de lesa humanidad definidos en las anteriores, en la Convención de 1948 sobre el delito de genocidio y en los actos debidos a la política del apartheid.

La Resolución estaba sujeta a revisión a los diez años de su firma. Para entonces la guerra de los Balcanes y el genocidio de Rwanda habían producido sobre la comunidad internacional un impacto que no se recordaba desde la II Guerra Mundial.

La importancia de esta declaración de imprescriptibilidad es fundamental ya que, dada la naturaleza de estos delitos, la inexistencia en aquel momento de un tribunal internacional con capacidad para

enjuiciarlos y las deficiencias del sistema de derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, en aquel momento se hacía prácticamente imposible juzgar de esa naturaleza. En cuanto a la violencia sexual se refiere, el obstáculo es que, como hemos venido exponiendo, dicho delito no estaba tipificado ni previsto en los instrumentos internacionales citados por la Resolución de 1968. La Convención de Ginebra y sus Protocolos I y II, establecían previsiones respecto del los abusos contra las mujeres pero basadas en la prevención y protección básicamente de su honor y de su pudor y no en la prohibición expresa de conductas como la violación o la esclavitud sexual. Por ello dichas normas no constituían ninguna base sólida para un posible enjuiciamiento futuro de delitos que tampoco estaban tipificados como tales en el Estatuto de Núremberg, ni en la Convención y no constituían crímenes de guerra y de lesa humanidad.

Pese a la prevención sobre la prostitución forzada en la Convención de Ginebra y sus Protocolos Adicionales, y pese a conocerse los hechos sobre prostitución forzada en

masa realizada por el Ejército Japonés y en los campos de concentración alemanes, no se realizó ningún desarrollo con respecto a la esclavitud sexual como equivalente a los trabajos forzados de prisioneros de guerra que si se habían previsto en los instrumentos internacionales sobre conflictos armados. Pese a que en 1968 ya se habían logrado algunos avances en cuanto a la causa de la igualdad entre mujeres y hombres, la violencia de género permanecía aún en el limbo de la hipocresía social y legal.

15.- DECLARACION Y PROGRAMA DE ACCION DE VIENA.1993

Cuando se celebra la Conferencia Mundial sobre los Derechos Humanos de Viena⁸⁶, la Guerra de los Balcanes ya ha estallado. La Declaración de Viena no supone un salto cualitativo en lo que se refiere a la manera

⁸⁶ DECLARACIÓN Y PROGRAMA DE ACCION DE VIENA. Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Viena Aprobado en 25 de Junio de 1993. www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_spanish.pdf.

como se enfoca el tema de la violencia contra la mujer en los conflictos armados pero si un avance claro. En el Preámbulo, la Declaración hace constar su "profunda preocupación por las diversas formas de discriminación y violencia a la que siguen expuestas las mujeres en todo el mundo".

Es importante destacar la afirmación que la Declaración realiza en la Sección I, en su apartado 5: "Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y libertades fundamentales". Esta afirmación se repite en numerosos instrumentos de Naciones Unidas y prioriza el respeto a los derechos humanos (entre ellos el de la igualdad y la no discriminación obviamente) sobre cualquier forma de gobierno, sobre costumbres y tradiciones y por supuesto sobre las religiones.

Y para reforzar que se refiere particularmente a los derechos de las mujeres, puesto que el apartado 18, la Declaración señala que “los derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales” y, en el tercer párrafo del mismo apartado, precisa: “La cuestión de los derechos humanos de la mujer debe formar parte integrante de las actividades de derechos humanos de las Naciones Unidas, en particular la promoción de todos los instrumentos de derechos humanos relacionados con la mujer”.

Se establece pues, sin ningún género de dudas y de forma expresa la responsabilidad de los Estados de proteger a las mujeres de la discriminación y de la violencia en tiempos de paz y en tiempos de guerra, sin que quepa oponer a dicha obligación particularidades religiosas, culturales o de ningún otro tipo. Reafirmando esta idea, la declaración, en su párrafo 30 expresa “su consternación y condena por las violaciones manifiestas y sistemáticas de los derechos humanos

[...]que incluyen[...]la discriminación contra la mujer”.

En su Sección II, la Declaración reitera⁸⁷ la importancia de la participación de la mujer como “agente y beneficiaria” en el desarrollo sostenible. Recordemos como ya en el propio Preámbulo de la Declaración Universal se relacionaba claramente la relación entre la igualdad entre hombre y mujeres con el desarrollo y la paz.

Respecto a la violencia sexual y la explotación sexual, el apartado 38 de la Declaración de Viena, establece que son incompatibles con la “dignidad y la valía de la persona humana” lo que no resulta muy contundente ni innovador con respecto al enfoque de textos anteriores. Sin embargo, más adelante señala que⁸⁸ “las violaciones de los derechos de la mujer en situaciones de conflicto armado constituyen violaciones de los principios fundamentales de los derechos humanos y del derecho humanitario internacionales”. Y cita de forma expresa los delitos que se consideran violencia sexual en conflicto

⁸⁷ Sección II. Párrafo 36

⁸⁸Cit. Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Cap.III, Sección II. Párraf.38.

tales como "asesinatos, violaciones sistemáticas, esclavitud sexual y embarazos forzados". Aquí se produce desde luego un avance notable con respecto a la normativa anterior puesto que se establece que la violencia contra la mujer en los conflictos armados constituye una violación del derecho humanitario internacional. La violencia contra la mujer en los conflictos armados pasa de la periferia, de los "daños colaterales", a constituir un delito de "*ius ad bellum*", objeto del derecho penal internacional. En segundo lugar se enumera un listado de delitos que constituyen violencia sexual en conflicto, entre ellos el asesinato. Más adelante reflexionaremos si el delito de asesinato por violencia sexual en conflicto ha encontrado realmente desarrollo en la jurisprudencia y en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y Normas Complementarias de la propia Corte. La expresión violaciones "sistemáticas" es cuestionable. Con ello la norma indica que para que una violación se considere violencia sexual en conflicto debe producirse en el marco de una acción intencionada, y cuantitativamente importante. Ese es desde luego el enfoque

del derecho penal internacional. Consideramos que es una expresión muy desafortunada que puede limitar derechos de las víctimas.

16.-RECAPITULACION Y PRIMERAS CONSIDERACIONES.

Señala Judith Gardam en su análisis del Derecho Internacional Humanitario desde una perspectiva feminista⁸⁹, que la naturaleza de la guerra constituye un ámbito prioritariamente masculino que refuerza los roles de género y: "contiene la quintaesencia del estereotipo de género masculino: el guerrero y su presa esencial, la débil e indefensa "femenina" civil, necesitada de protección"

A lo largo de las normas convencionales de derecho internacional estudiadas hemos podido comprobar que la violencia y la

⁸⁹ "... it contains the quintessential gender male: the warrior and his essential foil, the weak and powerless "feminine" civilian in need of protection".

GARDAM, Judith. "More of the same: feminist interactions with International Humanitarian Law". <http://regnet.anu.edu.au/sites/default/files/files/CIGJ-%20RecentDevelopFeministThinkingIL%26IR-20141203-Gardam-MoreOfTheSame.pdf>

explotación sexual, especialmente de la mujer, en los conflictos armados es un tema que se aborda de forma confusa, indirecta y poco contundente. Ello puede entenderse de dos formas: o bien era un tema al que no se atribuía importancia – la teoría de que se trataba de daños colaterales lamentables pero inevitables- o bien se trataba de un tema que se prefería soslayar por demasiado vergonzoso y porque en este asunto desgraciadamente, no puede separarse a los “buenos” y a los “malos”.

Sobre las normas estudiadas podemos extraer algunas conclusiones:

- no existe una mención clara de la violencia sexual como crimen de guerra o de lesa humanidad.

Como ya hemos señalado, se produce un avance en la Declaración de Derechos Humanos de Viena, la cual si reconoce la violencia contra la mujer en conflictos armados como una violación del derecho humanitario internacional.

- aunque hubiera podido sancionarse en la mayoría de las normas (que no estipulan

un *numerus clausus*) la violencia sexual como delito por constituir una forma de tortura y malos tratos, no se contempla como una forma de tortura por lo que se la excluye del listado de delitos.

- la mayoría de las normas entienden la violencia sexual como un atentado a la dignidad de la persona, de la mujer o de la familia, es decir como un daño moral, pero obviando las lesiones físicas y psíquicas.

- como excepción, mencionan expresamente la violación y/o la prostitución forzada: el Código Lieber, la Comisión Lansing en sus arts. 5 y 6, el *Control Council Law* en su art.II c), la Convención de Ginebra en su art. 27 y su Protocolo Adicional II en sus arts. 75 y 76.

- se prohíbe expresamente como delito solo en el Código Lieber y, de forma más atenuada en el informe Lansing y en el *Control Council Law* 10.

- tanto la Convención de Ginebra de 1949 como sus Protocolos Adicionales "reclaman" protección para prevenir los atentados al honor y al pudor de las mujeres, o prevenir la prostitución

forzosa. Es un avance respecto a la Convención de La Haya que solo se refería al honor y al derecho de las familias sin mencionar directamente a las mujeres. Al tratarse de una medida de prevención no de prohibición de dichas conductas, se coloca a la mujer bajo la protección del mismo varón que es a la vez protector y agresor.

- Tampoco hay ninguna mención expresa a la violación en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg. No se incluye ni como crimen de guerra ni como crimen de lesa humanidad. Sin embargo, puesto que se hace constar expresamente que los actos enumerados no constituyen un *numerus clausus* lo que faltó fue la voluntad de juzgar los delitos.

- El Tribunal de Tokio sí incluyó la violación entre los delitos que motivaron las condenas de varios generales y altos cargos del Gobierno Japonés y reconoció la existencia de esclavitud sexual. En el Tribunal de Tokio se empezó a hacer patente una de las mayores dificultades que implica la persecución de estos crímenes: la dificultad de su

documentación y prueba. Por ello acabó condenándose a generales que no habían sido responsables a modo de ejemplo y se concluyó la cuestión.

- En ninguna de las normas estudiadas ni tampoco en la jurisprudencia se realiza una definición de la violación, aunque la Declaración de Viena precise que debe ser "sistemática". Por otra parte, en la mayoría de normas, falta una visión amplia de la violencia sexual como un conjunto de actos que pueden no consistir en una violación *strictu sensu*. Aparecen tardíamente, como hemos señalado, en la Declaración de Derechos Humanos de Viena, en la que se enumeran como delitos de violencia sexual el asesinato, las violaciones sistemáticas⁹⁰, la esclavitud sexual y los embarazos forzados

- Finalmente falta un enfoque de la violencia sexual como un delito que puede afectar a ambos sexos.

Sin embargo, pese a las deficiencias y a la falta de contundencia de las normas expresadas lo que realmente faltó, fue la voluntad política de enjuiciar los crímenes

⁹⁰ Ver infra pág. 91

de violencia sexual puesto que podían subsumirse en uno o varios de los epígrafes sobre crímenes de guerra o de lesa humanidad, la mayoría de ellos abiertos a interpretaciones, indicando claramente que la enumeración no era un *numerus clausus*. La violencia sexual, como ya hemos señalado, podía integrarse en un delito de tortura y malos tratos, de asesinato, de esclavitud. De hecho como veremos fue la jurisprudencia del TIPY y del TPIR la que realizó esa interpretación porque, desgraciadamente como veremos, tampoco en el Estatuto del TIPY se hizo referencia expresa a la violencia sexual pese a que eran conocidas de sobras las atrocidades realizadas.

Esta falta de voluntad política la constata el Informe de Naciones Unidas sobre Violencia sexual y Conflictos armados⁹¹ repetidamente citado en este trabajo, “la comunidad internacional falló en demostrar un deseo claro de hacer alguna cosa sobre el problema de la violencia

⁹¹ WOMEN 2000. Sexual Violence and Armed Conflict: United Nations Response. Published to the goals of Beijing Declaration and the Platform for Action. www.un.org/womenwatch/daw/public/cover.htm. “*The turning point came in the early 1990s as a result of sexual atrocities committed during the conflict in the former Yugoslavia, and it seems, that finally, the issue has emerged as a serious agenda item of the international community*”.

sexual durante los conflictos armados". El punto de inflexión se produciría en la década de los años 90 raíz de las atrocidades sexuales cometidas durante el conflicto de la antigua Yugoslavia y, el genocidio de Ruanda y finalmente, y a partir de ese momento el tema de la violencia sexual se ha convertido en un asunto importante en la agenda de la comunidad internacional.

CAPITULO III.

LOS TRIBUNALES *AD HOC* PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA Y RUANDA COMO PUNTO DE INFLEXIÓN.

En 1991 se produce la independencia de Croacia y Eslovenia y se desintegra la antigua Yugoslavia. Radovan Karadzic y Slobodan Milosevic deciden crear un nuevo estado con los serbios diseminados por los distintos pequeños países que componían Yugoslavia. Se inicia una campaña de propaganda de odio nacionalista al viejo estilo nazi que provoca una de las guerras más cruentas del S.XX. Y Esta guerra se caracterizó, entre otras atrocidades, por una atroz virulencia de la violencia sexual contra mujeres pero también contra los hombres. Es posible que, sobretodo durante la Primera Guerra Mundial, y aún durante la Segunda Guerra Mundial, subsistiera en los combatientes europeos (a excepción claro está de los nazis en el caso de las personas de etnia judía o gitana) un mínimo de retención moral con respecto a este tipo de violencia. Pero en los años 90 los muros de contención se habían derrumbado.

En la Guerra de la antigua Yugoslavia coincidieron varios factores sociológicos favorables a la constitución de un tribunal penal internacional. En el campo del derecho de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario se había producido un desarrollo sin precedentes y existía una sólida consolidación de los principios consagrados en los mismos - cuando menos en los países democráticos y occidentales. Los conflictos que se habían sucedido durante décadas, -guerras coloniales, Vietnam, apartheid en Sudáfrica, conflictos en América Latina-, entre otros, habían logrado promover y consolidar un consenso internacional sobre las obligaciones de los Estados en cuanto al respeto de los derechos humanos, habían reforzado las instituciones internacionales y impulsado la idea de un derecho penal internacional capaz de prevenir y sancionar crímenes de lesa humanidad.

1.-LA VIOLENCIA SEXUAL EN EL CONFLICTO DE LA ANTIGUA YUGOSLAVIA

Por otra parte, en la sociedad de 1990 existía un consenso social – cuando menos en los países democráticos y occidentales – sobre la equiparación de derechos entre hombres y mujeres y un sólido corpus jurídico y jurisprudencial sobre la igualdad de género, y una más que incipiente conciencia sobre la violencia de género. Además se había producido desde hacía décadas una incorporación de mujeres profesionales en todos los campos, en el campo del derecho, de la política, de los medios de comunicación, académico. Finalmente los detalles sobre los horrores del conflicto se conocían y difundían diariamente en los medios de comunicación y la comunidad internacional se vió interpelada de una forma perentoria

En 1991 el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en su Resolución 713 de 25 de septiembre, insta a las partes en conflicto a respetar los acuerdos de alto el fuego y a reconducir la situación. Asimismo dispone un embargo general a la

venta y entrega de armamento. Le siguen otras Resoluciones ⁹² instando a la paz pero ante la escalada imparable del conflicto solicita el establecimiento de una Comisión de expertos (Resolución 780 de 6 de octubre de 1992). En relación con las conclusiones de esta Comisión, el Consejo de Seguridad estimó que la situación de Yugoslavia constituía una amenaza para la paz y seguridad internacional y que debía ponerse fin a los crímenes cometidos y juzgar y castigar a los responsables y declaró su convicción de que era necesario establecer un Tribunal Internacional con ese objetivo. En cuanto a la violencia sexual, en su Resolución 820 de 17 de Abril de 1993 el Consejo de Seguridad reconocería y condenaría expresamente la detención y violación sistemática y organizada de mujeres en los territorios de la antigua Yugoslavia.

El 3 de Mayo de 1993 el Secretario General presenta su Informe S/ 25704 sobre las bases legales para el establecimiento de un Tribunal Penal Internacional encargado por la Resolución

⁹² Resolución 764 de 13 de julio 1992, y Resolución 771 de 13 de Agosto de 1992.

808/1993 párrafo 2. Es interesante detenernos en este informe por cuanto en el se sientan las bases de lo que sería el primer tribunal penal internacional real.

2.-RESOLUCIÓN 827 (1993) DE 25 DE MAYO DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS POR LA QUE SE CREA UN TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA LOS CRIMENES EN LA ANTIGUA YUGOSLAVIA.

Tanto el Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia como el Tribunal Internacional de Ruanda tiene como base jurídica para su establecimiento el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas que otorga competencias al Consejo de Seguridad para adoptar decisiones con el fin de hacer frente a cualquier amenaza grave de la paz y seguridad internacionales y disponer medidas para mantener o restablecer áquellas.

Históricamente la creación de un Tribunal Penal Internacional se había vinculado a la adopción de un tratado. Sin embargo, lo cierto es que, mientras la creación de dicho tribunal dormía el sueño de los justos, por la gravedad de la situación tanto en Yugoslavia como en Ruanda se impuso, como había ocurrido en cierto modo en Nüremberg, la *real politik*, y se optó por un medio más resolutivo, como precisa la propia resolución como veremos más adelante.

El art. 25 de la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados Parte la obligación de acatar y cumplir las resoluciones del Consejo de Seguridad de forma automática por lo que se optó por esta vía para la creación de ambos Tribunales. En el apartado 19 de la Resolución por la que se instituye el TPIY, se explica que, si bien, el procedimiento de creación de un tribunal penal internacional debería realizarse a través de un tratado, en apartado el 21 se concluye que este sistema no es el adecuado dada la necesidad de una solución urgente y efectiva y en el párrafo 22 y 23 se va más lejos especificando que

los que se requiere es una solución "expeditiva e inmediatamente efectiva". El porqué de remarcar este punto se verá luego al estudiar los procedimientos ante la CPI en los que un extremado afán de garantismo y de asegurar la igualdad de armas, llevan a procesos muy largos en los que las víctimas se sienten abandonadas en un marasmo administrativo y la justicia, cuando llega, ha perdido el carácter ejemplarizante y de restitución que debe caracterizar toda justicia penal a mi modesto entender. Si Nüremberg fue demasiado expeditivo y obvió normas tan intrínsecas al derecho penal como la irretroactividad de las leyes, el *nulla pena sine legem*" y la prohibición de condenar "*in absentia*", tuvo sin embargo la contundencia de condenar a personas de las que se conocía perfectamente la culpabilidad y, en esa inmediatez, las víctimas pudieron verse, sino resarcidas cuanto menos "vengadas".

Esta posible irregularidad en el caso del establecimiento del Tribunal penal para la antigua Yugoslavia, se planteó por la defensa en apelación en el proceso contra Dusko Tadic. Concretamente se alegó la

posible ilegalidad en la creación del Tribunal, su incompetencia *ratione materiae* y la vulneración del principio de subsidiariedad en relación con los Tribunales nacionales. En el fallo⁹³, la Cámara de Apelaciones invoca el Cap. VII de la CNU, en particular los arts. 39,41 y 42. En cualquier caso, y teniendo en cuenta las críticas contra los Tribunales de Nüremberg y de Tokio, se puso especial énfasis en respetar dos principios básicos del derecho penal: "*nullum crimen sine lege*" (principio de legalidad) y "*non bis in idem*" en atención a la posible concurrencia de la jurisdicción internacional con los tribunales nacionales.

En el primer caso, se consideró que en el informe del Secretario General de 3 de Mayo de 1993 se respetaba el principio de legalidad puesto que existía un corpus normativo de derecho internacional humanitario y de usos y costumbres de la guerra, tanto en derecho convencional, -constituido por las Convenciones de Ginebra (en particular la Convención de 1949) y de La Haya (1949-1907) y sus

⁹³ The Prosecutor v/ Dusko Tadic . Sentencia de la Cámara de Apelaciones de 2 de Octubre de 1995. ⁹³ Caso DUSKO TADIC de 02/10/1995. IT-94-1-AR72

Protocolos, así como la Convención para la Prevención y Sanción del delito de genocidio(1948)-, como en derecho consuetudinario.

En cuanto al apartado de la competencia "*ratione materiae*" también se hace referencia al derecho internacional humanitario convencional y consuetudinario afirmando que el derecho consuetudinario implica a todos los Estados formen o no parte de un Tratado o Convención: "La aplicación del principio *nullum crimen sine lege* requiere que el tribunal aplique las normas del derecho internacional humanitario que forman parte sin ninguna duda del derecho consuetudinario de manera que no surja el problema de la adhesión de algunos pero no todos los Estados a una convención específica"⁹⁴ .

En cuanto a la concurrencia jurisdiccional y la posible subsidiariedad que es la norma en cuanto a la competencia de los

⁹⁴ *The application of the principle nullum crimen sine lege requires that the international tribunal should apply rules of international humanitarian law which are beyond any doubt part of customary law so that the problem of the adherence of some but not all States to specific conventions does not arise.* UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. S/25704. 3 may 1993.

tribunales supranacionales, tanto el Tribunal para la Antigua Yugoslavia como el de Ruanda, (como hará posteriormente la CPI si bien con ciertos requisitos), se atribuyen la prerrogativa de pedir a los tribunales nacionales que les cedan la competencia en cualquier etapa del procedimiento.

A la luz pues del informe presentado por el Secretario General y de conformidad con la Resolución 808, el Consejo de Seguridad por medio de la resolución 827 de 25 de Mayo de 1993, el Consejo de Seguridad crea el Tribunal Internacional *ad hoc* para la antigua Yugoslavia con sede en La Haya.

A diferencia de Nüremberg y de Tokio no se trata de un tribunal militar. Los Magistrados, uno por país hasta un total de 11, son elegidos entre personas con experiencia y sólida reputación en sus respectivos países y elegidos por la Asamblea general a propuesta de la lista presentada por el Secretario General al Consejo de Seguridad.

En el Preámbulo de la Resolución, concretamente en el tercer párrafo, se alude expresamente a la violencia sexual,

concretamente a las “violaciones de mujeres masivas, organizadas y sistemáticas”. En opinión de Alejandra Azuero Quijano⁹⁵ “como proyecto feminista, la persecución temática de los crímenes sexuales ha pasado por tres fases distintas perfectamente identificables. El primer período empezó en 1993 cuando se logró la inclusión de la violación como un crimen internacional bajo la jurisdicción del Tribunal para la ex Yugoslavia y la del Tribunal Especial de Ruanda. Al año siguiente, 1994, el fiscal del TPIY nombró a una prominente feminista, Patricia Viseur Sellers, como asesora de género del TPIY. De este modo la acción estratégica de género⁹⁶ dejará de ser un lujo para el derecho penal internacional. En la segunda fase las feministas lograron que se priorizara e individualizara la persecución de los delitos sexuales en el TPIY[...] en una tercera fase que empezó en 2006, después de una acusación temática por el

⁹⁵ AZUERO QUIJANO, Alejandra. “Science and International Thematic Prosecution of Sex Crimes: a tale of Reessentialisation.” [Scholar.harvard.edu/files/alejandraazueroquijano/files/aaq-science-and-international-prosecution-of-sex-crimes.pdf?m=1385396545](https://scholar.harvard.edu/files/alejandraazueroquijano/files/aaq-science-and-international-prosecution-of-sex-crimes.pdf?m=1385396545). Págs. 251-252

⁹⁶ La expresión de la autora es “*gender strateging*”.

reclutamiento de menores en el caso Lubanga, la Corte Penal internacional excluyó las acusaciones por violencia sexual[...]sin embargo, pese a esta decisión, puede decirse que en poco menos de veinte años, la persecución temática de los crímenes sexuales se ha convertido en una práctica habitual en la práctica del derecho penal internacional”.

Alejandra Azuero⁹⁷ define la visión de género o estrategia de género en traducción literal de su expresión como “la habilidad legal para perseguir los crímenes cometidos contra las mujeres y las niñas bajo la competencia del derecho humanitario”.

En el Prámbulo de la Resolución por la que se crea el Tribunal, también se hace referencia a la “práctica de la depuración étnica inclusive para la adquisición y la retención de territorio”, es decir que se alude al genocidio pero eufemísticamente a diferencia de la Resolución 955 de 8 de Noviembre de 1994 por la que se crea el Tribunal Internacional para Ruanda, en la cual se habla expresamente de genocidio

⁹⁷ AZUERO QUIJANO, Alejandra. Ob. Cit. Pág. 262-263

mientras que, en referencia a los demás crímenes se expresa preocupación por las "violaciones sistemáticas, generalizadas y manifiestas del derecho internacional humanitario" sin especificarlas. Sin embargo, pese a la inconcreción expresada por primera vez en derecho internacional se incluiría en la jurisprudencia del TPIY la violencia sexual como una práctica para hacer efectivo el crimen de genocidio.

3.-ESTATUTO DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EXYUGOSLAVIA DE 25 DE MAYO DE 1993.

De acuerdo con el informe del Secretario General de Naciones Unidas antes citado de 3 de Mayo de 1993, como ya hemos comentado, y concretamente en el artículo 1.a 35, se considera que el derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados lo constituyen, además del derecho consuetudinario, las siguientes normas: la Convención de Ginebra de 1949, la Convención de la Haya, la Convención para la Prevención del Crimen

de Genocidio de 1948 y el Estatuto del Tribunal de Nüremberg de 1945. Sin embargo, en el art. 36 del mismo Informe, se hace la previsión de que, en el caso de las penas se referirá a la práctica jurídica doméstica.

COMPETENCIA *RATIONE MATERIAE*

En los artículos 2, 3, 4 y cinco del Estatuto se enumeran y definen los delitos que se consideran violaciones graves del derecho internacional humanitario y que serán objeto de la jurisdicción del Tribunal.: Genocidio, Crímenes de lesa humanidad, Infracciones graves a las Convenciones de Ginebra de 1949 y Crímenes de Guerra. Sin embargo dicha enumeración, como es habitual, no es taxativa. En el ya mencionado caso del TPIY v/ Dusko Tadic⁹⁸, el Tribunal entendió por tanto que se incluían en dichos crímenes las violaciones no consideradas graves de los Convenios de Ginebra, y, en general, las violaciones del derecho internacional sobre conflictos internacionales (Tratados y Convenciones de La Haya) y el derecho internacional consuetudinario sobre usos y

⁹⁸ The Prosecutor v/ DUSKO TADIC de 02/10/1995. IT-94-1-AR72

costumbres de la guerra y de los Derechos Humanos.

También es importante señalar que el Tribunal tuvo que establecer que pese a que las normas de derecho internacional y los principios del derecho consuetudinario se referían a conflictos entre Estados, eran aplicables a los conflictos internos sentando así un precedente de largo recorrido.

En el artículo 2, bajo el epígrafe "Violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949", no se menciona la violación. Tampoco se hacía en dichos Convenios pero es objetable que al elaborar el Estatuto en 1993, cuando eran perfectamente conocidas las atrocidades cometidas en relación con la violencia sexual, no se hallara la forma de integrarla tampoco en el artículo 3 bajo el epígrafe "Violación de las Leyes o Usos de la Guerra" ni desde luego en el art. 4 sobre genocidio.

En el art. 2, se incluyen los siguientes crímenes: en los apartados b) Tortura o

tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos; c) Actos deliberados que causen grandes padecimientos o graves daños a la integridad física o a la salud y g) Deportación, traslado o reclusión ilícitos de un civil. Estos enunciados proporcionan un margen a la interpretación para enjuiciar la violencia sexual, la prostitución forzada y la esclavitud sexual, y de hecho, así lo realizaría el Tribunal. Sin embargo, y como ya hemos señalado, resulta indignante que, con la constancia de los hechos en todos los programas de noticias, se obviara de nuevo citar explícitamente los delitos de violencia sexual dejando de nuevo a la voluntad del Tribunal su castigo, siguiendo en ello la tradición histórica.

En el artículo 3 el Estatuto contempla los actos que violen los usos y costumbres de la guerra y dedica un apartado a los actos susceptibles de constituir genocidio, es decir aquellos actos encaminados a "destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso" entre los cuales, en el apartado b), se integran las lesiones graves, tanto físicas como

mentales de los miembros del grupo. Está claro que, tanto en el caso de Yugoslavia como también en el de Ruanda, existía una voluntad clara de cometer genocidio, expresada además de forma explícita en la propaganda previa a ambos conflictos. Sin embargo hasta entonces nunca se había asociado la violencia sexual a la voluntad de exterminar un grupo étnico, racial o religioso. Como hemos señalado esto se reconoció por primera vez en el TPIY. Existía en el conflicto de los Balcanes la voluntad de establecer una supremacía de la población serbia y, en el caso de Ruanda, la de exterminar prácticamente a una etnia. Para llevarlo a cabo no sólo se utilizó la violencia sexual: la exterminación de todos los hombres a partir de los 15 años en Srebrenica también era un crimen de género enfocado al asesinato de todos los hombres con capacidad de engendrar. Sin embargo, y así los reconocieron ambos tribunales *ad hoc*, la violencia sexual en todas sus formas también fue una táctica de exterminio.

El artículo 5 del Estatuto, se refiere a los crímenes de lesa humanidad, en los que

incluye, en su apartado g), y de forma expresa, la violación. En su apartado c) se refiere a la esclavitud que podemos entender en sentido amplio. En opinión de Alejandra Azuero⁹⁹ el artículo 5 del Estatuto del TPIY, representa la primera vez que se incluye expresamente la violación como un crimen contra la humanidad bajo la jurisdicción de un tribunal penal internacional.

Recordemos que tanto el art. 2 como el art. 3 del mismo Estatuto, se refieren a los crímenes de guerra y de genocidio enumerados en la Convención de Ginebra y en las leyes y costumbres de la guerra sin que se haga mención de violación aunque el artículo 3 indica expresamente que no se trata de un *numerus clausus*.

La referencia a la violación se realiza pues de forma expresa una sola vez en el Estatuto del TPIY y solo como un delito de lesa humanidad.

Como veremos al examinar el Estatuto del TPIR existe una diferencia notable en ese aspecto. Sin embargo un problema común al que se enfrentarían tanto el Tribunal

⁹⁹ AZUERO QUIJANO. Ob. Cit, Pág.260

Internacional para la antigua Yugoslavia como el Tribunal Internacional de Ruanda, es que el término violación en su sentido estricto no abarcaba los terribles actos de violencia sexual que se cometieron. Además tampoco se habían definido nunca los elementos del delito de violación en el ámbito del derecho penal internacional salvo en aquella calificación de "sistemática" que ya hemos señalado. Huérfanos de una definición ambos Tribunales optarían por diversas soluciones de técnica jurídica de las cuales los casos Akayesu (TPIR) y Furundžja (TPIY) son los más emblemáticos. En el primer caso el Tribunal entendió que la violación en el contexto de un conflicto armado y en el ámbito del derecho internacional tiene características específicas distintas de la violación en el derecho penal interno. Por el contrario en el caso Furundžja el Tribunal se remitió al examen de los principios de las leyes penales internas para llegar a un común denominador en la definición del concepto. Volveremos sobre ello más adelante al examinar la jurisprudencia de ambos Tribunales.

Tampoco existe en el Estatuto de TPIY mención alguna a la prostitución forzada, otra diferencia con el TPIR. En cuanto a la esclavitud mencionada en el artículo 5 apartado c) como delito de lesa humanidad, existía también un vacío legal. Como examinaremos más adelante al estudiar este delito en concreto, el primero de los dos convenios sobre esclavitud, Convenio sobre la esclavitud de 25 de septiembre de 1926 y Convención de 7 de septiembre de 1956, definía la esclavitud como un derecho de propiedad lo que permitía incluso su venta mediante transacción económica. Esta definición podía entenderse en consonancia con el momento histórico en el que fue elaborado, en plena época colonial. La definición podría aplicarse a la esclavitud sexual y sobretodo a la trata, por analogía dada la similitud con algunas situaciones de semi-propiedad a las que aún actualmente, están sometidas las mujeres y las niñas en muchos países no desarrollados.

En cuanto al segundo Convenio sobre la esclavitud, de 1956, ya no contemplaba la esclavitud relacionándola con la propiedad

y integraba algunos preceptos sobre matrimonios forzados. La esclavitud sexual tiene elementos de la definición de ambos Convenios si bien sería la Corte Internacional de Sierra Leona como veremos más adelante, la que construiría la definición del matrimonio forzado y la esclavitud sexual en el caso Charles Taylor.

La influencia de las juezas y asesoras del Tribunal y, en particular de la Fiscal Carla del Ponte facilitó la focalización sobre algunas formas de violencia sexual no directa en forma de abusos, esclavitud doméstica y humillaciones de contenido sexual pese a la reticencia de algunos de los jueces.

PROTECCIÓN DE VÍCTIMAS Y TESTIGOS

Sin duda este es uno de los temas más complicados y más difíciles de resolver en el caso de la violencia sexual y sobre el que volveremos en diversas ocasiones. En el Estatuto del TPIY, en su artículo 21,

sobre los derechos del acusado, apartado e) se establece que se le atribuye el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo. Las consecuencias de este derecho, si hablamos de las víctimas de un delito sexual pueden ser (y de hecho lo fueron) desastrosas. En el artículo 22 sobre "Protección de las víctimas y testigos" se dispone que el Tribunal tomará las medidas necesarias para proteger a víctimas y testigos, incluyendo la celebración de la vista a puerta cerrada y la protección de la identidad de las víctimas. Tendremos ocasión de examinar más ampliamente el tema de los testimonios y la protección de las víctimas en el apartado correspondiente. Se trata de un tema muy controvertido especialmente en los conflictos de tipo interno que son la mayoría en las guerras del S.XXI. Tras los procesos las víctimas, los testigos y las familias de los culpables o los propios culpables suelen tener que convivir en una misma ciudad o comunidad lo que crea como es de suponer tensiones insoportables.

COMPETENCIA RATIONE TEMPORIS

Al fijar la competencia "*ratione temporis*" encontramos una diferencia radical entre el Tribunal para la antigua Yugoslavia y el de Ruanda sobre la que volveremos más adelante. El Informe s/25704 fija la jurisdicción del tribunal sobre la violaciones cometidas desde 1991. Por el contrario el Tribunal de Ruanda acotó la competencia del tribunal del 1/01/1994 al 31/12/1994. En el informe sobre el TPIY se afirma que el Secretario General entiende que este acotamiento temporal significa cualquier momento a partir del 1 de Enero de 1991 y que dicha fecha es neutral y no relacionada con acontecimiento ninguno.

COMPETENCIA RATIONE PERSONAE

Los tribunales internacionales rara vez pueden juzgar a perpetradores individuales directos dada la magnitud

tanto en la gravedad de los hechos como en el número de víctimas de los crímenes. Por ello el establecimiento claro de la responsabilidad de los mandos del ejército o cabecillas de las guerrillas y, en su caso, de los jefes de Estado, es fundamental en derecho penal internacional. El art. 1 del Estatuto del TPIY establece que el Tribunal será competente para juzgar "a los presuntos responsables" culpables de violaciones graves del derecho internacional humanitario. El Estatuto establece claramente la responsabilidad (*liability*) de las personas individuales excluyendo a las personas jurídicas. No cabe pues equiparación en este caso con el Tribunal de Nüremberg que incluyó a las organizaciones criminales nazis.

La responsabilidad de la autoría, directa o indirecta, de los crímenes enumerados en los párrafos 46, 47, 48 y 49 queda perfectamente definida dejando pocos o ningún resquicio. Son responsables:

- Personas que ostenten un cargo de autoridad y que dieran la orden de cometer algunos de los crímenes enumerados en el Estatuto.

- Aquellos que, en la misma posición de autoridad sean responsables de haber fracasado en la prevención de los crímenes o de atajar la conducta de sus subordinados. (&56). En el & 59. art. 7.3 se precisa que el superior jerárquico es responsable si sabía o tenía razones para conocer que su/s subordinado/s iban a cometer un crimen o lo habían cometido y el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para prevenirlo o castigar al responsable.

- No exime de responsabilidad el actuar en nombre de un gobierno o de un superior aunque en este caso puede admitirse como atenuante la coerción o la falta de elección moral (&57).

- Personas que planeen, instiguen, ordenen, cometan o ayuden y colaboren en planificar, preparar o ejecutar el crimen. (&59. Art.7.1).

- La posición oficial del responsable, incluyendo la jefatura del Estado no exime de responsabilidad ni mitiga el castigo (&59.art. 7.2).

El establecimiento de una línea de responsabilidad indirecta en la comisión de los crímenes es particularmente

positiva. Está claro que la propaganda política, el establecimiento y difusión de determinadas creencias religiosas o xenóforas, llevan indefectiblemente a la violencia y por ello no puede eximirse de responsabilidad a aquellos que son responsables de haber propagado dichas ideologías. Es en este sentido que debe comprenderse la inclusión de la responsabilidad de las organizaciones nazis en Nüremberg. La propaganda serbia difundida por el gobierno del fascista Milosevic fue el caldo de cultivo del odio en una sociedad hasta entonces tolerante y de convivencia pacífica. Del mismo modo se preparó el genocidio de Ruanda al difundir entre la población que existía el dominio de una etnia sobre la otra y su hegemonía en las estructuras del Estado.

Definir al superior jerárquico en una estructura militarizada es relativamente sencillo pero no lo es cuando se trata de organizaciones paramilitares o grupos violentos en conflictos internos. La Corte Penal Internacional ha resuelto este asunto como veremos más adelante.

El Tribunal Especial para la antigua Yugoslavia es el punto de inflexión para la persecución temática de la violencia sexual en conflicto. Por primera vez la sociedad conoce la enormidad en crueldad y cantidad de los crímenes cometidos- Como señala Alejandra Azuero ¹⁰⁰ “el caso Foča¹⁰¹ es el caso que ha recibido más atención de los medios junto con el caso Milosevic. Fue la primera vez en la historia en la que un tribunal internacional condenó a un acusado en base única y exclusivamente a crímenes de violencia sexual. Aún más significativo es el hecho de que las acusaciones fueron el resultado de una estrategia acusatoria designada para priorizar, agrupar y individualizar los crímenes sexuales cometidos contra las mujeres entre un amplio repertorio de crímenes que ocurrieron en Foča al mismo tiempo. La condena de Kunarac y los demás acusados constituye el primer ejemplo de persecución temática de crímenes de violencia sexual en conflicto”.

¹⁰⁰ AZUERO QUIJANO, Alejandra. Ob. Cit. Pág. 269.

¹⁰¹ Se refiere al caso Kunarac, Kovak y Vukovic ocurrido en la localidad de Foča.

En el caso Kunarac no sólo se focalizó en la violencia sexual como crimen de guerra sino que se recalcó por primera vez el carácter sistemático de dicha violencia con lo cual se señaló el hecho de que ésta constituía un arma de guerra institucionalizada y no actos aislados de violencia sexual como históricamente se había conceptualizado.

4.-EL TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA RUANDA

El genocidio ocurrido en Ruanda en el año 1994 es, como en el caso del conflicto de la antigua Yugoslavia, una crisis humanitaria que desembocó en una espiral de violencia cuya descripción se hace difícil de soportar. En particular la violencia sexual sobre las mujeres acabó frecuentemente en mutilaciones y asesinatos de una crueldad terrible.

Pese a las noticias sobre el conflicto, la comunidad internacional fue muy lenta a la hora de reconocer lo que estaba

ocurriendo en Ruanda: el conflicto estaba en pleno apogeo a principios del 1994 y así lo reconoce implícitamente el Estatuto del Tribunal, de hecho fueron los periodistas los que primero alertaron a la comunidad internacional y las Naciones Unidas empezaron a reaccionar tras los informes del Relator Especial y la Resolución 935 del Secretario General del mes de Julio de 1994 y no fue sino en 8 de Noviembre de 1994 que se acordó la constitución del Tribunal a petición del propio gobierno ruandés. Aunque el Estatuto del Tribunal de Ruanda y el del Tribunal de la Yugoslavia son muy parecidos existen sin embargo diferencias entre ambos que son importantes como estudiaremos a continuación.

5.-ESTATUTO DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL DE RUANDA

La Resolución 955 de 8 de Noviembre de 1994 aprueba el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda a petición del propio Gobierno Ruandés que se declaró

incapaz de ejercer dicha tarea. Es importante recalcar este punto ya que, de forma harto frívola, suele recaer sobre los Tribunales Internacionales que juzgan violaciones de derechos humanos en el continente africano (y constante y reiteradamente sobre la CPI), la acusación de estar instrumentalizados por los gobiernos occidentales.

En la resolución que constituyó el TPIR, se pone de relieve la debilidad de las estructuras e instituciones del Estado de Ruanda, devastado por el conflicto y en particular del sistema judicial ruandés y su incapacidad para juzgar eficazmente debido al gran número de sospechosos. Por otra parte se decide que la sede del Tribunal se establezca en Ruanda, a diferencia del TPIR que se estableció en La Haya. El Estatuto es parecido al del TPIY en cuanto a la configuración de los delitos. Sin embargo existen diferencias que son importantes.

COMPETENCIA *RATIONE TEMPORIS*

Como ya señalamos en el apartado consagrado al TPIY, el Estatuto fija (arts. 1 y 7) una *ratione temporis*

extremadamente¹⁰² limitada, exactamente un año,-desde el 1/01/1994 hasta el 31/12/1994-, en absoluto coherente con la realidad del conflicto (de cualquier conflicto por otra parte). No se entiende esta limitación que deja fuera del alcance de la justicia tanto a las víctimas como a los perpetradores de los delitos cometidos antes o con posterioridad a dicha fecha. Es más, el conflicto continuó y se extendió a la República del Congo y de hecho sigue vigente en la actualidad aunque no sea exactamente bajo los mismos parámetros de tipo étnico.

COMPETENCIA *RATIONE MATERIAE*

En el conflicto de Ruanda, de forma mucho más explícita que en los Balcanes el objetivo del conflicto era el genocidio de

¹⁰² "No interesaba lo que había ocurrido antes ni tampoco lo que siguió ocurriendo en cierta medida después. Fue una decisión política muy grave" PALOU-LOVERDOS, Jordi. Abogado defensor de las víctimas congoleesas y españolas del conflicto ruandés y director del Memorial Democrático. Jornada de Justicia Penal Internacional. 20 años del genocidio de Rwanda. Centro de Estudios Jurídicos de la Generalitat-Colegio de Abogados Penal Internacional-Comisión de Justicia Penal Internacional del Colegio de Abogados de Barcelona. 23 de mayo de 2014. La autora de este trabajo estaba presente en dicha Jornada.

una parte de la población. En el art. 2 del Estatuto se definen los actos que constituyen genocidio. No hay mención alguna a la violencia sexual pero como en otras ocasiones, especialmente el apartado b) lesiones graves a la integridad física o mental de los miembros del grupo y también el apartado c) sometimiento intencional del grupo a condiciones de vida que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial o el apartado d) imposición de medidas destinadas a impedir los nacimientos dentro del grupo son aplicables a la violencia sexual. Como veremos el Tribunal acabó determinando que la violencia sexual puede constituir genocidio. El delito de genocidio tiene como uno de los elementos característicos la intencionalidad de destruir un grupo y por lo tanto, la violencia sexual también puede utilizarse con ese fin.

Ambos Tribunales, TPIY y TPIR incluyeron en sus Estatutos también la conspiración para cometer genocidio. De esta forma van más allá de la propia Convención contra el Genocidio que no contempla ese supuesto.

El artículo 3 del Estatuto, crímenes de lesa humanidad, se refiere expresamente a la violación (aptdo.g). También a la esclavitud (aptdo.c) aunque genéricamente. Aquí de nuevo hay una diferencia de enfoque entre ambos Tribunales. Mientras el TPIY establece un vínculo necesario de causa y efecto entre los actos cometidos y el conflicto armado, en el caso del TIPR serán competencia del Tribunal los actos cometidos "como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil" no restringiéndolo a un escenario de conflicto armado. Esta distinción es importante en cuanto al tema de la violencia sexual pues este tipo de delitos no se circunscriben siempre al conflicto sino que lo habitual es que los precedan y continúen produciéndose habiendo finalizado áquel en los campos de refugiados por ejemplo.

El artículo 4 el Estatuto hace referencia a las vulneraciones del artículo 3 de los Convenios de Ginebra y de su Protocolo adicional II. En tres apartados podemos incluir la violencia sexual aunque solo en el apartado e) se menciona expresamente: "Los ultrajes a la dignidad personal, en

particular los tratos humillantes o degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de agresión indecente". En el apartado a) se hace referencia a los actos contra la vida o la integridad física o psíquica, las mutilaciones, la tortura y los castigos corporales. Es interesante remarcar que el apartado h) de este artículo considera una agresión la amenaza de perpetrar cualquier de los delitos enumerados, es decir la coacción psíquica. Por otra parte como es habitual el artículo hace constar expresamente que los delitos enumerados no constituyen un "*numerus clausus*".

COMPETENCIA *RATIONE PERSONAE*

La responsabilidad penal individual, directa o indirecta, está contemplada en el art. 6 y es sustancialmente similar a la que se establece en el TPIY aunque descrita de forma mucho más sucinta. Sin embargo, existe una diferencia notable con

el TPIY ya que mientras que el art. 1 del Estatuto del TPIY establece que el Tribunal juzgará "a los presuntos responsables" de las violaciones cometidas en el territorio de la Ex Yugoslavia, la competencia del Tribunal de Ruanda se extiende a los actos cometidos en países vecinos, pero en ese caso solo recaerá sobre los súbditos ruandeses. Ambos Tribunales contemplan solo la posibilidad de enjuiciar a personas naturales - pertenezcan o no a determinados grupos, y no a las personas jurídicas. También ambos Tribunales establecen claramente varios grados de responsabilidad (*liability*) en relación con los hechos. Esta gradación va de la responsabilidad directa hasta la responsabilidad de aquellos que por su superioridad jerárquica tenían razones para conocer los hechos y no adoptó las medidas necesarias para impedirlos o bien no los castigó una vez cometidos.

En el artículo 15 del Estatuto se dispone que el Fiscal del TPIY será también Fiscal del Tribunal de Ruanda. En cuanto a la protección de las víctimas no hay diferencia sustancial con lo dispuesto en el TPIY.

Cuando analizábamos críticamente los Tribunales de Nüremberg y de Tokio, señalábamos que fueron tribunales sesgados, fundados en un concepto retributivo de la justicia y sin un propósito a largo plazo de sentar las bases de una reconciliación. Y que las víctimas fueron completamente olvidadas. Sería consolador concluir que los procesos del TPIY y del TPIR marcaron una evolución clara respecto a los anteriores pero no es así. En cuanto al TPIY se puede afirmar que hubo un esfuerzo para juzgar a ambos bandos. Sin embargo, en cuanto a las víctimas se refiere, en particular las de violencia sexual, veinte años después del conflicto siguen sin recibir prácticamente ninguna reparación. Así lo reconocía un informe de la organización TRIAL en 2015¹⁰³ en el que se constataba que precisamente en 2015, veinte años después del conflicto, se habían empezado a considerar las indemnizaciones.

Respecto del TPIR puede afirmarse que se organizó más como un tribunal para la

¹⁰³<https://trialinternational.org/latest-post/historic-amendment-will-allow-dozens-of-victims-to-claim-reparations/>

venganza. La misma fiscal Carla Da Ponte encontró múltiples resistencias para ejercer su labor con independencia y al final fue cesada. Por si fuera poco el Tribunal reforzó la figura de Paul Kagame, que al fin y al cabo también era criminal de guerra, presentándolo como líder democrático lo que le permitió ponerse al frente del Gobierno del país, y contar con el apoyo de los países occidentales. Como resultado se le permite llevar a cabo una represión durísima con sus oponentes políticos bajo una falsa apariencia de democracia moderna. Por otra parte, tampoco puede decirse que se haya pacificado la zona a resultas de la labor del Tribunal ya que el conflicto se ha extendido a los países vecinos aunque de forma larvada.

CAPÍTULO IV

EVOLUCION NORMATIVA- TRIBUNALES ESPECIALES. LAS RESOLUCIONES SOBRE MUJERES, PAZ Y SEGURIDAD.

1.-LA CONFERENCIA MUNDIAL SOBRE LA MUJER DE BEIJING. BEIJING +20. LA CONVENCIÓN DE BELEM DO PARÀ.

Lo que sorprende más en la Declaración de la Conferencia sobre Derechos de la Mujer celebrada en Beijing en 1995¹⁰⁴, es que, aunque es posterior a los hechos de Yugoslavia y Ruanda, su lenguaje no se aparta especialmente del clásico decálogo de principios, constataciones y recomendaciones sin la contundencia que era de esperar. En su apartado 14, por ejemplo, la Declaración reconoce que "los derechos de la mujer son derechos

¹⁰⁴ DECLARACION Y PLATAFORMA DE ACCIÓN DE BEIJING. Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. Aprobada en la 16ª Sesión Plenaria celebrada el 15 de Septiembre de 1995.

humanos” un reconocimiento que por lo obvio causa estupor.

Pese a la crítica anterior, la violencia contra la mujer fue uno de los temas que se abordó bastante ampliamente (apdo 29 y Sección D, apdo. 112 y siguientes) reconociendo que existe en todos los países del mundo: “En todas las sociedades, en mayor o menor medida, las mujeres y las niñas están sujetas a malos tratos de índole física, sexual y psicológica, sin distinción en cuanto a su nivel de ingresos, clase y cultura. La baja condición social y económica de la mujer puede ser tanto una causa como una consecuencia de la violencia de la que es víctima” (apdo.112). Es interesante remarcar que se reconoce que la violencia de género no es exclusivamente física sino que puede ser psicológica.

Por otra parte en la declaración se determina que la violencia sexual es violencia de género y que no puede dissociarse de los fenómenos culturales y estructurales que son la causa de dicha violencia. En este sentido, la Declaración constata expresamente la relación de la

violencia de género con las pautas culturales patriarcales y los estereotipos de género": "La violencia contra la mujer es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que han conducido a la dominación de la mujer por el hombre, la discriminación contra la mujer y a la interposición de obstáculos contra su pleno desarrollo. La violencia contra la mujer[...]dimana esencialmente de pautas culturales"(aptdo. 118).

La Declaración aborda el tema de la mujer y los conflictos armados, en su Sección E, a continuación de la sección en la que se refería a la violencia de género y señala la declaración en su aptdo, 131 que "la paz está indisolublemente unida a la igualdad entre las mujeres y los hombres y el desarrollo". Esta afirmación es clave para abordar la violencia sexual en conflicto y entender las Resoluciones sobre Mujeres, Paz y Seguridad de Naciones Unidas que se proclamarían a partir del año 2000 como la Resolución pionera, la 1325, que estudiaremos más adelante. Es fundamental porque confirma el error de considerar la violencia de este tipo como

un fenómeno centrado en el aspecto sexual y en el ámbito circunstancial del conflicto y no como lo que es realmente, una consecuencia de la violencia de género fundado en estereotipos y estructuras patriarcales. Estos estereotipos y estructuras que señalan a la mujer como objetivo y arma de guerra y la hacen particularmente vulnerable. Por otra parte, vincula la prevención de la violencia contra la mujer con la paz y al progreso social. Como se reconoce en los informes del PNUD a partir del informe de 1994, la paz está indisolublemente ligada al desarrollo y éste está a su vez estrechamente vinculado a la igualdad entre hombre y mujeres. La permanencia y arraigo de los estereotipos de género es un obstáculo para el desarrollo. Como ya señalaba el Preámbulo de la Convención contra todas las formas de discriminación contra la Mujer de 1979 "la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y el respeto de la dignidad humana y dificulta la participación de la mujer en la vida política, económica y cultural de su país [lo que] constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y entorpece [...]"

la posibilidad de prestar servicio a su país y a la humanidad”.

Como señalábamos, en 1994 el Informe sobre Desarrollo Humano¹⁰⁵ del programa de Naciones Unidas introduce por primera vez el concepto de seguridad humana y el mantenimiento de la paz relacionándolo expresamente con el desarrollo. En el informe se hace constar que la seguridad humana no debe relacionarse con las armas y que el desarrollo sostenible, la erradicación de la pobreza y la democracia son condiciones indispensables para la resolución de conflictos y la paz.

Sobre la protección de las mujeres en los conflictos armados, el apartado 132 de la Declaración de Beijing, se remite al Convenio de Ginebra de 1949 y a sus Protocolos Adicionales de 1977 así como a la Declaración y Programa de Acción de Viena como precedentes claros de la protección específica de la mujer en los conflictos armados reconociendo sin embargo su poca efectividad.

¹⁰⁵ Informe sobre Desarrollo Humano de 1994. Consultado en:
http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_1994_es_completo_nostats.pdf

A diferencia del estereotipado artículo 14 de la declaración de Beijing con su afirmación "los derechos de la mujer son derechos humanos", la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, Convención de Belem do Pará¹⁰⁶ , es mucho más clara y contundente.

En su artículo 4 la Convención establece de forma precisa "Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos".

A continuación señala que estos derechos comprenden, entre otros:

- a. el derecho a que se respete su vida;
- b. el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral;
- c. el derecho a la libertad y a la seguridad personal;
- d. el derecho a no ser sometida a torturas;

¹⁰⁶ Convención iberoamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.9/06/1994
<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

e. el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia;

f. el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley

g. el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos”.

Y por supuesto el derecho a que los Estado respeten ya hagan respetar estos derechos y los Tribunales juzguen y castiguen a los que vulneren dichos derechos. La Convención de Belem dó Pará, presenta una comprensión más significativa de los derechos que vulneran la violencia para la mujer. Como vemos a la protección contra la tortura y la garantía de la integridad física y psíquica, añade la integridad moral. Entendemos que el concepto de integridad moral está relacionada con el honor de la persona y es más fácil de definir que el concepto de dignidad.

La Convención también muestra una comprensión profunda del alcance del trauma producido por la guerra particularmente en las mujeres mediante

la vinculación, en el punto e) de la protección a la mujer con la protección a su familia. Como estudiaremos en el apartado de las indemnizaciones a las víctimas y como queda reflejado en los testimonios de las víctimas¹⁰⁷ en relación con la violencia las mujeres, por atroces que sean las experiencias sufridas, piensan sobre todo en su familia como recogen estos testimonios de mujeres colombianas "Seguir adelante, que mis hijos sigan adelante. Quiero que ellos sean algo en esta vida". "lo que me sucedió a mí yo no lo esperaba pero ya me pasó ¿ que tengo que hacer? Buscar pues como la solución a que las cosas se mejoren. Apoyar a mis hijos".

No es posible comprender la experiencia de las mujeres de la violencia y la guerra si la disociamos de su vinculación a su familia y en particular a sus hijos. Como en el caso del honor, esta argumentación puede parecer demasiado tradicional pero las palabras de las víctimas expresan una realidad que no es posible descartar.

¹⁰⁷ COMISION DE LA VERDAD Y MEMORIA DE MUJERES COLOMBIANAS. " La Verdad de Las Mujeres". Coord. GALLEGU ZAPATA, Marina. Asesores: MARTIN BERISTAIN, Carlos Y VALENCIA VILLA, Alejandro. Edita. Ruta Pacífica de las Mujeres. Colombia. Noviembre 2013. Pág. 63

2.-EL TRIBUNAL ESPECIAL DE MUJERES DE TOKIO 2000

Como ya hemos reseñado en este trabajo el Tribunal Militar de Toquio, pese algunas condenas ejemplarizantes, destinadas más a un ejercicio de venganza política que a hacer justicia real, no entró a fondo en el drama humano de los miles de mujeres obligadas a prostituirse, torturadas, esclavizadas y asesinadas por las tropas japonesas durante la Segunda Guerra Mundial. El caso de las *comfort women* refleja de modo dramático el muro de silencio y de vergüenza que rodea a las víctimas de la violencia sexual y como el no reconocimiento de su sufrimiento y la impunidad de los culpables, destroza sus vidas para siempre.

El Tribunal Internacional de Mujeres por los Crímenes de Guerra de Esclavitud Sexual cometidos por las Fuerzas armadas Japonesas se estableció en Toquio del 8 al 12 de Diciembre de 2000, organizado por numerosas ONG's. Se trataba de un Tribunal de opinión, y aunque de contenido más simbólico que vinculante su

aportación fue significativa en varios aspectos. Tuvo un gran impacto sobre las ancianas supervivientes, todas ellas víctimas sin reconocimiento ni justicia. También tuvo un importante significado su carácter de Tribunal "del pueblo para el pueblo" según lo que inspiró también la creación del Tribunal Russell. El Tribunal lo integraron mujeres académicas de reconocido prestigio así como representantes de ONG's, que habían orientado su vida profesional y sus estudios al tema de las mujeres. Entre las organizaciones no gubernamentales que lo impulsaron y formaron se encontraban varias organizaciones japonesas y de Corea, de Corea del Norte, China, Taiwan y Filipinas.

Su propósito era el de juzgar, y sobretodo dar a conocer a la opinión pública, los delitos de esclavitud sexual y prostitución forzada practicados por el ejército del Japón antes y durante la segunda Guerra Mundial. Efectivamente el reclutamiento de mujeres con destino a los prostíbulos destinados a las tropas, a veces con engaño y otras mediante el secuestro, empezó antes de la Segunda Guerra

Mundial pues ya se habían empezado operaciones militares en China. Se realizó de forma sistemática y organizada por los propios mandos militares.

En el juicio varias supervivientes testificaron y también lo hicieron dos antiguos soldados. El Gobierno del Japón se negó a comparecer, y tal y como venía haciendo desde el final de la guerra, siguió negándose a admitir los hechos.

De entre las prestigiosas expertas internacionales que actuaron como jueces y fiscales podemos señalar a Gabrielle Kirk MC Donald (que fue Presidenta del TPIY) y Patricia Visseur-Sellers que sería también asesora de la Oficina del Fiscal del TPIY y del TPIR y posteriormente de la Corte Penal Internacional¹⁰⁸. Posteriormente Radhika Coomaraswamy¹⁰⁹ Relatora Especial de Naciones Unidas estudiaría el

¹⁰⁸ Pueden encontrarse todos los detalles del Tribunal en: <http://tlahui.com/politic/politi00/politi10/jap10-1.htm> y en la web de la Organización VAWW.NET que fue una de las ONG'S organizadoras: <http://1.jca.apc.org/vaww-net-japan/en/Dec2000/tribunal.html>.

¹⁰⁹ COOMARASWAMY, Radhika. Un Commission of Human Rights Report on the Democratic People's Republic of Korea and Japan on the Issue of Military sexual Slavery in wartime.
Hrlibrary.umn.edu>country52>53-add1

caos de las *comfort women* en un Informe especial sobre la esclavitud sexual.

El Estatuto del Tribunal¹¹⁰ es explícito en cuanto a los objetivos del mismo “ Observando que el S.XX ha transcurrido sin que se hiciera justicia alguna a favor de las mujeres víctimas y sobrevivientes de la esclavitud sexual perpetrada por el Ejército japonés en varios países asiáticos bajo su dominación colonial y ocupación militar antes y durante la segunda Guerra Mundial [...] deseando celebrar un Tribunal [...] cuya función principal consistirá en esclarecer la verdad y establecer la responsabilidad jurídica de los estados e individuos involucrados en violencia sexual, y, concretamente, en la esclavitud sexual de las mujeres sometidas a prostitución forzada en los centros de prostitución forzada a manos del Ejército Imperial Japonés”.

El art. 2.1 del Estatuto establece la competencia del Tribunal única y exclusivamente sobre los crímenes cometidos contra las mujeres en cuanto “crímenes de guerra, crímenes contra la

¹¹⁰ <http://tlahui.com/politic/politi00/politi10/jap10-1.htm>

humanidad y otros crímenes bajo el derecho internacional". En el apartado 2 del mismo artículo se establece que el Tribunal también tendrá competencia "sobre los actos o omisiones de los Estados" respecto de los crímenes enumerados en el párrafo anterior.

Aunque el Tribunal no tenía autoridad ni otra fuerza vinculante que la puramente testimonial su actuación, como hemos señalado, tuvo una enorme repercusión especialmente en las pocas supervivientes de aquel infierno. Como recoge Yayori Matsui¹¹¹ "El último día [...] los jueces leyeron el veredicto y concluyeron que el emperador Hirohito era culpable de crímenes de guerra y que el Gobierno de Japón era penalmente responsable como Estado. Las ancianas supervivientes sentadas en la primera fila rompieron a llorar de alegría y subieron al estrado para dar las gracias a los jueces". Después de

¹¹¹ MATSUI, YAYOI. En el año 2000 Presidenta de VAWW-Net Japon (Violence Against Women in War Network). link.springer.com/chapter/10.1007%2F978-3-663-09527-9_14H. Pág.1. " *On the last day of the WIWCT, the judges read the Summary of Findings which found the Emperor HiroHito guilty of crimes against humanity, and determined that the government of Japan had incurred state responsibility. It was a historic moment. The hall filled with cheers as the aged survivors sitting in thje front row, weeping swith joy, climbed onto stage one after another to express their gratitude to the judges..*"

más de cuarenta años un Tribunal había declarado que nunca más debían sentirse avergonzadas de su calvario pues había establecido que eran víctimas de crímenes de guerra y condenado aunque simbólicamente a los culpables: El reconocimiento público del daño sufrido es una parte esencial de la justicia como estudiaremos más adelante.

3-EL TRIBUNAL ESPECIAL DE SIERRA LEONA.

Aunque menos conocido que los Tribunales de la Ex Yugoslavia y Ruanda, el Tribunal Especial de Sierra Leona es muy relevante por su jurisprudencia sobre violaciones, esclavitud sexual y matrimonios forzados.

El conflicto de Sierra Leona es algo anterior a los conflictos de Ruanda y los Balcanes pues se origina en 1991 y desemboca en una guerra civil discontinua en la que predomina la guerrilla capitaneada por Charles Taylor. En Junio de 2000 hay una crisis en la que se recrudece el conflicto y en la que se toman como rehenes personal de las Naciones

Unidas, lo que, como es de suponer provoca la reacción internacional. Como en el caso de Ruanda, el Presidente de Sierra Leona solicita a Naciones Unidas, la creación de una jurisdicción especial en Sierra Leona. Finalmente la Resolución 1315 aprobada por el Consejo de Seguridad en su Sesión del 14 de Agosto de 2000, aprueba la creación de un tribunal especial independiente con competencia sobre crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario.

A diferencia de los Tribunales de Ruanda y la ExYugoslavia no fue constituido como un órgano de Naciones Unidas sino por un acuerdo entre Naciones Unidas y el Gobierno de un estado miembro por lo que vincula tan solo a las dos partes del Tratado.

Como dato interesante, el Gobierno de Sierra Leona solicitó que el Estatuto del Tribunal y su jurisprudencia establecieran una sinergia con el derecho interno de Sierra Leona lo que se resolvió mediante el art. 8 del Estatuto de TESL, en el cual,

bajo el epígrafe: " Jurisdicciones concurrentes", se dispone en el párrafo 1 del artículo 8, que el Tribunal especial y los tribunales nacionales: "tendrán jurisdicciones concurrentes", aunque sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 2 del mismo artículo que establece la primacía del TESL sobre los tribunales nacionales.

Po su parte en su artículo 1 del Estatuto se especifica que el Tribunal tiene competencia para perseguir a los responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario así como del derecho de Sierra Leona cometidas desde el 30 de Noviembre de 1996.

4.-ESTATUTO DEL TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA

El Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona establece en su art. 2 un listado de crímenes de lesa humanidad. En

su apartado 2.g) integra todos los crímenes constitutivos de violencia sexual: violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado y cualquier otra forma de violencia sexual.

En cuanto a los crímenes de guerra, se contemplan en el art. 3, bajo el epígrafe: "violaciones del art.3 de los Convenios de Ginebra y de su Protocolo adicional II". El problema es que entre éstos, que detalla a continuación, no se incluyen todos los crímenes sexuales. Pero en el apartado e) del artículo que comprende los ataques a la dignidad personal, en particular los tratamientos humillantes y degradantes, se integran la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de asalto sexual.

Finalmente, se recogen los crímenes previstos en el derecho de Sierra Leona (art.5) que incluyen los abusos a niñas menores de edad y el secuestro de una chica (no mujer) bajo propósitos inmorales.

En la configuración de los crímenes en el Estatuto del TESL no se preveía el crimen de esclavitud sexual como crimen de

guerra sino solo como crimen de lesa humanidad. Esto resultaba un grave inconveniente puesto que se habían producido numerosos casos en el transcurso del conflicto. Precisamente, además, la jurisprudencia del Tribunal de Sierra Leona es especialmente relevante en cuanto a la configuración del delito de esclavitud sexual y como examinaremos más adelante el Tribunal Especial de Sierra Leona fue uno de los primeros en imputar por este delito en el caso Hassan Sesay¹¹².

La experiencia de los hechos juzgados en los Tribunales de la ExYugoslavia, Ruanda y Sierra Leona y la constatación de que la violencia sexual era un elemento decisivo en la estrategia de la guerra llevaron a las Naciones Unidas a elaborar una serie de Resoluciones e Informes sobre estos temas que desembocarían finalmente en la resolución sobre Mujer, Paz y Seguridad 1325 del año 2000. Se había producido el reconocimiento de que la violencia sexual era un arma de guerra y de que podía utilizarse para perpetrar un genocidio: era pues uno de los delitos más graves y

¹¹² The prosecutor v/ Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Ghao. Judgement 26/10/2009. [www. hague justiceportal.net/index.php?id=6413](http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=6413).

frecuentes de los conflictos con una trascendencia importante en la agudización de las hostilidades y un obstáculo importante en el restablecimiento de la paz.

5.-RESOLUCION DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE VIOLENCIA SEXUAL EN LAS ZONAS DE CONFLICTO ARMADO DE LA ANTIGUA YUGOSLAVIA(1997). INFORME DE NACIONES UNIDAS SOBRE VIOLENCIA SEXUAL EN CONFLICTO. 1998.

El 7 de Marzo de 1997, la Asamblea General de las Naciones Unidas adopta una Resolución¹¹³ en la que, suponemos que conmovidos por todo lo que se sabía ya de lo juzgado en el TPIY y el TPIR utiliza un lenguaje cuya dureza no se repetirá, por ejemplo, en las Resoluciones sobre Mujer, Paz y Seguridad que examinaremos más adelante.

¹¹³ Resolución sobre las violaciones y abusos de los que son víctimas las mujeres en las zonas de conflicto armado de la exYugoslavia.A/RES/51/115.7 de Marzo de 1997.
<https://documents-dds-ny-un.org/doc/UNDOC/GEN/N97/771/62/PDF/N9777162.pdf?OpenElement>.

La Asamblea de la Naciones Unidas se declara “convencida de que la práctica abominable de la violación, utilizada con el fin de efectuar una limpieza étnica, constituye un arma de guerra deliberada, y, recordando la Resolución 47/121 de 18 de Diciembre de 1992, en la cual declaró, entre otras disposiciones, que la innoble política de limpieza étnica era una forma de genocidio”.

Más adelante la resolución declara en los párrafos numerados 1,2 y 3 que la práctica de violaciones en el ámbito de un conflicto armado constituye un crimen de guerra, y que en ciertas circunstancias puede constituir un crimen contra la humanidad y un acto de genocidio.

En 1998, se publica un informe de Naciones Unidas bajo el título “Violencia Sexual en Conflicto: la respuesta de Naciones Unidas”¹¹⁴. Su objetivo, según lo expresa el texto es promover los objetivos de la Declaración de Beijing y su Plataforma de Acción. El Informe examina la progresión histórica en la prevención y

¹¹⁴ Este Informe se puede consultar en:
<http://www.un.org/womenwatch/daw/public/cover.htm>

represión del delito realizando un repaso histórico en cierto modo paralelo al realizado en este trabajo así como un resumen de las acciones de Naciones Unidas en particular tras la Conferencia de Beijing de 1995.

A lo largo del informe¹¹⁵ se realiza una definición del concepto de violencia sexual en conflicto: "El término violencia sexual se refiere a varios crímenes incluyendo la violación, la mutilación sexual, la humillación sexual, la prostitución forzada y el embarazo forzado. Estos crímenes están motivados por una miriada de factores. Por ejemplo, una visión comúnmente adoptada históricamente, fue la de que las mujeres formaban parte de los desahogos de la guerra a los que los soldados eran acreedores. Profundamente enraizada en esta visión es la de que las mujeres son objetos, propiedades al alcance de los guerreros victoriosos. La violencia sexual puede también ser vista como un medio de apaciguar a la tropa ¹¹⁶

¹¹⁵ Ver Informe Op. Cit. Apartados 1 y 2

¹¹⁶ Un ejemplo paradigmático de este enfoque es el de las "comfort women" las mujeres esclavizadas por las tropas japonesas para solaz de sus soldados durante la II Guerra Mundial. N. de la A.

. Este es en particular el caso cuando la mujeres son esclavizadas militarmente. Otra de las razones de la violencia sexual es la de destruir el orgullo de los hombres y por tanto de la comunidad. Los hombres que han fracasado al no proteger a sus mujeres son considerados débiles y son humillados. También puede ser utilizada como una forma de castigo en particular cuando las mujeres son políticamente activas, o están asociadas con personas políticamente activas. La violencia sexual puede ser utilizada para causar terror entre la población. Puede destruir comunidades y obligar a la personas a abandonar sus casas. La violencia sexual puede formar parte de una estrategia para cometer genocidio. Puede infligir un daño de por vida físico y mental y formar parte de las condiciones impuestas para la destrucción total de una comunidad entera”.

En el Informe pues se recogen todos los aspectos de la violencia sexual reconociendo la injusticia histórica cometida contra las víctimas de dicha violencia.

Teniendo en cuenta que el Estatuto de Roma es de 1998 es evidente que por fin se había llegado al punto de reconocer la dimensión de la violencia sexual en la guerra así como la necesidad de castigar a los culpables y la obligación de los Estados de cooperar en su persecución.

En esencia ambos documentos resumen y enfatizan las características esenciales de los delitos de violencia sexual: su utilización como arma de guerra, la influencia de los roles y estructuras de género en su motivación, el hecho de que afectan a la comunidad además de a las víctimas individuales y el hecho de que pueden constituir genocidio.

6.-LAS RESOLUCIONES SOBRE MUJER Y SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS.

Como señala Carol Cohn¹¹⁷, la guerra está profundamente marcada por el género tanto en la práctica como de forma simbólica. No solo porque hombres y

¹¹⁷ COHN, Carol. En "Hacia un marco conceptual de la Violencia contra las Mujeres en las Guerras" en COHN, Carol (coordinadora) *Women and Wars*, Ed. Polity Press Ltd. Cambridge. 2014. Edición española *Las Mujeres y las Guerras*, Ed. ICIP. Barcelona. 2015. Pág.63.

mujeres la sufren de forma diferente sino porque su desarrollo y consecuencias están marcadas por las estructuras sociales de género y no solo por las que marcan las diferencias biológicas sexuales. Carol Cohn¹¹⁸ constata que desde la perspectiva feminista "la guerra no está limitada en el espacio y en el tiempo sino relacionada con la investigación y el desarrollo de armamento, la glorificación cultural del poder y de la fuerza armada, y la identificación de la guerra con las normas simbólicas de la masculinidad, asociadas a la fortaleza, el coraje, la agresividad, la dureza y la violencia". Esta hiper-masculinidad es también la causa del tradicional rechazo a los soldados homosexuales.

En el relato tradicional de la guerra, las mujeres cuentan pero siempre desde la periferia de la guerra, como madres de los hijos que mueren, esperanza y anhelo de los hombres que combaten, plañideras de los muertos. A veces se les reconoce el hecho de asumir la carga que los hombres abandonaron al marchar al frente. Sin

¹¹⁸ COHN, Carol "Hacia un marco conceptual .." Ob. Cit. Pág. 62

embargo lo cierto es que, en todas las guerras el papel de las mujeres ha sido importante y no siempre en la retaguardia.

Por otra parte, esta construcción histórica de la masculinidad ligada a la guerra es reforzada por el Estado militarizado, la fabricación, investigación, venta y tráfico de armas.

Como señala Carol Cohn¹¹⁹ "el género es una forma de organizar el acceso diferenciado al poder, los recursos y la autoridad [por ello] queda claro que no puede entenderse o cambiarse ningún aspecto del impacto de la guerra en las mujeres, del impacto de las mujeres en la guerra, o incluso la propia guerra sin un análisis de género". Porque el enfoque sobre las mujeres en la guerra se ha centrado siempre en un único aspecto: su papel de víctimas y su vulnerabilidad.

El 31 de Octubre del año 2000, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas aprueba en su 4213 sesión la Resolución 1325 en la que se recuerdan los compromisos adquiridos en Beijing y, en el art. 1 "insta

¹¹⁹ COHN, Carol "Hacia un marco conceptual" Ob. Cit. Pág.75

a los Estados Miembros a velar por que aumente la representación de la mujer en todos los niveles de adopción de decisiones de las instituciones y mecanismos nacionales, regionales e internacionales para la prevención, la gestión y la solución de conflictos". Se considera histórica la Resolución 1325 porque, además de hacer hincapié en la protección de mujeres y niñas en los conflictos, reclama su incorporación en los niveles de decisión sobre seguridad y mantenimiento de la paz. Sin duda la resolución marca un comienzo. Según Carol Cohn¹²⁰ "el tema de la vulnerabilidad de las mujeres en la guerra....resuena a través las recámaras de las élites políticas internacionales mientras entonan su compromiso con la implementación de la Resolución 1325...". No es objeto de este trabajo el estudio detallado de las estadísticas sobre implementación de la Resol. 1325. Sin embargo bastaría con ver unos cuantos informativos o leer unos periódicos para ver cual es la participación de las mujeres en "*la prevención, gestión y solución de conflictos*". En las

¹²⁰ COHN, Carol " Hacia un marco conceptual". Ob. Cit. Pág. 75

negociaciones de La Habana para la paz en Colombia su participación ha sido prácticamente nula. Qué decir de las conversaciones de paz en cualquier otro conflicto...Y cuantas mujeres tienen una representación consistente (debería ser del 50%) en las Fuerzas Armadas, los órganos políticos de decisión sobre Seguridad y Terrorismo? Cuántas dirigen los órganos de decisión geopolítica y estratégica o al menos participan en ellos?

En la Resolución 1325¹²¹, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, instó a los Estados Miembros a que velasen para que aumentará la participación de la mujer en la «prevención y solución de conflictos» y en el «mantenimiento y la promoción de la paz y la seguridad». En la Resolución se pedía a las partes en un conflicto armado que cumplan los tratados internacionales que protegen los derechos civiles de las mujeres y las niñas e incorporando las políticas y procedimientos que establecen dichos tratados.

¹²¹
symbol=S/RES/1325/2000

<https://www.un.org/es/comun/?symbol=S/RES/1325/2000>

Basándonos simplemente en una justicia matemática, la participación de las mujeres en la seguridad internacional, la guerra y la paz, debería ser de un 50% o más puesto que esa es aproximadamente la proporción entre mujeres y hombres en el mundo. Sin embargo existe también un factor pragmático. La guerra ha cambiado y requiere nuevas estrategias que nada o poco tienen que ver con las utilizadas a lo largo de la historia, basadas en la territorialidad, la fuerza bruta, y la sublimación de la violencia y en dos o más fuerzas enfrentadas claramente definidas. Las guerras actuales y el terrorismo sin duda lo es, se caracterizan por objetivos ideológicos no centrados en un territorio estricto ni en una soberanía estatal concreta sino en la captura de corazones y mentes para una guerra de guerrillas generalizada y financiada de forma externa por delitos como la extorsión, la trata de armas, drogas o tráfico de seres humanos y órganos y la venta de materias primas como el petróleo. En este nuevo escenario las mujeres son imprescindibles.

Solemos referirnos a la Resolución 1325 como una resolución independiente y

pionera. Lo es sin duda si bien existían previsiones sobre la protección de la Mujer en todos los Convenios de Usos y Costumbres de la Guerra como las Convenciones de Ginebra, la Convención sobre los refugiados y sus Protocolos. Debemos relacionarla con otras convenciones y declaraciones sobre la mujer, el desarrollo y la Paz como la Conferencia de Mexico de 1975¹²² sobre Igualdad de la Mujer y su contribución al desarrollo y la paz. Esta estrecha conexión entre la igualdad, el desarrollo y la paz también fué explicitado en el Informe sobre Desarrollo Humano de 1994. Una visión que coincide plenamente con la Resolución de Naciones Unidas de 2011 sobre Derechos Políticos de las mujeres, que considera la igualdad como premisa para la paz, el desarrollo y la democracia, e insta, en su apartado 5 d) a los Estados a “ Promover la conciencia y el reconocimiento de la importancia de la participación de la mujer en el proceso político a nivel comunitario, local, nacional e internacional”.

¹²² Primera Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre la Igualdad de la Mujer. Declaración de Mexico sobre la Igualdad y su contribución al desarrollo y a la paz. 1975. E/CONF/66/34.

La seguridad humana, tal y como la definió este Informe de Naciones Unidas no puede entenderse únicamente en clave de conflicto sino que es una responsabilidad de los Estados hacia sus nacionales que obliga a dichos Estados a protegerles de toda violencia no sólo del exterior sino dentro del territorio del Estado tanto colectiva como individualmente.

Ello incluye obviamente proteger a las mujeres contra toda violencia basada en el género incluyendo la violencia estructural en términos de pobreza, explotación laboral y/ o sexual, subrepresentación política y violencia de género.

Como ya señalamos anteriormente, la Declaración de la Conferencia sobre Derechos de la Mujer de Beijing 1995¹²³ abordaba el tema de la mujer en los conflictos armados y señalaba en su Apartado, 131: “la paz está indisolublemente unida a la igualdad entre las mujeres y los hombres y el desarrollo” una afirmación importantísima que, como

¹²³ DECLARACION Y PLATAFORMA DE ACCIÓN DE BEIJING. Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. Aprobada en la 16ª Sesión Plenaria celebrada el 15 de Septiembre de 1995.

ya hemos comentado reflejaba el criterio ya consolidado de vincular la igualdad entre hombres y mujeres al desarrollo y a la paz expresado en el Informe de 1994 sobre Desarrollo Humano.

El lenguaje de la Resolución 1325 no se aparta especialmente del clásico decálogo de principios, constataciones y recomendaciones, insistiendo, en la línea históricamente tradicional, en la protección de las mujeres y las niñas por ser “especialmente vulnerables en las guerras” e instando, en su párrafo 10, a las partes en conflicto a “protegerlas”. En el mismo párrafo 10, la Resolución reconoce implícitamente que en una situación de conflicto proliferan las atrocidades de género.

Amy Barrow¹²⁴ interpreta que la Resolución sugiere que “el reconocimiento de los daños específicos a cada género forma parte integrada del proceso de incorporación de la perspectiva de género puesto que permite la elaboración de políticas apropiadas” sin embargo, según Barrow, la Resolución no ofrece

¹²⁴ BARROW, Amy. Ob.Cit. pág. 11

indicaciones claras acerca de la forma en que debería operar, en un contexto de paz y seguridad, un proceso de incorporación de la perspectiva de género.

Además, la Resolución 1325 tampoco es contundente en relacionar la violencia contra la mujer en la guerra con los fenómenos culturales y estructurales que son la causa de dicha violencia. Y ello pese a que como hemos ya señalado en repetidas ocasiones, en la Declaración de Beijing se constataba expresamente la relación entre la violencia de género y las pautas culturales patriarcales y estereotipos de género que la guerra no hace más que exacerbar.

Pese a las críticas apuntadas la resolución 1325 es pionera ya que, por primera vez el rol de las mujeres en el ámbito de la paz y la seguridad mundial como agentes y promotoras además de cómo víctimas.

La Resolución incorpora a la mujer como agente activo estableciendo la exigencia de transversalidad de género en las políticas de seguridad, negociaciones de paz, y labor humanitaria y la plena

incorporación de la mujer en esos ámbitos, introduciendo cláusulas de empoderamiento además de las de protección y reconoce los múltiples papeles que las mujeres desempeñan y deben desempeñar tanto en los conflictos como en su prevención y en el post-conflicto aunque sin fijar objetivos determinantes

En mismo sentido se han adoptado las siguientes Resoluciones que estudiaremos a continuación y que siguieron a la Resolución 1325: Resolución 1820, 1888, 1889, 1960 y 2122 y la 2242.

En la Resolución 1820, centrada en combatir y erradicar la violencia sexual y que resulta más imperativa que la 1325, se exige que se ponga fin a todos los actos brutales de uso de la violencia sexual contra las mujeres y las niñas como táctica de guerra y a la impunidad de los perpetradores, reconociendo que esta violencia se produce también en los campos de refugiados. Pese a ello la resolución incide de nuevo en un lenguaje poco conminativo, como suponiendo ya

que pocas de sus recomendaciones serán cumplidas.

Por ejemplo, resulta incomprensible que el párrafo 4 de la Resolución declare que “la violación y otras formas de violencia sexual “pueden” constituir crimen de guerra, de lesa humanidad o genocidio introduciendo una ambivalencia absurda puesto que el Estatuto de Roma de la CPI ya los establece como tales.

Sin embargo este aparente error podría permitir salvar el obstáculo que constituye dicha calificación para juzgar estos crímenes cuando no se cometen a gran escala ni dirigidos por responsables de las tropas o del Gobierno.

En el mismo párrafo 4, se “subraya la importancia” de poner fin a la impunidad de los crímenes de violencia sexual, un avance respecto a la tímida recomendación de la resolución 1325.


Sin embargo en el párrafo 5 , pese a la afirmación de la importancia de poner fin a la impunidad de estos crímenes, solo se “afirma la intención de “considerar”, “si procede” aplicar sanciones eso sí mediante medidas “selectivas” y “

graduales" contra las partes en un conflicto armado que cometan dichos crímenes.

Este lenguaje lleno de condicionantes, atenuantes y modulaciones anuncia subliminalmente que todo quedará en manos de la geopolítica utilitarista habitual. Y se repite a lo largo de toda la Resolución con expresiones como "pide", "alienta", "insta". En este sentido el párrafo 8 es paradigmático ya que en él se "alienta a los países a que estudien las medidas que podrían adoptar para aumentar la concienciación y la capacidad de respuesta de su personal" en relación con la violencia contra las mujeres y que, eso sí "siempre que sea posible", "desplieguen un porcentaje más alto de mujeres y las niñas en las fuerzas de policía o de mantenimiento de la paz". El sentido que este párrafo puede tener en países como la India o Pakistán en la que imperan los crímenes contra el honor, o en Arabia saudí en el que ni siquiera pueden conducir evidencia la poca convicción que produce todo el texto.

La Resolución 1888 (2009) detalla las medidas para proteger a las mujeres y niños de la violencia sexual, y acuerda solicitar el nombramiento de un representante especial de las Naciones Unidas al respecto, cargo que en la actualidad ostenta Zainab Bangoura. También se recomienda el envío de equipos de expertos para examinar situaciones concretas y que se otorgue al personal de mantenimiento de la paz el encargo concreto de proteger a las mujeres y las niñas. Los recientes y escandalosos casos de violaciones perpetrados por las fuerzas de paz en los campos de refugiados en la República Democrática del Congo y en Sudán del Sur son una prueba la poca efectividad de estas Resoluciones.

La siguiente Resolución, la 1889 (2009)¹²⁵ es una reafirmación de la 1325 en la que se condena la violencia sexual contra las mujeres en situaciones de conflicto y se insta a los países miembros y a la sociedad civil a involucrarse firmemente en la protección de mujeres y niñas y su empoderamiento, incluidas las que

¹²⁵ resolución 1889 (2009) 

estuvieran relacionadas con grupos armados en las negociaciones de paz posteriores al conflicto.

En la siguiente Resolución 1960 (2010) se da un paso más y se solicita al Secretario General de Naciones Unidas que investigue e informe de manera "detallada" sobre las partes en conflicto en relación a las cuales existen "sospechas" de haber cometido o ser responsables de actos de violencia sexual en situaciones sometidas al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Entendemos que esta previsión tiene una relación directa con la posibilidad de someter dichas situaciones a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, sobre todo teniendo en cuenta que la propia Resolución 1960, prevé que se informe de aquellos que hayan "cometido" los crímenes o "sean responsables de ellos" lo que queda encuadrado en los supuestos de responsabilidad definidos por la propia Corte en su Estatuto.

La Resolución 1960 prevé además el establecimiento de disposiciones específicas sobre vigilancia, análisis y

presentación de informes sobre violencia sexual en conflicto.

En la Resolución 2106 (2013) ¹²⁶ como ya señala su Preámbulo, se constata la relación entre igualdad y paz: “el empoderamiento político, social y económico de las mujeres, la igualdad entre los géneros y la participación de los hombres y los niños en las actividades destinadas a combatir todas las formas de violencia contra las mujeres, son fundamentales para la labor a largo plazo de prevención de la violencia en las situaciones de conflicto armado y posteriores al conflicto”.

Se trata de un reconocimiento explícito de que la violencia en conflicto tiene raíces estructurales, no relacionadas directamente con el conflicto, y que para prevenirla se necesita trabajar en la discriminación estructural, lo que se deduce claramente de la expresión “labor a largo plazo” y de afirmar la necesidad de incorporar a los hombre y a los niños en la lucha contra la violencia de género sin

¹²⁶ La resolución 2106 (2013). 24 de Junio de 2013. S/RES/2106/2106(2013) . www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9577.pdf?view=1

referirse a la que se genera en un conflicto.

En el artículo 1, de la Resolución se “pone de relieve que la violencia sexual agudiza el conflicto y que su prevención y erradicación contribuye al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales”. Esta referencia a la seguridad internacional relacionándola con la violencia de género es importante y vale la pena tomar nota de la misma. La seguridad internacional está hoy amenazada por grupos terroristas, de ideología islamista radical, que se han centrado en practicar una violencia extrema contra las mujeres e imponer un ideario basado en una discriminación total de género. Por otra parte, practican la trata de seres humanos como base de su financiación.

En el artículo 2 de la Resolución se señala que la violencia sexual es un crimen de lesa humanidad y que puede ser un “acto constitutivo de genocidio” y en el artículo 3 se reconoce la labor de la Corte Penal

Internacional en la lucha contra estos delitos.

Finalmente, la Resolución, en congruencia con las anteriores, exhorta a los países miembros a prevenir, combatir y sancionar la violencia sexual y insiste en la necesidad de incorporar a las mujeres en los procesos de paz, en la formación sobre estos delitos y su seguimiento y estudio. Sin embargo en el art. 12 encontramos como siempre la mancha de aceite resbalosa: La Resolución reitera la importancia de que, "siempre que sea pertinente" la violencia sexual en los conflictos armados se incluya en las actividades de mediación y los acuerdos de cesación del fuego y de paz. Que significa "siempre que sea pertinente"? ¿Cómo es posible cuestionar la pertinencia de incluir la violencia sexual cuando se ha reconocido a lo largo de todo el texto de la Resolución que es un factor que agrava los conflictos en incide fundamentalmente en el mantenimiento de la paz?

La siguiente Resolución, la 2122 (2013)¹²⁷ reconoce en su Preámbulo que la desigualdad es una barrera para la aplicación de la Resolución 1325, y afirma que el empoderamiento económico de las mujeres es un factor de estabilización para las sociedades que salen de un conflicto armado.

Es interesante señalar que en esta Resolución se habla no solo de una participación política ni de igualdad, sino expresamente de un empoderamiento económico. Teniendo en cuenta como hemos mencionado y seguiremos mencionando a lo largo de este trabajo que, tras el conflicto, las principales rectoras de familias y comunidades son las mujeres debido a su resiliencia y a su devoción por sus hijos, es de una lógica aplastante que una de las tareas tras el conflicto debe ser la del empoderamiento económico de las mujeres, -muchas de ellas solas con hijos a su cargo, facilitando el acceso a la propiedad de las tierras, y a la creación de pequeños negocios. .

¹²⁷ Resolución 2122 (2013) 18 de octubre de 2013. S/RES/2122(2013) www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9580.pdf f.view=1.

La Resolución insiste de nuevo en la participación de la mujer en la prevención, resolución y gestión de los conflictos y su plena participación en la construcción de la paz. Por primera vez se hace mención del tratado sobre el comercio de armas y su relación con la violencia contra mujeres y niñas.

La más reciente de las Resoluciones sobre Mujer, Paz y Seguridad es la Resolución 2242 de 13 de Octubre de 2015¹²⁸ que ha coincidido además con la presencia de España en el Consejo. Una Resolución que decepciona ya en su Preámbulo dado que, al referirse a las Recomendaciones del Grupo de Alto Nivel sobre Negociaciones de Paz (S/2015/682) y del grupo de Expertos de Estructura para la Consolidación de la Paz(S/2015/490), nos regala con una de sus habituales perlas: insta a que "se considere la posibilidad de poner en práctica "las recomendaciones de todos estos expertos/as se en relación con las mujeres.

¹²⁸ Resolución 2242 (2015). 13 de Octubre de 2015. S/RES/2242(2015).
http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/5a1d09804a348d37a386af207bacc4c/UNCS_Resol2242_Mujeres_Paz_Seguridad.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=5a1d09804a348d37a386af207bacc4c

Sin embargo la Resolución incluye temas importantes: así por ejemplo, en el artículo 5, apartado b) decide (por una vez no recomienda ni sugiere ni insta) integrar los aspectos relacionados con las mujeres, la paz y la seguridad en todas las situaciones de países concretos de las que se ocupa. Se refiere de nuevo expresamente como ya había hecho en las resoluciones anteriores, a consultar y integrar a los lobbys de mujeres de la sociedad civil en general "mediante consultas con grupos locales e internacionales de mujeres".

En el apartado c) del mismo artículo 5, expresa su intención de invitar a la sociedad civil, incluidas las organizaciones de mujeres, a que informen a los órganos correspondientes de Naciones Unidas, sobre las consideraciones relativas a países concretos y sobre las esferas temáticas pertinentes". También dispone que se agilice la frecuencia de las consultas a "la Secretaria General Adjunta y Directora Ejecutiva de ONU Mujeres y a la Secretaria General Adjunta y Representante Especial del Secretario General sobre la Violencia Sexual en los

Conflictos a fin de que informen oralmente a dicho Secretario General sobre la situación de países concretos" y las esferas temáticas de su trabajo.

Por fin la Resolución "se compromete a asegurar que los grupos de expertos competentes de los Comités de Sanciones cuenten con la especialización necesaria en materia de género".

Históricamente hemos visto que las normas convencionales sobre la guerra se centran en la vulnerabilidad de las mujeres y su protección. En este sentido las Resoluciones de Naciones Unidas sobre Mujer, Paz y Seguridad, sobre todo las primeras, han seguido bastante la misma tónica.

Ha faltado insistir en que la vulnerabilidad no es intrínseca pues se ha demostrado su mayor capacidad de resiliencia y su fortaleza y valentía ante el peligro así como su capacidad para rehacer sus vidas y las de sus familias. Son las estructuras de la sociedad patriarcal y sus roles tradicionales las que exponen a mujeres y niñas a la violencia de forma

desproporcionada tanto en circunstancias de conflicto como en el *pre* y *post* conflicto.

Aunque en las últimas Resoluciones se reconoce que la falta de participación de las mujeres en los ámbitos de decisión y por lo tanto, la falta de enfoque de género, crea una sobreexposición de las mujeres y las niñas a la violencia, no se ha insistido en que también dificulta la reconciliación y que la paz sea estable y se obviado imponer dicha participación mediante el establecimiento obligado de cuotas proporcionales de mujeres y hombres en las negociaciones de paz.

Las mujeres tienen por regla general una voluntad de paz y de reconstrucción de sus familias y comunidades. Están más cercanas a las necesidades y demandas de sus comunidades y son más flexibles en las negociaciones. Se ha demostrado por ejemplo que en las negociaciones de paz en las que las mujeres participan activamente hay un 70% más de posibilidades de que la paz se estabilice. Pese a ello, la participación efectiva de la mujer en los procesos de paz es hoy en día

muy limitada y las propias Naciones Unidas son incapaces de imponerla en contextos culturales que rechazan su presencia.

Una negociación de paz en la que se excluya a las mujeres no solo no es equitativa sino que perpetuará las mismas situaciones de violencia y bajo desarrolla que generaron el conflicto.

La igualdad en todos los ámbitos es un requisito imprescindible de legitimidad de cualquier sistema e institución y, sin duda de cualquier acuerdo que ponga fin a un conflicto armado no sólo por una cuestión de democracia representativa y proporcional ya que las mujeres constituyen la mitad de la población mundial, sino porque dicha participación es imprescindible para que las decisiones adoptadas sean justas y efectivamente protectoras para las mujeres.

Por eso es lamentable que, tras la Resolución pionera, la 1325, Naciones Unidas haya sido incapaz de superar la cobardía en el lenguaje en las siguientes Resoluciones cuya efectividad es únicamente el del reconocimiento de que

la mujer puede y debe asumir su papel en el ámbito de la seguridad humana.

Lo cierto es que la primera exigencia debería ser la de que se erradique la violencia contra la mujer y de que se exija su plena participación en todos los ámbitos de la sociedad en todos los países miembros de Naciones Unidas. Como ya hemos señalado ¿que poder de convicción pueden tener estas resoluciones si se tolera que existan situaciones institucionalizadas de violencia y discriminación de género en muchos Estados Parte? Como lo afirma María B. Olujic¹²⁹ "Las violaciones durante la guerra en la antigua Yugoslavia no hubieran sido un arma de tortura y terror tan efectiva a no ser por los conceptos de honor, vergüenza y sexualidad que están asociados a las mujeres en tiempo de paz".

El estatus de la mujer en el derecho internacional humanitario aún no está claro ni firme y existen muchas contradicciones en como armonizar una

¹²⁹ OLUJIC, María B. " Embodiment of Terror. Gendered Violence in peacetime and wartime in Croatia and Bosnia Hercegovina". En " *Medical Anthroponlogy Quarterly*". Vol.1. nº 12. Marzo 1998. p. 32

nuevo concepto de la mujer en la guerra como agente activo con la protección que inevitablemente debe prestársele. Como señala Amy Barrow¹³⁰: “la construcción del género en el derecho internacional humanitario adolece de limitaciones sin que exista una forma radical de resolverlas”. Por su parte, Judith Gardam¹³¹ se lamenta: “aunque el proyecto feminista en el derecho internacional tiene tres décadas, en general, las abogadas internacionales feministas han olvidado examinar la adecuación del régimen especializado del derecho internacional, el Derecho de la Guerra en el Derecho Internacional Humanitario, para encarar la situación de las mujeres atrapadas en un conflicto armado. La excepción a esta negligencia es una intensa y casi podría decirse obsesiva focalización en la criminalización y castigo de la violencia sexual contra las mujeres a través de su persecución mediante el derecho penal internacional”.

¹³⁰ BARROW, Amy. Ob. Cit. Pág. 17.

¹³¹ GARDAM Judith. More of the Same. Feminist Action with IHL. Adelaide Law School. Regnet.anu.edu.au/sites/default/files/CIGJ-RecentDevelopFeministThinkingIL526IR-20141203-Gardam-MoreOfTheSame.pdf.

Continúa Gardam reconociendo que la campaña feminista para criminalizar y castigar la violencia sexual contra las mujeres a nivel internacional y los cambios resultantes en el derecho penal internacional representan un éxito histórico sin precedentes.

Sin embargo este éxito no puede ocultar ciertos problemas. Para Judith Gardam la voluntad feminista de descartar la imagen de la mujer como víctima propiciatoria "convierte en una prioridad de la agenda feminista el encontrar otra visión de la mujer para remplazarla. El dilema es particularmente espinoso en el caso del derecho internacional que busca una categoría universal de mujer". Por otra parte señala Gardam la estrategia de colocar a las mujeres como agentes de cambio de las sociedades patriarcales puede exponerlas a mucha más violencia "una cosa es defender en la agenda política la participación de las mujeres en la resolución de conflictos y la reconstrucción post-conflicto y otra muy distinta promover su autonomía en situaciones de conflicto [...] focalizándonos en la autonomía de unas pocas mujeres en

perjuicio de muchas que la encontrarán incomprensible. La realidad es que en dichas circunstancias las mujeres son extremadamente vulnerables, con frecuencia están completamente desamparadas y, por regla general absolutamente faltas de recursos o de control sobre su situación”.

CAPITULO V

LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

“Me gustaría reiterar que acabar con la impunidad de estos horrendos crímenes es un objetivo que ninguno de nosotros puede alcanzar solo: nuestros esfuerzos colectivos y dedicación es la única forma de enviar un mensaje claro, poderoso y consistente de que en este nuevo siglo, los actos de violencia sexual y violencia de género contra mujeres, hombres y niños constituyen crímenes graves y que perseguiremos sin descanso su castigo a nivel nacional, regional y internacional”
Fatou Bensouda¹³²

Como ya hemos señalado a lo largo de este trabajo y como constata Berdugo Gómez de la Torre¹³³ “...la internacionalización aparece vinculada a la existencia de delitos que por su contenido afectan a valores como la paz o la

¹³² BENSOUUDA, Fatou. Fiscal CPI. Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court providing and update on the ICC-OTP Policy Paper on Sexual and Gender Based Crimes. June 2014

¹³³ BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio. “ Viejo y Nuevo Derecho Penal. Principios y Desafíos del Derecho Penal de Hoy”. Iustel Portal Derecho S.A. Madrid.2012.Pág.126

integridad de la comunidad internacional y cuya titularidad recae en toda la humanidad". La misma Corte Penal Internacional lo afirma en su Preámbulo al señalar que son crímenes "que desafían la imaginación y conmueven la conciencia de la humanidad" y "constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad.

Desde un principio, y especialmente desde Hugo Grotius, se consolida un derecho de la guerra, el germen de lo que hoy llamamos derecho internacional humanitario. Tras la Segunda Guerra Mundial se construye el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional. En la segunda mitad del S.XX, y pasada la guerra fría, el derecho internacional se expande, mediante el desarrollo de la justicia transaccional y la jurisdicción universal que cristalizó en los llamados "Principios de Princeton"¹³⁴.

¹³⁴ Texto de los Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal.
<http://www.derecho.org/nizkor/españa/doc/princeton.html>.

Sin embargo, y pese a los avances realizados seguía sin concretarse la existencia de una corte permanente internacional de justicia que actuara como un órgano jurisdiccional clásico, es decir de modo permanente y constituída para juzgar los delitos de derecho internacional. Finalmente la Organización de las Naciones Unidas, el 4 de Diciembre de 1989, solicita de la Comisión de Derecho Penal Internacional que "se ocupe del establecimiento de una Corte Penal Internacional" para lo que se constituye un Comité Especial. Dicha labor cristalizó en el Proyecto de Tratado presentado el 3 de Abril de 1998 que se aprobaría en la Conferencia Internacional de Estados Plenipotenciarios por 170 votos a favor, 7 en contra y una abstención.

La Corte establece un listado de los delitos de forma exhaustiva y detallada que, a partir de este momento, se puede decir que forman el corpus del derecho penal internacional, incorporando definitivamente los delitos de género y establece penas que incluyen la cadena perpetua. Se incorporan de forma clara y por primera vez, los delitos de violencia

sexual en la categoría de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad o de genocidio.

Se trata pues de la culminación de un camino empezado en Nüremberg y de la consolidación de un derecho penal internacional cuya base es la defensa de los valores y derechos plasmados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

La institucionalización de la Corte es la cristalización del derecho penal internacional con la creación de un órgano jurisdiccional capaz de aplicarlo. Aquel viejo sueño de Gustave Moynier o de los que reclamaban juzgar a Guillermo I tras la carnicería de la Primera Guerra Mundial se concreta por fin. Se trata, como señala Berdugo¹³⁵ "de un primer paso tímido...pero, pese a ello, marca una línea de actuación que difícilmente tiene marcha atrás, que está cargada de valor simbólico...es hoy por hoy, la única posibilidad de evitar que el Derecho Penal se convierta en un derecho penal del

¹³⁵ BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Pág. 132-133. Vid.cit. pág.131

enemigo vencido dejando en la impunidad a los vencedores”

1. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL COMO CRISTALIZACIÓN DE LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL

Antoine Garapon en su *rapport* escrito en colaboración con Joël Hubrecht ¹³⁶ reivindica la dimensión política de la justicia penal internacional y su relación con la justicia transicional como dos vertientes de un mismo objetivo. “La justicia penal internacional y la justicia transicional se han desarrollado de manera separada en el curso de los últimos decenios: las formas de justicia transicional se han multiplicado y diversificado mientras que la justicia penal internacional se ha institucionalizado y sistematizado gracias a la creación de la

¹³⁶ GARAPON, Antoine Y HUBRECHT, Joel. La Justice reconstitutive : un objectif diplomatique pour prévenir et surmonter les crimes de masse ». en Rapport du Séminaire « *Justice Internationales et de Transition : éléments pour une doctrine française* ». INSTITUT DES HAUTES ETUDES SUR LA JUSTICE. Juin 2013. Pág.10-11. www.ihej.org/wp-content/uploads/2013/07rapport_justice:reconstitutive_juillet_2013.pdf.

Corte Penal Internacional (CPI) y del principio de complementariedad. Este sistema reitera la responsabilidad principal de los Estados de luchar contra la impunidad de los crímenes internacionales (genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra) y establece un tribunal permanente, independiente e internacional para paliar los fallos de los Estados. La CPI es más que una jurisdicción: es un sistema que debe articular los espacios nacionales con la escena internacional”.

Desde un principio pues, se le atribuye a la Corte Penal Internacional un carácter que va mucho más allá del jurisdiccional. Se trata, como señala Garapon de “integrar la justicia en una estrategia más global de restablecimiento de la paz y de la democracia”. Por lo tanto la Corte tiene una función geopolítica de enorme importancia: como señalaba Mary Robinson, en aquel momento Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en el Prólogo de los Principios de Princeton: “Aún antes del establecimiento de la Corte, su Estatuto ha resultado ser un instrumento sumamente

valioso en la lucha contra la impunidad. En el Estatuto se tipifican los crímenes de lesa humanidad, primera vez que ello ocurre en un tratado multilateral y se tipifican como crímenes de guerra ciertos actos cometidos en conflictos armados de carácter no internacional”.

La Corte Penal Internacional es un órgano jurisdiccional creado por un Tratado adoptado tras la convocatoria de una Conferencia Plenipotenciaria de Estados celebrada en Roma. El 17 de Julio de 1998 queda instituída mediante la aprobación del Estatuto de Roma. Al redactar el Proyecto, impulsado por Naciones Unidas se planteó la cuestión de si la Corte debía configurarse como una institución de dicha organización o bien como un organismo independiente, optándose por esta segunda opción, si bien, como veremos, la vinculación con el sistema de Naciones Unidas es importante. Esta relación se establece en el art. 2 del Estatuto de Roma, bajo el epígrafe: Relación con las Naciones Unidas. El artículo 2 dispone que “La Corte estará vinculada con las Naciones Unidas por un acuerdo que deberá aprobar la Asamblea de los Estados

Partes en el presente Estatuto y concluir luego el Presidente en nombre de ésta". Dicho acuerdo se adoptó en el Acuerdo de relación entre Naciones Unidas y la Corte Penal Internacional de 4 de Octubre de 2004¹³⁷.

Tras la ratificación del Tratado se estableció una moratoria hasta el mes siguiente a su ratificación, aprobación o adhesión por 60 Estados alcanzándose en 1 de Julio de 2002.¹³⁸.

Dos son las características de la Corte que la hacen diferente de todos los demás tribunales internacionales y que destacan todos los autores: es un órgano permanente y juzga los hechos acaecidos con posterioridad a su creación. Cuando Garapon señalaba que la Corte "es más que una jurisdicción"¹³⁹, lo hacía refiriéndose a lo que la CPI simboliza de concreción de una aspiración histórica de

¹³⁷ Acuerdo Naciones Unidas y CPI.

¹³⁸ Ratificación de España: L.O. 6/2000 de 4 de Octubre. (BOE. Nº 239.de5/10/2000.

¹³⁹ GARAPON, Antoine Y HUBRECHT, Joel. La Justice reconstitutive : un objectif diplomatique pour prévenir et surmonter les crimes de masse ». en Rapport du Séminaire « *Justice Internationales et de Transition : éléments pour une doctrine française* ». Ob. Cit. Pág. 10-11

lucha contra la impunidad de los crímenes del derecho humanitario. Sin embargo, por las características antes señaladas, la Corte es ante todo, un órgano jurisdiccional penal que nace para dar respuesta judicial a las violaciones de los derechos humanos estableciendo penas de prisión, art. 77 ER, incluida la cadena perpetua, art. 77 b) para los perpetradores.

2.-LA COMPLEMENTARIEDAD COMO OBJETIVO

La existencia de una Corte Penal Internacional permanente no exime a los Estados de su responsabilidad respecto del derecho internacional, no sólo con respecto a los crímenes de derecho internacional cometidos en su territorio o por sus nacionales sino sobre todos los crímenes de esa naturaleza. En 2001 se presentaron ante la Asamblea de las Naciones Unidas por las Misiones Permanentes del Canadá y de los Países Bajos, los denominados "Principios de

Princeton”¹⁴⁰ con el propósito de estudiar la jurisdicción universal. En su introducción señalan como lo hacía Anne Marie Slaughter, citada al principio de este trabajo¹⁴¹, que los crímenes tipificados en el derecho penal internacional son “delitos de una gravedad tan excepcional que afectan los intereses y valores fundamentales de toda la comunidad internacional”.

Los principios de Princeton, son prácticamente coincidentes con el Estatuto de Roma, aunque el principio 2 enumera los delitos de forma diferente. Y pone énfasis en la responsabilidad de los Estados respecto a los crímenes establecidos por el derecho internacional, afirmando que los crímenes enumerados no pueden ser objeto de amnistía por resultar incompatibles con las obligaciones internacionales del Estado, rechazando la inmunidad sea cual sea el cargo que ocupe

¹⁴⁰ Texto de los Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal.
<http://www.derecho.org/nizkor/españa/doc/princeton.html>.

¹⁴¹ SLAUGHTER, Anne Marie “Defining the limits: Universal Jurisdiction and International Courts” . En “*Universal jurisdiction: National courts and the prosecution of serious crimes under international law*”. Año 2006. Ed. Stephen Macedo. University of Pennsylvania Press. Págs. 168-190

el acusado, y declarando imprescriptibles los crímenes de esta naturaleza.

La complementariedad es un recordatorio de que el Estado es el que tiene la responsabilidad principal de prevenir y sancionar estos crímenes. Mary Robinson¹⁴² señala que “mediante el principio fundamental de la complementariedad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, se subraya el hecho de que por sí los enjuiciamientos internacionales nunca resultarán suficientes para lograr la justicia y se destaca la función primordial de los sistemas jurídicos nacionales para poner fin a la impunidad”.

En este sentido, la CPI recuerda en su Preámbulo que “es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales” y que “la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales”.

¹⁴² Prólogo del Texto de los Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal.
<http://www.derecho.org/nizkor/españa/doc/princeton.html>.

Es importante señalar que en relación a los crímenes de naturaleza sexual, la Convención Interamericana de Belem do Pará para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer de 1996 especificó que una de las formas de violencia física, sexual o psicológica era aquella perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes donde quiera que ocurra y que el Estado era responsable por tolerar la violencia de género al no disponer medidas legales de protección ni fomentar la igualdad.¹⁴³. Los Estados por lo tanto son los primeros responsables de garantizar la seguridad de sus nacionales y de investigar, juzgar y sancionar los crímenes de derecho penal internacional cometidos. El imperio del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos y la lucha contra la impunidad de sus infractores es una exigencia moral que debe impregnar la actuación de todos los Estados.

¹⁴³ Dicha responsabilidad fue establecida en casos como en el Caso Campo Algodonero c/ México. Corte Inter americana de derechos Humanos, 16 Noviembre 2009. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_es.pdf
Tambien, en el caso Opuz vs Turquía en Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Es lógico pues, que el Estatuto de Roma insista en la responsabilidad nacional en relación a los crímenes del Estatuto como en el párrafo 4 del Preámbulo del Estatuto de Roma, afirmando que "hay que adoptar medidas en el plano nacional" y en el párrafo 10 destacando que "la Corte Penal Internacional... será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales" lo que ratifica asimismo en su art.1.

Sin embargo, tras esta exigencia formal sintetizada en el Estatuto de Roma, hay una realidad práctica, y es que dichos crímenes se producen en Estados fallidos, o destrozados por un conflicto que carecen de estructuras capaces de perseguir a los culpables y llevarlos ante la justicia nacional bien porque dichas estructuras no han funcionado nunca, bien porque han sido destruidas por la guerra. Y en último caso, a menudo, porque no existe ninguna voluntad de enjuiciar dichos crímenes en Estados no democráticos o con democracias fallidas o no consolidadas y con estructuras de policía y justicia corruptas y ineficaces. Por ello, el Estatuto de Roma establece que la subsidiariedad se produce cuando existe una manifiesta

incapacidad del Estado, cuando éste permanece inactivo ante los crímenes o, cuando, se detecta que la actuación del Estado es una mera pantomima sin voluntad alguna de juzgar y castigar a los culpables. (arts. 17 y 18 ER). Es decir, un Estado en el cual, según palabras de la Corte en su art.17 “debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella (sic!!)...no está en condiciones de llevar a cabo el juicio”. Parece como si esta insistencia en la complementariedad viniera a prever las críticas, manipuladoras e injustas, de que la Corte “sólo juzga negros” y parecidas acusaciones de poco equidad en la selección de las investigaciones.

Lo cierto es que en la mayoría de los casos, son los propios Estados conscientes de su incapacidad de celebrar un juicio justo, los que solicitan la intervención de la Corte y efectúan la remisión de los casos.

En la línea de la complementariedad, el Estatuto de Roma, en su parte IX exige también la cooperación de los Estados

Parte, en cuanto al ejercicio de su propia labor, mediante el establecimiento en su art. 86 de la "Obligación general de cooperar" en la investigación y en el enjuiciamiento de crímenes de su competencia disponiendo en su art. 88, la obligación de incluir los correspondientes procedimientos en su derecho interno.

Esta obligación de cooperar es amplia e incluye en su caso la detención y entrega a la Corte de los imputados. Sin embargo en este sentido como en los anteriores tampoco ha existido siempre la cooperación exigida como recordaremos en el caso AL Bashir, reclamado por la Corte y que no ha podido ser juzgado aún por no haberle retenido ni entregado varios países entre ellos Sudáfrica.

Tanto la complementariedad como la cooperación de los Estados con la Corte exigen un nivel de sumisión al derecho penal internacional que estamos lejos de alcanzar. Podemos afirmar como Maider Zorrilla¹⁴⁴ que "el mayor problema, fuente

¹⁴⁴ ZORRILLA, Maider. La Corte Penal Internacional ante el Crimen de Violencia Sexual. Cuadernos de Derechos Humanos. Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Deusto. N° 34.2005. Pág. 54.

de numerosos quebraderos de cabeza, es la decisiva dependencia que sufre la Corte de la voluntad de cooperación de los estados que han aceptado su jurisdicción”.

3.-ESTRUCTURA DE LA CORTE Y NORMATIVA QUE LA RIGE.

Como ya hemos mencionado, la Corte Penal Internacional es un órgano jurisdiccional creado por un Tratado adoptado en una Conferencia Plenipotenciaria de los Estados Parte de Naciones Unidas, celebrada en Roma e instituida el 17 de Julio de 1998 mediante la aprobación del Estatuto de Roma. La propia Corte, en el caso Ntaganda¹⁴⁵ se refiere al Estatuto de Roma como a “un Tratado multilateral que actúa como un Código Penal Internacional para las partes del Tratado”.

www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/cuadernosdcho/cuadernosdcho34.pdf

¹⁴⁵ Second Decision on the Defence’s challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9. ICC-01/04-02/06.parrf.35

Como todos los Tratados tiene competencia sobre los países que lo han ratificado (art.12ER). Existe sin embargo una excepción por mandato del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas como ocurrió en Darfur y Libia. Asimismo puede existir una declaración de un Estado no parte como fue el caso de Palestina (art. 12.2).

Como ya hemos señalado, la Corte, aunque independiente, está estrechamente vinculada a las Naciones Unidas y así lo reconoce en el propio Preámbulo del Estatuto de Roma cuando declara que se pretende establecer “una corte penal internacional de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de Naciones Unidas”.

El Estatuto de Roma consagra los principios generales del derecho penal al derecho penal internacional enumerándolos en su parte III, bajo el título “De los principios generales del Derecho Penal”: principio de legalidad (*nullum crimen sine lege* art. 22 y *nulla poena sine lege* art.23), prohibición de la analogía (*non bis in idem*), irretroactividad

(art. 11 y art. 24) y presunción de inocencia (art. 66).

Se instituye la responsabilidad individual de los delitos (art. 25) de forma clara y rotunda. Asimismo se declara la imprescriptibilidad de este tipo de delitos (art.29) que ya se había establecido por Naciones Unidas en su Convención de 1968, con lo que queda firmemente establecido el fin de la impunidad. De hecho al establecer en este mismo título sobre principios del derecho penal, las circunstancias eximentes de la responsabilidad penal, el Estatuto de Roma las enumera de forma muy restringida.

En el art. 21a) sobre derecho aplicable, se dispone que la Corte aplicará en primer lugar lo que podríamos llamar sus tres códigos básicos: el Estatuto de Roma y los Elementos de los Crímenes y en el ámbito procesal las Reglas de Procedimiento y Prueba y, subsidiariamente, los tratados aplicables, los principios del derecho internacional de los conflictos armados así como los principios generales del derecho respecto de los que hubiera realizado una interpretación.

Como hemos mencionado más arriba, el Estatuto de Roma es el "Código Penal del derecho Internacional" y en su art.5 del Estatuto de Roma establece la competencia de la Corte sobre los crímenes que constituyen de dicho derecho penal internacional: a) genocidio; b) crímenes de lesa humanidad; c) crímenes de guerra; d) crimen de agresión. La violencia sexual puede integrarse en las tres primeras categorías.

La definición de los delitos definidos en el Estatuto de Roma es completada por otro texto normativo: "Los Elementos de los Crímenes" que en su Introducción General señala "De conformidad con el art. 9, los siguientes elementos de los crímenes ayudarán a la Corte a interpretar y a aplicar los artículos 6,7, y 8 en forma compatible con el Estatuto". Es decir que los Elementos de los Crímenes detallan las definiciones de los crímenes que contempla el Estatuto de Roma.

La reglas de Procedimiento y Prueba rigen el derecho procesal de la Corte. Respecto de las mismas, el art.51 del Estatuto

señala en el apartado 3: "Una vez aprobadas la Reglas de Procedimiento y Prueba, en casos urgentes, y cuando éstas no resuelvan una situación concreta suscitada en la Corte, los magistrados podrán por mayoría de tres tercios establecer reglas provisionales.

En cuanto al organigrama de la Corte ésta se estructura en cuatro partes diferenciadas que a su vez integran diferentes órganos: Las Salas (Sala de Cuestiones Preliminares, Sala de Primera Instancia, y Sala de Apelaciones); la Presidencia; la Secretaria (*Registry* o *Grefe*, que como veremos más adelante es quien tiene atribuida la competencia sobre el tema de las víctimas); y la Oficina del Fiscal. La parte IV del Estatuto establece la composición de la Corte regulada asimismo por un Reglamento aprobado en 9 de Marzo de 2004 por los Jueces de la Corte (art.52ER).

Como hemos apuntado, la Secretaría, de la que pende todo el apoyo y representación de las víctimas, ha sido organizada y

reorganizada¹⁴⁶, precisamente por habersele atribuido dicha competencia respecto de las víctimas.

El procedimiento ante la Corte puede iniciarse de tres formas (artículos 13, 14 y 15 del Estatuto de Roma):

- por remisión de los Estados Parte
- por remisión del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas
- por iniciativa del Fiscal. En este caso deberá existir una decisión de la sala de Cuestiones Preliminares.

Una vez recibido el caso por la Fiscalía ésta debe evaluar su admisibilidad en base a los criterios de competencia, gravedad de los hechos y el interés de la justicia (art. 53ER).

En relación con la apreciación de gravedad, la Sala de Primera Instancia (*Pre-Trial Chamber*) estableció unos criterios¹⁴⁷ en el caso Lubanga Dyilo: la

¹⁴⁶ Reorganización del Registro. ICC-ASP. 13 Sesión 8-17 Diciembre 2014. Asamblea de los Estados Parte. www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP13/ICC-ASP-13-26-ENG.pdf.

¹⁴⁷ Decision on the Prosecutor's application for a warrant of arrest. Art. 58. ICC-01/04-520- Anex2. 10 Febrero 2006.

conducta debe ser reiterada y sistemática; debe producir alarma en la comunidad internacional; el perpetrador debe tener un cargo relevante y estar relacionado de manera consistente con los crímenes. Dichos criterios han sido revisados y ampliados en sucesivas ocasiones y volveremos sobre ello más adelante.

El Fiscal puede también optar por no investigar un caso remitido por un Estado Parte. La cuestión de las prerrogativas de la Fiscalía ha suscitado desde el comienzo de la andadura de la Corte muchos debates.

Aunque desde un principio se realizó un esfuerzo para incorporar elementos del derecho continental y equilibrar la preponderancia absoluta del *Common Law* que había existido en los Tribunales internacionales precedentes, la estructura del proceso en la CPI sigue muy influenciada por el *Common Law* con un protagonismo importantísimo de la Fiscalía que es uno de los rasgos más significativos del derecho procesal penal anglosajón.

Sin embargo, pese a que el Estatuto de Roma atribuye un rol muy significativo a la Fiscalía en el sentido que indicábamos, lo cierto es que algunos autores como Courtney y Christodoulos¹⁴⁸ constatan la creciente "proactividad" de la sala de Cuestiones Preliminares: "la creación de la Sala de Cuestiones Preliminares (compuesta de dos salas separadas, cada una de las cuales se ocupa de un caso), es una de las mayores innovaciones estructurales de la Corte Penal Internacional.

Su función institucional es la de autorizar las investigaciones del Fiscal, determinar si debe incoarse el proceso y emitir las órdenes de arresto. Sin embargo han ejercido dichas funciones de forma proactiva, interpretando las cuestiones legales presentadas por las partes, estableciendo líneas jurisprudenciales [...]de esta forma las Salas de Cuestiones Preliminares han ido dando forma a los procesos [...]y influenciado de una manera que va mucho más lejos que la de sus

¹⁴⁸ COURTNEY, Jocelyn y CRISTODOULOS, Kaoutzanis. "Proactive gatekeepers: The Jurisprudence of the ICC's Pre-Trial Chambers". Chicago Journal of International Law. Vol.15.Nº 2. Article 5. Págs.520-522
<http://chicagobound.uchicago.edu/cjil/vol15/iss2/5>

equivalentes en otras jurisdicciones internacionales”.

En la materia en la que ha habido más esfuerzos (no siempre avances reales) en cuanto a incorporar un sistema más cercano al *continental law*, es en relación con el estatuto procesal de las víctimas. Como es bien sabido en el *Common Law* la Fiscalía dirige la investigación y las víctimas no tienen participación alguna en el proceso salvo la puramente utilitarista de contribuir con su testimonio a las pruebas (art. 54.2.b ER).

Esta falta de intervención en el proceso se ha intentado corregir tanto en el Estatuto de Roma como en los otros corpus normativos que rigen la Corte: especialmente en las Reglas de Procedimiento y Prueba y también en los Elementos de los crímenes. Así las víctimas pueden hasta cierto punto intervenir no solo como testigos: así lo dispone el art. 68.3 del Estatuto de Roma cuando establece que la Corte “permitirá en las fases del juicio que considere conveniente que se presenten y tengan en cuenta las observaciones y opiniones de

las víctimas” pero no existe una participación clara como parte en el proceso. Sobre este tema del estatus procesal de las víctimas volveremos ampliamente más adelante.

4.-EL MANDATO DE GÉNERO EN LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.

Como afirman Martín y Lirola¹⁴⁹ “El género es una de las variables determinantes o quizás la variable determinante, del funcionamiento del derecho, incluido por supuesto el Derecho Internacional. El Derecho, ya sea interno o internacional, no es ni neutro ni neutral: tiene género y a la vez, es creador de género”

Con el fin de influir en la inclusión de un mandato de género en la Corte se constituyó el *Women’s Caucus for Gender Justice*. Lo cierto es que la experiencia de los tribunales de la ExYugoslavia y Ruanda, especialmente importante en el

¹⁴⁹ MARTIN, Magdalena M, y LIROLA, Isabel. “ Los crímenes de naturaleza sexual en el Derecho Internacional Humanitario”. Ob. Cit.Pág. 41

tema de la violencia sexual, ya había creado un precedente y una especial sensibilidad.

La referencia al género constituyó desde un principio un problema en la redacción del Estatuto de Roma ya que algunos países estaban en contra de la inclusión de una mención al género, precisamente por negarse a admitir la discriminación y la desigualdad estructural a la que se refiere dicho término. Básicamente los países Islámicos se opusieron a la utilización del término género¹⁵⁰ al negarse a que se hiciera referencia a las desigualdades de estatus y poder entre hombres y mujeres así como a la libertad de orientación sexual. El resultado es que el Estatuto de Roma incorpora una definición neutra del mismo muy diferente, por ejemplo, de la que encontramos en la Declaración de Beijing. Así en el art.7.3 del Estatuto nos encontramos con el siguiente texto." 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

¹⁵⁰ Vid.MARTIN, Magdalena M. LIROLA, Isabel." Los crímenes de naturaleza sexual en el derecho Internacional Humanitario".ob.cit. Pág.18

no tendrá más acepción que la que antecede". Se obvia pues toda referencia a la construcción social del género y su influencia en determinados crímenes.

Pese a que, como señalan Martín y Lirola¹⁵¹ la definición de género en el Estatuto de Roma no ha sido pacífica, el mandato de género está muy presente en el Estatuto de Roma y la Corte lo ha incorporado de forma transversal tanto en la composición de todas las instituciones de la Corte como en cuestiones de procedimiento y en el Estatuto de Roma y los Elementos de los Crímenes.

La Corte ha hecho de la paridad de género un objetivo claro, empezando por la obligación de una representación equilibrada entre mujeres y hombres en todos sus órganos en Jueces y magistrados así como en todos los estamentos (art.36.8.a) iii) ER), y 44.2 ER.

¹⁵¹ MARTIN, Magdalena M , LIROLA, Isabel. *Los crímenes de naturaleza sexual en el Derecho Internacional Humanitario*. Ob. Cit.Pág.35.

Sobre la efectividad de este mandato de género Alejandra Azuero¹⁵² opina que “A pesar de que incorpora la más omnicomprendensiva enumeración de crímenes sexuales en el derecho penal internacional hasta la fecha y de que asimismo, incorpora numerosas previsiones procesales para facilitar la efectiva investigación y persecución de estos crímenes, la equiparación de género y sexo ha quedado fijado de forma indeleble en la estructura estatutaria y procedimental de la Corte Penal Internacional”.

Respecto de este mismo asunto Maider Zorrilla¹⁵³ es más optimista pues señala en referencia al artículo 7 h del Estatuto de Roma: “Otra de las conquistas importantes del Estatuto, provocada por el *Caucus* de Mujeres, es que dentro de la categoría de crímenes contra la humanidad se reconoce

¹⁵² AZUERO QUIJANO, Alejandra . “ Science and International Thematic Prosecution of Sex Crimes: a tale of Reessentialisation. Scholar.harvard.edu/files/alejandraazueroquijano/files/aaq-science-and-international.prosecution-of-sex-crimes.pdf?m=1385396545.Pág.272

¹⁵³ ZORRILLA, MAIDER. La Corte Penal Internacional ante el crimen de violencia sexual. Cuadernos de Derechos Humanos. Núm. 34. Instituto de Derechos Humanos. Publicaciones de la Universidad de Deusto. 2005. Universidad de Deusto. Bilbao.Pág.33
www.deustopublicaciones.es/deusto/pdfs/cuadernosdcho/cuadernosdcho34.pdf

como tal la persecución por motivos de género. Es decir se consolida el género como uno de los motivos válidos para otorgar a una persona el Estatuto de Refugiado”.

Por su parte, la Fiscal General Fatou Bensouda¹⁵⁴, en su discurso de presentación de la política de la Fiscalía en materia de violencia sexual se encargó de precisar que su departamento tenía como objetivo acabar con la impunidad de los crímenes de violencia sexual y de género haciendo así la distinción entre ambos y posteriormente afirmando: “Debemos reconocer que un aspecto importante para desafiar la cultura de discriminación que permite prevalecer a los crímenes sexuales y de género, es la efectiva investigación y persecución de los responsables de dichos crímenes”.

Queda claro pues que pese a la neutralidad impuesta en el Estatuto de Roma respecto al género, el mandato es claro y la actual responsable de la Fiscalía lo ha asumido plenamente.

¹⁵⁴ ICC Press release.09/12/2014. ICC-OTP.20141209-PR1073.Launch of the ICC Office of the Prosecutor’s Policy On Sexual Violence and Gender-Based crimes.

5.-LA PERSECUCION TEMÁTICA DE LOS CRÍMENES SEXUALES EN LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.

Aún quedando clara la incorporación del mandato de género de forma transversal en la Corte Penal Internacional ello no es bastante para hacer efectiva la persecución de los crímenes de violencia sexual. La Corte prevé una serie de disposiciones relativas a la colaboración y participación de juristas especializados en este tema. En el art. 38.8.b) ER se establece la obligación de que haya en la Corte Magistrados que sean juristas especializados en temas concretos que incluyen entre otros, la violencia contra las mujeres y los niños. Además también la Oficina de Víctimas y Testigos debe contar con personal especializado según dispone el art.43.6 ER.

Por su parte, el art.54 b) del Estatuto exige que el Fiscal "tome medidas adecuadas para asegurar la eficacia de las investigaciones" y asimismo señala que el Fiscal también "tendrá en cuenta la naturaleza de los crímenes, en particular

los de violencia sexual, violencia por razones de género y violencia contra los niños”.

Pese a todas estas disposiciones, para su efectividad es necesaria la voluntad de la Fiscalía de perseguir estos crímenes. Por ello el art. 54.1.b) ER. exige a la Fiscalía una especial atención a los crímenes de violencia sexual, violencia de género y violencia contra los niños. Y asimismo el art. 21.3 ER dispone que en la aplicación del derecho la Corte no podrá hacer distinción alguna basada en el género, entre otros motivos.

Sin embargo en la etapa de la primera andadura de la CPI con Luis Moreno Ocampo al frente de la Fiscalía no se puede decir que la violencia sexual haya sido una prioridad.

Un ejemplo fue el caso Lubanga en el cual el fiscal Moreno-Ocampo decidió no presentar cargos por violencia sexual pese a las numerosas pruebas de que se habían reclutado niñas a ese efecto a mayor

indignación de la juez Odio Benito¹⁵⁵ y también de parte del Tribunal.

Actualmente la que fue su adjunta y hoy es la fiscal general de la CPI desde 2012, Fatou Bensouda tiene estos crímenes en el punto de mira como queda claro en la cita que encabeza este capítulo.

Como ya hemos señalado, es la Fiscalía de la Corte la que lleva a cabo la investigación de los crímenes y presenta los cargos. Pese al control de las Salas, la decisión es prácticamente sólo suya respecto de los crímenes que van a ser objeto del proceso. El Fiscal realiza una priorización que puede basar en varios criterios aunque principalmente y en la práctica, se base en la evidencia probatoria. Es decir en los delitos de los cuales tiene pruebas más sólidas y por lo tanto más posibilidades de obtener una sentencia condenatoria. Esta circunstancia va en detrimento de la persecución de los crímenes de naturaleza sexual dado que casi siempre dependen de la declaración

¹⁵⁵ Separate and Dissenting opinion of Judge Odio Benito. ICC-01/04-01/06. 14 de Marzo de 2012. <http://www.icc-cpi.in/iccdocs/doc/doc379838.O.pdf>. parrf.15 16. Más adelante veremos el cambio de criterio en el caso Ntaganda.

de testigos o peor aún de víctimas severamente traumatizadas y avergonzadas. Y además en el tratamiento de estos crímenes se requiere una especial sensibilidad que, por desgracia, parece más frecuente en las mujeres que en los hombres. De hecho no se han empezado a considerar y perseguir realmente este tipo de crímenes hasta que la incorporación de mujeres jueces y la presión de los lobbys feministas han ejercido su influencia.

En el caso Lubanga, el Fiscal Moreno Ocampo decidió presentar cargos solo por el reclutamiento de niños menores para convertirlos en niños soldados pues entendió que era la acusación con mayores posibilidades de obtener la condena. La juez de la CPI, Elizabeth Odio Benito¹⁵⁶ se indignó ante la decisión del fiscal de no presentar cargos por violencia sexual pese a las evidencias de que las niñas también habían sido reclutadas junto con los niños para incorporarse a los campamentos pero destinadas a esclavitud doméstica y sexual y reprochó a la Sala el ceñirse a dichos

¹⁵⁶ Separate and Dissenting opinion of Judge Odio Benito. ICC-01/04-01/06.14 de Marzo de 2012. <http://www.icc-cpi.in/iccdocs/doc/doc379838.O.pdf>. parrf.15 16. Más adelante veremos el cambio de criterio en el caso Ntaganda.

cargos de reclutamiento de menores para el combate ignorando la suerte de las niñas: "La Sala tiene la obligación de definir los crímenes basándose en la ley aplicable y no limitarse a los cargos imputados al acusado por la Fiscalía". "Pese a que la mayoría de la Sala reconoce que en este caso se ha demostrado la existencia de violencia sexual"-continúa Elizabeth Odio Benito-, "se han confundido las alegaciones sobre los hechos con la definición legal del crimen cuando son independientes. Al no incluir deliberadamente en el concepto de «utilizar para su participación activa en las hostilidades» la violencia sexual y otros maltratos sufridos por niños y niñas, la Sala ha hecho que este crítico aspecto del crimen sea invisible. La invisibilidad de la violencia sexual dentro del tipo del crimen provoca la discriminación de las víctimas de reclutamiento que sufrieron repetida y sistemáticamente esta violencia como parte de su relación con el grupo armado".

Como podemos constatar la complejidad y enormidad de los crímenes a los que se enfrenta la Corte Penal Internacional requiere pues una estrategia por parte de

la Fiscalía: seleccionar en primer lugar cuales son los crímenes más graves cometidos en cantidad y "calidad" y posteriormente tener en cuenta la solidez de las pruebas obtenidas. "Al decidir como destinar los recursos"- dice Margaret de Guzmán-¹⁵⁷ "los fiscales deben considerar la naturaleza de los crímenes cometidos, la gravedad del daño infligido[...] Un o una fiscal puede decidir perseguir un crimen menos grave pero por el cual está seguro de obtener una condena, que optar por un crimen más grave pero por el cual la evidencia es frágil. Por ello, incluso un o una fiscal que acepta la especial importancia de perseguir crímenes sexuales puede evitar imputar por ellos cuando las evidencias que prueban otros crímenes son más potentes".

En relación al período en el que fue Fiscal Luis Moreno Ocampo, Martín y Lirola¹⁵⁸ son

¹⁵⁷ GUZMAN, Margaret M. "An expressive Rationales for the Thematic prosecution of Sex Crimes". Temple Research Paper Series. Research Paper. 2012-41. Fichl. Publication Series nº 13 (2012). ED. Morten Bergsmo.ed.Torkel Opsahl Academic Epublisher 2012. Social Science Research Network Electronic paper Collection. [http:// papers.sol3/ papers-cfm? Abstract_id =2087656](http://papers.ssrn.com/papers.cfm?Abstract_id=2087656). Pág. 14

¹⁵⁸ MARTIN, Magdalena M , LIROLA, Isabel. *Los crímenes de naturaleza sexual en el Derecho Internacional Humanitario*. Ob. Cit.Pág.37.

muy críticas al hacer balance: “Si la pretensión de la CPI al escoger casos especialmente graves en los que son procesados los más altos responsables es que los líderes políticos y militares reciban el mensaje de que en el caso de colaborar o no impedir la comisión de crímenes internacionales acabarán en el banquillo de los acusados, es incomprensible que se hayan excluido de dichos crímenes los de naturaleza sexual como ha ocurrido en el caso Lubanga o que se hayan incluido pero de manera muy limitada en el caso Katanga y Bemba”.

Desde un principio la Fiscal Fatou Bensouda prometió implicarse en la persecución de los crímenes sexuales y priorizarlos a la hora de estructurar una estrategia acusatoria¹⁵⁹: “Nuestra voluntad es enfrentarnos de una vez por todas a estos horrendos crímenes y declarar con una sola voz que los crímenes sexuales y basados en el género no serán nunca más tolerados y que perseguiremos sin

¹⁵⁹ ICC Press release.09/12/2014. ICC-OTP.20141209-PR1073.Launch of the ICC Office of the Prosecutor’s Policy On Sexual Violence and Gender-Based crimes.

http://www.icc.cpi.int/en_menus/icc/pressandmedia/pressrelease.

descanso a aquellos que desgarran violentamente el tejido social de la sociedad por medio de estos deleznable crímenes. Las víctimas de estos crímenes devastadores no encontrarán apoyo en nuestras palabras y promesas sino en lo que consigamos en términos concretos”.

Sobre la Corte y todos sus aspectos volveremos a lo largo de todo este trabajo. Como conclusión a este capítulo podemos citar a Mainer Zorrilla¹⁶⁰ que concluye su estudio sobre La Corte Penal Internacional ante el crimen de violencia sexual con unas palabras muy optimistas definiendo a “La Corte Penal Internacional como forma determinar con la impunidad de los crímenes que no “existían” hasta ese momento, la Corte como auténtico instrumento de justicia y camino para una verdadera igualdad entre hombres y mujeres”.

Efectivamente la Corte Penal Internacional es la culminación de una lucha histórica sobre la impunidad y un logro sin

¹⁶⁰ ZORRILLA, Mainer. La Corte Penal Internacional ante el Crimen de Violencia sexual. Cuadernos de Derechos Humanos. N^o 34. Instituto de derechos Humanos. Publicaciones de la Universidad de Deusto. 2005. Universidad de Deusto. Bilbao.

precedentes en el reconocimiento de los delitos de violencia sexual.

CAPITULO VI.

LA DEFINICIÓN NORMATIVA DE LOS CRIMENES SEXUALES EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y SU DESARROLLO EN LA JURISPRUDENCIA Y EN LA DOCTRINA.

“The terrible human cost for civilians caught in conflict is even greater for women and girls, who often face sexual violence from all sides and have nowhere to turn for protection. The London summit will only be a success if the pledges countries make to end the scourge of rape in war are translated into concrete action”
Liesl Gertholtz, Women's Rights Director at Human Rights Watch¹⁶¹.

1.- SEXO, GÉNERO Y EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Como si de una película de Woody Allen se tratara podríamos plantearnos de que hablamos cuando nos referimos a crímenes de violencia sexual. ¿Hablamos de sexo en su connotación de deseo sexual, o de

¹⁶¹ GERNTHOLTZ, LIESL. Conferencia realizada en el Primer Congreso sobre Violencia sexual en Conflicto. Londres Junio de 2014.

género como rol estructural que genera y perpetua este tipo de violencia? ¿Están los crímenes sexuales exclusiva y estrictamente relacionados con la sexualidad o se utiliza la sexualidad como medio para cometer otros crímenes? Radhika Coomaraswamy¹⁶², la primera relatora especial de Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer, en su Informe señalaba que “tal vez más que el honor de la mujer, el objetivo de la violencia sexual es el honor del enemigo; se ve como una forma de humillar a la oposición. La violencia sexual hacia las mujeres tiene por objeto demostrar la victoria sobre los hombres que no han sabido proteger a sus mujeres. Es un mensaje de castración del grupo enemigo. Es una lucha entre hombres que se libra sobre el cuerpo de las mujeres”.

Aunque hablamos de violencia sexual el sexo es un instrumento no el fin: la violación como arma de guerra, tal y como hemos señalado repetidamente en este trabajo, lo es porque detrás de cada violación hay un mensaje dirigido a los

¹⁶² COOMARASWAMY, Radhika. Violence against Women its causes and consequences. HR. Comission. Resol. 1995/85. Febreo 1996

hombres relacionados con las mujeres violadas y a las comunidades de donde proceden.

El término sexual, como ya hemos señalado, puede resultar engañoso en cuanto al propósito de muchos de estos crímenes.

Ante todo es necesario reflexionar sobre cual es el bien o bienes jurídicos vulnerados por la violencia sexual.

La teoría del bien jurídico surge a principios del S.XIX de la mano de Johann M.F. Birbaum y posteriormente ha sido objeto de profundas reflexiones por juristas eminentes como Binding o Ferrajoli. Kiersnbaum¹⁶³ lo define como: "interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada que adquiere reconocimiento jurídico" y le atribuye las siguientes características: "se trata de intereses vitales que preexisten al ordenamiento normativo pues tales intereses no son creados por el derecho sino que el derecho los reconoce. El bien

¹⁶³ KIERSZENBAUM, Mariano. "El bien jurídico en el Derecho Penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual." Lecciones y Ensayos nº86.2009.pags.187-211.

www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/86/07_ensayo-kierzbaum.pdf

jurídico es creado por el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional”.

Definido este punto, volvamos a plantearnos cual es el bien o interés jurídico vulnerado por los crímenes de naturaleza sexual en el contexto de un conflicto armado y si el término sexual es el adecuado. Cuando nos referimos a crímenes sexuales en derecho penal estamos contemplando delitos cuyo objeto es la satisfacción sexual. Así lo señala Berdugo Gómez¹⁶⁴ al hablar de los elementos subjetivos y objetivos de la tipicidad: “la consideración del tipo como descripción de los elementos objetivos de la conducta que se considera delito tiene que admitir la presencia en alguno de ellos de elementos subjetivos [...] la finalidad de satisfacción de sus deseos sexuales en los delitos de esta naturaleza”. Ahora bien ¿es realmente la satisfacción de los deseos sexuales o de tener satisfecha la tropa la finalidad de todos los crímenes de naturaleza sexual en conflictos armados?

¹⁶⁴ BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio. “ Viejo y Nuevo Derecho Penal. Principios y Desafíos del Derecho Penal de Hoy”. Iustel Portal Derecho S.A. Madrid.2012.Pag.86.

Para Martín y Lirola¹⁶⁵ tras examinar el recorrido histórico de las normas internacionales “el resultado de todo este iter normativo es que el marco regulador de los crímenes de naturaleza sexual en el derecho internacional humanitario se configura como un sistema heterogéneo, en el que, si bien se contempla la protección de bienes jurídicos distintos y con un alcance variado, considerado en su conjunto, tiende hacia la protección de la dignidad y la integridad de todos los seres humanos que resulten afectados por la violencia sexual desarrollada en el ámbito de un conflicto armado y al desarrollo de una categoría específica de crímenes de violencia sexual que lleva aparejada la responsabilidad internacional de sus autores”. Podemos pues concluir que en los crímenes de naturaleza sexual el bien jurídico protegido es la integridad sexual, la libertad sexual y la intimidad de la persona siendo la sexualidad el ámbito más vulnerable de esa intimidad, la cual a su vez es un derecho integrante de la dignidad de todo ser humano.

¹⁶⁵ MARTIN, Magdalena M , LIROLA, Isabel. *Los crímenes de naturaleza sexual en el Derecho Internacional Humanitario*. Informes 8/2013. Ed. Institut Catala Internacional per la Pau. Barcelona. Pág.12

Para abordar las características de estos crímenes, es necesario examinar también su relación con los roles estructurales de género ya que, como señala West¹⁶⁶. "Violencia basada en el género", "Violencia sexual" y "Violencia contra las mujeres" son términos que se usan frecuentemente y son intercambiables en literatura pero la violencia sexual es una forma específica de violencia contra las mujeres".

Esta confusión sexo/género, en la que ahonda, como hemos visto, el Estatuto de Roma, no debe desviar la atención de que la razón última de estos delitos es una construcción social del género.

Encarna Bodelon¹⁶⁷, en referencia a la violencia de género precisa "El uso de la expresión violencia de género es tan

¹⁶⁶ WEST, James. " Rethinking Representations of Sexual and Gender Based Violence: A Case Study of the Liberian Truth and Reconciliation Commission". En *Journal of International Women's Studies*. Volume 14(4). 109-123 Issue 4. New Writings in Feminist and Women's Studies: Winning and Short-Listed Entries from the 2012 Feminist and Women's Studies Association's Annual Student Essay Competition. Pág. 111. vc.bridgew.edu/jws/vol14/iss4/9/

¹⁶⁷ BODELON, Encarna. La violencia de Género: entre el concepto jurídico y la realidad social. Proyecto de Investigación. En " *Análisis de la L.O. 1/2004 de Protección Integral contra la Violencia de las Mujeres desde una perspectiva de género*" (SEJ.2005.064/JUR).

reciente como el propio reconocimiento de la realidad del maltrato a las mujeres. Es significativo que hasta muy avanzado el siglo pasado no se encuentre ninguna referencia precisa a esa forma específica de violencia en los textos internacionales [...] no es la diferencia entre sexos la razón del antagonismo [...] sino que es consecuencia de una situación de discriminación intemporal que tiene su origen en una estructura social de naturaleza patriarcal” La violencia sexual también es una consecuencia de los roles de género, porque como lo expresa claramente Carol Cohn¹⁶⁸ : “las vulnerabilidades de las mujeres, como las de los hombres, no pueden ser entendidas sin un análisis de género a múltiples niveles.....cuando se entiende que el género es una forma de organizar el acceso diferenciado al poder, los recursos y la autoridad queda claro que no puede entenderse o cambiarse ningún aspecto del impacto de la guerra en la guerra o incluso la propia guerra sin un análisis de género”. También señala Cohn que “los roles y las divisiones del trabajo de género

¹⁶⁸ COHN, Carol. Las Mujeres y las Guerras. Ob. Cit. Pág. 74-75-76.

como recoger leña o agua las [a las mujeres] hace más vulnerables y el cuidar enfermos, niños o ancianos les impide huir rápidamente”.

Cohn afirma también que: “Los análisis sobre la violencia sexual descontrolada que tiene lugar en una comunidad concreta, requieren del rastreo de los contextos previos de las relaciones de género entre hombres y mujeres en esa comunidad y de las maneras en que se expresan y se definen la masculinidad y la feminidad en los períodos precedentes”.

El género influye incluso en los delitos definidos como crímenes sexuales que sí pueden definirse como conductas cuyo fin es la satisfacción sexual ya sea de un individuo o individuos concretos o bien de forma sistematizada en un campamento como es el caso de las llamadas las “*bush wives*” o esposas de la selva o de toda la tropa como en el caso de las “*comfort women*” llamadas mujeres de confort porque habían sido reclutadas a la fuerza para mantener al Ejército japonés tranquilo y satisfecho. También son delitos en los que el objeto directo es la

satisfacción sexual, la prostitución forzada, la venta de esclavas sexuales y la violación (aunque en este caso las motivaciones pueden ser muy variadas) Como señala también Cohn¹⁶⁹: “Si los significados de género prevalentes incluyen construcciones de la sexualidad masculina como heterosexual y como una fuerza arrolladora que de manera natural debe tener salida, y esto se combina con una visión de las mujeres como un objeto de deseo más que sujetos en sí mismas es más fácil para los hombres sentirse legitimados al cometer actos de violencia sexual”.

En otros crímenes que son calificados de carácter sexual como la violación efectuada con objetos, la desnudez en público, los abusos públicos entre prisioneros el sexo es instrumental y lo es precisamente porque como señala María Olubjic¹⁷⁰ ya citada en este trabajo “Las violaciones durante la guerra en la antigua Yugoslavia no hubieran sido un arma de

¹⁶⁹ COHN, Carol. Las Mujeres y las Guerras. Ob. Cit. Pág. 77.

¹⁷⁰ OLUJIC, María B. “Embodiment of Terror. Gendered Violence in peacetime and wartime in Croatia and Bosnia Hercegovina”. En “ *Medical Anthroponlogy Quarterly*”. Vol.1. nº 12. Marzo 1998. Pags.32 -33.

tortura y terror tan efectiva a no ser por los conceptos de honor, vergüenza y sexualidad que están asociados a las mujeres en tiempo de paz”.

En un conflicto armado el fin perseguido por la violencia sexual tiene múltiples facetas y no exclusivamente la sexualidad. La violencia se instrumentaliza a través del sexo para torturar, asesinar, esclavizar, o desestabilizar psicológicamente a una persona avergonzándola. También puede adoptar la forma de un crimen colectivo para exterminar a una comunidad como en el caso de la violencia sexual como genocidio, o convertirse en arma de guerra para humillar y desmoralizar a los combatientes masculinos enemigos.

Esta instrumentalización del sexo es muy clara, como examinaremos más adelante detalladamente en el caso de la tortura mediante la violencia sexual.

La sexualidad también puede ser una forma de aumentar la crueldad al ejercer la violencia. Casos como el que se describe en el párrafo 503 de la Sentencia

Akayesu¹⁷¹ en el que se califica como violación el introducir un palo de madera en los órganos sexuales de una mujer moribunda podría ser una muestra de lo limitado de un enfoque centrado en el aspecto sexual.

La violencia sexual es ante todo una agresión contra otro ser humano que se ejerce por medio de la sexualidad y que por ello se agrava con todos los tabús y estereotipos que ello conlleva, y que causa un tremendo trauma físico y psíquico con consecuencias inmediatas como pueden ser la mutilación o la muerte y a largo plazo graves problemas de salud física o mental

Tanto el TPIY como el TPIR consideraron las agresiones sexuales como lesiones graves a la integridad física y/o mental de las víctimas incluso cuando la finalidad era destruir una comunidad, en los casos Akayesu, Musema, Furundzija, Delić y otros que analizaremos con más detenimiento más adelante.

¹⁷¹ Prosecutor v/ Jean Paul Akayesu. Ob. Cit.

Finalmente otro aspecto de la cuestión es que la violencia sexual se suele concebir como dirigida a las mujeres. Esta concepción de la mujer como víctima paradigmática ha propiciado que históricamente solo se considerara el delito de violación, enfocado en la penetración y con un tinte marcadamente sexual dificultando enormemente la calificación de otros crímenes sexuales y enmascarando que la violencia sexual pueden sufrirla hombres y niños. Cuando hablamos de violencia sexual automáticamente pensamos en una agresión contra la mujer. Sin embargo los casos del TPIY y del TPIR demuestran claramente que, si bien éste es mayoritariamente el caso, la violencia sexual también la sufren los hombres, precisamente porque no es estrictamente una cuestión de placer sexual sino de causar dolor, infligir humillación y de ejercer el control.

Como señala James West ¹⁷² pese a la confusión entre los términos “violencia sexual, violencia contra la mujer y violencia de género” la violencia sexual es una forma específica de violencia contra las mujeres”. Sin embargo, este mismo autor concluye que la construcción social del hombre siempre como agresor y la feminización de las víctimas ocultan la variedad de roles que pueden asumir las mujeres en el conflicto y que la violencia sexual puede afectar tanto a hombres como mujeres. Al analizar el caso de la Comisión de la Verdad de Liberia, West¹⁷³ constata que el discurso humanitario predominante ha aprobado el discurso sobre ciertos tipos de violencia sexual y de género y silenciado otros.

En este sentido se pronuncia también la profesora Amy Barrow¹⁷⁴ cuando advierte

¹⁷² WEST, James. “ Rethinking Representations of Sexual and Gender Based Violence: A Case Study of the Liberian Truth and Reconciliation Commission”. En *Journal of International Women’s Studies*. Volume 14(4). 109-123 Issue 4. New Writings in Feminist and Women’s Studies: Winning and Short-Listed Entries from the 2012 Feminist and Women’s Studies Association’s Annual Student Essay Competition. Pág. 111. vc.bridgew.edu/jws/vol14/iss4/9/

¹⁷³ WEST, James. Ob. Cit. Pág.110

¹⁷⁴ BARROW, Amy. “Las Resoluciones 1325 y 1820 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas”. En *International Review of the Red Cross*. Núm. 877 de la versión original. Marzo 2010. Págs. 2 y 3-

que “los análisis sobre la dinámica de género se han concentrado sobre todo en la violencia sexual y la violación. Si bien las mujeres suelen ser el blanco principal de la violencia sexual, el impacto social general de este tipo de violencia está intrínsecamente vinculado con ambos géneros. El concepto de género está directamente vinculado con las mujeres y la victimización, lo cual [...] distorsiona los discursos [...] al omitir tomar en cuenta la violencia sexual que atraviesan los hombres durante los conflictos [de esta forma se sostiene] el paradigma del perpetrador masculino y la víctima femenina, el cual, a la larga, termina perjudicando tanto a los hombres como a las mujeres”.

El tema es muy grave ya que como recuerdan Martín y Lirola ¹⁷⁵ : “En ocasiones la perspectiva de género puede provocar efectos no deseados, por ejemplo, al calificar determinadas

¹⁷⁵MARTÍN, Magdalena M , LIROLA, Isabel. *Los crímenes de naturaleza sexual en el Derecho Internacional Humanitario*. Ob. Cit. Pág.41.

agresiones sexuales sufridas por hombres no como violación sino como tortura". Está claro que los roles de género distorsionan la percepción de los crímenes de violencia sexual.

En resumen es difícil pues señalar cual es estrictamente el bien jurídico protegido en los crímenes de violencia sexual pues, como hemos visto, pese a la denominación del concepto, no podemos restringirlos a la sexualidad. Esto nos fuerza a reflexionar sobre el peligro que suponen términos impregnados con unas connotaciones semánticas y simbólicas tan poderosas.

En definitiva la violencia sexual es un crimen cuyo objeto es, a parte de causar daño físico, quebrar emocionalmente a otro ser humano atacando el reducto más intrínsecamente ligado a su dignidad y su intimidad como es su sexualidad.

Cuando hablamos de violencia sexual en conflictos armados estamos definiendo uno de los elementos materiales del delito cual es las circunstancias en el que se produce: se trata de establecer un ámbito espacial y temporal. Por ello debemos contextualizar

la violencia sexual en conflicto y señalar cual es el concepto de conflictos armados para el derecho penal internacional y en particular para los tribunales *ad hoc* y la CPI así como las limitaciones y dificultades que entraña el término en relación con estos crímenes y sus víctimas.

2.-CONCEPTO ESPACIO-TEMPORAL DE CONFLICTO ARMADO EN RELACION CON LA VIOLENCIA SEXUAL EN CONFLICTO. LAS PARTES EN CONFLICTO.

El concepto de conflicto armado y la delimitación de su extensión espacio-temporal tienen una importancia fundamental en relación con la calificación de los crímenes de guerra de violencia sexual pues ésta última suele preceder al conflicto y continuar después del mismo. En realidad tanto si el conflicto es una guerra internacional o nacional, como si se trata de un conflicto localizado en ciertas zonas o incluso si hablamos de ataques

aislados y discontinuos, la violencia sexual es un *continuum* en todas las situaciones. Como afirma Carol Cohn¹⁷⁶ : “tanto los relatos de primera mano de las mujeres sobre la guerra como el análisis feminista, enfatizan que la guerra no está limitada ni en el espacio ni el tiempo. Más que considerar la guerra como un hecho aberrante que estalla de repente [...] la guerra se ve como creación y creadora de la realidad social en la que se desarrolla. La violencia de la guerra es un *continuum* de la violencia que experimentan las mujeres. Cuando se firman los acuerdos de paz [...] las guerras están muy lejos de terminar. A menudo la paz trae consigo mayores niveles de violencia sexual contra mujeres y niñas y deja a los hogares encabezados por mujeres y niños que luchan para subsistir [sin ayuda] en un mundo en que los derechos y los recursos redundan solo en los hombres”. En el mismo sentido, Emanuela Cardoso Onofre de Alencar¹⁷⁷, señala que “los relatos sobre

¹⁷⁶ COHN, Carol. “ Las mujeres y las guerras”. Colección Paz y Seguridad. Vol. 8. Ed. Institut Català Internacional per la Pau. 2015. Pág. 63

¹⁷⁷ CARDOSO ONOFRE DE ALENCAR, EMANUELA. “La violencia sexual contra las mujeres en los conflictos armados. Un análisis de la jurisprudencia de los tribunales ad hoc para la ex-Yugoslavia y Rwanda”.

violencia contra las mujeres en conflictos son muy numerosos a lo largo de la historia, pero dicha violencia se ha dado también en períodos de inestabilidad aunque el conflicto no hubiera estallado”.

Por otra parte la guerra misma se ha transformado con respecto a las características que la han configurado históricamente. Cuando se crea el Tribunal de Nuremberg, y más tarde el Tribunal Militar de Tokio, el conflicto ha finalizado. Los combates habían terminado, los principales responsables estaban detenidos, las armas depuestas, los ejércitos disueltos y las pruebas documentales sobre los crímenes en poder de los juzgadores.

Lo principal era que las hostilidades habían cesado completamente y además se trataba de un conflicto internacional lo que permitía por una parte, construir una opinión moral unánime y por otra, despolitizaba al menos aparentemente, los resultados del juicio. Los juicios de Nüremberg y Tokio son un punto final al

conflicto en el que existían claramente dos bandos precisos, vencedores y vencidos, con un territorio nacional perfectamente definido.

Actualmente la guerra, tal y como históricamente la hemos conocido, ha cambiado totalmente en el sentido territorial y temporal. Apenas existen ya las batallas entre dos ejércitos de hombres dispuestos "a vencer o a morir". Rara vez se trata ya de conflictos internacionales (al menos de momento) con ejércitos definidos. Las guerras del S.XXI consisten, en ataques singularizados de grupos armados, internos o no. Las guerras contemporáneas se han convertido en una carnicería que se ceba casi exclusivamente en la población civil. Sus víctimas son especialmente las mujeres, niñas y niños. Estos últimos son reclutados como soldados, como esclavos sexuales y domésticos o, peor aún, para ejercer de bombas ambulantes.

En cuanto al ámbito territorial, también es diferente pues como lo señala Mary

Kaldor¹⁷⁸ " las nuevas guerras no tienen un ámbito territorial concreto y se mueven mediante la construcción de ideologías en el ciberespacio, estrategias financieras de captación de fondos por la vía de delitos como el tráfico de órganos, la trata de personas¹⁷⁹, la venta de armas, de drogas y de petróleo". Los conflictos tienen fronteras imprecisas que abarcan zonas de varios países o se concentran en un país pero con diferentes grupos armados enfrentados.

A diferencia de las guerras hasta el S.XX y desde el punto de vista temporal, actualmente los conflictos a los que se enfrenta la justicia penal internacional a menudo siguen abiertos, a veces de forma larvada pero la violencia continua. Se trata a menudo de hostilidades que se han prolongado a lo largo de varias generaciones como es el caso en Colombia y las conversaciones de paz y los procesos se realizan cuando el conflicto aún rebrota de manera puntual en partes del territorio.

¹⁷⁸ KALDOR, M., In Defence of New Wars. Stability: International Journal of Security and Development. 2(1), p.Art. 4.March 2003

¹⁷⁹ La trata de mujeres, de la que no hablaremos en este trabajo está intrínsecamente ligada a la violencia sexual y es un negocio colosal de prostitución y trabajos forzados

Como señalamos en su momento¹⁸⁰ al referirnos al Estatuto del Tribunal de Ruanda definir el espacio temporal del conflicto es fundamental en relación con la violencia sexual. Cuando se estableció la competencia temporal los tribunales *ad hoc* TPIY y TPIR lo hicieron de forma muy distinta como ya señalamos en el epígrafe correspondiente a estos Tribunales y sus Estatutos. El Tribunal para la Ex Yugoslavia, fijó la jurisdicción del tribunal estableciendo una fecha *extunc*, es decir crímenes cometidos desde 1991¹⁸¹.

Por el contrario el Tribunal de Rwanda delimita estrictamente la competencia del tribunal del 1/01/1994 al 31/12/1994. Esta delimitación dejó desamparadas a numerosas víctimas¹⁸². En ambos casos los dos tribunales parecen obviar que la Convención de Naciones Unidas de 1968, declara imprescriptibles los crímenes de

¹⁸⁰ Vid. Pág. 105 de este trabajo

¹⁸¹ En el informe sobre el TPIY se afirma que el Secretario General entiende que este acotamiento temporal significa cualquier momento a partir del 1 de Enero de 1991 y que dicha fecha es neutral y no relacionada con acontecimiento ninguno.

guerra y de lesa humanidad cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido.

Para las mujeres es fundamental que el término conflicto armado no se defina de forma limitada ni se circunscriba la violencia al *strictu tempo* del conflicto, pues como hemos visto las agresiones sexuales empiezan antes de concretarse las hostilidades y suelen prolongarse mucho después como señalaban Carol Cohn y Emanuel Cardoso citadas anteriormente¹⁸³. Tampoco es coherente con las características de la violencia sexual delimitar el ámbito territorial a la zona de conflicto ya que es bien sabido, -y más de 60 millones de desplazados en el mundo en 2014 lo demuestran¹⁸⁴-, otra de las consecuencias inherentes a los conflictos armados, ya sean internacionales o internos es el desplazamiento forzado de personas, en su mayoría mujeres y niñas, y su ubicación en campos de refugiados. Recientemente se ha puesto de manifiesto que existe violencia sexual generalizada en dichos campos de refugiados, generalmente a

¹⁸³ COHN, Carol.CARDOS DE ALENCAR,Emanuela.Vid ut supra cita pag..143 de este trabajo

¹⁸⁴ ACNUR. Informes de 2014.

manos de los responsables de la seguridad de los mismos. Naciones Unidas, en su Informe sobre Violencia Sexual¹⁸⁵ considera que también es violencia sexual en conflictos armados cuando afecta a civiles y "cuando se comete en o alrededor de los campos de refugiados gestionados por Naciones Unidas o en los de personas desplazadas". Es evidente que en ambos casos existe una relación directa con el conflicto.

Y finalmente, también es necesario tener en cuenta aquellos conflictos que, si bien no desembocan en un conflicto armado claro, tienen graves consecuencias en cuanto a los delitos que estudiamos como ha ocurrido tan frecuentemente en Latinoamérica. Se trata de conflictos larvados que se prolongan en el tiempo como en Colombia o que se centran en determinados territorios ocupados por indígenas como ha ocurrido en Guatemala, en Brasil, en Honduras e incluso en Canadá y que han causado miles de víctimas de violencia sexual y asesinatos

¹⁸⁵ WOMEN 2000. "Sexual Violence and Armed Conflict: United Nations Response". Published to the goals of Beijing Declaration and the Platform for Action. Visto en <https://www.un.org/womenwatch/daw/public/cover.htm>.

entre las mujeres de forma continuada. En este tipo de conflictos han sido las propias mujeres las que han luchado y luchan por ver juzgados estos delitos con resultados muy poco esperanzadores.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional se refiere en su Preámbulo a "un conflicto armado" pero no lo define. En el art. 8, sobre Crímenes de Guerra, distingue entre conflicto armado internacional o "de índole no internacional". Aunque como hemos señalado las características de los conflictos actuales son algo confusas, lo cierto es que en el Estatuto distingue entre crímenes de guerra cometidos en un conflicto internacional (art. 8.2 b) y crímenes de guerra en un conflicto no internacional (art.8.2.c).

El art.8 del Estatuto de Roma, sobre Crímenes De Guerra, se refiere a crímenes que se cometan "como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes" y precisa que se trata de actos cometidos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra de

1949 (art.8.2.a). En el apartado 2.b i) del mismo artículo incluye también a la población civil que no participen directamente en las hostilidades, bienes que no son objetivos militares (2.ii).

Tal y como indicábamos, el Estatuto distingue entre conflictos nacionales e internacionales y así en el apartado c) del art.8, se precisa que también constituyen crímenes de guerra "las violaciones graves del artículo común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de Agosto de 1949 "en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional". En cambio el art.8.2. b)xxii) 6 de los Elementos de los Crímenes, sobre violencia sexual como crimen de guerra únicamente hace referencia a un conflicto internacional cuando señala "que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él".

Podemos encontrar definiciones de conflicto armado en el caso Delalić, Mucić, Delić y Landžo¹⁸⁶. El TPIY reflexiona sobre el concepto empezando en el párrafo 182

¹⁸⁶ Affaire IT-96-21-T- 16/11/1998. Jugement. Págs.452 - 447www.icty.org/fr/accueil/. Epígrafe:Affaires en el Menú.

con el siguiente razonamiento: "A fin de poder aplicar el corpus jurídico designado por el término derecho internacional humanitario a una situación en particular, conviene en primer lugar determinar si existía un conflicto armado ya sea de naturaleza nacional o internacional". Y en cuanto a la definición de conflicto armado, la sentencia citada reproduce en su párrafo 183 la definición de la sala de Apelaciones en el caso Dusko Tadić¹⁸⁷ en su párrafo 70: "Un conflicto armado existe cada vez que existe un recurso a la fuerza armada entre Estados o bien un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados en el seno de un Estado". Y además puntualiza que: "el derecho internacional humanitario se aplica desde el comienzo de estos conflictos y se prolonga más allá del cese de las hostilidades hasta la conclusión general de la paz o bien, en el caso de conflictos internos, hasta que un reglamento pacífico sea alcanzado[...] haya o no combates"

¹⁸⁷ Affaire IT.94-1-AR72- www.icty.org/fr/accueil/.
Epígrafe: Affaires en el Menú.

Por todo ello vemos que cuando hablamos de violencia sexual "en conflicto" debemos hacerlo de una forma muy amplia.

3.- LA DISTINCION ENTRE CRIMEN DE GUERRA Y CRIMEN DE LESA HUMANIDAD.

Para que la Corte Penal Internacional o los Tribunales internacionales ejerzan su competencia los crímenes deben reunir unos determinados requisitos. Estos requisitos se refieren en primer lugar a las características del conflicto que hemos analizado en el apartado anterior. Si bien la territorialidad del conflicto no queda definida aunque puede inferirse del término "ataque generalizado", si que se introduce un elemento temporal ya que tenemos como requisito que se dé una continuidad coherente en los ataques a lo largo de un tiempo de forma generalizada y sistemática. Existe también un elemento subjetivo en el conflicto y es el de que los ataques se realizan con un fin determinado, lo que el Estatuto de Roma denomina "plan o política" y que los

hechos se realicen "a gran escala". Finalmente se exige lo que el Estatuto denomina "umbral de gravedad" en su art.5: "la competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto".

Todos los delitos constitutivos de violencia sexual se definen en el Estatuto de Roma y en los Elementos de los Crímenes como Crímenes de Guerra o Crímenes de Lesa Humanidad. Este último crimen puede también producirse en el caso de un conflicto armado. En su párrafo 473, la sentencia del Caso Akayesu¹⁸⁸ afirma que "el concepto de crimen contra la humanidad existe para proteger a la población civil de la persecución. El objetivo en relación a las violaciones del art. 3 previsto en las Convenciones de Ginebra y en Protocolo Adicional II, es el de proteger a los no combatientes durante una guerra. Estos crímenes tienen diferentes propósitos y, por lo tanto, no son concomitantes. Por ello es legítima la

¹⁸⁸ The Prosecutor v/ Jean Paul Akayesu. Case nº ICTR-96-4-T 2/09/1998.

acusación por estos crímenes en relación con los mismos hechos”.

Esta referencia continuada a los Convenios de Ginebra ha resultado complicada por referirse estos precisamente a un tipo de guerra clásica en la tradición histórica de los conflictos. Esto constituía un problema ya que las Convenciones de Ginebra en su art. 3, se refieren claramente a crímenes cometidos contra personas “que no toman parte en las hostilidades o que han dejado de tomar parte en las mismas”. Este enfoque constituye un obstáculo en cuanto a la violencia sexual como crimen de guerra desde la perspectiva de las nuevas formas de guerra que hemos descrito, protagonizada por grupos armados dispersos. En muchos casos la violencia en forma de violación, esclavitud sexual y doméstica se produce en contra de mujeres y niñas que han sido reclutadas junto con niños con el doble objetivo de ser entrenadas para el combate y servir como “*bush wife*”. Ya hemos mencionado la oposición de la Juez Odio Benito en el caso Lubanga¹⁸⁹, a que no se presentaran

¹⁸⁹ Separate and Dissenting opinion of Judge Odio Benito. ICC-01/04-01/06.14 de Marzo de 2012. <http://www.icc-cpi.in/iccdocs/doc/doc379838.O.pdf>. Ob.cit. par. 15 16 .

cargos por la violación y esclavitud doméstica de las niñas reclutadas para servir en el campamento. Esta espinosa cuestión se ha resuelto en el caso Ntaganda¹⁹⁰. En este caso la defensa alegaba que no podía considerarse que las violaciones y esclavitud sufridas por las niñas reclutadas como combatientes fueran objeto del proceso ante la Corte puesto que los Convenios de Ginebra, a los que se remite el art.8 ER, no protegen a los combatientes de los crímenes cometidos por combatientes del mismo bando. Sin embargo la Corte tras afirmar que el Estatuto de Roma es un Tratado que opera como un Código Penal Internacional para los Estados Partes indica que “la conducta conceptualizada como crímenes de guerra puede, pero no debe necesariamente, haber sido objeto de tipificación en un tratado o costumbre de derecho internacional”. Con ello se desmarca de los Convenios y así lo explicita en el párrafo 40 de la misma resolución “la sala recuerda que el art. 8

¹⁹⁰ ¹⁹⁰ Second Decision on the Defence’s challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9. ICC-01/04-02/06.parrf.parrf.35

del Estatuto está dividido en 4 categorías de crímenes [...] de acuerdo con el marco estatutario, la Sala no considera que, en situaciones de conflicto armado, se pretendiera que la violación o la esclavitud sexual solo pudieran perseguirse como graves vulneraciones del Artículo 3 [de los Convenios de Ginebra]". Más adelante precisa que "Los Elementos de los crímenes para la violación y esclavitud sexual como crímenes de guerra no mencionan la necesidad de que la víctima tenga un estatus particular"

Como hemos señalado, los delitos constituyentes de violencia sexual están contemplados en el Estatuto de Roma y en los Elementos de los Crímenes bajo el concepto de crimen de guerra o crimen de lesa humanidad y se introducen una serie de elementos que contribuyen a contextualizar el conflicto desde otro prisma. El art.8.1 del Estatuto de Roma sobre crímenes de guerra requiere que los actos se cometan "como parte de un plan o una política" y que los crímenes se produzcan "en gran escala".

En cuanto a los crímenes de lesa humanidad, el art.7.1 del Estatuto de Roma se refiere a actos cometidos "como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil" aclarando más adelante en el apartado 2.a):" Por « ataque contra una población civil» se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política".

El caso Akayesu es interesante puesto que el conflicto ruandés tiene muchas de las características que hemos indicado: es un conflicto interno, con milicias armadas pero en el que los elementos de crimen de guerra y de crimen de lesa humanidad son confusos. A este respecto, el párrafo 468 de la sentencia aclara que " Sobre la base de la ley nacional e internacional y de la jurisprudencia, la Sala concluye que es aceptable condenar al acusado de dos delitos sobre la misma base de hechos en las siguientes circunstancias: 1) cuando los delitos tienen diferentes elementos o

2) cuando las normas que definen los delitos protegen intereses distintos o 3) cuando es necesario establecer una condena por ambas acciones para describir de forma completa las acciones del acusado.”

Examinado el marco en el que se producen estudiaremos las definiciones y los elementos de los crímenes de violencia sexual. Dado que los crímenes son los mismos y que lo que los distingue es fundamentalmente las circunstancias en las que se cometen y, el objetivo de la acción, nos limitaremos a establecer la definición de las características del crimen en sí.

4.-CONCEPTO DE VIOLACION

Doris E. Buss¹⁹¹ en su artículo “Repensar la violación como arma de guerra” comentaba “una de las tendencias más significantes en la corriente de pensamiento contemporánea sobre mujeres y guerras,

¹⁹¹ BUSS, Doris. E. “ Rethinking rape as a weapon of war”. Pág.Ob. Cit.

es el reconocimiento de que la violación en tiempos de guerra no es una simple consecuencia del conflicto sino que se trata de una estrategia planificada y con un objetivo claro”.

Resulta escandaloso que la definición de violación en el contexto de un conflicto armado tuviera que construirla el TPIY casi en las postrimerías del S.XX. Según la teoría de Dworking¹⁹² a mayor generalidad del objeto regulado por una disposición legal menor será la exactitud a la que debe constreñirse la ley o el operador jurídico y, por ello mayor la posibilidad de interpretación para complementar el sistema de imputación. Tanto el Tribunal de Yugoslavia como el de Ruanda abordaron la cuestión de forma distinta, si bien actualmente se considera que la definición por antonomasia es la del caso Akayesu que definió la violación desde una perspectiva no mecánica y valorando los elementos subjetivos.

¹⁹² DWORKING, Donald. Taking Rights seriously. Harvard University Press.1977
.www.hup.harvard.edu

El crimen de violación es el primero de los crímenes de características sexuales reconocido por el derecho y la jurisprudencia penal internacional. Podía entenderse que la prohibición de la violación y la violencia sexual estaban reconocidas en el derecho internacional consuetudinario, e indirectamente en el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional Humanitario, y de forma expresa, como hemos visto en este trabajo, en el Código Lieber, el *Control Council Law* nº 10 y la Convención de Ginebra de 1949 y su Protocolo II.

Sin embargo no es hasta la promulgación del Estatuto de Roma y los Elementos de los Crímenes que puede hablarse de un Código Penal Internacional en el que la violación y los delitos de violencia sexual se establecen, minuciosamente descritos y pormenorizados por lo demás.

La interpretación del crimen de violación no ha sido siempre pacífica y ha evolucionado gracias a la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales para la ExYugoslavia y Ruanda, que ha sido posteriormente adoptada por el

Tribunal Especial para Sierra Leona y la Corte Penal Internacional (CPI).

La violación está contemplada en el art.7.1.g) del Estatuto de Roma bajo el epígrafe de Crímenes de Lesa Humanidad y en el art. 8. 2.xxii como Crimen de Guerra. Los Elementos de los Crímenes, en su art.7.1.g).1 establecen que el crimen de lesa humanidad de violación requiere los siguientes elementos:

- invadir el cuerpo de una persona mediante 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, una definición que por querer abarcarlo todo resulta bastante enrevesada.
- Que haya tenido lugar por la fuerza, mediante amenaza o coacción, temor o abuso de poder. Se entiende en un sentido muy amplio-
- Que dicha acción se haya realizado como parte de un ataque generalizado a la población civil.

En el crimen de guerra de violación uno de los elementos es que el crimen se haya cometido en el marco de un conflicto armado y tenga relación con él.

En el caso de los Tribunales Penales Internacionales para la ex-Yugoslavia y Ruanda, dicha evolución ha girado principalmente en torno a dos elementos constitutivos del crimen de violación, a saber, la penetración y el consentimiento. Con anterioridad, se entendía que existía violación cuando se producía penetración vaginal de la víctima, sin su consentimiento, con el pene del agresor. Estos tribunales han ampliado el concepto de penetración y han establecido en qué casos podemos considerar *per se* que no existe consentimiento de la víctima.

Con respecto a la definición de violación hubo dos líneas opuestas en el caso Furundija¹⁹³ y en el caso Akayesu. En el caso Furundija, en su párrafo 175, el Tribunal manifiesta que no existe ninguna definición de violación en el derecho internacional aunque sí está contemplada

¹⁹³ The Prosecutor v/Anton Furundija. IT-95-17/1-T. 10 Diciembre de 1998. Parrrfs. 175 y sgtes.

en el art.27 de la IV Convención de Ginebra, en el art. 76(1) de su Protocolo I y en el art. 4(2)e) de su Protocolo II. De ello concluye el tribunal "puede inferirse que el derecho internacional, al prohibir específicamente la violación así como otras formas de abuso sexual, considera la violación como la manifestación más grave de violencia sexual".

Pese a citar la definición del caso Akayesu y reconocer que dicha definición fue adoptada en el caso Delali¹⁹⁴ por el TPIY, en su párrafo 177, el Tribunal descarta esta definición "La sala considera que para llegar a una definición rigurosa de la violación basada en el principio de la ley penal de la especificidad es necesario revisar los principios generales de las leyes penales en los sistemas legales del mundo. Estos principios pueden derivarse, con las cautelas necesarias, de las leyes nacionales". En base a dicho razonamiento y tras realizar diversas consideraciones, el Tribunal llegó, en el párrafo 181, a una interpretación muy restrictiva " es evidente después de nuestra revisión de las legislaciones nacionales, que, a pesar

¹⁹⁴ The Prosecutor v/ Mućic Delalić. IT.96-21-T. Parrf.479

de las discrepancias inevitables, la mayoría de los sistemas legales del mundo tanto del *common law* como del *civil law* o *continental law*, consideran que la violación es la penetración forzada en el cuerpo humano del pene o la inserción forzada de cualquier otro objeto en la vagina o en el ano". En el párrafo 185 del caso Furundzija, el Tribunal de la ExYugoslavia estableció que los elementos objetivos del crimen de violación son: "1). Penetración sexual, incluso leve: a) de la vagina o ano de la víctima por el pene del perpetrador u otro objeto utilizado por el perpetrador; o b) de la boca de la víctima por el pene del perpetrador; 2) Bajo coerción o fuerza o amenaza contra la víctima o una tercera persona"

En los párrafos 183 y 184 de la misma sentencia considera que la penetración del pene en la boca de la víctima no constituye violación sino violencia sexual además de trato degradante.

En el caso Akayesu, el Tribunal Internacional para Ruanda adopta un enfoque radicalmente diferente, que es el mayoritariamente aceptado en derecho

penal internacional. El Tribunal define la violación en el párrafo 687 como un acto de agresión y considera que “los elementos centrales del crimen de violación no pueden ser capturados mediante una descripción mecánica de objetos y partes del cuerpo”. Además el Tribunal manifiesta “hace constar las sensibilidades culturales implicadas en la discusión pública de materias íntimas y la dolorosa renuencia y incapacidad de los testigos para explicar detalles anatómicos de la violencia sexual sufrida”.

Respecto a la penetración, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), presentó en el caso Akayesu una definición de violación novedosa al ampliar, por un lado, los actos de violación a cualquier tipo de penetración corporal, y a la vez a cualquier tipo de invasión corporal no consentida “el uso de cualquier tipo de orificio corporal incluso los no considerados específicamente sexuales” con cualquier tipo de objeto (párrafo 686).

En su párrafo 688, el Tribunal define la violación así: “la violación es una invasión física de naturaleza sexual, cometida sobre

una persona bajo circunstancias que son coactivas". Y posteriormente aclara que "La violencia sexual no está limitada a la invasión física del cuerpo humano y puede incluir actos que no suponen penetración o siquiera contacto físico" Refiere a este respecto el caso de una estudiante que fue obligada a desnudarse y a efectuar ejercicios gimnásticos ante una muchedumbre en la plaza. Esta definición fue posteriormente asumida por el Tribunal Penal Internacional para la ExYugoslavia (TPIY) en el denominado caso Celebici.

Estos dos enfoques generaron un amplio debate en torno a la interpretación del crimen de violación, que fue finalmente abordado en la decisión del caso Musema¹⁹⁵ en el que el TPIR analizó las dos definiciones dadas hasta el momento, y determinó que la definición del caso Akayesu era preferible a la recogida en el caso Furundzija, porque aquella comprendía todas las conductas definidas en esta última.

¹⁹⁵ The Prosecutor v/ Alfred Musema. Case n° ICTR-96-13-A. 27 Enero de 2000.

En la Sentencia del caso Akayesu el TPIR, en el párrafo 598, definía la violación como “una invasión física de naturaleza sexual, cometida sobre una persona en circunstancias de coacción” y la violencia sexual (precisando que ésta incluía la violación) como “cualquier acto de naturaleza sexual cometido sobre una persona bajo circunstancias coercitivas”

La controversia volvió a surgir con el pronunciamiento del caso Kunarac¹⁹⁶ donde el TPIY adoptó nuevamente la definición del caso Furundzija, pero añadió un nuevo asunto al debate, al analizar la interpretación del consentimiento en los casos de violación sexual. Así, el Tribunal determinó que para que no exista violación, el “consentimiento debe ser dado voluntariamente, como resultado de la libre voluntad de la víctima evaluada en el contexto de las circunstancias existentes. El *mens rea* (que no coincide exactamente con el dolo en el derecho continental) es la intención de efectuar la penetración sexual, y el conocimiento de

¹⁹⁶ The Prosecutor v/Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic , IT-96-23-T&IT-96-23/1-T. 22 de febrero de 2000

que ello ocurre sin el consentimiento de la víctima”

La Sala de Apelación que estudió el recurso interpuesto en el caso Kunarac estuvo de acuerdo con esta definición, y resolvió el recurso insistiendo en que “hay factores «más allá de la fuerza» que podrían dar lugar a un acto de penetración sexual no consentido por parte de la víctima”. Al referirse, en el párrafo 644 y 645, de dicha sentencia a la falta de coerción e incluso a la participación activa de una víctima en el acto sexual, el Tribunal rechazó las afirmaciones de Kunarac de que desconocía que la mujer lo hacía contra su voluntad ya que, según constata el Tribunal, la mujer había sido previamente amenazada y temía por su vida.

El tema de la falta de oposición de la víctima es fundamental en todos los casos de violación y no sólo en conflictos armados y suele ser el argumento “estrella” de la defensa. Es evidente que un enfoque restrictivo sobre en qué consiste la fuerza o la amenaza de fuerza en caso de violación podría permitir a los perpetradores eludir su responsabilidad

por un acto sexual que la víctima realmente no quería consentir pero al que se ha sometido por las circunstancias coercitivas que la rodean sin depender de que se le haya impuesto mediante la fuerza física. En el caso Kunarac el cinismo de los acusados llegó a extremos indecentes tales como la exhibición por Zoran Vukovic de una supuesta carta de amor de una de sus víctimas.

Pese a todos estos argumentos falaces y tendenciosos de los acusados, la Sala de Apelaciones del TPIY señaló que las circunstancias sufridas por las víctimas en una guerra podían considerarse “casi universalmente coercitivas”, es decir que la existencia de un entorno de guerra y violencia basta para entender que no puede existir un consentimiento libre por parte de las víctimas pues en dichas circunstancias cualquier mujer teme por su vida y por la de su familia .

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, zanjó la cuestión señalando que el consentimiento “no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la

víctima cuando la fuerza, la amenaza de fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre” y tampoco cuando la víctima sea incapaz de dar un consentimiento libre.

También en el Estatuto del Tribunal Especial de Sierra Leona se señala que no podrá entenderse que existe consentimiento cuando la víctima se mantiene en silencio o no opone resistencia a la violencia sexual. Además el Tribunal introduce un nuevo elemento al matizar que “la credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o testigo”

5.-EL CRIMEN DE TORTURA SEXUAL

La violencia sexual es una forma de tortura. Tal vez la peor como lo reconoce

el TEDH en el caso Aydin c/ Turquía¹⁹⁷: “La violación deja profundas heridas en la víctima que no se atenúan con el paso del tiempo como otras formas de violencia mental o física”. En más de un sentido la violencia sexual es la forma más cruel de tortura que se puede infligir a un ser humano.

En el caso Furundija¹⁹⁸, en su párrafo 162, el tribunal definía los elementos de la tortura:

- consiste en infligir un dolor severo o un sufrimiento físico o mental.
- el acto debe ser intencional.
- debe tener por objetivo obtener una información o una confesión o imponer un castigo. Humillar, intimidar, o coaccionar a la víctima o a una tercera persona.

Es pues evidente que la violación es un método de tortura. Así lo reconoce expresamente el TPIY en el caso Furundija. “[lo ocurrido] señala al acusado como perpetrador directo al cometer los

¹⁹⁷ Caso Aydin c/ Turquía. 57/1996/676/866). Párrafo 83. hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR.

¹⁹⁸ The Prosecutor v/ Anto Furundija. *Ob.Cit.*

crímenes de tortura y de atentados contra la dignidad personal *incluida la violación*".

También en el caso del TPIY¹⁹⁹ contra Delalič y otros, el tribunal afirmó que la violencia sexual puede considerarse tortura: el Tribunal constató que " el propósito de las violaciones cometidas por Hazim Delic fue el de obtener información sobre el paradero del esposo de la víctima que estaba considerado un rebelde; para castigarla por su incapacidad para facilitar información sobre su esposo; para coaccionarla e intimidarla a fin de obtener dicha información; y para castigarla por los actos de su esposo".

Por su parte la Sentencia del caso Akayesu²⁰⁰ en su párrafo 504 considera que "Con el propósito de interpretar el art. 2(2)(b) del Estatuto, la Sala entiende que, - sin limitarse por ello a esto-, el daño mental o físico grave es un acto de tortura."

¹⁹⁹ Prosecutor v/ Zenic Delalič, Zdravko Mucic, Hazm Delič y Esan Landzo. TPIY.16 Noviembre de 1998.párrafo 346.

²⁰⁰ Prosecutor v/ Jean Paul Akayesu. TPIR. ICTR-96-4-T. 02/12/1998. Parrafs. 504 y.687.

Por otra parte, en su párrafo 687, en referencia a la violación, el Tribunal manifiesta: "La Convención contra la Tortura y otros Tratos Inhumanos y Degradantes de Naciones Unidas no brinda ninguna definición específica de actos de tortura focalizando más bien en el marco conceptual de los actos de violencia emanados del Estado. El Tribunal encuentra que este planteamiento es más útil en el contexto del derecho internacional. Como la tortura, la violación se usa con el propósito de intimidar, degradar, humillar, discriminar, castigar, controlar o destruir a una persona. Como la tortura la violación es una vulneración de la dignidad persona y constituye tortura cuando se inflige por instigación de un funcionario público o de alguien que actúa como tal".

Es decir que elemento diferencial entre la tortura y la violación es la mecánica utilizada para infligir el sufrimiento. Como señalaba María B. Olujic²⁰¹ la violencia

²⁰¹ OLUJIC, María B. Ob. Cit. Pag. 32 (ver cita en pág. 155 de este trabajo"

sexual fue utilizada como arma "de tortura y terror".

La Convención contra la Tortura y otros Tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes"²⁰² en su Preámbulo se refiere a "los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana que emanan de la dignidad humana". Tanto la tortura como la violación constituyen un atentado contra la integridad física y la integridad física forma parte de la dignidad de la persona. Así lo afirma el Tribunal Constitucional Español en su Sentencia 215/1994: "Una intervención de terceros va a lesionar algo tan propio de la dignidad de la persona como es su integridad física...".

El TPIR, en el caso Akayesu, en el que se califica como violación el introducir un palo de madera en los órganos sexuales de una mujer moribunda, no puede comprenderse la calificación "sexual" en esta acción aparte de que se realiza mediante una intervención física en un

²⁰² Convención contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes de 10/12/1984. Textos Internacionales de Derechos Humanos- Ed. Teknos. 2001. Madrid.

órgano sexual, ya que se trata de una tortura.

Finalmente también podemos mencionar que el TPIR en el caso Akayesu, (párrafo 687) equipara la violación a la tortura cuando concluye: "El Tribunal considera que la violación es una forma de agresión y que los elementos centrales del crimen de violación no pueden ser cognoscibles mediante una simple descripción de objetos y partes del cuerpo [...]....Como la tortura la violación es un ataque a la dignidad de la persona".

También es importante señalar que ambos crímenes, violación y tortura, no deberían excluirse entre sí ya que la introducción general de Los Elementos de los Crímenes, en su párrafo 9 establece que una determinada conducta puede configurar uno o más crímenes.

6.-ESCLAVITUD SEXUAL.

La esclavitud sexual de prisioneras, de larga tradición histórica, ha cobrado fuerza en los medios de comunicación con

la venta de mujeres yazidis por los terroristas islámicos cuyos videos ofreciendo su mercancía pueden verse sin ningún problema en la plataforma de internet *you tube*. Y aunque hipócritamente aceptada por la sociedad occidental no puede denominarse por otro nombre que el de esclavitud sexual, el trágico tráfico de mujeres para sepultarlas en burdeles a pie de carretera a lo largo y ancho del mundo. El Estatuto de Roma es el primer tratado internacional que define la esclavitud sexual como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra, si bien ya se había hecho mención de la misma en el Convenio de Viena²⁰³.

El art. 7.1)g)- 2 de los Elementos de los Crímenes establece los siguientes elementos para el crimen de esclavitud sexual:

- que el autor haya ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas

²⁰³ DECLARACIÓN Y PROGRAMA DE ACCION DE VIENA. Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Viena Aprobado en 25 de Junio de 1993. Ob.Cit

²⁰³ Sección II. Párrafo 36

en trueque o todos ellos a la vez o les haya impuesto algún tipo similar de privación de libertad.

- Que el autor haya hecho que esa persona o esas personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual.

- Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado a la población civil

Como último requisito requiere que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta constituía un ataque contra la población civil.

En el art 8.2)b)xxii)2, la esclavitud sexual como crimen de guerra, se establece de forma prácticamente igual aunque en un contexto de conflicto armado.

El crimen de esclavitud sexual es, como señala Valentín Bou²⁰⁴ “el que más problemas ha presentado en su aplicación práctica”. La complejidad del crimen se reconoce expresamente en los Elementos

²⁰⁴ BOU FRANCH, Valentín. El crimen internacional de esclavitud sexual y la práctica de los matrimonios forzados. En *Anuario Español de Derecho Internacional*. Revista del departamento de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra. Nº 31/2015.
Roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/54306/108788.pdf?sequence=1.

de los Crímenes ya que el art.7 1)g)-2 de Lesa humanidad de Esclavitud Sexual incluye insólitamente una nota explicativa a pie de página en la que se indica "Dado el carácter complejo de este crimen, se reconoce que sus autores podrían ser dos o más personas con un propósito delictivo común".

La relatora especial de Naciones Unidas sobre formas contemporáneas de esclavitud. Gay J. McDougall²⁰⁵ tomó como base el Convenio sobre la esclavitud de 25 de septiembre de 1926 para establecer una definición de este delito. Este es el primer tratado internacional sobre el tema de la esclavitud, complementado más adelante, en 1956, por un segundo al que también nos referiremos. En el artículo 1 del Convenio de 1926 se define la esclavitud como "el Estado o condición del individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos" así como "todo acto de captura...de un individuo...y en general todo acto de... transporte" todo ello con el

²⁰⁵ MC DOUGALL, Gay. J. Informe Final sobre Formas contemporáneas de esclavitud. La violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempos de conflictos armados. E/CN.4/Sub.2/1998. Comisión de Derechos Humanos. 22 de Junio de 1998.

fin de realizar trabajos forzosos o obligatorios (art. 5). El Convenio, estamos hablando de 1926 con muchas colonias aún vigentes, admitía aún la posibilidad de ciertas formas de esclavitud con otras características pero anunciaba el propósito de erradicarlas y asimismo establecía medidas de garantía para los sometidos a trabajos forzosos.

Para McDougall²⁰⁶ la esclavitud sexual es un tipo de esclavitud por integrar los elementos que la definen según el Convenio" el término sexual se utiliza [...] como adjetivo para describir un tipo de esclavitud, no para indicar un delito distinto. A todos los efectos y en todas las circunstancias, la esclavitud sexual es un tipo de esclavitud".

En el Estatuto de Roma se enumeran una serie de conductas que el perpetrador ejerce sobre la víctima, definidoras de los "atributos de derecho de propiedad" tales como vender, prestar o intercambiar. Lo que certifica la condición de esclavo es la cosificación de la persona que se convierte en un objeto o mercancía. En el caso del

²⁰⁶ MC DOUGALL, Gay. Ob Cit. párrf. 11.

TPIY, Kunarac,²⁰⁷ se reflejan muy claramente estas acciones. Así en el párrafo 759 se explica que Radomir Kovac “vendió” a la víctima A.B a un soldado. En el párrafo 775 y siguientes se describen sucesivas ventas de mujeres capturadas por los acusados a otros soldados de las que consta el precio pagado, o el trueque, en una ocasión de jabón para la ropa. En resumen, el perpetrador ejerce un control absoluto sobre el destino de la víctima, como el que señala el TPIY en Kunarac, en el párrafo 781, que Radomir Kovac ejercía sobre las mujeres. “De hecho, un derecho de propiedad. A todos los fines prácticos, las poseía, era su propietario y ejercía un control total sobre su vida, tratándolas como si fueran un bien propio”. David Weissbrodt²⁰⁸ señala que “el concepto de esclavitud sexual guarda estrecha relación con el de prostitución forzada, pero es una forma distinta de explotación sexual. En la esclavitud sexual no tiene que haber lucro; se trata simplemente de la imposición de un control o poder absoluto de una

²⁰⁷ The Prosecutor v/ Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac, Zoran Vukovic. IT.96-23-t&IT.96-23/1-T. 22 Febrero 2001.

²⁰⁸ WEISSBRODT, David. La Abolición de la Esclavitud y sus Formas contemporáneas. Naciones Unidas. Liga Contra la Esclavitud. Dir. Michael Dottridge. www.ochr.org/Documents/Publications/slaverysp.pdf.

persona sobre otra. Es la explotación sexual de personas mediante el uso o la amenaza del uso de la fuerza que suele producirse en tiempos de conflicto armado u ocupación hostil”.

El carácter sexual del crimen se expresa en los Elementos de los Crímenes de la CPI de la siguiente forma: “que el autor haya hecho que esa persona o esas personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual”. No se define la naturaleza de dichos actos por lo que se puede inferir que el artículo no los restringe a la violación. En el caso Kunarac los acusados obligaron a sus prisioneras por ejemplo a bailar desnudas lo que constituye violencia sexual tal y como reconoció el Tribunal de Ruanda en casos similares y sin embargo no hay un acto sexual explícito. Tampoco se dice en el artículo que los actos sexuales deban haberse realizado con la persona que retenía cautivas a las víctimas sino que pueden haberse realizado con un tercero o terceros. De manera que la norma puede interpretarse de forma muy amplia.

Otro de los elementos del crimen de esclavitud sexual es, de acuerdo con los Elementos de los Crímenes, la imposición: "de algún tipo similar de privación de libertad". Este es un tema espinoso como el del consentimiento en la violación. Sin embargo, como señala Valentín Bou²⁰⁹, en algunos casos la privación de libertad es más psicológica que física pero coarta de igual forma la libertad deambulatoria de la persona: "algunas situaciones que se dieron durante los conflictos armados de Bosnia y Herzegovina y Ruanda, en las que se abusó sexualmente de diversas mujeres sin tenerlas encerradas en ningún lugar concreto, con lo que, al menos en teoría, eran libres de marcharse. Sin embargo, en la práctica quedaron privadas de libertad, dado que no tenían ningún sitio adonde ir, padeciendo además, un gran temor a perder sus vidas, lo que muy probablemente hubiera ocurrido en caso de ejercer su libertad de marcharse".

²⁰⁹ BOU FRANCH, Valentín. Ob.Cit. Pág. 75

Harmen Van der Witt²¹⁰ analiza si la Corte Penal Internacional al examinar el concepto de esclavitud ha contribuido a definirlo en un sentido general aplicable a otros contextos como el tráfico de seres humanos “el núcleo de la esclavitud.- el ejercicio de cualquiera de las facultades inherentes al derecho de propiedad- aunque algo abstracto, puede facilitar alguna indicación [...] observemos que la definición de esclavitud como crímenes de lesa humanidad en el Estatuto de Roma explícitamente conecta el tráfico de seres humanos con el ejercicio de dichos poderes de propiedad presumida”.

7.- MATRIMONIO FORZADO Y ESCLAVITUD DOMESTICA

En 1952 los derechos humanos habían evolucionado enormemente y por otra parte ya en el mismo año se había proclamado el Convenio sobre Derechos

²¹⁰ VAN DER WIIT, HARMEN. *Slavery Prosecutions in International Criminal Jurisdistions*. Journal Of International Justice. January 22. 2016. Journals career network.Oxford University Press. Pág306
10.1093/jicj/mqv071

Políticos de la Mujer²¹¹ . Sin duda eso motivó que en la Convención sobre la Esclavitud de 1956, complementaria del anterior convenio sobre prohibición de la Esclavitud de 1926, se incluyeran referencias explícitas a las formas de esclavitud que afectan a las mujeres.

En el artículo 1 de dicho Convenio, se define como institución análoga a la esclavitud, los matrimonios impuestos a cambio de una dote, y según el art. 6 de la Convención constituyen acciones prohibidas: "reducir una persona a esclavitud o inducirla a enajenar su libertad, la tentativa de cometer estos actos, la complicidad en ellos o el acuerdo para ejecutarlos".

La esclavitud sexual suele ir aparejada a la esclavitud doméstica y a una apariencia de matrimonio en el que la mujer asume todos los deberes y obligaciones que se dan en una unión conyugal. Según relata Valentín Bou ²¹², en las reuniones preparatorias del Estatuto de Roma, y

²¹¹ Este Convenio entró en vigor en 1954. España no se adhirió al mismo hasta 1974 y oponiendo además reservas que desvirtuaban los objetivos del mismo.

²¹² BOU FRANCH, Valentín. El crimen internacional de la esclavitud sexual y los matrimonios forzados. *Ob.Cit.* Pág. 70

como no podía ser menos, al tratarse el tema de la esclavitud sexual y, en referencia al ejercicio del derecho de propiedad, un grupo de Estados Arabes (prácticamente todos menos Marruecos e Irán) exigieron una mención especial en el sentido de que el ejercicio del derecho de propiedad sobre una persona “no incluía el ejercicio de los derechos, deberes y obligaciones que se derivan del matrimonio entre un hombre y una mujer”.

James West²¹³ en relación al matrimonio forzado señala “Los abusos conceptuados como matrimonio forzado van desde secuestro y violación a esclavitud doméstica y sexual y se han descrito como el fenómeno «*bush wife*». Estos términos diferentes y su uso pueden suponer diferentes niveles de prueba y como resultado el matrimonio forzado se ha utilizado para describir un amplio espectro de prácticas y abusos. Una aproximación legislativa coherente no emergió hasta 1956 con la Convención para la Abolición de la Esclavitud, el tráfico de esclavos y sus instituciones y prácticas”.

²¹³ WEST, James. Pág. 113

Realmente la CPI no clarifica el tema aunque, como señala Franch, “la concepción latente en esta jurisprudencia es, en definitiva, que la práctica de los matrimonios forzados es más amplia, en los elementos criminales, en los elementos criminales que la definen, que el crimen de esclavitud sexual”.

Como hemos señalado, la esclavitud sexual va generalmente ligada a la esclavitud doméstica. Las denominadas “*bush wives*” suelen ser reclutadas como sirvientes y como afirmaba un testigo del caso Ntaganda²¹⁴ “para proveer servicios de cocina y sexo combinados”. En el caso Lubanga²¹⁵ se reclutaron niñas y niños. Sin embargo el Fiscal no presentó cargos por el maltrato y la violencia sexual sufrida por las niñas con el argumento que no habían sido obligadas a participar en las hostilidades como combatientes como sí lo fueron los niños. En su airada disidencia de la sentencia del caso Lubanga, la Jueza Elizabeth Odio Benito, entendió que las tareas que las niñas fueron constreñidas a efectuar en la retaguardia de los

²¹⁴ ICC-01/04-02/06. Confirmation Decision.
<https://www.icc.cpi.int./CourtRecords/CR2014.04750.PDF>.

²¹⁵ The Prosecutor v/ Thomas Lubanga Dyllo. Ob. Cit

campamentos contribuían al desarrollo de los combates y así en el párrafo 20 de su Opinión Disidente, argumentó que “las niñas que fueron usadas como esclavas sexuales o «esposas» de los comandantes u otros miembros del grupo armado, proveyeron un apoyo importante al grupo armado”.

Como muy acertadamente prosigue West²¹⁶, “sin tener en cuenta el contexto en el cual las mujeres son ligadas como esposa a un combatiente o miembro de una milicia se las describe siempre como esclavas sexuales. El problema que surge al reducir el matrimonio forzado a un crimen predominantemente sexual es que restringe de nuevo el papel de la mujer exclusivamente como víctima de abusos sexuales y minusvalora otras funciones del matrimonio forzado”.

En el caso Kunarac, en el párrafo 780 se describe como Radomir Kovac que retenía por la fuerza a varias mujeres encerradas en su apartamento, y las “obligaba a cocinar, a servirle, y realizar todos los trabajos domésticos”.

²¹⁶ WEST, James. Ob. Cit. Págs. 113 y 114

En el caso Katanga²¹⁷, en su párrafo 958, se definen muy claramente las características de estos matrimonios forzados que conllevan aparejada una esclavitud doméstica “los combatientes violaron a civiles durante y después del ataque y algunas de las mujeres víctimas de estos ataques fueron secuestradas, emprisionadas y forzadas a convertirse en las esposas de los combatientes, a realizar actos de naturaleza sexual, a ocuparse de las tareas domésticas y, en general, a obedecerles”.

Valentín Franch²¹⁸ cita la sentencia del Tribunal Especial de Sierra Leona, en el caso Armed Revolutionary Forces²¹⁹ “al discutir la calificación de los matrimonios forzados como crimen de lesa humanidad de otros actos inhumanos, el Fiscal sostuvo que tales actos son distintos de los actos de violencia sexual, porque fuerzan a una persona a una apariencia de matrimonio obtenido por la fuerza o por otra forma de coacción”. La sala II interpretó que estos actos de naturaleza

²¹⁷ The Prosecutor v/ Germain Katanga. ICC 01/04-o1/07. 7 de Marzo de 2014.

²¹⁸ FRANCH, Valentín. Ob.Cit.

²¹⁹ www.sierra.leone.org>AFRC-RUF.www.rscsl.org

no sexual eran una afrenta a la dignidad humana (párrafo 697).

En el caso Sepur Zarco²²⁰ actuaron dos juezas y en una sentencia pionera condenaron a 120 y 240 años de prisión a líderes del Ejército por violencia sexual, esclavitud sexual y doméstica contra un grupo de mujeres indígenas. En la sentencia se relata en un florido lenguaje mucho menos frío que el de las sentencias de los Tribunales Internacionales aquí tan repetidamente citadas, como “los soldados violaron a las mujeres, profanando sus cuerpos [...] Sin embargo este maltrato físico y psicológico no se quedó allí, los soldados además de saciar sus instintos animales con las mujeres víctimas, también las obligaron a elaborar alimentos y lavar ropa en el río”. Y más adelante, en la página 491, la sentencia describe vívidamente la humillación de la esclavitud doméstica “ Y no contentos con la violación sexual, degradarlas mediante trato humillante, obligándolas a trabajar en forma forzada, en la elaboración de alimentos y lavado de ropa, sin recibir

²²⁰ Tribunal de Mayor Riesgo. Guatemala. Caso Sepur Zarco. Ob. Cit. Sentencia C-01076-2012.00021.Of.2ª. Pág.486.

ningún pago por el trabajo que realizaban". Es decir, que la esclavitud doméstica integra plenamente los elementos del trabajo forzado y de trato inhumano y degradante.

Una de las definiciones más completas del matrimonio forzado la realizó el Tribunal Especial para Sierra Leona en el Caso Sesay²²¹ y por ello la reproducimos íntegramente en sus párrafos 1468 y siguientes: "1468. También concluimos que muchas mujeres fueron forzadas a casarse mediante amenazas, intimidación, manipulación y otras formas de coacción, basadas en el miedo de las víctimas y su situación desesperada.

1469. En relación con los delitos sexuales imputados en la Acusación, la Sala señala que los Acusados han presentado la contestación en que alegan consentimiento y plantean que las mujeres y niñas a quienes capturaron y raptaron durante los ataques, y que fueron víctimas de esos delitos, consintieron por propia voluntad a los presuntos matrimonios y relaciones

²²¹ Tribunal Especial de Sierra Leona. Caso Issa Hassan Sesay, Morris Kallon y Augustine Gbao. Ob. Cit. Paragf. 1296.
https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/VI.%20Tribunal%20Especial%20para%20Sierra%20Leona_0.pdf

sexuales. La Defensa también postula que los matrimonios se llevaron a cabo con el consentimiento necesario de las partes involucradas. Sin embargo, la Sala observa que es notoria la ausencia del consentimiento de los padres y la familia ante los llamados matrimonios de estas mujeres esclavizadas y abusadas sexualmente.

1470. A la luz de lo que antecede, y teniendo en cuenta el ambiente violento, hostil y coercitivo en el que de pronto se hallaron estas mujeres, la Sala considera, en primer lugar, que las relaciones sexuales con los rebeldes, a pesar de que la Defensa haya sostenido lo contrario, y sobre la base de las pruebas sumamente creíbles y contundentes, no pudieron haber sido ni fueron consensuadas en esas circunstancias, debido al estado de incertidumbre y subyugación en el que vivían durante el cautiverio.

1471. En este sentido, la Sala opina y así resuelve, que en circunstancias hostiles y coercitivas de esta naturaleza, debería haber una presunción de ausencia de consentimiento genuino a mantener relaciones sexuales o contraer matrimonio con los combatientes del

RUF mencionados.

1472. La Sala está convencida de que las “concubinas” no sólo fueron forzadas a mantener relaciones sexuales conyugales con exclusividad, sino que también se esperaba de ellas que realizaran tareas domésticas y tuvieran hijos.”

Resulta muy interesante en esta sentencia, que entre los elementos del matrimonio forzado incluye no sólo el examen de la concurrencia de circunstancias coercitivas sino la constatación de la falta de elementos sociales en la celebración de los matrimonios reales como la asistencia de padres y parientes de las supuestas esposas

8.- PROSTITUCION FORZADA

Entre los crímenes de agresión sexual en conflicto hay algunos que son específicamente femeninos. Como señala Emanuela Cardoso Onofre de Alencar²²².

²²² CARDOSO ONOFRE DE ALENCAR, Emanuela. “La violencia Sexual contra las mujeres en los conflictos armados” en

“en los conflictos actuales los civiles son objeto de ataque cada vez con más frecuencia. Tanto hombres como mujeres están expuestos a las mismas violencias (torturas, torturas sexuales, asesinatos, mutilaciones, hambruna, trabajos forzados). Las mujeres, no obstante, están sujetas a agresiones específicamente femeninas (como embarazos o abortos forzados.” Entre estos crímenes existiría el de prostitución forzada que si bien puede caber la masculina es casi exclusivamente femenina.

La prostitución forzada es un hecho cotidiano en nuestra sociedad por más que sea muy tranquilizador mirar para otro lado. Los crímenes de los que nos ocupamos en este trabajo exigen una serie de elementos circunstanciales, y cuantitativos. Sin embargo podría decirse que en la trata de blancas el umbral de gravedad y la sistematización no difieren mucho de los definidos en el artículo 5 del Estatuto de Roma y más particularmente en el art. 17.

Como ya hemos mencionado repetidamente en este trabajo, el ejemplo más paradigmático de prostitución forzada se produjo en la segunda guerra mundial cuando los altos mandos japoneses decidieron crear unos macroprostíbulos para sus tropas, secuestrando para ello a numerosas mujeres en los países limítrofes y adjudicándoles el lacerante nombre de "*comfort women*".

La esclavitud sexual y la prostitución forzada tienen elementos concomitantes sin embargo existen unas diferencias fundamentales. El art. 7.1) g-3 de los elementos de los crímenes sobre el delito de lesa humanidad de prostitución forzada en su apartado primero coincide con el art.7.1)g-2, crimen de lesa humanidad de esclavitud sexual: uno de los elementos es que el autor haya hecho que una o más personas realizaran actos de naturaleza sexual bajo coacción entendiendo la coacción de forma amplia.

Si en la esclavitud sexual el elemento distintivo es el de que el perpetrador haya ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad, en la prostitución forzada el

elemento que la define es el ánimo de lucro "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".

Como podemos ver en los últimos delitos analizados, los límites que diferencian un crimen de otro son muy subjetivos. Pueden perfectamente coincidir el ánimo de lucro con el ejercicio del derecho de propiedad al igual que en el caso de la esclavitud sexual normalmente existe esclavitud doméstica. Ello dificulta enormemente la calificación.

9.- GENOCIDIO.

Según precisa Garapon,²²³ "no hay que mirar al hombre sino al régimen

²²³ Pag. 21 "Ce n'est pas l'homme qu'il faut regarder mais le regime politique...il faut réinscrire le genocide dans la catégorie des crimes contra l'humanitéle scandale aboslu de la destruction d'un groupe en raison de sa religio ou de son apparence ethnique ne doit pas faire oublier qu'il est avant tout le fruit d'une politique".

político...hay que reinscribir el genocidio en la categoría de crímenes contra la humanidad...el escándalo absoluto de la destrucción de un grupo con motivo de su religión o de su pertenencia a un grupo étnico no deben hacernos olvidar que se trata sobre todo del fruto de una política”

El término de genocidio fue acuñado y empleado por primera vez por Rafel Lemkin en 1944, en referencia a la política nazi de exterminio sistemático de los judíos aunque también en referencia a un genocidio anterior, el del pueblo armenio. Rafael Lemkin era un abogado polaco judío (1900-1959) y para crear la palabra uso el término griego «*geno*» (gente, raza, tribu) y el latín «*cidio*» que significa matar. « Al proponer este nuevo término, Lemkin se refería a "un plan coordinado compuesto por diferentes acciones que apuntan a la destrucción de los fundamentos esenciales de la vida de grupos nacionales, con el objetivo de aniquilar dichos grupos"²²⁴

²²⁴ Enciclopedia del Holocausto
<https://www.ushmm.org/wlc/es/article.php?ModuleId=10007251>

En el Preámbulo de la Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas 827 de 25 de Mayo de 1993 con la que crea con sede en La Haya el Tribunal Internacional *ad hoc* para la antigua Yugoslavia, concretamente en el tercer párrafo, se alude a las “violaciones de mujeres masivas, organizadas y sistemáticas” y se hace referencia a la “práctica de la depuración étnica inclusive para la adquisición y la retención de territorio”, es decir que se alude al genocidio pero sin mencionarlo explícitamente, a diferencia de la Resolución 955 de 8 de Noviembre de 1994 por la que se crea el Tribunal Internacional para Rwanda, en la cual se habla expresamente de genocidio.

La tipificación del crimen de genocidio protege el derecho a existir de grupos raciales, étnicos, religiosos o nacionales. La Convención para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio²²⁵ castiga

²²⁵ Convención Para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Tratado adoptado por la Assamblea General de las Naciones Unidas /Resolución 96 (I) de 11/12/48 en 9/12/1948. Entró en vigor el 12 de Enero de 1951.
<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1948-conv-genocide-5tdm6h.htm>

los actos de genocidio, la asociación para cometer genocidio, la instigación directa y pública a cometer genocidio, la tentativa de genocidio y, la complicidad en el genocidio. La Convención establece en su art.2 la definición de este crimen : "Se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; y e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo".

Esta definición fue incorporada textualmente en los Estatutos del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda y las Cámaras Extraordinarias de los Tribunales de Camboya, y ha quedado

codificada en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

El Estatuto de Roma, en su art. 5, sobre crímenes de competencia de la Corte, establece el crimen de genocidio como un crimen aparte, si bien en los crímenes de lesa humanidad, en art.7.1h), se habla de "persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional".

Por su parte, los Elementos de los Crímenes contemplan el genocidio en el art. 6. distinguiendo entre genocidio mediante matanza(a), mediante lesión grave a la integridad física o mental(b), mediante sometimiento intencional a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física(c) y genocidio mediante la imposición de medidas destinadas a impedir nacimiento d) y finalmente genocidio mediante traslado forzoso de niños(e). En todos los casos uno de los elementos esenciales es la intención de destruir un grupo nacional,

étnico o religioso. El notable constatar que tema del género ha desaparecido. Sin embargo el asesinato de niñas recién nacidas en la India es sin duda un genocidio. Y la violencia de género, los asesinatos "por honor" son crímenes de lesa humanidad basados en el género que deberían ser objeto del derecho penal internacional.

Cada grupo afectado por el crimen de genocidio está compuesto por mujeres, hombres y niños. Por consiguiente, la investigación de la intención de destruir al grupo y de la conducta concomitante, exige un reconocimiento del género de las víctimas como factor determinante en el ejercicio de la violencia. La jurisprudencia internacional ha interpretado y ampliado la comprensión del crimen de genocidio a lo largo de los últimos años, y ha establecido que la violación y la violencia sexual constituyen genocidio en tanto actos destinados a ocasionar lesiones graves a la integridad física o mental de los miembros del grupo. El TPIY adoptó la jurisprudencia del TPIR en el caso Akayesu.

En la sentencia del caso Akayesu²²⁶, el Tribunal expresó la convicción de que los delitos basados en el género cometidos contra las niñas y las mujeres señalaron la existencia de un objetivo concreto: destruir al grupo tutsi en su totalidad o parcialmente. El Tribunal afirma que la violencia sexual, se utilizó como medio para cometer genocidio, causando lesiones graves a la integridad física o mental de las mujeres miembros del grupo. : “En relación con, particularmente, los actos descritos en los párrafos 12(A) y 12(B) de la acusación, esto es, violación y violencia sexual, la Cámara desea subrayar el hecho de que en su opinión, estos constituyen genocidio en la misma medida que cualquier otro acto siempre y cuando fueran cometidos con la intención específica de destruir, total o parcialmente, a un grupo en particular, y seleccionado como tal”.

Curiosamente, como relata Maider Zorrilla²²⁷ en el caso de Akayesu no se habían presentado cargos por violencia

²²⁶ Prosecutor v/ Jean Paul Akayesu. Case nº ICTR-96-4.T Ob.cit.Párraf. 698 y siguientes. <http://ictrcaselaw.org/docs/doc15154.pdf>

²²⁷ ZORRILLA, Maider. La Corte Penal Internacional ante el crimen de violencia sexual. *Ob. Cit.* Pág.57.

sexual sino por genocidio. Sin embargo había numerosas pruebas de violencia sexual a gran escala contra mujeres y niñas: "Frente a la pasividad del Fiscal, la única jueza del Tribunal, Navatnethem Pillay interrogó a las testigos sobre la comisión de actos de violencia sexual durante el genocidio obteniendo evidencia afirmativa de que efectivamente los actos de violencia sexual parecían haberse cometido de forma masiva durante el citado período de tiempo. A raíz de la intervención de la juez y de un informe *amicus curiae* el Fiscal decidió dos semanas después introducir una enmienda en el auto de acusación e incluir cargos de violencia sexual". Una vez más se confirmaba pues la afirmación de Rhonda Coppelon²²⁸ "la historia nos enseña que existe una tendencia prácticamente inevitable a que los crímenes que se conceptúan principalmente como crímenes contra las mujeres sean tratados como crímenes de importancia secundaria".

²²⁸ COPELON, RHONDA. Gender Crimes as War crimes: Integrating Crimes Against Women into International Criminal Law, *McGill law Journal* n° 46.2000-2001. Pág.234

Asimismo, en el caso Akayesu²²⁹, el TPIR estableció que el acto de genocidio puede consistir en “medidas destinadas a prevenir la reproducción del grupo”, como la mutilación sexual, la práctica de la esterilización, los sistemas forzados de control de la natalidad, la separación de los sexos y la prohibición del matrimonio. En la misma Sentencia el TPIR señala que la violación puede constituir una medida encaminada a impedir la reproducción del grupo, cuando la persona violada se niega posteriormente a procrear, de la misma manera que los miembros del grupo pueden verse obligados, mediante amenazas o trauma, a no procrear.

De todo lo analizado hasta este momento, podemos afirmar que gracias a este desarrollo de la jurisprudencia, que define la violación como crimen de lesa humanidad, como crimen de guerra y como genocidio, este delito, un acto tradicionalmente concebido como una violación de derechos individuales, se redefine como un crimen contra un grupo.

229 Prosecutor v/ Jean Paul Akayesu. Case nº ICTR-96-4.T
Ob.cit.Parraf. 698 y siguientes.
<http://ictrcaselaw.org/docs/doc15154.pdf>

Como señala Buss²³⁰ "...la violación es un crimen contra una colectividad. Tienen un componente individual pero se convierte en un crimen contra la humanidad o un genocidio al enfocarse en un colectivo de personas a través de la comisión de actos individuales".

Recapitemos los elementos objetivos que deben concurrir para considerar la violación y los crímenes sexuales como genocidio tal y como los definió el TPIR en el caso Akayesu²³¹:

- 1) la intención de destruir, de forma total o parcial, a un grupo;
- 2) que el grupo sea nacional, étnico, racial o religioso;
- y 3) que la comisión de la violación se produzca como acto para destruir al grupo: "La violencia sexual fue una parte integral del proceso de destrucción, específicamente dirigido a las mujeres tutsi y contribuyó particularmente a su destrucción y a la destrucción de los tutsi

²³⁰ BUSS, Doris E. " Rethinking Rape as a Weapon of War". Published on line © Springer Science Bussiness Media B.V. 2009. Pág.150
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstrcat_id=1373975

²³¹ Prosecutor v/ Jean Paul Akayesu. Case nº ICTR-96-4.T Ob.cit.Parraf. 698 y siguientes.
<http://ictrcaselaw.org/docs/doc15154.pdf>

como grupo...la violencia sexual fue un paso en el proceso de destrucción del grupo tutsi - destrucción de su espíritu, del deseo de vivir, y de la vida misma”

Aunque resulta un avance positivo considerar que la violencia sexual puede constituir un delito de genocidio Amy Barrow²³² considera que “el reconocimiento de la violación como acto de genocidio puede crear un umbral u obstáculo muy elevado contra el cual se han de medir todos los niveles de la violencia sexual. Es verdad que los autores de violaciones individuales han sido enjuiciados solo en raras ocasiones y que la atención prestada a los casos de violación de hombres también ha sido escasa. Esta situación podría dar lugar a la falta de reparaciones jurídicas por actos individuales de violación y de violencia sexual que no formen parte de un ataque más amplio o sistémico.

²³² BARROW, Amy. “ Las resoluciones 1325 y 18920 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Ob. Cit. Pág. 8

En este sentido, Doris Buss²³³ ha señalado que la violencia sexual es a la vez hipervisible e invisible". Aunque la crítica pueda ser en cierto modo justificada lo cierto es que, desde el punto de vista del derecho penal internacional, la violencia sexual no puede ser juzgada más que cuando se produce de forma sistémica. El Estatuto de la CPI afirma claramente que su jurisdicción es subsidiaria, y realmente para las víctimas lo restaurativo sería que las violaciones individuales fueran ser juzgadas por tribunales nacionales y más por cuanto en numerosas ocasiones carecerán de las características subjetivas del dolo que lleva aparejada la violencia sexual en conflicto en la que el objetivo no es precisamente el goce sexual.

10.-EMBARAZO FORZADO.

El embarazo forzado es una forma de genocidio o de limpieza étnica. Pero su

²³³ BUSS, DORIS E. "Rethinking Rape as a weapon o war". Feminist legal studies. Vol.17.pp.145-163. Social Science Research Network. Carleton University Dept. Of Law. April. 2009. [http://: papers.cfm?abstract_id=1373975](http://papers.cfm?abstract_id=1373975)

objetivo puede ser también la modificación étnica que es la expresión que utiliza el Estatuto de Roma. Hitler ya lo practicó en su esfuerzo para llenar el mundo de hermosos ejemplares de la raza aria. Durante el período del Tercer Reich, muchachas con los genotipos correspondientes a dicha raza fueron embarazadas, supuestamente con su consentimiento, por oficiales que también correspondían al tipo.

Como es de suponer la inclusión de este concepto en el Estatuto de Roma fue muy complicada, ya que indirectamente implicaba una referencia a un posible aborto. Sin embargo, puesto que existían casos documentados en el conflicto de la ExYugoslavia se llegó a una definición muy concreta. Como señala Mainer Zorrilla²³⁴. "Como consecuencia de todas las objeciones planteadas, la formulación actual de este crimen impide que pueda abusarse de su utilización puesto que todos los elementos de su definición están medidos milimétricamente para que los únicos supuestos en que se aplique sean

²³⁴ ZORILLA, Mainer. La Corte Penal ante el Crimen de Violencia Sexual. *Ob.Cit.* Pág.34

precisamente aquellos que inspiraron su redacción. El crimen de embarazo forzoso en ningún caso penaliza el rechazo a practicar un aborto. Para que se cometa el crimen en cuestiones necesarias la comisión de varias acciones, entre ellas el confinamiento ilícito de la mujer a la que previamente se ha dejado embarazada por la fuerza, es decir, que previamente ha sido víctima de violación". Como vemos esto dejaría fuera el caso de las mujeres alemanas que fueron confinadas antes de dejarlas embarazadas y no fueron "violadas" en los términos en los que se entiende el término.

El art. 7.1.g del Estatuto de Roma incluye el embarazo forzado entre los crímenes de lesa humanidad y en el punto 2 f) del referido artículo establece la siguiente definición: "Por embarazo forzado se entenderá 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 del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las

normas de derecho interno relativas al embarazo”.

Este delito de embarazo forzado se incluye también en los crímenes de guerra de naturaleza internacional (art.8.2.b xxii) y de naturaleza no internacional (art.8.2.c.vi). En los Elementos de los Crímenes, el embarazo forzoso o forzado de lesa humanidad y de crimen de guerra, requiere los siguientes elementos:

- 1.- 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 del derecho internacional.
- 2.- Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado dirigido contra una población civil.
- 3.- 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.

El elemento requerido en el punto 1 coincide con el elemento del crimen de guerra de detención ilegal del art. 8.2)a)vii) 2 en el cual no se establece cuál es el objetivo de la detención (*mens rea* según la nomenclatura del *common law*).

Recordemos que el Tribunal Penal de Ruanda, en el caso Akayesu, indicó además que: “en sociedades patriarcales donde la membresía dentro del grupo se encuentra determinada por la identidad del padre, un ejemplo de medida destinada a prevenir los nacimientos dentro del grupo es el caso de la violación, cuando, una mujer del grupo perseguido es deliberadamente embarazada por un hombre del otro grupo con la intención de que de a luz un niño que consecuentemente no pertenecerá al grupo de la madre” por lo que la intención constituiría un caso claro de modificación étnica.

CAPITULO VII.

LAS VICTIMAS ANTE LA CPI.

"Yo soy una persona como piedra entorpecedora a que los procesos no queden como tan impunes. Permito que otras mujeres se abran, se llenen de coraje y puedan también presentar sus casos" Bolívar. 2007. P.784²³⁵

1.-ESTATUTO PROCESAL DE LAS VICTIMAS ANTE LA CPI.

La influencia del "*common law*" en los Tribunales Internacionales es enorme, debido a la superior concurrencia de jueces y abogados de dicha concepción del derecho. Ahora bien en el "*common law*", como ya hemos señalado repetidamente, la relevancia procesal de las víctimas es muy sucinta por contraposición a la importante intervención que tienen en el proceso en el derecho continental.

²³⁵ Testimonio de una víctima en COMISION DE LA VERDAD Y MEMORIA DE MUJERES COLOMBIANAS. "La Verdad de Las Mujeres". Coord. GALLEGO ZAPATA, Marina. Asesores: MARTIN BERISTAIN, Carlos Y VALENCIA VILLA, Alejandro. Edita. Ruta Pacífica de las Mujeres. Colombia. Noviembre 2013. Pág. 63

Aunque las víctimas no tuvieron protagonismo alguno en los Tribunales de Núremberg y de Tokio, tanto el TPI como el TPIR empezaron a abrir ciertas vías de participación pero de forma muy restringida (Art.85 Reglas de Procedimiento y Prueba). La propia Fiscal Del Ponte²³⁶ afirmó que “Un sistema de derecho penal que no toma en consideración a las víctimas es fallido necesariamente”. A este respecto, el de la participación de las víctimas en el proceso, la Resolución 51/115 de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre las violaciones ocurridas en la ExYugoslavia²³⁷ ya mencionaba su preocupación por “facilitar su participación a las deliberaciones del Tribunal Internacional (se refiere al TPIY)”.

Como reconoce la Juez Christine Van Den Wyngaert²³⁸ “De hecho, el régimen para las

²³⁶ DEL PONTE, Carla. “Compensating victims with guilty money” en *Judicial Diplomacy:Chronicles and Reports on International Justice*. 9 juin 2000.
www.diplomatiejudiciaire.com.

²³⁷ Resolución sobre las violaciones y abusos de los que son víctimas las mujeres en las zonas de conflicto armado de la exYugoslavia.A/RES/51/115.7 de Marzo de 1997.
<https://documents-dds-ny-un.org/doc/UNDOC/GEN/N97/771/62/PDF/N9777162.pdf?OpenElement>

²³⁸ VAN DEN WYNGAERT, Christine, Victims before International Criminal Courts; Some Views and Concerns of an ICC Trial

víctimas de la Corte Penal Internacional puede, en parte, tener su origen en la insatisfacción, cuando menos en algunos sectores, con el sistema de TPIY, que no permitía participación ni indemnizaciones para las víctimas [...]. Los críticos del sistema del TPIY le reprocharon su fracaso en atender suficientemente los intereses de las víctimas. El Juez francés Claude Jorda, se quejó de que las víctimas fueron reducidas a un papel instrumentalista como meros testigos”.

Mina Rauschenbach y Damien Scalia²³⁹ también citan a Claude Jorda al referirse al estatus de las víctimas en los procesos de los Tribunales *ad hoc*: “Como el principal objetivo de los tribunales penales internacionales es el de juzgar a personas individuales presumiblemente culpables de graves vulneraciones de derecho internacional humanitario, las víctimas no tienen asignado un rol activo.

Judge, En: Case Western reserve Journal of International Law. 475(2011).Pág.477.
Scholarlycommons-
law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1102.

²³⁹ RAUSCHENBACH, Mina; SCALIA, Damien. Victims and International Criminal Justice: a vexed question? En *International Review of the Red Cross*. 441-459. Volume 90. Number 870. June 2008. Pág. 451.
www.redcross.org/anici/uploads/Rauschenbach_Victims_and_International_Justice/issafrica/icj.pdf

El Fiscal en los Tribunales *ad hoc* es quien tiene la dirección del proceso. Las víctimas no pueden perseguir sus propios objetivos que, algunas veces, pueden diferir de los del Fiscal. Su papel en el procedimiento es meramente el de testigos”.

En este sentido, el del papel utilitarista de las víctimas, es interesante recoger lo manifestado en el Informe sobre las víctimas²⁴⁰ de violencia sexual en Bosnia Hercegovina, en el que constataba “Un problema muy alarmante en la práctica de algunos jueces en relación con el ejercicio de los derechos de las víctimas [...]incluían una mención relacionando la veracidad del testimonio de una mujer, víctima de la guerra en un caso de violación, con el hecho de que la víctima ni siquiera pensó en realizar una reclamación sobre una propiedad. Al hacer esta mención, lo que se implica es que, en la situación contraria, reclamar una indemnización en el proceso penal puede ser entendido como

²⁴⁰ Enforcement of Damage compensation claims of victims of war in criminal proceedings in Bosnia and Hercegovina. Situation, challenges and perspectives. TRIAL. Tracking Impunity Always. 2015. Págs.14-16
<https://trialinternational.org/latest-post/so-much-more-than-money-compensation-is-about-closure-and-self-worth/>

un factor que reduce la credibilidad de un testigo”.

La Corte Penal Internacional hubiera podido introducir un cambio significativo en el papel instrumental de las víctimas como medio para el Fiscal de obtener la condena. De hecho sí se introdujeron reformas importantes. Como manifiesta el profesor Olasolo ²⁴¹ “la posición procesal que el Estatuto de Roma les confiere a las víctimas no tiene precedentes en las jurisdicciones internacionales. Tanto es así que en la literatura jurídica se indica con frecuencia que el carácter de participante que se les ha asignado representa la nota más saliente del ER. La idea de conferirles a las víctimas un rol en el proceso tuvo gran aceptación durante la negociación del Estatuto por ser expresiva de una tendencia en el derecho internacional de los derechos humanos”.

La propia Corte en su Preámbulo, hace hincapié en la centralidad de las víctimas en sus propósitos y objetivos y antepone

²⁴¹ OLASOLO ALONSO, Hector. KISS, Alejandro. *El Estatuto de Roma y la Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de participación de Víctima*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. ISSN. 1695-0194. Artículos RECPC 12-13 (2010).Pág.2
[Htttts://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-13-pdf](https://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-13-pdf)

el párrafo que a ellas se refiere “Millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad” al que hace referencia al castigo de los culpables de los crímenes “decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes...”.

La Corte Penal Internacional ha intentado pues compensar este sistema del *common law* y establecer un híbrido entre el *common law* y el *continental law* y así permitir una cierta participación de las víctimas en el proceso pero con clara predominancia aún del primero. También ha creado un organigrama administrativo centrado en las víctimas.

La propia estructura organizativa de la Corte establecida en el Estatuto de Roma, prevé órganos expresamente destinados al asesoramiento y representación de las víctimas. Se crea, dentro de la Secretaría (*Registry/Greffe*), una Unidad de Víctimas y Testigos, unidad que no estaba prevista en el borrador primigenio de 1994 y cuya labor es de gestión pero también de

protección, asistencia y soporte. Esta unidad deberá contar además, por imposición del Estatuto de Roma con personal especializado en temas de violencia sexual (art.43.6 ER).

Para atender estas tareas, posteriormente se crean la Sección para la Participación de las Víctimas y sus Indemnizaciones (*Victims Participation and Reparation Section*) y la Oficina de Asesoramiento para los representantes legales de las Víctimas (*Office of Public Counsel For Victims*). Finalmente existe un Fondo Fiduciario para las Víctimas (*Trust Fund for Victims*) que administra los fondos destinados a las indemnizaciones. Este Fondo se establece en el art.98 de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

Se trata pues de una estructura burocrática de considerable importancia cuyo coste en 2012 fue aproximadamente de 7 millones de euros.

En opinión del profesor Olasolo²⁴² “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos Humanos ha jugado un papel

²⁴²OLASOLO, Hector. Introducción al derecho Penal Internacional. *Ob.Cit.* Pág. 214

particularmente relevante en materia de acceso de las víctimas a la CPI, sobre todo en lo que se refiere al análisis de fondo realizado por la Sala de Cuestiones Preliminares I sobre si ciertas fases procesales constituyen, conforme al art. 68(3) del ER, «fases convenientes» para que las víctimas puedan participar en las actuaciones”. Así en el caso Katanga y Ngudjolo²⁴³, la Sala de Cuestiones Preliminares entendió que las víctimas tenían derecho a estar presentes en las actuaciones preliminares relativas a la audiencia de confirmación de cargos. En este sentido, el art. 15.3 del Estatuto de Roma autoriza a las víctimas a presentar observaciones a la sala de Cuestiones Preliminares.

Como ya hemos señalado la Corte tiene muy presente el mandato de género en cuanto a las víctimas y testigos. En las Reglas de Procedimiento y Prueba, la Subsección 2 que trata de la Unidad de Víctimas y Testigos, señala en su Regla 16, las obligaciones del Secretario en

²⁴³ The Prosecutor v/ Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui. Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of the Victims at Pre-Trial Stage of the Case. ICC-01/04-01/07-474. 13 de Mayo de 2008.

relación con el asesoramiento de las víctimas y acompañamiento durante el proceso. En el punto d) se establece que el Secretario deberá “adoptar medidas que tengan en cuenta las cuestiones de género a fin de facilitar la participación de las víctimas de actos de violencia sexual en todas las fases del procedimiento”. La propia Regla 16 nos remite a la Subsección 3 de las Reglas de Procedimiento y Prueba en las que se detalla la participación de las víctimas en el proceso ante la CPI.

Respecto de la intervención de las víctimas en el proceso se regula en la Regla 89.1 en la que se establece que para formular opiniones y observaciones, las víctimas deberán presentar una solicitud escrita al Secretario que la transmitirá a la sala, la fiscalía y la defensa. Sin embargo la misma Regla advierte que esta solicitud podrá ser rechazada.

En cuanto a la representación legal de las víctimas, la regla 90 dispone el procedimiento para acreditarla. Los representantes, según establece la Regla 91.2, estarán autorizados a asistir a las actuaciones y participar en ellas, incluso a

solicitar interrogar a un testigo (91.3.a). Sin embargo, tanto la participación de las víctimas como la de sus representantes no es un derecho adquirido puesto que queda supeditada a la decisión que al respecto tome la Sala.

Como vemos se atribuye a las víctimas cierta capacidad de intervención pero siempre totalmente monitorizada por la Corte y que en última instancia depende en gran parte de las decisiones que a ese respecto tomen los jueces de la sala correspondiente de la propia Corte. La cuestión es que, como señala Esperanza Orihuela²⁴⁴: “La participación de las víctimas ante la Corte Penal Internacional se pensó como un instrumento al servicio de las funciones punitivas y restaurativas, y[...]evidencia que el sistema establecido y la práctica desarrollada son insuficientes ya que sólo están sirviendo a la primera de ellas y perjudiciales pues están generando retrasos en los procedimientos por la falta de medios que padece la

²⁴⁴ ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza, “Las Víctimas y La Corte Penal Internacional”. Pag. 224. Ed. Thomson Reuters. 2014.

Corte". Es decir que responde sólo a la función punitiva.

El sistema legal híbrido sobre el estatus procesal de las víctimas ante la CPI, introducido por el Estatuto de Roma gracias sobre todo a la presión de Francia no funciona porque se ha realizado desde la perspectiva del *common law* y no ha podido desprenderse del control absoluto que sobre dicha participación tienen la Sala y en menor medida la Fiscalía. La influencia del *common law* en perjuicio de la participación equitativa de las víctimas en el proceso lo señala también Fannie Lafontaine ²⁴⁵ "En cuanto a otras expectativas incumplidas, las esperanzas iniciales de las víctimas de tener una voz en los procesos penales internacionales no tardaron en ser decepcionadas ante los tribunales *ad hoc* los cuales se basaron en gran medida en el modelo del *common law*".

²⁴⁵ LAFONTAINE, Fannie. Justicia en Conflicto y Conflictos sobre Justicia: el derecho Internacional Penal en Tiempos de Altas Expectativas. 15/06/14. Araucaria Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades. Año16. Nº 32. Segundo semestre de 2014. Pág. 339-358-e-ISSN 2340-2199.dci:2014.i32.17
Institucional.us.es/araucaria/nro32/monogr32_8_pdf

Al diseñarse la participación de las víctimas desde la perspectiva de un sistema legal que la concibe desde un punto de vista utilitarista como coadyuvante del Fiscal, e intentar compensarlo introduciendo un sistema híbrido como el establecido en el Estatuto de Roma, el resultado ha sido una costosa y complicada estructura que debe gestionar miles de solicitudes agotando en ello tiempo y recursos. Como explica Christine Wyngaert²⁴⁶ la Sala de Apelaciones, en el caso Lubanga Dyllo, resolvió que si una víctima quiere intervenir en la apelación, debe demostrar que sus intereses están afectados por la apelación, aún cuando esta persona ya tuviera el estatus de víctima en el proceso que dio curso a dicha apelación. Algunas salas han decidido que incluso durante la misma fase procesal, las víctimas deben justificar cada intervención que desean realizar demostrando que existe la afección a sus intereses. Esta aproximación individualizada puede funcionar en un procedimiento nacional en el que hay solo algunas víctimas en cada

²⁴⁶ VAN DEN WYNGAERT, Christine. Victims before International Criminal Courts: Some Views and Concerns of an ICC Trial Judge. *Ob.Cit.* Pág.482

caso. Pero en la Corte Penal Internacional, el número de víctimas es abrumador. El Juez debe realizar todo este procesos por cada una de las aproximadamente 10.000 solicitudes recibidas”.

En resumen las víctimas pueden ser “autorizadas” a “participar” en el proceso pero siempre bajo la supervisión de las Salas. Son los jueces, en cada caso los que desarrollarán el sistema de participación de las víctimas: así se establece claramente el art. 68.3 “La Corte permitirá, en las fases del juicio que considere conveniente, que se presenten y tengan en cuenta las opiniones y observaciones de las víctimas...”. Las víctimas son “participantes autorizados” pero no parte en el proceso. Sin embargo, como apunta Christine Van Den Wyngaert²⁴⁷ “Finalmente, las víctimas no quieren solo participar en el proceso. Quieren ser reconocidas como víctimas y desean ser compensadas por su sufrimiento.”

²⁴⁷ VAN DEN WYNGAERT, Christine. Victims before International Criminal Courts: Some Views and Concerns of an ICC Trial Judge *Ob. Cit.* Pág.486

Y muchas veces, desde la perspectiva occidental, se olvidan cuestiones como las que el informe Outreach 2010²⁴⁸ al que nos referiremos más adelante, pone de relieve: la escasez de medios (impresoras, fax, escáneres), las grandes distancias, la administración caótica son obstáculos casi insalvables para las víctimas ante los formalismos que exige la Corte. En unas sesiones preliminares realizadas en Darfur (Sudan) los asistentes realizaron preguntas como: Si las víctimas no tienen documentos de identidad ¿como pueden solicitar su participación? ¿Es posible solicitar la participación *on line* sin firmarla dada la práctica imposibilidad de encontrar scanners y impresoras en Darfur o el Tchad? ¿Como puede un abogado llevar los casos de tantas víctimas? En Kenya tenemos víctimas de tribus diferentes. Todos fuimos afectados. El abogado ¿representará a las diferentes tribus o la misma tribu?

Lo cierto es que, como los demuestran la Resolución de la Sala III en el caso Bemba y la Opinión Disidente de la juez Sylvia

²⁴⁸ OUTREACH REPORT 2010.Public Information and Documentation Section.Oureach Unit. CPI. Situación en Darfur. Situación en Kenya
<https://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/.../OUR2010Eng.pdf>

Steiner²⁴⁹ la participación de las víctimas sigue viéndose desde un prisma utilitarista. Así la Sala, en el párrafo 26 de la sentencia afirmaba “el umbral para garantizar las peticiones de las víctimas para prestar testimonio es significativamente más amplio que el umbral aplicable a las peticiones de las víctimas para expresar sus opiniones y preocupaciones en persona”

En su Resolución, la Sala descartaba muchas de las nuevas aportaciones que habían solicitado las víctimas (aunque admitía algunas) coincidiendo con la defensa del acusado que había argumentado que no aportaban ningún hecho nuevo sino que su testimonio era acumulativo de toda la evidencia presentada y probada y que postergaría el procedimiento vulnerando el derecho del acusado a un juicio sin dilaciones indebidas.

²⁴⁹ Situation in the Central African Republic in the Case of the Prosecutor v/ Jean Pierre Bemba Gombo. Decision on the supplement applications by the legal representatives of victims to present evidence and the views and concerns of victims. ICC-01/05-01/08- 22 de Febrero de 2012.

Partly dissenting Opinion of Judge Sylvia Steiner on the Decision on the supplement applications by the legal representatives of victims to present evidence and the views and concerns of victims. ICC-01/05-01/08-2138-ICC.01/05-01/08.23 de febrero de 2012.

En su Opinión disidente la juez Sylvia Steiner disiente (párrafo 10) con la estricta visión de que el testimonio de una víctima sólo debe considerarse cuando significa "una contribución al conocimiento de la verdad". Según Steiner (párrafo 11) "la limitación estricta impuesta por la Sala a la presentación de evidencias por las víctimas y el análisis caso por caso de su derecho a presentar sus opiniones y preocupaciones refleja un enfoque utilitarista sobre el papel de las víctimas en la Corte que no tiene base legal y refleja una injustificable restricción de los derechos reconocidos a las víctimas por los redactores del Estatuto".

Tres circunstancias actúan en contra de la participación activa de las víctimas en los procesos ante los Tribunales Internacionales. En primer lugar el enorme número de víctimas implicadas y la complejidad en obtener otro tipo de pruebas materiales. En segundo lugar, como ya hemos señalado repetidas veces, que la mayoría de redactores del Estatuto así como la mayoría de los jueces y abogados que actúan en la Corte provienen de una formación en el *common*

law. La tercera, que afecta especialmente a las mujeres, es las dificultades impuestas por la fragilidad económica y social que les impone su rol en las sociedades patriarcales.

2.-EL CONCEPTO DE VICTIMA

De acuerdo con la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas²⁵⁰ en 64/147 Sesión de 21 de Marzo del 2006 por la que se establecen los " principios y directrices básicos sobre el derecho de las Víctimas de violaciones manifiestas de Derechos Humanos y de Violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones", en su título V. 8 se entenderán por víctima de dichas violaciones: a toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales; también a la familia inmediata o las personas a cargo de la

²⁵⁰ Vid. en <http://.www.derechos.org/nizkor/impu/dihonu.html>

víctima directa; y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o impedir la victimización.

Los criterios para ser considerada una víctima admisible como participante en un proceso ante la Corte Penal Internacional, se establece en el art.85 de las Reglas de Procedimiento y Prueba en la Sección III: Víctimas y Testigos.

La Regla 85, titulada Definición de Víctimas establece los siguientes requisitos: a) Por víctimas se entenderá las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de La Corte; b) Por víctimas se podrá entender también las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares que tengan fines humanitarios". Por lo tanto las víctimas pueden ser personas físicas o jurídicas y, en este

último caso se incluyen las ONG'S que actuen en el lugar del conflicto.

Como vemos en el apartado a) de la Regla 85, en el concepto de víctima es esencial la vinculación con el daño sufrido. Ya hemos examinado parte de la jurisprudencia de la Corte en relación con el concepto de daño. Desde luego la vinculación debe de ser directa y así lo confirmó la Sala de Apelaciones en el caso Lubanga Dyllo²⁵¹ en la que se reconoció como víctimas a los niños reclutados menores de quince años, a sus familiares cercanos y a aquellos que fueron heridos o sufrieron daños al intentar prevenir o impedir su reclutamiento o al ayudarles.

No se establece definición alguna del concepto de testigo si bien se detallan sus obligaciones en las Reglas 65 y 66, y tanto víctimas como testigos están amparados por las mismas disposiciones en cuanto a su protección.

²⁵¹ The Prosecutor v/ Thomas Lubanga Dyllo. *Ob.Cit.* Judgement on the appeals of The Prosecutor and the Defence against Trial Chamber I Decision on Victims Participation. ICC-01/04-01/06-1432. 18 de Enero de 2008.parrf. 53.65.

El art. 68. 3 ER dispone que “la Corte permitirá en las fases del juicio que considere conveniente, que se presenten y tengan en cuenta las opiniones y observaciones de las víctimas si se vieran afectados sus derechos y de una manera que no redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con éstos. Los representantes legales de las víctimas podrán presentar dichas opiniones y observaciones cuando la Corte lo considere conveniente y de conformidad con las reglas de Procedimiento y Prueba”. La juez Silvia Fernández de Gurmendi, hoy Presidenta de la Corte, emitió un dictamen sobre la participación de las víctimas en los procedimientos de cuestiones preliminares en el caso Blé Goudé²⁵² en la cual señala (párrafo13) que los requisitos para ser admitido como víctima son: que se establezca su identidad como persona física; que los hechos descritos en su solicitud sean constitutivos de uno o más crímenes competencia de la Corte y por los

²⁵² Situation in the Republic of Côte d’Ivoire in the Case of The Prosecutor v/ Charles Blé Goudé. Decision on victims participation in the pre-trial proceedings and related issues. ICC-02/11-02/11. 11 de Junio de 2104. www-icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1783345.pdf.

cuáles se ha imputado al acusado y que el solicitante haya sufrido un daño como resultas de dichos crímenes. Asimismo admitió la solicitud de algunas víctimas del caso Gbabo por entender que existían conexiones entre ambos casos.

3.- LA PROTECCION DE LAS VÍCTIMAS ANTE LA CPI: RIESGOS PERSONALES Y DOBLE VICTIMIZACIÓN

Tras el suicidio ocurrido en Reino Unido, de dos víctimas Tracy Shelvey y la violinista Frances Andrade en sendos casos de violación, tras sufrir el interrogatorio a cargo de los abogados de la defensa, la Fiscalía decidió tomar medidas. Frances Andrade refirió a sus amigos que tras el juicio se había sentido "como si la hubieran violado otra vez"²⁵³. Según la nueva guía del *Crown Prosecution Service* de Reino Unido, que ha sido criticada por los abogados para la defensa, para hacer

²⁵³ DPP.proposes new guidelines to help victims and witnesses in court.The Guardian.Law. 23/02/2015. Pág.1
<http://www.theguardian.com/law/2015/jan/19/cps-new-guidelines-victims-witnesses-court-trials>.

que el prestar testimonio en casos de violación sea menos traumáticos, se recomienda a los fiscales y abogados²⁵⁴, entre otras medidas:

- Informar a víctimas y testigos sobre la naturaleza del proceso.
- Advertir a las víctimas y a los testigos que prestar declaración no es un juego de memoria y que la incapacidad de dar una respuesta no debe verse como un signo de debilidad.
- Advertir a las víctimas que durante el proceso se cuestionará su credibilidad y podrá hacerse mención a su pasado y a su reputación. Este último punto evidencia el atraso en el Reino Unido ya que, como veremos, este tipo de interrogatorio está prohibido por el ER.

La Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre las violaciones ocurridas en la ExYugoslavia²⁵⁵ subraya "la

²⁵⁴ Ob.Cit. Pág. 2

²⁵⁵ Resolución sobre las violaciones y abusos de los que son víctimas las mujeres en las zonas de conflicto armado de la exYugoslavia.A/RES/51/115.7 de Marzo de 1997.

necesidad de proteger a las víctimas de violación garantías reales de protección de su vida privada y de su intimidad” y muestra su preocupación por “procurar a que no tengan que sufrir nuevos traumas”, es decir evitar la doble victimización.

Por otra parte, algunos de los testigos y víctimas que comparecieron en el Tribunal de la ExYugoslavia fueron asesinados. Es necesario ser extraordinariamente riguroso al examinar la necesidad de autorizar un interrogatorio de las víctimas. El Estatuto de Roma concreta los derechos del acusado que denomina “garantías mínimas en pie de plena igualdad”, en el art. 67 que en su punto e) establece que tendrá derecho a “interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo. El acusado tendrá derecho también a oponer excepciones y a presentar cualquier otra prueba admisible de conformidad con el presente Estatuto”.

Las garantías de un proceso justo implican obviamente el respeto del derecho a la defensa pero no pueden garantizarlo en detrimento de los derechos de las víctimas. Ningún derecho es absoluto y los derechos de las víctimas deben actuar como límite.

Según relata Christine Van Wyngaert²⁵⁶ que fue jueza del TPIY y, posteriormente Jueza en la Corte Penal Internacional en relación a las críticas vertidas respecto del tratamiento de las víctimas en el TPIY : “ Los abogados de derecho continental tenían problemas con el hecho de que las víctimas que testificaban debían sufrir el frecuentemente doloroso contra-interrogatorio de las defensas. Mucho de esto fue concretado en la frase “doble victimización” que significaba que las víctimas de crímenes atroces eran de nuevo victimizadas una segunda vez como resultado de un proceso en el que no podían participar plenamente”.

La violencia sexual es un delito especialmente complejo, poliédrico en sus

²⁵⁶ VAN WYNGAERT, Christine, Victims before International Criminal Courts: Some Views of an ICC Trial Judge. Ob. Cit, Pag. 477.

causas y efectos pero sobre todo extremadamente traumatizante no sólo física si no psíquicamente y hasta podríamos decir socialmente. Es preciso abordar desde esta complejidad muy especialmente, la forma de proteger y acompañar a las víctimas tanto durante el procedimiento, adoptando medias especiales respecto al testimonio²⁵⁷ y a la prueba. El art.68 del Estatuto de Roma lleva por encabezado, precisamente el de: "Protección de Víctimas y Testigos". Como ya hemos visto la Corte tiene varios departamentos dedicados al asesoramiento de las víctimas y testigos y prevé una consideración especial para las víctimas especialmente vulnerables como las de violencia sexual y los niños. El art. 68 define una serie de actuaciones de protección y apoyo. En el párrafo 1 de dicho artículo se dice que la Corte "adoptará las medidas para proteger la

²⁵⁷ La Fiscal de la Corte Sra. Fatou Bensouda refirió a la autora de este trabajo durante una conversación privada posterior al otorgamiento en 2014 del Premio a la Paz de la Asociación por las Naciones Unidas y el Ayuntamiento y la Diputación de Barcelona, un caso que ilustra este tema: en una ocasión se desplazó con su equipo a un poblado africano para recoger un testimonio de una superviviente de violencia sexual y no obtuvo ninguna declaración. Al día siguiente volvió a desplazarse pero esta vez lo hizo en compañía sólo de mujeres (incluida la chófer del vehículo), entró sola a hablar con la mujer y esta vez obtuvo la declaración "*Acabamos llorando las dos*".

seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y de los testigos” medidas que pueden concordarse con las establecidas en el art.54 apartado 1b) que impone al Fiscal tomar medidas adecuadas para respetar los intereses y circunstancias personales de víctimas y testigos en especial los niños y las víctimas de violencia de género y con el apartado 3 f) que le insta a “adoptar o pedir que se adopten las medidas necesarias para asegurar...la protección de una persona”. También el art. 64 del Estatuto referente a las atribuciones de la Sala de Primera Instancia dispone en el apartado 5.c) que la sala deberá adoptar medidas para la protección del acusado, los testigos y las víctimas. Sin embargo no hay que pasar por alto que el artículo 68 ER señala que las medidas de protección “no podrán redundar en perjuicio de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni serán incompatibles con estos”. Aunque el mismo art.68 en su punto 2 dispone que se pueda celebrar el juicio a puerta cerrada y admite también, como veremos más detalladamente en el apartado siguiente, la presentación de pruebas y

testimonios mediante medios electrónicos, es decir, testimonios filmados.

En cuanto a la Regla 96 de las Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIY establece una serie de disposiciones que coinciden con la línea apuntada en la sentencia del caso Akayesu y que, como ya hemos referido, fue asumida por la Corte, en cuanto a que no deben exigirse pruebas exhaustivas, ni cuestionar el consentimiento ni hacer referencia a la reputación de la víctima: “ En casos de violencia sexual: i) no será necesaria la corroboración de la víctima; ii) no se admitirá el consentimiento como argumento de la defensa en los casos en que a) la víctima hubiera sido amenazada o tenía motivos para temer violencia, maltrato, detención o presión psicológica; b) la víctima pudiera razonablemente creer que de no ceder otra hubiera sido violentada, amenazada o amedrentada”.

En la Regla 70 se recoge prácticamente el mismo texto en la Regla 70 pero, a mi entender, de forma más clara. Así, en los apartados b) y c) establece que el consentimiento no podrá inferirse de

ninguna palabra o conducta de la víctima cuando esta sea incapaz de dar un consentimiento libre y que tampoco podrá entenderse que existe dicho consentimiento por el silencio o falta de resistencia de la víctima a la agresión.

Por su parte, la regla 86 establece un principio general que concede un amplio poder de decisión en cuanto a la protección de los testigos y víctimas: "Una Sala al dar una instrucción o una orden y todos los demás órganos de la Corte al ejercer sus funciones podrá[...] ordenar que se adopten medidas para proteger a una víctima, un testigo o otra persona que corra peligro en razón del testimonio prestado". La Regla 87 desarrolla como se llevarán a cabo estas medidas que podrán ser solicitadas por el Fiscal, la defensa, un testigo o una víctima o su representante legal. En el apartado 1 de dicha Regla se dispone que antes de ordenar la medida se solicitará "el consentimiento de quien haya de ser objeto de ella". En el apartado 3 se prevé la posibilidad de "ordenar medidas para impedir que se divulguen a los medios o agencias de información la identidad de una víctima, un testigo u otra

persona que corra peligro en razón del testimonio prestado” y detalla estas medidas entre las cuales (RPP Regla 87.3 c) se contempla el testimonio por medios electrónicos y la “utilización de medios técnicos que permitan alterar la imagen o la voz, tecnología audiovisual, televisión de circuito cerrado” entre otros y también que se utilicen seudónimos (RPP Regla 87.3.d).

Así pues los jueces de la CPI tienen una gran discrecionalidad a la hora de decretar el anonimato. Podemos encontrar un precedente de esta decisión de imponer el anonimato en el caso de Dusko Tadic ante el Tribunal Penal Internacional de la ExYugoslavia²⁵⁸. En este caso la Sala resolvió las medidas de protección para los testigos en la siguiente forma:

“14. Las medidas de protección de víctimas y testigos están contempladas en particular en las Reglas 69, 75,79 y 89²⁵⁹. La regulación principal está en la Regla 75, según fue modificada en Junio 1995 y

²⁵⁸ DECISION ON THE PROSECUTOR'S MOTION REQUESTING PROTECTIVE MEASURES FOR VICTIMS AND WITNESSES <http://www.icty.org/x/cases/tadic/tdec/en/100895pm.htm> Parraf. 15 A).

²⁵⁹ Se refiere como es obvio a las Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIY.

que reza la siguiente: (A) Un Juez o una sala podrá, de motu proprio o a requerimiento de una parte, de la víctima o testigo, o de la Unidad de Víctimas y Testigos, ordenar medidas apropiadas para la privacidad y la protección de las víctimas y de los testigos siempre que las medidas sean consistentes con los derechos de los testigos.

(B) La corte podrá celebrar una sesión para determinar:

(i) medidas para prevenir la publicidad a los medios o al público de la identidad o paradero de una víctima, testigo o personas relacionados con el mismo por los siguientes medios:

(a) eliminar los nombres e identificaciones de los informes públicos de la Corte.

(b) no hacer incluir ante el público identificación de la víctima o el testigo.

(c) permitir el testimonio mediante distorsión de voz e imagen o por circuito cerrado de televisión.

(d) asignación de un seudónimo

(ii) realizar sesiones a puerta cerrada de acuerdo con la Regla 79;

[....]

(C) La Sala, siempre que sea necesario controlará la forma de preguntar para evitar el acoso o la intimidación”.

Este último punto coincide con lo que indicábamos en referencia a las medidas de la Fiscalía general de Reino Unido. En esta misma decisión y en el párrafo siguiente (15) se autoriza a tomar estas medidas de forma cautelar de acuerdo con la Regla 69 aunque la identidad de la víctima deberá ser revelada a la defensa con suficiente antelación en consonancia con la regla 68.1 que impone la necesidad de conciliar la protección de las víctimas con los derechos del acusado.

La Corte Penal Internacional acordó el uso del vídeo en el caso Bemba²⁶⁰, un caso en el que las acusaciones por violencia sexual eran las prioritarias, por considerar la sala que era compatible con los derechos del acusado

²⁶⁰ The Prosecutor v/ Jean Pierre Bemba Gombo. Ob. Cit. ICC.01/04-01/07-1440.

La cuestión a plantearse es si esta protección es realmente efectiva. El Outreach Report²⁶¹ de la CPI nos acerca de nuevo a la realidad a través de las preguntas de las personas afectadas: En caso de violación, si has ido al hospital pero nunca hiciste una denuncia en la comisaria, ¿como puedes ahora comparecer ante la CPI? ¿Y si no quieres hablar de ello nunca más? ¿Cuándo empieza la protección a las víctimas? ¿Y cuanto dura? A veces los perpetradores y las víctimas viven en la misma comunidad ¿como solucionar las tensiones entre víctimas y perpetradores?

La misma regla 50.1 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI pone en evidencia que la vida de las víctimas y testigos está permanentemente amenazada al señalar: "El Fiscal, cuando se proponga recabar autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares para iniciar

²⁶¹ OUTREACH REPORT 2010.Public Information and Documentation Section.Oureach Unit. CPI. Situación en Kenya y RDC
<https://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/.../OUR2010Eng.pdf>

una investigación de conformidad con el párrafo 3 del art. 15, lo comunicará a las víctimas de las que él o la Dependencia de Víctimas y Testigos tenga conocimiento o a sus representantes legales, a menos que decida que ello puede poner en peligro la integridad de la investigación o la vida o el bienestar de las víctimas y los testigos”.

El 18/04/16 el diario Huffington Post²⁶² daba la noticia de la presentación de una propuesta de ley sobre los Derechos de las víctimas de Violación en el Senado de los Estados Unidos por la Senadora Janet Shaheen²⁶³ : derecho a ser examinadas por un médico forense de forma gratuita; derecho a que se conserven las pruebas del delito; ser informadas por escrito de las políticas de obtención y conservación de evidencias; el derecho a ser informadas del destino y conservación de las pruebas forenses; el derecho a ser asistidas por un abogado especializado.

²⁶² The idea of Basic Rights for Rape Victims Moves a Step Closer to reality. http://huffingtonpost.com/entry/rape-victim-rights-sentae_us.

²⁶³ 114th CONGRESS 2nd, Session. A Bill to amend title 18 United States Code to provide sexual assault survivors with certain rights and for other purposes www.shaheen.senate.gov/imo/media/doc/2016-02-233ShaheenSexualAssaultSurvivorsRightsActFinalText.pdf.

El documento detalla también una serie de medidas sobre pruebas forenses y conservación de estas que deberán ser observadas por la Fiscalía, la Oficina Forenses, los Oficiales de Policía y los equipos de obtención de pruebas.

Aunque estas disposiciones parezcan lejanas coinciden con las que reclamaba Karen Naimer²⁶⁴, directora del grupo Médicos por los Derechos Humanos en relación con las víctimas de violencia sexual en la república Democrática del Congo. Naimer afirmaba que las supervivientes “no son informadas sobre el tiempo o la forma en que se desarrollarán los procedimientos médicos o legales. La gente se desanima, pierden el sentido de su propia importancia en el proceso porque desconocen el sistema”.

²⁶⁴ www.undersiegeproject.org/blog/entry/how-to-build-a-rape-case-from-gathering-testimonies-to-collecting-forensic?utm_campaign=buffer.

4.-LA PRUEBA DE LA VIOLENCIA SEXUAL. PROTOCOLO DE LONDRES.

La prueba de la violencia sexual siempre ha sido un tema complejo en el derecho interno no solo por las dificultades que comporta aportar pruebas forenses sino para demostrar la coacción y el abuso de poder que conlleva. También por las reticencias de las propias mujeres en denunciar el delito. A este respecto la sentencia Akayesu²⁶⁵ afirmaba "El Tribunal también hace constar las sensibilidades culturales involucradas en una discusión pública sobre temas íntimos y recalca la dolorosa renuencia e inhabilidad de los testigos para describir gráficamente los detalles anatómicos de la violencia sexual que padecieron".

La prueba de la violencia sexual se sustenta casi exclusivamente en las declaraciones de las víctimas y de los testigos. Sería redundante referirse aquí a lo traumatizada y desesperada que puede estar la víctima y como puede sentirse al tener que enfrentarse a revivir su

²⁶⁵ The Prosecutor v/ Jean Paul Akayesu. Ob.Cit. Parraf. 687

experiencia no sólo en el proceso sino ante el propio acusado. Y por si esto fuera poco puede sentirse amenazada o temer por su vida pues en la mayoría de los casos el caos y la violencia siguen imperando en los países donde se produjeron los hechos y los perpetradores son personas cercanas en sus comunidades.

La obtención de pruebas de la violencia sexual es un campo en el que es necesario trabajar y ser creativo en el uso de las nuevas tecnologías para proteger tanto a víctimas como a testigos y encontrar mejores sistemas de obtener pruebas y testimonios.

Efectuemos un resumen de los inconvenientes de la prueba en un procedimiento ante la Corte, si la fundamentamos únicamente en los testimonios:

- La dificultad de localización de las víctimas y de los testigos es obvia en casos de conflicto por las circunstancias del mismo. En otros casos, como en el de la esclavitud sexual o las violaciones en campamentos no se da este problema evidentemente.

- Como hemos señalado víctimas y testigos pueden correr peligro y es complicado protegerlas. En la mayoría de casos la violencia sexual se da en ambos bandos, incluso en los campos de refugiados, de modo que no existe forma de proteger a las víctimas ni a los testigos.

- El desplazamiento a los Países Bajos y la estancia,-en ocasiones muy larga-, es muy costosa y puede causar dificultades o agravación del aislamiento de las víctimas, sus familiares y su entorno. En el *Outreach report*²⁶⁶ son frecuentes las preguntas del tipo Si estoy en La Haya bajo protección ¿que ocurrirá con mi negocio o mis tierras?

-Y como hemos señalado repetidamente el rechazo que muchas de estas mujeres sufren en sus familias y sociedades al conocerse que han sido violadas no contribuye precisamente a su voluntad de testificar. Como señala Sabiha Husic²⁶⁷ una

²⁶⁶ OUTREACH REPORT 2010.Public Information and Documentation Section.Oureach Unit. Ob.Cit. CPI. Kenya.

²⁶⁷ En *Domestic Violence revives Bosnian Women's War Nightmares*. (2015). Ob.Cit. www.balkaninsight.com/en/page/balkan-transitional-justice-home.

terapeuta de la organización Médica que ofrece asistencia médica y psicológica a las víctimas de violencia sexual en el conflicto de la ExYugoslavia "algunas mujeres se callan su sufrimiento porque se sienten estigmatizadas como víctimas de violencia sexual en conflicto y solo piden ayuda cuando están desesperadas".

A estas dificultades en la obtención de pruebas y testimonios, se suman otras de gestión y admisión de las mismas por la Corte. En relación con el creciente protagonismo de la Sala de Cuestiones Preliminares, que es la que principalmente se ocupa de esta cuestión, Courtney y Christodoulos²⁶⁸ se refieren a dichas dificultades de tipo burocrático: "Debido a la enorme dimensión temporal y territorial de los crímenes que se juzgan en la Corte y la cantidad de testigos y documentos que integran las actuaciones, los jueces tienen que considerar enormes cantidades de material que según las partes constituye evidencia. Casi todas las decisiones enfatizan que ni el Estatuto ni

²⁶⁸ COURTNEY, Jocelyn y CRISTODOULOS, Kaoutzanis. "Proactive gatekeepers: The Jurisprudence of the ICC's Pre-Trial Chambers". Ob.Cit. Pág. 538

las Reglas de Procedimiento y Prueba determinan qué pruebas son *per se* admisibles o inadmisibles". Como señalan Courtney y Christodoulos, la Corte ha precisado que es admisible la evidencia directa e indirecta y sólo es rechazable una prueba cuando se ha obtenido por medios ilícitos.

En relación a la práctica de la prueba, el art. 69 del Estatuto de Roma admite los testimonios orales o por medio de una grabación de video o audio así como documentos o transcripciones escritas. No se solicitarán pruebas de "hechos de dominio público ni se admitirán aquellas obtenidas con grave violación del Estatuto, de las normas de Derechos Humanos o en perjuicio de los derechos del acusado o de un juicio justo". En el apartado 8, el ER dispone que, al decidir sobre la admisibilidad de las pruebas, la Corte "no podrá pronunciarse sobre la aplicación del derecho interno del Estado".

Como es evidente hay pocas referencias a pruebas documentales si bien el art. 73 del Estatuto hace referencia a las mismas pero respecto de las relativas a

información o documentos bajo custodia del Estado que, además “en cualquier caso podrá negarse a divulgarlas”.

Las Reglas de Procedimiento y Prueba, relativas a la práctica y admisibilidad de la prueba, se establecen en la Sección I. Reglas 63 a 75 y están prácticamente centradas en los testimonios de víctimas y testigos, con una regla específica, la regla 70, para los casos de violencia sexual. Sin embargo, las Reglas 77 y 78 contemplan la posibilidad de obtener otro tipo de pruebas además de los testimonios y disponen la inspección y admisibilidad de “libros, documentos, fotografía u otros objetos tangibles en poder o bajo control del Fiscal o la defensa”.

En Junio de 2014, se celebró en Londres, el I Congreso sobre Violencia Sexual en Conflicto convocado por el Ministerio de Asuntos Exteriores Británico e impulsado por William Hague Secretario de Estado, en el cual se examinaron muy especialmente los protocolos y los avances tecnológicos aplicables a la obtención de las pruebas materiales de la violencia sexual en conflicto y de los testimonios.

Finalmente los trabajos de este congreso se concretaron en un documento: el "Protocolo Internacional sobre Documentación e investigación de la Violencia Sexual en conflicto"²⁶⁹. Estándares Básicos sobre Buenas Prácticas en materia de Documentación de la Violencia Sexual en Conflicto".

Este documento, lamentablemente muy poco conocido se centra en los aspectos prácticos de la obtención de pruebas y testimonios tales como el consentimiento informado, la forma de llevar a cabo los interrogatorios, el tipo de preguntas adecuadas, como buscar un entorno adecuado para los interrogatorios y las técnicas para grabarlos. También examina la forma de obtener pruebas materiales, su recopilación y conservación y el establecimiento de una cadena de custodia de las mismas, insistiendo en la necesidad de promover el uso intensivo de las nuevas tecnologías para la obtención y el archivo de las pruebas. Actualmente y con los medios a disposición de la Corte, no es

²⁶⁹ INTERNATIONAL PROTOCOL ON THE DOCUMENTATION AND INVESTIGATION OF SEXUAL VIOLENCE IN CONFLICT. Basic Standards of best Practice on the Documentation of sexual Violence as a Crime under International Law. https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/.../PSVI_protocol_web.pdf

en absoluto de recibo que la protección de la identidad consista en hacer declarar a las víctimas cubiertas con paños negros como hemos tenido ocasión de ver, de forma denigrante y absolutamente insegura. Los avances tecnológicos existen y deben ponerse al servicio de proteger y amparar a las víctimas.

A causa de los posibles traumas resultantes de las situaciones vividas por las víctimas y de la re-traumatización que produce tener que relatar los hechos de nuevo, reviviendo de nuevo la agresión sufrida, es imperativo poner el acento en la obtención de un máximo de otras pruebas materiales (forenses, fotográficas, documentales) y en convertir en norma la grabación de los testimonios por medios audiovisuales. Es necesario realizar un seguimiento de los casos sobre el terreno encargándolos a una organización internacional o a una organización no gubernamental de manera a que la protección de las víctimas se prolongue lo que sea necesario.

Es evidente que, pese a todo, sigue siendo palmario que la prueba fundamental en

estos casos sigue siendo la testimonial. Esto nos lleva a una nueva cuestión que es recurrente en los casos de agresión sexual: la víctima está tan traumatizada que no les es posible ser coherente, ni recordar los hechos con precisión lo que plantea dudas sobre la veracidad del testimonio.

Sobre este tema las nuevas instrucciones de la Dirección General de la Fiscalía de Reino Unido para casos de violaciones y abusos sexuales²⁷⁰ señalaban que la incapacidad de la víctima de ser coherente y recordar todos los detalles no debía ser tenida en cuenta.

5.-LA CUESTION DE LOS TESTIMONIOS GRABADOS EN LA CORTE Y EN EL DERECHO COMPARADO.

El tema de la obtención de testimonios por medios audiovisuales es trascendental en el caso de violencia sexual. Por ello lo

²⁷⁰ DPP.proposes new guidelines to help victims and witnesses in court.The Guardian.Law. 23/02/2015. Ob. Cit.Pág.1

examinaremos de forma más amplia, volviendo de nuevo sobre su regulación en el Estatuto de Roma y las Reglas de Procedimiento y Prueba. Pese a todas las precauciones la comparecencia en la Corte supone, por las diversas razones apuntadas, un trauma suplementario para la víctima: una doble victimización y posiblemente una amenaza sobre sus vidas. Y además, esta experiencia traumatizante puede deteriorar la pertinencia de su testimonio. El art. 68 del Estatuto de Roma admite "que una parte del juicio se celebre a puerta cerrada o la presentación de pruebas por medios electrónicos u otros medios especiales. En particular, señala el estatuto, se aplicarán estas medidas "en el caso de violencia sexual o de un menor de edad" pero aclara que no es el procedimiento habitual y que estas medidas se aplicarán siempre "como excepción del principio de carácter público de las audiencias establecido en el art. 67".

En el art.69.2 del Estatuto se refiere de nuevo a la posibilidad de presentar testimonios pre-grabados en video o en audio y también así los disponen las

Reglas 67 y 68 de las Reglas de Procedimiento y Prueba. Esta previsión concuerda con lo que dispone la Directiva Europea sobre Derechos, y Protección de las Víctimas²⁷¹ que en su Capítulo IV, identifica a las víctimas con necesidades especiales de protección, y entiende que uno de sus derechos relevantes es “el de no tener contacto con el perpetrador” por lo que en su Sección 23.3 dispone que, de acuerdo con el art.22, las víctimas podrán presentar su testimonio mediante medios audiovisuales sin estar presentes en la sala.

La regla 68 de las RPP de la CPI fue modificada en el año 2013. En su primer redactado requería, que previo al testimonio grabado el Fiscal y la defensa tenían que tener oportunidad de interrogar y repreguntar. Lo cierto es que los testimonios grabados no son un tema pacífico como lo han demostrado las protestas presentadas por la defensa en el caso Ruto²⁷² sobre la credibilidad de los

²⁷¹ Directiva Europea sobre Derechos, Ayuda y Protección de las Víctimas 2012/29 de 25 /10/2012..
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32012L0029>

²⁷² The Prosecutor v/ William Samoei Ruto and Joshua Arab Sang. <https://www.icc-cpi.int/kenya/rutosang/.../RutoSangEng.pdf>

testimonios grabados. Finalmente en Abril de 2016 se acordó la terminación del caso por considerarse que no habían podido presentarse por el Fiscal evidencias suficientes. En este sentido es interesante señalar las garantías establecidas por la sentencia del Tribunal Supremo Español (STS. 10/10/2008) en un caso en el que el acusado alegaba vulneración de los principios de oralidad, inmediación, publicidad, contradicción y oralidad admitió la prueba filmada remitiéndose a las garantías establecidas en el Convenio de la Unión Europea sobre Asistencia Judicial en Materia Penal²⁷³:

- que se explicita el motivo por el que no es oportuna o posible la comparecencia física.
- Presencia durante la grabación de un funcionario judicial del Estado en el que se graba.
- Presencia de un funcionario judicial que ha solicitado la diligencia.

²⁷³ Convenio de Asistencia en Materia Penal. BOE 15 de Octubre de 2003.
<https://www.boe.es>2003/10/15>pdfs>

- Que se levante acta de lo acontecido con todos los datos necesarios para la identificación de los participantes.
- Regulación de las excusas para declarar y falso testimonio por el derecho nacional del Estado representado.

Finalmente vamos a analizar el contenido de la Regla 70 de la RPP de la CPI, específica para la prueba en caso de violencia sexual. En esta regla se establecen unos principios básicos en materia de consentimiento y conducta previa o reputación de la víctima:

“a) el consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario”. Ya examinamos este tema al referirnos a los delitos sexuales y la jurisprudencia del TPIY y del TPIR sobre consentimiento.

“b) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima

cuando esta sea incapaz de dar un consentimiento libre”.

“c) La credibilidad, honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrá inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo”.

Sin embargo, pese a lo establecido sobre el consentimiento en la regla 70, la Regla 72 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI, establece un “procedimiento a puerta cerrada para considerar la admisibilidad de las pruebas” en casos de violencia sexual cuando se pretenda establecer un consentimiento. La decisión corresponde a la Sala después de escuchar las opiniones de la defensa, del testigo y de la víctima y, en su caso de su representante legal. Es una previsión que no se entiende cuando se enjuician casos de violencia sexual en un conflicto. Como ya estableció claramente la jurisprudencia de los dos tribunales *ad hoc* no es posible establecer que existe un consentimiento cuando la víctima está sometida al miedo y al estrés de una situación de guerra.

CAPITULO VIII.-

LAS VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA SEXUAL Y LOS CAMBIOS NECESARIOS EN EL ENFOQUE DE LA JUSTICIA.

“Nos aceptaron como desechos cuando eramos naufrágos”²⁷⁴. María Zambrano

1.-CAMBIOS DE PARADIGMA EN EL CONCEPTO DE VICTIMA.

Las mujeres como decía Todorov²⁷⁵ en “Frente al límite” en relación con la supervivencia en los campos de concentración nazis, tienen más recursos para afrontar el sufrimiento. Paradójicamente, el rol de género que les

²⁷⁴ María Zambrano.Obra Completa. Ed.

²⁷⁵ TODOROV, Tzvetan. “ Facing the extreme. Moral Life in the Concentration Camps”. Visto en <http://kirkusreviews.com/book-reviews/tzvetan-todorov/facing-the-extreme>. (pág. Visitada el 15/01/15)

atribuye características como la empatía, y las confina al cuidado de los demás y a la devoción por los hijos y la familia, funciones a las cuales las somete en el régimen del patriarcado, les otorga también capacidades específicas para la supervivencia y la resiliencia.

Como demuestran innumerables testimonios por ejemplo los que se recogen en este trabajo sobre las supervivientes del conflicto colombiano, las mujeres luchan por sobreponerse al sufrimiento para reconstruir la vida de su familia, de sus hijos, y de su comunidad. Las mujeres sobreviven porque están arraigadas en lo cotidiano, en las virtudes domésticas, en la tierra. Y por ello, en relación a la violencia sexual, al pensar en la justicia para las víctimas debe realizarse un cambio de paradigma: se trata de reconstruir, de cambiar sus condiciones, de ofrecer oportunidades para retejer sus vidas, de que se les reconozcan sus derechos. Esto supone un cambio drástico en el enfoque de los Tribunales Penales Internacionales, en sus procedimientos y en el Derecho Penal

Internacional centrado en las indemnizaciones pecuniarias y poco más.

Hay entornos y los conflictos y las guerras son el entorno paradigmático, en los que sólo se puede ser héroe, mártir o traidor: no cabe sustraerse del conflicto, alejarse, Sin embargo los roles patriarcales están tan rígidamente diseñados que esto sólo es cierto en relación a los hombres. Pese a los numerosos casos de mujeres que han combatido como guerreras, guerrilleras o militares, luchado en la Resistencia, actuado como espías o protagonizado actos de heroísmo, la imaginación colectiva sólo es capaz de verlas como víctimas y ello tiene un reflejo claro en las normas internacionales sobre mujeres y guerra. Ese también es el enfoque en el Derecho Penal Internacional.

Además, la reivindicación de los lobbys feministas, como era lógico, también se ha centrado en luchar por el reconocimiento de los sufrimientos, vejaciones y violencia sufrida por las mujeres en los conflictos y fuera de ellos. Esta estrategia ha dado sus frutos pero también tiene sus inconvenientes.

Como constata Tamar Pitch²⁷⁶ : “Recurrir al potencial simbólico de lo penal no es, ni ha sido por lo demás, una elección solamente del movimiento feminista (o de una parte de este): esto se ha extendido, en cambio, con fuerza, de modo que ahora parece que la única manera de legitimarse como sujetos políticos, o al menos de tener voz, es autodefinirse como víctima”. Más adelante, la misma autora²⁷⁷ insiste en esta línea al señalar que “Por mucho que los documentos internacionales y los movimientos de las mujeres insistan en una lectura más compleja de la violencia de género, haciendo referencia a las desigualdades de recursos y de poder, a la continuidad de las discriminaciones, a los perjuicios, al sentido común sexista, etc, lo que se reconoce[...]es la vertiente delictiva de la cuestión, cuya solución[..] solo puede residir en la justicia penal, lo que conduce a apoyar objetivamente la hoy imperante política de seguridad”. La consecuencia, según Pitch, es ver a las

²⁷⁶ PITCH, Tamar. “ La violencia contra las mujeres y sus usos políticos” Anales de la Cátedra Francisco Suárez,48 (2014) 19-29. Pág 21. Biblioteca del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona.

²⁷⁷ Ob.Cit pag. 23.

mujeres como un colectivo "necesitado de ayuda, débil y vulnerable²⁷⁸".

Este enfoque centrado en el aspecto delictivo y en cuestiones de seguridad global, ha tenido como consecuencia, como veremos al hablar de la justicia restaurativa, el centrarse únicamente en una justicia retributiva cuyo objetivo es el castigo del o de los culpables y, en su caso, a señalar indemnizaciones a las víctimas. Ello conduce a una solución cortoplacista y limitada que no hace justicia a las mujeres que han sufrido violencia sexual en conflicto ni mejora su vida y la de sus familias y comunidades.

Es necesario huir del concepto de víctima como identidad única: las mujeres no son víctimas por que son especialmente vulnerables o frágiles. Lo son porque las estructuras sociales las discriminan, incapacitan, debilitan, objetivizan y les impiden desarrollar su pleno potencial como seres humanos.

Las guerras exacerban esta indefensión estructural. Carol Cohn²⁷⁹ enfatiza como

²⁷⁸ Ob.Cit.Pág. 25.

las divisiones de género aumentan la inseguridad de las mujeres en las guerras "si se considera que recoger leña y acarrear agua para el hogar es trabajo de mujeres por ejemplo las mujeres serán durante la guerra, más vulnerables a la violación puesto que estas responsabilidades las llevan a zonas fuera de sus aldeas...si el cuidado de niños, ancianos y enfermos es considerado como trabajo de mujeres será más difícil para estas que para los hombres huir de forma rápida...si los acuerdos de género de una sociedad permiten a los hombres pero no a las mujeres la propiedad de la tierra, las mujeres que se quedan cuando los hombres parten para luchar o morir en la batalla tendrán poco accesos a los recursos para mantener a sus familias: esto las hace más vulnerables a una serie de relaciones sociales, económicas y sexuales de explotación " Es más, estos roles atribuidos a la mujer la relegan a un papel que es visto no como complementario e importantísimo de la participación activa del hombre en el

²⁷⁹ COHN, CAROL. "Las mujeres y las guerras" Colección Paz y Seguridad. Vol. 8. Ed. Institut Català Internacional per la Pau. 2015. Pág.44.

conflicto sino exclusivamente pasivo, en la retaguardia”.

En definitiva el papel de víctima es un rol construido socialmente mediante estereotipos que, a la vez, se convierten en realidad por la acción de estas mismas estructuras patriarcales.

“La violencia masculina contra las mujeres” señala Tamar Pitch²⁸⁰, “ocurre dentro de un contexto social y cultural todavía marcado por una importante asimetría de poder [...] a la justicia penal se le reserva su propio deber: prevenir esta violencia mediante la amenaza de la pena, procesar y condenar a los culpables [...]La violencia es uno de los instrumentos que sirven para confirmar y reforzar el poder de los hombres sobre las mujeres pero no se identifica con este poder. Que por tanto, para ser desafiado, requiere el uso de instrumentos diversos y más complejos que la justicia penal”. A lo largo del artículo repetidamente citado de la profesora de la Universidad de Perugia,

²⁸⁰ PITCH, TAMAR. “ La violencia contra las mujeres y sus usos políticos” *Anales de la Catedra Francisco Suárez*,48 (2014) 19-29.. Biblioteca del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona. Pág. 26.

Tamar Pitch, se hace hincapie en la insuficiencia del enfoque penal en relación con la violencia sobre la mujer, violencia que expresa una afirmación de poder, - sobre la mujer y sobre los hombres de su grupo. La violencia sexual es la expresión máxima de esa relación de poder puesto que se ejerce sobre uno de los ejes más íntimos y frágiles de la dignidad de la persona que es precisamente su sexualidad.

En este camino de siglos para el reconocimiento de que la violación era un crimen de guerra y de lesa humanidad, una tortura capaz de destruir el cuerpo y el alma y de destruir para siempre el proyecto de vida, por mínimo que fuera en una sociedad que las condena a la discriminación, la lucha de las mujeres ha tenido un papel fundamental. Porque no fue hasta que las mujeres alcanzaron su cuota de poder en los ámbitos internacionales, a través de asociaciones o ostentando cargos de prestigio en los ámbitos jurídicos que empezó la persecución de los crímenes sexuales en la guerra. Sin embargo, muchas de las que lucharon por ese reconocimiento plantean

una reflexión sobre un planteamiento que señala a la mujer como víctima propiciatoria pero ni reconoce ni combate la causa de que lo sea.

2.- EL ROL DE LA MUJER EN LA GUERRA

“Pasé veinte días en un campo de prisioneros donde sobreviví a la violación. Los abusos durante mi matrimonio tanto físicos como psicológicos duraron mucho más”²⁸¹. Es frecuente hablar de la violencia sexual en conflicto como un arma de guerra, utilizada cada vez con más frecuencia en las guerras de las postrimerías de S.XX y en el S.XXI, guerras cuyas víctimas principales son mujeres y niños. Pero precisamente, si se utiliza como arma de guerra el cuerpo de las mujeres es porque la violencia sexual en conflicto, como toda violencia basada en el género (aunque afecte también a los hombres), es fruto de unos roles estructurales que a lo largo de los siglos han perpetuado la subordinación de la mujer al hombre, relegado lo femenino a un estatus inferior y sublimado las

²⁸¹ Testimonio recogido por Albina Sorguc en *Domestic Violence Revives Bosnian Women's war Nightmares*. Ob.Cit. Pág. 1.

características masculinas. Y en ningún lugar se agudizan esos roles más que en una guerra. Y además es en sociedades fuertemente discriminatorias contra las mujeres donde es mucho más probable que estallen conflictos y guerras dado que la guerra es percibida como el ejercicio supremo de la masculinidad. Ese es el lenguaje de movimientos terroristas como el de los yihadistas en los que un machismo delirante lleva a una sublimación de la barbarie como muestra suprema del heroísmo: un espacio en el que la mujer ni siquiera tiene lugar.

Carol Cohn²⁸² constata como la propia imaginería de la guerra está concebida como un ámbito de profunda discriminación de género que propicia la imagen de la mujer como víctima: "la guerra y la paz están profundamente marcadas por el género, en un nivel simbólico. La guerra se asocia con acción, coraje, seriedad, destrucción, armas, explosiones, violencia, agresión, furia, venganza, protección, maestría, heroísmo, "hacer", frialdad, dureza, control

²⁸² COHN, Carol. Ob. Cit. Pág. 50

emocional, disciplina, reto, adrenalina, riesgo, todos términos codificados como masculinos en la mayoría de las culturas. La paz, en cambio, se asocia con pasividad, domesticidad, familia, tranquilidad, interdependencia, no violencia, "ser" más que "hacer", suavidad, negociación, compromiso, falta de acción, de entusiasmo, de desafío y de riesgo, una ausencia más que una presencia, codificados como femeninos en la mayoría de las culturas".

Esta perspectiva tan tendenciosa, influye fundamentalmente en como se perciben los roles de género en las guerras : la acción se reduce al combate mientras que la gestión de la retaguardia, asignada a la mujer, se percibe como una debilidad, una no acción, es decir establece a la mujer como una víctima propiciatoria. Desgraciadamente, sin embargo, la tan pregonada asociación de la paz con características "femeninas" tampoco implica en absoluto que se le dé un protagonismo en las negociaciones de paz. De esta forma la mujer siempre es confinada a un rol pasivo, concebida como

vulnerable y destinataria de ayuda pero nunca como protagonista.

En coincidencia con todo lo expuesto, Judith Gardam²⁸³ considera que "el derecho internacional humanitario contiene la quintaesencia del género masculino, el guerrero, y su víctima propiciatoria, la frágil y desamparada civil mujer necesitada de protección. En segundo lugar, las reglas que protegen a los combatientes y a los civiles asumen que el sujeto mujer tiene unas ciertas características naturales particularmente la modestia y la debilidad que ayudan a constituir su honor [...]".

Por todo ello muchas activistas y académicas han rechazado este enfoque de victimización de las mujeres. Sin embargo el tema de las estructuras patriarcales es extraordinariamente complejo y este planteamiento también tiene sus riesgos. Judith Gardam explica que "la campaña feminista para criminalizar y castigar la violencia sexual contra las mujeres a nivel

²⁸³ GARDAM, Judith. More of The same. Feminist Interactions with IHL. Adelaide law School. Regnet.anu.edu.au/sites/default/files/files/CIGJ-RecentDevelopFeministThinkingIL%26IR-20141203-Gardam-MoreOfTheSame.pdf.

internacional y el resultado final en los cambios en el derecho penal internacional pueden verse como una historia de éxito. Descartar la imagen de la mujer vulnerable ha sido una de las prioridades de la agenda feminista". Sin embargo, advierte Gardam el nuevo modelo que reemplaza esa antigua imagen de la mujer como víctima descartando esa "categoría universal de mujer" no está clara. Como señala y concluye Gardam "en las circunstancias que se discuten "la mujer sigue siendo extremadamente vulnerable y sin recursos para ejercer algún control sobre su situación". Rechazar el modelo de víctima como único rol posible de la mujer en las guerras es necesario sobre todo para reclamar el protagonismo que recomendaban las Resoluciones de Naciones Unidas sobre Mujer, Paz y Seguridad. Pero no reconocer la realidad que las hace vulnerables es un camino equivocado.

3.-LOS LIMITES DE LA JUSTICIA RETRIBUTIVA EN RELACION CON LA VIOLENCIA SEXUAL EN CONFLICTO.

El ejercicio de la justicia penal se fundamenta históricamente en la condena y castigo de un daño producido y demostrado sobre bienes o personas. El principio "*nulla poena sine lege*" enunciado por Paul Johann Von Feuerbach y consagrado posteriormente como principio de legalidad en prevención de actuaciones arbitrarias es toda una declaración de intenciones: el fin es la imposición de una pena como respuesta al daño causado. En definitiva se trata de una venganza de la sociedad sobre el perpetrador.

Y sobre ese enfoque se ha desarrollado la justicia penal internacional: el derecho penal, ya sea en un contexto nacional o internacional, se basa en el daño producido y en el castigo de ese daño.

Este enfoque que lleva al castigo o exoneración del culpable tiene por objeto la disuasión de posibles nuevos perpetradores y, tradicionalmente, se consideraba suficiente para que la o las

víctimas o sus familiares se consideraren resarcidas de su sufrimiento, más aún si existía una indemnización. Así se diseñó en un principio la justicia penal internacional y los procedimientos ante los Tribunales *ad hoc* y la Corte Penal Internacional siguen aún bastante el modelo que se limita a investigar los hechos, a individualizar a uno o varios culpables, reunir pruebas y, pese a los esfuerzos realizados, a seguir viendo a las víctimas desde un prisma utilitarista, para aclarar y demostrar los hechos con vista a la condena o no de los encausados.

El problema de un enfoque puramente retributivo de la justicia en relación con los crímenes de violencia sexual lo señala Margaret de Guzmán²⁸⁴: “como los retributivistas tienden a creer que todos los crímenes deben ser castigados en función del daño, existen pocas teorías sobre como las teorías retributivas influyen en la selección de cuáles son los crímenes [que los fiscales deben

²⁸⁴ GUZMAN, Margaret M. “ An expressive Rationales for the Thematic prosecution of Sex Crimes”. Temple Research Paper Series. Research Paper. 2012-41. Fichl. Publication Series nº 13 (2012). ED. Morten Bergsmo.ed.Torkel Opsahl Academic Epublisher 2012. Social Science Research Network Electronic paper Collection. [http:// papers.sol3/ papers-cfm? Abstract_id =2087656](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?Abstract_id=2087656). Pág. 18

priorizar]...y como se focalizan en el daño causado por el perpetrador, la cuestión es si la persona que comete una violación es más o menos merecedor de castigo que el que comete un asesinato en un contexto similar, es decir un crimen de guerra, un crimen contra la humanidad o un propósito de genocidio". En general como observa Guzmán el asesinato se considera más grave que la violación. Sin embargo, como señala Guzmán "los crímenes internacionales de violencia sexual frecuentemente causan mucho más daño que los asesinatos". Este daño se produce porque, como hemos señalado repetidamente, existe un efecto destructor de las comunidades cuyo eje gira siempre en torno a las mujeres como cuidadoras, reproductoras y difusoras de valores. Así lo constata la sentencia de la Corte Especial de Sierra Leona²⁸⁵ "En opinión de esta Sala, [el grupo de los procesados] infligió un dolor físico y psicológico que trasciende de las víctimas individuales y sus familiares a la sociedad entera. Estos actos de violencia sexual dejaron a muchas mujeres mutiladas de

²⁸⁵ Corte Especial de Sierra Leona. Caso Prosecutor c/ Sesay et al. (RUF CASE). Sentencia de 8 de Abril de 2009. Paragrafo 135.

por vida y en consecuencia, destruyeron a las portadoras de futuras generaciones. La Sala determina que los crímenes de violencia sexual erosionan la fibra moral de la sociedad”.

En resumen los crímenes sexuales afectan a las comunidades y también tienen consecuencias para las propias víctimas en relación con el rol que ostentan en sus comunidades y el estigma que sobre la sexualidad femenina permanece anclado en las sociedades patriarcales.

Fundamentalmente el enfoque retributivo basa su discurso en la venganza que es un discurso masculinizado. Desde la perspectiva puramente retributiva el castigo del culpable es, en definitiva, una venganza de la sociedad y de las víctimas, y tiene como efecto inmediato producir la sensación de que “se ha hecho justicia” tanto para dichas víctimas como para la comunidad afectada. Pero lo cierto es que el enfoque estrictamente retributivo no hace justicia a las víctimas de la violencia sexual, que como veremos más adelante, necesitan mucho más que una indemnización y ver condenados a los

altos mandos de sus agresores. Dado que en los procesos internacionales rara vez se juzga al agresor directo los que hace aún más absurdo el concepto de venganza.

Una de las justificaciones de los retributivistas es el valor ejemplarizante del castigo. En este sentido se ha pronunciado tanto el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas como la propia Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional²⁸⁶ en la época de Luis Moreno Ocampo como Fiscal. Sin embargo desde el punto de vista de la prevención del delito está más que demostrado en derecho penal desde hace tiempo que las condenas no tienen ningún efecto disuasorio en derecho penal.

En derecho penal internacional, en el ámbito de caos de un conflicto, es dudoso que los perpetradores tengan en cuenta las consecuencias de sus actos y además es ínfimo el número de condenas alcanzadas pese a que el tema de la violencia sexual en conflicto es objeto de

²⁸⁶ Report on the Prosecutor Strategy- 2006. Pág. 9
https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/D673DD8C-D427-4547-BC69-2D363E07274B/143708/ProsecutorialStrategy20060914_English.

hiperatención global. El efecto disuasorio en los perpetradores individuales es discutible. Por otra parte, tampoco parece que las sentencias de la Corte, complejas y dilatadas en el tiempo sean percibidas como justicia por las sociedades afectadas, divididas además por efecto del conflicto.

La violencia sexual es un delito cuyos dramáticos efectos se prolongan en el tiempo y tienen efectos sobre la víctima (su salud, su situación económica, su seguridad) y sobre su familia y su comunidad así como en la reconstrucción de la paz. Por lo tanto no es posible reducir su enfoque a la justicia penal desde una perspectiva únicamente retributiva dado que ésta no tiene repercusión alguna sobre las causas estructurales que son el trasfondo de la violencia sexual. Como veremos más adelante, y como ya se ha venido recomendando desde la Resolución 1325, es imprescindible que tras el conflicto y la violencia las mujeres tengan un protagonismo en la construcción de la paz y se incida en las causas estructurales de la violencia.

La justicia en relación con la violencia sexual en conflicto también está impregnada por los estereotipos de género en varios sentidos. Como ya hemos señalado en la priorización de unos crímenes sobre otros en función de la superior gravedad o de lo que socialmente se considera superior gravedad del daño. Por otra parte se ha minimizado excesivamente que no es exclusivamente un delito que afecte a las mujeres. Como afirma James West ²⁸⁷, ya citado en este trabajo, la persistente actitud de ignorar la violencia sexual cometida contra hombres y niños forma parte de la influencia del patriarcado y tiene también consecuencias para las mujeres "esta negligencia tiene implicaciones graves para las mujeres puesto que el no atender los problemas psicológicos y físicos de los hombres agredidos impactan directamente en la vida familiar, en recuperar la normalidad y reestablecer las relaciones de pareja".

El marco de un enfoque meramente retributivo en el derecho penal

²⁸⁷ WEST, James. Ob. Cit. Pág. 118.

internacional (ni por otra parte en el derecho penal) no es eficaz ni justo para abordar la violencia sexual de género. Los delitos que estudiamos por su complejidad y ramificaciones estructurales, exigen enriquecer la dimensión del derecho y la justicia penales. Es básico, sin obviar el castigo del o de los perpetradores, objeto nuclear de la justicia penal, ampliar el radio de acción de su influencia ya que, como señalábamos en otro apartado de este trabajo, la justicia penal internacional tiene un carácter ejemplarizante y un alto contenido moral, y como señalaba la sentencia del caso Sesay²⁸⁸ "los crímenes de violencia sexual erosionan la fibra moral de la sociedad".

Sin embargo, y a pesar de lo dicho debemos reconocer que el carácter retributivo de la justicia penal internacional al juzgar líderes internacionales y jefes militares, aunque el efecto disuasorio de la pena siga siendo dudoso, tiene una importancia fundamental en cambio y cada vez más, al generar un mensaje de lucha contra la

²⁸⁸ Corte Especial de Sierra Leona. Caso Prosecutor c/ Sesay et al. (RUF CASE). Sentencia de 8 de Abril de 2009. Paragrafo 135.

impunidad una reputación internacional negativa.

Analizados los inconvenientes de la justicia retributivista vamos a estudiar lo que constituiría por así decirlo un enfoque más holístico sobre la violencia sexual en conflicto

4.-LAS TEORIAS EXPRESSIVISTAS DEL DERECHO Y SU IMPACTO EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y LA PERSECUCION DE LOS CRIMENES DE VIOLENCIA SEXUAL EN CONFLICTO.

Como señala la teoría expresivista, la justicia a través de las normas y de las decisiones judiciales expresa un mensaje que la sociedad capta subliminalmente. Debemos examinar la capacidad de la justicia penal internacional en expresar las creencias, actitudes y valores de los gobiernos y de los colectivos que promulgan e implementan las leyes que aporten cambios reales. Sin este cambio de valores no tiene sentido creer en un

valor ejemplarizante de las sanciones penales ni pretender que se ha hecho realmente justicia. Ello ocurrirá cuando, por ejemplo, en el discurso social y de los medios de comunicación las mujeres pasen de ser víctimas mancilladas a heroínas y mártires, como lo son los hombres que han muerto o han sido torturados en las guerras.

En el sentido expresivista debemos tener siempre en cuenta la carga simbólica que el término sexual tiene en todas las sociedades y más en relación con la mujer determina las consecuencias que el haber sufrido este tipo de delitos tiene para las víctimas.

Las teorías expresivistas estudian el impacto subliminal de lo simbólico y del lenguaje y su peso específico en el ámbito del derecho. El derecho penal y, en particular el derecho penal internacional bajo cuya competencia recaen los crímenes que, como señalan muchos de los autores citados en este trabajo conmueven la fibra moral de la humanidad debe tener un contenido expresivo importante.

Elizabeth Anderson y Richard H. Pildes²⁸⁹ afirman que Estados y comunidades pueden expresar discriminaciones y establecerlas mediante lo que llaman el daño expresivo. La Convención de Belem do Pará²⁹⁰ y los Informes del Comité de la Comisión contra toda forma de Discriminación contra la Mujer establecen la obligación institucional de los Estados de prevenir, sancionar y erradicar las violencias contra las mujeres. La violencia institucional no solo incluye aquellas manifestaciones de violencia contra las mujeres en las que el Estado es responsable por acción u omisión sino también aquellos actos que muestran una pauta de discriminación o de obstáculo en el ejercicio y goce de los derechos. Como señalan Elizabeth Anderson y Richard H. Pildes²⁹¹ Estados y comunidades pueden establecer ciudadanías de segunda

²⁸⁹ ANDERSON, Elizabeth S, y PILDES, Richard H . "Expressive theories of Law: A general Restatement" en University of Pennsylvania Law Review. 2000. Vol. 148. nº 5. Pág. 1527-1529.
http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3374&context=penn_law_review

²⁹⁰Convención iberoamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.9/06/1994
<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

²⁹¹ ANDERSON, Elizabeth S, y PILDES, Richard H . Ob. Cit. Pág. 1528.

categoría²⁹² “Las teorías expresivas de la moral y el derecho muestran especialmente su poder en materias relacionadas con el daño expresivo. Una persona sufre un daño expresivo cuando es tratada de acuerdo con principios que expresan actitudes negativas o inapropiadas sobre ella”.

Las leyes discriminatorias, la ineficacia o indiferencia en la persecución de la violencia de género, las costumbres sexistas, los códigos vestimentarios diferenciados por sexo son expresiones de una discriminación que fomenta la violencia contra la mujer porque expresan un estatus de segunda categoría y de poco respeto hacia las mismas por parte del Estado.

En el ámbito de las guerras, a lo largo de la historia, los Estados han ensalzado a sus héroes y mártires de guerra casi

²⁹² “*Expressive theories of morality and law show their distinctive power in matters concerning expressive harms. A person suffers expressive harm when she is treated according to principles that express negative or inappropriate attitudes toward her.*” ELIZABETH S. ANDERSON, Elizabeth S. y PILDES, Richard H. . “Expressive theories of Law: A general Restatement”. University of Pennsylvania Law Review. 2000. Vol. 148. n° 5. Pág. 1527. http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3374&context=penn_law_review.

siempre masculinos contribuyendo a la glorificación de la guerra como el ámbito paradigmático para expresar la masculinidad e ignorando la valentía y la heroicidad de las mujeres.

Desgraciadamente en el ámbito penal internacional y en las normas de derecho humanitario la violencia sexual también se ha enfocado bajo un lenguaje que subraya los roles estereotipados de las mujeres como seres vulnerables. Muchas de las normas al insistir sobre la protección de las mujeres refuerzan esa vulnerabilidad ya que solo se las percibe así, como víctimas propiciatorias. Por otra parte también hemos criticado en este trabajo el lenguaje poco asertivo de la mayoría de Resoluciones de las Naciones Unidas que solicita más que impone. Pese a que muchas de estas normas no son vinculantes, el impacto subliminal del lenguaje es poderoso.

Este mensaje negativo sobre las mujeres también se expresa al excluir la violencia sexual de los acuerdos de paz o declarar una amnistía por dichos delitos para "asegurar la reconciliación". Asimismo

tanto Estados como organismos internacionales pueden enviar este mismo mensaje a las poblaciones afectadas por el conflicto al continuar excluyendo a las mujeres de las negociaciones de la paz o incluirlas en una minoría irrisoria obviando sus propias disposiciones y normas internacionales.

Según las resoluciones de Naciones Unidas sobre Mujeres, Paz y Seguridad las misiones de paz de las Naciones Unidas tienen la obligación y la responsabilidad de cumplir las disposiciones sobre participación igualitaria de las mujeres en las conversaciones de paz y así lo reconocen y afirman. Sin embargo eso nunca ocurre ya que si los señores de la guerra se oponen a la participación de las mujeres, los representantes de la ONU ceden en "bien de la paz". Hay una contradicción entre la norma y la realidad y lo que se percibe es que la presencia de mujeres es irrelevante y que se acepta su discriminación.

La actitud de los Estados, las partes en conflicto, las fuerzas de seguridad e incluso los propios tribunales pueden

compararse con la de aquellos padres que aconsejan no fumar a sus hijos mientras apuran con satisfacción el enésimo cigarrillo del día. Una cosa son las palabras y otra los hechos.

Y este daño expresivo se aplica también a la actuación de los tribunales internacionales. Margaret M. de Guzmán²⁹³ citada se refiere al dilema al que se enfrentan los fiscales a la hora de dar prioridad a un crimen "uno de los factores más importantes a la hora de seleccionar un caso para su enjuiciamiento es la fuerza de las pruebas disponibles. Un fiscal puede decidirse por un crimen por el cual está seguro o segura de obtener una condena en función de la contundencia de las pruebas disponibles". Tal fue, evidentemente, la decisión del fiscal Ocampo en el caso Lubanga. Evidentemente esta cuestión de la disponibilidad y eficacia de las pruebas ya constituye un problema gravísimo en relación con la violencia sexual, fundada

²⁹³ GUZMAN, Margaret M. " An expressive Rationales for the Thematic prosecution of Sex Crimes". Temple Research Paper Series. Research Paper. 2012-41. Fichl. Publication Series nº 13 (2012). ED. Morten Bergsmo.ed.Torkel Opsahl Academic Epublisher 2012. Social Science Research Network Electronic paper Collection. [http:// papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?Abstract_id=2087656](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?Abstract_id=2087656). Pág.14.

única y exclusivamente en la mayoría de casos en testimonios. Pero además, como apunta Guzmán existe una tendencia subliminal a considerar los crímenes sexuales como menos graves: “el análisis podría extenderse a crímenes como la tortura o la esclavitud que muy frecuentemente son equiparados con los crímenes sexuales en términos de gravedad”.

Más adelante, Guzmán²⁹⁴ manifiesta: “Voy a realizar dos afirmaciones más...1) que cada una de las justificaciones filosóficas para la persecución de los crímenes internacionales refuerza la priorización de los crímenes sexuales y 2) que la motivación más poderosa para una focalización de los tribunales internacionales en estos crímenes radica precisamente en dar relevancia a las minusvaloradas normas que prohíben estos crímenes”.

El expresivismo intenta evidenciar como las normas y las actitudes pueden transmitir un mensaje de discriminación de forma subliminal. Dice Guzmán “las teorías

²⁹⁴ DE GUZMAN Margaret M. Ob. Cit, Pág. 15.

expresivistas del derecho son relativamente nuevas y complejas pero esencialmente se centran en la capacidad de las leyes para expresar estados de ánimo, creencias, actitudes del Gobierno u otros colectivos. El sentido de un acto legal no emana de los esfuerzos cognitivos de un individuo o grupo de individuos sino que se construye socialmente. De esta forma el sentido social de un acto legal depende no en la intención del actor sino en como el acto es comprendido por la audiencia receptora. De esta forma, una voluntad de realizar leyes expresivas incluye la capacidad de elaborar las leyes de forma que expresen mensajes con valores sociales y a la vez utilizar las leyes para transformar la sociedad”.

Guzmán²⁹⁵ afirma que “aunque todo el derecho puede verse como una expresión, el derecho penal es una forma muy poderosa de expresión a la luz de las graves sanciones que puede imponer y de la misma forma, no sólo es expresiva la ley penal sino también los actos a los que aquella se dirige...”. De hecho los mismos crímenes tienen una carga expresiva ya

²⁹⁵ DE GUZMAN, Margaret M. Ob, Cit. Pág, 32

que si bien matar al enemigo se considera un objetivo "justo" en una guerra, la violencia sexual nunca es legítima y además expresa discriminación y persecución basada en estereotipos de género tanto si se ejerce sobre mujeres como sobre hombres.

Guzmán retoma el efecto ejemplarizante, es decir expresivo, de los procesos por crímenes de guerra y de lesa humanidad o genocidio: "los tribunales internacionales solo pueden castigar a unos pocos entre los que lo merecen y tienen un ámbito de acción limitado en cuanto a la justicia restaurativa. Pero, en cambio, tienen una posición única para cumplir el objetivo de la justicia expresiva".

5.- LA TEORIA FEMINISTA DEL DAÑO.

"Hemos constatado que las víctimas de violencia sexual continúan viviendo sus vidas aisladas, marginadas por sus comunidades y familias, incapaces de reintegrarse y reunirse con sus familias y comunidades. Muchas fueron abandonadas por sus esposos, y las jóvenes y niñas no

puieron casarse en sus comunidades".
Tribunal Especial de Sierra Leona.²⁹⁶.

Es difícil desde una perspectiva académica valorar la enormidad del sufrimiento que causa la violencia sexual. Como co-organizadora de una Jornadas sobre la Resolución 1325 de Naciones Unidas organizadas por el Instituto Internacional Catalán por la Paz (ICIP) en Junio 2015, tuve la ocasión de hablar con una activista de la República Democrática del Congo que atendía a mujeres violadas. Me relató que algunas mujeres no podían soportar la vista de un hombre y que, cuando llegaban los camiones para repartir alimentos a los refugiados, ellas preferían pasar hambre antes que ver a los hombres que repartían los paquetes y recibir algo de sus manos". Según un reportaje de TRIAL²⁹⁷ realizado con profesionales que atendían a víctimas de violencia sexual "las víctimas se

²⁹⁶ Tribunal Especial de Sierra Leona. Caso Issa Hassan Sesay, Morris Kallon y Augustine Gbao. Ob. Cit. Paragf. 1296.
https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/VI.%20Tribunal%20Especial%20para%20Sierra%20Leona_0.pdf

²⁹⁷ Violences sexuelles: ces professionnelles qui travaillent aux côtés des victimes. Pág.10-11.
trialinternationa.org/fr/latestpost/violences-sexuelles-ces-professionnelles-qui-travaillent-aux-cotes-des-victimes

sienten degradadas, cosificadas y deshumanizadas. El trauma de la violencia sexual no se limita a la violencia física sino que vulnera a las víctimas en su dignidad y en su personalidad”

En el mismo informe la psiquiatra, Alma Bravo explica que el carácter íntimo y con frecuencia tabú de los crímenes con carácter sexual constituye una tortura a varios niveles. Este estrés post-traumático se traduce por insomnios, cambios de humor, paranoia y en algunos casos aun cambio total de personalidad. El traumatismo puede propagarse a la generación posterior”.

Doris E. Buss²⁹⁸ constata que “parte del procesos por el cual ciertos tipos de daño y categorías de víctimas se convierten en invisibles se realiza a partir del acto de definir y jerarquizar los crímenes. La categorización legal de los crímenes de guerra hace mucho más que reconocer como delito la causación de diferentes tipos de daño. Se trata de una “gramática del daño”, un lenguaje mediante el cual el Tribunal puede identificar y los testigos

²⁹⁸ BUSS, Doris E. « Retinking Rape as a Weapon of War » vid ob. Cit. pág. 155

relatar su experiencia del daño sufrido y legalmente reconocido”.

Para determinar las indemnizaciones y otras medidas restaurativas, el derecho penal debe evaluar el daño sufrido, Para ello los psicólogos y profesionales de la medicina estudian además de los daños físicos, el trauma emocional y mental causado. ¿Pero es el mismo trauma el que sufre un hombre que el que sufre una mujer en las mismas circunstancias? Sus efectos son los mismos en su vida posterior? Partiendo de las profundas desigualdades de la sociedad ¿cómo podemos equiparar el impacto de la violencia en unos y otras? La tan cacareada mayor resiliencia de las mujeres, indiscutiblemente cierta, ¿es una excusa para minusvalorar su trauma? Como señala Guzmán²⁹⁹ “El concepto de trauma está poco desarrollado y el daño a las mujeres se comprende muy poco. Sin embargo el trauma de las mujeres es particularmente grave en sociedades en las que la vida de la mujer está minusvalorada. Allí donde las mujeres están marginadas, sus experiencias

²⁹⁹ DE GUZMAN, Margaret M. Ob. Cit. Pág. 24

traumáticas pueden agravarse. En particular las mujeres que sufren delitos sexuales pueden sentir vergüenza y humillación que agrava su trauma físico y psicológico.” Retomando la famosa frase “algo peor que la muerte” de las novelas decimonónicas podríamos decir que en el caso de estas mujeres haber sufrido violencia sexual les impone una vida de ostracismo y rechazo que, efectivamente, es una muerte en vida. Los testimonios recogidos por médicos y psicólogos que atienden a las víctimas de la violencia sexual en la antigua Yugoslavia también son claros: las víctimas sufren violencia doméstica en razón de la violencia sexual sufrida durante el conflicto. Branka Antic³⁰⁰ terapeuta en una asociación de ayuda a las víctimas afirma que el 90% de las víctimas de violencia doméstica fueron víctimas de violencia sexual “los hombres a menudo son incapaces de asumir el hecho de que sus mujeres pertenecieran a otro aunque fuera en un acto de violencia”.

³⁰⁰ Testimonio recogido en Domestic Violence Revives Bosnian Women's War Nightmares. www.balkaninsight.com/en/page/balka-transitional-justice-home

Lo que se evidencia es que el trauma sufrido y las secuelas físicas o psicológicas derivadas de la agresión no sólo tienen características específicas por el hecho de sufrirlas una mujer sino que derivan en un trauma subsidiario que se prolonga a lo largo de toda su vida debido a los roles estereotipados de género y a la concepción de la sexualidad que imponen.

Pese a ello, y como una forma más de discriminación, la medicina y la técnica médico-forense no han indagado ni ahondado en un concepto de daño femenino más allá de las especificidades biológicas. Connor McCarthy³⁰¹, en relación con las reparaciones a las víctimas señala que "Las reparaciones y el apoyo a las víctimas en el Estatuto de Roma, es un término definido con referencia al concepto de "daño". Por ello, el concepto de "daño" es fundamental en el régimen de reparaciones para las víctimas".

El sufrimiento femenino tiene características diferentes que han sido

³⁰¹McCARTHY, CONNOR. *Reparations and Victims Support in the International Criminal Court*. Cambridge Studies in International and Comparative Law. CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS. 2012. Pág. 6
www.cambridge.org

ignoradas. Como señala Alejandra Azuero³⁰² “ya en los años 1990 las feministas lucharon por revertir la invisibilidad de la experiencia de las mujeres en las políticas de salud y en el derecho penal.” La teoría feminista del daño focaliza las diferencias en el trauma ligado al género y también sus diferentes repercusiones en la vida de la víctima según sea hombre o mujer”.

Martín y Lirola³⁰³ en relación a esta cuestión afirman que “no se trata sólo de que todas las víctimas de tales crímenes requieran una singular protección con independencia de su sexo, sino también de tomar conciencia de que la victimización es sufrida de manera distinta por hombres y mujeres[...]que en el análisis de los crímenes de naturaleza sexual se tenga presente la forma diferente en que éstos son, en primer lugar cometidos y en segundo lugar sufridos por hombres y mujeres”.

³⁰² AZUERO QUIJANO, Alejandra. Ob. Cit. Pág.256

³⁰³ MARTIN, Magdalena M , LIROLA, Isabel. *Los crímenes de naturaleza sexual en el Derecho Internacional Humanitario*. Ob. Cit.Pág.40.

En relación con el daño sufrido por las víctimas de violencia sexual sería tremendamente injusto evaluar objetivamente los daños físicos y psíquicos con el criterio escueto de las secuelas. “El daño sufrido por las víctimas” afirma Elizabeth Odio Benito³⁰⁴ “no es sólo importante para la evaluación de las indemnizaciones sino que debería ser un aspecto fundamental para que la Sala calificase los crímenes cometidos”

Las víctimas, por encima de los daños evaluables con un baremo neutro, sufren un daño moral prácticamente irreparable que las aísla de sus comunidades y con frecuencia les impide reintegrarse en las mismas. Y, aunque no es el objeto de esta tesis, merecerían un capítulo aparte los niños y niñas nacidas de esa violencia sexual cuyo único destino es el rechazo.

³⁰⁴ The Prosecutor v/ Thomas Lubanga Dyllo. Opinión Disidente de la Juez Elizabeth odio benito. Ob. Cit. Párrf.8

CAPITULO IX.

JUSTICIA REAL PARA LAS VÍCTIMAS: JUSTICIA RESTAURATIVA.

“Finally, the victims and survivors must be at the center of all that we do. Stigma and victim blame needs to be effectively combated by communities, community leaders and civil society. Irrespective of the laws on the books, if prevailing social norms and attitudes attack, blame and shame the survivors rather than the perpetrators, the quality of their lives”
Zainab Bangura. Representante especial de Naciones Unidas en materia de Violencia Sexual en Conflicto³⁰⁵.

1.- REPARACIONES.

El derecho a las reparaciones para las víctimas de vulneraciones de derechos humanos, se establece en numerosas

³⁰⁵ Sexual and Gender-Based Crimes in Conflict mustEnd.7/12/2014.
UN.Delegates Dining Room.ICC-OTP.20141209-PR1073.Launch of the ICC Office of the Prosecutor’s Policy On Sexual Violence and Gender-Based crimes.
http://www.icc.cpi.int/en_menus/icc/pressandmedia/pressrelease.

normas del derecho internacional: en el art.8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en los arts.2.3 y 9.5 del Pacto Universal de Derechos Civiles y Políticos y, entre otros, en el art.14 de la Convención para la Eliminación de la Tortura y Otros Tratos Crueles e Inhumanos.

La Asamblea General de Naciones Unidas³⁰⁶ en su Resolución 64/147 estableció los "principios y directrices básicos sobre el derecho de las Víctimas de violaciones manifiestas de Derechos Humanos y de Violaciones graves del Derecho Internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones" sobre la base de una resoluciones previas de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas (Resol.2005/35 de 19 de Abril 2005). En su Título IX.15, la resolución define en que debe consistir una reparación adecuada, efectiva y rápida: "tiene por finalidad promover la justicia, remediando las violaciones

³⁰⁶ Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las Víctimas de violaciones manifiestas de las Normas Internacionales de derechos Humanos y de violaciones graves del derecho Internacional Humanitario. Resolución aprobada por la Asamblea general de UN. El 16/12/2005. en su 64^o Sesión.
<http://www2.ohchr.org/spanish/law/reparaciones.html>.

manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario. Ha de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido. Conforme a su derecho interno y a sus obligaciones jurídicas internacionales, los Estados concederán reparación a las víctimas por las acciones u omisiones que puedan atribuirse al Estado”

El art. 75 del Estatuto de Roma establece las disposiciones en relación con las indemnizaciones a las víctimas que, en el apartado 2 del mismo artículo dispone que consistirán en: restitución, indemnización y rehabilitación.

La Resolución antes citada de las Naciones Unidas define estos tres conceptos : en el apartado 20 señala que la indemnización ha de concederse “ por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o de violaciones graves del derecho internacional humanitario tales como a) el daño físico o mental; b) la pérdida de oportunidades en particular las

de empleo, educación y prestaciones sociales; los daños materiales y la pérdida de ingresos incluido el lucro cesante; los perjuicios morales; los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos, psicológicos y sociales.

En el aptdo. 21 señala que la rehabilitación ha de incluir atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales.

Finalmente en el apartado 22 señala que la satisfacción debe incluir, entre otras:

- a) medidas eficaces para que no continúen las violaciones;
- b) verificación y publicidad de los hechos;
- c) búsqueda de las personas desaparecidas, de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas y volver a inhumarlos según los deseos de las familias;
- d) declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella;
- e) disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades;
- g) conmemoraciones y homenajes a las

víctimas; inclusión de los hechos en la enseñanza de las normas internacionales. Sobre estas disposiciones volveremos más adelante.

En el apartado 6 del art. 75 del ER., dicho artículo precisa “nada de lo dispuesto en el presente artículo podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de las víctimas con arreglo al derecho interno o el derecho internacional” por lo que los principios y directrices básicos citados son de plena aplicación. Ahora bien, como reconoce la propia Corte en su decisión³⁰⁷ sobre la Apelación en relación con su primer dictamen sobre reparaciones recaídos ambos en el caso Thomas Lubanga³⁰⁸ “La Sala de Apelaciones constata que los Textos Normativos de la Corte no establecen una definición comprehensiva de lo que es una orden sobre

³⁰⁷ Judgement on the appeals against the “Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations” of 7 August 2012 with AMENDED order for reparatiuons (annexA) and Public Annexes 1 and 2. ICC-01/04-01/06 A A 2 A 3. 3 Marzo de 2015. Parrf.31
https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2015_02631.PDF

³⁰⁸ Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations in the case of the Prosecutor v/ Thomas Lubanga Dyllo.
ICC-01/04-01/06. 7 de Agosto de 2012.
https://www.icc-pi.int./CourtRecords/CR2012_07872

reparaciones, y tampoco especifican cual es el contenido mínimo y los detalles de dicha Orden". Así lo constata también la Juez Van Den Wyngaert³⁰⁹ cuando afirma "Si el Estatuto de Roma es bastante vago en cuanto a los derechos de participación de las víctimas en el proceso, aún lo es más en la cuestión de las reparaciones. Los redactores del Estatuto fueron incapaces de llegar a un consenso en este tema y dejaron a la Corte la decisión. Esta es otra muestra de la «ambigüedad constructiva» que pone un peso enorme sobre los hombros de los jueces. En el art. 75, el Estatuto señala que la Corte deberá establecer los principios relativos a las reparaciones sobre o en relación con las víctimas, incluyendo la restitución, la compensación y la rehabilitación. Sobre esta base las víctimas pueden reclamar y las salas acordar, las reparaciones".

En cuanto a las Reglas de Procedimiento y Prueba, las disposiciones sobre reparaciones se integran en la Sección III "Víctimas y Testigos. En la Subsección 4.

³⁰⁹ VAN DEN WYNGAERT, Christine. Victims before International Criminal Courts. Some Views and Concerns of an ICC Trial Judge. Ob.Cit. Pág.486.

El art. 1 de esta Subsección dispone que la víctima deberá presentar una solicitud de reparación en la que se podrá solicitar: la restitución de bienes, propiedades u otros objetos tangibles mediante una descripción de los mismos 94.1d); la indemnización que se solicite (art.94.1 e); la rehabilitación o reparación de otra índole que se pida.

Por lo tanto en ambas normas la CPI prevé la posibilidad de otro tipo de reparaciones que no sean estrictamente las pecuniarias. En la Regla 97, se prevé además la posibilidad de reparaciones colectivas.

En principio las indemnizaciones correrán a cargo del condenado si bien existe, como ya señalamos en su momento, un Fondo Fiduciario para las Víctimas constituido por las donaciones de los países miembros a este fin (Regla 98 de las reglas de Procedimiento y Prueba). A este respecto la juez Christine Van den Wyngaert³¹⁰ es extremadamente crítica "Los recursos disponibles para las indemnizaciones son

³¹⁰ VAN DEN WYNGAERT, Christine. Ob. Cit. Views of an ICC Judge. Pág.492

muy modestos pero esto constituye un enorme contraste con el gasto que se destina a las víctimas en términos de tasas, salarios y gastos. En 2012 fueron al menos siete millones de euros destinados a tareas relacionadas con las víctimas tales como los salarios y gastos de los representantes legales y de las secciones de la Secretaría de la Corte responsables de las víctimas”

La primera Resolución de la Corte³¹¹ estableciendo los principios y procedimientos para ser aplicados en las reparaciones contenía algunas afirmaciones notables. Así, en su párrafo 22 recogía las alegaciones de la Secretaría: “la Secretaría alega que aunque el art. 75 del Estatuto no establece un derecho de las víctimas a las reparaciones, la Sala tiene competencia para establecer los principios generales y la Secretaría la anima a hacerlo”. Por su parte, el Fondo Fiduciario para las Víctimas alegó que “los principios deben

³¹¹ Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations in the case of the Prosecutor v/ Thomas Lubanga Dyllo. ICC-01/04-01/06. 7 de Agosto de 2012. https://www.icc-cpi.int./CourtRecords/CR2012_07872

referirse también a cuestiones filosóficas relacionadas con el derecho de las víctimas a las reparaciones tales como la relación entre reparaciones y reconciliación”.

En este primer dictamen, la Corte hacía recaer especialmente el régimen de reparaciones sobre el Fondo Fiduciario para Las Víctimas (párrafo 266). En cuanto a la reflexión filosófica que les demandaba dicho Fondo en sus alegaciones, el Dictamen era extremadamente vago. Así en su párrafo 179 manifiesta: “Las reparaciones deben cumplir con dos objetivos fundamentales que se encuadran en el Estatuto: obligan a aquellos responsables de crímenes graves a reparar el daño causado a las víctimas e instruyen a la Sala para que se asegure de que los perpetradores respondan por sus actos”. Sin embargo el final del mismo párrafo no deja clara la obligación del condenado. Por otra parte, en el párrafo 261 desliga a los jueces de continuar su implicación en los procedimientos de reparaciones “La sala considera que es innecesario para los presentes jueces de la Sala de Primera instancia I, de continuar adscritos a lo

largo del procedimiento para las reparaciones. Las reparaciones en este caso serán entomadas principalmente por el Fondo Fiduciario para las Víctimas y supervisadas por una sala diferente”

Finalmente la decisión fue apelada tanto por parte del condenado como por algunas víctimas y la Sala de Apelaciones³¹² se pronunció de nuevo sobre las reparaciones. En el primer párrafo de la Sentencia establece que, de acuerdo con el art. 75 ER, una resolución sobre reparaciones debe contener, como mínimo, cinco elementos:

1. Debe dirigirse contra la persona condenada.
2. Debe establecer la responsabilidad penal de la persona condenada e informarla de su obligación respecto de las reparaciones.
3. Debe especificar y motivar para el tipo de reparaciones establecidas, ya sean colectivas o individuales o ambas, de

³¹² Judgement on the appeals against the “Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations” of 7 August 2012 with AMENDED order for reparatiuons (annexA) and Public Annexes 1 and 2. ICC-01/04-01/06 A A 2 A 3. 3 Marzo de 2015.

acuerdo con las reglas de Procedimiento y Prueba 97(1) y 98.

4. Debe definir el daño causado a las víctimas directas e indirectas resultante de los crímenes por los cuales la persona ha sido condenada y identificar las modalidades de las reparaciones que la sala considere apropiadas basándose en las circunstancias específicas del caso,

5. Debe identificar a las víctimas con derecho a las reparaciones o bien establecer los criterios para identificarlas.

Uno de los cambios principales es que esta decisión dispone que la resolución sobre reparaciones debe establecer claramente que la responsabilidad es del condenado por el daño causado a las víctimas y hacerlo constar así expresamente. En su párrafo 66 afirma " los textos legales de la Corte deben expresar claramente que la orden sobre reparaciones debe hacerse contra la persona condenada" y lo señala de nuevo en el párrafo 99 "es obligación de la persona condenada remediar el daño que causaron los crímenes por los que el o ella han sido condenados" y todo ello aunque finalmente sea el Fondo Fiduciario el que se haga cargo del procedimiento

(parrf.70) “ En este sentido, la Sala de Apelaciones constata que en la decisión impugnada, la Sala de Primera instancia interpreta al señalar «por medio del Fondo Fiduciario», que éste debe actuar como sustitutivo de la persona condenada debido a la insolvencia del señor Lubanga. La Sala de Apelaciones considera que este enfoque no es correcto. [...] incluso si las reparaciones son resueltas a través del Fondo Fiduciario de acuerdo con el art.72.2 del Estatuto, debe dictarse una orden contra el condenado”.

De esta forma se establece claramente la responsabilidad del condenado y la relación entre sus crímenes y el daño causado. Por otra parte, al establecer los cinco elementos mencionados, la Decisión “obliga” a que sean las Salas las que monitoricen el proceso sin dejarlo, como si fuera un proceso menor, como hacía el primer dictamen, en manos de órganos administrativos de la Corte como la Secretaría o el Fondo Fiduciario Para las Víctimas.

Un aspecto negativo de este dictamen puede ser sin embargo el alargamiento de

procesos ya de por sí enormemente prolongados.

Todas estas disquisiciones legales muestran una evolución hacia un enfoque cada vez más cercano a las víctimas y a una justicia restaurativa. Sin embargo, como señalan Rauschenbach y Scalia³¹³ la justicia internacional falla irremediablemente a las víctimas en la mayoría de los casos porque “está completamente desconectada de las realidades locales”. Connor Mc Carthy³¹⁴ en su trabajo sobre las reparaciones (*redress*) en la Corte Penal internacional señala los principales obstáculos y deficiencias del sistema: la diferencia entre los objetivos ideales señalados y la realidad; la escasez de recursos disponible para las reparaciones; la selectividad en referencia a las víctimas y a los procesos así como las dificultades de asegurar reparaciones individuales y la descoordinación y fragmentación en la ayuda a las víctimas.

³¹³ RAUSCEHNBACH, Mina y SCALIA, Damien. Victims and International Justice. Ob Cit. Pág. 455

³¹⁴ MCCARTHY, Connor. Reparations and Victims Support in the International Criminal Court. Cambridge Studies in International and Comparative Law. CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS. 2012. Pág. 6 www.cambridge.org

En la práctica, tras los procesos la mayoría de las víctimas quedan desamparadas. Rashida Manjoo³¹⁵ en su misión especial a Bosnia y Hercegovina constató que las víctimas de violaciones eran incapaces de reclamar su derecho a una indemnización ya que se las remitía a procedimientos de responsabilidad civil separados con la excusa por parte de los jueces de que sus reclamaciones alargarían los procesos penales. Dichas mujeres se veían privadas de sus derechos al resultar muy caro y complejo reclamar en la jurisdicción civil.

Dos demoledores informes de la organización internacional TRIAL³¹⁶, constatan la indefensión de las víctimas de violencia sexual en Bosnia Hercegovina y su absoluto desamparo. En el Informe sobre reclamaciones de indemnización por

³¹⁵ HUMAN RIGHTS COUNCIL. Report of the Special Rapporteur on Violence against Women, its causes and consequences. A/HRC/23/49/Add.3.4 de Junio de 2003. Párrf.94

³¹⁶ Between Stigma and Oblivion: A Guide on Defending the Rights of Women Victims of Rape or other forms of Sexual Violence in Bosnia and Hercegovina. TRIAL. Track Impunity Always. 2012. ISBN-978-92-990068-0-1
<https://trialinternational.org/latest-post/bih-trial-publishes-legal-guide-for-victims-of-sexual-violence/>

las víctimas³¹⁷, se constata que “Al interpretar que algo como esto [reclamar una indemnización] indica que existen otros motivos más importantes que el hecho de dar testimonio y establecer la responsabilidad criminal del acusado, los jueces ignoran por completo el hecho de que el derecho a la reparación, además de ser un derecho de las víctimas legalmente reconocido, es asimismo un derecho humano fundamental reconocido internacionalmente y importantísimo para la rehabilitación de las víctimas aunque también es muy evidente que una compensación pecuniaria por los daños sufridos es solo un mínimo simbólico que nunca tendrá el potencial de reparar la tragedia de las mujeres que fueron víctimas de una violación durante la guerra”. El informe de la organización TRIAL reclama procedimientos simples, accesibles y poco costosos como medio para evitar la re-traumatización y la doble victimización.

³¹⁷ Enforcement of Damage compensation claims of victims of war in criminal proceedings in Bosnia and Hercegovina. Situation, challenges, and perspectives. TRIAL. Tracking Impunity Always. 2015. Págs. 14-16
<https://trialinternational.org/latest-post/so-much-more-than-money-compensation-is-about-closure-and-self-worth/>

En ese mismo sentido en relación con las reparaciones se pronuncia también Fannie Lafontaine³¹⁸ al referirse al fracaso de las expectativas de las víctimas de los tribunales internacionales *ad hoc* "Las reparaciones para las víctimas no recibieron un estatus destacado en los tribunales penales *ad hoc*, los cuales se basaron en gran medida en el *common law*. Los estatutos del TPIY y del TPIR prevén la restitución de bienes adquiridos mediante conducta criminal cuando se haya hecho una declaración de culpabilidad pero las víctimas no cuentan con un recurso directo para reclamar su restitución. Estas disposiciones poco o ningún impacto en las víctimas relacionadas con los procedimientos ante los tribunales"

La impecable sentencia del caso Sepur Zarco³¹⁹ en Guatemala, tal vez por dictarla dos mujeres y realizarse en el lenguaje más emotivo al uso en la jurisprudencia de

³¹⁸ LAFONTAINE, Fannie. Justicia en Conflicto y Conflictos sobre Justicia: el derecho Internacional Penal en Tiempos de Altas Expectativas. Ob.Cit.Pág.347

³¹⁹ Tribunal de Mayor Riesgo. Guatemala. Sentencia Zepur zarco. Ob Cit. Pag. 506 y sgtes.

América del Sur, es capaz de transmitir con fuerza la realidad de las consecuencias de los crímenes y cual es el significado de una verdadera reparación para las víctimas cuando afirma : “La reparación a que tiene derecho la víctima comprende la restauración del derecho afectado por el hecho delictivo, que inicia desde reconocer a la víctima como persona con todas sus circunstancias como sujeto de derechos contra quien recayó la acción delictiva, hasta las alternativas disponibles para su reincorporación social o hacer uso lo más pronto posible del derecho afectado en la medida que ello sea humanamente posible, y en su caso, la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la comisión del delito”.

Mediante las reparaciones se centra el objetivo del proceso penal en la víctima, a quien la condena o no del acusado, pese a la satisfacción moral que pueda producirle, no le devuelve la vida que ha perdido ni cura sus heridas ni palia su sufrimiento. Sin reparaciones, sin una justicia verdaderamente restaurativa no hay justicia.

2.-LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y SUS ELEMENTOS.

Los testimonios de las víctimas son contundentes en el sentido de que el ver juzgado y condenado al culpable no es suficiente para sentir que se ha hecho justicia. Tampoco la indemnización económica suponiendo que lleguen a percibirla, aunque desde luego sea una ayuda. Las familias de los supervivientes masculinos al conflicto y de aquellos que han sido torturados o han sufrido graves daños se sienten orgullosas y estos hombres encuentran apoyo en sus comunidades. Son ensalzados como héroes por haber sufrido y encuentran reconocimiento y compasión. Las mujeres, en cambio se enfrentan al oprobio y al rechazo. Si tras un proceso se fijan indemnizaciones en base al daño causado ¿será justo hacerlo de forma igual? Una indemnización puede bastar a un hombre pues pese a las dificultades es factible que pueda rehacer su vida tanto por el apoyo de la comunidad como por su acceso a la propiedad de tierras y a los medios de

producción. Pero ¿basta con la indemnización³²⁰ en el caso de una mujer?

Debemos cuestionar la capacidad real de la justicia penal internacional para paliar de forma efectiva el daño causado a las víctimas, en particular las de violencia sexual, y para incidir en las sociedades post-conflicto. Como señala West³²¹ “el fracaso en reconocer la violencia sexual [...] tiene ramificaciones a largo término [...] y existe una continuación de la violencia en tiempo de paz. No es suficiente destacar la magnitud de la violencia contra mujeres y niñas durante el conflicto”

Cuando Zainab Bangoura³²² representante especial del Secretario General de Naciones Unidas Ban-Ki-Moon compareció en la presentación de la campaña contra los crímenes de violencia sexual y de

³²⁰ Es preciso decir que hablamos de indemnización con el propósito de realizar una reflexión académica puesto que como ya denunció en su momento la organización TRIAL, por ejemplo, respecto de las víctimas de la ex Yugoslavia y es el caso en general, el cobro de las indemnizaciones se mueve más en un estado virtual que real.

³²¹ WEST, James. Ob.Cit. Pág. 119

³²² Sexual and Gender-Based Crimes in Conflict mustEnd.7/12/2014. UN.Delegates Dining Room.ICC-OTP.20141209-PR1073.Launch of the ICC Office of the Prosecutor’s Policy On Sexual Violence and Gender-Based crimes.

género de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional capitaneada por Fatou Bensouda, refirió uno de los miles de casos que llegaban a su Departamento: “En mi visita a Sudan del Sur, pude constatar una combinación de inseguridad crónica, condiciones de vida inhumanas y la práctica continuada de abusos sexuales que me impresionaron terriblemente. Una víctima me dijo: «No se trata solo de violarnos sino de quebrar nuestra dignidad.» Los casos de violación están amparados por prácticas consuetudinarias, normalmente en detrimento de la sobreviviente. Como me explicó una mujer: «Aquí vivimos bajo las reglas de los hombres no bajo las reglas del derecho».

La Resolución 51/115³²³ de la Asamblea de las Naciones Unidas sobre Violaciones y Abusos de los que son víctimas las mujeres en la antigua Yugoslavia, hace referencia a las necesidades de las víctimas de violencia sexual, exigiendo a

³²³ Resolución sobre las violaciones y abusos de los que son víctimas las mujeres en las zonas de conflicto armado de la exYugoslavia. A/RES/51/115.7 de Marzo de 1997.
<https://documents-dds-ny-un.org/doc/UNDOC/GEN/N97/771/62/PDF/N9777162.pdf?OpenElement>

los Estados y a las organizaciones competentes: “ proporcionar los cuidados médicos y psicológicos necesarios a las víctimas en el marco de programas de readaptación destinados a las mujeres y de los niños traumatizados por la guerra, facilitarles protección, consejo y apoyo”.

Las víctimas de la violencia sexual, a través de su experiencia, han tomado conciencia de las raíces estructurales de lo que han sufrido y exigen transformaciones. Como lo expresan las mujeres colombianas³²⁴, además del castigo de los culpables deseaban “no solamente lo que la guerra les quitó sino lo que el patriarcado les quitó”.

Garapon³²⁵ aún va más lejos pues a la función retributiva y restaurativa de la justicia penal internacional señala que es

³²⁴ALEJANDRA MILLER RESTREPO, MARINA GALLEGU ZAPATA, ALEJANDRA COLL, CONSUELO ARNAIZ, SOCORRO CORRALES CARVAJAL, SILVIA GARCIA, OLGA LUCIA RAMIREZ Y ELENA GRAU Coordinado por M. GALLEGU ZAPATA.” La verdad de las mujeres víctimas del conflicto armado colombiano” Pags. 14 y sgtes. Ed. Ruta Pacífica de las Mujeres. Comisión de Verdad y Memoria de las Mujeres Colombianas. 2013. Proyecto con el apoyo de: AECID, Institut Catala Internacional per la Pau, Intermón Oxfam, ONU Mujeres, PNUD Colombia, Agència Catalana de Cooperació al Desenvolupament, Univerisidad del Pais Vasco Programa Suizo para la Promoción de la Paz en Colombia, Global Fund for Women.

³²⁵ GARAPON, Antoine Y HUBRECHT, Joel. La Justice reconstitutive : un objectif diplomatique pour prevenir et surmonter les crimes de masse ». Ob. Cit.Pág.11

necesario añadir una tercera forma de justicia, la justicia reconstitutiva que tiene por objeto reconstituir una sociedad traumatizada por los crímenes en masa". La justicia restaurativa persigue la reparación del daño causado, la restauración no sólo del derecho sino del proyecto de vida.

La justicia restaurativa se enfoca en reparar el daño causado mediante la restauración del derecho de las víctimas, la exposición pública de las causas que motivaron los hechos, es decir la búsqueda de la verdad y la garantía de no repetición mediante las medidas de transformación social y de reestablecimiento de la convivencia.

De hecho ya en la resolución sobre Víctimas y Comunidades afectadas³²⁶ en la que se afirmaba (párrafo.3) la necesidad de revisar en 2015 el sistema de participación de las víctimas en los procedimientos para asegurar la eficiencia y efectividad del sistema así como su

³²⁶ Resolution on Victims and Affected Communities, reparations and Trust Fund for Victims. ICC--ASP/13/Res.4. Adopted at the 12 th.plenary meeting on 17 December 2014.R
http://asp.icc-cpi.int/icc_docs/Resolution/ASP13/ICC-ASP-13-Res-4-ENG.pdf

sostenibilidad, incluyendo si fuera necesario enmiendas al marco normativo con el objetivo de aumentar la certeza y predictibilidad legal para las partes y los participantes y asegurar la planificación para la Corte y el Fondo Fiduciario para las Víctimas. Y en su párrafo 8, siempre con ese lenguaje tan poco determinante “recordaba a los Estados Parte su invitación a actuar en solidaridad con las víctimas, mediante, entre otras acciones, jugar un papel activo de sensibilización a las comunidades sobre los derechos de las víctimas y en particular de las víctimas de violencia sexual y de género, combatir su marginalización y estigmatización, asistirles en su integración social y promoviendo una cultura de fin de la impunidad”.

La justicia restaurativa conlleva tres elementos básicos: la restauración de una vida, el derecho a la verdad y la garantía de no repetición. Como veremos los resultados en relación con la Corte Penal Internacional y los dos Tribunales *ad hoc*, TPIY y TPIR no llevan al optimismo.

3.-RESTAURACION DE UNA VIDA

Zainab Bangoura, en la comparecencia antes señalada, refirió un caso que le resultó desolador pero que muestra claramente porqué en la violencia sexual la justicia no puede centrarse en los resultados del proceso. "Hablé con una niña de 12 años obligada a dejar la escuela y abandonar su sueño de convertirse en doctora debido al estigma que sufría por haber sido víctima de una violación".

Una de las conclusiones más terribles a las que llegan los investigadores de la violencia sexual es que ésta requiere una acción integradora y globalizada en la atención a las víctimas, tanto durante la investigación de los delitos y el desarrollo del procedimiento. Las mujeres y niñas que han sido víctimas de la violencia sexual, requieren intervenciones a largo plazo en el ámbito de la salud física y mental, readaptación a las comunidades mediante actividades de mediación, facilitación de formación y ayudas para la reconstrucción de la vida personal,

atención a los niños habidos de las violaciones y muchas otras actuaciones. Pues bien la conclusión es que todas estas acciones necesarias e imprescindibles requieren una estructura política y social que, en la mayoría de los países afectados o ya no existía de principio o bien ha quedado totalmente destruida durante el conflicto de forma que en la mayoría de los casos no es posible proporcionar esta ayuda sobre el terreno.

Las investigaciones de la organización TRIAL sobre las víctimas de violencia sexual en el conflicto de los Balcanes constatan que la mayoría de ellas han sufrido violencia doméstica como consecuencia de haber sido violadas, en muchas ocasiones pese al hecho de que sus parejas conocían y en un principio aceptaban y las apoyaban en su traumática experiencia³²⁷.

Rauschenbach y Scalia³²⁸ constatan que el apoyo de la sociedad tiene un efecto positivo en las víctimas porque ven que su

³²⁷ Domestic Violence revives Bosnian Women's War Nightmares. Ob. Cit

³²⁸ RAUSCHENBACH, Mina y SCALIA, Damien. Victims and International Criminal Justice. A vexed question? Ob. Cit. Pag. 447

experiencia, a la que han sobrevivido, les ha dado fuerza. Por el contrario, las víctimas que no tienen el apoyo de su entorno consideran el daño irreparable. La conclusión es que la acción social tiene un impacto más positivo en cuanto al sentimiento de que se ha hecho justicia que el propio proceso.

Las mujeres tienen pocos recursos a la hora de rehacer sus vidas en sociedades patriarcales en las que ya antes del conflicto no tenían acceso a la propiedad, carecían de estatus económico y social. Sin embargo la mayoría de ellas centran la restauración de sus vidas en la recuperación de su familia. Las mujeres no solo han sufrido las violaciones de los derechos humanos. También han resistido. Y esa resistencia se basa en la búsqueda de apoyo para sus familias. Sus hijos e hijas son su máxima preocupación y una fuente de sentido para seguir con sus vidas pero desean para ellos un futuro diferente. Así en la Sentencia del caso Zepur Zarco se insta al Gobierno a mejorar las condiciones de los pequeños pueblos donde ocurrieron los hechos, a establecer centros de educación primaria y

secundaria, centros de salud, conceder becas para los hijos de las víctimas³²⁹

En el Seminario realizado en el Institut Català Internacional per la Pau ICIP³³⁰ sobre el conflicto colombiano y la denominada Caravana de Mujeres se explicitó como a través del cuidado se trasciende el concepto de víctima, se toma conciencia de la propia relevancia al cuidar personas, animales, plantas y cosas.

Al afrontar la violencia, las mujeres ponen en cuestión sus roles establecidos socialmente. Los testimonios de las mujeres colombianas demuestran que, al tomar protagonismo público y organizarse como mujeres, al reivindicar su papel en la defensa de la vida, exigen cambios en las relaciones de subordinación en las que la cultura patriarcal las ha mantenido. La denuncia y la reivindicación de sus derechos suponen un cambio en la manera

³²⁹ Sentencia Caso Zepur Zarco. Tribunal de Mayor Riesgo. Ob.Cit. Disposiciones finales.

³³⁰ Seminario celebrado en el Institut Internacional Català per la Pau (ICIP). Presentación del proyecto Caravana de Mujeres. Proyecto con el apoyo de: AECID, Institut Català Internacional per la Pau, Intermón Oxfam, ONU Mujeres, PNUD Colombia, Agència catalana de Cooperació al Desenvolupament, Universidad del País Vasco Programa Suizo para la Promoción de la Paz en Colombia, Global Fund for Women. La autora formaba parte de la Junta de Gobierno del ICIP . 2013

de verse a sí mismas como sujetos de derechos y no como objeto de ayuda o consuelo.

Las víctimas de un conflicto internacional no ven sólo destrozadas sus vidas sino sus comunidades y su relación con dichas comunidades. De forma que, como señalan Rauschenbach y Scalia³³¹ las víctimas “no solo han de superar su propio trauma sino tomar parte en el proceso de rehabilitación social de su entorno”.

El primer paso es conocer, aceptar y comprender la verdad de los hechos que ocurrieron.

4.-EL DERECHO A LA VERDAD

La verdad tiene un gran componente de justicia. En un proceso, para llegar a una conclusión sobre la culpabilidad del o de los imputados, es necesario llegar a establecer los hechos de forma eficaz.

³³¹ RAUSCHENBACH, Mina y SCALIA, Damien. Victims and International Criminal Justice. A vexed question? Ob. Cit.Pag. 451

El derecho a la verdad constituye uno de los pilares de la justicia restaurativa y así lo ha reconocido la CPI inspirándose en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Como constata el Profesor Olasolo³³² "Según la CPI dicha determinación [de la culpabilidad o inocencia de las personas imputadas ante la CPI] afecta directamente a los intereses personales de las víctimas en cuanto que se encuentra estrechamente vinculada con la satisfacción de sus derechos a la verdad y a la justicia,- que por otra parte-, deben de ser distintos del derecho a la reparación. Para la SCPI el interés central de la víctima en el esclarecimiento de la verdad sólo se satisface si: i) quienes son responsables por los delitos sufridos son declarados culpables y ii) quienes no son responsables por los mismos son absueltos de manera que la búsqueda de quienes son penalmente responsables pueda continuar".

La Comisión Interamericana de derechos Humanos en su Informe sobre el Derecho a

³³² OLASOLO, Hector. Introducción al derecho penal internacional. *Ob.Cit.* Pág. 216

la Verdad en América³³³ en el apartado 206 afirma que “la garantía del derecho a la verdad en sentido amplio” contribuye “al esclarecimiento y oficialización de las violaciones de derechos humanos como una medida de reparación para las víctimas y sus familiares y de conmemoración y recuerdo para la sociedad en general”. Asimismo en el apartado 189 reitera la obligación de los Estados de garantizar el acceso a la información y reitera que (párrafo 133) el establecimiento de la verdad mediante mecanismos de otro tipo como las Comisiones de la verdad, no es un sustituto del proceso judicial cuyo fin es también establecer la verdad. Además añade (párrafo 71) “se ha consolidado la noción de que este derecho no solo corresponde a las víctimas y sus familiares sino a la sociedad en su conjunto”. La Comisión establece el vínculo entre verdad y democracia y afirma (párrafo 48) “el derecho a la verdad conforma uno de los pilares de la justicia transicional entendida como una serie de procesos y mecanismos

³³³ COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Derecho a la verdad en América. OEA/Ser.L/V/II.152.Doc.2. 13 de Agosto de 2014. www.cidh.org

asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas de un pasado de abusos a gran escala”.

El derecho a la verdad, en el verdadero sentido restaurativo del término implica además, que los hechos, una vez demostrados, se hagan públicos y que las víctimas sean reconocidas como tales y su sufrimiento conocido. Así es ejemplar la resolución del caso Sepur Zarco³³⁴ en la cual, en el apartado XVII, se ordena al Ministerio de Educación “que en los Programas de Estudio y libros de texto se incluya lo relacionado con el caso de las mujeres de Sepur Zarco ” Y asimismo , en el apartado XVIII, “ Se ordena al Ministerio de Educación y al Ministerio de Cultura la elaboración de un documental que se refiera al caso de las mujeres de Sepur Zarco”. Finalmente la Sentencia dispone que deberá ser traducida a las 24 lenguas indígenas de la comunidad maya.

En el caso del Tribunal Internacional de Mujeres de Tokio 2000 se hizo público el sufrimiento de las “*comfort women*”. En el Tribunal de Mujeres de Tokio se realizó un

³³⁴ Tribunal de Mayor Riesgo A. Caso Sepur Zarco. Ob. Cit. Pág. 510.

reconocimiento a las mujeres víctimas de los soldados japoneses durante la Segunda Guerra Mundial que nunca obtuvieron justicia de ningún tipo, ni siquiera la admisión de su culpa por el Gobierno japonés. Gracias a las sesiones en el Tribunal, sintieron que de algún modo se les había hecho justicia al establecerse ante ellas mismas y ante la comunidad internacional que lo que habían sufrido era un delito que merecía un castigo ejemplar. Se les dió reconocimiento ante la comunidad internacional.

El derecho a la verdad no se extingue con el conocimiento de la misma por las víctimas y su entorno más cercano. El derecho a la verdad se perfecciona mediante la difusión de los hechos a toda la sociedad. Con ello se garantiza el reconocimiento social a las víctimas, y por otra parte se realiza una de las funciones de la justicia retributiva cual es confirmar la no impunidad de los crímenes con el fin de evitar su repetición.

5.-LA GARANTIA DE NO REPETICION

Como hemos relatado, las mujeres víctimas de la violencia sexual requieren de una justicia que no se agote en la condena y la indemnización. Requieren de una justicia transformadora que asegure la no repetición de los hechos mediante la condena de los culpables en un proceso penal legal ante la jurisdicción internacional o nacional y mediante un proceso social de esclarecimiento y publicación de lo ocurrido. Pero también mediante un cambio en las estructuras de impunidad, violencia y desigualdad.

La verdadera reparación garantiza a las víctimas un enfoque distinto que les da un protagonismo no como receptoras de ayuda sino como ejercientes de sus derechos, no como víctimas sino como supervivientes. En el seminario realizado en Colombia³³⁵ las mujeres deseaban “no solamente lo que la guerra les quitó sino lo que el patriarcado les quitó”. Deseaban

³³⁵MILLER RESTREPO, Alejandra; COLL, Alejandra; ARNAIZ, Consuelo; CORRALES CARVAJAL, Socorro; GARCIA, Silvia; RAMIREZ, Olga Lucía y GRAU, Elena, “La verdad de las mujeres víctimas del conflicto armado colombiano”. Coordinado por M. GALLEGO ZAPATA, Marina. Ed. Ruta Pacífica de las Mujeres. Comisión de Verdad y memoria de las Mujeres Colombianas. 2013. Pags. 14 y sgtes.

“el reconocimiento de su sufrimiento, de su contribución al restablecimiento de la paz, el derecho a no volver a la situación anterior”: prevención de la violencia, paridad política y progreso social.

Las mujeres colombianas reconocían que “la violencia [se produce] no sólo en el contexto del conflicto armado, sino en el ámbito privado de una violencia que tiene también una dimensión política”.

Guzmán³³⁶ insiste en la importancia de una transformación social para evitar la revictimización y garantizar la no repetición de los hechos “Debido al estigma que los rodea, los crímenes sexuales a menudo permanecen invisibles. Sin los procesos, los segmentos de la sociedad que sufrieron o perpetraron dichos crímenes pueden quedar sin recursos restaurativos. Además la restauración de los derechos de las víctimas de los crímenes sexuales es posible cosa que no ocurre con otros crímenes”.

³³⁶ DE GUZMAN, Margaret M. Ob.Cit. Pág. 31

Transformar la sociedad para garantizar que los hechos no vuelvan a ocurrir es una responsabilidad institucional que incumbe a los Estados y a sus representantes en relación, por ejemplo y por antonomasia, con la no persecución de los crímenes de género y la violencia sexual en tiempos de paz, o el mantenimiento de leyes o costumbres discriminatorias. En el célebre caso Campo Algodonero contra México³³⁷ en el apartado 4.3 la Sentencia constata “La violencia como discriminación y la obligación de no discriminar”. Así la Corte afirma en (párrf.390)” es esencial entender el vínculo entre la violencia contra las mujeres y la discriminación que la perpetúa, para apreciar el alcance del deber de debida diligencia en el presente caso” y señala “actitudes discriminatorias contra las mujeres por parte de funcionarios estatales influenciaron en la investigación de estos asesinatos”. Y en el siguiente párrafo (391) manifiesta: “Los representantes señalaron que “más allá de la violencia por su género, las niñas y las mujeres juarenses sufren una doble

³³⁷ Caso Campo Algodonero c/ México. Corte Inter americana de derechos Humanos . 16 Noviembre 2009. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf

discriminación, ya que el origen humilde de Claudia, Laura y Esmeralda, como el de las niñas y mujeres asesinadas o que son reportadas como desaparecidas, así como de las madres y familias de estas mujeres, también genera una discriminación de clase social”.

Añadieron que los daños generados por los hechos del caso “se intensifican porque tienen como causa mantener la desigualdad y la discriminación de las mujeres” y que “entre otras condiciones de vulnerabilidad, los daños se amplían pues la impunidad creada y propiciada desde el Estado mexicano sustenta y legitima los patrones de discriminación y violencia contra las mujeres”.

La conclusión sobre el tema de las reparaciones podrían ser las palabras de la juez Christine Van den Wyngaert³³⁸ que llega a plantearse si el sistema de participación de las víctimas introducido por el Estatuto de Roma, burocrático y costoso, cumple con sus objetivos y si “justifica la cantidad de recursos y de

³³⁸ VAN DEN WYNGAERT, Christine. Ob. Cit. Views of an ICC Judge. Pág.495

tiempo invertido en él o si sería mejor gastar estos recursos y este tiempo directamente en las reparaciones". Wyngaert propone un sistema radicalmente diferente: "La participación de las víctimas en los procesos penales no es la única vía si uno quiere empoderar a las víctimas. Contrariamente a lo que frecuentemente se argumenta, no creo que los derechos de las víctimas (como el derecho a la verdad, el derecho a las reparaciones y el derecho a ser informadas) reconocidos por los tribunales de derechos humanos, necesariamente tengan que ser ejercidos introduciendo a las víctimas en el proceso penal. Una solución posible sería transformar el Fondo Fiduciario para las Víctimas en una Comisión de Reparaciones encargada de gestionar las reclamaciones de las víctimas. En esta propuesta las víctimas podrían desligarse del procedimiento criminal y se les permitiría presentar sus reclamaciones ante dicha Comisión de forma que no estuviera restringida a las condenas y además podría ampliarse a todas las víctimas de las situaciones investigadas por la CPI".

De lo estudiado en este Capítulo y los precedentes queda claro que el sistema de los derechos de las víctimas en el marco de los procesos ante las Cortes Internacionales y también sus derechos a las reparaciones y la forma en que la justicia debía garantizarles estos derechos no está funcionando de forma acorde con las esperanzas que las víctimas y la comunidad internacional depositó en la justicia penal internacional y la CPI en particular. Debemos cuestionarnos si, cuando menos puede alegarse un valor transformador de la justicia penal internacional.

CAPITULO X-

LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL Y SU VALOR TRANSFORMADOR EN PARTICULAR CON LA VIOLENCIA SEXUAL.

En el Capítulo dedicado a la Corte penal Internacional ya nos referimos a la importancia del establecimiento de un tribunal permanente con competencia para juzgar los crímenes más graves del derecho internacional en cuanto a proclamar el fin de siglos de impunidad.

En relación con la violencia sexual y el Estatuto de Roma, Maida Zorrilla³³⁹ se muestra optimista " El Estatuto permite a la Corte condenar de forma justa pero contundente a todos los criminales que atenten contra la libertad sexual de las mujeres [...] La relevancia del hecho de sacar a la luz dichos actos de violencia sexual contra las mujeres a través de su definición, criminalización y tipificación por órganos jurisdiccionales y con todo el

³³⁹ ZORRILLA, Maida. La Corte Penal Internacional ante el crimen de violencia sexual". Ob. Cit. Pág.88

respaldo de las leyes internacionales es invaluable. Este proceso en si supone el mayor avance jamás experimentado en la protección de las mujeres y el reconocimiento de su dignidad y derecho de vivir en libertad e igualdad con los hombres". Sin embargo, también reconoce esta autora que la falta de colaboración de los Estados constituye un obstáculo en el avance de los objetivos propuestos. Pese a ello concluye "lo que no podrá cambiar ningún Gobierno ni país es el texto del Estatuto de la CPI, un instrumento jurídico de un alto valor, que permite crear historia en el campo de la violencia sexual contra la mujer y que indudablemente va contribuir de forma muy directa al desarrollo y la mejora del Derecho internacional".

Esta es una cuestión indiscutible. Por primera vez los crímenes de naturaleza sexual son reconocidos de forma explícita y pormenorizada y han sido numerosas las condenas en tribunales internacionales y en el caso de la CPI, en el caso Bemba, el acusado ha sido condenado en base a los crímenes sexuales.

La Fiscal de la CPI, Fatou Bensouda,³⁴⁰ ha confirmado el mandato de la Corte en cuanto a la persecución de los crímenes sexuales y explicitado que la persecución de la violencia sexual tiene un objetivo transformador "Es mi obligación como fiscal de la Corte, acabar con la cultura de impunidad que permite persistir a los crímenes de violencia sexual y de género contra las niñas y las mujeres en tiempos de guerra y en tiempos de paz".

Guzmán³⁴¹ en esa línea, afirma que los Tribunales internacionales pueden ejercer una justicia transformadora de diferentes maneras: "Primero pueden permitir a las víctimas participar en los procesos y concederles indemnizaciones lo que puede además facilitar la reconciliación". Además Guzmán coincide con Garapon³⁴² en el hecho de que los procesos pueden servir para rehabilitar a sociedades desgarradas

³⁴⁰ ICC Press release.09/12/2014. ICC-OTP.20141209-PR1073.Launch of the ICC Office of the Prosecutor's Policy On Sexual Violence and Gender-Based crimes. www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1073

³⁴¹ DE GUZMAN, Margaret M. Ob. Cit. Pág. 30

³⁴² GARAPON, Antoine Y HUBRECHT, Joel. La Justice reconstitutive : un objectif diplomatique pour prévenir et surmonter les crimes de masse ». Ob.CitPág.10-11.

por el conflicto o por graves violaciones de derechos humanos". Finalmente Guzmán señala la posibilidad de promover la rehabilitación de las comunidades mediante el conocimiento de la verdad y el establecimiento de un registro histórico de los crímenes. Sin embargo este propósito ha sido rechazado por la propia Fiscalía de la Corte Penal Internacional³⁴³.

Los programas de incidencia en las comunidades de la Corte penal internacional pueden consultarse en los Informes OUTREACH³⁴⁴ en los que se detallan las acciones llevadas a cabo por la Corte en los países de origen de los acusados que son objeto de un proceso. La mayoría de actividades son de tipo informativo-formativo sobre la propia Corte con profesionales de estos países y con las propias comunidades. Si bien esta labor es necesaria está centrada en la actividad de la Corte y en uno de sus principales objetivos que es la lucha

³⁴³ Report of the Prosecutor Strategy 2009-2012. 1 febrero de 2010. [http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/66A\(DCDC-3650-4514-AA62-D229D1128F65/281506/OTProsecutorialStrategy20092013.pdf](http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/66A(DCDC-3650-4514-AA62-D229D1128F65/281506/OTProsecutorialStrategy20092013.pdf)

³⁴⁴ Ver por ejemplo el OUTREACH REPORT 2010 y otros informes sobre acciones en las Comunidades en: [https:// www.icc-cpi.in/aboutIinteractin-with-comumunities](https://www.icc-cpi.in/aboutIinteractin-with-comumunities)

contra la impunidad o mejor dicho enviar el mensaje de que la existencia misma de la Corte significa el fin de la impunidad. También consiste en informar a las presuntas víctimas y representantes legales sobre el acceso a la Corte y las dinámicas de los procesos.

Sin embargo cabe preguntarse si se cumplen los elementos de la justicia restaurativa que enumerábamos anteriormente. Rauscehnbach y Scalia³⁴⁵ son escépticos: “[la justicia restaurativa] proporciona una mejor comprensión del porqué los perpetradores hicieron lo que hicieron y también de la naturaleza de las estructuras socio-políticas que facilitaron que ocurrieran los hechos. Estos procesos deben conducir a la construcción de la memoria colectiva de una sociedad y a un consenso entre todas las partes pero también una recomendación para mejorar el funcionamiento de la sociedad como un medio de que esas graves violaciones de los derechos humanos y violencia generalizada no se repitan”. Los mismos autores concluyen: “Finalmente no

³⁴⁵ RASUCENBACH ,Mina Y SCALIA , Damien.Ob. Cit.Págs. 457- 459.

debemos olvidar que la persecución penal de los culpables es a menudo vista como el mejor modo de combatir la impunidad. Sin embargo, pese a que esta idea está muy extendida, no es necesariamente cierta, porque solo un mínimo porcentaje de los criminales son llevados ante la justicia internacional uno de los objetivos de la creación de los tribunales internacionales de la antigua Yugoslavia y Ruanda y de la propia Corte Penal Internacional”.

La justicia penal debe tener un objetivo transformador de la sociedad, no puede agotarse en la tarea de juzgar e imponer una pena al culpable del delito. En el caso de la justicia penal internacional el objetivo debe ser aún más ambicioso. Por el tipo de delitos que son de su competencia, la jurisprudencia penal internacional debe aspirar a enviar un mensaje de esperanza para las víctimas y de fin de la impunidad para los perpetradores pero también de la responsabilidad de los Gobiernos y las Organizaciones Internacionales en acabar con los sistemas de desigualdad social, de discriminación, de pobreza y de exaltación de la violencia que generan los conflictos y

las atrocidades que luego, con suerte, serán objeto de la jurisdicción internacional.

Así lo reconocía la Resolución³⁴⁶ de la asamblea plenaria de Estados Parte en el Estatuto de Roma en su párrafo 8 "recordaba a los Estados Parte su invitación³⁴⁷ a actuar en solidaridad con las víctimas, mediante, entre otras acciones, a jugar un papel activo de sensibilización a las comunidades sobre los derechos de las víctimas y en particular de las víctimas de violencia sexual y de género, a combatir su marginalización y estigmatización, a asistirles en su integración social y promoviendo una cultura de fin de la impunidad".

Fannie Lafontaine³⁴⁸ es muy escéptica en cuanto a los resultados de la justicia penal internacional a fecha de hoy: "Incluso con una visión general así de rápida y no exhaustiva, cabe fácilmente observar que se pusieron expectativas muy altas en la

³⁴⁶ Resolución sobre Víctimas y Comunidades afectadas, reparaciones y Fondo Fiduciario para las Víctimas. Ob.Cit.

³⁴⁷ Que imperativo puede existir en la palabra "invitar"?

³⁴⁸ LAFONTAINE, Fannie. Justicia en Conflicto Y Conflictos sobre Justicia: El derecho Internacional Penal en Tiempos de Altas expectativas. Pág. 345-347

justicia penal internacional estableciendo en consecuencia un umbral muy elevado para su éxito [...] En vista de tan elevadas expectativas era de esperarse que las instituciones penales internacionales fueran vulnerables a las críticas. Por una parte la interacción y la compatibilidad de la paz y la seguridad, de una y la justicia del otro, se encuentran en el centro de un acalorado debate [...] En los procesos de consolidación de la paz (aunque pudiera objetarse su retraso). Soy de la opinión de que la justicia penal por crímenes internacionales tiene un papel que desempeñar en la recuperación post-conflicto y también en situaciones de conflicto en curso.[...] Sin embargo insistir en los procesos penales sin prestar la debida atención a mecanismos complementarios y alternativos puede de hecho poner en peligro la búsqueda de la verdad, la justicia y la reconciliación. Como ejemplo, Lafontaine pon señala que "el fracaso del TPIR de no mirar a ambos lados del conflicto lo que condujo muy probablemente a tensiones en Ruanda".

Hemos llegado al final de este trabajo. A lo largo del mismo hemos comprobado

como desde el principio de los tiempos las mujeres han sido víctimas de la violencia en tiempo de paz y en tiempo de guerra. Una violencia en ocasiones sacralizada (recordemos aquellos cuentos donde siempre se sacrificaba a una virgen o a una doncella al monstruo de turno), casi siempre hipócritamente ignorada y frecuentemente justificada. Como han señalado muchas de las autoras citadas en este trabajo la guerra es el epítome de lo masculinizado, la glorificación cultural del poder y de la fuerza bruta. Socialmente se identifica la guerra con las normas simbólicas de la masculinidad, es decir la fortaleza, el coraje, la agresividad, la dureza y la violencia. En ese montaje simbólico a mayor gloria del patriarcado la mujer sólo podía tener los papeles, que se le han atribuído durante siglos, los roles simbólicos de Eva/Lilith : el de la madre, esposa, novia o enfermera dedicadas a esperar, llorar, cuidar o consolar al hijo, esposo, prometido o herido en la guerra; el de la de víctima-objeto de los avallasadores instintos sexuales que,-de nuevo en forma de mito simbólico- se les atribuyen a los hombres y, por definición al hombre por antonomasia, que es el

hombre guerrero. Pero también, como se comprobó en Ruanda en la que se acusaba a las mujeres de ser espías, la tentadora que utiliza su poder sexual para llevar a los soldados al desastre o averiguar los planes del enemigo. Este discurso perverso impregna inevitablemente sobre cualquier estudio que aborde el papel de las mujeres en las guerras.

CONCLUSIONES

El objetivo de esta investigación era realizar un estudio de la violencia sexual en conflicto de la forma más completa posible, armonizando toda la información dispersa de manera estructurada bajo un análisis jurídico crítico. Para ello se ha estudiado en una primera parte el desarrollo histórico del concepto en las normas de derecho internacional y en los Tribunales Internacionales y su jurisprudencia, en particular la Corte Penal Internacional. Posteriormente, en una segunda parte se han definido los elementos de los crímenes de violencia sexual en conflicto mediante el estudio del derecho penal internacional, la jurisprudencia internacional y la doctrina sobre la cuestión. En tercer lugar se ha realizado un análisis crítico sobre el estatus de las víctimas en el proceso y las técnicas de prueba. Finalmente se ha valorado el cumplimiento de los objetivos de justicia real para las víctimas de este tipo de violencia.

Al estudiar la guerra como marco material de estos delitos se ha constatado que el

concepto está hipermasculinizado, y por ello agrava los roles patriarcales y estereotipos que hacen especialmente vulnerables a la mujeres y les asignan un único papel, el de víctima cuyo significado se analiza.

En la investigación se mencionan las trampas que subyacen tras conceptos como "el cuerpo de la mujer como arma de guerra", muy cuestionado por la doctrina anglosajona, con la que coincido. La conclusión de este apartado es que la violencia sexual es un fenómeno muy complejo que no puede abordarse sólo desde una perspectiva feminista pese a todos los logros de la misma.

En el análisis de las Convenciones, los Tratados y las normas consuetudinarias del derecho de la guerra, el *ius in bellum* y *ius ad bellum*, que empieza con el Tratado de Hugo Grotius, en el S.XVI, se destacan las instrucciones de los reyes Católicos para los virreyes de "Las Indias" en las que ordenaban respetar a las mujeres indígenas y el Código Lieber como excepciones dado que hasta entrado el S.XX, se evidencia que las mujeres como

sujeto de derecho de los conflictos bélicos fueron ignoradas y la violencia sexual sólo se castigó como una ofensa al honor femenino, como reflejo del honor del *pater familias* que era su "titular". Este enfoque ha producido un drástico rechazo a ese concepto del honor por parte de la doctrina y se han opuesto al mismo, no sin razón, la mayoría de las feministas. Sin embargo mi conclusión es que es un error descartar el honor en sí porque si escuchamos las voces de las víctimas, oiremos la palabra "honor" muy frecuentemente. Por otra parte las mujeres son hoy el objetivo prioritario de todos los conflictos en parte precisamente por ser el reflejo del honor de los varones "enemigos". En las sociedades patriarcales la sexualidad de las mujeres se convierte en un instrumento más de discriminación por lo que el honor tiene un sentido fundamental, también para las propias mujeres. Es por ello por lo que en este trabajo se ha incluido un apartado sobre el concepto de honor y su relación con la violencia sexual porque entendemos que es un elemento del delito de violencia sexual que no debe ser ignorado.

En cuanto a los tribunales internacionales pioneros, al primero, el Tribunal de Nüremberg, le debemos el establecimiento de los principios básicos del derecho penal internacional. Sin embargo, la investigación evidencia que en Nüremberg no se hizo justicia a las mujeres: la violencia sexual fue totalmente ignorada. Tampoco, ni entonces ni desde el relato histórico, se ha hecho justicia a las profesionales que participaron en el Tribunal y a las que este trabajo ha querido rescatar del injusto olvido en el que las ha sepultado la historia, tan olvidadiza con los logros de las mujeres.

Respecto del Tribunal de Tokio, aunque se juzgó a algún general por las violaciones ocurridas se ignoró de forma flagrante a las miles de esclavas sexuales, denominadas eufemísticamente "*comfort women*" a las que Japón aún no ha admitido haber prostituído a la fuerza para contentar a sus soldados. Un olvido que sólo ha sido compensado de forma simbólica en el año 2000 por el Tribunal de Mujeres de Tokio, promovido y protagonizado por activistas feministas.

En el ámbito de la Segunda Guerra Mundial se produjeron episodios de violencia de género que no suelen tenerse en cuenta: los que tras el armisticio, particularmente en Francia, se organizaron contra las mujeres presuntamente "colaboradoras" muchas de las cuales habían aceptado relaciones con los alemanes para lograr la subsistencia de ellas mismas y de sus familias. Mi conclusión es que la violencia sexual en conflicto no puede abordarse solo en ese marco pues se produce antes del mismo y se prolonga después: se trata de un *continuum* de la misma violencia basada en el género que se agrava o se estabiliza según las circunstancias y el grado de *estrés* social, pero nunca desaparece.

En referencia a los Tribunales *ad hoc* de Ruanda y la ExYugoeslavia, se destacan dos circunstancias que favorecieron el reconocimiento de la violencia sexual: los medios de comunicación que, al evidenciar los abusos sexuales masivos en los conflictos de la ex-Yugoslavia y de Ruanda, acabaron con la confortable ignorancia y/o indiferencia sobre la violencia sexual que durante siglos se

había mantenido a lo largo de todas las guerras; y, asimismo, la presión de los lobbys internacionales de mujeres que logró la integración de los crímenes sexuales en las normas de derecho penal internacional. A lo largo del estudio se ha constatado que son las mujeres las que mayoritariamente se han ocupado de los temas objeto del trabajo y las que en todo momento han impulsado los cambios normativos. Y que, asimismo, en numerosas ocasiones fueron mujeres jueces o fiscales las que impulsaron las imputaciones por violencia sexual en los Tribunales. La labor de ambos Tribunales *ad hoc* fue fundamental a la hora de conceptuar los delitos de violencia sexual ya que no existían definiciones de los mismos en el derecho penal internacional.

La investigación consagra un Capítulo aparte a la Corte Penal Internacional por su importancia, histórica, política y jurídica. Del análisis se concluye que históricamente no se puede discutir que la Corte como institución permanente es la culminación de un anhelo que como hemos reflejado con el apartado histórico viene de siglos atrás. Geopolíticamente también

es un logro irreversible en la lucha contra la impunidad, y constituye un reflejo de la moral social que ya no admite los crímenes contra los derechos humanos. Más discutibles son sus avances en cuanto a haber logrado una justicia real para las víctimas de los crímenes de su competencia debido a las dificultades estructurales y materiales que se analizan a lo largo del trabajo.

Sobre cómo ha integrado la Corte la cuestión del género, la doctrina ha criticado y rechazado la concepción neutra que se impuso en el Estatuto de Roma debido a la influencia en el debate de países con altos niveles de discriminación por razón de sexo. Mi conclusión es que si bien hay que reconocer que en la Corte existe un claro mandato de género en la estructura de los órganos de la Corte y en el derecho sustantivo que la rige, el impulso que se le conceda depende en gran parte de la voluntad de la Fiscalía, lo cual presenta graves inconvenientes dado que en las decisiones de ésta se tienen en cuenta las probabilidades de éxito en la declaración de culpabilidad y los crímenes sexuales no son fáciles de probar. La

actual fiscal, Sra. Bensouda parece decidida a impulsar la persecución de estos crímenes pero el anterior Fiscal, Moreno Ocampo no lo hizo.

Una parte fundamental del trabajo era estudiar los elementos de los delitos de violencia sexual. Como reflexión previa, se ha cuestionado si la denominación de "sexuales" corresponde realmente a la naturaleza real de estos delitos cuyo objetivo principal no es la satisfacción sexual, sino que el sexo es instrumental. Mi conclusión es que la violencia sexual es otra forma de tortura como se reconoció expresamente, entre otras, en la sentencia del TPIY en el caso *Kunarac*, aunque no ha sido ese el criterio de la Corte.

Para determinar los elementos constitutivos de los crímenes de violencia sexual en conflicto se han conjugado las definiciones del Estatuto de Roma y de los Elementos de los Crímenes con la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* y de la propia Corte Penal Internacional así como las aportaciones de la doctrina académica. Estas últimas son fundamentales en crímenes de contornos

difusos como la esclavitud sexual, la prostitución forzada, la esclavitud doméstica o el matrimonio forzado en los que la influencia de roles estructurales arraigados dificulta su conceptualización.

En todo delito la prueba es el elemento fundamental y en este trabajo se analiza la dificultad de la prueba en este tipo de delitos y las nefastas secuelas de la comparecencia de testimonios y víctimas, prácticamente las únicas pruebas materiales que suelen existir. Sobre este tema se aborda la necesidad de instruir a los técnicos sobre técnicas de interrogatorio y de incentivar los avances tecnológicos para obtener otro tipo de pruebas materiales y documentales. En ese sentido se estudian las conclusiones del primer Congreso sobre Violencia sexual en Conflicto, realizado en Londres en Junio de 2014, y recogidas en el Protocolo de Londres, lamentablemente muy poco difundido y conocido. La conclusión es que se han hecho pocos avances en el tema de la prueba y que deben difundirse las conclusiones de este Congreso y aplicar sus técnicas y recomendaciones.

Los sistemas del derecho procesal son fundamentales en la defensa de los derechos de las víctimas. Pese a que la Corte Penal internacional se esforzó en construir un sistema procesal híbrido lo cierto es que en mi opinión ha fracasado, en parte probablemente debido a la escasez de profesionales provenientes del *continental law* entre los profesionales de la Corte. Se quiso equilibrar la participación de las víctimas y sus representantes legales con un sistema que pretendía armonizar las dos ramas del derecho pero que en realidad sigue impregnado por el *common law*. Coincidimos con muchas autoras en que debe revisarse el sistema de participación de las víctimas ya que, pese a los esfuerzos para darles más protagonismo, al menos formalmente expresados, se monitoriza totalmente su actuación ante La Corte, y su rol ha sido instrumental, basado en el utilitarismo. ¿Es posible gestionar de otra forma su estatus procesal cuando hay tantas víctimas? No negamos que se trata de un tema complejo pero desde nuestro punto de vista es un error abordar este problema mediante una estructura administrativa que, aunque

formalmente independiente, no deja de estar integrada en la Corte. Sin embargo la participación en el proceso es un derecho insoslayable de las víctimas.

Tanto la cuestión de la prueba como la de la actuación de las víctimas en la Corte, están relacionadas con el principio de la igualdad de armas en los procesos ante los tribunales internacionales, tan especialmente respetada en la Corte Penal Internacional. ¿Refleja un equilibrio justo y real? Sin caer en el criticado proceder de Nüremberg en el que la línea entre los "culpables" y los "inocentes" estaba trazada ya antes de los procesos, mi conclusión es que se hace imprescindible una reflexión sobre si es preciso blindar las posiciones de las víctimas frente a las demandas de los defensores de los acusados tal y como se viene haciendo cada vez más, según se cita en este trabajo, en los tribunales nacionales en casos de violencia sexual.

En cuanto a la última parte del trabajo, se focaliza en la justicia real para las víctimas.

Previamente he analizado dos cuestiones que creo deberían merecer más atención: por una parte, las teorías expresivistas del derecho que estudian cómo el lenguaje de los operadores jurídicos tiene un impacto en la victimización. En segundo lugar reivindicar una visión de género al evaluar el trauma, ya que las mujeres, pese a su justificada fama de resiliencia, experimentan el daño físico y psíquico de una forma que les es propia y que debe tenerse en cuenta. Los estándares periciales neutros no pueden evaluar el daño sufrido de forma correcta si no tienen en cuenta el género.

La primera conclusión sobre la justicia real para las víctimas es que la justicia penal internacional sigue excesivamente centrada en una justicia retributiva, un tipo de justicia, que hasta cierto punto está basado en la venganza "social" por el crimen cometido, un enfoque muy masculinizado. Incluso desde ese punto de vista ¿ha sido efectiva la justicia retributiva? ¿Cuántas han sido las condenas?

Por otro lado, en mi investigación también concluyo que la justicia penal internacional está casi totalmente centrada en las indemnizaciones económicas a las víctimas, ámbito en el que tampoco es efectiva. En el caso de los Tribunales *ad hoc*, como se manifiesta en este trabajo, veinte años después la mayoría de ellas no han percibido nada.

En cuanto a la CPI, la insolvencia del acusado debería ser resuelta por el Fondo Fiduciario para las Víctimas, que tiene muy pocos recursos y parece improbable que pueda aumentarlos vista la crisis actual, lo que constituye un contraste con el enorme gasto que se destina a la compleja estructura administrativa de la Secretaría dedicada a las víctimas en la Corte.

La conclusión además es que las reparaciones en forma de compensación económica no son realmente compensatorias porque las víctimas de la violencia sexual sufren graves consecuencias físicas y psíquicas personales y sociales en sus familias y comunidades. La Corte tendría que desplegar unas medidas de justicia

restaurativa tales como las que señala la sentencia del caso Zepur Zarco que concluye este trabajo y que posiblemente tendrían un impacto real y positivo en las vidas de las víctimas y sus comunidades. Al analizar los tres aspectos de la justicia restaurativa, constatamos que, respecto a establecer la verdad, la justicia penal internacional no puede llegar a establecer sino un aspecto parcial de la misma: los hechos revisados en el proceso. En cuanto a la restauración de la vida de las víctimas, y la garantía de no repetición, no es posible si la justicia penal internacional y las negociaciones de paz no determinan la co-responsabilidad de los Estados en la violencia contra las mujeres y obligan a efectuar los cambios institucionales y legislativos correspondientes.

Por otra parte la jurisdicción de la CPI juzga solo a los máximos responsables de la violencia y la verdadera justicia para las víctimas de violencia sexual sería que las violaciones individuales fueran juzgadas por tribunales nacionales. Mi conclusión es que una de las funciones de la Corte además de divulgar su trabajo, debería incluir un seguimiento de las causas en los

países y de la implementación de las medidas de justicia restaurativa antes señaladas. Y como jurisdicción subsidiaria debería apoyar y reforzar a las instituciones jurídicas y policiales de los países en los que actúa.

En otro de los aspectos de la justicia restaurativa, el reconocimiento público a las víctimas, nada impide a la Corte remarcar su sufrimiento y su capacidad para sobrevivir y disponer que se realicen acciones a ese efecto en los países respectivos como parte de su programa Outreach.

Como final de este trabajo quiero reproducir las disposiciones finales de la Sentencia del caso Zepur Zarco de Guatemala, una resolución ejemplar. Primero porque pese a la dureza de los testimonios del caso juzgado, refleja con inteligencia emocional el sufrimiento de las víctimas. En segundo lugar porque establece una lista de reparaciones, en mi opinión paradigmáticas de lo que significa realmente hacer justicia para las víctimas de violencia sexual en conflicto.

La dictaron (¿casualidad?) dos Magistradas. En mi opinión debería ser el paradigma de cómo deben ordenarse las reparaciones: "X. Se ordena al Ministerio de Salud Pública para que a mediano plazo construya e instale un Centro de Salud tipo "A" en la Comunidad de Sepur Zarco con todas las medicinas necesarias. XI Se ordena al Ministerio de Educación que se mejore la infraestructura de las escuelas de Educación Primaria de las Comunidades de San Marcos, Poonbac, La Esperanza y Sepur Zarco. XII Se ordena al Ministerio de Educación para que se instale un establecimiento de Educación Media Bilingüe que garantice el derecho a la educación de niñas, adolescentes y mujeres. XIII Se ordena al Ministerio de Educación que otorgue becas de estudio en los tres niveles de educación para la población de Sepur Zarco. [...] XVI Se ordena que a través de los Comités de Desarrollo de Sepur Zarco, San Marcos, Poonbac y La Esperanza se realicen las gestiones necesarias para la dotación de servicios básicos en las comunidades y viviendas de las víctimas. XVII Que el Ministerio de Cultura y Deportes desarrolle

proyectos culturales dirigidos a las mujeres de Sepur Zarco”

Y finalmente tres disposiciones más, extraordinarias “XVII. Se ordena al Ministerio de Educación que en los Programas de Estudio y libros de texto se incluya lo relacionado con el caso de las mujeres de Sepur Zarco. XVIII. Se ordena al Ministerio de Educación y al Ministerio de Cultura la elaboración de un documental que se refiera al caso de las mujeres de Sepur Zarco. XIX. Se ordena al Ministerio de Educación y al Ministerio de Cultura que la Sentencia del caso de Sepur Zarco, sea traducida a los veinticuatro idiomas mayenses”.

Las mujeres sobrevivientes de Sepur Zarco no olvidarían jamás su sufrimiento pero sí supieron que, por fin, a ellas y a su comunidad, se les había hecho justicia.

Eulàlia Pascual I Lagunas-Març 2017.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDERSON, Elizabeth. PILDES, Richard H. . "Expressive theories of Law: A general Restatement". University of Pennsylvania Law Review. 2000. Vol. 148. nº5. Pág.1527-1529. http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3374&context=penn_law_review

ASKIN, Kelly D. Prosecuting Wartime Rape and other gender - related crimes under international Law: extraordinary advances enduring obstacles". En: *Berkeley Journal of law*. Vol.21. 2003. scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol21/iss2/4/

AYAT, Mohammed. Quelques apports des Tribunaux pénaux internationaux ad hoc et notamment le TPIR à la lutte contre les violences sexuelles subies par les femmes durant les génocides et les conflits armés. En: *International Criminal Law Review* 10 (5).October 2010.DOI 10.1163/1571181210X528441. www.researchgate.net/publication/23359436:Quelques_apports_des_tribunaux_penaux_adhoc_et_notamment_le_TPIR_a_la_lutte_contre_les_violences_sexuelles_subies_par_les_femmes_durant_les_genocides_et_les_conflits_armes.

AZUERO QUIJANO, Alejandra. " Science and International Thematic Prosecution of Sex Crimes: a tale of Reessentialisation. Scholar.harvard.edu/files/alejandraazueroquijano/files/aaq-science-and-international.prosecution-of-sex-crimes.pdf?m=1385396545

BANGURA, Zainab *Tackling Violence against Women and Girls: A joined Up Response*. Office of the special representative of the Secretary General. Remarks at the UN-APPG Meeting on Protecting Women and Girls in Emergencies. Special Representative. London 13 Novembre de 2013

BARROW, Amy. "UN Security Council resolutions 1325 and 1820: Constructing Gender in Armed Conflict and International Law". *International Review of the Red Cross*. Volum 2 92 Number 877. March 2010. doi:10.1017/s1816383110000081.

BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio. " Viejo y Nuevo Derecho Penal. Principios y Desafíos del Derecho Penal de Hoy". Iustel Portal Derecho S.A. Madrid.2012

BODELON, Encarna. "La violencia de Género: entre el concepto jurídico y la realidad social. Proyecto de Investigación". En " *Analisis de la L.O. 1/2004 de Protección Integral contra la Violencia de las Mujeres desde una perspectiva de género*" (SEJ.2005.064/JUR).

BOU FRANCH, Valentín. El crimen internacional de esclavitud sexual y la práctica de los matrimonios forzados. En *Anuario Español de Derecho Internacional*. Revista del departamento de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra. N° 31/2015.
Roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/54306/108788.pdf?sequence=1.

BOURDIEU, Pierre. La domination masculine. En "Actes de recherche en sciences sociales". N° 84. Paris 1990.

BUSS, Doris E. "Rethinking Rape as a weapon of war". *Feminist legal studies*. Vol.17.pp.145-163. Social Science Research Network. Carleton University Dept. Of Law. April. 2009. http://papers.cfm?abstract_id=1373975

COHN, CAROL. "*Las mujeres y las guerras*" Colección Paz y Seguridad. Vol. 8. Ed. Institut Catalá Internacional per la Pau. 2015.

CARDOSO ONOFRE DE ALENCAR, Emmanuela. *La violencia sexual contra las mujeres en los conflictos armados en los conflictos armados*. InDret. Revista para el anàlisis del derecho. Octubre 2011.

CLARK, Janine Natalya. Peace, Justice and the International Criminal Court. Limitations and Possibilities. [Flia-org/wp-content/uploads/2016/03/clarck.pdf](http://flia-org/wp-content/uploads/2016/03/clarck.pdf)

COHEN, David. Thematic Prosecution of International Sex Crimes. Morten Bergsmo (editor). FICHL Publications series.

COOMARASWAMY, Radhika. Reiventing International Law: Women's rights in the International Community. The Edward. A. Smith Visiting Lecturer. Human Rights Program. Harvard Law School. <http://library.law.columbia.edu/urlmirror/11/ReiventingInternationalLaw.htm>

COOMARASWAMY, Radhika. Un Comission of Human Rights Report on the democratic People's rpublic of Korea and japan on the Issue of Military sexual Slavery in wartime. [Hrlibrary.umn.edu>country52>53-add1](http://library.umn.edu/country52/53-add1)

COPELON, Rhonda Gendered war crimes: reconceptualizing rape in time of war. Ed. Peters en "*Women's human rights, human rights*

international feminist perspectives". Saint John Law review. Issue 1. Vol.69. Winter-Spring 1995. Article 5.

<http://scholarship.law.stjohns.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1633&context=lawreview>

COPELON, Rhonda. Gender Crimes as War crimes: Integrating Crimes Against Women into International Criminal Law, *McGill law Journal* n^o 46.2000-2001. Pág.234

COURTNEY, Jocelyn y CRISTODOULOS, Kaoutzanis. "Proactive gatekeepers: The Jurisprudence of the ICC's Pre-Trial Chambers". *Chicago Journal of International Law*. Vol.15.N^o 2. Article 5.
<http://chicagobound.uchicago.edu/cjil/vol15/iss2/5>

DE GUZMAN, Margaret M. An expressive rationale for the thematic prosecution of Sex Crimes. En "*Thematic Prosecution of International Sex Crimes*". Ed. Morten Bergsmö. Torkel Opsahl Academic Epublisher. 2012
<http://ssrn.com/abstract=2087656>.

FRASCHINA, Andrea Verónica. Analisis Comparativo de la Competencia de los distintos Tribunales Penales Internacionales e Internacionalizados. Fundació Càtedra Iberoamericana. Universitat de les Illes Balears.
http://w.w.w.uib.es/catedra_iberoamericana.

GARDAM, Judith. More of The same. Feminist Interactions with IHL. Adelaide law School.
[Regnet.anu.edu.au/sites/default/files/files/CIGJ-Recent DevelopFeministThikingIL%26IR-20141203-Gardam-MoreOfTheSame.pdf](http://Regnet.anu.edu.au/sites/default/files/files/CIGJ-Recent%20DevelopFeministThikingIL%26IR-20141203-Gardam-MoreOfTheSame.pdf).

GARAPON, Antoine y SALAS, Denis. La République Penalisée. Institut des Hautes Etudes sur la Justice.
www.droit.univ-nantes.fr./..../République_penalisee

GASCON UCEDA, MARIA ISABEL. Honor masculino, Honor femenino, Honor familiar.
www.UNCR.edu.ar/publicar/borradores/vol.8-9/pdf/ A vueltas con la honra y el honor.pdf.

GEISS, Robin Y BULINK, Noëmie. Cuadro comparativo de los Tribunales Penales Internacionales. Marzo 2006. International Review of the Red Cross.

DE GUZMAN, MARGARET M. An expressive rationales for the thematic prosecution of sex crimes. Legal Studies Research Paper series. Research Paper nº 2012-41. 11/06/2012. Temple University Beasley School of Law.
<http://ssrn.com/abstract=2087656>

GIL GIL, Alicia y MACULAN, Elena. Derecho Penal Internacional. Ed. Dickinson-Madrid 2016

HALL, Cristopher Keith. "The first proposal for a permanent international Criminal Court" En la revista "*International Review of The Red Cross*". Num. 322 de 31/03/1998
<http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jp4m.htm>

HERDEGEN, MATHIAS, Derecho Internacional Público. Ed. Konrad Adenauer Stiftung. Universidad Autónoma de México.

KIERSZENBAUM, Mariano. "El bien jurídico en el Derecho Penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual." Lecciones y Ensayos nº86. 2009.pags.187-211.

www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/86/07_ensayo-kierzbaum.pdf.

KERSHAW, Ian. The End. Hitler's Germany. 1944. Citado en REES, Laurence "El oscuro carisma de Hitler". Ed. Allen Lane. Londres. 2011.

KOENIG, Alexa. LINCOLN, Ryan. GROTH, Lauren. The Jurisprudence of sexual violence in conflict.. Human Rights Center. University of California Berkeley. Working Paper. 2011

LANDON, Margareth. The King and I. Ed. Modadori 1999. ISBN 9788439704256

LAFONTAINE, Fannie. Justicia en Conflicto y Conflictos sobre Justicia: el Derecho Internacional Penal en Tiempos de Altas Expectativas. Institucional.us.es/araucaria/nro.32/monogr32_8_pdf.

LEATHERMANN, Jeannie. *Sexual violence and armed conflict*. Ed. Policy press. 2011.

McCARTHY, Connor. Reparations and Victims Support in the International Criminal Court. Cambridge Studies in International and Comparative Law. CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS. 2012. www.cambridge.org

Mc GLYNN, Claire. Rape as torture? Catharine MacKinnon and questions of feminist strategy. *Feminist legal Studies* (2008).16:71-85. DOI 10.1007/s10691-007-9079-5
<http://www.armherst.edu/.../rape%/Bas52Btorture.pdf>

MC DOUGALL, Gay. J. Informe Final sobre Formas contemporáneas de esclavitud. La violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempos de conflictos armados. E/CN.4/Sub.2/1998.

Comisión de derechos Humanos. 22 de Junio de 1998.

LAFONTAINE, Fannie. Justicia en Conflicto y Conflictos sobre Justicia: el derecho Internacional Penal en Tiempos de Altas Expectativas. 15/06/14. Araucaria Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades. Año 16. Nº 32. Segundo semestre de 2014. Pág. 339-358-e-ISSN 2340-2199.dci:2014.i32.17
Institucional.us.es/araucaria/nro32/monogr32_8_pdf

MARTIN, Magdalena M , LIROLA, Isabel. *Los crímenes de naturaleza sexual en el Derecho Internacional Humanitario.* Informes 8/2013. Ed. Institut Catala Internacional per la Pau. Barcelona.

MATSUI, Yayori. Women's International War Crimes Tribunal of Tokio 2000 on Japan's Military Sexual Slavery.
<http://globalaging.org.elderrights/world/women.htm>.

MATSUI, Yayori. The historical significance of the Women's International War Crimes Tribunal 2000. Overcoming the Culture of Impunity for Wartime Violence. Link,
springer.com/chapte/10.1007%Fq78-3-663-09527-9_14#page-1.

MAYSTRE, Magali Y RANGEL, Nicole *Understanding and Proving International Sex Crimes* Ed. Morten Bergsmo, Alf Butenschon Skre y Elisabeth J. Wood. Torkel Academic E. publisher 2012.

MAIZA OZCOIDI, Carlos. La definición del concepto del Honor. Su entidad como objeto de investigación histórica. Dialnet. En : "*Espacio, Tiempo y Forma. Historia Moderna*".ISSN 1131-768X.Nº 8.1995. Págs.191-210.

<http://>

dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo1644660

.

MOREYRA, MARIA JULIA .Conflictos armados y violencia sexual contra las mujeres.. Ed. Ediciones del Puerto. Buenos Aires.2007. ISBN 9789871397037

MOVILLA PATEIRO, Laura. Tratamiento jurídico-internacional de la violación como arma de guerra. Avances y retos. En: *Trabajos y Ensayos*" . Nº11. Enero 2010. ISSN: 1887-5688. www.dipirrnd.ehu.es/revistadoctorado/n11/Movilla11.pdf

NI AOLAIN, FIONNUALA. Exploring a Feminist Theory of Harm in the Context of Conflicted and Post Conflicted Societies. Legal Studies Research Paper Series. Research Paper nº 09-45. University of Minnesota. Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=1507793>.

O' BYRNE, KATIE. *Beyond consent: Conceptualizing sexual assault in International Criminal Law..* International Law Review. 11(03): 495-514. July 2011. DOI.10.1163/157181211X576384. briill.nl. www.researchgate.net/publication/274516162_Beyond_Consent_Conceptualizing_sexual_assault_in_international_crim_inal_law

OJINAGA RUIZ, MARIA DEL ROSARIO. El tratamiento jurídico-internacional de la violación y otras agresiones sexuales contra mujeres civiles en periodo de conflictos armados". En: "*Homenaje a Luis Rojo Ajuria. Escritos jurídicos.*"

Santander 2003. págs.1025-1028.ISBN 84-8102-326-4
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=809385>

OLASOLO ALONSO, HECTOR. Introducción al Derecho Internacional Penal. Colección Alternativa.Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2015.

OLASOLO ALONSO, Hector. KISS, Alejandro. El Estatuto de Roma y la Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de participación de Víctima. En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.ISSN. 1695-0194. Artículos RECPC 12-13 (2010).
[Htttps://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-13-pdf](https://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-13-pdf)

OLUJIC, María B. "Embodiment of Terror. Gendered Violence in peacetime and wartime in Croatia and Bosnia Hercegovina". En "*Medical Anthropology Quarterly*". Vol.1. nº 12. Marzo 1998

ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza. Las Víctimas y La Corte Penal Internacional. Ed. Thomson Reuters. 2014

PASCUAL LAGUNAS, Eulalia. Configuración de la Dignidad Humana en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional/. Ed. Javier Bosch. Barcelona 2009.

PECES-BARBA, Gregorio; LLAMAS GASCON, Angel; FERNANDEZ LIESA, Carlos; ESCUDERO ALDAY,Rafael; PAVON PEREZ, Juan Antonio; RODRIGUEZ URIBES, Juan Manuel. Coord.: **BARRANCO AVILES, María del Carmen y DOMINGUEZ REDONDO, Elvira.** Textos básicos de derechos humanos. Con estudios generales y

especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional. Ed. Aranzadi.2001.

PITT-RIVERS, Julian, Honor.

Honor.honor.honor.blogspot.com.es/2013/01/honor.by.Julian.pitt.rivers.html.

PITCH, TAMAR. " *La violencia contra las mujeres y sus usos políticos*" Anales de la Catedra Francisco Suárez,48 (2014) 19-29. Pág 21. Biblioteca del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona.

ROMAN MAESTRE, Begoña. "Sobre perdón y reconciliación: Algunas reflexiones desde la ética".

www.bioética.debat.org/contenidos/PDF/2010/cuadernos21.pdf.

Y en:

www.temasdepsicoanalisis.org/wp-content/uploads/2014/01/BEGOÑA-ROMAN-SOBRE-PERDON-Y-RECONCILIACION.-ALGUNAS-REFLEXIONES-DESDE-LA-ETICA.pdf.

SAKAMOTO, Rumi. The Women's International War Crimes Tribunal on Japan's Military Slavery: A legal and Feminist Issue. New Zealand Journal of Asian Studies 3,1. (June 2001) 49-58. University of Auckland.

SLAUGHTER, Anne Marie. Defining the limits: Universal Jurisdiction and International Courts. En " Universal jurisdiction: national courts and the prosecution of serious crimes under international law". Ed. MACEDO, Stephen. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.2004

<http://www.upennpress>

TICEHURTS, Rupert La clausula Martens y el derecho de los conflictos armados. En Revista Internacional de La Cruz Roja.31/03/1997.

<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlcy.htm>

TODOROV, Tzvetan . "Facing the Extreme. Moral Life in the Concentration Camps"
http://kirkusreviews.com/book-reviews/tzvetan_todorov/facing-the-extreme.

RAUSCHENBACH, Mina; SCALIA, Damien. "Victims and International Criminal Justice: a vexed question?".
www.org/anug/uploads/Rauschebach_Victims_and_International_Criminal_Justice/issafrica.Icj.pdf

ZELADA, Carlos.J. OCAMPO ACUÑA, Diego A. Mauricio. Desvelando lo invisible: La feminización de los estándares de prueba sobre violencia sexual en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Para Lara Bommers

ZORRILLA, MAIDER. La Corte Penal Internacional ante el crimen de violencia sexual. Cuadernos de Derechos Humanos. Núm. 34. Instituto de Derechos Humanos. Publicaciones de la Universidad de Deusto. 2005. Universidad de Deusto. Bilbao.

www.deustopublicaciones.es/deusto/pdfs/cuadernosdcho/cuadernosdcho34.pdf

VEGA GONZALEZ, Pauline. El Papel de las Víctimas en los Procedimientos Internacionales. En *Perspectiva Iberoamericana sobre la Justicia Penal Internacional*. Coord. OLASOLO ALONSO, Hector y CUENCA CURBELO, Salvador. Volumen 1. 2011. Ed. TirantLo Blanch. Valencia 2012.

VISSEUR SELLERS, Patricia. *Procesos penales sobre violencia sexual en conflicto: la importancia de los derechos humanos como medio de interpretación.* Documento Amnistía Internacional. 2010.

VAN DER WIIT, HARMEN. *Slavery Prosecutions in International Criminal Jurisdictions.* Journal Of International Justice. January 22. 2016. Journals career network.Oxford University Press. 10.1093/jicj/mqv071

VAN DEN WYNGAERT, Christine. Victims before International Criminal Courts: Some Views and Concerns of an ICC Trial Judge. En : Case Western Reserve Journal of Law. 475 (2011) . School of Law Case Western University. Scholarlycommons.law.case.edu/cgi/view_content.cgi? article=1102&context=jil

WEISSBRODT, David. La Abolición de la Esclavitud y sus Formas contemporáneas. Naciones Unidas. Liga Contra la Esclavitud. Dir. Michael Dottridge. www.ochr.org/Documents/Publications/slaverysp.pdf.

WELZER LANG, Daniel. Les hommes violents. Ed. Lierre et Coudrier. Paris. 1991.

WEST, JAMES . Rethinking representations of sexual and gender based violence. A case study of the Liberian Truth & Reconciliation Commission. Journal of International Women's Studies. Volume 14. Issue 4: " New Writings in Feminist and Women's Studies: Winning and Short- Listed Entries from the 2012 Feminist and women's studies Association Annual Student Essay Competition. Article.14.Bridgewater University. Massachussets. <http://vc.bridgew.edu/jiws/vol.14/iss4/9>.

WILDERMUTH, PATRICIA . KNEUER, PETRA. *Adressing the challenges to prosecution of sexual violence crimes before International Tribunals*

and Courts. FICHL. Publication series nº 12(2012).

ARTICULOS DE REVISTAS

Rape as a weapon of war. Sexual violence and it's consequences. Amnesty International. Sudan, Darfur.2004

RIVAS, Luis. *El lado más oscuro del día D.* El Confidencial. 06/06/14.
http://www.elconfidencial.com/mundo/2014-06-06/el-lado-mas-oscuro-del-dia-d_142271/

DPP proposes new guidelines to help victims and witnesses in court. The Guardian. 23/02/2015.
<http://www.theguardian.com/law/2015/jan/19/cps-new-guidelines-victims-witnesses-court-trials>

Redress for Rape. Using International Jurisprudence on rape as a form of torture or other ill-treatment.
[www.redress.org/downloadas/final-rape.as-a-torture\(1\).pdf](http://www.redress.org/downloadas/final-rape.as-a-torture(1).pdf)

PATTERSON, Kerry. How to build a rape case: from gathering testimonies to collecting forensic evidence.
www.undersiegeproject.org/blog/entry/how-to-build-a-rape-case-from-gathering-testimonies-to-collecting-forensic?utn_campaign=buffer.
 Violences sexuelles: ces professionnelles qui travaillent aux cotés des victimes. Pág.10-11.
trialinternationa.org/fr/latestpost/violences-sexuelles-ces-professionnelles-qui-travaillent-aux-cotes-des-victimes

NAQVI, Yasmin. El derecho a la verdad en el derecho internacional: Realidad o ficción. En *Revista Internacional de la Cruz Roja*. Junio de 2006. nº 862

UNIFEM. Josephine Odera.
<http://www.newtimes.co.rw/section/article/2007-09-29/78263>

BENSOUDA, Fatou, Sexual and Gender-Based Crimes in Conflict must End. 7/12/2014. Conferencia UN. Delegates Dining Room. ICC-OTP.20141209-PR1073. Launch of the ICC Office of the Prosecutor's Policy On Sexual Violence and Gender-Based crimes. http://www.icc.cpi.int/en_menus/icc/pressandmedia/pressrelease.

DOCUMENTOS Y CONVENIOS

Declaración de Obertura del Proceso de Nüremberg. Citado en *Ars Iuris* nº 29. Universidad Panamericana. 2003.

CODIGO LIEBER. 1863, Instrucciones del Gobierno para los Ejércitos de los Estados Unidos en el campo de batalla, o Instrucciones Lieber. [www.loc.gov>frd>Military_Law>pdf](http://www.loc.gov/frd/Military_Law/pdf).

PALABRAS DEL BARON VON BIERTEN. Conferencia de La Haya de 1907. Informe de la Comisión Lansing. En "*The American Journal of International Law*". Vol.14.nº ½ Jan.-Apr.1920).

Comission on the responsability of the authors of the war and on enforcement of

penalties. 1919. The American Journal of International Law.Vol. 14.

<http://jstor.org/stable/2187841?seq=19>.

ESTATUTO TRIBUNAL MILITAR DE TOKIO.

HTTP://nataliabarbero.blogspot.com.es/p/estatuto-del.tribunal.militar_26.html

CHANCE FOR PEACE SPEECH. 16/04/1953.

David Eisenhower.

https://www.eisenhower.archives.gov/all_about_ike/speeches/chance_for_peace.pdf

CLASULA MARTENS.

<https://www.icr.org/spa/resources/documents/misc/5tdicy.htm>

PROYECTO DE DECLARACION DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS ESTADOS DE 1949

<http://old.dipublico.org/tratados/190.pdf>

ESTATUTO DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE MUJERES SOBRE CRIMENES DE GUERRA PARA EL ENJUICIAMIENTO DE LA ESCLAVITUD SEXUAL A MANOS DEL EJERCITO JAPONES. Aprobado por consenso el 30/07/2000 y con las modificaciones aprobadas por consenso en La Haya en 26 y 27 octubre 2000. En " Política y derechos Humanos en el Mundo.www.tlahui.com/politic/politi00/politi10/jap10_2htm.

RESOLUCIONES APROBADAS POR LA CONFERENCIA DE BEIJING 1995. CUARTA CONFERENCIA MUNDIAL SOBRE LA MUJER. DECLARACION Y PLATAFORMA DE BEIJING.

OPINIÓN CONSULTIVA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA SOBRE LA LICITUD DE LAS ARMAS NUCLEARES.

<http://www.dipublico.org/cij/doc/104.pdf>

COMISION DE DERECHO INTERNACIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS.

www.un.org/law/ilc/International Law Comission.Texts.Instruments and Final Reports.

DECLARACIÓN Y PROGRAMA DE ACCION DE VIENA.

Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Viena. Asamblea general de Naciones Unidas. GENERAL A/CONF.157/23.Aprobado en 25 de Junio de 1993. www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDP_A_booklet_spanish.pdf.

CONVENCION PARA LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DICRIMINACION CONTRA LA MUJER.

<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/convention.htm>

WOMEN 2000. Sexual Violence and Armed Conflict: United Nations Response.

Published to the goals of Beijing Declaration and the Paltform for Action. www.un.org/womenwatch/daw/public/cover.htm.

SEXUAL VIOLENCE AND ARMED CONFLICT: UNITED NATIONS RESPONSE.

Published to Promote the Goals of Beijing Declaration and the Platform for Action. April. 1998. Aptdo. 2.5

<http://www.un.org/womenwatch/daw/public/cover.htm>

INTERNATIONAL PROTOCOL ON THE DOCUMENTATION AND INVESTIGATION OF

SEXUAL VIOLENCE IN CONFLICT. Basic Standards of best Practice on the Documentation of sexual Violence as a Crime under International Law.

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/.../PSVI_protocol_web.pdf

AVANCÉES ET OBSTACLES DANS LA LUTTE CONTRE L'IMPUNITÉ DES VIOLENCES SEXUELLES EN REPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO. Mission de l'ONU pour la stabilisation en République démocratique du Congo. Nation Unies. Droits de l'Homme. Avril 2014.

RESOLUTION ON VICTIMS AND AFFECTED COMUNITIES, REPARATIONS AND TRUST FUND FOR VICTIMS.. Adopted at the 12 Plenary Meeting on 17 December 2014. ICC-ASP/13/Res.4

[Hhttp://asp-icc-cpi/icc_docs/Resolution/ASP13/ICC-ASP-13-Res-4-ENG.pdf](http://asp-icc-cpi/icc_docs/Resolution/ASP13/ICC-ASP-13-Res-4-ENG.pdf)

REPORT ON THE PROSECUTORIAL STRATEGY-2006.

https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/D673DD8C-D427-4547-BC69-2D363E07274B/143708/ProsecutorialStrategy20060914_English.

REPORT OF THE PROSECUTOR STRATEGY 2009-2012.- Febrero de 2010.

[http://www,icc-cpi.int/NR/rdonlyres/66A\(DCDC-3650-4514-AA62-](http://www,icc-cpi.int/NR/rdonlyres/66A(DCDC-3650-4514-AA62-)

D229D1128F65/281506/OTProsecutorialStrategy
20092013.pdf

**PRINCIPIOS Y DIRECTRICES BASICOS
SOBRE EL DERECHO DE LAS VICTIMAS DE
VIOLACIONES MANIFIESTAS DE LAS
NORMAS INTERNACIONALES DE
DERECHOS HUMANOS Y VIOLACIONES
GRAVES DEL DERECHO INTERNACIONAL
HUMANITARIO.** Resolución aprobada por la
Asamblea general de UN. El 16/12/2005. en
su 64^o Sesión.
<http://www2.ohchr.org/spanish/law/reparaciones.html>.

**DIRECTIVA EUROPEA SOBRE DERECHOS,
AYUDA Y PROTECCION DE LAS VICTIMAS.**
2012/29 de 25 /10/2012..
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32012L0029>

**CONVENIO EUROPEO DE ASISTENCIA EN
MATERIA PENAL.** BOE 15 de Octubre de 2003.
<https://www.boe.es/2003/10/15/pdfs>

CONVENCION DE BELEM DO PARÁ. Convención
iberoamericana para prevenir, sancionar y
erradicar la violencia contra la mujer.9/06/1994
<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

**COMISION INTERAMERICANA DE
DERECHOS HUMANOS.** Derecho a la verdad
en América. OEA/Ser.L/V/II.152.Doc.2. 13
de Agosto de 2014.
www.cidh.org

JURISPRUDENCIA

Juicios de Nuremberg:

Nuremberg, los argumentos de la defensa
 Interrogatorio a Hermann Goering
 Documento de procesamiento de Alfried Krupp.
 Jurgen Stroop, Karl Brandt, Kurt Andrae, Oswald
 Pohl, Otto Ohlendorf, Otto Skozerny, Theodor
 Danneker,

Documento desclasificado de los interrogatorios
 a los prisioneros de guerra nazis.

Transcripcion del juicio y sus diez sesiones
 principales.

<http://www.elholocausto.net/parte04/0403.htm>

TRIBUNAL INTERNACIONAL MILITAR PARA EL LEJANO ORIENTE (IMTFE)

Documentos del juicio digitalizados: violaciones
 en Nanking:
[http://lib.law.virginia.edu/imtfe/content/item-1-
 brief-atrocities-class-c-offenses](http://lib.law.virginia.edu/imtfe/content/item-1-brief-atrocities-class-c-offenses)

Justice Erima Harvey Northcroft Tokyo War
 Crimes Trial Collection [MB1549]
[http://library.canterbury.ac.nz/mb/war_crimes/t
 oc.shtml](http://library.canterbury.ac.nz/mb/war_crimes/toc.shtml)

TEDH

Caso Aydin v/ Turquía. Application nº
 2256600/94. Resolución de 24 de Mayo de
 2005. hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?...
 ECHR.

TPIY:

The Prosecutor v/Düsko Tadic.
 The Prosecutor v Hazim Delic, Zdravko Mucić,
 Zejnil Delalić y Esad Landžo
 The Prosecutor c/ Anto Furundžija. IT.-95-17/1-
 T. 10 de Diciembre de 1998,
 The Prosecutor c/ Dragoljub Kunarac, Radomir
 Kovač et Zoran Vuković. IT-96-23-T&IT.96-23/1-
 T. 22 de febrero de 2001
 Radislav Krstić
<http://www.icty.org/action/cases/4>

TPIR:

The Prosecutor v/ Jean Paul Akayesu . TPIR-
 ICTR-96-4-T. 2 /12/1998
 The Prosecutor v/ Alfred Musema TPIR-ICTR-96-
 13-A

Los casos pueden encontrarse en:

<http://www.ictrcaselaw.org/Home.aspx>

Tribunal Especial Para Sierra Leona:

Caso Charles Taylor y caso Armed Forces:
[http://www.sc-
 sl.org/CASES/tabid/71/Default.aspx](http://www.sc-sl.org/CASES/tabid/71/Default.aspx)

CPI

Costa de Marfil

The Prosecutor v/ Charles Blé Goudé.
 Situation in the Republic of Côte d'Ivoire in the
 Case of The Prosecutor v/ Charles Blé Goudé.

Decision on Victims Participation in the Pre-Trial Proceedings and related Issues.
 Icc-02/11-02/11.11 June 2014.
www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1783345pdf.

Republica Democràtica del Congo:

The Prosecutor v/ Thomas Lubanga Dyllo. ICC-01/04-01/06-2904.7 de Agosto de 2012.
<https://www.icc-cpi.int/drc/lubanga>

Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations in the case of the Prosecutor v/ Thomas Lubanga Dyllo. ICC-01/04-01/06. 7 de Agosto de 2012.
https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2012_07872

Judgement on the appeals against the "Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations" of 7 August 2012 with AMENDED order for reparatiuons (annexA) and Public Annexes 1 and 2. ICC-01/04-01/06 A A 2 A 3. 3 Marzo de 2015.
https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2015_02631.PDF

Separate and dissenting opinión of Judge Odio Benito.
 ICC-01/04-01/06. 14 de marzo de 2012.
<http://www.icc.cpi.in/iccdocs/doc/doc379838.o.pdf>.

The Prosecutor v/ Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui. Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of the Victims at Pre-Trial Stage of the Case. ICC-01/04-01/07-474. 13 de Mayo de 2008.
<https://www.icc-cpi.int/drc>

Republica Centro-Africana:

Prosecutor v/ Jean Pierre Bemba Gombo
<https://www.icc-cpi.int/car/bemba>

Kenya:

The Prosecutor v/ William Samoei Ruto and Joshua Arab Sang. <https://www.icc-cpi.int/kenya/rutosang/.../RutoSangEng.pdf>

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

Caso Campo Algodonero c/ Méjico. (Ciudad Juárez). Corte Interamericana de Derechos Humanos.
www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf

TRIBUNAL A. MAYOR RIESGO. GUATEMALA.**Caso Zepur Zarco.**

http://media.wix.com/ugd/5e94e8_51c3cd8b0e374d05a9a9db7c0f275b49.pdf