

LA PROTECCIÓN PENAL DE LAS MUJERES PRIVADAS DE LIBERTAD EN LOS CONFLICTOS ARMADOS

Patricia RODRÍGUEZ DÍAZ

Licenciada en Derecho
Doctoranda en Paz y Seguridad Internacional,
Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado,
UNED, Madrid

SUMARIO: I. Mujeres privadas de libertad en conflictos armados: Introducción; II. Los principios de Derecho Internacional Humanitario; III. Protección penal a las mujeres privadas de libertad por los instrumentos de derechos humanos; IV. El Derecho Penal Internacional y la Corte Penal Internacional: crímenes de guerra; IV.1 Contexto histórico del Derecho Penal Internacional; IV.2 Derecho Penal Internacional; IV.3 La Corte Penal Internacional; IV.4 Los crímenes de guerra en el Estatuto de Roma; IV.5 Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda: crímenes de guerra; V. Derecho Internacional Humanitario como fuente de la protección penal de las mujeres privadas de libertad en los conflictos armados; V.1 Principios y garantías judiciales-procesales que regulan el internamiento en el Derecho Internacional Humanitario; VI. Conclusión.

Resumen: Después de la II Guerra Mundial empezó a plantearse la necesidad de regular penalmente los conflictos armados, para intentar no dejar impune a los responsables de las barbaries cometidas durante los períodos de guerras. De esta manera, los Convenios de Ginebra, sus Protocolos adicionales, y la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales, revelaron la necesidad de crear una Corte Penal Internacional, que fue instituida por el Estatuto de Roma en 1998, formando todo ese entramado de normas el llamado Derecho Penal Internacional. Las víctimas de los conflictos armados, y en concreto, las mujeres privadas de libertad, cuentan por tanto con todo un conjunto de normas, que vienen a reconocer unos derechos y garantías procesales mínimas que deben ser respetadas, con el fin

de otorgarles una completa protección penal. Así, en este artículo, brevemente explicamos la protección penal con la que cuentan las víctimas de un conflicto armado ante un proceso penal, haciendo un recorrido por todos los instrumentos penales legales de Derecho Internacional Humanitario como Derechos Humanos y jurisprudencia internacional.

Abstract: After the II World War II it was clearly revealed the necessity to create a criminal regulation of armed conflicts, trying not to leave unpunished those responsible for the atrocities committed during war periods. Thus, the Geneva Conventions, the two Additional Protocols, and the jurisprudence of the International Courts, shown the necessity of an International Criminal Court, which was established by the Rome Statute in 1998, creating the called International Criminal Law. Victims of armed conflicts, in particular, women deprived of their liberty, have a compendium of rights and penal prosecutions and guarantees, which need to be respected in order to grant their full criminal protection. So, in this article, we briefly explain the criminal protection that victims of armed conflicts have during a criminal prosecution, going through all legal instruments, taking into account the International Humanitarian Law and Human Rights provisions and the International Criminal case-law.

Palabras clave/key words:

Derecho Internacional Humanitario / International Humanitarian Law;

Convenios de Ginebra y Protocolos adicionales / Geneva Conventions and Protocol additional;

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional / Rome Statute of the International Criminal Court;

Derecho Penal Internacional / International Criminal Law;

Conflictos armados / Armed conflicts;

Mujeres privadas de libertad / Women deprived of their liberty;

Principios generales de Derecho Penal / General Principles of International Criminal Law;

Crímenes de guerra / War crimes;

Garantías procesales / Procedural Criminal guarantees;

Derecho Penal interno / Internal Criminal Law;

Derechos Humanos / Human Rights.

I. Mujeres privadas de libertad en conflictos armados: Introducción

Las mujeres suelen ser en menor número que los hombres objeto de detención, siendo los hombres los que sufren un mayor riesgo de ser detenidos en situación de conflicto armado, ya que suelen ser vistos como un posible combatiente y su detención o internamiento responde a una presunta cuestión de seguridad¹. Las mujeres representan entre el 4% o el 5% de la población carcelaria de un país². Este porcentaje incluye a las combatientes privadas de libertad por motivos relacionados con un conflicto, a las detenidas por motivos de seguridad, a las civiles internadas y a las detenidas por delitos de derecho común. Además, en algunos países las mujeres también pueden ser detenidas por razones «relacionadas con su conducta», los llamados «delitos de honor»³.

En los conflictos armados, las mujeres pueden verse privadas de libertad, sea por razones directamente relacionadas con el conflicto o no como, por ejemplo, por delitos de derecho común cometidos antes o durante el conflicto. A veces, el encarcelamiento de las mujeres está relacionado con la pobreza porque, por un lado, suele ser el motivo del delito y, por otro, las mujeres a menudo no pueden solventar el gasto de los servicios jurídicos ni pagar multas. Cuando las mujeres no pueden pagar a un abogado o los procesos judiciales son extremadamente lentos, a veces quedan detenidas a la espera de juicio por más tiempo del que representa la condena que se les impone por el delito, no cumpliéndose sus garantías procesales.

En algunas partes del mundo, las mujeres también son detenidas a causa de leyes y prácticas culturales discriminatorias, o de leyes o tradiciones tribales, en lugar de leyes codificadas. A menudo, las mujeres detenidas por «crímenes contra el honor» o que se encuentran en custodia para su propia protección permanecen en prisión por períodos prolongados e indefinidos. También pueden ser deteni-

¹ DE TOMÁS MORALES, Susana, «La Mujer y las Operaciones de Mantenimiento de la Paz», p. 121, Editorial Dykinson, Madrid, 2010.

² LINDSEY, Charlotte, «Las mujeres ante la guerra», CICR, Ginebra, 2001, p. 163, disponible en <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/p0798>.

³ LINDSEY, Charlotte, «Las mujeres y la guerra: la detención de mujeres en tiempo de guerra», Revista Internacional de la Cruz Roja, n.º 842, pp. 505-520. «Delito de honor es el término usado frecuentemente en muchos países para describir las razones de detención de una mujer. Es un comportamiento que la ley o la costumbre considera inaceptable o inapropiado. En algunos casos, se detiene a las mujeres para protegerlas de sus familiares o de su comunidad».

das por crímenes de los que ellas mismas son las víctimas, como la violación. A veces, «la custodia con fines de protección» no es más que una forma de designar la detención arbitraria de personas que fueron víctimas de ciertos crímenes o que corren el riesgo de que se cometan contra ellas crímenes de ese tipo; también se aplica para garantizar que las mujeres presten testimonio⁴.

En situaciones de conflicto armado, el derecho internacional humanitario (DIH) asigna protección a las prisioneras, a las internadas y a las detenidas. Las principales disposiciones se encuentran plasmadas en los cuatro Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra de 1949 y en sus dos Protocolos adicionales de 1977. Se refieren al trato debido a las personas privadas de libertad, así como a las condiciones específicas de detención de las mujeres y al trato que éstas deben recibir. En las situaciones de violencia no cubiertas por los cuatro Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales, existen otras normas internacionales que vienen a completar la legislación interna en lo referente al trato de los detenidos. Igualmente, contamos con el derecho internacional consuetudinario, aplicable a los conflictos armados no internacionales. Y en el ámbito de Naciones Unidas, destacamos: las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos (1955)⁵; el Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (1988)⁶; el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (1966)⁷; la Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (1984)⁸; las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok, 2011)⁹ y las Reglas Mínimas sobre las Medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio, 1990)¹⁰.

⁴ ASHDOWN, Julie y JAMES, Mel, «Mujeres en Detención», Revista Internacional de la Cruz Roja, Marzo de 2010, n.º 877. <https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc-877-ashdown-james.pdf>.

⁵ <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/TreatmentOfPrisoners.aspx>.

⁶ <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/DetentionOrImprisonment.aspx>.

⁷ <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>.

⁸ <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx>.

⁹ Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), Resolución A/RES/65/229 aprobada por Naciones Unidas el 16 de marzo de 2011. https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/crimeprevention/65_229_Spanish.pdf.

¹⁰ Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990. <https://www.cidh.oas.org/PRIVADAS/reglasminimasnoprivativas.htm>.

Dentro de este marco normativo, el DIH reitera constantemente la necesidad de proteger «*sin distinción alguna de índole desfavorable basada en el sexo*»¹¹. Sea durante la detención, el enjuiciamiento o el interrogatorio de prisioneras de guerra, la humillación basada en el sexo tanto de hombres como de mujeres está prohibida por los textos generales y específicos de los cuatro Convenios de Ginebra y sus dos Protocolos. Es importante señalar que estas normas y las leyes nacionales también se aplican, sin distinción por cuestiones de sexo, a las mujeres privadas de libertad por motivos relacionados con conflictos armados internacionales y no internacionales.

La autoridad detentora tiene la obligación en toda circunstancia de atender a las necesidades de los detenidos, y de proporcionarles un alojamiento adecuado y apropiado¹², así como alimentos¹³, ar-

¹¹ Artículo 12 del I y II Convenio de Ginebra; artículo 16 del III Convenio de Ginebra; artículo 27 del IV Convenio; Artículo 75 del Protocolo Adicional I y artículo 4 del Protocolo Adicional II.

¹² Las mujeres privadas de libertad deben alojarse en lugares adecuados según la duración de su detención, con espacio suficiente para el bienestar físico y psicológico de todas las personas alojadas (artículo 25 del III Convenio). El alojamiento de las mujeres y los niños debe estar separado del de los hombres para proporcionarles la máxima protección e intimidad y cumplir las normas culturales y religiosas. Este principio debe aplicarse siempre, salvo cuando las mujeres están detenidas en una unidad familiar, en cuyo caso debe alojarse juntos a los miembros de cada familia (artículo 82 del IV Convenio y artículo 75.5 del Protocolo adicional I. Además si son arrestados, detenidos o internados por razones relacionadas con el conflicto armado, los niños deben ser mantenidos en lugares distintos de los destinados a los adultos, excepto en los casos de familias alojadas en unidades familiares (art. 77.4 del Protocolo adicional I). Las mujeres embarazadas y las madres lactantes deben estar en un lugar de detención en el que puedan recibir una asistencia adecuada y donde puedan atenderse sus necesidades especiales. Es esencial que en todos los lugares de detención se autorice el acceso al aire libre (artículo 38 del III Convenio de Ginebra), en particular, las mujeres encintas y los niños que acompañan a sus madres detenidas, deben tener un acceso más frecuente al aire libre y a los ejercicios físicos que los demás detenidos. Los Convenios III y IV contienen disposiciones detalladas sobre las condiciones de detención, que deben tener en cuenta los hábitos y las costumbres de los prisioneros y en ningún caso deben ser perjudiciales para su salud (artículos 25 y 97 del III Convenio y artículos 85 y siguientes y 118 del IV Convenio). El objetivo de estas normas es proteger a las mujeres detenidas contra la violencia, los abusos y la intimidación; preservar su intimidad y dignidad. El DIH establece numerosas normas relativas a los lugares en los que se interna o detiene a personas, siendo su mayor preocupación la ubicación y las condiciones básicas de los lugares de detención, junto a la agrupación de diferentes categorías de personas privadas de libertad.

¹³ En el caso de que las madres lactantes no tengan suficiente leche para sus bebés, han de recibir leche pura en polvo y agua potable adecuada y disponer de condiciones de higiene y equipos apropiados para que sus hijos se mantengan sanos, debiendo, en su caso, dar las instrucciones necesarias sobre el modo de preparar esa leche. Las autoridades detenedoras tienen el deber de proporcionar suficiente agua potable para beber y preparar los alimentos, así como para lavar y asearse. Las mu-

títulos y servicios necesarios para su salud¹⁴ y su dignidad. Tiene también la obligación de velar por que los detenidos sean tratados correctamente, y, en particular, por que no reciban malos tratos¹⁵.

jeros han de tener acceso a fuentes de agua y disponer de recipientes aptos para recoger y almacenar ese agua (baldes, barriles, recipientes para agua) para su uso personal. En el caso de las mujeres lactantes necesitan más líquido (agua potable) para mantenerse sanas y producir leche, así como complementos de proteínas, calcio y oligoelementos, ya que su dieta ha de ser más rica que la del resto de la población.

¹⁴ Las mujeres detenidas tienen necesidades especiales diferentes de las de los hombres en materia de salud (el DIH Consuetudinario reconoce, a través de manuales militares de diferentes países, la obligación de respetar las necesidades específicas de las mujeres afectadas por los conflictos armados, tipificando las legislaciones estatales como delito la violación de esta obligación. Norma 134 de DIH Consuetudinario, HENCKAERTS, Jean-Marie, «El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario», CICR, Buenos Aires, octubre 2007). Durante la detención y en otras situaciones desfavorables, las mujeres y las niñas suelen ser más vulnerables a los problemas de salud, debido principalmente a su función reproductora, incluida la menstruación, que pueden ocasionarles anemia y deficiencias minerales. Asimismo, pueden padecer trastornos ginecológicos, por lo que es necesario someterse a controles médicos periódicos y recibir tratamiento y medicamentos, en especial asistencia ginecológica, obstétrica, prenatal y posparto. Por lo general, las mujeres, y en particular las mujeres embarazadas, son desatendidas entrañando un considerable riesgo de complicaciones debido a la falta de controles prenatales y de una asistencia obstetricia adecuada. De esta manera las mujeres embarazadas deberían dar a luz en un establecimiento médico cualificado, debiendo prestarse especial atención a las mujeres embarazadas detenidas por infringir la costumbre o las normas de derecho penal relacionadas con los embarazos ilegítimos o las violaciones, porque suelen dar a luz en condiciones muy difíciles. Los reconocimientos médicos deben ser realizados por personal médico cualificado y las exploraciones vaginales, rectales, mamarias y análogas no deben realizarse en presencia de personal no sanitario del sexo opuesto (el Doctor Hernán Reyes, del CICR, subrayó, en sus comentarios sobre la Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre los Exámenes Físicos de los Presos, adoptada por la 45.^a Asamblea Médica Mundial, celebrada en Budapest en 1993, la importancia de que no se realicen registros corporales íntimos contra la voluntad de los presos).

¹⁵ El DIH establece que las mujeres deben estar bajo vigilancia inmediata de mujeres (artículo 97 del III Convenio; artículos 76 y 124 del IV Convenio; artículo 75.1 del Protocolo adicional I y artículo 5.2 del Protocolo adicional II). Además, el IV Convenio estipula que las mujeres internadas civiles solo pueden ser registradas por mujeres, según el artículo 97. El III Convenio establece que los prisioneros deben ser tratados humanamente en todas las circunstancias y tienen derecho al respeto de su persona y de su honor también en todas circunstancias (artículos 13 y 14 del III Convenio de Ginebra). Los actos ilícitos y las omisiones ilícitas por parte de la potencia detenedora que comporten la muerte o pongan en peligro la salud de los prisioneros de guerra constituyen infracciones graves de los artículos 13 y 14 del Convenio. El Convenio también prohíbe las medidas de represalia contra los prisioneros de guerra, así como las mutilaciones físicas o los experimentos médicos o científicos que no se justifiquen por el tratamiento médico de la persona concernida. Además, estipula que los prisioneros serán protegidos contra todo acto de violencia o de intimidación, así como contra los insultos y la curiosidad pública (artículo 13 del III Convenio). Sus artículos 17 y 52 prohíben la tortura física o moral y las presiones para obtener datos de la índole que sea de los prisioneros de guerra.

En este sentido, la situación general de las personas privadas de libertad debe analizarse con el fin de identificar a las personas o grupos de personas que tienen necesidades de protección específicas, más allá de las razones de la detención. Por tanto tenemos que reconocer que las mujeres tienen necesidades específicas, por ejemplo, de agua, higiene e intimidad, lo cual no significa que se dé prioridad o una atención diferente a las mujeres detenidas, sino que se reconoce simplemente que las mujeres y los hombres tienen necesidades, vulnerabilidades y mecanismos de superación diferente y convergente¹⁶, de ahí que se haya que dar una protección especial a las mujeres, también desde el punto de vista del derecho penal internacional, ya que la mayoría de los crímenes se cometen durante los procesos de enjuiciamiento y encarcelamiento, violándose las garantías procesales y el derecho a un juicio justo, por ser consideradas, en la mayoría de los casos por las partes implicadas, como personas más vulnerables. La guerra, según el profesor José Luis RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, tiene distintas consecuencias para la mujer y para los hombres, pues la violencia de género constituye la mayor proporción de los crímenes de guerra cometidos contra la población civil¹⁷.

Y es dentro de este contexto, donde las personas civiles en poder del enemigo han sufrido las consecuencias más graves, sobre todo mujeres y niños. Así, hemos asistido a ejecuciones sumarias, desapariciones forzadas, torturas y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes como la violencia sexual contra las personas recluidas, detenciones y encarcelamientos arbitrarios, toma de rehenes, ausencia de las debidas garantías procesales, restricciones a la libertad de pensamiento, de expresión y de asociación, ataques deliberados contra no combatientes, hospitales y ambulancias, restricciones al acceso a alimentos y atención a la salud, devastación y destrucción indiscriminada y violaciones graves de los derechos humanos en los lugares de detención. Todo ello, a veces, dentro de un marco de «depuración étnica»¹⁸, que ha acarreado deportaciones y traslados

¹⁶ LINDSEY, Charlotte, «Las mujeres ante la guerra», CICR, agosto 2002. <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/p0798>.

¹⁷ RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, José Luis, «Mujeres, víctimas de la guerra», en 'Crímenes de Guerra: Lo que debemos saber', de GUTMAN, Roy y RIEFF, David, Editorial Debate, Barcelona, 2003.

¹⁸ Resolución de Naciones Unidas, 48/143 de 20 de diciembre de 1993, donde la Asamblea General de Naciones Unidas, expresó su indignación: «por el hecho de que la práctica sistemática de la violación se utilice como arma de guerra y como instrumento de «depuración étnica» contra mujeres y niños en las zonas de conflicto armado de la ex Yugoslavia, en particular contra mujeres y niños musulmanes en Bosnia y Herzegovina». <http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/e710e10355df9b48802567160040a7b4?Opendocument>.

forzados y masivos de personas en violación flagrante de las disposiciones del derecho internacional.

En estas circunstancias, estas violaciones graves del derecho internacional son consideradas crímenes de guerra y como tales, los responsables de los mismos deben ser juzgados y castigados. Por esta razón, durante la década de los noventa se establecieron por primera vez dos tribunales penales internacionales *ad hoc*, con autoridad para juzgar crímenes de guerra (cometidos en conflictos específicos, como Ruanda y la ex Yugoslavia), que evidenciaron, a su vez, la necesidad de establecer un tribunal penal internacional, que culminó con la aprobación del Estatuto de Roma en 1998 para la institución de la Corte Penal Internacional. Estos instrumentos son, junto al DIH y a los derechos humanos, el medio jurídico con el que cuentan las mujeres para que se les garanticen sus garantías procesales y el derecho a un juicio justo, respetando así el derecho internacional.

En el caso de conflicto armado no internacional, a pesar de que los cuatro Convenios de Ginebra contienen un marco jurídico que abarca casi todos los aspectos de la detención en una situación de conflicto armado internacional, sin embargo no prevé lo mismo para los conflictos armados no internacionales, recurriendo en estos casos al derecho consuetudinario. Esto es lo que llevó a los miembros de la XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, que se celebró en Ginebra, Suiza, del 28 de noviembre al 1 de diciembre de 2011, a la adopción de la Resolución I¹⁹, de «Fortalecimiento

¹⁹ Esta Resolución I, adoptada el 1 de diciembre de 2011, puede consultarse en: www.cicr.org/spa/resources/documents/resolution/31-international-conference-resolution-1-2011.htm.

En esta Resolución I se invita al CICR a proseguir, en cooperación con los Estados y con otros actores pertinentes, las investigaciones, las consultas y los debates que se lleven a cabo para fortalecer el derecho, así como identificar y proponer diversas opciones y recomendaciones en relación con esos dos ámbitos. Lo que se pretende es que el DIH conserve su índole práctica de prestar protección jurídica a todas las personas privadas de libertad por motivos relacionados con un conflicto armado, independientemente de si estamos ante un contexto internacional o no. En este sentido, el Consejo de Delegados del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, tras su reunión en Sídney, Australia, durante los días 17-18 de noviembre de 2013, recogió detalladamente en un informe los progresos alcanzados en la aplicación de la Resolución I, documento que fue elaborado por el CICR en Ginebra, en octubre de 2013. Este informe contiene una descripción de las medidas adoptadas por el CICR en favor de la aplicación de esta Resolución I, un resumen de las diferentes consultas llevadas a cabo hasta la fecha y una síntesis de los principales resultados alcanzados. La resolución que acompaña este informe, pide al Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja que continúe apoyando las actuales consultas y aliente a los Estados a poner todo su empeño en los

trabajos que lleven a cabo en dichos ámbitos porque tanto velar por el cumplimiento del DIH como por su desarrollo es un cometido que incumbe, primordialmente, a los Estados. El CICR apunta cuatro campos principales, no descartando otros, relacionados con la detención, en los que es necesario fortalecer el derecho:

a) condiciones de detención: las disposiciones existentes de derecho convencional y consuetudinario sobre los conflictos armados no internacionales no abordan detenidamente las condiciones de detención, si las comparamos con las disposiciones aplicables a los conflictos armados no internacionales. El CICR remarca la ausencia de muchas disposiciones en este sentido que vendrían a paliar muchos de los problemas que padecen las detenidas, como son, entre otros, la insuficiencia de alimentos, agua y ropa, la escasez o la falta de conformidad con las reglas de higiene de las instalaciones de aseo, la inadecuación de la asistencia médica, la excesiva exposición a los rigores del clima, la falta de contacto exterior y de aire fresco.

b) categorías vulnerables de detenidos: igualmente, no están abordadas estas categorías cuando se trata de un conflicto armado no internacional. El CICR también plantea la necesidad de tener en cuenta las necesidades específicas de estos grupos «más vulnerables» de detenidos, en especial las mujeres, los niños y las personas con alguna discapacidad. En las reuniones mantenidas se resaltaron otros aspectos necesarios de atender, como fueron la inadecuación de las infraestructuras, el hacinamiento, el alojamiento de convictos, detenidos de seguridad y personas en espera de juicio en los mismos locales, la abstención de reconocer por parte de las autoridades detentoras que detienen ciertas personas (desaparición forzada), la omisión por parte de las autoridades de registrar los datos de los detenidos y mantenerlos en lugares de detención oficialmente reconocidos. También se reconoció como categorías vulnerables de detenidos, los detenidos seropositivos y los ciudadanos extranjeros.

c) traslado de detenidos: el CICR reconoce como debilidad importante del DIH la falta de disposiciones relativas a la protección de los detenidos en sus traslados, siendo necesario disposiciones que impidan expresamente la entrega de detenidos a autoridades que podrían cometer abusos contra ellos. Teniendo en cuenta el principio de no devolución (eje conceptual del derecho que protege a los detenidos contra los abusos y cuya aplicación depende del derecho de los tratados aplicable en cada caso), en caso de que exista algún riesgo de gravedad para el bienestar del detenido, no debe efectuarse ningún tipo de traslado. En las consultas elaboradas por el CICR se acordó prohibir el traslado de detenidos cuando se conozca el riesgo de que sean torturados, y en la necesidad de aplicar medidas antes, durante y posteriores al traslado de cualquier detenido, con el fin de cerciorarse de que no se someten a malos tratos; sin embargo, un tema que necesita ser aún estudiado fue la extensión de esas medidas y qué tipo de medidas.

Según el III y IV Convenios de Ginebra, queda prohibido expresamente los traslados a Estados que no son partes en uno u otro de los Convenios que se aplique al caso concreto, así como todos los traslados de personas protegidas por el IV Convenio de Ginebra a países donde estas personas tengan razones para temer persecuciones a causa de sus opiniones políticas o religiosas. Otros traslados de personas protegidas por los Convenios de Ginebra III y IV sólo podrían llevarse a cabo después de que la Potencia detenedora se haya cerciorado de la voluntad y capacidad de la Potencia que acogerá al detenido de aplicar el Convenio en cuestión.

d) bases y procedimientos de internamiento: el CICR ha comprobado la debilidad del derecho relativo a los conflictos armados no internacionales, al no existir, tanto en el DHI como en las legislaciones internas, unas bases y procedimientos claros para el internamiento. En este sentido, hubo debates en cuanto a qué término in-

de la protección jurídica de las víctimas de los conflictos armados», que viene a sentar las bases para fortalecer el derecho internacional humanitario en dos ámbitos principales: la protección de las personas privadas de libertad por motivos relacionados con conflictos armados no internacionales (detención) y los mecanismos para garantizar el cumplimiento del DIH.

II. Los principios del derecho internacional humanitario

El DIH²⁰ es una fuente del Derecho Penal Internacional (que a su vez se nutre, en gran parte, del derecho penal interno de los Estados)²¹ y se podría definir como *«el cuerpo de normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, específicamente destinado a ser aplicado en los conflictos armados, internacionales o no internacionales, y que limita, por razones humanitarias, el derecho de las Partes en conflicto a elegir libremente los métodos y los medios utilizados en la guerra, o que protege a las personas y a los bienes afectados, o que pueden estar afectados, por el conflicto»*²².

El DIH tiene por finalidad lograr la protección en situación de conflicto armado, tanto internacional como interno, de las perso-

cluir en las redacciones del DIH para abarcar esta figura, y hablaron por ejemplo, de introducir el «principio de imperiosas razones de seguridad» incluido en el IV Convenio de Ginebra como una base adecuada para el internamiento; otros optaron por «amenaza a la seguridad»; otros «ser miembro de un grupo armado», alegando que como internados debían ser tratados, por analogía con el III Convenio de Ginebra, es decir, como prisioneros de guerra. En materia de salvaguardas hubo consenso en las propuestas por el CICR, entre las que se incluyen: impugnar la legalidad de la detención; examen periódico de la necesidad de mantener el internamiento por un órgano imparcial e independiente; y la posibilidad de que los detenidos accedan a suficiente información para impugnar la legalidad de su detención. Se acordó, que independientemente del derecho vigente aplicable, era necesario examinar periódicamente la persistencia de la amenaza, y por consiguiente, la necesidad de mantener o no el internamiento.

²⁰ PICTET, Jean, «Desarrollo y Principios del Derecho Internacional Humanitario», CICR, Revista Internacional de la Cruz Roja. Lo define, como *«esa considerable porción del derecho internacional público que se inspira en el sentimiento de humanidad y que se centra en la protección de la persona en caso de guerra»*. https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/desarrollo_y_principios.htm.

²¹ CASSESE, Antonio, «International Criminal Law», Oxford University Press, Nueva York, 2003.

²² SWINARSKI, Christophe, «Introducción al Derecho Internacional Humanitario», CICR. Revista Internacional de la Cruz Roja. <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdl7w.htm>.

nas y de determinados bienes que no tienen relación directa con las operaciones militares, por lo que viene a garantizar la situación del ser humano ante dichos conflictos. En definitiva tiene como objetivo principal limitar los sufrimientos engendrados por la guerra y mitigar sus efectos.

Lo esencial del DIH se podría resumir en los siguientes principios fundamentales:

- Las personas que no participan, o han dejado de participar, en las hostilidades han de ser respetadas, protegidas y tratadas con humanidad, debiendo recibir la asistencia apropiada, sin ningún tipo de discriminación.
- Los combatientes capturados, y demás personas privadas de libertad, han de ser tratados con humanidad. Deben ser protegidos contra todo acto de violencia, en especial contra la tortura. Si se incoaran diligencias judiciales contra ellos, han de gozar de las garantías fundamentales de un procedimiento reglamentario.
- En un conflicto armado, el derecho de las partes a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado, quedando prohibido causar males superfluos o heridas innecesarias.
- A fin de proteger a la población civil, las fuerzas armadas deberán distinguir, en todas las circunstancias, entre, por una parte, la población civil y los bienes civiles y, por otra, los objetivos militares. La población civil, los civiles y los bienes civiles, no serán nunca objeto de ataques militares.

Estos principios expresan lo que, en un principio, la Corte Penal Internacional denominó «consideraciones elementales de humanidad» y más tarde «principios generales del derecho humanitario»²³, principios que constituyen el fundamento de la protección que el derecho confiere a las víctimas de la guerra, que son de obligado cumplimiento en cualquier circunstancia y no admiten derogación alguna.

Hay que tener en cuenta que las normas del derecho internacional se aplican a todos los conflictos armados, sean cuales fueren sus causas o sus orígenes. Estas normas han de ser respetadas en todo

²³ GASSER, Hans-Peter, El derecho internacional humanitario y la protección de las víctimas de la guerra, 01-11-1998, CICR. <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdle2.htm>.

momento y en todas las circunstancias y con respecto a todas las personas que protegen, sin ningún tipo de discriminación.

Para el aseguramiento de la eficacia del DIH, procurando el acatamiento y cumplimiento de sus normas, son precisos mecanismos institucionales operativos²⁴, que en el ámbito internacional se concretan en el sistema de justicia penal internacional (Tribunales Internacionales *ad hoc* y posteriormente el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional), y en el ámbito interno se plasman en el sistema de sanción o represión nacional de las graves infracciones del DIH convencional o crímenes de guerra. Así, desde la recepción por los ordenamientos internos de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos, los Estados Partes están obligados incondicionalmente a respetar y hacer respetar tales en todas las circunstancias²⁵, además de tener la obligación imperativa²⁶ de tomar todas las medidas legislativas necesarias para fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometan, o den orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves a los respectivos instrumentos legislativos.

Esto significa que los Estados Partes tienen que llevar a cabo el desarrollo legal preciso, a partir de la recepción del DIH en sus ordenamientos internos, para que devenga operativa, para que se haga factible su aplicación y ejecución por los órganos judiciales del Estado en cuestión. De igual manera, son los Estados Partes quienes deben tipificar en sus ordenamientos internos estas conductas fijándole unas adecuadas sanciones penales para quienes cometan, o den órdenes de cometer tales delitos; en definitiva, penas proporcionadas a la gravedad inmanente de los hechos.

²⁴ PIGNATELLI Y MECA, Fernando, «La punición de las infracciones del DIH: Los Tribunales Internacionales de Guerra», Derecho Internacional Humanitario, 2.^a Edición, Cruz Roja Española, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, página 856. El autor reconoce que «... la sanción o represión en sede jurisdiccional nacional de los delitos de guerra constituye, hoy por hoy, el instrumento jurídico más eficaz para lograr la salvaguardia de las personas y bienes en caso de conflicto armado, garantizando así el cumplimiento y respeto de la normativa en que se concreta el Derecho internacional humanitario».

²⁵ Artículo 1 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, y artículo 1.1 del Protocolo Adicional I.

²⁶ Artículo 50 del I Convenio; artículo 51 del II Convenio; artículo 130 del III Convenio y artículo 147 del IV Convenio. El Protocolo I, impone en su artículo 86.1, como deber del Estado Parte en él, el de reprimir las infracciones graves que se enuncian en sus artículos 11.4 y 85.2 a 4, respecto de las que, en su artículo 85.5, proclama que se considerarán crímenes de guerra.

III. Protección penal a las mujeres privadas de libertad por los instrumentos de derechos humanos

En este capítulo analizamos la protección dada por los instrumentos de derechos humanos que contienen derechos fundamentales y específicos que asisten a las personas detenidas. A este respecto, podemos afirmar que los derechos humanos están relacionados con el Derecho Penal Internacional desde el punto de vista procesal²⁷, dado que las garantías del acusado son derechos básicos del hombre. En este sentido, los más importantes instrumentos de Derechos Humanos incluyen tres principios fundamentales de Derecho Penal, que vienen a proteger a todas las personas procesadas contra los posibles abusos del poder sancionador del Estado, y que son reconocidas a su vez por el derecho internacional consuetudinario: en concreto se trata del principio *nullum crimen sine lege*, el principio de *nulla poena sine lege* y la retroactividad de la ley penal.

Entre las normas pertinentes del derecho internacional de los derechos humanos, debemos hacer referencia al artículo 9 de la **Declaración Universal de Derechos Humanos**, que señala «*Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado*». La disposición correspondiente en el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** (PIDCP)²⁸ es el artículo 9, en su párrafo 1, donde dice: «*Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido por ésta*». Esta protección se aplica a todas

²⁷ CASSESE, Antonio, «International Criminal Law», Oxford University Press, Nueva York, 2003. Estos tres principios están presentes en la Declaración Universal de Derechos del Hombre, en la Convención Americana de los Derechos Humanos, en la Convención Europea de Derechos Humanos y en la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos.

²⁸ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su A/RES/2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49 Lista de los Estados que han ratificado el pacto. <http://www.un.org/spanish/Depts/dpi/boletin/humanrights/pidcp.html>. No hay que dejar pasar en este punto, que el PIDCP se aplica tanto en tiempo de paz como de conflicto armado, así el Comité de Derechos Humanos afirmó que «*El Pacto se aplica también en situaciones de conflicto armado en las que son aplicables las normas del derecho internacional humanitario, subrayando que ambas esferas son complementarias y no mutuamente excluyentes*». A este respecto, la Corte Internacional de Justicia observó también que «*la protección del Pacto no cesa en tiempo de guerra, excepto cuando se aplica el artículo 4 de ese instrumento, por el que pueden suspenderse algunas disposiciones en caso de emergencia nacional*».

las personas detenidas, independientemente que se trate de detención administrativa o de detención penal.

La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha dejado claro que la detención que, al inicio, puede ser lícita puede volverse 'arbitraria' si se prolonga indebidamente y si no se somete a revisión de forma periódica²⁹. Así, el Comité establece los elementos que han de examinarse para determinar la licitud de la detención preventiva: *«Incluso en los casos en que se practique la detención por razones de seguridad pública ésta debe regirse por las mismas disposiciones, es decir, no debe ser arbitraria, debe obedecer a las causas fijadas por la ley y efectuarse con arreglo al procedimiento establecido en la ley, debe informarse a la persona de las razones de la detención y debe ponerse a su disposición el derecho a recurrir ante un tribunal, así como exigir una reparación en caso de que haya habido quebrantamiento del derecho»*. Si en dichos casos se formularan acusaciones penales, debe otorgarse la plena protección reconocida en el artículo 9, párrafos 2 y 3, y en el artículo 14.

El párrafo 3 de este artículo 9 dispone que *«Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá ser subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio (...)»*.

Por otra parte no se puede eludir la aplicación del Pacto trasladando a una persona fuera de las fronteras nacionales del Estado de que se trate, si no que *«todo Estado parte debe respetar y garantizar los derechos establecidos en el Pacto a cualquier persona sometida al poder o al control efectivo de este Estado, incluso si no se encuentra en el territorio del Estado parte»*. Todos los individuos se pueden beneficiar de estos derechos, independientemente de su nacionalidad o de que sean apátridas, incluidos los solicitantes de asilo, los refugiados, los trabajadores emigrantes y todas aquellas personas que se encuentren en el territorio o estén sujetas a la jurisdicción del Estado Parte.

²⁹ La «arbitrariedad» no debe entenderse ni equipararse a «contrario a la ley», sino que debe interpretarse más ampliamente para incluir elementos de inadecuación, injusticia y falta de previsibilidad. DE ZAYAS, Alfred, «Derechos humanos y detención por tiempo indeterminado», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 857, de 31 de marzo de 2005, pp. 15-38. <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/article/review/6e3m3d.htm>.

La detención por tiempo indeterminado, además de constituir una violación del artículo 9 del Pacto, puede conllevar la violación de otras disposiciones del Pacto, como son: el artículo 14, que garantiza el derecho de toda persona a ser oída públicamente sin demora ante un tribunal competente e imparcial; el artículo 7, que prohíbe la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes; y el artículo 10, que dispone que toda persona privada de libertad deberá ser tratada con humanidad.

Por último, destacar que a pesar de que el artículo 4 permite una suspensión temporal de los artículos 9, 14 y 24 (referente a la detención de menores), no autoriza nunca a que se suspendan los artículos 6 (derecho a la vida)³⁰ y el artículo 7. Según el Comité de Derechos Humanos, *«las medidas que suspenden la aplicación de alguna disposición del Pacto deben ser de carácter excepcional y temporal, siendo requisito fundamental que las medidas se adopten en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación»*.

Dentro de Naciones Unidas, hay que destacar igualmente la existencia del **Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión**³¹, adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988, cuyo objetivo

³⁰ El artículo 6 enuncia expresamente lo siguiente: 1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente. 2. En los países en que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente. 3. Cuando la privación de la vida constituya delito de genocidio se tendrá entendido que nada de lo dispuesto en este artículo excusará en modo alguno a los Estados Partes del cumplimiento de ninguna de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. 4. Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena de muerte. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos. 5. No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez. 6. Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado Parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital.

³¹ Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988 <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9049>.

es la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Este documento se compone de 39 principios y parte definiendo conceptos básicos como son: a) «arresto» entendido como el acto de aprehender a una persona con motivo de la supuesta comisión de un delito o por acto de autoridad; b) «persona detenida» entendido como toda persona privada de la libertad personal, salvo cuando ello haya resultado de una condena por razón de un delito; c) «persona presa» como toda persona privada de la libertad personal como resultado de la condena por razón de un delito; d) «detención» como la condición de las personas detenidas tal como se define supra; e) «prisión» entendido como la condición de las personas presas tal como se define supra; f) «un juez u otra autoridad» como una autoridad judicial u otra autoridad establecida por ley cuya condición y mandato ofrezcan las mayores garantías posibles de competencia, imparcialidad e independencia.

Este Conjunto de Principios exige un trato humano y respetuoso a la dignidad de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, las cuales junto con el arresto sólo se llevarán a cabo en estricto cumplimiento de la ley y por funcionarios competentes o personas autorizadas para ese fin. Exigen expresamente la no restricción ni menoscabo de ninguno de los derechos humanos de estas personas reconocido o vigente en un Estado so pretexto que este Conjunto de Principios no los reconoce o los reconoce en menor grado. Se establece la aplicación de estos principios sin ningún tipo de distinción por raza, color, sexo, idioma, religión o creencia religiosa, opinión pública o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. En lo que respecta a las mujeres en especial, el párrafo 2, de este principio Quinto, establece que *«Las medidas que se apliquen con arreglo a la ley y que tiendan a proteger exclusivamente los derechos y la condición especial de la mujer, en particular de las mujeres embarazadas y las madres lactantes, los niños y los jóvenes, las personas de edad, los enfermos o los impedidos, no se considerarán discriminatorias. La necesidad y la aplicación de tales medidas estarán siempre sujetas a revisión por un juez u otra autoridad»*.

Por otra parte, no admite circunstancia alguna como justificación de la tortura o de otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, (el principio 22 prohíbe expresamente el sometimiento de los detenidos a experimentos médicos o científicos). El principio Octavo distingue claramente entre personas detenidas y presas, exigiendo que las detenidas reciban un trato apropiado a su condición de personas que no han sido condenadas, facilitando su separación de las presas siempre que sea posible. Estos principios reconocen una serie

de derechos procesales y penales para todas aquellas personas que hayan sido detenidas, como el derecho a ser oídas, a defenderse por sí misma o ser asistida por un abogado y el derecho a comunicarse con él; derecho a ser informado de las causas de su detención, de sus derechos como tal, y a ser informado en una lengua que comprenda en caso de ser extranjero; exige la comunicación del detenido o preso con el mundo exterior y su familia prohibiendo la incomunicación y reconociendo el derecho de visitas; reconoce también el derecho a que se comunique a su familia o abogado de, en caso que se produzca, el traslado del detenido. Reconoce el derecho a ser examinado y a recibir tratamientos médicos de forma gratuita cada vez que sea necesario. Exigen asegurar la asistencia a los familiares de las personas detenidas o presas que estén a cargo de éstas, en particular a los menores, y velar especialmente por la tutela de los niños que hayan quedado privados de supervisión.

Debemos hacer referencia igualmente a las **Reglas mínimas para el Tratamiento de Reclusos**³², de Naciones Unidas, cuyo objetivo no es describir de forma detallada un sistema penitenciario modelo, sino únicamente establecer los principios y reglas de una buena organización penitenciaria y de la práctica relativa al tratamiento de los reclusos. Representan en su conjunto las condiciones mínimas admitidas por Naciones Unidas y sirven para estimular el esfuerzo constante por vencer las dificultades prácticas que se oponen a su aplicación, ya que debido a la gran variedad de condiciones jurídicas, económicas, sociales y geográficas existentes en todo el mundo, no se pueden aplicar indistintamente todas estas reglas en todas las partes del mundo y en cualquier momento. La primera parte contiene una serie de reglas relativas a la administración general de los establecimientos penitenciarios y es aplicable a todas las categorías de reclusos, criminales o civiles, en prisión preventiva o condenados, incluso a los que sean objeto de una medida de seguridad o de una medida de reeducación ordenada por el juez. La segunda parte contiene reglas aplicables a cada categoría de reclusos, distinguiendo entre condenados, reclusos alineados y enfermos mentales, personas detenidas o en prisión preventiva, sentenciados por deudas o a prisión civil, y reclusos, detenidos o encarcelados sin haber cargos en su contra.

³² Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 633C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

Así, en la primera parte se reconoce la aplicabilidad imparcial de estas reglas, no debiéndose hacer diferencias de ningún tipo fundadas en prejuicios, y respetando sus creencias religiosas o morales. Recoge, como el Pacto analizado anteriormente, una serie de derechos básicos, relativos al registro de todas las personas detenidas, a su higiene, alimentación, ejercicios físicos, servicios médicos, a la separación de categorías y sexos. En este sentido la regla 8, reconoce la singularidad de las mujeres al establecer literalmente que *«los hombres y las mujeres deberán ser reclusos, hasta donde fuera posible, en establecimientos diferentes; en un establecimiento en el que se reciban hombres y mujeres, el conjunto de locales destinado a mujeres deberá estar completamente separado»*. Además, entre estos derechos se encuentra, entre otros, el relativo al contacto con el exterior, información sobre su régimen, el derecho a tener una biblioteca, a practicar su religión, notificación de defunción, enfermedades y traslado de reclusos.

De la segunda parte, nos interesa por el objeto de este estudio, las reglas relativas a las personas detenidas o en prisión preventiva, así como las relativas a los reclusos, detenidos o encarcelados sin haber cargos en su contra, porque aunque no especifica nada para el caso de las mujeres, son también de aplicación para ellas, debiéndoseles aplicar las normas generales previstas en la primera parte, así como las relativas a otras categorías de detenidos, siempre que su aplicación redunde en su beneficio. Por lo tanto, cabe dejar claro, que aunque estas reglas expresan las condiciones aplicables a personas detenidas por delitos de derecho común que no guardan relación con un conflicto armado, son también pertinentes, por analogía, para las personas privadas de libertad por motivos relacionados con un conflicto armado³³.

En cuanto a las **Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, «Reglas de Tokio»**³⁴, contienen unos principios básicos para promover la aplicación de las medidas no privativas de libertad, así como salvaguardias mínimas para las personas a quienes se aplican medidas sustitutivas de la prisión. Estas reglas se aplicarán a todas las personas sometidas a acusación, juicio o cumplimiento de una

³³ LINDSEY, Charlotte, «Las mujeres ante la guerra», CIRC, agosto 2002.

³⁴ Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990. <https://www.cidh.oas.org/PRIVADAS/reglasminimasnoprivativas.htm>.

sentencia, en todas las fases de la administración de la justicia penal. Igualmente, se aplicarán sin discriminación alguna, además contienen una cláusula de salvaguarda, en la que se dispone que su aplicación no excluirá la aplicación de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menos (Reglas de Beijing), el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión ni de ningún otro instrumento o norma sobre derechos humanos reconocidos por la comunidad internacional que guarden relación con el tratamiento del delincuente y con la protección de sus derechos humanos fundamentales.

Las Reglas de Tokio estipulan protecciones legales para asegurar que las penas no privativas de libertad impuestas se aplican con imparcialidad, dentro de un sistema legal claro, asegurando la protección de los derechos del delincuente y el recurso a un sistema de queja formal cuando estimen que sus derechos han sido vulnerados. El objetivo de estas reglas es fomentar la participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal así como de fomentar entre los delincuentes, el sentido de su responsabilidad hacia la sociedad. En realidad estas reglas vienen por ejemplo, a evitar que con la prisión preventiva se vulneren derechos de los detenidos, como el principio de presunción de inocencia.

Por último, analizar las **Reglas para el Tratamiento de las Reclusas y medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes**, las llamadas **Reglas de Bangkok**³⁵, que aunque bien es cierto que son medidas de tratamiento penitenciario que no se limitan a los conflictos bélicos, hay que reconocer que se aplican a todos los reclusos sin discriminación³⁶, por lo que en su aplicación

³⁵ Resolución aprobada 21 de diciembre de 2010 por la Asamblea General [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/65/457)]. <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/BangkokRules.aspx> Al aprobar la Resolución A/RES/65/229 sin votación, se aprobaron las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (conocidas como «Reglas de Bangkok», en reconocimiento al liderazgo asumido por el gobierno de Tailandia, bajo mandato de Su Alteza Real, la Princesa Bajrakitiyabha, en cuanto a su promoción y aprobación). Dichas reglas complementan, más no sustituyen, a las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos y a las Reglas mínimas uniformes de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad («Reglas de Tokio»).

³⁶ Párrafo 6 de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, aprobadas en 1957. <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/TreatmentOfPrisoners.aspx>.

se deben tener en cuenta las necesidades y las situaciones concretas de todas las personas privadas de libertad, en especial a las mujeres. En concreto, se presta en ellas particular atención a los problemas especiales con que se enfrentan las mujeres delincuentes, tales como el embarazo y el cuidado de los niños.

Estas reglas son compatibles con las normas de Derecho Internacional y van principalmente dirigidas a las autoridades penitenciarias y a los organismos de justicia penal. La Asamblea General de Naciones Unidas (ONU) dio un paso importante, con estas reglas, hacia satisfacer las necesidades y características de las mujeres dentro del sistema de justicia penal. Naciones Unidas ha subrayado en diversos contextos la necesidad de reconocer los problemas especiales de las reclusas y la necesidad de proporcionar los medios para solucionarlos. Igualmente vela por que las mujeres sean tratadas de forma equitativa y justa en el período de detención, proceso, sentencia y encarcelamiento, prestando especial atención a los problemas especiales con los que se encuentran las mujeres (como el embarazo y el cuidado de niños).

Las mujeres (y las niñas) conforman una minoría entre los presos del mundo; se calcula que constituyen aproximadamente entre el 2 y el 9% de la población mundial en prisiones nacionales³⁷. Por esta y otras razones relacionadas con la condición y posición de las mujeres en los ámbitos nacionales e internacional, lo que ha sucedido es una tendencia dentro del sistema penal en donde no se han reconocido o han sido poco entendidas las características y necesidades de las mujeres dentro de ese sistema; quedando así, en gran medida, insatisfechas. Las mismas Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, aprobadas hace más de 50 años, reflejan esas carencias³⁸.

Son muchos los problemas que acompañan y caracterizan la situación de las mujeres dentro del sistema de justicia penal, y particularmente en relación con la detención. Así, destacamos entre otros problemas: la existencia de pocas cárceles para mujeres, y su ubicación alejada del hogar, familia y amistades; problemas rela-

³⁷ ASHDOWN, Julie y JAMES, Mel, «Women in detention», ICRC, Revista Internacional de la Cruz Roja, Vol. 82, número 877, marzo 2010. <https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc-877-ashdown-james.pdf>.

³⁸ Penal Reform International, la Representación Cuáquera ante la ONU, Febrero de 2011, «Resumen Informativo de las «Reglas de Bangkok». http://www.quno.org/sites/default/files/resources/ESPAN%CC%83OL_Briefing%20on%20Bangkok%20Rules.pdf.

cionados con el cuidado de los menores dependientes que residen fuera de la cárcel; problemas para cuidar de sus hijos/as dependientes que residen en la cárcel; mayor vulnerabilidad de las mujeres a ser objeto de abusos psicológicos y físicos; retos particulares en torno a cubrir sus necesidades de salud y acordes a las características físicas; mayor vulnerabilidad en las mujeres a la autolesión y el suicidio; desventaja económica y social, menor acceso a la justicia; y una mayor estigmatización.

Estas Reglas de Bangkok, contienen 70 reglas que abordan cuestiones pertinentes principalmente a la vivencia de las mujeres dentro del sistema de justicia penal, así resumimos brevemente:

- Reclusas bajo arresto y en espera de un juicio: acceso a medidas no privativas de la libertad, disposiciones post-sentencia;
- Reclusas cumpliendo sentencia: clasificación e individualización, el régimen penitenciario, relaciones sociales y atención después de la liberación, incluyendo: a) Ingreso³⁹: registro y asignación; b) Higiene personal⁴⁰; c) Servicios de salud: chequeo médico preventivo al ingresar, atención médica específica para su género, servicios de salud mental y servicios médicos, prevención del VIH y el SIDA, tratamiento, atención y apoyo, programas para tratar el abuso en el consumo de sustancias, suicidio y autolesión, servicios de salud preventivos, respuesta ante acusaciones de violación sexual y otro tipo de violencia y tortura⁴¹; d) Seguridad personal y medidas de seguridad en las

³⁹ La regla 2, establece expresamente la vulnerabilidad de las mujeres y niños, al estipular que «*Se deberá prestar suficiente atención a los procedimientos de ingreso de mujeres y niños a la institución, por su vulnerabilidad especial en ese momento (...)*».

⁴⁰ La regla 5 estipula que «*Los recintos destinados al alojamiento de las reclusas deberán contar con los medios y artículos necesarios para satisfacer las necesidades de higiene propias de su género, ..., en particular las embarazadas y las que se encuentren en período de lactancia o menstruación*».

⁴¹ La regla 7 establece a este respecto que «*En caso de determinarse que la reclusa ha sufrido abuso sexual u otra forma de violencia antes de su reclusión o durante ella, se le informará de su derecho a recurrir antes las autoridades judiciales. Se le informará exhaustivamente de los procedimientos correspondientes y sus etapas. Si la reclusa decide entablar acciones judiciales, se notificará de ello a los funcionarios correspondientes y se remitirá de inmediato el caso a la autoridad competente para que lo investigue. Las autoridades penitenciarias ayudaran a la mujer a obtener asistencia jurídica*».

instalaciones, cacheos⁴²; e) Disciplina⁴³ y castigo⁴⁴: instrumentos restrictivos, informar a las reclusas y escuchar sus quejas⁴⁵, inspecciones; f) Contacto con el mundo exterior; g) El personal institucional y su capacitación.

- Las necesidades específicas de: mujeres embarazadas, madres lactando, madres con hijos/as en edad dependiente, las delinquentes menores de edad, mujeres extranjeras, mujeres de grupos minoritarios, mujeres indígenas.

En cuanto a la protección que reciben los detenidos desde los sistemas regionales cabe señalar, brevemente, en primer lugar, el **Convenio Europeo de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales**⁴⁶, donde su artículo 5, párrafo 1, establece que «*Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie podrá ser privada de su libertad, salvo en los casos que enumera y con arreglo al procedimiento determinado por la ley...*». Su párrafo 4 establece que «*Toda persona privada de su libertad mediante arresto o detención tendrá derecho a presentar un recurso ante un tribunal, a fin de que éste se pronuncie en breve plazo acerca de la legalidad de su detención y ordene su libertad si la detención es ilegal*». Conforme a su artículo 15, las normas del Convenio Europeo están sujetas a suspensión.

La **Convención Americana sobre Derechos Humanos**⁴⁷, su artículo 7, establece que «*Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas*

⁴² Las reglas 19 y 20 hacen referencia expresa a los registros personales de las mujeres, debiéndose «*adoptar las medidas efectivas para resguardar la dignidad y garantizar el respeto de las reclusas durante los registros personales*» siempre por personal femenino y atendiendo a los procedimientos establecidos a tal fin. Igualmente, exigen que «*se eviten las consecuencias psicológica dañinas y la posible repercusión física de esas inspecciones corporales invasivas*».

⁴³ A este respecto, la regla 22 establece la prohibición de aplicar sanciones de aislamiento o segregación disciplinaria a las mujeres embarazadas, ni a las mujeres con hijos y a las madres en períodos de lactancia. La Regla 23 por su parte, reconoce que entre las sanciones disciplinarias, no deberá constar la prohibición del contacto con sus familiares, en particular con sus hijos.

⁴⁴ La regla 24 prohíbe el uso de medidas coercitivas contra las mujeres que estén por dar a luz ni durante el parto ni durante el período inmediatamente posterior.

⁴⁵ La regla 25, apartado 2, reconoce expresamente el caso de reclusas que hayan sufrido abuso sexual, en particular a las que hayan quedado embarazadas.

⁴⁶ http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf.

⁴⁷ https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf.

conforme a ellas. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios... Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o un Tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales».

La **Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos**⁴⁸, en su artículo 6 establece que *«Todo individuo tiene derecho a la libertad y la seguridad de su persona. Nadie podrá ser privada de su libertad, salvo por motivos y en condiciones previamente determinados por la ley; en particular, nadie podrá ser arrestado o detenido arbitrariamente».*

Todas estas normas internacionales, brevemente analizadas, reflejan un consenso universal acerca de que las personas no pueden ser privadas de libertad a menos que sea conforme a una autoridad legislativa específica o respetando las garantías procesales. Siendo a los tribunales nacionales e internacionales a quienes incumbe examinar la licitud de las detenciones y garantizar que las personas que hayan sido objeto de detención o arresto arbitrarios sean liberadas y reciban reparación. Por el contrario, son mínimas las referencias en estos cuerpos de derechos humanos a la mujer y su situación personal, sin embargo, es importante señalar que estas normas y leyes nacionales también se aplican a las mujeres privadas de libertad por motivos relacionados con conflictos armados, ya sean internacionales y no internacionales, sin hacer distinción alguna al sexo ni a las circunstancias.

IV. El derecho penal internacional y la corte penal internacional: crímenes de guerra

IV.1 Contexto histórico del Derecho Penal Internacional

Por Derecho Penal Internacional (DPI) se entiende tradicionalmente el conjunto de todas las normas de derecho internacional que establecen consecuencias jurídico-penales⁴⁹, tratándose de una

⁴⁸ <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1297.pdf?view=1>.

⁴⁹ AMBOS, Kai «Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional», *Diálogo Político*, Georg-August-Universität Göttingen, Alemania, Publicación trimestral de la Konrad-Adenauer-Stiftung A. C., Año XXI – n.º 3, Septiembre 2004 http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/dpi_dialogo_politico_3_04.pdf.

combinación de principios de derecho penal y de derecho internacional⁵⁰. En otras palabras, el Derecho Penal Internacional es la rama del Derecho que define los crímenes internacionales (principalmente, genocidio, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y crimen de agresión) y regula el funcionamiento de los tribunales competentes para conocer de los casos en los que los individuos incurran en responsabilidad penal internacional, imponiendo las sanciones que correspondan.

El surgimiento de esta rama supuso una importante evolución respecto del Derecho internacional clásico, que era esencialmente interestatal y no consideraba a la persona como sujeto de Derecho internacional, ya que la responsabilidad individual es independiente de la responsabilidad internacional del estado⁵¹. En la justicia penal internacional, se logra, por tanto, juntar el ámbito sustancial originado desde el sistema de protección universal y regional de los derechos humanos, y permite configurar la responsabilidad de los Estados en las violaciones de tales derechos, para que sean sancionados y repriman y adopten medidas para detener las violaciones de los mismos. Igualmente, permite la protección con respecto a las graves infracciones al derecho internacional humanitario (que dada su naturaleza, su ámbito de protección descansaba en la voluntad de los Estados y en la obligación de desarrollo de las graves infracciones en el derecho penal interno, no asegurando en muchos casos esta necesidad de protección)⁵².

Sin realizar un análisis profundo de los elementos que conllevan a la necesidad de crear una justicia penal internacional, (por no ser objeto de este estudio), trataré escuetamente los orígenes. Así, los primeros antecedentes del Derecho Penal Internacional se encuen-

⁵⁰ BASSIOUNI, Cherif, «El Derecho Penal Internacional: Historia, objeto y contenido», Sección Doctrinal. Catedrático de Paul University, Chicago. <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46205.pdf>. Según Bassiouni, el Derecho Penal Internacional es el resultado de la convergencia de los aspectos internacionales de la legislación penal nacional de los Estados y de los aspectos penales de la legislación internacional.

⁵¹ NAJMAN, Alexander, «La Responsabilidad Internacional de los Estados por actos ilícitos, crímenes internacionales y daños transfronterizos», Universidad Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012. <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInternacional/12/art/art1.pdf>.

⁵² SANDOVAL-MESA, Jaime Alberto, «Factores sustanciales y procesales de la competencia de la Corte Penal Internacional, frente al Derecho Interno», en *Dikaion* 22-2 (2013), pp. 333-356.

tran antes de la I Guerra Mundial⁵³, sin embargo, fue tras esta guerra cuando se estableció el principio de punibilidad de los crímenes de guerra, a través del Tratado de Versalles de 1919⁵⁴.

Tras la Segunda Guerra Mundial, las potencias aliadas⁵⁵ acordaron en 1945, en virtud del Acuerdo de Londres⁵⁶, la creación del primer tribunal militar internacional de la historia, el Tribunal de Núremberg⁵⁷, que estableció como hechos ilícitos internacionales, los crímenes de guerra, crímenes contra la paz y los crímenes contra la humanidad⁵⁸. El 2 de septiembre de 1945 se firmó el Estatuto del

⁵³ BASSIOUNI, Cherif, «El Derecho Penal Internacional: Historia, objeto y contenido», Sección Doctrinal. Catedrático de Paul University, Chicago. <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46205.pdf>. Ver este manual para conocer con más detalle los orígenes históricos de este derecho.

⁵⁴ Este Tratado impuso a Alemania el deber de entrega a los aliados de los alemanes acusados de crímenes de guerra para su enjuiciamiento por tribunales militares (artículo 228); y se autorizó a los Aliados la creación de tribunales nacionales de crímenes de guerra (artículo 229). También dispuso el procesamiento del Kaiser Guillermo II por un tribunal internacional (artículo 227) (aunque el Kaiser nunca fue juzgado por negarse Holanda a extraditarlo en base a que el delito del que se le acusaba era un «delito político» y, por tanto, excluido de la extradición).

⁵⁵ ROBERGE, Marie-Claude, «Jurisdicción de los Tribunales *ad hoc* para ex Yugoslavia y Ruanda por lo que respecta a los crímenes de lesa humanidad y genocidio», CICR, Revista Internacional de la Cruz Roja, 30 Noviembre de 1997. <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdl7n.htm>. El 8 de agosto de 1945, las cuatro Potencias aliadas (Francia, Reino Unido, URSS y Estados Unidos) firmaron el Acuerdo de Londres, al que se anexaron los Estatutos del Tribunal Militar Internacional para el procesamiento y el castigo de los mayores criminales de guerra del Eje europeo (Estatuto de Núremberg). En virtud de lo dispuesto en su artículo 6, el Tribunal tendrá competencia para «...enjuiciar y castigar a quienes, actuando a título personal o como miembros de organizaciones en interés de los países del Eje europeo, hayan cometido cualquiera de los crímenes siguientes: crímenes contra la paz..., crímenes de guerra..., crímenes de lesa humanidad...».

⁵⁶ Acuerdo para la Persecución y Castigo de los Grandes Criminales de Guerra del Eje europeo, (Carta de Londres), de 8 de agosto de 1945.

⁵⁷ Fallo del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, A/CN.4/22. El Tribunal de Núremberg expresó con claridad que la existencia del nuevo ordenamiento internacional no sólo persigue y castiga la ilicitud de los Estados, sino incluso persigue y sanciona a los individuos que hayan cometido atrocidades contra la civilización humana: «Ha sido reconocido durante mucho tiempo que el derecho internacional impone deberes y responsabilidades a los individuos lo mismo que a los Estados...los delitos contra el derecho internacional son cometidos por los hombres y no por entidades abstractas, y sólo mediante el castigo de los individuos que cometen tales delitos pueden aplicarse las disposiciones del derecho internacional...». http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_95-1/ga_95-1_s.pdf.

⁵⁸ Los conocidos como juicios de Núremberg comenzaron el 20 de noviembre de 1945, y se dictó sentencia el 30 de septiembre y el 1 de octubre de 1946. Este tribunal enjuició a 19 importantes criminales de guerra. Según Anello, hubo siete sentencias de encarcelamiento, tres sobreseimientos y se declaró con el título de criminales a tres organizaciones. ANELLO, Carolina, «Tribunal Penal Internacional», Universidad de Buenos Aires, <http://www.solidaritat.ub.edu/observatori/dossiers/tpi/tpidossier.htm>.

Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente⁵⁹, «Tribunal de Tokio», el cual comenzó sus actuaciones en 1946 y juzgó a 28 personas, de las cuales siete fueron condenadas a muerte. Estos Tribunales establecieron como principio básico de imputación el de la responsabilidad individual derivada de obligaciones legales internacionales, sin que se aceptara la excepción de «obediencia debida a las órdenes superiores»⁶⁰.

Los principios que inspiraron los juicios de Núremberg tuvieron una relevancia fundamental en la conformación del Derecho penal internacional. La resolución 95 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 11 de diciembre de 1946⁶¹, reconoció los principios formulados en la Carta de Londres y las sentencias del Tribunal de Núremberg. Asimismo, solicitó al Comité de Codificación de Derecho Internacional que fijara como asunto prioritario la redacción de un «Código Criminal Internacional» que concretara los delitos contra la paz y seguridad de la humanidad de acuerdo con los principios aplicados en Núremberg. Se planteó poco después la creación de un tribunal permanente, pero los trabajos quedaron finalmente paralizados. Esta idea de un Derecho penal internacional se reactivó en la última década del siglo XX.

Así, fue en los años 90, a fin de responder a las atrocidades cometidas durante el conflicto en la ex Yugoslavia y los asesinatos en masa en Ruanda, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas acordó la creación de un Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia⁶², y en 1994, el genocidio de Ruanda provocó que se aprobara la constitución del Tribunal Penal Internacional para Ruanda⁶³. A partir de entonces, se han constituido también otros tribunales especiales para

⁵⁹ Este Estatuto se firmó en la Bahía de Tokio, Japón, el 2 de septiembre de 1945, entre Japón, los Estados Unidos de América y «las naciones aliadas».

⁶⁰ BASSIOUNI, Cherif, «El Derecho Penal Internacional: Historia, objeto y contenido», Sección Doctrinal. Catedrático de Paul University, Chicago, página 20. <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46205.pdf>.

⁶¹ Confirmación de los principios de Derecho Internacional reconocidos por el estatuto del Tribunal de Núremberg, <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/95%28I%29> y http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_95-I/ga_95-I_ph_s.pdf.

⁶² Este Tribunal fue creado por el Consejo de Seguridad mediante Resolución 827 de 25 de mayo de 1993, <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1993-statute-tribunal-former-yugoslavia-5tdm74.htm>.

⁶³ Este Tribunal fue establecido por el Consejo de Seguridad mediante Resolución 955, (S/RES/955), de 8 de noviembre de 1994. <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1994-statute-tribunal-rwanda-5tdmhw.htm>.

juzgar delitos nacionales o internacionales⁶⁴. A partir de aquí, y como consecuencia de los vicios⁶⁵ desde el punto de vista procesal que adolecían las sentencias condenatorias de estos tribunales, comenzaron en el seno de la Asamblea General las negociaciones para la redacción de un Tratado Internacional que regulara e institucionalizara el juzgamiento y castigo de los autores de los crímenes considerados más graves por la Comunidad Internacional. A este respecto, la Comisión de Derecho internacional en 1998 firmó el Estatuto de Roma, que crea la Corte Penal Internacional (CPI), que viene a regular su composición y funcionamiento y delimita sus competencias. Es el principal órgano del Derecho Penal Internacional y se considera como el primer tribunal de justicia penal internacional permanente.

IV.2 *Derecho Penal Internacional*

Con respecto al término de Derecho Penal Internacional, hay que tener en cuenta que hay una discusión terminológica respecto si llamarlo Derecho Penal Internacional o Derecho Internacional Penal⁶⁶. Destacamos las definiciones dadas, en este sentido, por el profesor Quintano Ripollés⁶⁷: «*el “Derecho Penal Internacional” es una parte del Derecho Penal que regula las relaciones de coordinación entre los Estados respecto a la aplicación de normas penales sobre individuos*

⁶⁴ «Tribunales *ad hoc*», CICR, Comité Internacional de la Cruz Roja, 29 Octubre 2010 <https://www.icrc.org/spa/war-and-law/international-criminal-jurisdiction/ad-hoc-tribunals/overview-ad-hoc-tribunals.htm> Algunos ejemplos de estos tribunales mixtos son los constituidos en Kosovo, Bosnia-Herzegovina, Timor Leste, Sierra Leona, Camboya y en el Líbano. El desarrollo de estos mecanismos jurídicos es un componente importante en algunos contextos post-conflicto, puesto que promueven el debate acerca de la necesidad de trabajar en favor de la paz y la reconciliación en un país o una comunidad, frente a los reclamos de la justicia para las víctimas de las violaciones de derechos humanos.

⁶⁵ REMIRO BROTONS, Antonio, «Crímenes y Tribunales Internacionales», Política Exterior, Vol. 21, No. 115, 2007. El autor considera que estos tribunales penales internacionales no dejan de percibirse como una actuación política del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para paliar errores y omisiones en el desarrollo de estos conflictos. Ver nota 104 a este respecto también.

⁶⁶ MEJÍA AZUERO, Jean Carlo «Diferencias entre el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional Penal», Prolegómenos, Derechos y Valores, vol. XI, núm. 22, junio-diciembre, 2008, pp. 181-217, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87602212>, y CERDA ACEVEDO, Carlos Alberto, «Características del Derecho Internacional Penal y su clasificación entre Crimen y Simple Delito», Working Paper n.º 64, Programa Derecho Internacional, CAEI (Centro Argentino de Estudios Internacionales), p. 5.

⁶⁷ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, «Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal», Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, p. 166.

que residen en otras potencias; de condición, este cuerpo de normas arbitra los casos de aplicación extraterritorial de las leyes penales, sobre procedimiento de extradición y la jurisdicción penal, empero la creación de los delitos y su punibilidad sigue siendo competencia soberana de los Estados. El “Derecho Internacional Penal”, por su parte, es un ámbito propio del Derecho de Gentes, de suerte que la creación de los delitos y su sanción descansa sobre las fuentes, principios, sistemas hermenéuticos y la doctrina del Derecho Internacional (tratados, costumbre, principios generales)».

Esta doble naturaleza, según el profesor Bassiouni⁶⁸, posibilita también para el autor, la existencia de dos definiciones de la disciplina: una definición en relación con los aspectos penales del Derecho internacional, entendida como: *«Los aspectos del sistema jurídico internacional que regulan a través de obligaciones jurídicas internacionalmente asumidas, las conductas cometidas por individuos, personalmente o en su calidad de representantes o por colectividades, que violan prohibiciones internacionalmente definidas para las que se prevé una sanción penal»*. Y otra en razón a los aspectos internacionales del Derecho penal, como: *«Los aspectos del sistema jurídico internacional e interno que regulan la cooperación internacional en materias penales en relación con los individuos que comenten infracciones de la legislación penal de un Estado dado»*.

En base a estas definiciones, utilizaremos el término de Derecho Penal Internacional a lo largo del artículo, lo definiremos en sentido formal como *«el conjunto de todas las normas de naturaleza penal del derecho internacional que conectan a una conducta determinada –crímenes internacionales– ciertas consecuencias típicamente reservadas al derecho penal y que, como tales, son aplicables directamente»*⁶⁹.

El objeto, por tanto, del Derecho Penal Internacional es delimitar las conductas específicas que se consideran atentatorias de un interés social de transcendencia mundial dado, para cuya protección parece necesaria la aplicación a sus autores de sanciones penales; sanciones impuestas por los Estados miembros de la comunidad a través de actuaciones nacionales o internacionales, colectivas o de cooperación.

⁶⁸ BASSIOUNI, Cherif, «El Derecho Penal Internacional: Historia, objeto y contenido», Sección Doctrinal. Catedrático de Paul University, Chicago, p. 35. <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46205.pdf>.

⁶⁹ AMBOS, Kai «Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional», Diálogo Político, Georg-August-Universität Göttingen, Alemania, Publicación trimestral de la Konrad-Adenauer-Stiftung A. C., Año XXI – n.º 3, Septiembre 2004. Nota a pie de página n.º 2, página 101. http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/dpi_dialogo_politico_3_04.pdf.

El origen del DPI se encuentra, por una parte, en la práctica de los Estados, resultado de sus esfuerzos de cooperación internacional⁷⁰ en orden al logro de la aplicación efectiva del Derecho penal interno. La historia del DPI pone de manifiesto que se trata de un ordenamiento que pretende regular la actividad de diversos participantes en diversos ámbitos, empleando estructuras y estrategias diversas, basadas sobre valores diferentes, pero todo ello, en orden a alcanzar una serie de fines conectados a los valores generalmente compartidos. Por lo que su denominador común es la protección de ciertos intereses que representan valores comúnmente compartidos por la sociedad mundial. Y por otra, en cuanto a sus aspectos penales, el DPI va a comprender una serie de disposiciones internacionales establecidas por vía consuetudinaria o acordada, incriminadoras de ciertos tipos de conducta, independientemente del hecho de que su aplicación se lleve a cabo interna o externamente. Teniendo en cuenta la perspectiva histórica sobre la cual se ha construido este derecho, podemos afirmar que se trata de una constante donde confluyen normas y jurisprudencia. Así se vio en los primeros Tribunales Militares de Núremberg y Tokio, y en los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*, para los casos de la ex Yugoslavia y Ruanda. En verdad, se podría decir que estos últimos tribunales, fueron montados sobre la base de los primeros y la Corte Penal Internacional, sobre la experiencia de los cuatro anteriores⁷¹.

En cuanto a las fuentes del DPI, en virtud del artículo 21 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, se establece en primer lugar el propio Estatuto, los elementos de los crímenes y sus reglas de procedimiento y prueba⁷²; en segundo lugar, tendremos los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacio-

⁷⁰ *Ibidem*, p. 7. La práctica de la extradición ha devenido a lo largo de la historia como el eje central del DPI. En la actualidad se encuentra incorporada a las legislaciones internas y las prácticas de casi todos los países del mundo y se la reconoce como el instrumento principal de cooperación entre los Estados para el control de la criminalidad interna e internacional.

⁷¹ MEJÍA AZUERO, Jean Carlo «Diferencias entre el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional Penal», *Prolegómenos, Derechos y Valores*, Vol. XI, núm. 22, junio-diciembre, 2008, pp. 181-217, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87602212>.

⁷² El 30 de junio del 2000, en la V Sesión de la Comisión Preparatoria establecida por la Asamblea General de Naciones Unidas de acuerdo al mandato contenido en la Resolución F del Acta Final adoptada al término de la Conferencia de Roma, se aprobaron con carácter provisional las Reglas de Procedimiento y Prueba y los Elementos del Crimen que deben ser aplicados por los magistrados de la CPI. http://www.iccnw.org/documents/RulesofProcedureEvidence_Spanish.pdf.

nal, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados⁷³; en tercer lugar, sostiene los principios generales del derecho⁷⁴; en cuarto lugar, establece las decisiones anteriormente tomadas por la Corte Penal Internacional⁷⁵; por último, el artículo establece que la aplicación de valores, principios, normas y precedentes deberá hacerse teniendo en cuenta las normas de Derechos Humanos, y sin ningún tipo de exclusión por consideraciones de distinta índole, por lo que la CPI viene a completar tanto el DIH como los Derechos Humanos. El final de este artículo añade un límite, estableciendo que la aplicación e interpretación del derecho deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género⁷⁶, la edad, la raza, el color, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición⁷⁷.

La creación del Derecho Penal Internacional ha venido a tipificar delitos, les ha fijado un procedimiento y los ha juzgado, tipifica una serie de conductas, prevé penas para ellas, crea una instancia juris-

⁷³ Especialmente hace alusión a los convenios de La Haya de 1907, a los Convenios de Ginebra de 1949 y a sus Protocolos adicionales de 1977.

⁷⁴ El CPI incluye la aplicación de los principios jurídicos del Estado en donde se juzgó o debió normalmente ser juzgada la persona (en virtud del principio de complementariedad), siempre y cuando ellos no resulten incompatibles con los establecidos en el Estatuto. MEJÍA AZUERO, Jean Carlo «Diferencias entre el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional Penal», Prolegómenos, Derechos y Valores, vol. XI, núm. 22, junio-diciembre, 2008, pp. 181-217, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87602212>.

⁷⁵ Artículo 21.2 del Estatuto de Roma, establece «*La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores*».

⁷⁶ Según el artículo 7.3 el Estatuto, «se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad».

⁷⁷ Lo que se conoce en el Derecho Internacional Humanitario como distinción de carácter desfavorable. Así el artículo 2 del Protocolo Adicional II, relativo al ámbito de aplicación personal, establece que «*El presente Protocolo se aplicará sin ninguna distinción de carácter desfavorable por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión o creencia, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, fortuna, nacimiento u otra condición o cualquier otro criterio análogo (denominada en adelante distinción de carácter desfavorable), a todas las personas afectadas por un conflicto armado en el sentido del artículo 1*». El artículo 9 del Protocolo Adicional I, estipula que este Protocolo «*se aplicará a todos los afectados por una situación prevista en el artículo 1, sin ninguna distinción de carácter desfavorable por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión o creencia, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, fortuna, nacimiento u otra condición o cualquier otro criterio análogo*».

diccional internacional que define su competencia y se establecen normas de procedimiento.

Según Fernando Pignatelli y Meca⁷⁸, todo ordenamiento debe asegurar su eficacia mediante un mecanismo de control jurídico o autocontrol, que funcione como control preventivo (medios para que el derecho pueda ser cumplido voluntariamente) y como control represivo (establecimiento de sanciones para el caso de incumplimiento del derecho).

Respecto al DIH, el control jurídico represivo se lleva a cabo en una doble vertiente, tanto interna como internacional. Así, son los ordenamientos jurídicos estatales quienes organizan su propio sistema sancionador a través de normas de Derecho Penal interno, que definen las conductas antijurídicas y determinan las sanciones con que se amenazan o conminan tales conductas. Estas normas, integradas por lo general en los Códigos Penales nacionales, tratan de proteger intereses o bienes jurídicos de naturaleza interna o estatal, de modo que en la mayoría de los tipos delictivos el bien jurídico protegido pertenece al ámbito del Derecho Interno o estatal. Sin embargo, hay que admitir que en los ordenamientos internos también se protegen ciertos intereses con trascendencia internacional, por afectar a la comunidad internacional, en cuyos casos, la naturaleza del bien jurídico protegido pertenecería al ámbito internacional.

IV.3 La Corte Penal Internacional

La Corte Penal Internacional se constituyó en 1998⁷⁹ con el fin de poner fin a la impunidad, castigando determinados delitos que eran y son una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad y que constituyen los crímenes más graves de trascendencia internacional en su conjunto (agresión, genocidio, crímenes

⁷⁸ «La punición de las infracciones del Derecho Internacional Humanitario: Los Tribunales Internacionales de Crímenes de Guerra», Derecho Internacional Humanitario, 2 Edición, Cruz Roja Española, Tirant lo Blanch, Valencia 2007, p. 765.

⁷⁹ Creada por iniciativa de la ONU el 17 de julio de 1998, entró en vigor el 1 de julio de 2002 tras su ratificación por 60 países (entre ellos España el 24 de octubre de 2000). En la actualidad ya son 122 países los que han ratificado el Estatuto. La CPI es un organismo internacional independiente que no forma parte de la estructura de Naciones Unidas, con quien firmó un acuerdo de cooperación el 4 de octubre de 2004. <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/NacionesUnidas/Paginas/CortePenalInternacional.aspx>.

de lesa humanidad y crímenes de guerra)⁸⁰. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, establece en su artículo 1, que la Corte «*estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales*», no pudiendo procesar a nadie que ya haya sido juzgado por conductas constitutivas de crímenes según este Estatuto (principio *non bis in ídem*, recogido en el artículo 20).

El Estatuto de Roma, tiene como objetivo primordial poner fin a la impunidad⁸¹ de los crímenes internacionales (artículos 5 a 8), ofreciendo por primera vez ofrece una clara y consensual tipificación de estos crímenes. Es por tanto la primera jurisdicción internacional con vocación y aspiración de universalidad, competente para enjuiciar a personas físicas, y, en su caso, depurar la responsabilidad penal internacional del individuo por los crímenes más graves, de trascendencia para la comunidad internacional. Tal y como establece su artículo 5, la CPI es competente para conocer de crímenes de guerra, genocidio, crímenes de lesa humanidad y el crimen de agresión⁸².

⁸⁰ COLLANTES, Jorge Luis, «La Corte Penal Internacional: el impacto del Estatuto de Roma en la jurisdicción sobre crímenes internacionales», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, artículos, RECPC 04-07 (2002), http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-07.pdf Página 3, el autor, haciendo referencia a CASSESE (nota a pie de página n.º 4), expone las seis razones de Cassese para justificar una jurisdicción internacional: 1. La falta de aplicación por parte de los Estados, de los Convenios de Ginebra de 1949; 2. Los jueces internacionales están más capacitados para conocer de los crímenes internacionales; 3. Los tribunales internos son más propensos a manipulaciones políticas; 4. El castigo de crímenes de guerra por tribunales internacionales encontraría menor resistencia que ante tribunales nacionales; 5. Los jueces internacionales tienen más facilidad para investigar en otros países; 6. Contribuiría al mantenimiento de un castigo igualitario contra los crímenes de guerra.

⁸¹ La impunidad aparece reflejada en los párrafos 4 y 5 del preámbulo del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI): «*Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar... para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia. (...) Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes*». http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute%28s%29.pdf.

⁸² En la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma celebrada en Kampala (Uganda) en 2010, fueron adoptadas por consenso dos enmiendas que amplían la definición de los crímenes de guerra y tipifican el crimen de agresión, definiéndolo y estableciendo las condiciones de ejercicio de la jurisdicción de la Corte respecto del mismo. Igualmente, enumera una serie de supuestos que son considerados actos de agresión. <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/NacionesUnidas/Paginas/CortePenalInternacional.aspx>.

La CPI actúa sobre la base del principio de complementariedad con las jurisdicciones nacionales de los Estados Parte, interviniendo en los casos en los que aquéllos no ejerzan su competencia o no estén en condiciones de hacerlo (artículo 17, que determina, a su vez, los supuestos en los que la Corte tendrá competencia para resolver la inadmisibilidad⁸³ de un asunto.). Su competencia es temporal, en virtud de su artículo 11, es decir, la CPI sólo tiene competencia respecto de crímenes cometidos después de su entrada en vigor (1 de julio de 2002), a menos que el Estado en cuestión haga una declaración aceptando la competencia de la Corte desde el 1 de julio de 2002⁸⁴.

⁸³ Artículo 17 relativo a las cuestiones de admisibilidad establece en su párrafo 1, que la Corte resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando: a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; b) El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20; d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte.

A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, según el párrafo 2, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso: a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5; b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia; c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

Y por último, a fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, en virtud del párrafo 3, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio.

⁸⁴ Un ejemplo es el caso de Costa de Marfil, que mediante decisión de 18 de abril de 2013, dicho Estado se acogió a la declaración de aceptación de la competencia de la CPI conforme al artículo 12.3 del Estatuto de Roma, por los crímenes cometidos en su territorio desde el 18 de septiembre de 2002, en cuyo caso el Estado acogió la competencia sin ser parte, lo que sirvió después de base para la apertura del caso concreto que cursa ante la CPI. Nota a pie de página, n.º 47, de la obra «Factores Sustanciales y Procesales de la Competencia de la Corte Penal Internacional frente al Derecho Interno», SANDOVAL-MESA, Jaime Alberto, en *Díkaion* 22-2 (2013), pp. 333-356.

Los caracteres de la Corte son, en función de su propio Estatuto, tres: Permanencia (no se volverán a crear más Tribunales *ad hoc*); Independencia (según el artículo 4, la Corte es un órgano con personalidad jurídica internacional y con la capacidad jurídica necesaria para el desempeño de sus funciones); y Complementariedad, en este sentido su Preámbulo establece que «la Corte será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales»⁸⁵.

Los **Principios Generales de Derecho Penal**, aparecen enumerados en la Parte III, artículos 22 a 33 del Estatuto, y junto a los principios de legalidad penal e irretroactividad, recoge también la responsabilidad penal en sus diversas modalidades (formas de autoría y otras formas de participación, mayoría de edad, etc.), así como las causas de exención de responsabilidad. Estos principios son:

- a) *Nullum crimen sine lege*: Principio de legalidad en su aspecto de garantía criminal, que viene a establecer que nadie será penalmente responsable de conformidad con el Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte (artículo 22).
- b) *Nulla poena sine lege*: Principio de legalidad en su aspecto de garantía penal, que establece que quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado⁸⁶ de conformidad con su Estatuto (artículo 23).
- c) Irretroactividad *ratione personae*: Irretroactividad que significa que nadie será penalmente responsable de conformidad con el Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor. Y en caso de modificarse el derecho aplicable a una cau-

⁸⁵ El principio de complementariedad muestra que la CPI no desea sustituir ni desplazar la justicia penal nacional; por el contrario, se pretende que sea la justicia penal del estado territorial la que persiga los crímenes internacionales enumerados. En tal sentido la CPI sólo actúa como motor y medio de presión ante un posible fracaso de la justicia penal nacional, ya sea por falta de voluntad o por capacidad de actuar. AMBOS, Kai «Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional», *Diálogo Político*, Georg-August-Universität Göttingen, Alemania, Publicación trimestral de la Konrad-Adenauer-Stiftung A. C., Año XXI – n.º 3, Septiembre 2004. Nota a pie de página n.º 2, páginas 91 y 92. http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/dpi_dialogo_politico_3_04.pdf.

⁸⁶ Según el artículo 77.1 del Estatuto, la Corte podrá imponer una de las siguientes penas, a las personas declaradas culpables de alguno de los delitos incluidos en el artículo 5: «a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de treinta años; o b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifique la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado». El apartado 2 establece que también se podrá imponer una multa y el decomiso «del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen...».

sa antes de que se dicte sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, enjuiciamiento o condena (artículo 24)⁸⁷.

- d) Responsabilidad penal individual: La Corte sólo tiene competencia respecto de las personas naturales. Así, quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con este Estatuto (artículo 25). Este artículo regula igualmente las formas de participación penal y las modalidades de autoría, reconociendo junto a la autoría directa la coautoría. También reconoce las formas de resolución manifestada (es decir, los inductores, los que ordenen, propongan o induzcan a las comisión de los hechos delictivos, los colaboradores, encubridores y cómplices, los que contribuyen intencionalmente a la producción del hecho delictivo).
- e) Exclusión de los menores de 18 años de la competencia de la Corte: la Corte no será competente respecto de los que fueren menores de 18 años en el momento de la presunta comisión del crimen (artículo 26).
- f) Improcedencia del cargo oficial: el Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial, sin eximir de responsabilidad penal ni constituir motivo para reducir la pena el cargo que ostente una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno (artículo 27).
- g) Responsabilidad de los jefes y otros superiores: El artículo 28 establece la responsabilidad de los jefes militares o de los que actúan efectivamente como tales por los crímenes que sean competencia de la Corte cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo o su autoridad, por no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas⁸⁸.

⁸⁷ Esta regla también se enuncia en el artículo 11 del Estatuto, al regular la competencia temporal de la Corte, estableciendo que ésta únicamente tendrá competencia respecto de los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto. Así, los hechos cometidos antes de la entrada en vigor del Estatuto no podrán ser juzgados ni perseguidos por la CPI.

⁸⁸ Este artículo hace penalmente responsable al jefe militar o al superior jerárquico de otro carácter por los crímenes que hubieran cometido sus subordinados cuando, teniendo o habiendo debido tener conocimiento de ellos, no hubiere adoptado las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión, o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento (este principio aparece ya reconocido en el artículo 86.2 del Protocolo Adicional I).

- h) Imprescriptibilidad: Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán, en virtud del artículo 29 del Estatuto.
- i) *Non bis in idem*: El artículo 20 regula este principio, en el sentido que cuando un individuo es juzgado por la Corte, se prohíbe ser enjuiciado por el mismo hecho por la misma Corte o por un tribunal nacional.

El Estatuto también recoge en sus artículos 55, 63, 66 y 67, las llamadas garantías personales, que aunque no hace mención expresa a las mujeres, igualmente son aplicadas a ellas atendiendo a sus necesidades. Así, el artículo 55, establece los derechos humanos primordiales que la Fiscalía y las autoridades nacionales deberán respetar durante la investigación: las prohibiciones de obligar a una persona a declarar contra sí misma o a declararse culpable y de someter a los acusados a coacciones, intimidaciones, torturas u otros tratos inhumanos; la obligación de que el acusado cuente con intérprete o traductor si es necesario; y la prohibición de arrestos o detenciones arbitrarias. Por su parte, en el momento de la detención, cuenta con el derecho a ser informado del cargo del que se le acusa; derecho a permanecer en silencio sin que ello implique presunción en su contra; derecho a contar con el asesoramiento de un abogado, y que éste sea de oficio y gratuito en caso de ser necesario; y a ser interrogado en presencia de su abogado.

El artículo 63 recoge el derecho del acusado a estar presente durante el juicio y el procedimiento a seguirse, en caso de que éste perturbe el normal desarrollo del proceso; y el artículo 64 establece una serie de condiciones que debe reunir la confesión de culpabilidad del acusado para ser aceptada por la Sala de Primera Instancia. El artículo 66 estipula el principio de Presunción de Inocencia, presumiéndose la misma mientras no se pruebe su culpabilidad ante la Corte.

Por último, el artículo 67 hace referencia a los derechos del acusado, que son los siguientes: 1. Derecho a un juicio público, justo e imparcial, con las siguientes garantías mínimas: a) a ser informado sobre la naturaleza, causa y contenido de los cargos, sin demora y en un idioma para él comprensible; b) a la comunicación libre y confidencial con su defensor, y a disponer del tiempo y los medios suficientes para la preparación de su defensa; c) a un juicio sin dilaciones; d) a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente, y a la defensa en juicio si fuera necesario; e) a producir la prueba de descargo que sea pertinente; f) a la asistencia gratuita de intérpretes y traductores si no comprende o no habla el idioma usado por la Corte; g) a no ser obligado a declarar contra sí mismo,

ni a declararse culpable, y a guardar silencio sin que se pueda usar en su contra; h) a declarar sin prestar juramento; i) a que no se invierta la carga de la prueba ni se le imponga la carga de presentar contrapruebas. En el apartado 2, establece que el Fiscal divulgará a la defensa las pruebas que obren en su poder o estén bajo su control y que, a su juicio, indiquen o tiendan a indicar la inocencia del acusado, o a atenuar su culpabilidad, o que puedan afectar a la credibilidad de las pruebas de cargo.

IV.4 *Los crímenes de guerra en el Estatuto de Roma*

Un individuo sería sujeto de las relaciones reguladas por el derecho internacional sólo cuando su conducta representara en sí misma un hecho internacionalmente ilícito, y éste acto sólo suscitaría su responsabilidad directa en función de la gravedad e índole del acto⁸⁹.

Los delitos o crímenes de guerra⁹⁰ son los actos antijurídicos o contrarios al Derecho Internacional de los conflictos armados de mayor gravedad. Son delitos que aparecen como violaciones específicas de las normas jurídicas internacionales, que regulan el desarrollo de los conflictos armados (tanto convencionales como consuetudinarios). Estas normas conciben estos delitos como delitos internacionales caracterizados por su conexión con el hecho bélico, es decir, como violaciones de la normativa internacional

⁸⁹ PIGNATELLI Y MECA, Fernando, «La punición de las infracciones del DIH: Los Tribunales Internacionales de Guerra», Derecho Internacional Humanitario, 2.ª Edición, Cruz Roja Española, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007. Pignatelli y Meca, expresa que «en la generalidad de los llamados *delicta iuris gentium* las sanciones se aplican al individuo en virtud de reglas internas dictadas por los Estados en consonancia con sus obligaciones jurídico-internacionales (Derecho Penal Internacional) y a través del ejercicio de la jurisdicción nacional, eventualmente ampliada en cumplimiento de previsiones convencionales en orden al logro de una eficaz represión de los actos en cuestión».

⁹⁰ *Ibidem*, p. 764. Según el autor, en el ámbito internacional, estos delitos internacionales sólo son crímenes de guerra las acciones y omisiones que una norma de Derecho internacional define como tales, prescindiendo de si llevan, o no, aparejada una pena; en general el delito de guerra no aparece convencionalmente adicionado con una pena concreta, quedando al arbitrio del legislador nacional en los supuestos de implementación y represión con arreglo a las normas de derecho interno, aunque últimamente los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* y de la Corte Penal Internacional fijan o determinan las penas que pueden imponer tales órganos jurisdiccionales internacionales.

que rige los conflictos armados. El Derecho Penal Internacional⁹¹ recoge una serie de disposiciones internacionales, establecidas por vía consuetudinaria o acordada, incriminadoras de ciertos tipos de conductas. Por lo tanto, estamos ante la parte del Derecho Internacional que se ocupa de la represión de las infracciones cometidas por los individuos contra la comunidad internacional, determinando cuáles son esas infracciones e imponiendo la sanción correspondiente por medio de tribunales internacionales y a través de un procedimiento penal. Todo delito internacional implica una conducta de un individuo que está tipificada –o al menos declarada antijurídica– por alguna de las fuentes directas del derecho internacional y lleva asignada una sanción penal individual, sea inmediatamente o sea a través del derecho nacional⁹².

El deber de garantizar el derecho a la vida, coloca a los Estados en una situación de garante de sus propios súbditos. Esto va a determinar, que en caso de omisión voluntaria por parte de un Estado, se pueda considerar al mismo como responsable directo de las consecuencias acaecidas a su población. En este sentido, podemos destacar el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, que viene a indicar que los derechos humanos no pueden derogarse ni en conflictos armados internacionales ni internos, ni en tiempos de paz ni en tiempos de guerra, quedando los Estados Partes de los Convenios obligados por esta máxima a respetar las normas de DIH.

El compromiso de los Estados de respetar y hacer respetar el DIH se aplica: (i) tanto al derecho internacional aplicable en los

⁹¹ Según AMBOS, K., la finalidad última del derecho penal internacional es la «protección de los derechos humanos» frente a la llamada macrocriminalidad política, esto es, en sentido estricto, la criminalidad estatal –y más propiamente,...– la «fortalecida por el Estado» –y que se ejerce particularmente contra los propios ciudadanos del Estado». Según Ambos, hoy en día suele aceptarse que también forma parte de esa macrocriminalidad como objeto del derecho penal internacional, la ejercida por actores «no-estatales», como sucede típicamente con las atrocidades cometidas por grupos guerrilleros contra las FARC en Colombia. MATUS A., Jean Pierre, «El Informe Valech y la tortura masiva y sistemática como crimen contra la humanidad cometido en Chile durante el régimen militar: su enjuiciamiento desde la perspectiva del DPI. Apuntes a propósito de la obra de Kai AMBOS: *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*». Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Artículos, RECPC 07-07 (2005), <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-07.pdf>.

⁹² NIETO NAVIA, Rafael, «Responsabilidad Internacional por genocidio: La sentencia de la Corte Penal Internacional en el caso de Srebrenica», Institut de droit International. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/25368.pdf>. Fallo de la Corte Internacional de Justicia sobre la responsabilidad internacional de Serbia con respecto al crimen de genocidio: <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf>.

conflictos internacionales como al aplicable en los conflictos internos; (ii) tanto para el derecho convencional como para el consuetudinario; (iii) tanto a los Estados directamente afectados como a los demás Estados; (iv) tanto en conexión con violaciones graves de este ordenamiento como de otro tipo de violaciones; (v) y en relación con las violaciones cometidas por las partes en conflicto.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional, entre los crímenes de su competencia, establece en su artículo 5 (como hemos mencionado anteriormente): el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión. En cuanto al tema de estudio, las mujeres privadas de libertad, tenemos que centrarnos en los crímenes de guerra, recogidos en su artículo 8, donde se establece un listado exhaustivo⁹³ de aquellos actos ilícitos catalogados como «crímenes de guerra», se recogen los siguientes crímenes:

- las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949;
- las violaciones graves de las leyes y usos aplicables a los conflictos armados internacionales; en el caso de un conflicto armado no internacional;
- las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra;
- y otras violaciones graves de leyes y usos aplicables en los conflictos armados no internacionales.

En cuanto a la privación de libertad, (aplicables sin distinción a hombres y mujeres) tenemos que destacar su apartado a) relativo a las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949, donde en concreto su subapartado v) reconoce como infracción grave, y por tanto crimen de guerra, el hecho de forzar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a servir con las fuerzas de una Potencia enemiga; pero, es el subapartado vi) en la materia penal que nos ocupa, el que más nos interesa, porque especifica como crimen de guerra el hecho de privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona protegida de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente. Por lo tanto, el Estatuto, recoge expresamente como crimen de guerra, la violación de las garantías procesales y del dere-

⁹³ El hecho de ser una lista taxativa, podría acarrear problemas relativos a que otros crímenes graves puedan quedar fuera de su jurisdicción, como es el caso del terrorismo y los daños al medio ambiente, entre otros).

cho a un juicio justo a toda persona privada de libertad. Igualmente son de suma importancia, las garantías personales (artículo 55) que vienen a prohibir la tortura o los malos tratos, ningún tipo de coacción, intimidación o amenaza, con el fin de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, ya que la experiencia viene a corroborar que estas conductas se ejercen de forma habitual contra las personas detenidas durante un conflicto armado, en mayor medida contra las mujeres por su propia vulnerabilidad, bien para obtener una declaración y/o por el mero hecho de causar un daño a la mujer o a su comunidad. En este sentido, el artículo 68 recoge también la protección de las víctimas, donde se dará especial protección a las mujeres (cuando el delito haya entrañado *violencia sexual o por razones de género, o violencia contra niños*).

En sus años de existencia, la Corte Penal Internacional se ha convertido en una institución plenamente funcional. Así hasta la fecha⁹⁴ ha dictado 26 órdenes de arresto y en la actualidad la Oficina del Fiscal desarrolla 8 investigaciones principales y 8 exámenes preliminares. 5 casos están en fase judicial y 2 en fase de apelación. En marzo de 2009, la Corte dictó orden de arresto contra el presidente sudanés, Omar al Bachir, por crímenes de guerra y lesa humanidad perpetrados contra la población civil de la región de Darfur entre abril de 2003 y julio de 2008. El 10 de julio de 2012, la Corte dictó su primera y única sentencia condenatoria hasta la fecha, imponiendo a Thomas Lubanga una pena de 14 años de prisión por el reclutamiento y utilización de niños soldado en la región de Ituri (República Democrática del Congo) entre septiembre de 2002 y agosto de 2003 (la sentencia fue recurrida, y el recurso está siendo examinado por la Sala de Apelación; tanto Lubanga como el antiguo presidente de Liberia, Charles Taylor, condenado en mayo de 2012 por el Tribunal Especial para Sierra Leona a 50 años de prisión, se encuentran detenidos en los locales de la Corte)⁹⁵.

⁹⁴ Datos provenientes de la página del Ministerio de Asuntos Exteriores español, consultada el 17/10/2015. <http://exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/NacionesUnidas/Paginas/CortePenalInternacional.aspx>.

⁹⁵ AMBOS, Kai y otros, «Análisis de la Primera Sentencia de la Corte Penal Internacional: El caso Lubanga», Georg-August-Universität, Göttingen, 2014. http://www.kas.de/wf/doc/kas_39234-1522-4-30.pdf?141022163159 y más información en la sentencia: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc655867.PDF> y <http://www.iccnw.org/?mod=drctimelinelubanga&lang=es>.

En definitiva y en palabras del catedrático Ambos⁹⁶ el objetivo del Derecho Penal Internacional es acabar con la impunidad⁹⁷ y remitir a los autores de graves violaciones de los derechos humanos a la persecución penal supranacional. La creación de la Corte Penal Internacional, permitió por primera vez, contar con un instrumento central de imposición del derecho penal internacional, complementado con la persecución penal nacional de estos crímenes. Así, la combinación de ambas justicias penales, la internacional y la nacional, promete un efecto disuasorio y con ello –a largo plazo– una disminución de las violaciones de los derechos humanos. El mejor camino para conseguir este objetivo primordial, sería el incremento permanente de los Estados parte, confiriéndole de esta manera a la Corte la máxima eficacia global posible.

IV.5 Tribunales Penales Internacionales ad hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda: crímenes de guerra

El **Tribunal Penal Internacional ad hoc para la ex Yugoslavia**, fue creado por el Consejo de Seguridad mediante Resolución 827 de 25 de mayo de 1993⁹⁸, y se encarga de juzgar a los presuntos responsables de haber cometido graves violaciones al derecho internacional humanitario⁹⁹, convencional o consuetudinario, o delito de

⁹⁶ AMBOS, Kai «Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional», Diálogo Político, Georg-August-Universität Göttingen, Alemania, Publicación trimestral de la Konrad-Adenauer-Stiftung A. C., Año XXI – n.º 3, Septiembre 2004 http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/dpi_dialogo_politico_3_04.pdf.

⁹⁷ CASSESE, Antonio y DELMAS MARTY, Mireille, «Crímenes internacionales y Jurisdicciones Internacionales», Grupo Editorial Norma, 2004, Bogotá. Los autores consideran que si el objetivo de la justicia penal internacional es evitar a toda costa la impunidad, una forma a través de la cual ello se lograría sería reforzando las competencia de cada uno de los jueces nacionales en la persecución de crímenes internacionales.... Lo que implicaría que los jueces nacionales, por decisión de cada uno de los Estados, ampliaran su competencia para perseguir ciertos crímenes (el juicio de Pinochet en el Reino Unido y la presunta competencia de los jueces españoles para juzgar sus crímenes resultan ser ejemplos paradigmáticos en este sentido).

⁹⁸ Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, Resolución 827, de 25 de mayo de 1993, <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1993-statute-tribunal-former-yugoslavia-5tdm74.htm>.

⁹⁹ Artículo 2 del Estatuto, estipula que el Tribunal está habilitado para perseguir a las personas que cometan o den la orden de cometer infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949.

genocidio o crímenes contra la humanidad en el territorio de la ex Yugoslavia, cometidos a partir de 1 de enero de 1991¹⁰⁰.

En cuanto a las garantías penales, de las mujeres privadas de libertad, a pesar de que no hace distinción, se sobre entiende que se aplican a todas las personas sin distinción de su condición, en concreto el artículo 2, párrafo f), reconoce como infracción grave «*privar a un prisionero de guerra o a un civil de su derecho a ser juzgado de forma legítima e imparcial*»; y el artículo 5, referente los crímenes de lesa humanidad, su párrafo e) recoge el encarcelamiento; su párrafo f) la tortura; y en su párrafo g) las violaciones. Estos tipos ilícitos se pueden cometer durante la detención y encarcelamiento, y más en el caso de mujeres por su vulnerabilidad, pudiendo acarrear el no cumplimiento de las garantías procesales y del derecho a tener un juicio justo. A este respecto, el artículo 21 del Estatuto establece los derechos de los acusados, en concreto estipulan el derecho a un juicio justo e imparcial y el derecho a la presunción de inocencia; además establece una serie de garantías procesales, como el derecho a ser informada de la acusación, a no testimoniar en contra de sí misma, de disponer de tiempo para la preparación de su defensa, y a ser juzgado sin demora (entre otras garantías).

El Tribunal Penal Internacional ad hoc para Ruanda, fue establecido por el Consejo de Seguridad mediante Resolución 955, (S/RES/955), de 8 de noviembre de 1994¹⁰¹. El 30 de abril de 1998, el Consejo de Seguridad mediante Resolución 1665 (1998), enmendó los artículos 10-12 del Estatuto, donde enumera los órganos de dicho Tribunal y asimismo, determina la forma de elección de los jueces. Este Tribunal posee competencia para juzgar a los presuntos culpables de los delitos de genocidio y otras violaciones del derecho internacional humanitario, como así también a los ciudadanos ruandeses presuntamente responsables de tales actos o violaciones cometidos en territorios de Estados vecinos durante 1994 y abarca tres categorías de crímenes, concretamente: el genocidio (artículo 2), los crímenes de lesa humanidad [artículo 3, apartados e), f) y g), recogen el encarcelamiento, la tortura y la violación respectivamente]; y las violaciones del artículo 3 común a

¹⁰⁰ El artículo 3 del Estatuto, se refiere en concreto a las violaciones de las leyes o prácticas de guerra.

¹⁰¹ Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda, Resolución 955 (S/RES/955), de 8 de noviembre de 1994. <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1994-statute-tribunal-rwanda-5tdmhw.htm>.

los cuatro Convenios de Ginebra y del Protocolo adicional II. Estas violaciones aparecen en el artículo 4 del Estatuto, y en concreto su apartado g) reconoce como una violación grave «*la aprobación de sentencias y la realización de ejecuciones sin fallo previo pronunciado por un tribunal constituido regularmente y que haya ofrecido todas las garantías judiciales consideradas indispensables por los pueblos civilizados*». Como lo hace el Estatuto del TPIY, el de Ruanda, reconoce también los derechos y garantías de los acusados en los mismos términos que el Estatuto del Tribunal para la ex Yugoslavia (artículo 20).

Estos Tribunales, al igual que ya lo hicieron los Tribunales de Núremberg y Tokio, basan su principio básico de imputación en el de la responsabilidad individual derivada de obligaciones legales internacionales, sin que se exoneren de su responsabilidad penal el hecho de cumplir órdenes de superiores (artículo 7 del Estatuto del TPIY y artículo 6 del Estatuto del TPIR, que vienen a establecer la responsabilidad penal individual). Aunque son Tribunales *ad hoc*, en realidad constituyen verdaderos tribunales, respetando las normas del debido proceso, los principios de objetividad e imparcialidad¹⁰². La competencia de estos tribunales no es exclusiva, si no concurrente con los Tribunales nacionales, sobre los cuales, sin embargo, tiene primacía (artículo 9 del Estatuto del TPIY y artículo 8 del Estatuto del TPIR disponen el principio de subsidiariedad respecto a los tribunales nacionales). Ambos Estatutos establecen el principio de *non bis in idem* como garantía procesal básica del acusado (artículos 10 y 9 respectivamente).

Respecto al tema que nos ocupa, de las mujeres privadas de libertad y sus garantías procesales, ambos Estatutos tienen una diferencia. El Estatuto del TPIY, en su artículo 2, reconoce como infracción grave a la Convención de Ginebra de 1949, (apartado f), «*privar a un prisionero de guerra o a un civil de su derecho a ser juzgado de forma legítima e imparcial*». Esto según el Estatuto de Roma, es un crimen de guerra (artículo 8, enunciado en los mismos términos). Sin embargo, el Estatuto del TPIR, no recoge un artículo con las infracciones graves a los Convenios de Ginebra,

¹⁰² ANELLO, Carolina S., «Tribunal Penal Internacional», Universidad de Buenos Aires, La autora reconoce en su obra, que los principios de objetividad e imparcialidad, respetados por los Tribunales Militares *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda, no lo fueron respetados por Los Tribunales de Núremberg y Tokio. <http://www.solidaritat.ub.edu/observatori/dossiers/tpi/tpidossier.htm>.

a diferencia del Estatuto de Roma y del Estatuto del TPIY catalogados de crímenes de guerra, si no, que es su artículo 4, referente a las violaciones del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y del Protocolo adicional II (por tanto, para los conflictos sin carácter internacional), el que en su apartado g), reconoce como violación de este artículo 3, «*la aprobación de sentencias y la realización de ejecuciones sin un fallo previo pronunciado por un tribunal constitutivo regularme y que haya ofrecido todas las garantías judiciales consideradas indispensables por los pueblos civilizados*». Sin embargo, éste último está estipulado en la lista de crímenes de guerra enumerados en el artículo 8 del Estatuto de Roma [apartado c), inciso iv)] en los mismos términos. Por lo tanto, se puede considerar que los tres Estatutos consideran crímenes de guerra la violación de las garantías procesales y el derecho a un juicio justo de toda persona privada de libertad.

Con el fin de analizar algunas **sentencias de estos tribunales**¹⁰³, donde han sido condenados por actos cometidos contra las mujeres, y de los que se puede deducir, el no respeto de las garantías procesales de las mismas¹⁰⁴, podemos enumerar varias sentencias y casos (destacando la imposibilidad de hacer una análisis exhaustivo de esta jurisprudencia, por el número de casos), donde en lo que respecta a las mujeres, se manifestó la violación del respeto debido a la mujer, en sus formas más graves. En ellas fueron condenados los perpetradores o los que permitieron estos actos ilícitos no haciendo nada para evitarlos, por los actos cometidos contra las mujeres dete-

¹⁰³ VALE PEREIRA, Maria Assunção, «Algumas considerações acerca da protecção da mulher no direito internacional humanitário», Universidad de Minho, Escola de Direito, Separata, Estudos em Comemoração do 10.º Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho. La profesora Vale Pereira, hace un estudio pormenorizado de los casos de mayor trascendencia enjuiciados por el TPIY y el TPIR.

¹⁰⁴ ASHDOWN, Julie y JAMES, Mel, «Women in detention», CICR, Revista Internacional Comité Internacional de la Cruz Roja, volumen 92, número 877, marzo 2010. Algunas normas tanto de derechos humanos como de derecho internacional humanitario protegen explícitamente a las mujeres y velan por reconocer sus derechos, basándose en el principio de no discriminación. Sin embargo, en la práctica, la aplicación de estas normas está enfocada desde la perspectiva pública, dominada por los hombres, no respetando la esfera privada de las mujeres, siendo aquí donde la mayoría de las detenciones de las mujeres tienen lugar, y donde su vulnerabilidad las hace objeto de agresiones sexuales por parte de sus detentores. <https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc-877-ashdown-james.pdf>.

nidas (pudiéndose catalogar de detenciones arbitrarias), reconociendo la violencia sexual como un genocidio¹⁰⁵, y la violación, la tortura y la esclavitud¹⁰⁶, como crímenes de guerra¹⁰⁷.

Estos actos de violación, tortura, tratos inhumanos, entre otros, contra las mujeres, fueron llevados a cabo, en la mayoría de los casos, durante la detención de estas mujeres, sin pesar sobre ellas ninguna causa y sin haber sido juzgadas de forma legítima e imparcial; es más, no fueron objeto de juicio alguno, sólo fueron detenidas por el simple hecho de ser mujeres y por pertenecer a otra comunidad (cumpliendo las características de una detención arbitraria), evidenciando todas estas atrocidades cometidas el incumplimiento de todas las garantías judiciales y procesales previstas a tal fin, en los Estatutos, y en cualquier norma internacional de derechos humanos y derecho humanitario¹⁰⁸.

¹⁰⁵ TPIR (ICTR en inglés), The Prosecutor vs Jean Paul Akayesu, Case No. ICTR-96-4-I, Judgement, 2 September 1998.

<http://www.unict.org/sites/unict.org/files/case-documents/ictr-96-4/indictments/en/970617.pdf.pdf>.

¹⁰⁶ TPIY (ICTY en inglés), The Prosecutor vs Dragoljub Kunarac et al., Case No. IT-96-23-T, Judgement, 22 September 2001. http://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/en/020612_Kunarac_Kovac_Vukovic_summary_en.pdf.

¹⁰⁷ Destaca en este sentido la Resolución de Naciones Unidas, 48/143 de 20 de diciembre de 1993, donde la Asamblea General de Naciones Unidas, «*Expresa su indignación por el hecho de que la práctica sistemática de la violación se utilice como arma de guerra y como instrumento de «depuración étnica» contra mujeres y niños en las zonas de conflicto armado de la ex Yugoslavia, en particular contra mujeres y niños musulmanes en Bosnia y Herzegovina»*; «*Exige que las partes implicadas pongan fin de inmediato a esos actos infames (...), y que adopten de inmediato medidas para garantizar el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales, (...)*». «*Declara que la violación es un delito odioso y alienta al Tribunal Internacional (...) a que conceda la debida prioridad a los casos de víctimas de violación(...)*»; «*Exhorta a todos los Estados y a todas las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales pertinentes, (...) a que presten asistencia adecuada a las víctimas de esas agresiones y violaciones para que logren su rehabilitación física y mental*».

<http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/e710e10355df9b48802567160040a7b4?Opendocument>.

¹⁰⁸ BASSIOUNI / CORMICK, Marcia, «Sexual Violence: An Invisible Weapon of War in the Former Yugoslavia», 1996, citado por VALE PEREIRA, Maria Assunção, «Algumas considerações acerca da protecção da mulher no direito internacional humanitário», Universidad de Minho, Escola de Direito, Separata, Estudos em Comemoração do 10.º Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho, página 568. «La violencia sexual desmoraliza y humilla a sus víctimas. Insta miedo, rabia, odio y puede prolongar el conflicto entre las partes que se oponen. Por último, ayuda a destruir a sus familias (...)».

En el caso del TPIR¹⁰⁹, destacamos el caso Akayesu¹¹⁰, primera condena internacional por genocidio y la primera en reconocer la violencia sexual como acto constitutivo de genocidio, donde el TPIR declaró a Akayesu culpable de violación por no haber impedido violaciones a mujeres en su calidad de oficial, y no por haberla cometido personalmente. El Tribunal consideró que la violación perpetrada a mujeres constituía tortura y que, dadas las circunstancias, la violación generalizada, como parte de unas «*medidas dirigidas a impedir nacimientos dentro del grupo*» constituía un acto de genocidio (ya que en sociedades donde la pertenencia a una etnia o grupo está determinada por la identidad del padre, violar a una mujer para dejarla embarazada puede impedirle dar a luz a su hijo en el seno de su propio grupo). Akayesu¹¹¹, fue condenado, en base al Estatuto del TIPR, en cuanto a los actos ilícitos cometidos contra las mujeres: por genocidio, por incitación directa al genocidio, por crímenes contra la humanidad (violencia contra la vida, la salud y el bienestar físico o mental de las personas, especialmente el homicidio y el trato cruel como la tortura, la mutilación o cualquier otra forma de castigo corporal), así como actos contra la dignidad

¹⁰⁹ TPIR (ICTR en inglés), caso The Prosecutor vs Alfred Musema, Case No.: ICTR-96-13-I. En este caso, Musema también fue condenado por las vejaciones cometidas contra las mujeres que pidieron refugio (en este caso, no detenidas se sobre entiende de la sentencia y documentos al respecto), por los actos cometidos por él y que incitó cometer o permitió que cometieran. Los cargos son parecidos al caso Akayesu, por complicidad al genocidio, conspiración a genocidio, crímenes contra la humanidad (entre los que se encuentra la violación a mujeres, tratos inhumanos y degradantes, exterminio, homicidio), y violaciones al artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y del Protocolo adicional II (actos de violencia contra la vida, la salud, trato cruel como la tortura, mutilación, ultrajes contra la dignidad personal, violación, y cualquier otra forma de agresión indecente). La condena fue de por vida. <http://www.unict.org/sites/unict.org/files/case-documents/ictr-96-13/appeals-chamber-judgements/en/011116.pdf> y <http://www.unict.org/sites/unict.org/files/case-documents/ictr-96-13/indictments/en/990429.pdf>. Amended Indictment, 6 de mayo 1999.

¹¹⁰ Jean Paul Akayesu, antiguo alcalde de la ciudad ruandesa de Taba, fue arrestado en Zambia el 10 de octubre de 1995 y fue transferido a la Unidad de Detención del Tribunal de Arusha el 16 de mayo de 1996. El juicio comenzó en junio de 1997 y el 2 de septiembre de 1998 la Cámara Procesal I lo encontró culpable de genocidio, incitación directa y pública a cometer genocidio y crímenes de lesa humanidad. El 2 de octubre de 1998 fue sentenciado a prisión de por vida y cumple condena en una prisión de Mali.

¹¹¹ TPIR (ICTR en inglés), caso The Prosecutor vs Jean Paul Akayesu, Case No.: ICTR-96-4-I. <http://www.unict.org/sites/unict.org/files/case-documents/ictr-96-4/appeals-chamber-judgements/en/010601.pdf> y <http://www.unict.org/sites/unict.org/files/case-documents/ictr-96-4/indictments/en/970617.pdf>.

personal (violación, tratamientos humillantes e degradantes y atentados contra el honor).

Respecto al TPIY, destacamos el caso de «*Procurator v. Dragoljub Kunarac, Radomic Kovac y Zoran Vukovic*» (conocido como el caso Foca)¹¹², donde este Tribunal se pronuncia por primera vez sobre la esclavitud, en cuanto crimen contra la humanidad. Igualmente se pronuncia sobre la violación y la tortura, ambos como crímenes contra la humanidad y violación de las leyes y costumbres. Los hechos ocurrieron en el valle de Foca, donde se llevaron a cabo detenciones, igualmente arbitrarias, principalmente de mujeres y niños musulmanes, que fueron encarceladas en casas, apartamentos y hoteles de la ciudad o alrededores así como en centros de corta y larga duración (los hombres, se los llevaron a uno de los mayores centros penitenciarios de la ex Yugoslavia). Las condiciones de vida a las que se sometieron a estas mujeres eran humillantes y degradantes, y fueron objeto de actos de violencia física, incluyendo la violación sexual¹¹³. El 22 de febrero de 2011 los tres acusados fueron condenados por crímenes contra la humanidad, como esclavitud, violación y tortura (en violación de las leyes y costumbres del derecho de la guerra). El TPIY tomó como punto de partida para esta sentencia, el caso Furundzija¹¹⁴, donde el Tribunal (y después de hacer referencia al caso Akayesu del TPIR), y para respetar el principio de *nullum crimen sine lege*, consideró necesario apurar los elementos del crimen de violación, concluyendo que el elemento material (*actus reus*) del crimen de violación estaba constituido por: «i) penetración sexual (introducción del pene o cualquier otro objeto utilizado por el violador por la vagina o el ano de la víctima, así como la boca); ii) por medio del uso de la fuerza, amenaza o coacción contra la víctima». En este caso, el Tribunal va más allá, y estipula que un aspecto común de las legislaciones de diferentes sistemas jurídicos es la falta de consentimiento de la víctima (que se evidencia a través del uso de la amenaza o la fuerza), y que éste debe ser un elemento constitutivo de la violación, y que por ende, no habrá consentimiento cuando se ha llevado

¹¹² Caso N.º IT-96-23-PT y IT-96-23/I-T. http://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/en/020612_Kunarac_Kovac_Vukovic_summary_en.pdf.

¹¹³ Caso n.º IT-96-23-PT. Acusación (enmienda 3.ª). <http://www.icty.org/action/cases/4> <http://www.icty.org/sections/TheCases/JudgementList>.

¹¹⁴ Caso juzgado por el TPIY n.º IT-95-17/1, The Prosecutor v. Anto Furundzija. <http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf> y http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/981210_Furundzija_summary_en.pdf.

a cabo la violación usando la tortura¹¹⁵, la amenaza, la fuerza¹¹⁶. En cuanto a la esclavitud¹¹⁷, condenada en este caso, el Tribunal considera que es una infracción en cuanto que el elemento moral reside en la intención de ejercer esos atributos. Al igual que el caso previo analizado, estas mujeres fueron detenidas, sin garantizar sus derechos y garantías procesales.

En ambos casos, vemos que el hecho ilícito ocurrido en primer lugar fue la detención y/o privación de libertad sin ninguna causa ni ningún procedimiento (violando así las garantías procesales y judiciales); sin embargo, no han sido acusados, ni juzgados ni condenados por tales hechos, sino, por las consecuencias derivadas del mismo, es decir, usaron la detención como medio para cometer otros actos, igualmente reconocidos por los Estatutos como crímenes de guerra, actos que fueron cometidos durante su encierro, detención o prisión (tortura, tratos inhumanos y degradantes, violación, muertes). Así que ninguna de estos Tribunales ha procesado ni las sentencias han inculcado a los infractores por la violación de las garantías procesales de las detenidas y por el derecho a tener un juicio justo. En cierta manera, se ha violado su derecho a presunción de inocencia. Aquí lo que se debería haber aplicado es el principio de *conditio sine qua non*, principio según el cual, se puede considerar causa de un evento toda condición que de eliminarse hipotéticamente (la detención) conduciría a que dicho evento no se hubiera producido (la violación, tortura, muertes)¹¹⁸.

¹¹⁵ Convención contra la Tortura y Otras Penas o Tratamientos Crueles, deshumanos y degradantes, artículos 1.1 y 1.2. Igualmente, el Estatuto de Roma, da una definición de tortura en su artículo 7.2.e) «(...se entenderá causar intencionadamente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; (...).».

¹¹⁶ VALE PEREIRA, Maria Assunção, «Algumas considerações acerca da protecção da mulher no direito internacional humanitário», Universidad de Minho, Escola de Direito, Separata, Estudos em Comemoração do 10.º Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho, página 586 y 587. Dispone que el consentimiento no constituye un medio de defensa en sentido estricto.

¹¹⁷ Artículo 7.2.c) del Estatuto de Roma de la CPI, lo define como «...se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños». Es importante remarcar la especial referencia que hace en este precepto a mujeres y niños.

¹¹⁸ MARUS A., Jean Pierre, «El Informe Valech y la tortura masiva y sistemática como crimen contra la humanidad cometido en Chile durante el régimen militar: su enjuiciamiento desde la perspectiva del DPI. Apuntes a propósito de la obra de Kai Ambos: *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*». Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Artículos, RECPC 07-07 (2005), <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-07.pdf>.

Estos mismos hechos se repiten en otros muchos otros casos, donde las personas privadas de libertad fueron objeto de actos contrarios a derecho, sobre todo (teniendo en cuenta los hechos aprobados en varias sentencias analizadas)¹¹⁹ relativos a la tortura, tratos inhumanos y degradantes, muertes como consecuencias de las mismas. A este respecto, el auto (2 diciembre 2004) del caso de Dario Kordic y Mario Cerkez¹²⁰, los inculpa por el aprisionamiento de civiles bosnios musulmanes; Cerkez, además por confinamiento de civiles; y ambos a su vez de persecución. Estos hechos que tuvieron lugar en la región del valle de Lasva (Bosnia), y donde fueron objeto estos civiles, durante su detención, de ataques injustificados (tratamiento inhumano, homicidio intencionado, asesinato).

A este respecto y teniendo en cuenta las sentencias de los Tribunales *ad hoc*, hay autores, que incluso, reconocen que la inactividad del Estado ante crímenes de guerra, es una de las razones que ha sustentado el surgimiento mismo de la CPI. En efecto, esa misma inactividad frente a los delitos más graves de «trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto» ha justificado el desplazamiento hacia el plano internacional de una facultad que pertenece al núcleo fundamental de la soberanía de los Estados, el ejercicio (o no ejercicio) de la acción penal¹²¹.

Podría concluir a este respecto, que los juicios posteriores a un conflicto armado en los países donde hubo denuncias de genocidio, crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad (como los ejemplos vistos en este apartado), giran en torno a la necesidad de prevenir nuevos crímenes, al reclamo de la justicia para las víctimas y la comunidad, y a la necesidad de conocer la verdad acerca de lo ocurrido. Es imposible evaluar el efecto disuasorio de estos tribunales *ad hoc* en la actualidad, sin embargo, se considera que constitu-

¹¹⁹ Caso the Prosecutor v. Delalic et al. (caso conocido como «Celibici»): donde personas detenidas en un campo fueron confinadas, muertas, torturadas, violadas sexualmente, golpeadas y sujetas a tratos inhumanos y degradantes, en los que Mucic, Delic and Landzo fueron considerados culpables. http://www.icty.org/x/cases/mucic/acjug/en/010220_Mucic_Delalic_Delic_Landzo_summary_en.pdf y http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/981116_Mucic_Landzo_Delic_Delalic_summary_en.pdf
Caso Tadic: http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/970507_Tadic_summar_en.pdf
<http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-sj970714e.pdf>.

¹²⁰ Caso The Prosecutor v. Dario Kordic y Mario Cerkez http://www.icty.org/case/kordic_cerkez/4.

¹²¹ OLÁSULO, Héctor y KISS, Alejandro, «El Estatuto de Roma y la Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de participación de víctimas», Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Artículos, RECPC 12-13 (2010), <http://criminnet.ugr.es/recpc/12/recpc12-13.pdf>.

yen un gran avance en la aplicación del DIH, viniendo a ratificar el carácter consuetudinario de ciertos principios, reduciendo la brecha entre las normas aplicables a los conflictos internacionales y a los no internacionales, y adaptando las disposiciones más tradicionales del DIH a la realidad actual mediante interpretaciones más flexibles por parte de los Tribunales¹²².

Sin embargo, hay autores como Adam Roberts¹²³, que consideran que la creación de estos tribunales fue un sustituto a otro tipo de intervenciones políticas o armadas por la comunidad internacional¹²⁴. Fuere como fuere, la verdad es que estos Tribunales han cumplido por una parte, con su función represiva, con la identificación y castigo de parte de los culpables; y por otra con su función preventiva, en cuanto a disuadirles a la comisión de nuevos crímenes, ante la posibilidad de verse juzgados y condenados.

¹²² OJINAGA RUIZ, M.^a Rosario, «La Protección de la Mujer en el DIH», pp. 37. «Mujer, Derecho y Sociedad, Violencia contra las mujeres en Conflictos Armados», Cruz Roja Española, 2003. «Estos Tribunales contribuyeron definitivamente a la determinación del concepto de violación y agresión sexual y el cambio de orientación en la determinación del bien jurídico protegido por las normas internacionales relevantes en la materia, (la dignidad humana y el derecho a la integridad física); a la afirmación inequívoca del carácter consuetudinario de la prohibición de tales conductas tanto en conflictos armados internacionales como internos; y la inscripción de diferentes tipos de agresiones sexuales en las categorías de los crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y crímenes de genocidio».

¹²³ ROBERTS, Adam, «El papel de las cuestiones humanitarias en la política internacional en los años noventa», Unidad de Estudios Humanitarios, Los desafíos en la acción humanitaria, Icaria, Barcelona, 1999. Ver a este respecto, el comentario núm. 64.

¹²⁴ ABRISKETA, Joana, «Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* (para Ex Yugoslavia y Ruanda)», Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo, Universidad del País Vasco, HEGOA. <http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrart/219>. La autora explica que la comunidad internacional, en el marco del Consejo de Seguridad, no había conseguido un acuerdo respecto a la política a seguir en ambas crisis, al tiempo que muchos países eran reacios a poner en peligro la vida de sus soldados con el envío de tropas. Sin embargo, la cobertura de los medios de comunicación sobre las atrocidades cometidas y la preocupación y movilización de la opinión pública urgieron a la adopción de estas medidas.

Autoras como GARDAM, Judith («La mujer, los derechos humanos y el derecho internacional humanitario», en Revista Internacional de la Cruz Roja, n.º 147, septiembre 1998, pp. 453-467) <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdmg8.htm> y VALE PEREIRA, Maria Assunção («Algumas considerações acerca da proteção da mulher no direito internacional humanitário», Universidad de Minho, Escola de Direito, Separata, Estudos em Comemoração do 10.º Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho) reconocen el impacto que tuvieron los medios de comunicación sobre la comunidad internacional, tras mostrar las barbaries cometidas contra las mujeres, usando la violación como medio de guerra, en violación de los derechos más básicos de las mujeres.

V. El Derecho Internacional Humanitario como fuente de la protección penal de las mujeres privadas de libertad en los conflictos armados

En general, las personas privadas de libertad nunca están *de iure* en un vacío jurídico, porque reciben protección con arreglo a tres regímenes jurídicos en caso de conflicto armado: el derecho interno, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Sin embargo, *de facto*, decenas de miles de personas en todo el mundo están sometidas a detención por tiempo indeterminado, a menudo incomunicadas, justificándolos los Gobiernos con argumentos como la «seguridad nacional», el «estado de emergencia» y la «inmigración ilegal» entre otras circunstancias¹²⁵. Sin embargo está reconocido expresamente que la suspensión de algunas de las disposiciones de estos regímenes jurídicos aplicables, no pueda hacerse por tiempo indeterminado, sino que deben limitarse en alcance y duración, debiendo suspenderse bajo el criterio de «peligro público que amenace la vida de la nación» y el «principio de proporcionalidad», que limita esa suspensión «en la medida estricta que lo exija la situación»¹²⁶.

Los derechos otorgados por los Convenios Internacionales que se reconocen a los prisioneros de guerra no pueden ser vulnerados, lo cual no significa que no puedan concedérseles otros no previstos en las citadas normas mediante acuerdo de las Partes en conflicto. Igualmente los prisioneros de guerra se beneficiarán también de otras ventajas que unilateralmente les conceda la Potencia en cuyo poder se encuentren¹²⁷. Además estos derechos concedidos por los Convenios y por acuerdo de las Partes son irrenunciables total o parcialmente, aunque sí pueden ser retiradas las ventajas concedidas unilateralmente por una Potencia, según el artículo 7 del III Convenio de Ginebra.

¹²⁵ DE ZAYAS, Alfred, «Derechos humanos y detención por tiempo indeterminado», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 857, de 31 de marzo de 2005, pp. 15-38. <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/article/review/6e3m3d.htm>.

¹²⁶ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, artículo 15, párrafo 1. Y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 4, párrafo 1 «*En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente...*».

¹²⁷ DOMÉNECH OMEDAS, José Luis, «La protección del prisionero de guerra», *Derecho Internacional Humanitario*, Ed. Tirant lo Blanch y Cruz Roja Española, Valencia, 2007, p. 534.

El DIH consuetudinario, para los conflictos armados no internacionales, reconoce por su parte la obligación de respetar sus necesidades específicas, práctica reconocida por resoluciones tanto del Consejo de Seguridad, del ECOSOC y de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, entre otras instituciones. En este sentido destaca la declaración del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer, donde su recomendación general número 19, reconocía en 1992, que la violencia contra la mujer menoscaba o anula el derecho a protección en condiciones de igualdad con arreglo a normas humanitarias en tiempo de conflicto armado internacional o interno¹²⁸.

En cuanto a los textos convencionales actualmente en vigor, constitutivos del Derecho Internacional Humanitario, de los que derivan obligaciones cuyo incumplimiento o violación puede generar al individuo responsabilidad penal o que fijan específicamente infracciones graves de tales tratados o crímenes de guerra, son: la Convención IV de La Haya de 18 de octubre de 1907 relativa a las leyes y usos de la guerra terrestre, y su Reglamento Anejo; los cuatro Convenios de Ginebra de 1949; la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado; los Protocolos Adicionales I y II a los Convenios de Ginebra de 1977; y la Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio, adoptada por la Asamblea de Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948.

En el tema de la punición o represión internacional de los actos que contravienen las leyes, usos, normas y regulaciones de la guerra, hay que tener en cuenta que en todas las actuaciones judiciales relativas a los crímenes de guerra, las acusaciones se han dirigido contra personas individuales en base a transgresiones de normas provenientes del Derecho de gentes y a su responsabilidad individual por su participación en la decisión o ejecución, total o parcial, de acciones consideradas como infractoras de esas regulaciones o por no haber intervenido para impedir, o, en su caso, castigar su perpetración¹²⁹.

¹²⁸ HENCKAERTS, Jean Marie y otros, *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*, volumen 1, normas. CICR, Buenos Aires, octubre 2007.

¹²⁹ El artículo 7 del Estatuto del TPIY establece el principio de la responsabilidad penal individual de la persona que haya «planeado, instigado u ordenado la comisión de alguno de los crímenes señalados en los artículos 2 a 5» o «lo haya cometido o haya ayudado en cualquier forma o planearlo, prepararlo o ejecutarlo». Este artículo viene a afirmar esto y cubre todas las formas de participación delictiva, o formas de resolución manifestada.

Así, son los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos adicionales de 1977 los que establecen un sistema respecto a las infracciones del Derecho de los conflictos armados o Derecho Internacional Humanitario. La normativa bélica internacional se constituye por tanto por un conjunto de reglas que imponen ciertos deberes y prohíben ciertos actos u omisiones, de donde resultan prohibiciones implícitas (actos contrarios a los deberes y normas de comportamiento) y explícitas (las prohibiciones expresamente señaladas), siendo calificadas como infracciones las violaciones de tales reglas.

Según los cuatro Convenios de Ginebra, las infracciones pueden ser de dos tipos: graves, que son las definidas como crímenes de guerra o delitos internacionales propiamente dichos¹³⁰; y los llamados actos contrarios, que son las demás infracciones, de menor entidad o gravedad, generalmente sin configuración de tipos concretos, integradas por las violaciones de reglas de comportamiento (positivas o prohibiciones) sin calificación especial, que en definitiva vienen a ser todas las que resultan del incumplimiento de un deber de actuar. Estas normas una vez incorporadas en los ordenamientos internos de los Estados, obligan de forma incondicional a los mismos a respetar y hacer respetar dichos Convenios y Protocolos en todas las circunstancias, confirmando y reforzando el principio de «*pacta sunt servanda*»¹³¹. Además, tienen la obligación imperativa¹³² de tomar todas las medidas legislativas necesarias para fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometan, o den orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves al respectivo Convenio¹³³. Por último, el Protocolo I impone en su artículo 86.1 el deber del Estado de reprimir las infracciones graves enunciadas en el mismo¹³⁴ como crímenes de guerra.

¹³⁰ Se califican en los Convenios como conductos de más entidad y aparecen configuradas como tipos específicos y aparecen descritas en los siguientes artículos: artículo 50 del Convenio, artículo 51 del Convenio II, artículo 130 del Convenio III y artículo 147 del IV, además de los artículos 11.4 y 85.2 del Protocolo I.

¹³¹ Principio de «*pacta sunt servanda*» que aparece recogido en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, artículo que estipula que «Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe». <http://www.derechos.org/nizkor/ley/viena.html>.

¹³² Artículo 49 del Convenio I, artículo 50 del Convenio II, artículo 129 del Convenio III y artículo 146 del Convenio IV.

¹³³ Infracciones graves recogidas en los siguientes artículos de los cuatro Convenios: artículo 50 del Convenio I, artículo 51 del Convenio II, artículo 130 del III Convenio y artículo 147 del IV Convenio.

¹³⁴ Protocolo adicional I, artículos 11.4 y 85.2 a 4. El artículo 85.5 las considera literalmente como crímenes de guerra.

Por tanto, se puede afirmar que los Estados tienen la obligación o deber de hacer cuanto sea posible para que las disposiciones de los Convenios internacionales sean rigurosamente respetadas por sus órganos jurisdiccionales y administrativos y por todas aquellas personas que se hallen bajo su jurisdicción¹³⁵.

V.1 Principios y garantías judiciales-procesales que regulan el internamiento en el Derecho Internacional Humanitario

En este apartado vamos a analizar las garantías judiciales o el derecho a un juicio justo, que son un conjunto de principios y normas cuyo fin es proteger, entre otras cosas, la vida, la integridad física y mental, así como la libertad de personas que están, o pudieran estar, privadas de libertad. Las garantías judiciales entran en vigor en el momento en que se priva de libertad a una persona, y son aplicables hasta que quede en libertad.

Cabe señalar que las disposiciones del DIH sobre un juicio justo no pueden suspenderse bajo ninguna circunstancia, como sucede

¹³⁵ En el caso español, el Código Penal tipifica, en su Título XXIV, los «*Delitos contra la Comunidad Internacional*», integrando los «*Delitos contra el Derecho de Gentes*» (artículo 605), «*Delitos de Genocidio*» (artículo 607), «*De los delitos de lesa humanidad*» (artículo 607 bis) y de los «*Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado*» (artículo 608). Los artículos 611 a 614 bis incorporan el castigo de las infracciones del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los conflictos armados. Los bienes jurídicos objeto de esta protección son de carácter interestatal o internacional, es decir, pertenecientes al Derecho Penal Internacional, ya que lo que intentan proteger es la comunidad internacional, así que el bien jurídico es internacional, objeto de tutela y por ende, enjuiciamiento y sanción correspondiente, pero en sede nacional. Estos artículos por tanto protegen tanto bienes jurídicos de carácter personal como intereses jurídicos de carácter real o material. Así en la vertiente personal, se otorga amparo legal especial a la vida, integridad física o mental, salud, supervivencia, integridad moral o dignidad, libertad sexual, libertad, honor, garantías penales y procesales. En cuanto al ámbito real, se trata de proteger bienes específicos que reúnen ciertas características de índole artística, histórica, cultural o religiosa constitutivos del patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, y aquellos bienes indispensables para la supervivencia de la población civil o pertenecen a las personas protegidas. En el caso que nos ocupa, conviene destacar el artículo 611, cuyo apartado 3 protege como sujeto pasivo al prisionero de guerra. La acción típica engloba (en segundo lugar) el privarla de su derecho a ser juzgada regular e imparcialmente (reconocido en los artículos 130 del Convenio III, 147 del IV Convenio, artículos 75.4 y 7 y 85.4e) del Protocolo I y artículo 6 del Protocolo II). http://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria.

con las restantes normas de ese régimen de derecho. Dado que en el DIH se reconoce que las personas detenidas son sumamente vulnerables¹³⁶ a abusos en situaciones de conflicto armado, se estipula que la violación del derecho a un juicio justo puede constituir una infracción o una violación grave de sus disposiciones. El derecho internacional humanitario, al igual que el derecho internacional de los derechos humanos¹³⁷, intenta circunscribir la imposición y la ejecución de la pena de muerte¹³⁸.

Podemos enumerar una lista no exhaustiva de importantes garantías procesales estipuladas en el DIH:

- el derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial (artículos 84.2 y 130 del III Convenio de Ginebra, artículo 147 del IV Convenio, artículo 75.4 del Protocolo Adicional I y artículo 6.2 del Protocolo Adicional II);
- el derecho del inculcado a ser informado sin demora de los cargos formulados contra él [artículo 104 del II Convenio, artículo 71.2 del IV Convenio, el artículo 75.4 del Protocolo Adicional I y artículo 6.2 a) del Protocolo Adicional II];
- los derechos y los medios de defensa, como el derecho a ser asistido por un defensor calificado de su elección, así como por un intérprete competente, y el derecho a presentar testigos [artículos 99 y 105 del III Convenio, artículos 72 y 74 del IV Convenio, artículo 75.4 a) y g) del Protocolo Adicional I y el artículo 6.2 a) del Protocolo Adicional II];

¹³⁶ SANZ CABALLERO, Susana, «Colectivos vulnerables y Derechos Humanos», *Tirant Monografías*, número 711, 11/2010, CEDRIC. Sanz Caballero argumenta en esta monografía que «La mujer no es un grupo vulnerable. Es la mitad de la población mundial y su situación per se no es de vulnerabilidad ni de dependencia. Pero la mujer a menudo es discriminada en determinadas situaciones o se ejerce violencia sobre la misma».

¹³⁷ URBINA, Julio Jorge, «La protección de las personas civiles en poder del enemigo y el establecimiento de una jurisdicción penal internacional», Diciembre 2000, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 840, CICR. La jurisprudencia del TPIY ha contribuido a adaptar las disposiciones del IV Convenio a las nuevas características de los conflictos actuales, permitiendo constatar la interrelación entre el DIH y el derecho internacional de los Derechos Humanos, a la hora de precisar el contenido de distintos crímenes, lo que ha significado un reconocimiento más extendido del principio de trato humano, y por tanto, de la defensa de la dignidad humana. <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdp9s.htm>.

¹³⁸ Artículos 100 y 101 del III Convenio de Ginebra y artículos 68, 74 y 75 del IV Convenio de Ginebra.

- el principio de responsabilidad penal individual [artículo 87 del III Convenio, artículo 33 del IV Convenio, artículo 75.4 b) del Protocolo Adicional I y el artículo 6.2 b) del Protocolo Adicional II];
- el principio de *nullum crimen sine lege*, es decir, que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituían delito [artículo 99.1 del III Convenio, artículo 67 del IV Convenio, artículo 75.4 c) del Protocolo Adicional I y artículo 6.2 c) del Protocolo Adicional II];
- la presunción de inocencia [artículo 75.4 d) del Protocolo Adicional I y el artículo 6.2 d) del Protocolo Adicional II];
- el derecho a estar presente en el propio juicio [artículo 75.4 e) del Protocolo Adicional I y el artículo 6.2 e) del Protocolo Adicional II];
- el derecho a no declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable [artículo 75.4 f) del Protocolo Adicional I y el artículo 6.2 f) del Protocolo Adicional II];
- el principio de *non bis in idem*, es decir, el principio de cosa juzgada [artículo 86 del III Convenio de Ginebra, artículo 17.3 del IV Convenio y artículo 75.4 h) del Protocolo Adicional I];
- el derecho a que la sentencia sea pronunciada públicamente [artículo 75.4 i) del Protocolo Adicional I];
- el derecho de recurrir [artículo 106 del III Convenio, artículo 73 del IV Convenio, artículo 75.4 j) del Protocolo Adicional I y artículos 6.3 del Protocolo Adicional II];
- la prohibición de dictar y ejecutar condenadas sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados (artículo 3 común a los Convenios de Ginebra).

En cuanto a los derechos, el III Convenio de Ginebra contiene derechos pormenorizados relativos a los prisioneros de guerra acusados de haber infringido las leyes, los reglamentos o las órdenes de la potencia detenedora, pero que no podrán ser juzgadas por el sólo hecho de haber participado en las hostilidades¹³⁹. En el Convenio se establece específicamente que las prisioneras de guerra no pueden ser condenadas a castigos más severos o tratadas con más severidad

¹³⁹ Según disponen los artículos 82 a 88 y 99 a 108 del III Convenio de Ginebra.

que las mujeres pertenecientes a las fuerzas armadas de la Potencia detenedora castigadas por una infracción análoga. Igualmente estipula que tampoco pueden ser condenadas a castigos más severos o ser tratadas con mayor severidad que los hombres pertenecientes a las fuerzas armadas de la Potencia detenedora castigados por una infracción análoga¹⁴⁰.

El IV Convenio de Ginebra contiene disposiciones detalladas sobre los derechos relacionados con un juicio justo aplicables a las personas civiles que hayan sido internadas o detenidas por infracciones penales en el territorio ocupado (según dispone sus artículos 64 y 78), o internadas o detenidas en el territorio nacional de la potencia detenedora según los artículos 117 a 126 del mismo Convenio. Al igual que el III Convenio, el IV también establece en su artículo 147, que el hecho de privar a una persona protegida, es decir, a un civil, de su derecho a un proceso equitativo y legítimo constituye una infracción grave de sus disposiciones.

Las disposiciones sobre garantías judiciales contenidas en el IV Convenio se contemplan en unas disposiciones más detalladas estipuladas en el Protocolo Adicional I bajo el epígrafe de «Garantías fundamentales», en su artículo 75. Garantías que se aplican a los civiles que están en poder de una parte en conflicto, incluidos sus propios ciudadanos, y que no se benefician de un trato más favorable en virtud de los Convenios o el Protocolo y se ven afectados por el conflicto armado o la ocupación.

Y en cuanto al tema que nos ocupa, las personas privadas de libertad, destaco aquí el derecho a ser juzgados regular e imparcialmente, como garantía básica procesal, reconocida no solamente en los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales, sino también en diversos textos normativos internacionales¹⁴¹. En cuanto al DIH destacar, el artículo 130 del III Convenio de Ginebra, que reconoce, entre otros, el «derecho a ser juzgado el prisionero de forma legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio»; el artículo 147 del IV Convenio, que entre las garantías, al igual que el III Convenio, recoge «el derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente». También, como hemos visto, el Estatuto de la Corte Penal Interna-

¹⁴⁰ Artículo 88 del III Convenio de Ginebra.

¹⁴¹ Los artículos 8, 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948; artículos 9, 10, 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966; artículos 5 a 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, entre otros instrumentos normativos.

cional, en su artículo 68¹⁴², referente a la protección de las víctimas, reconoce el derecho del acusado a un juicio justo e imparcial.

Pero son sobre todo los Protocolos adicionales I y II los que más desarrollan esta protección, así por ejemplo, destacamos el artículo 75 en el Protocolo I, referente a las garantías fundamentales, donde su apartado 3, establece literalmente que *«Toda persona detenida, presa o internada por actos relacionados con el conflicto armado será informada sin demora, en un idioma que comprenda, de las razones que han motivado esas medidas. Salvo en los casos de detención o prisión por una infracción penal, esa persona será liberada lo antes posible y en todo caso en cuanto desaparezcan las circunstancias que hayan justificado la detención, la prisión o el internamiento»*.

Su apartado 4 va más allá y dispone que no se impondrá condena ni se ejecutará pena alguna respecto de una persona declarada culpable de una infracción penal relacionada con un conflicto armado, sino en virtud de sentencia de un tribunal imparcial, respetando los principios de: a) ser informado sin demora de los detalles de la infracción y garantizando al acusado, en las actuaciones precedentes al juicio y en el curso de éste, todos los derechos y medios de defensa necesarios; b) derecho a no ser condenado por una infracción si no es sobre la base de la responsabilidad penal individual; c) derecho a no ser condenado o acusado por actos u omisiones que no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional que le fuera aplicable en el momento de cometerse, requiriendo la no imposición de pena más grave que la que le corresponda; d) derecho de presunción de inocencia de toda persona acusada de una infracción, mientras no se pruebe su culpabilidad; e) el derecho a hallarse presente en el momento de ser juzgada; f) el derecho a no declarar contra sí mismo; g) derecho a ser interrogado o hacer interrogar a los testigos; h) derecho a no ser juzgado ni condenado por la misma Parte, de conformidad con la misma legislación y mismo procedimiento judicial, respecto al que haya sido ya dictada sentencia firme; i) derecho a que la sentencia sea pronunciada públicamente; y j) derecho de

¹⁴² Artículo 68, del Estatuto de Roma, de la Corte Penal Internacional, establece que *«La Corte adoptará las medidas adecuadas para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y los testigos. Con este fin, la Corte tendrá en cuenta todos los factores pertinentes, incluidos la edad, el género,..., y la salud, así como la índole del crimen, en particular cuando éste entrañe violencia sexual o por razones de género, o violencia contra niños. En especial, el Fiscal adoptará estas medidas en el curso de la investigación y el enjuiciamiento de tales crímenes. Estas medidas no podrán redundar en perjuicio de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni serán incompatibles con éstos»*.

toda persona condenada a ser informada, en el momento de su condena, de sus derechos a interponer recurso contra la misma.

Sus apartados 5 y 6, hacen referencia a las personas privadas de libertad, así en concreto el apartado 5, establece que las mujeres privadas de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado serán custodiadas en locales separados de los ocupados por los hombres. Su vigilancia inmediata estará a cargo de mujeres. Y se deberá intentar mantener la unidad familiar, alojando en el mismo lugar a las familias detenidas o internadas, siempre que sea posible. El apartado 6, dispone que las personas detenidas, presas o internadas por razones relacionadas con el conflicto armado disfrutarán de la protección otorgada por el artículo 75, incluso después de la terminación del conflicto armado, hasta el momento de su liberación definitiva, repatriación o reasentamiento.

Y el Protocolo II, por su parte, en su artículo 6, llamado diligencias penales, viene a recoger los mismos derechos enumerados en el artículo 75 del Protocolo I, añadiendo en su apartado 4, la prohibición de dictar penas de muerte contra personas menores de 18 años en el momento de la infracción ni contra mujeres embarazadas ni madres de niños de corta edad. Su apartado 5, reconoce el derecho de amnistía una vez finalizadas las hostilidades, a todas aquellas personas que hayan tomado parte del conflicto armado o se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado.

Además del régimen de garantías judiciales que acabamos de mencionar y que se aplica a personas civiles, donde se incluyen evidentemente a las mujeres, el artículo 76.2 del Protocolo adicional I especifica que debe atenderse con prioridad absoluta los casos de las mujeres encinta y de madres con niños de corta edad a su cargo, que sean arrestadas, detenidas o internadas por razones relacionadas con el conflicto armado. Asimismo, se establece que las partes en conflicto, en la medida de lo posible, procurarán evitar la imposición de la pena de muerte a las mujeres encinta o a las madres con niños de corta edad a su cargo por delitos relacionados con el conflicto armado, no ejecutándose la pena de muerte impuesta a estas mujeres por tales delitos, según se desprende del apartado 3 del artículo 76 de dicho Protocolo¹⁴³.

¹⁴³ OJINAGA RUIZ, M.^a Rosario, «La protección de la mujer en el DIH», en *Derecho Internacional Humanitario*, p. 606, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

En lo que se refiere a los conflictos armados no internacionales, las garantías judiciales también son aplicables, de ahí que el artículo 3 común a los Convenios prohíba las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

El Protocolo Adicional II, su artículo 6 viene a completar este artículo 3 común, desarrollando garantías que deben aplicarse cuando se juzgue y castigue a personas inculpadas de infracciones penales relacionadas con un conflicto armado no internacional, especificando, entre otras cosas, que no debe ejecutarse la pena de muerte en las mujeres encinta ni en las madres de niños de corta edad.

Al respecto de los conflictos no internacionales, es necesaria la mención al **derecho internacional humanitario consuetudinario**¹⁴⁴, así la **norma 100** establece que nadie puede ser juzgado o condenado si no es en virtud de un proceso equitativo que ofrezca todas las garantías judiciales esenciales. El derecho a un proceso equitativo figura en los cuatro Convenios de Ginebra, así como en los Protocolos adicionales I y II¹⁴⁵. El hecho de privar a una persona protegida de su derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente constituye una infracción grave según los Convenios de Ginebra III y IV, así como el Protocolo adicional I¹⁴⁶. El hecho de privar a una persona del derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente se define como un crimen de guerra en los estatutos de la Corte Penal Internacional, de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda, y del Tribunal Especial para Sierra Leona¹⁴⁷.

Según el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, sólo «*un tribunal legítimamente constituido*» puede juzgar a un acusado. Este principio no puede ser objeto de suspensión en las situaciones de emergencia. Un tribunal está legítimamente constituido si se ha

¹⁴⁴ HENCKAERTS, Jean-Marie y otros, «Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario» Volumen 1, Normas, Comité Internacional de la Cruz Roja, Buenos Aires, octubre 2007.

¹⁴⁵ II Convenio de Ginebra (1949), artículo 50.4; III Convenio de Ginebra (1949), arts. 102 a 108; IV Convenio de Ginebra (1949), arts. 5 y 66 a 75; Protocolo adicional I (1977), art. 71.1 y 75.4; Protocolo adicional II (1977), art. 6.2. El principio del derecho a un proceso equitativo figura también en el art. 17.2, de Segundo Protocolo de la Convención de La Haya para la protección de los bienes culturales (1999).

¹⁴⁶ III Convenio de Ginebra (1949), art. 130; IV Convenio de Ginebra (1949), art. 147; Protocolo adicional I (1977), art. 85.4, apdo. e).

¹⁴⁷ Estatuto de la CPI (1998), art. 8.2.a), inciso vi) y art. 8.2.c), inciso iv); Estatuto del TPIY (1993), art. 2.1, apdo. f); Estatuto del TPIR (1994), art. 4.1, apdo. g); Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona (2002), art. 3.1, apdo. g).

establecido y organizado de conformidad con las leyes y los procedimientos vigentes en un país¹⁴⁸.

Esta norma recoge otras garantías judiciales, las mayorías reconocidas y estipuladas en las disposiciones de derecho internacional humanitario, es decir en los Convenios de Ginebra y Protocolos, así como por instrumentos de derechos humanos. Estas garantías son: presunción de inocencia; información sobre la naturaleza y las causas de la acusación; derechos y medios de defensa, donde se incluyen el derecho del acusado a defenderse personalmente o a contar con la asistencia un abogado de su elección; derecho a la asistencia gratuita, derecho a disponer del tiempo y facilidades necesarias para la preparación de la defensa; derecho del acusado a comunicarse libremente con su abogado; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; derecho al interrogatorio de testigos; derecho a estar asistido por un intérprete; presencia del acusado en el juicio; prohibición de obligar a los acusados a declarar contra sí mismos o a confesarse culpables; derecho a un proceso público; derecho a informar a las personas condenadas de los recursos disponibles y de los plazos correspondientes y por último, la garantía del principio *non bis in idem*.

En definitiva, el derecho consuetudinario hace uso de todas las garantías procesales que vienen recogidas en todas las normas de derecho internacional humanitario para proteger a las víctimas y garantizarles un proceso justo.

VI. Conclusión

En definitiva y a modo de conclusión, podemos decir que a aquellas personas privadas de libertad se les aplican todas aquellas normas penales provenientes del Derecho Penal Internacional, a saber los Convenios de Ginebra y sus Protocolos, así como el Estatuto de la Corte Penal Internacional, además de todas las normas de derechos humanos recogidos en otros instrumentos legales, vistos a lo largo de este artículo, sin olvidar la jurisprudencia proveniente de los Tribunales Internacionales. En temas de jurisdicción penal, son los Estados Partes de los tratados internacionales los que tienen que

¹⁴⁸ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño y las convenciones regionales de derechos humanos especifican que para que un proceso sea equitativo, debe realizarse ante un tribunal «independiente» e «imparcial».

desarrollar en sus legislaciones internas los tipos delictivos y sancionarlos de acuerdo a derecho. En caso de no ser competencia de un derecho nacional, siempre se verán protegidas por el resto de normas contenidas en los instrumentos internacionales, remarcando la necesidad de que no puede haber impunidad para ninguna violación grave del Derecho Internacional Humanitario, y haciendo también hincapié en velar por que se cumplan todas las garantías específicas, atendiendo a sus necesidades propias y a su mayor vulnerabilidad, destinadas a las mujeres privadas de libertad.

Por otra parte, los instrumentos legales internacionales recogen un compendio de garantías procesales que deben cumplirse y que permiten que las personas que se encuentren ante un procedimiento penal, cuenten con garantías mínimas y suficientes para tener derecho a un juicio justo y una sentencia, en su caso, conforme a derecho. Sin embargo, aunque se ha avanzado en la protección de las mujeres, y existen todos instrumentos legales para permitir su protección, la realidad demuestra algo diferente; son junto a los niños y ancianos, las que más sufren las consecuencias de los conflictos armados, sean de la naturaleza que sean.