

ISSN 2305-6975

# REVISTA DE DERECHO UCV

Número 1 - 2012



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

**Revista de la Facultad de Derecho - Filial Trujillo**  
**Universidad Privada César Vallejo**

**Revista de Derecho de la UCV**

**Diseño y Diagramación:**

Armando Valverde Bardales  
Victor Montenegro Tapia

**Impresión**

Editorial Vallejana

**Periodicidad**

Anual

**Tiraje**

450 ejemplares  
Revista arbitrada

**ISSN:**

2305-6975

Hecho el Depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú. N° 2012 - 13531  
El contenido de los artículos publicados en la presente revista es de exclusiva responsabilidad de los autores.

**Correspondencia:**

Dirigir toda la correspondencia a la Revista de Derecho de la UCV  
Av. Larco 1770 Urb. las Flores  
Teléfono: 485000 / Anexo: 7140  
E-mail: [derechoucvtrujillo@hotmail.com](mailto:derechoucvtrujillo@hotmail.com)  
Website: [www.ucv.edu.pe](http://www.ucv.edu.pe)

**Director**

José Ciro Ramírez Enríquez

**Consejo Editorial**

Roberto Palacios Bran  
Víctor Santisteban Chávez  
Cesar Castañeda Serrano  
María Elena Guerra Cerrón  
Leonor María Pérez de Vega  
José Antonio Caro Jhon  
Wilder Tuesta Silva  
Oscar Salazar Vásquez  
Rafael Aldave Herrea  
Rubén Reyna Mantilla  
William Arana Morales  
William Rabanal Palacios  
Helder Domínguez Haro  
Abraham García Chavarry  
Alexander Camus Cubas

**Consejo Consultivo:**

Sigifredo Orbegoso Venegas  
Cesar San Martín Castro  
Francisco Távara Córdova  
Cesar Castañeda Serrano  
Enrique Alberto Ghersi Silva  
María Elena Guerra Cerrón  
Leonor María Pérez de Vega  
Antonio Lorca Navarrete  
Luis Moisset de Espanes  
Ronald Cárdenas Krenz  
Helder Domínguez Haro  
Abraham García Chavarry  
Alexander Camus Cubas  
Michell Samaniego Monzón

**Comité de Redacción**

Víctor Santisteban Chávez



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

## CONTENIDO

### Presentación

José Ciro Ramírez Enríquez \_\_\_\_\_ 09

### El retorno de la Revista de la Facultad de Derecho de la UCV

Roberto Palacios Bran \_\_\_\_\_ 11

### Entrevista al Dr. Sigifredo Orbegoso Venegas

Una trayectoria de vida, en la que se percibe las intensas pulsaciones del amor por lo vital, el Derecho y la política. \_\_\_\_\_ 13

### Materias:

#### Teoría General del Derecho

Ética judicial y Estado de Derecho

Josep Aguiló Regla \_\_\_\_\_ 21

El carácter competitivo de las Fuentes del Derecho

Enrique Gherzi Silva \_\_\_\_\_ 41

#### Derecho Constitucional

El régimen jurídico del Precedente constitucional en el Perú

José Ciro Ramírez Enríquez \_\_\_\_\_ 57

La interpretación de la Constitución desde el Modelo Schmittiano de su último Defensor. Algunas reflexiones críticas desde el positivismo kelseniano y el procedimentalismo.

M. Abraham García Chávarri \_\_\_\_\_ 71

Formas de Estado clásicas y contemporáneas frente a la descentralización

Jeannette C. Tantaleán \_\_\_\_\_ 93

Estado de Derecho, Democracia y Libertad

William Rabanal Palacios \_\_\_\_\_ 107

Estado de Derecho y Autotutela de la Administración Pública  
Gabriel N. Ordoñez Rodríguez\_\_\_\_\_119

Los Derechos Fundamentales encausados por el Garantismo  
Santos Urtecho Navarro\_\_\_\_\_141

La igualdad ante la Ley en tiempos de Postmodernidad.  
Un análisis del artículo 2, inciso 2 de la Constitución Política del Perú  
Santos Enrique Quedena Zambrano\_\_\_\_\_175

El derecho a la educación en el Perú y sus componentes en un Estado  
Constitucional  
José Luis Agüero Lovatón\_\_\_\_\_231

Constitución y Poder Judicial: Un modelo comparado entre España y Perú  
Antonio María Lorca Navarrete\_\_\_\_\_261

### **Derecho de Integración**

La Interpretación Prejudicial en el Ordenamiento comunitario de la  
Comunidad Andina.  
Francisco A. Távara Córdova\_\_\_\_\_283

### **Derecho Penal**

La Normativización del tipo y los modelos de Imputación Objetiva  
Shikara Vásquez Shimajuko\_\_\_\_\_317

### **Derecho Penal Internacional**

La regulación del embarazo forzado en el Estatuto de Roma y en el Código  
Penal español. Una valoración desde la perspectiva de las mujeres.  
Juana María González Moreno\_\_\_\_\_349

### **Derecho Procesal Penal**

Principio de imputación mínima y control de la formalización de la  
investigación preparatoria  
César Rubio Azabache\_\_\_\_\_373

### **Derecho Civil**

El derecho a vivir en Familia como elemento del nuevo Modelo de Familia  
contemporánea.  
Carlos Alberto Anticona Luján\_\_\_\_\_385

### **Derecho Procesal Civil**

El derecho a la prueba y prueba de las excepciones en el Proceso Civil  
G. Nelson Lozano Alvarado\_\_\_\_\_403

Estado de la cuestión: De la Oralidad e Inmediación en el Proceso Civil  
Peruano  
María Elena Guerra Cerrón\_\_\_\_\_415

### **Política Jurisdiccional**

Sobre el Gobierno y la Administración en el Poder Judicial Peruano  
Michell Samaniego Monzón\_\_\_\_\_439

Análisis de la Medida cautelar de abstención en el cargo impuesta por el  
Poder Judicial: Vulneración al derecho de equidad e igualdad?  
Sócrates Segovia Murillo\_\_\_\_\_453

### **Derecho e Historia**

Aspectos varios de la investigación jurídica La Santísima Trinidad, el  
estudio de la Historia y los Errores  
Luis Moisset Espanés\_\_\_\_\_459

### **Derecho y Educación**

Proyecto Educativo universitario desde el pensamiento filosófico de  
Heidegger, Van Wright y Habermas: a manera de ensayo.  
Roberto Palacios Bran\_\_\_\_\_471

### **Hallazgos**

Presentación de la sección Hallazgos  
Rafael Aldave Herrera\_\_\_\_\_477

# Bolsa de Trabajo

## LA REGULACIÓN DEL EMBARAZO FORZADO EN EL ESTATUTO DE ROMA Y EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL. UNA VALORACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS MUJERES<sup>1</sup>.

Juana María González Moreno<sup>2</sup>

**Sumario.** I. INTRODUCCIÓN. II. LA AUSENCIA DEL EMBARAZO FORZADO EN EL DERECHO INTERNACIONAL. III. EL EMBARAZO FORZADO EN EL ESTATUTO DE ROMA. IV. EL EMBARAZO FORZADO EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL. 1. El silencio del Nuevo Código Penal de 1995. 2. La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. 3. La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. V. RECAPITULACIÓN. VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

### Resumen

En este trabajo ponemos de manifiesto cómo a pesar de la importancia que reviste el que el embarazo forzado haya sido sancionado finalmente como un crimen contra la humanidad y un crimen de guerra tanto a nivel internacional (Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 1995) como a nivel interno (en concreto, en el Código Penal español de 1995, tras su adaptación al Estatuto de Roma), la configuración jurídica dada a estos crímenes en las normas internacional y española no tiene en cuenta lo que la maternidad impuesta significa realmente para las mujeres al sancionar el embarazo forzado como una forma más de violencia sexual y no de manera independiente como un atentado a la autonomía reproductiva de las mujeres. Esta última, la autonomía reproductiva de las mujeres, sigue siendo todavía un bien jurídico no reconocido ni protegido en todo su

- 1 En este artículo hemos ampliado el tratamiento de un aspecto que mencionábamos en nuestro trabajo "Las ambigüedades del lenguaje jurídico como una forma de control de la autonomía reproductiva de las mujeres. Una mirada al orden internacional", publicado en la Revista de Lengua i Dret (núm. 53, 2010, pp. 55 – 80), y hemos adelantado parte de los resultados de una investigación más amplia, en curso.
- 2 Profesora de Filosofía del Derecho en la Universidad César Vallejo, Trujillo (Perú) (2008-2011), Máster en Docencia e Investigación en Estudios Feministas, de Género y Ciudadanía (Universitat Jaume I, Castellón, España), Experta Universitaria en Criminología (Instituto Interuniversitario de Criminología, Universidad de Granada, Granada, España). E-mail: [juanamariagonzalez@yahoo.es](mailto:juanamariagonzalez@yahoo.es)

alcance en el orden jurídico internacional, y tampoco en el ordenamiento jurídico español, el cual tiende a reproducir las pautas internacionales.

**Palabras clave:** mujeres, autonomía reproductiva, maternidad impuesta, embarazo forzado

## I. INTRODUCCIÓN

En España, en estos últimos años se ha tratado de adaptar nuestro ordenamiento jurídico penal al *Estatuto de Roma por el que se crea la Corte Penal Internacional*, de 1998, y en vigor desde el año 2001, con ocasión de las dos reformas del Nuevo Código Penal de 1995 que han tenido lugar: la primera, la realizada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y que introdujo en el Código Penal los delitos de lesa humanidad; y la segunda, la llevada a cabo en fecha más reciente, en virtud de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y que ha supuesto un retoque de la regulación dada a los delitos de lesa humanidad por la anterior Ley Orgánica 15/2003, y a los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, tal como los tipificara el Nuevo Código Penal de 1995.

Sin embargo, y esto es sobre lo que queremos llamar la atención, la adaptación del Nuevo Código Penal al Estatuto de Roma parece asentarse sobre un presupuesto que creemos discutible que es el de considerar que dicho Estatuto, y en general, todo el orden internacional, constituye un estándar incuestionable y además, un estándar que reconoce y protege los derechos humanos de las mujeres en todo su alcance.

En este sentido, un ámbito de la vida de las mujeres insuficientemente abordado en el orden internacional y que, por tanto, puede servir para ilustrar la debilidad del presupuesto de partida de las adaptaciones mencionadas es el ámbito de la autonomía reproductiva, como ya hemos tenido oportunidad de demostrar en otros trabajos (vid. González, 2005; 2008; 2010).

El examen de la configuración jurídico internacional del embarazo forzado o maternidad impuesta, que constituye un atentado contra la autonomía reproductiva de las mujeres en su dimensión positiva, esto es, en tanto que opción libre por el ejercicio de la procreación, abunda en la misma línea, poniendo de manifiesto algunos de los déficits que, en relación con el reconocimiento y la protección de la autonomía reproductiva de las

mujeres, se registran en el orden internacional y que, por mimesis, se repiten en los ordenamientos jurídicos nacionales.

Vamos a referirnos en primer lugar a la larga ausencia del embarazo forzado en el Derecho Internacional para pasar después a analizar la regulación dada al embarazo forzado en el Estatuto de Roma y luego en el Código Penal español, tras las reformas realizadas en él para adaptarlo a dicho Estatuto.

## II. LA AUSENCIA DEL EMBARAZO FORZADO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

En el Derecho Internacional, la imposición de la maternidad a las mujeres, también denominada “embarazo con violencia” o “embarazo forzado”, a pesar de tratarse de una conducta bastante extendida en distintos conflictos armados, no ha sido sancionada de manera expresa hasta el año 1998, fecha de la adopción del *Estatuto de Roma por el que se instituye la Corte Penal Internacional*.

Ni en el Derecho Internacional Humanitario ni en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que son dos ramas del Derecho Internacional consagradas a la protección de las víctimas de la guerra, y en general, de la persona humana y su dignidad, se hace referencia alguna al embarazo forzado.

Lo que puede apreciarse en los tratados de derechos humanos de carácter general, y en alguno de los textos de derechos humanos de las mujeres, es una mayor atención hacia las prácticas que afectan a la procreación. Así, en un texto vinculante como es la *Convención sobre la prevención y la sanción del delito de genocidio*, de 1948, la adopción de medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno de un grupo, es tipificada como delito de genocidio. No obstante, esta conducta típica vendría a ser la conducta contraria a la imposición de la maternidad o embarazo forzado. Así, se lee en el artículo II, letra d) de la Convención sobre Genocidio, lo siguiente:

“En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

a) Matanza de miembros del grupo;

b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;

c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;

d) **Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; (...)**. (La negrita es nuestra).

Algo parecido puede decirse de la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing, aprobada en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, de 1995, un texto no vinculante aunque de gran relevancia para las mujeres, en la que se describen como actos de violencia contra la mujer determinadas prácticas que obstaculizan la procreación, entre ellas el "aborto forzado". En concreto,

"la esterilización forzada, el aborto forzado, la utilización coercitiva o forzada de anticonceptivos, la determinación prenatal del sexo y el infanticidio de niñas" (punto 115 de la Plataforma de Acción).

Y el embarazo forzado también ha estado ausente del Derecho Penal Internacional hasta la aprobación del Estatuto de Roma. Los Estatutos de los Tribunales penales internacionales creados *ad hoc* para juzgar los crímenes cometidos en la ex - Yugoslavia y Ruanda, de 1993 y 1994 respectivamente, tribunales que constituyen el antecedente de la Corte Penal Internacional, solo aluden a la adopción de medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo como conducta constitutiva de genocidio<sup>3</sup>, en los mismos términos que la Convención de Genocidio, conducta que, como ya hemos señalado, no puede considerarse equivalente a la de embarazo forzado.

Por otro lado, a pesar de que estos tribunales han llegado a interpretar que la violación constituye un acto de genocidio cuando es cometida con la intención de destruir en forma total o parcial un grupo nacional, étnico, racial o religioso<sup>4</sup>, interpretación que la doctrina ha estimado como positiva para las mujeres (vid. Barrow, 2010:7), el embarazo forzado,

3 Vid. el artículo 5, g) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex - Yugoslavia y el artículo 3, g) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

4 Vid. la sentencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda en el caso Akayesu, de 1998.

que es el medio utilizado para alcanzar el resultado perseguido, no es ni siquiera mencionado y mucho menos sancionado y, por tanto, tampoco la violencia reproductiva que encierra.

### III. EL EMBARAZO FORZADO EN EL ESTATUTO DE ROMA

El *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* es el único texto internacional en que se sanciona de forma expresa la conducta consistente en la imposición de la maternidad, conducta que se da en llamar "embarazo forzado". Esta sanción, que además es por partida doble, porque se sanciona el embarazo forzado como crimen contra la humanidad y como crimen de guerra en el contexto de conflictos armados, internacionales o no internacionales, reviste enorme importancia porque se trata de un texto vinculante.

El artículo 7 del Estatuto de Roma, dedicado a los crímenes contra la humanidad, se refiere al embarazo forzado en los siguientes términos:

#### Artículo 7. Crímenes de lesa humanidad

"1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

a) Asesinato;

b) Exterminio; (...)

g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, **embarazo forzado**, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; (...). (La negrita es nuestra).

Y en el párrafo 2 del artículo 7 del Estatuto, en el que se precisa lo que se entiende por cada uno de los actos mencionados en el párrafo 1, en relación al embarazo forzado se expresa que:

"f) Por "**embarazo forzado**" se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho

internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo; (...). (La negrita es nuestra).

Además de ello, el embarazo forzado es una de las conductas tipificadas como crimen de guerra en el marco de conflictos armados tanto de carácter internacional como de carácter no internacional. En el artículo 8 del Estatuto se dice lo que sigue:

#### Artículo 8. Crímenes de guerra

"1. La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes.

2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por "crímenes de guerra": (...)

b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: (...)

xxii) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, **embarazo forzado**, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra; (...)

e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: (...)

vi) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, **embarazo forzado**, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra (...). (La negrita es nuestra).

Y en los Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional (aprobados por la Asamblea de Estados Partes en 2002), a los que se remitía el propio Estatuto en su artículo 9 como instrumento para

interpretar y aplicar los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto, se precisaban los elementos típicos del delito de embarazo forzado, fundamentalmente como crimen de guerra en el marco de conflictos armados de carácter internacional y no internacional. Estos elementos eran tres:

1. Que el autor haya confinado a una o más mujeres que hayan quedado embarazadas por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otra infracción grave del derecho internacional.
2. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional o bien de un conflicto armado que no era de índole internacional, y haya estado relacionada con él.
3. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado.

La sanción del embarazo forzado viene a ser una prueba más de la mayor sensibilidad de los Estados hacia los derechos humanos de las mujeres, plasmada en el Estatuto de Roma, y de la que también constituyen evidencias a destacar la inclusión expresa en su texto del término "género" para aludir a uno de los motivos de persecución de las personas que puede constituir crimen contra la humanidad<sup>5</sup>- aunque la definición dada de este término en el propio Estatuto tenga sus límites<sup>6</sup> -, y la sanción

5 Vid. su artículo 7. Crímenes de lesa humanidad. 1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: "(...) h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; (...)" (La negrita es nuestra).

6 En concreto, en el párrafo 3 del artículo 7 del Estatuto de Roma se precisa que se entiende por "género" en el marco del Estatuto. Así: "3. A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término "género" se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término "género" no tendrá más acepción que la que antecede". Sin embargo, en relación a esta definición se ha dicho, entre otras cosas, que la misma no aporta nada al criterio del sexo, habitualmente utilizado; que dicha definición fue resultado de la presión de los Estados árabes y la Santa Sede, quienes, a cambio, tuvieron que aceptar la inserción de la expresión "en el contexto de la sociedad", con la que los Estados más progresistas pretendían reflejar de alguna forma los aspectos

de la violencia sexual contra las mujeres en los conflictos armados, una violencia olvidada y deficientemente tratada en instrumentos internacionales anteriores, en los que fue considerada como un atentado contra el honor de la mujer<sup>7</sup>.

No obstante, aun siendo loable que el embarazo forzado haya sido sancionado expresamente como crimen de guerra y como crimen contra la humanidad, la configuración dada al mismo sería criticable.

Aparte de que la denominación finalmente adoptada<sup>8</sup>, "embarazo forzado", que aunque procede de la Declaración y en el Programa de Acción de Viena, no sería lo suficientemente expresiva de la conducta incriminada, lo más objetable a nuestro juicio es que el embarazo forzado haya sido considerado como una forma de violencia sexual junto con la violación y otras formas de violencia sexual (vid. González, 2005:15; González, 2008:5; González, 2010: 64-65).

#### Efectivamente, en el Estatuto de Roma, la conducta típica de embarazo forzado como crimen contra la humanidad y como crimen de guerra es

sociológicos de la noción de género, de tal forma que esa fundamentación de la noción de género en la dimensión biológica de la distinción entre mujer y hombre quedara matizada con la remisión al contexto social como marco de referencia para la determinación de su alcance (vid. con más detalle: Alija, 2008: 227, 228, 229).

7 Así, por ejemplo, en la *IV Convención de Ginebra relativa a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra*, de 1949, se manifestaba en su art. 27, contenido dentro de su *Título III, Estatuto y trato de las personas protegidas*, que: "Las mujeres serán especialmente protegidas contra todo atentado a su honor y, en particular, contra la violación, la prostitución forzada y todo atentado a su pudor". Un estudio detallado de la evolución experimentada en el Derecho Internacional en lo que al tratamiento de la violencia sexual se refiere y de sus implicaciones, puede verse, entre otros textos, en: Copelon, 2003:3; Alija, 2008:216-219; Movilla, 2010:5).

8 En las reuniones preparatorias de la Conferencia de Roma para la aprobación del Estatuto del Tribunal Penal Internacional Permanente, el Vaticano y los países árabes se resistieron a la introducción de los términos "embarazo con violencia"; porque según ellos, definir el embarazo con violencia como delito podría invalidar las leyes contra el aborto o poner en riesgo a los hospitales católicos que se negaban a hacer un aborto a una mujer violada. De ahí que, finalmente, la letra f) del artículo 7 del Estatuto de Roma precisara que: "en modo alguno se entenderá que esta definición (del embarazo forzado) afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo", en un afán por preservar la discusión sobre si el embarazo forzado tal y como es regulado afecta a las legislaciones internas, por regla general prohibitivas del aborto.

descrita como un atentado sexual (vid. los artículos 7 y 8 transcritos más arriba), y esta descripción supone equiparar la violencia reproductiva con la violencia sexual, que es a la que da preeminencia el Estatuto, y, en consecuencia, confundir los bienes jurídicos afectados, en concreto, la autonomía reproductiva (que es la vulnerada con el embarazo forzado) con la autonomía sexual (vulnerada con la violación y otras formas de violencia sexual). Algo que no es admisible desde la perspectiva de las mujeres porque, para estas, las implicaciones del embarazo forzado van realmente más allá de las que conciernen al sexo.

Por otra parte, la configuración del embarazo forzado en torno a la órbita de lo sexual, confundiendo la autonomía reproductiva con la autonomía sexual, lo que hace es resucitar para el orden internacional la vieja ecuación "sexualidad = reproducción" que ha servido para encadenar a las mujeres a la función de reproducción, una ecuación que las mujeres quisieron romper en las luchas por los derechos de las mujeres que tuvieron lugar en los años 70 del siglo XX, y particularmente en el marco de las Conferencias Mundiales de El Cairo (1994) y Beijing (1995) en que se trató de desvincular la sexualidad de la reproducción<sup>9</sup>.

Otro aspecto que puede percibirse en la regulación dada al embarazo forzado es la contradicción que hay entre la catalogación del embarazo forzado como una forma de violencia sexual, y la definición de su contenido como un atentado contra la libertad, en general, exigiendo además un determinado fin, pues el embarazo forzado es definido como "el internamiento ilícito de una mujer a la cual se ha dejado embarazada a la fuerza, con la finalidad de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones del derecho internacional" (vid. el artículo 7, párrafo 2, letra f) del Estatuto de Roma, y también los *Elementos del Crimen*).

9 En estas conferencias se hizo un esfuerzo por separar sexualidad y reproducción, aunque la relación entre estos dos conceptos no quedó establecida de manera clara. Así, en la Conferencia de Población y Desarrollo de El Cairo se hace referencia a la salud reproductiva, un concepto que se había querido separar especialmente del concepto de salud sexual, mientras que en la IV Conferencia Mundial de la Mujer de Beijing se considera – para neutralizar lo que había sido aprobado en El Cairo – que la salud reproductiva incluye a la salud sexual, y que aquélla va más allá del consejo en materia de reproducción, implicando la capacidad de gozar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir procrear o no, cuándo y con qué frecuencia (punto 94 de la Plataforma de Acción de Beijing, dentro de la letra C titulada *La mujer y la salud*, del apartado IV. Objetivos estratégicos y medidas). Vid. González, 2010:64.

En realidad, esta finalidad de modificar la composición étnica de una población mediante el embarazo forzado habría determinado la tipificación del embarazo forzado sea tipificado como crimen de guerra y como crimen contra la humanidad. El Estatuto habría querido poner coto a una práctica bastante extendida en el marco de conflictos bélicos que persigue “limpiar” al enemigo como pueblo, utilizando como instrumento para ello el cuerpo de las mujeres y su capacidad de reproducción<sup>10</sup>. Como reconoce Françoise Héritier,

“(…) No hay progreso en el caso de las mujeres sistemáticamente violadas en la ex Yugoslavia por hombres del otro bando étnico o religioso “porque se trata de la negación de las mujeres en tanto que individuos responsables, de su encarcelamiento en su función de reproductoras y, sobre todo, de la idea de que la semilla masculina trae consigo, y sólo consigo, la marca étnica e incluso religiosa; que vehicula toda la identidad, en suma” (Héritier, 1996:297).

No sería entonces la libertad sexual de la mujer el bien jurídico que se ha querido proteger con la sanción del embarazo forzado, aunque se haya conceptuado a éste como forma de violencia sexual, y mucho menos su autonomía reproductiva, que ni siquiera es percibida como un bien afectado por las conductas constitutivas de embarazo forzado, sino un bien que trasciende a las mujeres, un bien de carácter colectivo que sería la preservación de las identidades (genéticas) de los pueblos.

El orden de género, el sistema de dominación de sexo, el cual en la guerra se manifiesta aún de forma más grave, en las más atroces formas de violencia contra las mujeres (vid. Stanley, 2007:11), refuerza a su vez otros órdenes, otras jerarquías, en este caso, la étnica. Así, Kappeler señala lo siguiente:

“(…) las representaciones de género en la guerra no sólo refuerzan el orden dado de género, sino que sirven asimismo

10 Suele citarse, como ejemplos más “emblemáticos”, a los soldados alemanes, quienes durante los años 1914 – 15, en la Primera Guerra Mundial, quisieron “limpiar” la raza francesa (vid. Stanley, 2007:14) y a serbios y croatas que quisieron hacerse recíprocamente lo mismo en la ex – Yugoslavia, en los años 90 del s. XX. Pero el embarazo forzado se habría dado también en el conflicto armado interno peruano aunque al parecer en éste fueron más numerosos los casos de violencia sexual y de abortos forzados, según lo que se desprende de estudios realizados al respecto (vid. Cedano, 2006).

para reforzar el orden en un sentido más general – el orden y las jerarquías dentro de culturas, naciones y estados (…)” (Kappeler, cit. por Stanley, 2007:17).

Por último, el hecho de que el Estatuto de Roma configure el embarazo forzado como una forma de violencia sexual ratifica su olvido de la autonomía reproductiva de las mujeres, que también puede verse afectada por embarazos forzados producidos sin agresión sexual, como podría ser mediante técnicas de reproducción asistida practicadas sin el consentimiento de las mujeres. Aunque para evitar la impunidad de estas conductas, cabría esgrimir todos aquellos preceptos dirigidos a la protección de derechos como la vida, la integridad física, no sufrir tortura o tratos inhumanos o degradantes, la dignidad, y la libertad, contenidos en los Convenios de Ginebra sobre protección de las víctimas de la guerra en los conflictos armados<sup>11</sup> y en sus Protocolos Adicionales, en convenios de derechos humanos de carácter general, y en el Estatuto de Roma<sup>12</sup>, con esta pauta de actuación que, dicho sea de paso, es la que han utilizado los organismos internacionales en tiempos de paz para proteger los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres (vid. González, 2010:66), no se estaría sancionando en todo su alcance el contenido de injusto de la conducta constitutiva de embarazo forzado sin agresión sexual, como atentado contra la autonomía reproductiva de las mujeres.

Todos estos aspectos de la regulación dada al embarazo forzado en el Estatuto de Roma que hemos criticado, se repetirán, lamentablemente, en textos internacionales posteriores como son los que han servido para instituir tribunales penales internacionales *ad hoc* para juzgar crímenes cometidos en determinados países, bajo el auspicio de Naciones Unidas, como es el caso del *Acuerdo de Naciones Unidas y Sierra Leona para la creación del Tribunal especial para Sierra Leona*, de octubre de 2000, o del *Acuerdo para la constitución de Salas Especiales en los tribunales de Camboya*, de junio de 2003.

En estos textos internacionales puede verse cómo a la hora de delimitar la competencia material de los tribunales que crean, o bien se hace una remisión directa a los crímenes de lesa humanidad tal como se definen en el Estatuto de Roma como es el caso del *Acuerdo para Camboya*, o bien se describe el embarazo forzado como una forma de violencia sexual, como

11 Vid. los artículos 50, 51, 130 y 147, de los Convenios I, II, III y IV de Ginebra, respectivamente, así como el artículo 3 común a todos estos Convenios.

12 Vid. en particular su artículo 8. 2, en que se contienen, como crímenes de guerra, los mismos actos mencionados en los Convenios de Ginebra.

es lo que ocurre en el Acuerdo para la creación del Tribunal especial para Sierra Leona<sup>13</sup>.

También de fecha posterior al Estatuto de Roma es la *Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas sobre el impacto de la guerra en las mujeres y la contribución de estas a la resolución de conflictos y el mantenimiento de la paz*, de 2000, en que se hace un llamado a las partes de todo conflicto armado a que respeten el derecho internacional aplicable a los derechos y a la protección de las mujeres y niñas, especialmente en tanto que civiles. De manera particular, en esta Resolución se refiere que las partes de todo conflicto tengan presentes las disposiciones del Estatuto de Roma (vid. su punto 9), y se insta expresamente a las partes a que tomen especiales medidas para la protección de las mujeres y las niñas frente a la violencia basada en el género, destacándose en particular la violación y otras formas de abuso sexual. Puede leerse en este sentido su punto 10, que dice así:

“10. *Insta* a todas las partes en un conflicto armado a que adopten medidas especiales para proteger a las mujeres y las niñas de la violencia por razón de género, particularmente la violación y otras formas de abusos sexuales, y todas las demás formas de violencia en situaciones de conflicto armado; (...)”.

No se hace una mención expresa del embarazo forzado, aunque se hace alusión a “otras formas de abusos sexuales”, que es una expresión también utilizada en el Estatuto de Roma, y a “todas las demás formas de violencia en situaciones de conflicto armado”, destaca el énfasis puesto en la violencia sexual, a la que sí se ha querido señalar expresamente.

#### IV. EL EMBARAZO FORZADO EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Por lo que respecta a la legislación penal española, en relación al embarazo

13 Así, en el artículo 2 de este Acuerdo, en su versión oficial en inglés, se expresa lo siguiente: “Article 2 Crimes against humanity. The Special Court shall have the power to prosecute persons who committed the following crimes as part of a widespread or systematic attack against any civilian population: a. Murder; b. Extermination; c. Enslavement; d. Deportation; e. Imprisonment; f. Torture; g. Rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy and any other form of sexual violence; h. Persecution on political, racial, ethnic or religious grounds; i. Other inhumane acts”.

forzado ha pasado del silencio a la mimesis del ordenamiento jurídico internacional, esto es, de no disponer nada sobre el embarazo forzado a regularlo bajo las mismas coordenadas internacionales que ya hemos descrito: fundamentalmente, la confusión de la violencia reproductiva con la violencia sexual, y la desvalorización de la autonomía reproductiva en relación con la autonomía sexual al otorgar una mayor sanción jurídico-penal a los atentados contra esta última, como se desprende del tenor de las sucesivas reformas llevadas a cabo para adaptar el Nuevo Código Penal de 1995 al Estatuto de Roma.

#### 1. El silencio del Nuevo Código Penal de 1995

El Nuevo Código Penal de 1995, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que vino a modificar al anterior Código Penal de 1973, no prestó atención a las conductas constitutivas de embarazo forzado, entre otras razones porque no se tipificaron en él los crímenes contra la humanidad, aunque algunos de ellos ya estaban contenidos en el Derecho Internacional Penal, en concreto los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la ex-Yugoslavia y Ruanda.

No obstante, aun en el caso de haber tipificado dichos crímenes – como opina la doctrina que hubiera sido necesario (vid. Pérez y Abad, 1999:438) –, es posible que el Nuevo Código Penal no hubiera sancionado las conductas constitutivas de embarazo forzado porque en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales citados dichas conductas aún no figuraban.

Lo que el Nuevo Código Penal reguló fueron los delitos de genocidio, insertándolos en el Título XXIV, denominado *Delitos contra la comunidad internacional*, en un Capítulo independiente, el Capítulo II dedicado especialmente a los *Delitos de genocidio*, y que tenía un único artículo, el 607.

Textualmente el artículo 607 expresaba lo siguiente:

“1. Los que, con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados:

1º Con la pena de prisión de quince a veinte años, si mataran a alguno de sus miembros.

Si concurrieran en el hecho dos o más circunstancias

agravantes, se impondrá la pena superior en grado.

2º. Con la prisión de quince a veinte años, si **agredieran sexualmente** a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 149”.

3º Con la prisión de ocho a quince años, si sometieran al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, o cuando les produjeran algunas de las lesiones previstas en el artículo 150.

4º Con la misma pena, si llevaran a cabo desplazamientos forzosos del grupo o de sus miembros, adoptaran cualquier medida que tienda a **impedir su género de vida o reproducción**, o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro. (...) (La negrita es nuestra)”.

Ahora bien: el embarazo forzado no estaría incluido entre los delitos de genocidio. En el artículo 607 del Nuevo Código Penal, entre las conductas constitutivas de genocidio que recoge, que son prácticamente un calco de las señaladas en el Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio, de 1948, se incluyen las agresiones sexuales y la adopción de medidas destinadas a impedir la reproducción de un grupo o de sus miembros, también denominado genocidio *biológico*. Pero ni las agresiones sexuales ni el genocidio biológico son conductas equivalentes al embarazo forzado.

En el caso de las agresiones sexuales que, como vemos, en el Nuevo Código Penal podían llegar a constituir delito de genocidio, lo que cabe señalar es que las agresiones sexuales no son un embarazo forzado sino un medio para el mismo, en específico una de ellas, la violación, si la entendemos como lo ha hecho tradicionalmente la doctrina penal, como conducta coital.

El tipo penal del artículo 607, 1, 2º del Nuevo Código Penal no habría abarcado entonces el contenido de injusto que significa el embarazo forzado, como un atentado contra un bien jurídico diferente de la libertad sexual que es la autonomía reproductiva. Más bien lo que queda claro de la lectura de este artículo es que se ha conferido más importancia a las agresiones sexuales al tipificarlas expresamente – y no así al embarazo forzado – como delito de genocidio, agresiones sexuales que, eso sí, ya

no son solo punibles cuando se realizan con ocasión de un conflicto armado<sup>14</sup>.

Como ha expresado la doctrina, la introducción en el Código Penal español de 1995 de la agresión sexual, junto con las lesiones en el artículo 607, 1, 2º, tuvo como justificación “las situaciones que se han dado en la guerra de la antigua Yugoslavia y que revelan que se ha utilizado el sistema de la violencia contra la libertad sexual como uno de los medios de limpieza étnica o de intimidación y humillación de un grupo étnico determinado” (Tamarit, 1995:1640; Feijoo, 1998:2270).

Así, para Feijoo, la sanción de las agresiones sexuales como genocidio constituía un medio idóneo para combatir la “limpieza étnica”. Según este autor,

“la referencia a las agresiones sexuales fue introducida a partir de una enmienda del Grupo Popular motivada por los sucesos que estaban acaeciendo en la antigua Yugoslavia donde la violación se constituyó en un instrumento de “limpieza étnica” promovido por los líderes serbios. Incluso la Resolución 827 (1993) de 25 de mayo, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que creó el Tribunal Internacional para el castigo de los crímenes internacionales perpetrados en la antigua Yugoslavia hace referencia no sólo a los asesinatos en masa y a las detenciones sino también a “violaciones de mujeres masivas, organizadas y sistemáticas” como medio de “depuración étnica” y para la adquisición y retención de territorio” (Feijoo, 1998:2270).

Y la misma justificación aduce la doctrina penal no partidaria de la tipificación de las agresiones sexuales como genocidio en nuestro Código Penal<sup>15</sup>. Pérez González y Abad Castelos manifiestan al respecto que

14 Según Feijoo, “una de las grandes aportaciones político – criminales del delito de genocidio en el marco del Derecho supranacional y del Derecho interno es que las conductas genocidas punibles han quedado desvinculadas del Derecho de guerra. Los delitos de genocidio ya no sólo son punibles cuando se realizan con ocasión de un conflicto armado que es una referencia que convierte a los tipos penales en tipos con tiempo circunscrito o con vigencia temporal tasada” (Feijoo, 1998: nota 37, 2282).

15 Entre la doctrina penal no partidaria de esta tipificación puede mencionarse a Beneytez, para quien no era procedente su sanción sobre todo por el hecho estas conductas no estaban contempladas en el Convenio sobre Genocidio de 1948 (cit. por Feijoo, 1998: nota 37, 2282). Por su parte, Pérez González y Abad Castelos, añaden a esta misma razón, otras como la inidoneidad de la agresión sexual para lograr la destrucción total o parcial de un grupo nacional, racial, étnico o religioso, por la posibilidad, insatisfactoria, según estos autores, de incluir los efectos de una agresión sexual entre las lesiones previstas en

“la incorporación de la agresión sexual en el apartado 2º del párrafo 1 del artículo 607, fue producto último de los recientes y cruentos recuerdos de la guerra de la ex- Yugoslavia durante el período de tramitación parlamentaria de la reforma penal española” (vid. Pérez, Abad, 1999: 453-454).

Sin embargo, a pesar de estas justificaciones, consideramos que las agresiones sexuales, por sí mismas, no constituyen un medio idóneo para realizar una limpieza étnica si no se produce un embarazo como resultado de las mismas. De hecho, históricamente, este ha sido el sentido del embarazo forzado en el contexto de conflictos armados: “limpiar” al enemigo como pueblo, utilizando como instrumento para ello el cuerpo de las mujeres y su capacidad de reproducción, como explicábamos en el epígrafe 3.

Aunque la doctrina ha sostenido que el fin de la inserción del tipo penal de agresiones sexuales como modalidad típica de genocidio fueron los actos de limpieza étnica que tuvieron lugar en la ex - Yugoslavia, el carácter instrumental que tiene el embarazo forzado, o mejor dicho, la utilización del cuerpo de las mujeres y de su capacidad de reproducción, para producir la limpieza étnica no es abarcado por el contenido de injusto señalado a las agresiones.

Más bien esta utilización del cuerpo de las mujeres, y de su capacidad de reproducción es invisibilizada y con ello, el atentado contra su autonomía reproductiva que significa el embarazo forzado, un atentado que, aunque sea el medio para producir el fin de la limpieza étnica, tiene la suficiente entidad para ser considerado como una conducta reprochable en sí misma, porque afecta a ese otro bien jurídico que es la autonomía reproductiva de las mujeres.

En cuanto al genocidio biológico, que como hemos dicho más arriba, también era sancionado en el Nuevo Código Penal, en los mismos términos en que lo hacían la Convención sobre genocidio de 1948 y los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales que precedieron al Estatuto de Roma, textos internacionales a los que quiso adaptarse nuestro Código Penal, lo que cabe apreciar es que, al igual que en estos textos internacionales, lo sancionado como genocidio biológico es la

los apartados 2º (esterilidad), 3º (puesta en peligro de la salud o vida del grupo) y 5º (cualquier otra lesión distinta a las señaladas en los números 2º y 3º) del párrafo primero del artículo 607 del Código penal (vid. Pérez y Abad, 1999: 453-454).

conducta consistente en la adopción de cualquier medida que tienda a impedir la reproducción de un grupo o de sus miembros, una conducta que es la contraria de la representada por el embarazo forzado, con el que se tiende a imponer la reproducción como método para la limpieza étnica.

Interpretar que imponer la reproducción (que es en lo que consiste el embarazo forzado) es lo mismo que impedir la reproducción, es hacer una interpretación bastante alejada del sentido de las normas internacionales (y de la norma penal española).

## 2. La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal vino a romper el silencio de este sobre el embarazo forzado, al plasmar en el Nuevo Código Penal, de manera expresa, el embarazo forzado como conducta constitutiva de un delito de lesa humanidad.

Esta Ley, que recogía el tenor de la Proposición de Ley Orgánica 122/000240, de Adecuación del Código Penal y del Código Penal Militar al Estatuto de la Corte Penal Internacional (Proposición de 6 de septiembre de 2002, Serie B, núm. 272- 1, presentada por el Grupo Socialista), añadía un Capítulo II bis al Título XXIV, *Delitos contra la comunidad internacional*, denominado *De los delitos de lesa humanidad*, con un único artículo, el artículo 607 bis.

Con la incorporación de este Capítulo II bis, el legislador penal español daba respuesta a la doctrina penal que había pedido la previsión en el Código Penal de un capítulo independiente relativo a los crímenes contra la humanidad, no solo para alcanzar mayores cotas de justicia material, ya que podría imponerse una pena adecuada y específica para este tipo de delitos, sino para dotar de mayor coherencia interna al propio Código Penal (vid. Pérez y Abad, 1999:439,440).

En el artículo 607 bis, único artículo de este Capítulo II bis, en línea con el Estatuto de Roma, se incluyó el motivo de *género* como distintivo de los grupos contra los que un ataque generalizado o sistemático puede constituir un delito de lesa humanidad, aunque, ciertamente, la forma de referirse al género no fuera demasiado afortunada<sup>16</sup>, y, lo que más

16 Si se lee cuidadosamente este artículo, que hemos transcrito en el cuerpo del texto,

importante, una serie de crímenes de lesa humanidad entre los que figuraba el embarazo forzado como un tipo penal agravado respecto del tipo básico contenido en el artículo 607 bis.

La Ley LO 15/2003, de 25 de noviembre añadió un Capítulo II bis al Título XXIV del Libro II del Código Penal, *de los delitos de lesa humanidad*, que contenía el artículo 607 bis con el siguiente tenor:

"1. Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella.

En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos:

1º Por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de **género** u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional. (...)

2. Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados:

2º Con la pena de prisión de doce a quince años si cometieran una **violación**, y de cuatro a seis años de prisión si el hecho consistiera en **cualquier otra agresión sexual** (...)

5º Con la pena de prisión de seis a ocho años; **si forzaran el embarazo de alguna mujer con intención de modificar la composición étnica de la población**, sin perjuicio de la pena que corresponda, en su caso, por otros delitos." (La negrita es nuestra).

Como se desprende de la redacción de este precepto, el tipo penal agravado de embarazo forzado previsto en el nuevo artículo 607 bis, 2. 5º del Código Penal, era totalmente autónomo del tipo penal agravado de violación y demás agresiones sexuales, contemplado en el número

puede notarse que, tal como está redactado, da a entender que un motivo de género es similar a un motivo religioso.

2º del apartado 2 del artículo 607 bis significaba entender que el forzar el embarazo de una mujer con la intención de modificar la composición étnica de la población venía a ser una conducta diferente a la violación y cualquier otra agresión sexual y, en consecuencia, que el atentado contra la autonomía reproductiva que representa el embarazo forzado es diferente del atentado contra la autonomía sexual, representado por las agresiones sexuales.

En este sentido, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal no solo adaptaba nuestra legislación penal al Estatuto de Roma sino que contenía una regulación del embarazo forzado más adecuada desde la perspectiva de las mujeres, al sancionar de manera autónoma los atentados contra dos bienes jurídicos independientes que son la autonomía sexual y la autonomía reproductiva, mientras que en el Estatuto de Roma, como expresábamos en el epígrafe 3, el embarazo forzado era sancionado en tanto que una forma de violencia sexual.

Lo criticable es que, a nivel de pena, sin embargo, en el nuevo artículo 607 bis se atribuyera una menor pena al embarazo forzado que a la violación y demás agresiones sexuales (prisión de seis a ocho años, para el primero, y prisión de doce a quince años, para las segundas) porque esta diferencia de pena lo que implica es una desvalorización de la autonomía reproductiva con respecto a la autonomía sexual.

### 3. La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en vigor desde enero de 2011, ha incidido en la regulación dada a los delitos contra la comunidad internacional por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que le precedió, a pesar de que con la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que introdujo en nuestro Código Penal los delitos de lesa humanidad, ya habría tenido lugar una primera adaptación de nuestro ordenamiento jurídico al Estatuto de Roma, en vigor para España desde el año 2002 (vid. García Sánchez, 2005: 2, 3).

Esta Ley Orgánica ha mejorado algunos aspectos de la regulación dada a los delitos contra la comunidad internacional. Así, especifica en su Preámbulo su intención de dar una protección penal especial a mujeres y niños en los conflictos armados<sup>17</sup>, y mejora la redacción dada a los

17 Vid. su Preámbulo, apartado XXX, segundo párrafo, que contrasta con la parquedad de la

importante, una serie de crímenes de lesa humanidad entre los que figuraba el embarazo forzado como un tipo penal agravado respecto del tipo básico contenido en el artículo 607 bis.

La Ley LO 15/2003, de 25 de noviembre añadía un Capítulo II bis al Título XXIV del Libro II del Código Penal, *De los delitos de lesa humanidad*, que contenía el artículo 607 bis, con el siguiente tenor:

"1. Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemática contra la población civil o contra una parte de ella.

En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos:

1º Por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de **género** u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional. (...)

2. Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados:

2º Con la pena de prisión de doce a quince años si cometieran una **violación**, y de cuatro a seis años de prisión si el hecho consistiera en **cualquier otra agresión sexual**. (...)

5º Con la pena de prisión de seis a ocho años **si forzaran el embarazo de alguna mujer con intención de modificar la composición étnica de la población**, sin perjuicio de la pena que corresponda, en su caso, por otros delitos" (La negrita es nuestra).

Como se desprende de la redacción de este precepto, el tipo penal agravado de embarazo forzado previsto en el nuevo artículo 607 bis, 2. 5º del Código Penal, era totalmente autónomo del tipo penal agravado de violación y demás agresiones sexuales, contemplado en el número

17 puede notarse que, tal como está redactado, da a entender que un motivo de género es similar a un motivo religioso.

2º del apartado 2 del artículo 607 bis del Nuevo Código Penal. Lo que significaba entender que el forzar el embarazo de una mujer con la intención de modificar la composición étnica de la población venía a ser una conducta diferente a la violación y cualquier otra agresión sexual y, en consecuencia, que el atentado contra la autonomía reproductiva que representa el embarazo forzado es diferente del atentado contra la autonomía sexual, representado por las agresiones sexuales.

En este sentido, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal no solo adaptaba nuestra legislación penal al Estatuto de Roma sino que contenía una regulación del embarazo forzado más adecuada desde la perspectiva de las mujeres, al sancionar de manera autónoma los atentados contra dos bienes jurídicos independientes que son la autonomía sexual y la autonomía reproductiva, mientras que en el Estatuto de Roma, como expresábamos en el epígrafe 3, el embarazo forzado era sancionado en tanto que una forma de violencia sexual.

Lo criticable es que, a nivel de pena, sin embargo, en el nuevo artículo 607 bis se atribuyera una menor pena al embarazo forzado que a la violación y demás agresiones sexuales (prisión de seis a ocho años, para el primero, y prisión de doce a quince años, para las segundas) porque esta diferencia de pena lo que implica es una desvalorización de la autonomía reproductiva con respecto a la autonomía sexual.

### 3. La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en vigor desde enero de 2011, ha incidido en la regulación dada a los delitos contra la comunidad internacional por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que le precedió, a pesar de que con la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que introdujo en nuestro Código Penal los delitos de lesa humanidad, ya habría tenido lugar una primera adaptación de nuestro ordenamiento jurídico al Estatuto de Roma, en vigor para España desde el año 2002 (vid. García Sánchez, 2005: 2, 3).

Esta Ley Orgánica ha mejorado algunos aspectos de la regulación dada a los delitos contra la comunidad internacional. Así, especifica en su Preámbulo su intención de dar una protección penal especial a mujeres y niños en los conflictos armados<sup>17</sup>, y mejora la redacción dada a los

17 Vid. su Preámbulo, apartado XXX, segundo párrafo, que contrasta con la parquedad de la

motivos prohibidos de persecución de grupos contra los que un ataque generalizado o sistemático puede constituir un delito de lesa humanidad, y en concreto, al motivo de género<sup>18</sup>.

No obstante, en lo que al embarazo forzado se refiere, el alcance de esta última reforma del Código Penal español es discutible. Por una parte, el legislador penal de 2010 ha mantenido la configuración que le diera al mismo la Ley Orgánica 15/2003, en tanto tipo penal agravado autónomo (artículo 607 bis.2, 5º del Código Penal, transcrito más arriba), sin cuestionar el que, a nivel de pena, en el artículo 607 bis se atribuyera menos pena al embarazo forzado que a la violación y demás agresiones sexuales (prisión de seis a ocho años, para el primero, y prisión de doce a quince años, para las segundas) cuando esta diferencia de pena implica una desvalorización de la autonomía reproductiva (protegida en el tipo autónomo de embarazo forzado) con respecto a la autonomía sexual (protegida en el tipo de violación y otras agresiones sexuales).

Y por otra parte, si bien es verdad que el legislador penal de 2010 ha tipificado el embarazo forzado de manera expresa como crimen de guerra, subsanando así el olvido de la Ley Orgánica 15/2003 que solo lo tipificó como crimen contra la humanidad, el tipo penal de embarazo forzado como crimen de guerra no tiene autonomía respecto al tipo penal de violación y demás agresiones sexuales, a diferencia de lo que ocurre con el embarazo forzado como crimen contra la humanidad. Así, puede leerse en el ordinal 9º añadido en 2010 al artículo 611 del Código Penal que:

“Será castigado con la pena de prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto armado: (...)

“9º. **Atente contra la libertad sexual de una persona protegida cometiendo actos de violación, esclavitud sexual, prostitución inducida o forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de agresión sexual**” (La negrita es nuestra).

Ley Orgánica 15/2003, que únicamente decía en su Preámbulo (apartado III, letra k)) que en ella se definían y regulaban los delitos que permitían coordinar nuestra legislación interna con las competencias de la Corte Penal Internacional.

18 Vid. el número 1º del apartado 1 del artículo 607 bis, en que se supera la deficiencia gramatical que se contenía en el mismo que daba a entender que un motivo de género era similar a un motivo religioso.

Nuestro legislador penal se ha limitado a plasmar literalmente la regulación del embarazo forzado en tanto crimen de guerra que contiene el Estatuto de Roma (vid. su artículo 8, párrafo 2, letra b, número xxii; 8, párrafo 2, letra e, número vi) y, con ello, al igual que éste, confunde la violencia reproductiva con la violencia sexual, o lo que es lo mismo, la autonomía reproductiva con la autonomía sexual, desdeñando el desvalor que tiene el embarazo forzado como acto contra la autonomía reproductiva de las mujeres que se produce sobre todo en el marco de conflictos armados.

Por último, esta concepción del embarazo forzado como una forma de violencia sexual en el marco de los conflictos armados dificulta la sanción del embarazo forzado producido por medios diferentes a la agresión sexual, pues aunque en principio esta conducta podría incardinarse en el artículo 609 del Código Penal, en el que se sancionan una serie de actos que atentan contra los derechos a la vida, a la integridad física, a no sufrir tortura o tratos inhumanos o degradantes, a la dignidad y a la libertad de las personas protegidas en los conflictos armados, tal como se exigía en los Convenios de Ginebra, el contenido de injusto que en esencia conlleva el embarazo forzado, que no es equivalente al de los atentados contra la vida, la salud, la dignidad o la libertad, no es abarcado por las conductas típicas descritas en dicho precepto.

Una tipificación expresa y de manera autónoma del embarazo forzado como crimen de guerra en nuestro Código Penal, contribuiría en este sentido a otorgar mayor reconocimiento y protección a la autonomía reproductiva de las mujeres frente a conductas que pueden estar ligadas o no a la violencia sexual y que coartan la opción libre de las mujeres por el ejercicio de la maternidad.

## V.RECAPITULACIÓN

En definitiva, el embarazo forzado, a pesar de ser una de las más graves formas de violencia contra las mujeres, estuvo ausente durante mucho tiempo del Derecho Internacional, en el que ni siquiera llegó a ser considerado como una conducta reprochable, a pesar de darse en la mayoría de los conflictos armados.

Con la adopción y entrada en vigor del *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, el embarazo forzado será considerado como un crimen contra la humanidad y como un crimen de guerra. Sin embargo, pese al avance que esto significa, la regulación dada al embarazo forzado en dicho Estatuto adolece de una serie de defectos.

El embarazo forzado es concebido, ante todo, como una forma de violencia sexual, cuando para las mujeres la imposición de la maternidad va más allá de lo sexual. La violencia reproductiva (que es en lo que consiste el embarazo forzado) ha sido confundida con la violencia sexual, y en consecuencia, desvalorada en relación a esta última.

Y no se ha percibido tampoco que la autonomía reproductiva es un bien jurídico distinto a la autonomía sexual, sino que se confunden ambas, y con ello, se reproduce y refuerza desde el orden jurídico internacional la vinculación histórica de la sexualidad a la reproducción, una vinculación que las mujeres han tratado de romper, con especial ahínco desde los años 70 del s. XX, para no verse confinadas en la función de reproducción de la vida humana.

Estos defectos también están presentes en la regulación que el Código Penal español, a raíz de las últimas reformas que se han llevado a cabo en él para adaptarlo al Estatuto de Roma, ha dado al embarazo forzado, conducta que es tipificada como un crimen contra la humanidad y como un crimen de guerra. Así, el embarazo forzado en tanto crimen contra la humanidad, es sancionado con menos pena que la violación y demás agresiones sexuales desvalorándose en consecuencia la autonomía reproductiva en relación con la autonomía sexual. Y el embarazo forzado en tanto crimen de guerra es configurado como una forma de violencia sexual en los mismos términos que el Estatuto de Roma, con las consecuencias que ello lleva aparejadas, entre las que está la de no permitir una sanción adecuada del embarazo forzado producido por medios diversos a la agresión sexual, el cual en esencia constituye un atentado contra la autonomía reproductiva de las mujeres en su dimensión positiva que merece una sanción expresa y autónoma que capte todo su contenido de desvalor.

## VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alija Fernández, Rosa Ana (2008): "Crímenes de Derecho Internacional y derechos de la mujer: de la protección del honor a la salvaguarda de la libertad", en Cruz Parceró, Juan A.; Vásquez, Rodolfo (Coords.): *Derechos de las mujeres en el Derecho Internacional*, Género, Derecho y Justicia N.º, pp.211-233.

Barrow, Amy. "Las resoluciones 1325 y 1820 del Consejo de Seguridad: promover las cuestiones de género en los conflictos armados y en el derecho internacional humanitario", *International Review of Red Cross*, Marzo 2010, n.º 877, pp.1-17.

Cedano, María Ysabel (dir.) (2006): *Violencia sexual en el conflicto armado*

*interno peruano*, Gaceta Demus, Demus, Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer.

Copelon, Rhonda (2000): "Crímenes de género como crímenes de guerra: integrando los crímenes contra las mujeres en el Derecho Penal Internacional", *Mc Gill Law Journal*, traducción de Lorena Fries, Documento de Apoyo/ Taller formativo, Proyecto de Corte Penal Internacional y Justicia de Género, 19 pp.

Feijoo Sánchez, Bernardo José (1998): "Reflexiones sobre los delitos de genocidio (art. 607 del Código Penal)", *Revista La Ley*, n.º 6, pp. 2267-2284.

García Sánchez, María Beatriz (2005): "Los crímenes contra la humanidad: regulación española ante la adopción del Estatuto de Roma de 1998", *Revista de los Investigadores de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana (México)*, vol. 6, núm. 12.

González Moreno, Juana María (2010): "Las ambigüedades del lenguaje jurídico como una forma de control de la autonomía reproductiva de las mujeres. Una mirada al orden internacional", *Revista de Llengua i Dret*, núm. 53, 2010, pp. 55 - 80.

González Moreno, Juana María (2008): "El marco jurídico internacional de la autonomía reproductiva: un análisis desde la teoría jurídica feminista", Libro de informes de investigación de la Jornada de Investigación Científica de Postgrado 2008 - II, Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional de Trujillo, Perú, 22 y 23 de octubre de 2008, 13 páginas.

González Moreno, Juana María (2005): "L'autonomie reproductive des femmes dans le droit international", *Fempower 2/2005*, n.º 11, p. 15.

Héritier, Françoise (1996): *Masculino/femenino. El pensamiento de la diferencia*, Ed. Ariel.

Movilla Pateiro, Laura (2010): "Tratamiento jurídico internacional del uso de la violación como arma de guerra: avances y retos", *Trabajos y Ensayos*, núm. 11, enero 2010, Departamento de Derecho Internacional Público, Relaciones Internacionales e Historia del Derecho, Universidad del País Vasco.

Pérez González, Manuel; Abad Castelos, Monserrat (1999): "Los delitos contra la comunidad internacional en el Código Penal español", *Anuario*

da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña, nº 3, pp. 433-467.

Stanley, Ruth (2007): "Violencia sexualizada en tiempos de guerra: discursos hegemónicos y orden de género", *Cuadernos de Antropología Social*, nº 25, pp. 7 - 27.

Tamarit Sumalla, José María (1995): "Delitos contra la comunidad internacional", en Quintero Olivares, Gonzalo (dir.): *Comentarios a la Parte Especial del Código Penal*, Ed. Aranzadi.

## PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN MÍNIMA Y CONTROL DE LA FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

César Rubio Azabache<sup>1</sup>

- I. Introducción. II. ¿Por qué es irrenunciable la imputación en el proceso penal? III. La posición del juez de garantías en la investigación preparatoria. IV. ¿Existe posibilidad de controlar la formalización de la investigación preparatoria? 4.1. Posición de la Corte Suprema de Justicia de la República. 4.1.1. Posición del Acuerdo plenario N° 4-2010, sobre Tutela de derechos. 4.1.2. Posición del Acuerdo plenario N° 2-2012/CJ-116. 4.1.3. Críticas a la posición asumida por la Corte Suprema. 4.2. Toma de postura. V. Consecuencias del incumplimiento del fiscal de aclarar o subsanar la imputación

### I. Introducción

La imputación mínima o necesaria y los medios para su protección en el nuevo sistema procesal penal constituyen uno de los tópicos poco desarrollados en la doctrina nacional. No obstante que la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha puesto de relieve su importancia en orden a garantizar el derecho de defensa y el deber de motivación del auto apertura de instrucción<sup>2</sup> del Código

- 1 Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo. Profesor de Derecho Penal en la Universidad César Vallejo.
- 2 El TC ha establecido la obligación del juez penal de motivar el auto apertura de instrucción, especificando los hechos concretos imputados así como la tipificación realizada, en relación al derecho de defensa, en la STC N° 7181-2006-PHC/TC, (FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY Y OTROS), "En consecuencia, es posible afirmar que el auto de apertura de instrucción cuestionado no se adecúa, en rigor, a lo establecido por la Constitución y la ley procesal penal citada, pues la obligación de motivación del Juez penal al abrir instrucción, no se colma únicamente con la puesta en conocimiento al sujeto pasivo de los hechos denunciados y del tipo penal atribuido, sino que comporta la ineludible exigencia de se lleve a cabo un juicio de subsunción de los hechos en el tipo penal que se imputa, a fin de no limitar o impedir, ilegítimamente, a los procesados un pleno y adecuado ejercicio constitucional del derecho de defensa...." (fundamento 12); en el mismo sentido la STC 4726-2008-PHC/TC: "Asimismo cabe precisar que la motivación del auto de apertura de instrucción debe ser analizada teniendo en cuenta la gravedad y complejidad de los delitos imputados. Además, debe tomarse en cuenta que la finalidad de dicha resolución es simplemente dar inicio al proceso penal, por lo que no puede exigirse en dicha instan-