

La construcción de la libertad sexual como derecho humano
Más allá de la protección penal internacional
del cuerpo de las mujeres

Rosa Ana Alija Fernández

E D I T O R I A L T R O T T A

CONTENIDO

<i>Siglas</i>	11
<i>Introducción</i>	13
1. De la protección del honor en los conflictos armados a la tipificación de la violencia sexual en el Derecho internacional penal	19
2. Yugoslavia y Ruanda, el punto de inflexión	35
3. Un nuevo planteamiento: la violencia sexual y el género en el Estatuto de Roma	57
4. Algo está cambiando en la jurisprudencia penal internacional	83
5. La libertad sexual como bien protegido en los crímenes sexuales: ¿un derecho humano fundamental?	105
6. La incidencia del Estatuto de Roma en la legislación penal de los Estados parte	131
<i>Conclusiones</i>	175
<i>Referencias</i>	183
<i>Índice general</i>	227

INTRODUCCIÓN

Se dice que «todo en este mundo va de sexo, excepto el sexo; el sexo va de poder»¹. Algo de eso hay. A lo largo de la historia, forzar una relación sexual ha sido un símbolo de dominación, y controlar la sexualidad, una forma de opresión. La sexualidad se ha enmarañado con dogmas morales y religiosos, ideologías, políticas demográficas, estrategias territoriales, imposiciones sucesorias... Y, en general y sobre todo, con construcciones socioculturales sustentadas en las diferencias biológicas entre sexos que han condicionado la posibilidad de muchas personas de decidir libremente sobre el propio cuerpo y los afectos. Si el sexismo en la sociedad ha supuesto para las mujeres una posición de subordinación respecto de los hombres a lo largo y ancho del planeta, las construcciones de género han condicionado la sexualidad de unas y otros a través de la feminidad o la virilidad como exigencias identitarias, el amor romántico como ideal, la violencia sexual como herramienta de sumisión.

Aunque esas construcciones perduran en la actualidad, en el último medio siglo se han hecho grandes esfuerzos para echarlas abajo y derribar con ellas las imposiciones que convierten la sexualidad en un yugo. El movimiento feminista logró colocar en la agenda política de los Estados lo que ocurre en las alcobas y abrir en los tabúes grietas desde las que empezar a discutir en el ámbito público el papel de la sexualidad como manifestación de la libertad de las personas. De la mano del feminismo, el tema saltó también a los foros intergubernamentales, donde poco a poco ha ido ganando entidad propia, a lo que ha contribuido la confluencia de otros actores, en particular el movimiento LGBTIQ+.

1. Esta frase se suele atribuir a Oscar Wilde, pero es bastante improbable que sea suya. En realidad, parece ser más bien un dicho que circula en el mundillo del psicoanálisis, aunque su autoría es desconocida.

La Conferencia sobre el establecimiento de una corte penal internacional, celebrada en Roma entre el 15 de junio y el 17 de julio de 1998, fue uno de esos foros. Mujeres procedentes de distintas regiones y disciplinas, con perspectivas diversas, conformaron el Women's Caucus for Gender Justice, y trabajaron intensamente dentro y fuera de la Conferencia para que la violencia sexual y la perspectiva de género —entre otros aspectos²— estuvieran presentes en la Corte Penal Internacional (CPI). El esfuerzo dio sus frutos: el Estatuto de la CPI incorporó un amplio catálogo de delitos de naturaleza sexual, constitutivos tanto de crímenes contra la humanidad como de crímenes de guerra, y fue el primer tratado internacional que incluyó una definición de *género*, algo que no se había logrado en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995³.

El Estatuto de la CPI supuso así un punto de inflexión en la respuesta jurídica internacional a la violencia sexual al reconocer la gravedad de prácticas que hasta entonces no habían recibido una atención adecuada por parte del Derecho internacional. Además, las configuró como lesiones del derecho a la autodeterminación sexual de las personas, por lo que constituye un instrumento clave en la evolución del tratamiento de este derecho en el ámbito internacional. Al menos así se entiende en este estudio, en el que se pretende explorar el impacto que la configuración y aplicación jurisprudencial de los delitos sexuales recogidos en el Estatuto de la CPI puede haber tenido en la conformación de un derecho humano a la libertad sexual, un derecho que no está previsto de manera expresa en ningún tratado internacional de derechos humanos.

La hipótesis de partida es que, si la tipificación en el Estatuto de determinadas prácticas refleja la voluntad de los Estados de reforzar la protección de algunos derechos que se consideran fundamentales, el modo en el que se configuran y aplican los crímenes sexuales en el seno de la CPI evidencia que el bien jurídico protegido es el derecho a la libertad sexual de toda persona, que sería, por tanto, un derecho humano fundamental y, en consecuencia, la práctica de los Estados debería alinearse con esta configuración. Dada la novedad que este planteamiento supuso en 1998, sería de esperar que en el último cuarto de siglo se hayan producido cambios en la práctica de los Estados que permitan confirmar el

2. Como Pam Spees apunta, también reclamaron un papel más activo para víctimas y testigos en el proceso judicial, mandatos sólidos para la protección de ambos grupos, reparaciones amplias, y la presencia de personas expertas en género y mujeres en la Corte y entre el personal de todos los niveles (P. Spees, «Women's Advocacy in the Creation of the International Criminal Court: Changing the Landscapes of Justice and Power»: *Signs. Journal of Women in Culture and Society* 28/4 [2003], p. 1238).

3. Y ello a pesar del carácter no vinculante de la Declaración y Plataforma de Acción resultante de la conferencia (*vid. ibid.*, p. 1243).

surgimiento de una costumbre internacional en virtud de la cual la libertad sexual se reconoce como un derecho humano fundamental que debe ser respetado y protegido en la esfera internacional.

En las páginas que siguen se pondrá a prueba esta hipótesis. Para ello, se comenzará examinando los precedentes que llevaron a la incorporación de la violencia sexual al Derecho internacional penal, inicialmente con un enfoque basado en la protección de las mujeres (capítulo 1). Ese enfoque comenzó a cambiar gracias a la labor de los tribunales penales internacionales *ad hoc*, que identificaron de manera clara la autonomía sexual como el bien jurídico que proteger mediante la tipificación de la violencia sexual (capítulo 2), una perspectiva que, como apenas se señalaba, se afianzó en el Estatuto de la CPI. El tratamiento de la violencia sexual en el seno de la CPI merece ser examinado con más detenimiento, por lo que se le dedican dos capítulos. En primer lugar, se analizará la definición de los crímenes recogidos en el Estatuto y su relación con la definición del género manejada en la CPI (capítulo 3), para, acto seguido, revisar las decisiones más relevantes en materia de violencia sexual adoptadas por la Corte hasta la fecha, lo que se complementará con un repaso a la práctica de distintos tribunales híbridos (capítulo 4).

El capítulo 5 abandona por un momento esta exposición cronológica para profundizar en la relación entre el Derecho internacional penal y la protección de los derechos humanos, aunque enseguida vuelve al examen de la evolución del derecho a la libertad sexual, esta vez dentro del Derecho internacional de los derechos humanos, donde se ha consolidado una perspectiva bidimensional de la autonomía sexual, más amplia que en el ámbito penal. Así, junto a la regulación de su dimensión negativa —que se traduce en la protección de todas las personas frente a actos de naturaleza sexual no deseados—, se ha ido afianzando también la protección de su dimensión positiva, es decir, la libertad de disponer libremente del propio cuerpo a efectos sexuales.

Teniendo en cuenta todo este marco histórico y normativo se procederá por fin a evaluar los cambios que desde 1998 se han producido en la regulación de la libertad sexual en los Estados parte del Estatuto de la CPI (capítulo 6). Se avanza ya que, en este proceso, se puede apreciar la importancia de los desarrollos jurídicos internacionales en relación con la dimensión positiva de la autonomía sexual, los cuales posibilitan una interpretación novedosa de las disposiciones del Estatuto y se reflejan también en la legislación penal de los Estados parte. Resulta, pues, innegable su importancia en la construcción de una esfera pública internacional que garantice unos estándares mínimos de protección de la libertad sexual de todas las personas, sobre todo en un momento en el que se observan movimientos reaccionarios a lo largo y ancho del planeta que buscan desmantelar los avances alcanzados por muchos Estados en esta

materia. En este sentido, conviene recordar una limitación inicial de este estudio, que no por evidente resulta menos relevante, como es que en él solo se examina la práctica de los Estados parte del Estatuto de la CPI. Quedan, por tanto, fuera del análisis Estados tan relevantes como Estados Unidos, Rusia o China, que además mantienen una posición ambigua en relación con la dimensión positiva de la autonomía sexual, lo que podría condicionar el desarrollo de estándares normativos internacionales que protejan plenamente la libertad sexual.

Antes de seguir, conviene hacer un apunte metodológico que acabe de contextualizar el estudio que sigue, elaborado desde la perspectiva del Derecho internacional público. Quien no esté familiarizado/a con este ordenamiento jurídico podría pensar que aquí solo encontrará referencias a tratados internacionales, o esperarse un estudio de Derecho comparado entre normas internas. A medida que avance, se topará, en cambio, con indicaciones sobre la influencia de los ordenamientos jurídicos estatales en la configuración de normas internacionales, y descubrirá que no hay comparaciones entre normas internas, sino un intento de extraer principios comunes a los ordenamientos jurídicos de los Estados. Las normas de Derecho internacional público se crean mediante distintos procedimientos. Plasmarlas en tratados internacionales es el preferido en la actualidad, pero igual de válidas (y acaso más valiosas, por evidenciar un consenso general) son las normas que se crean por la vía de la costumbre internacional—esto es, por la existencia de una práctica estatal generalizada, constante y uniforme que los Estados siguen (tanto en el plano internacional como en el interno) con el convencimiento de estar actuando de conformidad con una norma de obligado cumplimiento (convicción de obligatoriedad que recibe el nombre de *opinio iuris*)— y las que constituyen principios comunes a los ordenamientos jurídicos de la generalidad de los Estados. Unas y otras integran el denominado Derecho internacional general.

La metodología seguida para llevar a cabo este trabajo no difiere de la habitual en el ámbito de la investigación jurídica, y se ha basado en el examen de documentación. Pero la pluralidad de procedimientos de creación de normas jurídicas internacionales requiere no limitar el análisis a los tratados internacionales, ni a la práctica de los Estados en la esfera internacional, sino también evaluar su práctica interna. De ahí que se hayan revisado instrumentos normativos tanto internacionales como nacionales (tratados internacionales, documentos de organizaciones internacionales, legislación interna). Asimismo, se ha recurrido a medios auxiliares para determinar el contenido de las normas, en concreto a la doctrina, acompañada de informes de organizaciones de la sociedad civil, y, sobre todo, al examen de jurisprudencia, que refleja la diversidad de tribunales penales relevantes para el tema abordado, de carácter tanto estrictamente

internacional —permanentes (la CPI) y no permanentes (tribunales militares internacionales y tribunales *ad hoc* para Yugoslavia y Ruanda)—, híbridos (internos-internacionales) y, en menor medida, internos. Todo este material ha sido sometido a un análisis inductivo-deductivo para poder extraer las conclusiones con las que se cierra el estudio.

Para quien no tenga formación jurídica, espero que estas precisiones no constituyan un desincentivo. Lo que sigue se ha escrito con la voluntad de que permita al menos dos niveles de lectura. Una es la que puedan hacer juristas (tanto iusinternacionalistas como de otras ramas del Derecho), que en ocasiones tal vez tengan la sensación de que algunos conceptos están sobreexplicados. La razón es hacer más cómoda la lectura de quienes se aproximen a este trabajo desde otros ámbitos, como los estudios de género, la sociología, la filosofía política o la historia, con la esperanza de que puedan sacar provecho de él, al igual que lo ha hecho este estudio, pues, como no podía ser de otra manera, se ha nutrido también de todos esos campos.

No quiero cerrar este preámbulo sin expresar mi más profundo agradecimiento a Ángela Vega García y Águeda Menéndez Morro, cuya asistencia fue fundamental en el arduo proceso de identificación de la legislación interna relevante; Claudia Jiménez, por la lectura y valoración del primer borrador; Antonio Giménez, por sus valiosos comentarios tras la lectura del segundo, y al Ilustrísimo Colegio de la Abogacía de Barcelona, por haber impulsado la redacción de las páginas que siguen.