



**Consejo Económico
y Social**

Distr.
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/1998/13
22 de junio de 1998

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS
Subcomisión de Prevención de Discriminaciones
y Protección a las Minorías
50º período de sesiones
Tema 6 del programa provisional

FORMAS CONTEMPORÁNEAS DE LA ESCLAVITUD

La violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas
análogas a la esclavitud en tiempo de conflicto armado

Informe final presentado por la Sra. Gay J. McDougall,
Relatora Especial

ÍNDICE

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
INTRODUCCIÓN	1 - 6	3
I. FINALIDAD Y CONTEXTO DEL INFORME	7 - 19	4
A. Finalidad	9 - 12	5
B. Contexto	13 - 19	6
II. DEFINICIÓN DE LOS DELITOS	20 - 33	8
A. La violencia sexual, incluida la violación	21 - 26	9
B. La esclavitud, incluida la esclavitud sexual	27 - 33	10

ÍNDICE (continuación)

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
III. EL MARCO JURÍDICO PARA PERSEGUIR LA ESCLAVITUD SEXUAL Y LA VIOLENCIA SEXUAL, INCLUIDA LA VIOLACIÓN, SEGÚN EL DERECHO INTERNACIONAL	34 - 73	12
A. Crímenes de lesa humanidad	38 - 45	13
B. Esclavitud	46 - 47	15
C. Genocidio	48 - 52	15
D. Tortura	53 - 55	16
E. Crímenes de guerra	56 - 73	17
IV. RESPONSABILIDAD DE LOS PARTICULARES	74 - 84	22
V. OBLIGACIÓN DE BUSCAR Y ENJUICIAR A LOS CRIMINALES DE GUERRA	85 - 87	25
VI. EL DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO Y EL DEBER DE INDEMNIZAR	88 - 90	26
VII. ENJUICIAMIENTO A NIVEL NACIONAL	91 - 100	27
A. Importancia de los procesos nacionales	91 - 94	27
B. Defectos comunes del derecho y los procedimientos internos	95 - 100	28
VIII. RECOMENDACIONES	101 - 109	30
IX. CONCLUSIONES	110 - 115	34
<u>Apéndice</u> : Análisis de la responsabilidad jurídica del Gobierno del Japón por los "centros de solaz" creados durante la segunda guerra mundial		44

INTRODUCCIÓN

1. En su 45° período de sesiones, la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías tomó nota de la información transmitida a la Subcomisión por el Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de la Esclavitud acerca de la explotación sexual de las mujeres, y otras formas de trabajo forzoso, en tiempo de guerra y decidió encomendar a la Sra. Linda Chávez, en su calidad de Relatora Especial, la tarea de emprender un estudio a fondo de la situación en lo que respecta a la violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de guerra, inclusive en los conflictos armados internos. La Subcomisión solicitó a la Relatora Especial que le presentara el informe preliminar en su 46° período de sesiones y el informe final en su 47° período de sesiones.
2. En su 46° período de sesiones la Subcomisión, teniendo en cuenta la resolución 1994/103 de la Comisión de Derechos Humanos, en la que ésta pidió a la Subcomisión que reconsiderara su decisión de recomendar varios estudios, decidió invitar a la Sra. Chávez a que presentara en el 47° período de sesiones, sin consecuencias financieras, un documento de trabajo sobre la situación en cuanto a la violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de guerra.
3. La Sra. Chávez presentó a su debido tiempo su documento de trabajo (E/CN.4/Sub.2/1995/38), que la Subcomisión ha acogido con satisfacción en su resolución 1995/14. En el 48° período de sesiones la Relatora Especial presentó su informe preliminar (E/CN.4/Sub.2/1996/26), en el que indicaba de manera sucinta la finalidad y el alcance del estudio, un bosquejo histórico de la utilización de la violación sistemática como instrumento de política, las normas internacionales pertinentes, las cuestiones relativas a la responsabilidad, los foros con posible jurisdicción para juzgar a los responsables, posibles sanciones contra los violadores de las normas mencionadas y posibles formas de reparación.
4. En mayo de 1997 la Sra. Chávez informó al Alto Comisionado/Centro de Derechos Humanos de que no podía presentar un informe final en el 49° período de sesiones de la Comisión y expresó el deseo de que continuara el estudio otro miembro de la Subcomisión (E/CN.4/Sub.2/1997/12). En su 49° período de sesiones, la Subcomisión, en su decisión 1997/114, nombró a la Sra. Gay J. McDougall Relatora Especial encargada de preparar un informe final sobre la violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de conflicto armado, inclusive en los conflictos armados internos ¹.
5. La utilización de la esclavitud sexual y la violencia sexual como tácticas y armas de guerra es una atrocidad muy común que a menudo no se tiene en cuenta y que requiere una intervención decidida y coherente de la comunidad internacional. Aunque se precisan respuestas de diverso tipo, este informe final se centra sobre todo en el desarrollo del derecho penal internacional como actividad fructífera y eficaz a nivel nacional e internacional para acabar con la impunidad de la esclavitud, incluida la

esclavitud sexual y de la violencia sexual, incluida la violación. En el presente informe se proponen también recomendaciones de carácter normativo y práctico que pueden servir de orientación para la investigación, la represión y la prevención de la esclavitud sexual y la violencia sexual en los conflictos armados.

6. Un factor importante que influyó en la decisión de la Subcomisión de encargar este estudio fue el creciente reconocimiento internacional del verdadero alcance y carácter de los daños causados a las más de 200.000 mujeres esclavizadas por el ejército japonés en "centros de solaz" durante la segunda guerra mundial. Habida cuenta de la necesidad de ocuparse de violaciones anteriores impunes de los derechos humanos, del derecho humanitario y del derecho penal internacional en que se había utilizado la esclavitud sexual y la violencia sexual, en el apéndice del presente informe figura un análisis completo de la responsabilidad jurídica continua que entrañan estos crímenes de lesa humanidad.

I. FINALIDAD Y CONTEXTO DEL INFORME

7. Las partes en los conflictos armados contemporáneos, tanto internacionales como internos, dirigen cada vez más sus acciones contra las poblaciones civiles en el curso de las hostilidades. Las mujeres, y también las niñas, constituyen una parte importante de las poblaciones más afectadas y amenazadas. No sólo están expuestas a la violencia y la devastación inherentes a toda guerra sino también a formas de violencia dirigidas específicamente contra las mujeres en razón de su género. Reconociendo la tradicional carencia de protección de los derechos fundamentales de la mujer, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, en la Declaración y Programa de Acción de Viena, subrayó que "las violaciones de los derechos humanos de la mujer en situaciones de conflicto armado constituyen violaciones de los principios fundamentales de los derechos humanos y el derecho humanitario internacionales [y] requieren una respuesta especialmente eficaz".

8. Para dar una respuesta eficaz es preciso que los actos de violencia y esclavitud sexual se documenten adecuadamente, que se haga comparecer a los responsables ante la justicia y que se dé una reparación plena y efectiva a las víctimas. También es esencial una tipificación apropiada de estos actos como delitos internacionales de esclavitud, crímenes de lesa humanidad, genocidio, infracciones graves de los Convenios de Ginebra, crímenes de guerra o tortura. Estos delitos tienen consecuencias jurídicas particulares en cuanto delitos de jus cogens que están prohibidos en todo momento y en toda situación. Además, el presente informe hace hincapié en que prácticas tales como la detención de mujeres en "campos de violación" o "centros de solaz", los "matrimonios" temporales y forzados con soldados, y otras prácticas en que se trata a las mujeres como mercancías, son tanto de hecho como de derecho formas de esclavitud y, como tales, violaciones de la norma perentoria que prohíbe la esclavitud.

A. Finalidad

9. La primera finalidad del presente informe es hacer un nuevo llamamiento para combatir la utilización de la violencia sexual y la esclavitud sexual durante los conflictos armados. Es preciso reconocer los daños inconmensurables que estos actos causan al cuerpo, a la mente y al espíritu de las víctimas. En tiempo de paz las mujeres están sometidas a persecuciones, discriminaciones y opresiones de todo tipo por razones de género, incluidos actos de la violencia y esclavitud sexual, que a menudo quedan impunes incluso en sistemas de justicia penal que funcionan normalmente. Los horrores a que deben hacer frente las mujeres aumentan enormemente en número, frecuencia y gravedad durante los conflictos armados y no se limitan a abusos por razones de género. Sin embargo, está claro que en situaciones de conflicto armado las mujeres corren mucho mayor peligro de ser víctimas de violencia y esclavitud sexual, y eso es un riesgo inaceptable e intolerable. Además, al aumentar los abusos contra las mujeres durante los conflictos armados, también puede aumentar el grado de impunidad con que se cometen esos actos de violencia. La situación de la mujer en los conflictos armados empeora en general no sólo a causa de la desaparición de los controles sociales y de la confusión general provocada por los conflictos armados, sino también en muchos casos por la decisión deliberada y estratégica de los combatientes de intimidar y destruir al "enemigo" violando y esclavizando a las mujeres identificadas como miembros del grupo antagónico.

10. La segunda finalidad del presente informe es subrayar el verdadero carácter y la magnitud de los daños sufridos por las mujeres violadas, víctimas de abusos sexuales y esclavizadas por los participantes en conflictos armados. Hay multitud de informes documentados de actos de violencia sexual cometidos contra las mujeres en conflictos armados. Esa documentación presenta ejemplos de mujeres violadas por grupos de agresores en sus hogares y delante de sus familias; mujeres retenidas en centros de detención o en instalaciones militares y violadas varias veces al día durante semanas o incluso meses; mujeres violadas repetidamente por soldados so pretexto de haber contraído "matrimonio" con ellos; mujeres cautivas en situaciones en que se las obliga a trabajar (como cocineras, porteadoras, limpiadoras de campos de minas) y a realizar actos sexuales; informes de mujeres mutiladas, humilladas y torturadas sexualmente antes de ser asesinadas o de morir como consecuencia de las heridas recibidas. Es preciso levantar el velo de silencio que rodea a esta violencia organizando procesos y otras formas de reparación, incluidas las indemnizaciones, para que se haga justicia, se devuelva a las mujeres su dignidad y se impidan futuras violaciones.

11. La tercera finalidad del presente informe es examinar las estrategias represivas para castigar y prevenir los delitos internacionales cometidos contra la mujer en tiempo de conflicto armado. Este estudio no inventa nuevos delitos o penas ni propone nuevos criterios de responsabilidad para los agentes estatales o no estatales. Ante todo, el informe reafirma y refuerza el derecho vigente, aunque no siempre se aplique. Además, en el

informe se señalan aquellos aspectos en los que un mayor perfeccionamiento y desarrollo del marco jurídico existente facilitaría una represión más eficaz.

12. A pesar de que los Estados y los órganos jurídicos internacionales han incumplido reiteradamente sus obligaciones de hacer comparecer ante la justicia a los responsables de violaciones y casos de esclavitud durante los conflictos armados de acuerdo con las normas y criterios internacionales ya existentes, hay razones para el optimismo. Se están realizando progresos en la lucha contra la impunidad. Al final de la segunda guerra mundial hubo muy pocos procesos por delitos de esclavitud y todavía menos por violaciones. En el momento de redactar el presente informe, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha formulado numerosos cargos por delitos de violencia sexual y el Tribunal Internacional para Rwanda está sometido a crecientes presiones para que intensifique sus investigaciones y enjuiciamientos por delitos de violencia sexual. Durante el mismo período en que se encargó y terminó el presente informe, se dieron también pasos importantes para combatir la violencia basada en el género en tiempo de conflicto armado no sólo en el contexto de los tribunales penales internacionales especiales, sino también con respecto a la propuesta Corte Penal Internacional de carácter permanente. Por consiguiente, el presente estudio se presenta en un momento especialmente oportuno del proceso de desarrollo del derecho penal internacional y tiene por objeto hacer avanzar los debates en curso acerca de las competencias, normas y procedimientos adecuados para impulsar los procesos por delitos de violencia y esclavitud sexual en los tribunales nacionales, los tribunales penales internacionales especiales y la propuesta Corte Penal Internacional permanente. A tal efecto, en el presente informe las definiciones de los delitos tienen un grado de especificidad que debería ayudar a determinar los elementos de un delito y el nivel de responsabilidad jurídica de todos los agentes estatales y no estatales, incluidos los individuos que forman parte de una determinada jerarquía de mando y los que con su complicidad hacen posibles los delitos.

B. Contexto

13. Como han señalado muchos comentaristas jurídicos internacionales, el desarrollo del derecho internacional, incluido el derecho internacional humanitario, el derecho penal y los instrumentos de derechos humanos, se basaba en el paradigma de las vidas de los varones, en particular su vida pública². Al no tener en cuenta la experiencia de las mujeres el marco jurídico de los derechos humanos no reconocía que las formas de violencia dirigidas contra la mujer fuesen merecedoras de que se exigiera una responsabilidad internacional de los Estados. Sin embargo, esta tradición de marginación ha empezado a cambiar, como puso de manifiesto la aprobación de la resolución 48/104 de la Asamblea General, de 20 de diciembre de 1990, en la que la Asamblea, recordando que el Consejo Económico y Social había reconocido "que la violencia contra la mujer... debe contrarrestarse con medidas urgentes y eficaces para eliminar su incidencia", proclamó la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. De manera análoga, el derecho humanitario ha abordado de manera incongruente e inadecuada la cuestión de la violencia contra la mujer en tiempo de conflicto armado y, por ejemplo, no ha reconocido explícitamente que la violación

constituye una grave infracción de los Convenios de Ginebra. También se ha empezado a subsanar esta deficiencia, ya que el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Internacional para Rwanda prestan más atención a combatir y reparar los actos de violencia contra la mujer, y cabe esperar que también lo haga la propuesta Corte Penal Internacional permanente.

14. Si bien en el presente informe se examinan los múltiples tipos y formas de violencia sexual y esclavitud sexual que pueden darse en situaciones de conflicto armado, el mandato concreto del estudio se refiere a las consecuencias de "la violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de conflicto armado, inclusive los conflictos armados internos". Para adoptar este enfoque es preciso comprender debidamente los siguientes puntos clave.

15. En primer lugar, en el plano internacional está generalmente aceptado que, independientemente de que los actos de violencia sexual en los conflictos armados sean cometidos de manera esporádica por soldados merodeadores o bien formen parte de un plan general de atacar y aterrorizar sistemáticamente a una determinada población, todos esos actos, incluida la violación, deben ser tipificados como delito, condenados y castigados. La violencia y la esclavitud sexual se han utilizado frecuente y sistemáticamente en tiempo de guerra porque constituyen claramente un método eficaz para desmoralizar al adversario³. A fin de restar eficacia a tales prácticas y actos inhumanos, la comunidad internacional debe exigir responsabilidades a los culpables de esas violaciones.

16. En segundo lugar, el derecho internacional humanitario así como las leyes nacionales contienen a menudo disposiciones para proteger el "honor" de la mujer, lo que implica que las supervivientes de actos de violencia sexual quedan de algún modo "deshonradas" por la agresión. El presente informe sostiene que esas caracterizaciones son incorrectas, ya que la única persona deshonrada en una violación o en cualquier situación de violencia sexual es quien la perpetra. Si bien la violación constituye ciertamente una agresión contra la dignidad humana y la integridad corporal, ante todo es un delito violento.

17. En tercer lugar, en lo que respecta al título del presente informe, el término "sistemática" se utiliza como adjetivo para describir ciertos tipos de violación, no para indicar la invención de un nuevo delito o una nueva carga de la prueba necesaria para iniciar una acción penal por violación. De manera análoga, el término "sexual" se utiliza en el informe como adjetivo para describir una forma de esclavitud, no para indicar un delito distinto. En este contexto, la utilización del término descriptivo "sexual" pone de relieve el hecho de que la esclavitud equivale a tratar a una persona como una mercancía, lo que a menudo implica disponibilidad sexual y actividad sexual forzada. El vínculo establecido entre violación y esclavitud en el mandato para la preparación del presente informe no es accidental; resulta más viable incoar causas criminales por muchos de los actos de violencia sexual cometidos durante conflictos armados si se consideran casos de esclavitud.

18. En cuarto lugar, en el presente informe se reconoce también la necesidad imperiosa de presentar un análisis general de la naturaleza y las consecuencias de la violencia sexual contra mujeres y hombres, dilucidando cuáles son las implicaciones de género de la violencia sexual. Como se señaló en la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, las mujeres corren sin duda mayor peligro de ser víctimas de la violencia sexual y encuentran obstáculos relacionados con el género al pedir reparación por estas violaciones a todos los niveles y en todos los ordenamientos jurídicos. Además de los daños físicos y psicológicos causados por la violencia sexual, las mujeres supervivientes de agresiones sexuales son también objeto de discriminación y malos tratos por razones de género dentro de la familia y la comunidad debido a la subordinación de las mujeres y las niñas y la devaluación de su papel en la sociedad. Los obstáculos que a menudo impiden a la mujer afirmar su derecho a no verse sometida a la violencia sexual se ven agravados por el hecho de que la sociedad se muestra reacia a entablar un diálogo serio y constructivo sobre las cuestiones del sexo y la sexualidad en general y la violencia sexual en particular. Además, aún más perjudicial que el velo de silencio que envuelve a la violación y la agresión sexual es la tendencia a no tomar en consideración los actos de violencia cuando se cometen contra mujeres. Teniendo en cuenta una perspectiva de género⁴ en el marco jurídico para castigar la violación sistemática y la esclavitud sexual es posible definir la serie completa de obligaciones y responsabilidades jurídicas de todas las partes en un conflicto y adoptar medidas concretas para lograr la prevención adecuada, la investigación y la reparación por lo penal y por lo civil, incluida la indemnización de las víctimas⁵.

19. El presente informe plantea la paradoja de que, si bien el marco judicial para instruir procesos existe desde antes de la segunda guerra mundial, es preocupante el escaso número de juicios celebrados por actos de violencia sexual cometidos durante conflictos armados. Algunos gobiernos, refiriéndose a esta escasez de juicios, sostienen que la ley es nueva o que no existe. Con todo, la falta de precedentes puede atribuirse con mayor exactitud al hecho de que no se han reprimido los actos de violencia cometidos contra la mujer, en particular la violencia sexual, y no han sido considerados delitos graves que requieren notificación, investigación, enjuiciamiento e indemnización con todo el rigor de la ley.

II. DEFINICIÓN DE LOS DELITOS

20. Las definiciones de los delitos de "violencia sexual", incluida la "violación", y de "esclavitud", incluida la "esclavitud sexual", que figuran en el presente informe comprenden los actos propiamente dichos y otras formas conexas tales como la "tentativa" y la "conspiración" para cometer el delito, la "incitación" y la "instigación" de otras personas para que cometan el delito, y la "colaboración y complicidad" en la comisión del delito.

A. La violencia sexual, incluida la violación

21. La violación está incluida en la categoría más amplia de "violencia sexual", que en el presente informe se define como toda violencia, física o psicológica, ejercida por medios sexuales o con una finalidad sexual⁶. La violencia sexual comprende las agresiones físicas y psicológicas dirigidas a las características sexuales de una persona, como por ejemplo obligarla a desnudarse en público, mutilar sus órganos genitales o cortar los pechos de una mujer⁷.

22. La violencia sexual se da también en situaciones en las que se obliga a dos víctimas a realizar actos sexuales o a causarse daños mutuamente por medios sexuales. Esos delitos tienen a menudo por finalidad infligir una grave humillación a las víctimas y, cuando se obliga a otros a asistir a actos de violencia sexual, con frecuencia se pretende intimidar a un mayor número de personas. Por ejemplo, la Oficina del Fiscal del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia formuló cargos por violación de las leyes de guerra y crímenes de lesa humanidad en el caso de un guardián de un campo de prisioneros de los serbios de Bosnia que obligó a uno de los reclusos a arrancar a dentelladas los testículos a otro recluso en presencia de un grupo de prisioneros⁸. En otro caso ocurrido en un centro de detención diferente, un jefe de la policía de los serbios de Bosnia fue acusado de obligar a dos detenidos a "realizar actos sexuales entre ellos en presencia de otros reclusos y guardianes"⁹.

23. No hay ninguna definición explícita de violación en el derecho internacional humanitario ni en los instrumentos de derechos humanos, aunque hay abundantes y variadas definiciones en los ordenamientos jurídicos nacionales¹⁰. La definición de violación que propone el presente estudio se basa en deliberaciones internacionales actuales, aplicaciones modernas, ejemplos tomados del derecho y la práctica de distintos países, definiciones provisionales presentadas por la Oficina del Fiscal del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y por la del Tribunal Internacional para Rwanda, y definiciones adoptadas por diversas organizaciones internacionales no gubernamentales pro derechos humanos.

24. Por "violación" debe entenderse la inserción, en condiciones de fuerza, coacción o violencia, de cualquier objeto, que no tiene por qué ser necesariamente un pene, en la vagina o el ano de la víctima, o la inserción, en condiciones de fuerza, coacción o violencia, de un pene en la boca de la víctima. La violación se define en términos neutros en cuanto al género, ya que las víctimas pueden ser tanto mujeres como hombres¹¹. Sin embargo, cabe señalar que las mujeres tienen más probabilidades de ser víctimas de delitos sexuales violentos y de encontrar obstáculos por razones de género al pedir reparación. Aunque en el presente informe se mantiene la "penetración" en la definición de violación, está claro que la insistencia tradicional en el acto de penetración se debe en gran parte a una preocupación masculina por asegurarse de la castidad de la mujer y de la paternidad de los hijos. Sin embargo es, importante subrayar que deben condenarse y evitarse todas las formas de violencia sexual, no solamente la violación.

25. La falta de consentimiento o la incapacidad para darlo a causa, por ejemplo, de circunstancias coercitivas o de la edad de la víctima, permiten distinguir la actividad sexual lícita de la ilícita según el derecho interno. Las circunstancias manifiestamente coercitivas que concurren en toda situación de conflicto armado determinan una presunción de falta de consentimiento, por lo que no es necesario que la acusación establezca la falta de consentimiento como elemento del delito. Además, la cuestión del consentimiento no se plantea desde el punto de vista jurídico o fáctico cuando se examina la responsabilidad jerárquica de los oficiales superiores que ordenaron o facilitaron de algún modo la comisión de delitos como la violación en situaciones de conflicto armado. Sin embargo, la cuestión del consentimiento puede plantearse como argumento de la defensa según lo previsto en las normas y prácticas generales establecidas por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Internacional para Rwanda ¹². En tales casos la defensa debe convencer antes que nada al órgano judicial que ve el asunto de que la prueba del consentimiento es "pertinente y creíble" ¹³

26. El término "sistemático" se utiliza en el presente informe como adjetivo para describir ciertos tipos de violación, no para indicar la invención de un nuevo delito o una nueva carga de la prueba necesaria para iniciar una acción penal por violación. Un acto de violación, además de ser un delito en sí mismo, puede formar parte de una serie de agresiones generalizadas y deliberadas contra un determinado grupo, con lo que se dan los elementos constitutivos de los delitos de lesa humanidad, que se examinan en la sección III.A del presente informe. Sin embargo, no es necesario probar que ha habido "violación sistemática" para instruir una causa por un solo acto de violación bajo la rúbrica de crímenes de lesa humanidad, de la misma manera que no es necesario demostrar que ha habido "asesinato sistemático" o "tortura sistemática" para alegar que se trata de crímenes de lesa humanidad.

B. La esclavitud, incluida la esclavitud sexual

27. La Convención sobre la Esclavitud de 1926 contiene la primera definición general de esclavitud, que es la que mayor aceptación tiene en la actualidad. Adaptando dicha definición, debe entenderse por "esclavitud" el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan todos los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos, incluida la disponibilidad sexual mediante la violación u otras formas de violencia sexual.

28. Además del derecho de los tratados, la prohibición de la esclavitud es una norma de jus cogens en el derecho internacional consuetudinario. Para que haya delito de esclavitud no se requiere la intervención del Gobierno o del Estado y se trata de un delito internacional tanto si lo cometen agentes estatales como particulares. Además, si bien para que haya esclavitud es preciso que la persona sea tratada como una mercancía, el hecho de que una persona no haya sido comprada, vendida o cambiada no invalida en modo alguno la alegación de esclavitud.

29. En la definición de esclavitud están implícitas limitaciones de la autonomía, la libertad de circulación y el poder de decidir cuestiones

relativas a la propia actividad sexual¹⁴. No debería interpretarse que la mera posibilidad de escapar, poniendo en peligro la propia integridad física de una situación de esclavitud basta para invalidar una acusación de esclavitud. En todos los casos, es preciso efectuar un análisis subjetivo que tenga en cuenta las cuestiones de género al interpretar el temor razonable de una persona esclavizada a sufrir daños o su percepción de la coacción que se ejerce contra ella. Eso es especialmente cierto cuando la víctima se encuentra en zona de combate durante un conflicto armado, ya sea interno o internacional, y ha sido identificada como miembro del grupo o facción antagónico.

30. El término "sexual" se utiliza en el presente informe como adjetivo para describir un tipo de esclavitud, no para indicar un delito distinto. A todos los efectos y en todas las circunstancias la esclavitud sexual es un tipo de esclavitud y su prohibición es una norma de jus cogens. Los "centros de solaz" mantenidos por el ejército japonés durante la segunda guerra mundial (véase el apéndice) y los "campos de violación" cuya existencia está perfectamente documentada en la ex Yugoslavia¹⁵ son ejemplos palmarios de esclavitud sexual. La esclavitud sexual también se refiere a situaciones en que se obliga a mujeres y muchachas al "matrimonio", a la servidumbre doméstica y a otros trabajos forzados que en último término implican actividades sexuales forzadas, incluida la violación. Por ejemplo, además de los casos documentados en Rwanda y en la ex Yugoslavia, se tiene noticia de que en Myanmar se ha violado y sometido a abusos sexuales a mujeres y niñas que fueron obligadas a "casarse" o a trabajar para los militares como porteadoras o limpiadoras de campos de minas¹⁶. En Liberia hay también noticias similares de mujeres y niñas que han sido obligadas por los combatientes a trabajar como cocineras y tratadas como esclavas sexuales¹⁷.

31. La esclavitud sexual también abarca la mayoría, si no la totalidad de las formas de prostitución forzada. Los términos "prostitución forzada" o "prostitución forzosa" aparecen en convenciones internacionales y humanitarias pero no se han entendido adecuadamente y se han aplicado de manera poco sistemática. La "prostitución forzada" suele referirse al control ejercido sobre una persona obligada por otra a realizar actividades sexuales.

32. Las definiciones más antiguas de la prostitución forzada se refieren en términos vagos a agresiones "inmorales" contra el "honor" de una mujer, o prácticamente no se distinguen de otras definiciones que más bien parecen describir la condición de esclavitud. Pese a estas limitaciones, el hecho de que el delito esté claramente tipificado en los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales, ofrece posibilidades si bien limitadas, para iniciar futuras acciones penales por delitos de violencia sexual en situaciones de conflicto armado.

33. En general, parece que en las situaciones de conflicto armado la mayor parte de los hechos que podrían describirse como casos de prostitución forzada también podrían calificarse de esclavitud sexual y tipificarse y perseguirse de manera más fácil y apropiada como casos de esclavitud.

III. EL MARCO JURÍDICO PARA PERSEGUIR LA ESCLAVITUD SEXUAL
Y LA VIOLENCIA SEXUAL, INCLUIDA LA VIOLACIÓN, SEGÚN
EL DERECHO INTERNACIONAL

34. El marco jurídico para perseguir la esclavitud sexual y la violencia sexual ha ido evolucionando a partir, por lo menos, de tres diferentes fuentes de derecho: los instrumentos de derechos humanos, el derecho humanitario y el derecho penal internacional, cada una de las cuales tiene distintos antecedentes históricos y orígenes consuetudinarios basados en tratados. Debido a la subordinación de la mujer en las sociedades de todo el mundo, los actos de esclavitud sexual y violencia sexual no siempre se reflejan de manera adecuada en los textos de las disposiciones penales internacionales, incluidas las que prohíben la esclavitud, los crímenes de lesa humanidad, el genocidio, la tortura y los crímenes de guerra¹⁸. El presente informe examina las múltiples autoridades existentes en que es posible basar procesos internacionales y nacionales por delitos de esclavitud sexual y violencia sexual cometidos durante conflictos armados.

35. El marco jurídico para sancionar delitos internacionales a menudo se basa y se inspira en las prácticas seguidas a nivel nacional. En algunos casos, las políticas de represión de delitos internacionales obedecen a razones similares a las que justifican las políticas nacionales. Sin embargo, en muchos casos, el derecho penal internacional intenta promover objetivos que se refieren específicamente a las necesidades de adoptar medidas internacionales o transnacionales. Por ello, no siempre resulta apropiado extrapolar criterios internacionales a partir de los sistemas jurídicos nacionales. El presente informe se centra en los delitos cometidos en el contexto de conflictos armados y, si bien muchos de ellos son punibles en tiempo de paz según el derecho nacional, el análisis jurídico necesario para prevenir, investigar y perseguir la esclavitud sexual y la violencia sexual durante los conflictos armados está motivado por consideraciones propias del contexto jurídico internacional.

36. Cuando se cometen durante conflictos armados la esclavitud sexual y la violencia sexual, pueden caracterizarse en determinadas circunstancias como violaciones ordinarias de normas de jus cogens. La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados define, en el artículo 53, una norma de jus cogens como "una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter". Además, a las normas de jus cogens se les reconoce jurisdicción universal, de manera que cualquier Estado puede reprimir las infracciones cometidas aun cuando dicho Estado no tenga relación alguna con la nacionalidad del delincuente o la víctima ni conexión territorial con la comisión del delito ni pueda de otro modo afirmar debidamente su jurisdicción.

37. Entre los diversos delitos internacionales que corresponden a violaciones de estas normas de jus cogens figuran la esclavitud, los crímenes de lesa humanidad, el genocidio, determinados crímenes de guerra y la tortura¹⁹. Según el derecho internacional consuetudinario estos delitos están sujetos a

jurisdicción universal y en la mayoría de los casos no se les aplican las normas de prescripción ²⁰. Los Estados, incluidos los Estados sucesores, tienen obligación de impedir que dichas normas se violen impunemente y de hacer comparecer a los infractores ante la justicia, ya sea enjuiciándolos dentro del Estado o extraditándolos para que sean juzgados en otro Estado²¹. Si bien por definición los crímenes de guerra deben estar relacionados con algún conflicto armado, las prohibiciones contra la esclavitud, los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y la tortura son válidas en todas las situaciones, incluidos todos los conflictos armados, los disturbios civiles y también en tiempo de paz.

A. Crímenes de lesa humanidad

38. Un ataque generalizado o sistemático ²² contra una población civil -incluida la persecución generalizada o sistemática por motivos raciales, étnicos, religiosos, políticos u otros- puede ser objeto de un proceso penal como crimen de lesa humanidad ²³. Es significativo señalar que, aunque en la mayoría de los casos las acusaciones de crímenes de lesa humanidad se han formulado situaciones de conflicto armado, no es necesario que haya un nexo con un conflicto armado ²⁴. Además, es posible procesar por crímenes de lesa humanidad tanto a agentes estatales como no estatales.

39. La prueba de la existencia de una política, un plan o un designio suele considerarse un elemento necesario para incoar una causa por crímenes de lesa humanidad ²⁵. El hecho de no tomar medidas para evitar ataques generalizados o sistemáticos contra la población civil puede ser suficiente para establecer el necesario elemento de política, plan o designio.

40. Para hacer frente de manera más eficaz y positiva a ataques generalizados o sistemáticos contra la población en los cuales se utilicen como táctica la esclavitud sexual y la violencia sexual, hay que reconocer el género como uno de los motivos de persecución en relación con los crímenes de lesa humanidad. El hecho de que cualquier grupo que pueda ser tomado como víctima quede excluido de la protección de las normas internacionales porque algún aspecto de su identidad individual o colectiva no ha sido reconocido formal o explícitamente es inexcusable en virtud de los principios fundamentales de la justicia ²⁶. Por lo tanto, las enumeraciones vigentes de las causas de persecución prohibidas deben considerarse ilustrativas más que exclusivas, y el género, junto con otras identidades de grupos a los que se toma como víctimas, debe considerarse protegido en relación con los crímenes de lesa humanidad.

41. La violencia sexual, incluida la violación, entra en el ámbito de la prohibición general de "actos inhumanos" ²⁷ en la formulación tradicional de los crímenes de lesa humanidad tomada del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (Estatuto de Nuremberg), la Ley N° 10 del Consejo de Control Interaliado y el Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (Estatuto de Tokio) ²⁸. Por desgracia, raramente se llevaron a los tribunales casos de violencia sexual como crimen de lesa humanidad a raíz de la segunda guerra mundial.

42. En codificaciones más recientes, en vez de basarse indirectamente en disposiciones que prohíben los actos inhumanos, la violación se ha enumerado específicamente como crimen de lesa humanidad cuando se comete durante un conflicto armado interno o internacional y cuando se dirige contra cualquier población civil, aunque ahora ya está bien establecido que los crímenes de lesa humanidad no requieren en absoluto un nexo con un conflicto armado. En particular, los estatutos de ambos tribunales internacionales establecidos en 1993 y 1994 para enjuiciar los delitos internacionales cometidos en la ex Yugoslavia y en Rwanda enumeran independientemente la violación como un delito separado en el marco de la definición de los crímenes de lesa humanidad. Además, ambos tribunales han incoado causas por crímenes de lesa humanidad basadas en actos de violencia sexual.

43. Un único caso de violencia sexual grave, incluida la violación, puede constituir la base para incoar un proceso por crímenes de lesa humanidad, en la medida en que los fiscales vinculen esa única violación con una serie más amplia de conculcaciones de los derechos humanos fundamentales o del derecho humanitario que pongan de manifiesto un ataque generalizado o sistemático contra una población civil.

44. Hace tiempo que la esclavitud ha quedado reconocida como crimen de lesa humanidad. El Estatuto de Nuremberg y la Ley N° 10 del Consejo de Control Interaliado, que se estableció para facilitar el enjuiciamiento en Alemania de los criminales de guerra después de la segunda guerra mundial, enumeraban la esclavitud en las secciones relativas a los crímenes de lesa humanidad. Análogamente, el artículo 5 del Estatuto de Tokio también enumeraba la esclavitud y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil como crímenes de lesa humanidad. Entre las codificaciones más recientes de los crímenes de lesa humanidad están el artículo 5 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia²⁹ y el artículo 3 del Estatuto del Tribunal Internacional para Rwanda³⁰, en los cuales figura explícitamente la esclavitud como delito que constituye un crimen de lesa humanidad.

45. Recientemente, en el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia se formularon cargos por esclavitud como crimen de lesa humanidad cuando un miembro de una unidad paramilitar serbia de élite y un líder paramilitar de la población de Foca fueron acusados de crímenes de lesa humanidad por actos de violación y esclavitud³¹. Se acusa a esas personas de haber retenido en un apartamento privado a nueve mujeres que regularmente eran objeto de agresión sexual y eran obligadas a trabajar en la casa y fuera de ella. Según el acta de acusación, más adelante cuatro de las mujeres fueron vendidas a otros soldados. La forma en que esas mujeres fueron retenidas y obligadas a realizar trabajos manuales al mismo tiempo que eran sometidas a agresiones sexuales constantes justifica claramente la acusación de crimen de lesa humanidad por esclavitud. Además, cabe destacar que el intercambio de algunas de las mujeres por dinero no era un elemento necesario del delito; simplemente demostraba la medida en que los soldados paramilitares serbios ejercían las atribuciones correspondientes al derecho de propiedad de las mujeres.

B. Esclavitud

46. Además de perseguir la esclavitud como crimen de lesa humanidad o como crimen de guerra, también es posible acusar independientemente a agentes estatales o particulares de un delito de esclavitud tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz. Efectivamente, las prohibiciones contra la esclavitud y las prácticas análogas figuraron entre las primeras que adquirieron la condición de normas perentorias del derecho internacional consuetudinario o jus cogens ³². La evolución de esta norma fundamental en materia de derechos humanos comenzó en el siglo XIX, y a principios del siglo XX ya se había puesto de manifiesto que las prohibiciones internacionales relativas a la esclavitud y a la trata de esclavos habían alcanzado el rango de derecho internacional consuetudinario ³³.

47. Las prohibiciones consuetudinarias internacionales contra la esclavitud evolucionaron en parte para responder a preocupaciones jurisdiccionales complejas, ya que históricamente los tratantes de esclavos, al igual que los piratas, operaban en alta mar y no estaban sujetos necesariamente al control soberano o a la jurisdicción de un único Estado. Por ello, la comunidad internacional reconoció la necesidad de asignar una responsabilidad penal individual a todos los perpetradores del delito, independientemente del lugar en que se hubiera cometido, del nivel de participación del Estado o de la medida en que las leyes o prácticas de cualquier Estado pudieran haber sancionado el acto. Por consiguiente, en virtud del derecho internacional, las modernas prohibiciones relativas a la esclavitud permiten aplicar una jurisdicción universal absoluta respecto de cualquier agente estatal o no estatal en todo caso en que intervengan la esclavitud o la trata de esclavos. Esta situación puede resultar particularmente útil para formular cargos en casos concretos de esclavitud sexual que han tenido lugar durante un conflicto armado, ya que en tal caso la acusación no necesita establecer la existencia de participación o aquiescencia de un Estado, la existencia de una pauta generalizada o sistemática de violencia ni un nexo entre el delito y un conflicto armado.

C. Genocidio

48. La prohibición del genocidio, por derecho propio y como crimen de lesa humanidad, ha adquirido claramente la condición de jus cogens ³⁴. En ciertas circunstancias, los actos de violación, esclavitud sexual u otra violencia sexual también pueden tipificarse como actos constitutivos de delito de genocidio tal como se define en el artículo II de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (la Convención sobre el genocidio). El elemento fundamental del delito de genocidio es la intención específica del perpetrador de destruir, total o parcialmente, a un grupo protegido, a saber, un grupo nacional, étnico, racial o religioso. El género no está enumerado como grupo protegido en la Convención sobre el genocidio. No obstante, el hecho de tomar como víctima a un grupo protegido agrediendo a sus miembros femeninos es suficiente para constituir crimen de genocidio.

49. La acusación no necesita establecer la existencia de la intención de destruir totalmente a un grupo en un ámbito nacional o internacional. La intención de destruir una proporción considerable o una subsección importante de un grupo protegido o la existencia de un grupo protegido en una región circunscrita de un país es motivo suficiente para formular cargos de genocidio. Además, dado que las fronteras nacionales pueden estar mal definidas durante los períodos de conflicto, es evidente que casi todas las campañas de genocidio localizadas probablemente procurarán la eliminación total o gradual del conjunto del grupo y a menudo estarán vinculadas a una campaña nacional más amplia para conseguir este objetivo de aniquilamiento.

50. También es importante señalar que la necesaria intención genocida puede inferirse de las acciones del perpetrador. La Comisión de Expertos establecida en virtud de la resolución 780 (1982) del Consejo de Seguridad para examinar las violaciones del derecho humanitario en el conflicto del territorio de la ex Yugoslavia concluyó que en algunos casos de genocidio "habrá pruebas de acciones u omisiones de tal grado que podrá presumirse razonablemente que el acusado tiene conciencia de las consecuencias de su conducta, lo cual permitirá establecer intención" ³⁵.

51. La Oficina del Fiscal del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y la del Tribunal Internacional para Rwanda han presentado cargos en casos de violencia sexual y violación como actos que constituyen delito de genocidio. Esos cargos se han formulado contra las personas acusadas de haber cometido efectivamente los actos, así como contra las autoridades superiores en la misma cadena de mando.

52. Con el necesario elemento de intención, incluso un acto aislado de violación puede ser teóricamente motivo para el enjuiciamiento por delito de genocidio, siempre que el acto estuviera relacionado con una serie más amplia de acciones, todas las cuales tuvieran el propósito de conseguir la destrucción de un grupo concreto ³⁶. Además, para que exista delito de genocidio no es necesario que haya ningún nexo con un conflicto armado ni con una acción del Estado.

D. Tortura

53. Las prohibiciones contra la tortura también han aparecido como normas inderogables de jus cogens. Para que exista delito de tortura, tal como está prohibido por las normas consuetudinarias, es necesario que se inflija de manera intencionada un dolor o sufrimiento mental o físico grave y que haya un nexo con la acción o inacción del gobierno. En la mayoría de los casos descritos en el presente informe, si no en todos ellos, la violación y la violencia sexual grave durante un conflicto armado también pueden ser perseguidas como tortura ³⁷. Además, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y numerosos tribunales nacionales también han fallado que los actos de violación de personas detenidas constituyen tortura.

54. En su artículo 1, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (la Convención sobre la tortura) define la

tortura como "todo acto por el cual se inflijan intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia".

55. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha reconocido que la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer, incluidos "los actos que infligen daño o sufrimiento de índole física, mental o sexual", representa una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de la mujer para gozar de sus derechos y libertades³⁸. Por consiguiente, en muchos casos el elemento de discriminación contenido en la definición de tortura que figura en la Convención sobre la tortura ofrece una base adicional para formular cargos de tortura por violación y violencia sexual.

E. Crímenes de guerra

56. Como categoría de los delitos internacionales, los crímenes de guerra incluyen las infracciones graves y otras violaciones de los Convenios de Ginebra de 1949, las violaciones de la Convención y el Reglamento de La Haya de 1907, así como las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra. Los actos de esclavitud sexual y violencia sexual pueden constituir crímenes de guerra en determinados casos. A diferencia de la esclavitud, los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y la tortura, los crímenes de guerra requieren, por definición, un nexo con un conflicto armado, y el derecho humanitario ofrece a los civiles y combatientes la protección más amplia durante los conflictos armados de carácter internacional. Sin embargo, los delitos que constituirían violaciones de normas de jus cogens están prohibidos en todos los conflictos armados, independientemente del carácter o de nivel de las hostilidades.

1. Los crímenes de guerra en los conflictos armados internacionales

57. Las disposiciones de los Convenios de Ginebra relativas a infracciones graves han adquirido la condición de derecho internacional consuetudinario³⁹, y muchas disposiciones sobre infracciones graves y otras disposiciones de los Convenios de Ginebra también han adquirido la condición de jus cogens⁴⁰. Es importante reconocer que "cada una de las Partes Contratantes [en los Convenios de Ginebra] tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad"⁴¹. En la medida en que las disposiciones sobre infracciones graves son aplicables, junto con sus aspectos de procedimiento, como derecho internacional consuetudinario en los conflictos armados internacionales, esta obligación se aplica también a los Estados que no son partes en los Convenios.

58. Cuando son cometidos por fuerzas enemigas u ocupantes durante un conflicto internacional ⁴², los actos de violencia sexual, incluida la violación, pueden constituir infracciones graves de los Convenios de Ginebra ⁴³. El Comité Internacional de la Cruz Roja ha observado que, "obviamente", la violación entra en el ámbito de la disposición sobre infracciones graves del artículo 147 del cuarto Convenio de Ginebra, que prohíbe "el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud" ⁴⁴. Además, la violación está prohibida por las disposiciones relativas a infracciones graves que tratan de la tortura o el trato inhumano ⁴⁵.

59. La violación también está prohibida explícitamente en el artículo 27 del cuarto Convenio de Ginebra, que declara 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", y en el artículo 76 (1) del Protocolo adicional I, que estipula que "las mujeres serán objeto de un respeto especial y protegidas en particular contra la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de atentado al pudor".

60. Además de las disposiciones relativas a la violación que figuran en los Convenios de Ginebra, la Convención N° IV de La Haya relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, que claramente ha adquirido la condición de derecho internacional consuetudinario ⁴⁶, garantiza en el artículo 46 de su Reglamento anexo la protección del "honor y los derechos de la familia", y debe entenderse que ello abarca el delito de violación. Sin embargo, es importante observar que el concepto de la violación como un atentado contra el honor, y no como un acto de violencia, disimula el carácter violento del delito y, al colocar inadecuadamente el centro de atención en la presunta deshonra de la víctima, lo aparta de la intención del perpetrador de violar, degradar y herir. Además, el artículo 46 del Reglamento de La Haya es neutro en cuanto al género y se aplica a todas las víctimas de la violencia sexual cometida durante los conflictos armados, independientemente de que sean hombres o mujeres.

61. El Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, rebatiendo los argumentos de que la Convención de La Haya no debía ser aplicada por el Tribunal de Nuremberg debido a que varios de los beligerantes no eran partes en ella, falló que las prohibiciones que figuraban en el Reglamento de La Haya eran reconocidas por todas las naciones civilizadas y se consideraban declaratorias de las leyes y costumbres de la guerra a las que se hace referencia en el artículo 6 b) del Estatuto [de Nuremberg] ⁴⁷.

62. Después de la segunda guerra mundial, un tribunal neerlandés constituido en Batavia determinó que los acusados, militares japoneses que habían participado en la esclavización de 35 mujeres y muchachas holandesas en "centros de solaz" durante la segunda guerra mundial, eran culpables de crímenes de guerra por actos que incluían la violación, la coacción a la prostitución, el secuestro de mujeres y muchachas para dedicarlas a la prostitución forzada y el maltrato de prisioneros ⁴⁸. En un contexto más moderno, como ya se ha señalado, tanto el Tribunal Penal Internacional para

la ex Yugoslavia como el Tribunal Internacional para Rwanda han formulado en varias ocasiones cargos por crímenes de guerra basados en la violencia sexual.

63. La esclavitud también ha sido reconocida desde hace tiempo como crimen de guerra, como ponen de manifiesto el Estatuto de Nuremberg y las decisiones del Tribunal de Nuremberg. En el Estatuto de Nuremberg de 1945 se enumeraba la deportación de civiles como "mano de obra esclava" entre los crímenes de guerra en virtud del artículo 6 b) y la mayoría de cargos formulados por esclavitud con arreglo a ese artículo se referían a prohibiciones anteriores contenidas en el Reglamento de La Haya de 1907⁴⁹.

64. En una interpretación amplia de los Convenios de Ginebra de 1949 también puede considerarse que prohíben la esclavitud, incluida la esclavitud sexual, en las disposiciones sobre infracciones graves de los Convenios⁵⁰. Aunque la esclavitud, al igual que la violación, la prostitución forzada y los abusos sexuales, no se ha enumerado explícitamente como infracción grave en el artículo 147 del cuarto Convenio de Ginebra, sobre la base de una interpretación del artículo 147 hecha por el Comité Internacional de la Cruz Roja la expresión "tratos inhumanos" deberá entenderse de manera amplia para que incluya esos delitos⁵¹. Además, la violación, la prostitución forzada y otras formas de abuso sexual, incluida la esclavitud con fines de abuso sexual, también deberían considerarse incluidas en las prohibiciones contra "la tortura", "los tratos inhumanos", "el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la identidad física o la salud", "la deportación o el traslado ilegal" y "la detención ilegal" de un civil, todas las cuales están incluidas explícitamente como infracciones graves.

65. En una causa por esclavitud como crimen de guerra, puede considerarse que los elementos necesarios para probar la existencia de propiedad o control están implícitos en las circunstancias coercitivas específicas de la guerra, particularmente en los casos en que la víctima haya sido trasladada contra su voluntad a una zona de guerra para prestar servicios distintos de los servicios de trabajo forzado permisibles en virtud de los Convenios de Ginebra o las leyes y costumbres de la guerra. Además, dado que la violación nunca está permitida con arreglo al derecho humanitario, los "servicios" forzados de carácter sexual constituyen siempre infracciones violentas del derecho humanitario.

66. Recientemente, la Oficina del Fiscal del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia instruyó procedimientos por un delito de esclavitud contra soldados serbios de Bosnia por haber retenido a nueve mujeres para fines de trabajo forzado y agresión sexual⁵². En el acta de acusación se señala que las mujeres tenían libertad para abandonar la casa privada en la que estaban retenidas -incluso tenían una llave de la casa- pero que en realidad las mujeres no podían huir porque "no tenían a donde ir, ya que estaban rodeadas de serbios, tanto soldados como civiles"⁵³.

2. Crímenes de guerra en conflictos armados que no son de índole internacional

67. La mayoría de los conflictos armados actuales del mundo no son de índole internacional, es decir, son internos⁵⁴. Entre los ejemplos recientes de violencia sexual cometida durante conflictos internos cabe destacar numerosos informes de violencia sexual cometida durante el golpe militar contra el Gobierno del Presidente Aristide en Haití; la violencia sexual durante el conflicto de 15 años en el Perú entre las fuerzas gubernamentales y los rebeldes del Sendero Luminoso; y la violencia sexual en las hostilidades que tienen lugar actualmente en Argelia, Myanmar, Uganda y el Sudán meridional. En Argelia, se tiene noticia de que grupos armados han raptado a mujeres y niñas para forzarlas a contraer "matrimonios" temporales en los que las cautivas son violadas, objeto de abusos sexuales y muchas veces, mutiladas y asesinadas. Según se informa, en Uganda el Lord's Resistance Army (Ejército de Resistencia del Señor) rapta a niños a los que obliga a actuar como soldados y a trabajar en condiciones de esclavitud y fuerza a niñas a la esclavitud sexual. Estos notables ejemplos de esclavitud sexual y violencia sexual ponen de manifiesto la necesidad de proteger a los civiles y a los combatientes durante los conflictos que no son de índole internacional.

68. Desde 1907, al menos con la adopción de la cláusula de Martens en el preámbulo de la Convención de La Haya N° IV, la comunidad internacional ha reconocido que incluso en los conflictos o situaciones que no están previstos en las disposiciones de los tratados humanitarios, tanto los combatientes como los civiles deben quedar "bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del derecho de gentes, como resulta de usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y de las exigencias de las conciencias públicas". En particular, en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, que constituye derecho internacional consuetudinario, se establecen las salvaguardias que deberán respetar todas las partes en conflicto, incluidas todas las partes en conflictos internos que no estén previstas de alguna otra manera en los Convenios de Ginebra. Las disposiciones del artículo 3 común son significativas por cuanto regulan la conducta de agentes estatales y no estatales en los conflictos internos. Como se observa en el informe analítico del Secretario General sobre normas humanitarias mínimas "no debe subestimarse" la importancia de las garantías básicas de la cláusula de Martens y del artículo 3 común (E/CN.4/1998/87, párrs. 74 y 85).

69. En el artículo 27 de la Convención de La Haya N° IV y en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra se prohíbe claramente, con arreglo al derecho internacional consuetudinario, la comisión de actos de violencia sexual y de violación por agentes estatales y no estatales durante conflictos armados internos o internacionales. La Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha confirmado hace poco esa posición, dictaminando que el artículo 3 común así como todas las disposiciones de la Convención de La Haya se aplican ampliamente como derecho consuetudinario en todos los conflictos armados ya sean internacionales o internos⁵⁵. Esta posición está también respaldada por una importante decisión en un caso juzgado por la Corte Internacional de Justicia en el que

la Corte falló que las prohibiciones que figuraban en el artículo 3 común constituían consideraciones elementales de humanidad que debían respetarse en todos los conflictos armados ⁵⁶.

70. A pesar del amplio ámbito del artículo 3 común, se ha expresado la preocupación de que la aplicación del artículo 3 común a los conflictos internos se pueda ver complicada por interpretaciones estrictas del alcance general de los Convenios de Ginebra. No hay duda de que en el contexto de los Convenios de Ginebra, tanto en el artículo 3 común, en el que se enumeran las salvaguardias que deben respetarse en "caso de conflicto armado que no sea de índole internacional" y en el Protocolo Adicional II, "que desarrolla y completa" el artículo 3 común, se contemplan los actos de violencia sexual y de violación cometidos en conflictos internos ⁵⁷. No obstante, el problema es que en los Convenios de Ginebra no se suele determinar qué grado de intensidad deben alcanzar el conflicto o el enfrentamiento interno para activar la aplicación de las disposiciones del artículo 3 común ⁵⁸.

71. En algunos comentarios del Comité Internacional de la Cruz Roja y de otras entidades se ha indicado que el grado de violencia al que se ha de llegar para activar la aplicación del artículo 3 común es muy alto. Según las opiniones más estrictas, para aplicar el artículo 3 común debe tener lugar un conflicto armado que sea de índole muy similar a un conflicto armado internacional, con fuerzas armadas en ambos bandos que hayan iniciado hostilidades ⁵⁹. El examen del artículo 3 común que figura en el Protocolo Adicional II es también bastante estricto puesto que se indica, en particular, que el Protocolo Adicional II "no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos" que no pueden considerarse conflictos armados (párr. 2 del art. 1). Según estas interpretaciones estrictas, pues, los niveles de enfrentamiento que suelen darse en los conflictos internos pueden no ser siempre suficientes para activar la aplicación directa del artículo 3 común o del Protocolo Adicional II en un conflicto determinado.

72. A pesar de las preocupaciones mencionadas, en este estudio se considera que siempre se tuvo la intención de que la aplicación del artículo 3 común fuera amplia ⁶⁰ y que las normas actuales de derecho humanitario que figuran en el artículo 3 común deben aplicarse a todas las situaciones de conflicto. La comunidad internacional no debe subestimar la importancia del artículo 3 común y, a falta de normas humanitarias nuevas e igualmente sólidas que puedan aplicarse a todos los niveles de conflicto interno, la comunidad internacional debería apoyar una interpretación amplia tanto de la aplicación del artículo 3 común a todos los grupos armados estatales y no estatales en todos los conflictos como de las garantías amplias que ya se exponen en el artículo 3 común.

73. Además de esas normas humanitarias que pueden aplicarse a los conflictos armados internos, es también importante reconocer que en todos los casos, independientemente del nivel e incluso de la ausencia de un conflicto armado, la violencia sexual puede también perseguirse con arreglo a normas jurídicas actuales como esclavitud, crímenes de lesa humanidad, genocidio o tortura.

Además, en vista de que estos delitos pueden perseguirse en cualquier jurisdicción, la ausencia de un foro judicial que funcione inmediatamente en el Estado en el que se estén cometiendo los crímenes no limita de por sí la capacidad de la comunidad internacional para enjuiciar a los autores de esas violaciones en otros foros nacionales o internacionales en funcionamiento.

IV. RESPONSABILIDAD DE LOS PARTICULARES

74. La historia nos enseña que hay una amplia gama de personas que contribuyen a la comisión de crímenes internacionales durante los conflictos armados y que la condena de las partes responsables a todos los niveles es fundamental para la prevención de los crímenes internacionales. A fin de que se asuman responsabilidades a los niveles en los que se puedan alcanzar los objetivos de la prevención, la disuasión y la protección, en el presente informe se reconoce que hay distintos tipos, superpuestos e interconectados, de responsabilidad por crímenes internacionales palmarios, en particular las persecuciones masivas.

75. El tipo más obvio de responsabilidad por crímenes internacionales es el de quienes cometen actos de esclavitud sexual o violencia sexual durante conflictos armados que constituyen esclavitud, crímenes de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra o tortura. Las responsabilidades de esos autores se determinan probando los elementos del delito, incluida la necesaria mens rea como intención dolosa. También puede encontrarse responsabilidad penal en el caso de formas conexas de los crímenes internacionales, tales como la tentativa o conspiración para cometer el delito, o la incitación, instigación o complicidad en la comisión del delito. Es importante señalar que el hecho de que el autor haya actuado en cumplimiento de órdenes impartidas por un superior no lo exime de responsabilidad penal, aunque podrá considerarse para atenuar la pena⁶¹.

76. De conformidad con la doctrina de la responsabilidad de mando, los jefes militares, los superiores y otras autoridades son responsables de los crímenes cometidos por sus subordinados. Todo jefe u otra autoridad responsable que ordene a un subordinado que cometa actos de esclavitud sexual o violencia sexual, o que sepa o deba haber sabido que era probable que se cometiera ese tipo de actos y no tome medidas para evitarlos, podrá ser considerado plenamente responsable de la comisión de crímenes internacionales que esos actos constituyen, incluidos los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad, la esclavitud, el genocidio o la tortura⁶². La doctrina de responsabilidad de mando está relacionada con actos de violación y violencia sexual al igual que con las demás violaciones graves del derecho penal internacional. Por ejemplo, con respecto a las violaciones cometidas por las partes beligerantes en la ex Yugoslavia, una Comisión de Expertos de las Naciones Unidas a la que se encomendó la investigación de las violaciones del derecho internacional en la región llegó a la conclusión concreta de que:

"Las prácticas de "depuración étnica", agresión sexual y violación las han seguido algunas de las partes en forma tan sistemática que parecen, a todas luces, ser el fruto de una política. El hecho, que se

registra constantemente, de no impedir la comisión de esos crímenes y de no enjuiciar y sancionar a los presuntos culpables pone claramente de manifiesto la existencia de una política por omisión. La consecuencia de esta conclusión es que puede probarse la responsabilidad de mando⁶³."

77. El nivel de formalidad u organización de la jerarquía de mando carece de importancia siempre que haya algún tipo de jerarquía para la transmisión de órdenes y la supervisión de los subordinados. Además, la noción de responsabilidad de mando no se limita a las estructuras militares o paramilitares y muchas de las personas que se consideran que están en posiciones de mando son dirigentes políticos, funcionarios gubernamentales y autoridades civiles.

78. Por ejemplo, la Oficina del Fiscal del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia acusó al funcionario civil de más alto rango de un municipio de Bosnia y Herzegovina que "sabía o podía saber" que el Jefe de Policía de la zona tenía la intención de forzar a otros a cometer actos de agresión sexual, o que ya lo había hecho y no había tomado las medidas necesarias y razonables para evitar esos actos o para castigar al Jefe de Policía una vez que tuvo conocimiento de los hechos⁶⁴. En ese caso, se consideró que el funcionario de la administración civil era responsable de los actos o las omisiones del Jefe de Policía, que incluían crímenes de lesa humanidad por actos de violación y otras formas de agresión sexual, incluida la agresión sexual a varones⁶⁵.

79. Por consiguiente, la doctrina de responsabilidad de mando se aplica plenamente a todos aquellos que se encuentran en puestos de alto nivel con autoridad para adoptar decisiones, formular políticas e influir en la promulgación de directivas dentro del Estado, región o localidad en la que se cometan crímenes internacionales. Aplicar la norma de "saber o tener que haber sabido" a los jefes, superiores y otras autoridades es adecuada para determinar la responsabilidad a este nivel, y cuando se producen actos de esclavitud sexual o de violencia sexual en forma generalizada o palmaria, se presumirá que esos acusados tenían conocimiento de los actos y de que estaban prohibidos por el derecho internacional. Naturalmente, un jefe militar que participe en la comisión de actos de violencia sexual o los presencie es directamente responsable como autor, o puede ser acusado de complicidad en la comisión del crimen.

80. La doctrina del derecho internacional relativa a la responsabilidad de mando se refleja también en las disposiciones sobre infracciones graves de los Convenios de Ginebra y en el párrafo 1 del artículo 86 del Protocolo Adicional I en el que se dispone que todos los beligerantes deberán "reprimir las infracciones graves y adoptar las medidas necesarias para hacer que cesen todas las demás infracciones de los Convenios o del presente Protocolo que resulten del incumplimiento de un deber de actuar". La importancia crítica de esta obligación con arreglo a la doctrina de responsabilidad de mando se hace patente en el contexto de los crímenes de violencia sexual, puesto que la incapacidad histórica de las partes beligerantes para reprimir esas violaciones ha contribuido a que se produjeran ciclos periódicos de impunidad por actos de esclavitud sexual y violencia sexual en conflictos armados.

81. Otro tipo de responsabilidad jurídica se aplica a las personas que requieren, instigan o incitan a la comisión de crímenes internacionales palmarios. En este tipo de delito se incluye a quienes crean el clima político o social que hace posible la comisión de tales crímenes, tales como propagandistas que perpetúan estereotipos raciales, étnicos, religiosos, de sexo o de otro tipo en forma que intencional o previsiblemente pueda causar violencia contra los sujetos de esos estereotipos. Por ejemplo, muchas personas opinan que el uso de estereotipos étnicos y de sexo acerca de las mujeres tutsi en los periódicos y en las emisiones radiofónicas fue una de las causas que alentaron al genocidio en Rwanda y a la violencia sexual sistemática contra las mujeres en dicho genocidio⁶⁶. Como era de esperar, en muchos relatos de víctimas de violaciones y de otros tipos de violencia sexual de Rwanda y de la ex Yugoslavia, se decía que los autores habían hecho observaciones sexuales basadas en la etnia de las mujeres antes, durante y después de las agresiones⁶⁷.

82. Aunque raramente se acusa a los propagandistas, ya hay precedentes de la determinación de responsabilidades de propagandistas como instigadores de crímenes internacionales tales como esclavitud, crímenes de lesa humanidad o genocidio. La propaganda y la incitación al genocidio fueron objeto de al menos dos juicios del Tribunal de Nuremberg, y en un caso se encontró culpable a un publicista nazi de crímenes de lesa humanidad por provocar el odio y el exterminio de los judíos por medio de su publicación antisemita⁶⁸. Una norma de intención dolosa o de imprudencia temeraria parecería adecuada en esas situaciones.

83. Un tipo más de responsabilidad jurídica de particulares se aplica a las personas que son cómplices de crímenes internacionales por realizar ciertos actos o desempeñar funciones en la burocracia o proceso político por medio de los cuales se hacen factibles la esclavitud, los crímenes de lesa humanidad, el genocidio, la tortura y los crímenes de guerra. Esas personas suelen ser civiles y no se encuentran sometidos a ninguna jerarquía de mando. Como sus funciones o puestos pueden estar considerablemente compartimentados y sus conocimientos sobre los crímenes ser incompletos, se les puede aplicar una norma de investigación razonable. Por ejemplo, Maurice Papon, un funcionario de alto nivel del Gobierno de Vichy de Francia durante la segunda guerra mundial fue condenado recientemente por un tribunal francés por complicidad en crímenes de lesa humanidad⁶⁹. Maurice Papon fue sentenciado a diez años de cárcel y obligado a pagar indemnizaciones por valor de 4,6 millones de francos (748.000 dólares) por el papel que desempeñó en el Holocausto, concretamente en la tramitación de la documentación de miles de judíos deportados a campos de concentración. La condena de Papon por complicidad no fue tan severa como lo hubiera sido la de un autor; no obstante, el hecho de que no pusiera en duda actos que lo merecían contribuyó a la comisión de crímenes de lesa humanidad y fue debidamente condenado por complicidad.

84. El considerar a personas responsables es fundamental sobre todo porque los crímenes internacionales que comprenden la esclavitud sexual y la violencia sexual durante conflictos armados suelen ser debidos a políticas orquestadas que por lo general aplican a nivel práctico burócratas, empleados públicos y otros funcionarios.

V. OBLIGACIÓN DE BUSCAR Y ENJUICIAR A LOS CRIMINALES DE GUERRA

85. Los Estados, incluidos los gobiernos sucesores, tienen la obligación de enjuiciar a los responsables de actos de esclavitud, crímenes de lesa humanidad, genocidio, tortura y determinados crímenes de guerra en los tribunales nacionales o, si lo solicita otro Estado o un tribunal penal internacional debidamente constituido, de entregar a los acusados para que sean juzgados, independientemente de su condición civil o militar. Como se ha señalado en secciones anteriores del presente informe, todos esos delitos son de jurisdicción universal y sus autores pueden ser juzgados en cualquier tribunal nacional o internacional competente.

86. En la medida en que las violaciones descritas en este informe pueden constituir graves infracciones de los Convenios de Ginebra, las Partes Contratantes en esos Convenios tienen además, a tenor del artículo 146 del Cuarto Convenio de Ginebra, la obligación de "buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer,... infracciones graves" y "hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad". Esta obligación es válida también para los Estados que no son partes en los Convenios de Ginebra, por cuanto refleja el actual derecho internacional consuetudinario aplicable por lo menos a todos los conflictos armados internacionales. La aprehensión y el enjuiciamiento de los criminales es un aspecto de la obligación general de hacer comparecer a los autores de crímenes internacionales ante la justicia; otro aspecto puede ser la indemnización de las víctimas u otras formas de reparación, tema que se trata en la sección VI del presente informe. Al cumplir con la obligación de encausar a los autores de crímenes internacionales, los Estados dan un paso importante y necesario hacia la erradicación de la esclavitud sexual y de la violencia sexual durante los conflictos armados.

87. Está demostrado que en el derecho internacional no hay normas de prescripción que obstaculicen el enjuiciamiento de los autores de delitos graves. El Relator Especial de la Subcomisión sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos civiles y políticos, Sr. Louis Joinet, observó en su informe final a la Subcomisión que "la prescripción no puede aplicarse a los delitos graves recogidos en el derecho internacional... [y] con respecto a todas las violaciones, no puede correr durante el período en que no existan recursos eficaces" (E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, párr. 31). Esta postura moderna es una extensión natural del precedente del Tribunal de Nuremberg y está reafirmada en los tratados internacionales que abordan el tema y prohíben la aplicación de la prescripción a determinados crímenes de guerra y de lesa humanidad, como la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (1968) y el Convenio europeo sobre la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra (1974). De hecho, varios tribunales nacionales han seguido condenando a criminales de guerra nazis por crímenes internacionales cometidos hace casi 50 años, durante la segunda guerra mundial, a pesar de los argumentos de

la defensa basados en la prescripción de los delitos⁷⁰. Como se explica a continuación, un razonamiento análogo impide aplicar la prescripción a las reclamaciones de indemnización por violaciones manifiestas.

VI. EL DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO Y EL DEBER DE INDEMNIZAR

88. El Relator Especial de la Subcomisión sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y del derecho humanitario a obtener reparación, Sr. Theo van Boven, señaló en su conjunto revisado de principios y directrices básicos que todas las víctimas de violaciones graves del derecho internacional tienen derecho a una reparación justa y adecuada, que "deberá lograr soluciones de justicia, eliminando o reparando las consecuencias del perjuicio padecido, así como evitando que se cometan nuevas violaciones a través de la prevención y la disuasión" (E/CN.4/Sub.2/1996/17, párr. 7). En todo el presente informe y de conformidad con su definición en el derecho internacional, la reparación comprende todas las medidas que habrá de tomar un Estado que haya infringido el derecho internacional, con inclusión del pago de indemnizaciones pecuniarias a las víctimas, el castigo de los autores de los hechos ilícitos, la presentación de disculpas o el desagravio, las garantías de no repetición de los hechos y otras formas de satisfacción proporcionadas a la gravedad de las violaciones⁷¹.

89. El derecho a un recurso efectivo es sin duda esencial para superar la impunidad y la no responsabilización por los delitos de esclavitud sexual, violación y otros actos de violencia sexual en los conflictos armados, y los derechos de las víctimas de esos atropellos deben defenderse y restablecerse. La ausencia total de un foro o de mecanismos para reparar las violaciones de los derechos constituiría claramente una contravención más de las normas y obligaciones internacionales, al igual que toda discriminación contra las mujeres en el ejercicio de sus derechos a reparación. Por ejemplo, es contrario a los principios de la legislación internacional que el derecho interno, incluido el consuetudinario, disponga que sólo los parientes varones puedan reclamar y percibir una indemnización en nombre de las mujeres cuyos derechos se hayan vulnerado. Las mujeres deben tener por ley y en pie de igualdad con los hombres el derecho de pedir y recibir personalmente una indemnización.

90. Asimismo, el Sr. van Boven concluye que la prescripción no será aplicable durante los períodos en los cuales no funcionen recursos eficaces (E/CN.4/Sub.2/1996/17 párr. 9), y observa que, de conformidad con el derecho internacional actual, las reclamaciones de reparación en vía civil por causa de violaciones graves de derechos humanos o del derecho humanitario no estarán sujetas a prescripción (ibíd.). El principio internacionalmente aceptado de que la prescripción no es aplicable al enjuiciamiento y la indemnización por violaciones graves de los derechos humanos y del derecho humanitario es importante, porque las mujeres que han sufrido violaciones graves, incluida la esclavitud sexual, tropiezan a menudo con obstáculos sociales y jurídicos particularmente poderosos para interponer un recurso de

manera oportuna. Esos obstáculos se agravan considerablemente cuando los gobiernos o las partes beligerantes ocultan la verdadera naturaleza o el alcance de las violaciones.

VII. ENJUICIAMIENTO A NIVEL NACIONAL

A. Importancia de los procesos nacionales

91. En relación con la cuestión de la impunidad, es importante señalar que cuando los tribunales nacionales han establecido mecanismos procesales adecuados para salvaguardar los derechos de las víctimas y de los acusados, el enjuiciamiento a nivel nacional de los autores de violaciones de los derechos humanos y del derecho humanitario suele ser preferible a los procesos ante tribunales internacionales. En 1973, la Asamblea General adoptó la resolución 3074 (XXVIII), titulada "Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad", en la que señaló, en particular, que "[t]odo Estado tiene el derecho de juzgar a sus propios nacionales por crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad". Este principio se aplica también a los casos de violencia sexual, aunque la comunidad internacional debe reconocer que los delitos de esa naturaleza exigen salvaguardias procesales y probatorias específicas para garantizar que los juicios nacionales respondan adecuadamente a las violaciones cometidas.

92. Hay varios aspectos parcialmente coincidentes que deben examinarse al decidir si los actos de esclavitud y violencia sexuales cometidos en tiempo de conflicto armado han de juzgarse en un tribunal internacional o nacional. En general, los procesos nacionales en la jurisdicción misma en que se cometieron esos delitos suelen ofrecer más probabilidades, si se tienen debidamente en cuenta los problemas de la mujer, de satisfacer el derecho fundamental de las víctimas a conocer la verdad y, por lo tanto, deberían ser preferibles, en la mayoría de los casos, a los procesos internacionales (E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, párr. 16). Sin embargo, siempre que sea posible, esas causas deberán juzgarse en los tribunales nacionales como delitos internacionales y no como delitos internos, con cargos alternativos en virtud del derecho interno en caso de que no puedan acreditarse los elementos necesarios del delito internacional.

93. En algunos casos es posible que, debido al carácter flagrante o masivo de las violaciones, sólo un juicio en un tribunal internacional refleje apropiadamente el daño que los crímenes infligieron a la comunidad mundial. Esto se aplica en particular a los procesos contra altos dirigentes políticos o militares acusados de haber cometido u ordenado cometer crímenes masivos en violación del jus cogens, con inclusión de actos de esclavitud y violencia sexuales. Como cuestiones de interés universal que pueden juzgarse debidamente en cualquier foro, las violaciones criminales masivas de las normas imperativas del derecho internacional consuetudinario son en realidad un problema de toda la comunidad internacional y deberían, en esos casos extremos, juzgarse en procesos penales internacionales.

94. En las causas que entrañan denuncias de esclavitud o violencia sexuales, los procesos locales pueden ser más eficaces para prevenir nuevas violaciones en el futuro, y pueden facilitar el regreso de las víctimas a sus comunidades de antes de la guerra al eliminar algunos de los estigmas que, por injustificado que sea, suelen asociarse a las víctimas de la violencia sexual. Ahora bien, debido a los estereotipos sexuales que se mantienen en distintas culturas, no siempre los supervivientes de ese tipo de violaciones son capaces de interponer una denuncia o están dispuestos a hacerlo, ya sea porque temen exponerse a una mayor estigmatización o porque tienen miedo a las represalias. Así pues, los tribunales locales que intervienen en los procesos posteriores a los conflictos deben evaluarse sobre la base de su capacidad para garantizar el derecho tanto de las víctimas como de los acusados de obtener justicia en un tribunal independiente e imparcial.

B. Defectos comunes del derecho y los procedimientos internos

95. Un aspecto crucial al evaluar la competencia de los sistemas judiciales nacionales para juzgar delitos internacionales es la medida en que el ordenamiento jurídico interno en cuestión protege adecuadamente, como cuestión de interés general, los derechos de las mujeres a presentar y defender sus demandas de reclamación en pie de igualdad con los hombres ante un tribunal de justicia. En los procesos nacionales, los crímenes de esclavitud y violencia sexuales cometidos durante un conflicto armado deberían juzgarse generalmente como delitos internacionales y no como delitos internos, aplicando, por lo tanto, las normas de procedimiento internacionales en relación con cuestiones tales como la admisibilidad de las pruebas. No obstante, en la medida en que se apliquen a pesar de todo algunas normas internas respecto del procedimiento penal o de las pruebas, la existencia de estereotipos y prejuicios basados en el sexo en el derecho o los procedimientos internos debe tenerse en cuenta al evaluar la competencia general de los tribunales nacionales para juzgar las violaciones de derechos humanos y del derecho humanitario sufridas por mujeres. Por ejemplo, en algunos sistemas jurídicos el delito de violación no está debidamente tipificado como delito de violencia contra las personas. En otros ordenamientos jurídicos, las normas relativas a la presentación de pruebas atribuyen al testimonio de una mujer ante un tribunal de justicia un peso legal menor, creando así una barrera jurídica que necesariamente obstaculizará el enjuiciamiento adecuado de los autores de delitos contra la mujer. Otro factor igualmente importante que puede ser necesario tener en cuenta al evaluar la utilidad global de un enjuiciamiento nacional en lugar de internacional de los autores de actos de violación y esclavitud sexual durante un conflicto armado es el enfoque general del ordenamiento jurídico respecto de los delitos de violencia sexual, incluidas las violaciones y la esclavitud sexual. Por ejemplo, algunos sistemas jurídicos ponen de relieve la condición inmoral de la persona que sobrevive a una violación, en lugar del carácter violento del delito cometido por el acusado.

96. Un examen general de los ordenamientos jurídicos internos revela los siguientes ejemplos de discriminación sexual codificada en los derechos penales y los sistemas de justicia de distintas partes del mundo: violaciones y otras formas de agresión sexual tipificadas como crímenes

contra la comunidad y no contra la víctima individual, aun cuando las agresiones de índole no sexual se definan como delitos contra la víctima individual; violaciones tipificadas como actos cometidos por un hombre contra una mujer (que no sea su esposa), aun cuando los hombres también sean víctimas de violencia sexual; derechos procesales en virtud de los cuales la mujer debe interponer un recurso independiente para que la fiscalía entable un proceso por violación; leyes sobre presentación de pruebas que atribuyen menor preponderancia a las pruebas presentadas por una mujer; leyes sobre presentación de pruebas en casos de violación y agresión sexual que exigen que la mujer presente el testimonio corroborativo de un hombre; derechos sustantivos que disponen que una mujer casada que no logre demostrar que ha sido violada puede ser acusada de adulterio; sanciones de la violencia sexual que permiten que un hombre acusado de violación evite el castigo contrayendo matrimonio con la víctima; leyes que impiden a la mujer trabajar como jueces o como investigadoras; leyes que restringen el acceso de la mujer al aborto, los anticonceptivos o la información sobre salud reproductiva; y la ausencia de programas adecuados de protección de testigos específicos para las mujeres, que deja a las supervivientes de actos de violencia sexual o motivada por el sexo expuestas a represalias y a merced de la protección de sus parientes varones, o sea precisamente de quienes con frecuencia a partir de ese momento las consideran "deshonradas".

97. Los prejuicios y la discriminación sexistas están incorporados también en muchas leyes relativas a la familia y al estatuto personal en todo el mundo. Por ejemplo, en algunos sistemas jurídicos internos la mujer está sometida a la tutela legal de los parientes varones y privada de capacidad legal para firmar contratos de trabajo o prestación de servicios, poseer o transferir bienes, o reclamar o percibir personalmente indemnizaciones por daños sufridos. La importancia atribuida en el derecho humanitario a los conceptos del "honor familiar" constituye el vínculo histórico con estas denegaciones actuales de la personalidad individual de la mujer ante la ley.

98. A la luz de estas deficiencias comunes del derecho y los procedimientos internos, el presente informe aboga por una interpretación amplia del proyecto de estatuto de la Corte Penal Internacional (A/CONF.183/2/Add.1) que exija un enjuiciamiento internacional de los autores de crímenes que sean de la competencia de la Corte siempre que el Estado que tenga jurisdicción sobre esos delitos no quiera o no pueda llevar a cabo una investigación o un proceso, o siempre que no existan leyes o procedimientos internos, o que los que existan no sean eficaces, para garantizar el derecho de las víctimas a la justicia y el derecho del acusado a un juicio imparcial.

99. Un factor importante a la hora de evaluar la competencia general de un sistema judicial interno para juzgar crímenes internacionales, incluidos los de esclavitud o violencia sexuales, es la posible aplicación de la pena de muerte. Habida cuenta de que la comunidad internacional se ha comprometido a eliminar progresivamente las condenas a muerte y otros castigos bárbaros, sería contrario a los principios internacionales y a los objetivos de promoción del respeto a la vida y la dignidad humanas permitir que los

crímenes internacionales se juzgaron en jurisdicciones que imponen la pena de muerte, a menos que éstas renuncien a la aplicación potencial de ese tipo de condena.

100. Sin embargo, a pesar de estas preocupaciones variadas e interconexas respecto de los procesos legales internos, los juicios nacionales se prefieren, en general, a los internacionales para la mayoría de los delitos de esclavitud o violencia sexuales, por considerárseles un medio más eficaz para investigar esos delitos y prevenir nuevas violaciones en el futuro. Aunque la comunidad internacional espera ahora con gran interés la inminente creación de una Corte Penal Internacional permanente, sigue siendo esencial que los tribunales internos continúen juzgando eficazmente a nivel nacional los crímenes internacionales cometidos en los conflictos armados, porque es posible que los procesos internacionales, incluso ante una Corte Penal Internacional, no puedan abordar más que una pequeña parte de las violaciones perpetradas cada año.

VIII. RECOMENDACIONES

101. Para poner fin al ciclo de impunidad que actualmente ampara los actos de violencia y esclavitud sexuales cometidos durante los conflictos armados se requerirá voluntad política y una acción concertada por parte de la comunidad internacional, las Naciones Unidas, los gobiernos y los agentes no gubernamentales. Un componente decisivo de toda actuación de ese tipo será el mejoramiento de la eficacia y disponibilidad del marco jurídico vigente. Como mínimo deberían aplicarse de inmediato las medidas prácticas que se exponen a continuación.

102. Legislación a nivel nacional. Los Estados deberían promulgar una legislación especial que incorpore el derecho penal internacional en sus sistemas jurídicos internos. Las codificaciones del derecho penal internacional en el derecho interno deberían tipificar específicamente la esclavitud y los actos de violencia sexual, incluidas las violaciones, como graves infracciones de los Convenios de Ginebra, crímenes de guerra, tortura y actos constitutivos de crímenes de lesa humanidad y genocidio. Los reglamentos militares, los códigos de conducta y el material didáctico para los servicios armados y uniformados deben tratar explícitamente la prohibición de la violencia sexual y de la esclavitud sexual en tiempos de conflicto armado. Los Estados deben buscar y enjuiciar a todos los autores de violaciones graves de los Convenios de Ginebra, en aplicación del artículo 146 del Cuarto Convenio de Ginebra. Por ejemplo, los Estados deberían seguir los ejemplos de Bélgica y el Canadá y promulgar legislación que disponga la jurisdicción universal para las violaciones del jus cogens y otros crímenes internacionales como la esclavitud y la violencia sexuales o por motivos de sexo cometidos por agentes estatales o no estatales, incluidos los grupos armados no sometidos a la autoridad del Gobierno. La Subcomisión, en consulta con otros órganos competentes de las Naciones Unidas, debería facilitar la presentación pública de informes del Secretario General sobre las medidas adoptadas para incorporar el derecho humanitario en los ordenamientos jurídicos nacionales y sobre el grado en que las leyes

nacionales confieren competencia para encausar a personas que se encuentren en el territorio o la jurisdicción de un Estado y estén acusadas de haber cometido graves violaciones de los Convenios de Ginebra, crímenes de lesa humanidad o actos de esclavitud, genocidio o tortura en otros países. La Subcomisión podría, si lo considera oportuno, pedir al autor del presente informe que facilite la convocación de una reunión de expertos integrada por representantes de los fiscales generales, los ministerios de justicia, las fiscalías nacionales de diversos sistemas jurídicos, la Oficina del Fiscal del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y del Tribunal Internacional para Rwanda, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y otros programas, organismos y expertos competentes de las Naciones Unidas, como la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal o el Relator Especial de la Comisión sobre la violencia contra la mujer, así como otras organizaciones internacionales, gubernamentales y no gubernamentales pertinentes, con objeto de preparar y difundir directrices para el enjuiciamiento eficaz de los autores de crímenes internacionales de violencia sexual en procesos a nivel nacional.

103. Eliminación de los prejuicios basados en el género en el derecho y los procedimientos internos. Los Estados deben garantizar que sus ordenamientos jurídicos sean conformes en todos los niveles a las normas internacionalmente aceptadas y puedan juzgar a los autores de crímenes internacionales y administrar justicia sin discriminaciones basadas en el género. Los tribunales internos y los derechos y prácticas formales y consuetudinarios no deben discriminar contra la mujer en las definiciones jurídicas sustantivas ni en las cuestiones de procedimiento o relativas a la presentación de pruebas. Los Estados deberían examinar y revisar sus leyes y prácticas internas para cerciorarse de que promuevan la igualdad de acceso a la justicia de mujeres y hombres y de que todos los niveles y ramas de sus sistemas jurídicos, inclusive, cuando proceda, los tribunales militares o religiosos, proporcionen recursos y formas de reparación eficaces para las violaciones del derecho internacional, con inclusión del enjuiciamiento de los autores y de la indemnización de las víctimas. Para impulsar los esfuerzos realizados por diversos organismos y entidades de las Naciones Unidas, en particular por el Relator Especial sobre la violencia contra la mujer, y de conformidad con lo reafirmado en la Plataforma de Acción de Beijing, la Subcomisión, junto con otros órganos y programas pertinentes de las Naciones Unidas, debería facilitar la publicación regular de información sobre los obstáculos sustantivos, probatorios y procesales existentes en todos los niveles de los sistemas jurídicos internos para enjuiciar a los responsables de actos de violencia contra la mujer, incluida la violencia sexual, poniendo de relieve las medidas adoptadas para eliminar esos obstáculos de conformidad con las normas internacionales en materia de derechos humanos.

104. Protección adecuada de las víctimas y de los testigos En los juicios por crímenes internacionales a nivel internacional o nacional, incluidos los crímenes que entrañan violencia sexual, es importante proteger a las víctimas y a los testigos de la intimidación y las represalias en todas las fases del proceso y después de éste. Esta medida es particularmente importante cuando se trata de crímenes internacionales que entrañan denuncias de violencia

sexual y los acusados se encuentran libres en la comunidad. Para brindar esa protección puede ser necesario aplicar programas de traslado de testigos o mantener secreta la identidad de éstos. Hay que identificar los recursos, las estructuras y el personal necesarios para proteger a los testigos y asegurar la disponibilidad de servicios de apoyo, con inclusión de traductoras mujeres, para las víctimas y los testigos en las querellas a nivel nacional e internacional y en todas las fases del procedimiento judicial (incluidos los períodos que sean necesarios después del juicio).

105. Servicios de apoyo apropiados para las víctimas. Además de que se investiguen y juzguen sus causas, las víctimas de la violencia sexual necesitan servicios de apoyo apropiados, con inclusión de asesoramiento psicosocial, asistencia letrada, atención médica de urgencia y servicios de salud reproductiva que atiendan los efectos devastadores de la violencia sexual, como los embarazos no deseados, las enfermedades de transmisión sexual y la mutilación. En la medida en que la violación se concibe aún como una vulneración del honor en diversas disposiciones del derecho humanitario, debe considerarse una conculcación del honor y la dignidad inherentes a toda persona. Entre los riesgos que entraña la asociación de la violación con los conceptos, cargados de prejuicios sexistas, del "honor de la mujer" figura el de marginar la naturaleza del daño o de aceptar inadvertidamente el cargo de deshonra de la superviviente, reduciendo así las posibilidades de una adecuada compensación y reparación legal y complicando además todos los aspectos de la recuperación física y psicológica. Las supervivientes de actos de violencia sexual se ven enfrentadas con frecuencia al ostracismo y la discriminación por parte de sus familias y comunidades, cuyos miembros pueden considerar que las víctimas han quedado "mancilladas" o los han "deshonrado" de alguna forma, lo que dificulta su reintegración. Estas actitudes destructivas hacia las supervivientes de la violencia sexual deben disiparse activamente mediante campañas de las autoridades y de los grupos locales de mujeres, de conformidad con las obligaciones internacionales de acabar con los estereotipos denigrantes respecto de mujeres y hombres. Los Estados deberían examinar y revisar, cuando sea necesario, sus procedimientos de concesión de asilo y de la condición de refugiado con el fin de cerciorarse de que se reconozca como refugiados a quienes soliciten ese estatuto o el asilo sobre la base del temor a ser perseguidos mediante violencia sexual o por motivos sexistas en un conflicto armado, y para garantizar el acceso a intérpretes y letrados calificados que faciliten la presentación de esas reclamaciones.

106. La propuesta Corte Penal Internacional permanente. La Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos debería facilitar un diálogo continuo entre las personas que representen a las diversas entidades que se encargarán de aplicar el estatuto de la Corte Penal Internacional y los expertos competentes de la Comisión de Derechos Humanos y de la Subcomisión, y la Oficina del Fiscal del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y del Tribunal Internacional para Rwanda. Para promover este diálogo, la Alta Comisionada debería convocar una reunión con objeto de elaborar los principios y determinar los recursos necesarios para garantizar que las investigaciones y las diligencias procesales ante la Corte Penal Internacional tengan debidamente en cuenta la necesidad de integrar una

perspectiva de género en su contenido y en la contratación de su personal. Entre las estrategias concretas cabe mencionar la formación del personal de todos los niveles en los problemas relativos al género y la preparación de directrices para los procesos por violencia sexual, con inclusión de técnicas eficaces de reunión de pruebas y del trabajo con organizaciones no gubernamentales y grupos de mujeres locales.

107. Documentación con vistas a una posible causa. La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, por conducto de sus misiones sobre el terreno y de otros servicios, debería tomar la iniciativa de reunir pruebas documentales o facilitar el acopio de documentación sobre la violencia sexual en las situaciones de conflicto. Ello exigirá un adiestramiento específico del personal de las Naciones Unidas y un compromiso de parte de la Alta Comisionada misma a conceder prioridad a esas actividades de documentación. Deberían adoptarse medidas para garantizar la presencia de traductoras mujeres en todas las misiones de vigilancia que realice o coordine la Oficina del Alto Comisionado, e implantarse mecanismos para proteger la identidad de los testigos y de las víctimas que se decidan a presentar denuncia. Todas estas actividades de documentación deberían realizarse con vistas a un posible enjuiciamiento de los autores de los delitos, y habría que estudiar mecanismos para facilitar ese enjuiciamiento en los tribunales internacionales. En la documentación sobre la violencia sexual en tiempos de conflicto armado, los investigadores internacionales y nacionales, las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, los organismos humanitarios y de socorro, los profesionales de la salud, los periodistas y los demás interesados deberían desplegar un esfuerzo coordinado para atenuar el trauma que sufren las víctimas y los testigos al relatar sus historias. Entre los métodos de documentación e investigación de los delitos de violencia sexual debería figurar el acopio de información de otras fuentes fidedignas, como los grupos locales de mujeres, los observadores de los derechos humanos y los dispensadores de atención sanitaria.

108. Medidas al cese de las hostilidades. Cuando cesan las hostilidades, es práctica cada vez más común que las partes interesadas incluyan en los tratados de paz unos "capítulos de derechos humanos" que obligan a las partes a ratificar y observar los instrumentos y principios internacionales de derechos humanos. El enjuiciamiento de los autores de crímenes internacionales durante los conflictos armados y la indemnización de las víctimas no suelen estar previstos en las negociaciones y los acuerdos de paz. De hecho, con frecuencia se concede la amnistía a autores de violaciones graves de los Convenios de Ginebra y otros crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad o actos de esclavitud, genocidio o tortura. Después de un conflicto armado u otras hostilidades o circunstancias que desembocan en la transferencia de la potestad estatal, los Estados deberían incorporar explícitamente en los tratados de paz disposiciones que rompan el ciclo de impunidad y garanticen la efectiva investigación y reparación de los actos de esclavitud sexual y violencia sexual, incluida la violación, cometidos durante el conflicto armado. Además, los tratados de paz no deben apuntar a extinguir los derechos de las víctimas de violaciones de los derechos humanos respecto de las reclamaciones de indemnización u otras

formas de reparación legal, a menos que el acuerdo de paz sustantivo comprenda planes administrativos apropiados para la indemnización y el enjuiciamiento. La comunidad internacional, incluidas las Naciones Unidas, deben prestar el máximo apoyo a la reconstrucción de sistemas jurídicos internos eficaces, asequibles y no discriminatorios tras el cese de las hostilidades, y garantizar el adecuado enjuiciamiento de las personas que durante el conflicto hayan cometido crímenes internacionales, en particular crímenes con componentes de violencia sexual.

109. Necesidad de una respuesta eficaz y atenta al género Aunque el derecho internacional humanitario y la normativa de los derechos humanos se aplican en general a todos los autores de actos de violencia y esclavitud sexuales, sean hombres o mujeres, la naturaleza y las consecuencias específicas de esos delitos para cada sexo deben tenerse en cuenta en todas las respuestas jurídicas y extrajurídicas, inclusive la prevención, la investigación, los juicios, la indemnización y el adiestramiento de las personas que participan en los conflictos armados. Esa integración de las consideraciones del género tiene por finalidad garantizar que ningún acto de violencia sexual quede impune. Claramente, las mujeres suelen estar más expuestas a la violencia sexual. Este riesgo se agrava aún más por la discriminación basada en el género que se observa en todos los ordenamientos jurídicos y en las sociedades en general, aunque en grados variables. Esa discriminación se vuelve aún más probable cuando al hecho de ser mujer se suma la pertenencia a una minoría étnica, racial o religiosa. Al mismo tiempo, es fundamental no pasar por alto que en las situaciones de conflicto armado las víctimas de la violencia sexual suelen sufrir también, en la mayoría de los casos, una violencia de otra índole. Las mujeres que han sido violadas, por ejemplo, no deben caracterizarse únicamente como "víctimas de una violación", haciendo caso omiso de todos los otros daños que hayan sufrido. La incorporación de una perspectiva de género en el marco jurídico destinado a reprimir la violación y la esclavitud sexual sistemáticas permite articular cuidadosamente toda la gama de las obligaciones y la responsabilidad legal de todas las partes en el conflicto y esbozar medidas concretas para garantizar una adecuada prevención, investigación y reparación penal y civil, incluida la indemnización de las víctimas.

IX. CONCLUSIONES

110. Como observó la Sra. Machel en su informe final, "[m]ientras que abusos tales como el asesinato y la tortura han sido denunciados hace mucho tiempo como crímenes de guerra, a la violación se le ha quitado importancia, como si se tratara de un efecto secundario pero inevitable de la guerra" (A/51/306, párr. 91). Sin embargo, ya está surgiendo una nueva actitud respecto del enjuiciamiento de los actos de violencia sexual perpetrados en tiempos de conflicto armado como graves crímenes internacionales. La comunidad internacional ha intensificado sus esfuerzos para quebrar el ciclo de impunidad de esos crímenes garantizando que se haga justicia, tanto para las víctimas como para los autores de los delitos. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Rwanda, así como la propuesta Corte Penal Internacional permanente,

constituyen adelantos satisfactorios en esta campaña en pro de la justicia, y es de esperar que esos tribunales se esfuercen por aplicar las mejores prácticas posibles a este respecto.

111. El marco jurídico internacional del derecho humanitario, la normativa de los derechos humanos y el derecho penal actualmente vigente para juzgar los delitos de violencia sexual cometidos durante un conflicto armado, si bien no siempre es suficientemente explícito, prohíbe claramente y tipifica como delitos la violencia y la esclavitud sexuales y establece la jurisdicción universal en la mayoría de los casos. El derecho internacional debería reflejar mejor la experiencia de las mujeres y la verdadera naturaleza del daño que se les inflige, particularmente en las situaciones de conflicto armado, y el perfeccionamiento del marco jurídico mediante una práctica coherente y atenta al género es un objetivo fundamental. Sin embargo, el obstáculo mayor a un eficaz enjuiciamiento y una justa reparación de los actos de esclavitud y violencia sexual cometidos durante los conflictos armados es la falta de voluntad política.

112. Cuando existen los elementos necesarios para determinar que la violencia sexual constituye un crimen internacional como la esclavitud, los crímenes de lesa humanidad, el genocidio, la tortura o los crímenes de guerra, esa violencia debe denunciarse y juzgarse como tal, asegurando la debida reparación. Han de adoptarse medidas concretas inmediatas, inclusive en los países afectados actualmente por conflictos armados internos o por la violencia, para asegurar a) que la violencia y la esclavitud sexuales se identifiquen y documenten; b) que los marcos jurídicos se apliquen y los autores de esos abusos comparezcan ante la justicia; y c) que las víctimas de esas violaciones reciban plena reparación en virtud del derecho tanto penal como civil, incluida la indemnización, cuando proceda. El crimen internacional de esclavitud, incluida la esclavitud sexual, es una base particularmente importante y útil para abordar los actos flagrantes de violencia contra las mujeres durante los conflictos armados, dado que su prohibición es una norma del jus cogens que da lugar a jurisdicción universal absoluta.

113. Los autores individuales de crímenes de lesa humanidad, actos de esclavitud, genocidio o tortura y crímenes de guerra, ya sean agentes estatales o no estatales, deben ser culpados de esos delitos a nivel internacional o nacional, según las circunstancias del caso y la capacidad y disponibilidad de las instancias para juzgar las causas con imparcialidad y dispensar justicia adecuadamente. Una aplicación estricta de las normas jurídicas internacionales sobre la responsabilidad de los superiores, aplicables a todas las autoridades de una determinada jerarquía de mando, puede prevenir la violencia sexual o por motivos de sexo en futuras situaciones de conflicto y contribuir a los objetivos de la protección, el cumplimiento de la ley y la disuasión. En muchos casos, puede ser más eficaz concentrar los recursos en juzgar a nivel internacional a los superiores responsables de crímenes como el genocidio o los crímenes de lesa humanidad, o de no haber adoptado medidas para prevenir la violencia sexual contra niñas y mujeres o su esclavización, y enjuiciar a los responsables de los delitos concretos comprendidos en esos crímenes internacionales en procesos internos.

Además, quienes inciten o contribuyan mediante actos de complicidad a cometer crímenes internacionales, o soliciten su comisión, deberán también ser juzgados por la responsabilidad que les incumba por acción u omisión, según sea el caso.

114. En descrédito de todos nosotros, la comunidad internacional esperó demasiado antes de intervenir en las situaciones de la ex Yugoslavia y de Rwanda, a pesar de los informes de violaciones en masa del derecho a la vida y la libertad de hombres y mujeres, incluido el uso de la violación y de otras formas de violencia sexual como táctica de guerra. Los actos generalizados, frecuentes y no reparados de violación u otras formas de violencia sexual son importantes indicadores de un conflicto incipiente, y esa alerta debe tomarse tan en serio como los informes de matanzas en masa y de expulsiones forzosas. La comunidad internacional debe responder con rapidez a esas primeras advertencias de posibles situaciones de conflicto armado, y la intervención humanitaria, diplomática y preventiva ha de comprender esfuerzos encaminados a afrontar esa violencia sexual o basada en el género.

115. Los conflictos armados exacerbaban la discriminación y la violencia contra la mujer en todas partes, día tras día. Para acabar con ese ciclo de violencia hay que proteger y promover la igualdad de derechos de las mujeres a participar en la vida económica, social, política y cultural de sus sociedades. Sin la plena igualdad y participación de las mujeres, todas las medidas que se adopten para prevenir la violación o la esclavitud sexual sistemáticas durante los conflictos armados, o para reconstruir las sociedades después de una guerra, acabarán siendo inútiles.

1/ La Relatora Especial quisiera dar las gracias a las personas siguientes que la ayudaron a preparar el informe: Stephen Bowen, Mark Bromley, Alice M. Miller y Alison N. Stewart. Además, la Relatora Especial también quisiera agradecer a las personas siguientes sus consejos y sugerencias durante la preparación del estudio: Kelly Askin, M. Cherif-Bassiouni, Diane Orentlicher, Patricia Viseur Sellers y David Weissbrodt.

2/ Para un examen de la cuestión, véase Hilary Charlesworth; Christine Chinkin y Shelley Wright, "Feminist approaches to international law", American Journal of International Law, vol. 85, 1991.

3/ Madeline Morris, "By force of arms: rape, war, and military culture", Duke Law Journal, vol. 45, 1996.

4/ "El término "género" se refiere a las funciones socialmente establecidas de las mujeres y los hombres en la vida pública y privada. El género se distingue del "sexo", que está biológicamente determinado." Donna Sullivan, Integration of Women's Human Rights into the Work of the Special Rapporteurs (Nueva York: UNIFEM, 1996).

5/ Véase la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing (A/CONF.177/20), párrs. 131 a 149; Radhika Coomaraswamy, informe presentado por la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias (E/CN.4/1998/54), párrs. 8 a 18.

6/ M. Cherif Bassiouni, *Sexual Violence: An Invisible Weapon of War in the Former Yugoslavia*, Occasional Paper N° 1, International Human Rights Law Institute, DePaul University College of Law, 1996, pág. 3.

7/ Human Rights Watch, Shattered Lives: Sexual Violence during the Rwandan Genocide and its Aftermath, Nueva York, 1996, pág. 62.

8/ Véase Tribunal Penal Internacional Criminal para la ex Yugoslavia (ICTFY), Fiscal c. Tadic, Caso IT-94-1-T (Sentencia de la Sala de Primera Instancia de 7 de mayo de 1997).

9/ Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Acta de acusación contra Miljkovic y otros, Caso IT-95-9-I (21 de julio de 1995), párr. 31.

10/ Rape and Sexual Assault: A Legal Study. Final report of the United Nations Commission of Experts Established Pursuant to Security Council resolution 780 (1992) (S/1994/674/Add.2(Vol. I), anexo II), párr. 2.

11/ *Ibíd.*, nota 4 (donde se afirma que los delitos violentos de carácter homosexual no se mencionan explícitamente en el derecho internacional humanitario... Está fuera de toda duda que el derecho internacional humanitario, en la medida en que protege contra la violación y otras agresiones sexuales, se aplica tanto a hombres como a mujeres, ya que el derecho humano de no ser objeto de discriminación (en este caso por razón del sexo) es inderogable).

12/ Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Normas sobre procedimiento y sobre prueba (enmendadas el 25 de julio de 1997), norma 96 (Prueba en casos de agresión sexual); Tribunal Internacional para Rwanda, Normas sobre procedimiento y sobre prueba, que entraron en vigor el 29 de junio de 1995.

13/ *Ibíd.*

14/ M. Cherif Bassiouni, "Enslavement as an International Crime", New York University Journal of International Law and Politics, vol. 23, 1991, pág. 458.

15/ Por ejemplo, véase el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Acta de acusación contra Gagovic y otros, Caso IT-96-23-I (26 de junio de 1996 [denominada en lo sucesivo Acta de acusación de Foca]).

16/ Véase, por ejemplo, Betsy Apple, School for Rape: The Burmese Military and Sexual Violence, 1998, pág. 49.

17/ Coomaraswamy (E/CN.4/1998/54, párr. 42). Está claro que muchas de las víctimas de la esclavitud sexual y la violencia sexual durante los conflictos armados son niños. La Sra. Graça Machel, experta designada por el Secretario General para realizar un estudio sobre las repercusiones de los conflictos armados sobre los niños, afirmó en su informe final (A/51/306 de 26 de agosto de 1996, párr. 45) lo siguiente:

"En Guatemala los grupos de rebeldes utilizan a las niñas para preparar alimentos, atender a los heridos y lavar la ropa. También a veces las obligan a tener relaciones sexuales. En Uganda "casan" a las niñas secuestradas por el Ejército de Resistencia del Señor con dirigentes rebeldes. Si el hombre muere, aíslan a la niña, la someten a ritos de limpieza y luego la casan con otro rebelde."

18/ Machel, *ibíd.*, párr. 91. "Mientras que abusos tales como el asesinato y la tortura han sido denunciados hace mucho tiempo como crímenes de guerra, a la violación se le ha quitado importancia, como si se tratara de un efecto secundario pero inevitable de la guerra".

19/ M. Cherif Bassiouni, *International Crimes, Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, en Bassiouni y Madeline H. Morris (eds.), Accountability for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights, 1996, pág. 68.

20/ *Ibíd.*, págs. 65 y 66.

21/ *Ibíd.*

22/ Véase Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, caso Tadic, sección VI.D.2.ii.a. Una Sala de Primera Instancia del Tribunal observó que estaba ya bien establecido que el requisito de que los actos estuvieran dirigidos contra una "población" civil se cumplía si dichos actos se producían o bien de una manera generalizada o bien de una manera sistemática y que cada una de estas condiciones bastaba para excluir los actos aislados o fortuitos.

23/ El artículo 6 c) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (1945) define los crímenes de lesa humanidad como "el asesinato, la exterminación, la esclavitud, la deportación u otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos para cometer cualquier crimen que sea de la competencia del Tribunal o en relación con ese crimen, implique o no el acto una violación del derecho interno del país donde se haya cometido". Véase también el informe final de la Comisión de Expertos de las Naciones Unidas establecida en virtud de la resolución 780 (1994) del Consejo de Seguridad (S/1994/674), párr. 83.

24/ Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, caso Tadic, dictamen sobre competencia de la Sala de Apelaciones de fecha 2 de octubre de 1995, párr. 141 (en el que se afirma que constituye una norma establecida

del derecho internacional consuetudinario que los crímenes de lesa humanidad no deben tener necesariamente una conexión con conflictos armados internacionales).

25/ Theodor Meron, "Rape as a Crime under international humanitarian law", American Journal of International Law, vol. 87, 1993, pág. 428.

26/ M. Cherif Bassiouni, Crimes against Humanity in International Criminal Law, (Dordrecht, Boston: M. Nijhoff, 1992), pág. 251. El autor afirma:

"Es inconcebible que cualquier grupo al que se haya tomado como víctima, independientemente de cual sea su afinidad, quede excluido [de los motivos de protección en relación con los crímenes de lesa humanidad]. El elemento de discriminación pone de manifiesto el carácter colectivo del crimen y, en cuanto a su alcance, no debe haber límites ni criterios cuantitativos o numéricos para que las personas queden incluidas en el grupo discriminado."

27/ Ibíd. Véase también el informe de la Comisión de Expertos (S/1994/674), párr. 107.

28/ Estatuto del Tribunal Militar Internacional, Nuremberg, art. 6 c); Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, art. 5 c); Ley N° 10 del Consejo de Control Interaliado, relativa al castigo de las personas culpables de crímenes de guerra contra la paz y la humanidad, art. 1 c).

29/ Resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad, anexo.

30/ Resolución 995 (1994) del Consejo de Seguridad, anexo.

31/ Acta de acusación de Foca, supra nota 15, cargos 56, 57, 61 y 62, párrs. 12.2 y 12.5.

32/ Caso relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Co., Ltd. (Bélgica c. España), fallo de 5 de febrero de 1970: I. C. J. Reports 1970, pág. 32.

33/ John P. Humphrey, The International Law of Human Rights in the Middle Twentieth Century, reproducido en Richard B. Lillich, International Human Rights: Problems of Law, Policy and Practice (segunda edición) (Boston, Toronto: Little Brown & Co., 1991), pág. 1.

"En 1885 ya era posible afirmar, en el Acta General de la Conferencia de Berlín sobre África central, que "la trata de esclavos está prohibida en virtud de los principios del derecho internacional". Y en 1889, la Conferencia de Bruselas no sólo condenó la esclavitud y la trata de esclavos sino que acordó medidas para su supresión, incluidas la concesión de derechos recíprocos de busca y captura de barcos de esclavos y el enjuiciamiento de los responsables. Esta labor fue continuada tanto

por la Sociedad de Naciones como por las Naciones Unidas."

34/ Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, I. C. J. Reports 1951, pág. 15.

35/ Informe de la Comisión de Expertos (S/1994/674), párr. 313.

36/ Yoram Dinstein, "International Criminal Law", Israel Yearbook on Human Rights, vol. 5, 1975, reproducido en Henry J. Steiner y Philip Alston, International Human Rights in Context, Law, Politics, Morals (Oxford: Clarendon Press, 1996), págs. 1025 y 1028 (donde se observa que el asesinato de una sola persona puede tipificarse como genocidio si constituye una parte de una serie de actos concebidos para conseguir la destrucción del grupo al que pertenecía la víctima).

37/ Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura presentado a la Comisión de Derechos Humanos en su 42º período de sesiones (E/CN.4/1985/15, párr. 119); International Human Rights Law Group, Token Gestures: Women's Human Rights and UN Reporting, 1993, págs. 6 a 11.

38/ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general N° 19 (11º período de sesiones, 1992), párr. 6.

39/ Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua c. los Estados Unidos de América), fallo de 27 de junio de 1986, I. C. J. Reports 1986, pág. 114 (en el que se determina que las normas del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, en tanto que declaración de derecho internacional consuetudinario, representan consideraciones elementales de humanidad).

40/ Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 32º período de sesiones, Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/32/10) (1980).

41/ Artículo 49 del Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (Convenio I); artículo 146 del Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV).

42/ En general, las disposiciones sobre infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 tienen el propósito de beneficiar a las "personas protegidas", que en el artículo 4 del cuarto Convenio de Ginebra se definen como "las personas que, en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto o de ocupación, en poder de una Parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas". También se prevé que las disposiciones sobre infracciones graves se apliquen durante los conflictos armados internacionales en que intervengan una o más de las Partes contratantes en los Convenios. El artículo 3 común de los Convenios y el Protocolo II adicional a los Convenios ofrecen protecciones más limitadas en conflictos de carácter no internacional. La Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha fallado (en el caso

Tadic) que, incluso como derecho internacional consuetudinario, las disposiciones sobre infracciones graves de los Convenios de Ginebra se aplican sólo en el contexto de los conflictos armados internacionales. Sin embargo, los comentaristas han criticado el carácter poco inclusivo de esta decisión. Theodor Meron, "The continuing role of custom in the formation of international humanitarian law", American Journal of International Law, vol. 90, pág. 243.

43/ Un único acto de violación es suficiente para constituir un crimen de guerra. Informe de la Comisión de Expertos (S/1994/674), párr. 105; Rape and Sexual Assault (S/1994/674/Add.2 (vol. I), anexo II, párr. 16).

44/ Comité Internacional de la Cruz Roja, Aide-Mémoire, 3 de diciembre de 1992. Véase también Meron, supra nota 25, pág. 26.

45/ Ibíd. Véase también Amnesty International, Bosnia and Herzegovina: Rape and Sexual Abuses by Armed Forces, 1993.

46/ Hay que considerar que el Reglamento anexo a la Convención N° IV de La Haya de 1907 adquirió la condición de derecho internacional consuetudinario por lo menos en 1939. Fallo del Tribunal de Nuremberg, en American Journal of International Law, vol. 41, 1947.

47/ Ibíd.

48/ U. Dolgopol y S. Paranjape, Comfort Women: An Unfinished Ordeal, International Commission of Jurists, 1993, págs. 135 y 136.

49/ En la mayoría de casos relativos a mano de obra esclava juzgados en el Tribunal de Nuremberg se alegaban violaciones del artículo 46 del Reglamento de la Convención de La Haya, relativo al honor de la familia y del artículo 52, relativo a los tipos de trabajo forzado que pueden exigirse a las poblaciones civiles. Véase también Bassiouni, supra nota 14.

50/ Significativamente, los artículos 27 y 147 del cuarto Convenio de Ginebra abordan directamente ciertos aspectos de la esclavitud o prácticas afines. La esclavitud y los delitos conexos se abordan en los artículos 49 a 57 del Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III), que reglamentan concretamente el trabajo de los prisioneros de guerra, particularmente los trabajos insalubres, peligrosos o de carácter humillante. Además, en el artículo 130 del tercer Convenio de Ginebra se consideran infracciones graves "el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, [y] el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud". Leídas conjuntamente con el artículo 130, las prohibiciones de los artículos 49 a 57 del tercer Convenio de Ginebra incluyen varias formas de esclavitud como infracciones graves. Bassiouni, supra nota 14, págs. 510 a 512.

51/ Jean S. Pictet et al. (eds.), Commentary on the Geneva Conventions of 12 August 1949: Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 1958), pág. 598 (comentario sobre el artículo 147); Meron, supra nota 25; Anne Tierney Goldstein, Recognizing Forced Impregnation as a War Crime Under International Law, 1993, págs. 9 a 11.

52/ Acta de acusación de Foca, supra, nota 31.

53/ Ibíd., párr. 10.2.

54/ En el presente informe se reconocen los esfuerzos que se realizan en la actualidad para determinar y rectificar los límites que existen a la aplicación de las normas existentes a situaciones de violencia interna. En el informe analítico presentado por el Secretario General de conformidad con la resolución 1997/21 de la Comisión de Derechos Humanos se trata de establecer un marco de normas humanitarias mínimas y se dividen en tres amplios grupos las limitaciones y deficiencias de los derechos humanos: 1) preocupación por el incumplimiento; 2) cuestiones relativas a la responsabilidad de los grupos armados conforme a las normas de derechos humanos; y 3) la falta de especificidad de las garantías de derechos humanos que impiden su aplicación efectiva en situaciones de violencia interna (E/CN.4/1998/87, párr. 40).

55/ Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, caso Tadic, decisión de la Sala de Apelaciones, párrs. 84 y 89.

56/ Nicaragua c. los Estados Unidos de América, supra nota 39, pág. 14 de la versión inglesa.

57/ Véase también el apartado e) del párrafo 2 del artículo 4 del Protocolo Adicional II (en el que se prohíben "los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor").

58/ Theodor Meron, Human Rights in Internal Strife: Their International Protection (Cambridge, Grotius Publ., 1987), págs. 44 a 50.

59/ Pictet, supra, nota 51, pág. 36.

60/ Ibíd. (Se observa que el ámbito de aplicación del artículo 3 debe ser lo más amplio posible ya que el artículo 3 solamente exige el respeto de ciertas normas que ya se habían considerado fundamentales en todos los países civilizados y estaban consagradas en la legislación nacional de los Estados en cuestión mucho antes de que se firmara el Convenio.)

61/ Artículo 7 del estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia; artículo 6 del estatuto del Tribunal Internacional para Rwanda.

62/ Informe de la Comisión de Expertos (S/1994/674), párr. 55.

63/ Ibíd., párr. 313.

64/ Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Acta de Acusación de Miljkovic, párrs. 31, 33 y 34.

65/ Ibíd.

66/ Human Rights Watch, nota 7 supra, págs. 15 a 19; Jaime Frederic Metzl, "Rwandan genocide and the international law of radio jamming", American Journal of International Law, vol. 91, págs. 628 a 634 y 650.

67/ Ibíd., pág. 18; Human Rights Watch, War Crimes in Bosnia-Herzegovina, vol. II, 1993, págs. 166 y 167.

68/ Metzl, supra, nota 66, pág. 636 (cita de Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal, Nuremberg, 1947, pág. 548).

69/ Edith Coron, "Papon verdict condemns a collaborator and an era", The European, 6 de abril de 1998.

70/ Por ejemplo, los tribunales franceses confirmaron en 1987 la condena del criminal de guerra nazi Klaus Barbie por crímenes de lesa humanidad. International Law Review, vol. 78, 1988.

71/ Ian Brownlie, Principles of Public International Law, 4th ed., (Oxford: Clarendon Press, 1990), p. 485.

Apéndice

ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD JURÍDICA DEL GOBIERNO DEL JAPÓN POR LOS "CENTROS DE SOLAZ" CREADOS DURANTE LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

INTRODUCCIÓN

1. Entre 1932 y el final de la segunda guerra mundial, el Gobierno del Japón y el ejército imperial del Japón forzaron a más de 200.000 mujeres a someterse a la esclavitud sexual en centros de violación en buena parte de Asia. A estos centros de violación se ha solido aludir con el eufemismo inaceptable de "centros de solaz". La mayoría de esas "mujeres de solaz"¹ procedían de Corea, pero también las hubo de China, Indonesia, Filipinas y otros países de Asia dominados por el Japón. A lo largo del último decenio, cada vez más mujeres supervivientes de esas atrocidades se han manifestado en público, tratando de obtener la reparación de esos delitos. El presente apéndice se ha redactado a partir exclusivamente de los hechos comprobados en el examen realizado por el propio Gobierno del Japón de la participación de oficiales del ejército japonés en el establecimiento, la supervisión y el mantenimiento de centros de violación durante la segunda guerra mundial. Sobre la base de lo admitido por el Gobierno del Japón, en el apéndice se trata de evaluar la responsabilidad jurídica de dicho Gobierno por la esclavitud y violación de las mujeres en los "centros de solaz" durante la segunda guerra mundial. Aunque las responsabilidades pueden ser de muy diversa índole, en el presente informe se trata específicamente de la responsabilidad por los crímenes internacionales más notorios de esclavitud, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. En el apéndice también se expone el contexto jurídico del derecho penal internacional y se examinan las demandas de indemnización que pueden presentar las supervivientes.

I. LA POSTURA DEL GOBIERNO DEL JAPÓN

2. Tras negar muchos años hasta qué punto estuvo implicado directamente el ejército japonés en la creación y supervisión de los centros de violación durante la segunda guerra mundial, el Gobierno del Japón reconoció finalmente el alcance de su propia participación en la creación de los "centros de solaz" en un estudio oficial, de 4 de agosto de 1993, preparado por la Oficina de Consejeros del Gabinete del Japón para las Relaciones Exteriores, titulado "La cuestión de las "mujeres de solaz" durante la guerra" y en una declaración del Jefe del Gabinete de la misma fecha (E/CN.4/1996/137, anexo I). El estudio contenía un examen de los archivos de la época de la guerra y entrevistas con militares y antiguas "mujeres de solaz". Tal y como se dice en el presente apéndice, en el estudio de 1993 se pone de relieve la falta de autonomía personal y sexual de las "mujeres de solaz" y la reglamentación de su salud como si se tratara de esclavas.

3. El Gobierno del Japón ha pedido hace poco disculpas públicamente, en diversas ocasiones, por el "problema" de las "mujeres de solaz", en

particular en julio de 1995, con motivo del cincuentenario del final de la segunda guerra mundial, cuando el Primer Ministro del Japón, Tomiichi Murayama, señaló que "las cicatrices de la guerra son todavía muy profundas" y que el "problema de las denominadas "mujeres de solaz de la guerra" es una de esas cicatrices, que se causó con la participación del ejército japonés de la época, mancillando gravemente la honra y la dignidad de muchas mujeres, lo que no tiene excusa. Presento mis más sentidas disculpas a todas aquellas que, como mujeres de solaz durante la guerra, sufrieron heridas físicas y emocionales que jamás podrán cerrarse"².

4. A pesar de estas disculpas y el reconocimiento de la culpabilidad, el Gobierno del Japón sigue negando su responsabilidad jurídica por la actuación del ejército japonés en el "establecimiento y administración" de los centros de solaz (véase E/CN.4/1996/137). En particular, contestando a un informe de la Relatora Especial de la Comisión sobre la violencia contra la mujer, Sra. Radhika Coomaraswamy (E/CN.4/1996/53/Add.1), el Gobierno del Japón rechazó firmemente su responsabilidad jurídica, aduciendo diversas razones, entre las cuales las más significativas son: a) que no pueden aplicarse retroactivamente las innovaciones o los avances recientes en el derecho penal internacional; b) que el delito de esclavitud no describe exactamente el sistema establecido en los "centros de solaz", y la prohibición de la esclavitud, en cualquier caso, no estaba establecida como norma consuetudinaria del derecho internacional aplicable en la época de la segunda guerra mundial; c) que la violación durante los conflictos armados no estaba prohibida ni en el Reglamento anexo a la Convención N° 4 de La Haya de 1907, ni en las normas consuetudinarias aplicables del derecho internacional vigente durante la segunda guerra mundial; y d) que las leyes de guerra sólo serían aplicables, en cualquier caso, a los actos cometidos por el ejército japonés contra nacionales de los Estados beligerantes y, en consecuencia, esos actos dirigidos contra los nacionales del Japón o de Corea no estaban cubiertos por dichas leyes, puesto que Corea estaba anexionada al Japón durante la segunda guerra mundial (ibíd).

5. Tras las disculpas presentadas por el Gobierno del Japón por la participación directa del ejército japonés en los "centros de solaz", en julio de 1995, dicho Gobierno creó el Fondo Asiático para la Mujer "para proteger los derechos humanos de la mujer en el Japón y en todo el mundo"³. El Fondo apoya a las organizaciones no gubernamentales femeninas "que trabajan en pro del alivio de los problemas a los que se enfrentan las mujeres hoy día"; presta servicios de asesoramiento a la mujer, apoya la investigación y los estudios, celebra reuniones y conferencias para tratar de las cuestiones que afectan a la mujer, y, con respecto a las "mujeres de solaz", fomenta "el deseo de hacer llegar a estas mujeres las sinceras disculpas y los remordimientos del pueblo del Japón" mediante los fondos de "expiación" recaudados directamente gracias a las donaciones hechas por el público en general⁴.

6. En cuanto a las demandas de indemnización, el Gobierno del Japón alega que las "mujeres de solaz" como particulares no tienen derecho a tal compensación. Por otra parte, afirma que cualesquiera demandas de indemnización que como particulares hubieran podido presentar esas mujeres

quedaron plenamente satisfechas en los tratados de paz y los acuerdos internacionales entre el Japón y otros Estados de Asia tras el fin de la segunda guerra mundial. Finalmente, el Gobierno del Japón afirma también que cualesquiera causas civiles o penales relativas a los centros de violación durante la segunda guerra mundial ya habrían prescrito en virtud de las leyes de prescripción aplicables (E/CN.4/1996/137).

II. ÍNDOLE Y ALCANCE DE LOS CENTROS DE VIOLACIÓN

7. Resulta claro que tanto el Gobierno del Japón como el ejército participaron directamente en la creación de los centros de violación en vastas regiones de Asia durante la segunda guerra mundial. Las mujeres -muchas de ellas entre 11 y 20 años- a las que el ejército mantenía esclavizadas en esos centros estuvieron alojadas en diversos lugares por toda la zona asiática dominada por el Japón, donde a diario se las violaba y se las volvía a violar sin contemplaciones, se las sometía a maltratos físicos graves y se las exponía a enfermedades de transmisión sexual⁵. Se dice que sólo el 25% de esas mujeres sobrevivieron a ese ensañamiento cotidiano⁶. Para hacerse con estas "mujeres de solaz", el ejército japonés recurrió a la violencia, al secuestro, a la coacción y al engaño⁷.

8. Las investigaciones preliminares realizadas por organizaciones gubernamentales y no gubernamentales permiten distinguir tres clases de "centros de solaz": 1) los gestionados y controlados directamente por el ejército japonés; 2) los gestionados nominalmente por particulares, pero de hecho controlados por el ejército y utilizados exclusivamente por el ejército y sus funcionarios civiles; y 3) los gestionadas por empresas particulares y en los que se daba prioridad al ejército, pero que también se admitía a ciudadanos japoneses⁸. Se cree que la segunda clase era la más común⁹. Aunque el Gobierno del Japón ha reconocido su "responsabilidad moral" por la participación de su ejército en esos actos, el Japón declina sistemáticamente toda responsabilidad jurídica¹⁰.

9. En el informe del propio Gobierno del Japón se destacan los siguientes hechos que hacen al caso:

- a) El motivo de la creación de los "centros de solaz": "Los centros se establecieron en diversos lugares para responder a la petición de las autoridades militares de la época. En los documentos internos de la administración de entonces se dan como motivos para crearlos, la necesidad de prevenir la erupción de sentimientos antijaponeses [sic] como resultado de las violaciones u otros actos ilegales que pudiera perpetrar el ejército japonés contra la población local en zonas ocupadas por dicho ejército, la necesidad de impedir el debilitamiento de la tropa por las enfermedades venéreas y de otro tipo y la necesidad de evitar el espionaje" (E/CN.4/1996/137, pág. 14).
- b) Período y emplazamiento. "Dado que en algunos documentos se indica que en Shanghai, en la época del denominado incidente de Shanghai

de 1932, existía un centro de solaz para el ejército estacionado en esa ciudad, se supone la existencia de esos centros desde alrededor de aquella fecha hasta el final de la segunda guerra mundial. Más adelante las instalaciones fueron creciendo en escala y cobertura geográfica, a medida que se extendía la guerra" (ibíd., págs. 14 y 15).

- c) Control por el ejército de las entidades particulares. "Muchos centros de solaz estaban gestionados por particulares, aunque en algunas zonas se daban casos de centros gestionados directamente por el ejército. Incluso cuando los centros estaban a cargo de particulares, el ejército japonés de entonces participaba directamente en su establecimiento y gestión, otorgando los permisos de apertura, haciéndose cargo de la instalación y redactando los reglamentos en los que se fijaban horarios y tarifas y se estipulaban cuestiones tales como las precauciones en el uso de los centros" (ibíd., pág. 16).
- d) Supervisión de las condiciones sanitarias por el ejército. "Por lo que se refiere a la supervisión de las mujeres de solaz, el ejército del Japón imponía medidas tales como el uso obligatorio de anticonceptivos como parte del reglamento de los centros y los reconocimientos periódicos de las mujeres por médicos del ejército a fin de detectar las enfermedades venéreas y de otro tipo y de mantener así el control higiénico de las mujeres y de los centros de solaz" (ibíd.).
- e) Restricciones a la libertad de circulación. "En algunos centros se controlaba a las mujeres mediante el reglamento restringiéndoles las horas libres, así como los lugares a donde podían salir durante ellas. Es evidente, en cualquier caso, que en las zonas de guerra se obligaba a estas mujeres a desplazarse con el ejército bajo constante control militar, que se las privaba de libertad y se las obligaba a pasar penalidades" (ibíd.).
- f) Reclutamiento. "En muchos casos había reclutadores particulares, a los que los gerentes de los centros transmitían la demanda de las autoridades militares, que se encargaban de reclutar a las mujeres. Apremiados por la necesidad cada vez mayor de mujeres que ocasionaba la propagación de la guerra, estos reclutadores recurrían en muchos casos a la coacción e intimidación de las mujeres, a las que se reclutaba contra su voluntad, dándose casos incluso en que el personal administrativo o militar participaba directamente en los hechos" (ibíd., pág. 17).
- g) Transporte. "En bastantes ocasiones se trasladó a las mujeres a las zonas de guerra en buques y vehículos militares, y en algunos casos se las dejó atrás en el período de confusión y estampida que siguió a la derrota japonesa" (ibíd.).

10. Estos hechos, reconocidos por el Gobierno del Japón, demuestran claramente que, contrariamente a la repetida afirmación de que las denominadas "mujeres de solaz" "trabajaron" en prostíbulos administrados por particulares, dichas mujeres, muchas de ellas niñas todavía, fueron de hecho esclavizadas en centros de violación administrados directamente por el ejército japonés o con su pleno conocimiento y apoyo. Las mujeres y niñas mantenidas contra su voluntad en esos "centros de solaz" fueron sometidas a violaciones y actos de violencia sexual en tal escala que el delito sólo puede calificarse de crimen de lesa humanidad.

III. NORMAS COMUNES DEL DERECHO SUSTANTIVO CONSUECUDINARIO INTERNACIONAL

11. En el presente apéndice se estudian las normas del derecho internacional consuetudinario que podrían aplicarse a la esclavización de las "mujeres de solaz" por el Estado y el ejército japoneses durante la segunda guerra mundial, destacando en particular las normas de derecho consuetudinario internacional por las que se proscriben la esclavitud, la violación como crimen de guerra y los crímenes de lesa humanidad.

A. La esclavitud y la trata de esclavos

12. No hay duda de que la esclavitud y la trata de esclavos fueran prohibidas mucho antes de que se crearan los "centros de solaz". En los procesos de Nuremberg, después de la segunda guerra mundial, simplemente "se formuló de manera explícita y sin ambigüedad aquello que hasta entonces estaba implícito en el derecho internacional, a saber, que exterminar, esclavizar o deportar poblaciones civiles es un crimen internacional" ¹¹. Está claro que, en particular, la prohibición de la esclavitud ha alcanzado la categoría de ius cogens ¹². Por consiguiente, la esclavización de las mujeres por parte de los militares japoneses en toda Asia durante la segunda guerra mundial fue una clara violación, incluso en aquellos tiempos, del derecho internacional consuetudinario que prohibía la esclavitud.

13. Hacia principios del siglo XIX, muchos países ya habían proscrito la importación de esclavos ¹³. Esta prohibición estaba acompañada por la elaboración de numerosos acuerdos internacionales mediante los cuales los países trataban de poner fin a la esclavitud y a la trata de esclavos ¹⁴. Ya en 1855 en un caso internacional de arbitraje se afirmó que la trata de esclavos estaba "prohibida por todas las naciones civilizadas y [era] contraria a las leyes de las naciones" ¹⁵. Hacia 1900, la esclavitud en su forma básica estaba casi totalmente erradicada en la mayoría de los países ¹⁶. En particular, parece que el Japón declaró ya en 1872, en un caso en que condenó a comerciantes peruanos por el crimen de esclavitud, que en el Japón, de hecho, había estado prohibida la trata de esclavos durante toda su historia ¹⁷.

14. Hacia 1932 se habían concertado al menos 20 acuerdos internacionales que reprimían la trata de esclavos, la esclavitud y las prácticas relacionadas con la esclavitud ¹⁸. Además, de una muestra representativa de Estados

en 1944, prácticamente todos prohibieron la esclavitud en virtud de su legislación nacional, incluido el Japón¹⁹. Dado que la condena internacional de la esclavitud antes de la segunda guerra mundial era prácticamente general, la Convención sobre la Esclavitud de 1926, que fue elaborada por la Sociedad de las Naciones y que proporcionó una definición de la esclavitud como "el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o alguno de ellos", claramente tenía carácter declarativo del derecho internacional consuetudinario al menos en el momento de la segunda guerra mundial²⁰.

15. El carácter consuetudinario de la prohibición de la esclavitud es igualmente evidente en el cuerpo de leyes que rigen el tratamiento de civiles según las normas de la guerra. Uno de los instrumentos internacionales más básicos sobre las leyes de la guerra que se aprobaron durante este siglo, el Reglamento que figura en la Convención N° IV de La Haya de 1907, incorpora importantes medidas para proteger a los civiles y a los beligerantes de la esclavitud y del trabajo forzoso. El fallo de Nuremberg contra los criminales de guerra nazis después de la segunda guerra mundial confirma, además, que la Convención de La Haya de 1907 tenía claramente carácter declarativo del derecho internacional consuetudinario antes de la segunda guerra mundial²¹.

16. De acuerdo con el párrafo c) del artículo 6 del Estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg, las Potencias aliadas condenaron a una serie de criminales de guerra acusados de haber cometido "crímenes de guerra". En particular, entre los crímenes de guerra en los Estatutos del Tribunal de Nuremberg figuraban el "maltrato o confinamiento a trabajo forzado o con cualquier otro propósito de la población civil de un territorio ocupado o que se encuentre en él". En el párrafo c) del artículo 5 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente se utilizaban fórmulas parecidas. Una vez más, es importante reconocer que el procesamiento de los criminales de guerra japoneses y alemanes basado en esas codificaciones del derecho internacional se fundamentaba expresamente en normas ya existentes²², incluidas las normas que claramente prohibían la esclavitud antes de la segunda guerra mundial²³.

B. La violación como crimen de guerra

17. Al igual que en el caso de la esclavitud, las leyes de la guerra prohíben también la violación y la prostitución forzada. Varias fuentes tempranas y autoritativas sobre las reglas de la guerra -la más destacada, el Código de Lieber de 1863- explícitamente prohibían la violación o el maltrato de las mujeres durante la guerra²⁴. Además, después de la segunda guerra mundial se procesó a una serie de personas en parte sobre la base de las acusaciones de prostitución forzada y violación, estableciendo una vez más que esa conducta era ilegal²⁵. El Reglamento de la Convención de La Haya de 1907 estipulaba además que "el honor y los derechos de la familia... deberán ser respetados"²⁶. El artículo 27 del Cuarto Convenio de Ginebra, que se considera declarativo del derecho internacional consuetudinario e incorpora la fórmula anterior de la Convención de La Haya sobre el "honor de la familia"²⁷, establece explícitamente 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". Aunque caracterizar la violación como un delito contra el honor de la mujer y no un crimen violento es poco afortunado e incorrecto, está perfectamente establecido que la violación y la prostitución forzada fueron prohibidas en virtud del derecho internacional consuetudinario al menos en el momento en que se crearon los primeros "centros de solaz" ²⁸.

C. Crímenes de lesa humanidad

18. Al menos hace medio siglo que se ha reconocido que la esclavitud generalizada y sistemática de personas es un crimen de lesa humanidad. Esto es especialmente cierto cuando tales crímenes se cometen durante un conflicto armado, aunque el vínculo con un conflicto armado ya no se considera elemento necesario de los crímenes de lesa humanidad.

19. El párrafo c) del artículo 6 del Estatuto de Nuremberg y la Ley N° 10 del Consejo de Control, que se estableció para facilitar además el procesamiento nacional de los criminales de guerra en Alemania después de la segunda guerra mundial, incluía entre los crímenes de lesa humanidad "la esclavitud, la deportación u otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil". De la misma manera, el artículo 5 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente incluía la esclavitud, la deportación para realizar trabajos forzados y otros actos inhumanos entre los crímenes de lesa humanidad.

20. Además de la esclavitud, los actos de violación generalizados o sistemáticos también forman parte de la prohibición general de "actos inhumanos" en la formulación tradicional de crímenes de lesa humanidad contenida en el Estatuto de Nuremberg y el Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente de Tokio ²⁹. En las codificaciones más recientes de los crímenes de lesa humanidad, en lugar de utilizar la disposición residual de "otros actos inhumanos", la violación se enumera explícitamente entre los crímenes de lesa humanidad cuando ha sido cometida durante un conflicto armado interno o internacional y dirigida contra una población civil. Entre estas codificaciones recientes de crímenes de lesa humanidad figuran el artículo 5 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el artículo 3 del Tribunal Internacional para Rwanda, en que se mencionan explícitamente la esclavitud y la violación como actos constituyentes de crímenes de lesa humanidad.

21. Por lo general las pruebas relacionadas con la preparación, las normativas o el propósito del acto se consideran elementos necesarios en el enjuiciamiento de los crímenes de lesa humanidad ³⁰; sin embargo, la pasividad ante unas violaciones generalizadas puede ser suficiente para establecer este elemento necesario ³¹. Además, puede exigirse responsabilidad por los crímenes de lesa humanidad tanto a los militares como al personal civil que ocupa determinados puestos.

IV. APLICACIÓN DEL DERECHO SUSTANTIVO

22. El tratamiento de las "mujeres de solaz" entra dentro del uso corriente de "esclavitud" y de "trata de esclavos" y responde a la definición de esclavitud contenida en la Convención sobre la Esclavitud de 1926 como "el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos". El propio Gobierno del Japón reconoció, según se observa anteriormente, que las mujeres "estaban privadas de libertad" y "reclutadas contra su propia voluntad". Además, muchas mujeres fueron compradas, por lo cual entran fácilmente en la definición clásica de la esclavitud. Sin embargo, la transacción monetaria no es el único indicio de esclavitud y ni siquiera el más significativo. En la medida en que algunas o todas las "mujeres de solaz" experimentaron una pérdida considerable de autonomía, de modo que el trato que les daban los militares japoneses era parecido al que se da a un esclavo, la responsabilidad penal por la esclavitud claramente recaería tanto en los autores de los actos delictivos descritos como en sus oficiales superiores. Una vez más, en el caso particular de las "mujeres de solaz", los estudios que ha realizado el propio Gobierno del Japón han destacado hasta qué punto las mujeres fueron privadas de libertad personal, fueron trasladadas junto con las tropas y el equipo, entrando y saliendo en las zonas de hostilidades, se les fue denegado el control sobre su autonomía sexual y fueron sometidas a una regulación monstruosa, como si fueran esclavas, de su salud reproductiva en un intento de proteger a las tropas de las enfermedades de transmisión sexual.

23. En los pocos casos en que el Gobierno del Japón puede aducir que técnicamente no entran en la definición de la esclavitud, es evidente que las "mujeres de solaz" fueron violadas y se las mantuvo en zonas de guerra en unas condiciones que, cuando menos, no correspondían a las formas permisibles de "trabajo forzado" ³². En cuanto a la prostitución forzada y a la violación, el Gobierno del Japón ha reconocido que sus actos lesionaron gravemente el honor y la dignidad de muchas mujeres. Aun sin que se reconozca explícitamente, está claro que el daño que padecieron muchas mujeres incluía la violación y conductas sexuales obligadas que eran constantes. Por consiguiente, estos actos se pueden englobar fácilmente en la categoría de violación y prostitución forzada en contravención de las reglas de la guerra.

24. Debido a la escala masiva en que se cometieron estos delitos y a la evidente participación de los militares japoneses en el establecimiento, el mantenimiento y la regulación de estos centros de violación, los mandos militares japoneses que participaron o estuvieron encargados de los "centros de solaz" pueden considerarse igualmente responsables de crímenes de lesa humanidad. A consecuencia de ello, el propio Gobierno del Japón sigue teniendo la obligación de proporcionar compensación por los daños que esas mujeres y muchachas padecieron debido a las actividades de los militares japoneses.

V. ARGUMENTOS DE LA DEFENSA DEL GOBIERNO DEL JAPÓN

A. Aplicación retroactiva de la ley

25. Durante los procesos de Nuremberg, los inculpados y algunos comentaristas arguyeron que el enjuiciamiento por crímenes de lesa humanidad violaba el principio de legalidad (nullum crimen sine lege) porque los crímenes estaban recientemente definidos en el Estatuto del Tribunal y, por consiguiente, los actos de los acusados no violaban el derecho internacional en el momento en que fueron cometidos³³. El Japón ha aducido argumentos análogos en relación con las denuncias por parte de las ex "mujeres de solaz" de que el Japón actuó en violación del derecho internacional consuetudinario al esclavizar y violar a las "mujeres de solaz" por toda Asia³⁴.

26. Como ya se ha dicho, es fácil refutar las afirmaciones del Gobierno del Japón de que los actos de los militares japoneses durante la segunda guerra mundial no estaban prohibidos en el período en que se cometieron los delitos porque los crímenes internacionales de violación y esclavitud no estaban claramente proscritos en las normas consuetudinarias en esa época. Esos argumentos no convencieron a nadie hace 50 años, cuando se formularon por primera vez en los procesos de Nuremberg, y, por las razones ya mencionadas, siguen sin convencer a nadie hoy.

B. Prohibición de la esclavitud

27. Las prohibiciones internacionales consuetudinarias de la esclavitud se establecieron claramente antes de la segunda guerra mundial y fueron incluidas en los Estatutos de Tokio y Nuremberg que codificaron el derecho internacional consuetudinario en preparación para los juicios penales que se celebraron después del final de la segunda guerra mundial. Como leyes internacionales consuetudinarias, las prohibiciones de la esclavitud se pueden aplicar en virtud de las leyes de la guerra o independientemente como violaciones sustantivas, sea cual fuere el carácter de un conflicto armado o incluso independientemente de su existencia.

C. La violación y la prostitución forzada

28. El Gobierno del Japón ha tratado de refutar el argumento de que la fórmula sobre el "honor de la familia" en la Convención Nº IV de La Haya, de 1907, protege a las "mujeres de solaz", alegando que la Convención "únicamente establece principios generales que pueden ser aceptados por los signatarios de la Convención como legislación interna en forma de instrucciones a la fuerza armada de trabajo"³⁵. Básicamente, el Gobierno del Japón sostiene que los actos de violación no estaban explícitamente prohibidos por la Convención de La Haya ni por las leyes de la guerra durante la segunda guerra mundial. Como ya se ha dicho, esta interpretación se ve desmentida por la aceptación de la Convención de La Haya como derecho internacional consuetudinario que rige las leyes de la guerra y por otras fuentes sobre leyes de la guerra que confirman la prohibición internacional de la violación de la población civil durante los conflictos armados.

A consecuencia de ello, la prohibición de la violación contenida en la fórmula sobre el "honor de la familia" era una norma vinculante del derecho internacional durante la segunda guerra mundial.

D. Estatuto de Corea

29. El Japón también intentó negar la responsabilidad sobre la base del argumento de que las mujeres coreanas no estaban protegidas por el derecho internacional consuetudinario que prohíbe la esclavitud y la violación, debido a que esas normas estaban basadas en las leyes de la guerra, que protegen solamente a la población civil en los territorios ocupados y no a esas poblaciones en sus países de origen. Dado que Corea fue anexionada por el Japón durante el período de que se trata, según este argumento, esas normas no eran aplicables a las mujeres coreanas.

30. Incluso en esas circunstancias el Japón no está eximido de responsabilidad. Como ya se ha dicho, las prohibiciones relacionadas con la esclavitud no se basan exclusivamente en los crímenes de guerra. Estos actos, tanto como crímenes internacionales consuetudinarios aplicables en tiempo de guerra y en tiempo de paz, así como crímenes de lesa humanidad, están claramente prohibidos por ser violaciones notorias del derecho internacional consuetudinario, independientemente del estatuto territorial de la península de Corea en el momento en que se cometieron los delitos. Por consiguiente, esas normas se aplican por igual a las mujeres coreanas, fueran o no parte de la población civil en un territorio ocupado.

VI. REPARACIÓN

31. En virtud del derecho internacional consuetudinario el Gobierno del Japón debe proporcionar reparación por las atrocidades perpetradas contra las "mujeres de solaz". La reparación debe adoptar la forma de indemnización individual a la ex "mujer de solaz" por parte del Gobierno del Japón, o bien, los Estados pueden exigir compensación en nombre de sus ciudadanas que hayan sido "mujeres de solaz". A continuación esos Estados deben establecer mecanismos para distribuir dichos fondos a las víctimas agraviadas. Además, como se ha indicado anteriormente, también hay que procesar a los funcionarios gubernamentales y mandos militares debido a su responsabilidad por el establecimiento y el mantenimiento de los centros de violación.

A. Responsabilidad penal individual

32. Hay que exigir responsabilidad individual por el daño que han causado a los oficiales y soldados japoneses que hayan cometido actos ilegales. En la medida en que puedan reunirse suficientes pruebas, dado que han transcurrido cinco décadas, estas personas deben ser juzgadas.

33. Hay precedentes de larga data de enjuiciamientos de este tipo. En 1946, el Consejo de Guerra Provisional de Batavia (Indonesia), establecido por el Gobierno de los Países Bajos, declaró culpables a nueve soldados japoneses por haber secuestrado a muchachas y mujeres con el fin de violación y

prostitución forzada³⁶. De la misma manera, el Tribunal filipino declaró culpable de violación a un oficial japonés y lo condenó a cadena perpetua³⁷. En aplicación del derecho internacional consuetudinario, los Tribunales de Nuremberg y Tokio también declararon responsables a los oficiales, a los mandos del ejército y a los Gobiernos de Alemania y del Japón de cometer crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. En 1946 la Asamblea General de las Naciones Unidas confirmó, en su resolución 95 (I), de 11 de diciembre de 1946, que los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y el Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente eran normas internacionales consuetudinarias reconocidas por los Miembros de las Naciones Unidas en general.

34. Además, el artículo 11 del Tratado de San Francisco dispone que el Japón debe aceptar las sentencias del Tribunal Militar Internacional del Lejano Oriente y de otros tribunales aliados de los crímenes de guerra, tanto dentro como fuera del Japón. Asimismo, aunque el Estatuto del Tribunal de Nuremberg utilizó nueva terminología al referirse a los "crímenes de lesa humanidad", de hecho no creó nuevas leyes ni convirtió en ilegales conductas que antes fueran permisibles en virtud del derecho internacional consuetudinario. Según Oppenheim:

"... todas las leyes de guerra se basan en el reconocimiento de que sus normas son vinculantes no sólo para los Estados, sino también para sus nacionales, pertenezcan o no a las fuerzas armadas. En este sentido no hubo innovación alguna en el Estatuto adjunto al Acuerdo, del 8 de agosto de 1945, para el castigo de los principales criminales de guerra del Eje europeo en la medida en que decretaba la responsabilidad individual por los crímenes de guerra propiamente dichos y por lo que describía como crímenes de lesa humanidad"³⁸.

Con estos precedentes, cada oficial puede y debe ser castigado por sus crímenes.

35. Además de la responsabilidad de cada soldado, los mandos militares y los funcionarios gubernamentales también son responsables por el establecimiento y el mantenimiento de los "centros de solaz" para esos soldados y funcionarios que se encontraban bajo su autoridad. La doctrina de la responsabilidad del mando establece que los oficiales superiores son responsables de los actos ilegales cometidos por sus subordinados: a) si los superiores sabían o tenían razones para pensar que tales actos iban a ser cometidos y no tomaron medida preventiva alguna; o b) si los actos fueron cometidos y los superiores no tomaron medidas para prevenir su repetición³⁹. Esta doctrina se utilizó por primera vez como base para el procesamiento internacional durante el juicio de la comisión militar de los Estados Unidos que culminó en la condena del general japonés Tomoyuki Yamashita por haber matado a decenas de miles de prisioneros filipinos y estadounidenses. Sin embargo, los principios en que se basó la doctrina surgieron ya durante la primera guerra mundial cuando en Versalles se hicieron recomendaciones de que se juzgara al Kaiser de Alemania como criminal de guerra porque él y los oficiales del mando que dependían de él "al menos podían haber mitigado las

barbaridades cometidas durante la guerra" por sus subordinados⁴⁰. Los comentaristas han encontrado los orígenes de la responsabilidad del mando ya en el siglo XV, en Francia⁴¹, y en el Imperio Romano en el año 19 a. de C.⁴². El principio se formuló con la máxima claridad en varios procesos de Nuremberg y el juicio contra el coronel Medina de los Estados Unidos celebrado después de la guerra, por la matanza de My Lai de 1969 en Viet Nam -procesamientos, cabe observar, en que se aplicaron normas consuetudinarias ya existentes.

36. La participación generalizada y sistemática de los militares japoneses en el establecimiento y la administración de los "centros de solaz" pone de manifiesto que los oficiales superiores del ejército japonés debían haber tenido conocimiento directo o por deducción de la existencia de dichos centros. También es importante observar que los oficiales japoneses de rango intermedio que participaron en los "centros de solaz" o fueron responsables de ellos no pueden eludir la responsabilidad penal aduciendo el eximente de las "órdenes de un superior", ya que este argumento sólo se puede considerar al mitigar el castigo que se les imponga⁴³.

37. Claramente el Japón es el lugar más apropiado para celebrar los procesos penales de los responsables por la implantación del sistema de los "centros de solaz". El Consejo coreano que representa a las mujeres obligadas por el Japón a someterse a la esclavitud sexual presentó una denuncia en 1994 al Fiscal Jefe de Tokio con el fin de que se procesara penalmente a los oficiales japoneses y a otros involucrados en el funcionamiento de "los centros de solaz"⁴⁴. El Gobierno del Japón debe urgentemente dar curso a esta denuncia y debe tratar de que se formulen acusaciones contra cualquier superviviente que contribuyera al funcionamiento de los centros militares de violación o que los frecuentara.

38. También pueden existir otros tribunales nacionales para celebrar vistas de juicios penales, en particular dado que el principio de la jurisdicción universal en casos relacionados con la esclavitud, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra permite a cualquier nación que capture a los autores de esos delitos universalmente condenados enjuiciarlos por esos crímenes⁴⁵. Sin embargo, si bien la legislación internacional permite el ejercicio de la jurisdicción universal, para que estos procesos sigan adelante es preciso impulsar la legislación nacional⁴⁶. Por ejemplo, en el Canadá, esta base legislativa necesaria es el artículo 7 (3.71) del Código Penal, que estipula que cualquier persona que haya cometido un crimen de lesa humanidad o un crimen de guerra fuera del Canadá puede ser procesada como si el crimen hubiera sido cometido en el Canadá⁴⁷. En el primer proceso que se celebró en virtud de esta disposición, el acusado era un ex miembro de la gendarmería en Hungría que había colaborado en el confinamiento forzado de judíos bajo el mando nazi⁴⁸. Otras jurisdicciones deben tomar todas las medidas necesarias para procesar a los militares y funcionarios gubernamentales japoneses, que tomaron parte en los "centros de solaz" o fueron responsables de ellos, en sus tribunales nacionales, en particular, aunque sin limitarse a ello, por medio de la promulgación de leyes nacionales que den competencia para juzgar tales delitos y del ofrecimiento de asistencia letrada e intérpretes a las víctimas.

39. En estos momentos las acusaciones penales que pueden presentarse contra los oficiales o los funcionarios superiores no tendrían limitaciones temporales. Los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra no están sujetos a leyes de prescripción y no prescriben con el paso del tiempo. Así, por ejemplo, en 1953, en un informe de las Naciones Unidas sobre la Jurisdicción Penal Internacional en relación con los crímenes (A/2645) se decía que el concepto de una ley de prescripción no existe actualmente en derecho internacional ⁴⁹. En el proceso de Barbie, el Tribunal francés de Casación sostuvo también que el derecho internacional consuetudinario no reconocía una ley de prescripción de los crímenes de lesa humanidad ⁵⁰. Además, el derecho de los tratados confirma que la comunidad internacional no pone obstáculos legales a las denuncias de violaciones notorias del derecho internacional, tales como los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, en virtud de leyes de prescripción.

40. Incluso en el caso de que teóricamente se pudiera invocar una ley de prescripción, no sería aplicable en este caso, en que han salido a la luz nuevos hechos materiales. La primera vista oficial sobre los "centros de solaz" no se celebró en el Japón hasta 1992, y hasta 1993 el Gobierno del Japón no reconoció el papel de los militares japoneses en el establecimiento y la administración de los "centros de solaz". Dadas las circunstancias excepcionales que impidieron a las "mujeres de solaz" tramitar debidamente sus denuncias y la renuencia del Gobierno del Japón para ocuparse adecuadamente de la función que desempeñaron los militares japoneses en el establecimiento y el mantenimiento de esos centros de violación, los intereses de la justicia exigen que cualquier ley de prescripción aplicable empiece a funcionar no antes de 1992, momento en que el Gobierno del Japón reconoció esos hechos.

B. Responsabilidad del Estado por el pago de indemnizaciones

41. Antes de la segunda guerra mundial estaba claro que se podía exigir responsabilidad a un gobierno y sus funcionarios por las violaciones del derecho internacional en virtud de la teoría de la "responsabilidad original" por los actos realizados por un gobierno y por los "actos de sus funcionarios o particulares, realizados en virtud de una orden o de la autorización del gobierno" ⁵¹. Un Estado que tiene la responsabilidad original por una violación del derecho internacional ha cometido un "delito internacional". Un "delito internacional" es "todo daño o perjuicio causado a otro Estado por el jefe o el Gobierno de un Estado en violación de una obligación internacional de carácter jurídico. Los actos de los funcionarios o de otras personas, efectuados por orden o con la autorización del Jefe del Estado o el gobierno son equivalentes a los actos del Jefe del Estado y del Gobierno" ⁵². El Estado responsable está obligado "a indemnizar por actos lesivos de sus funcionarios que, aún no estando autorizados, entran en el ámbito normal de sus funciones" ⁵³. Por ello se considera que un Estado es responsable de haber lesionado a un extranjero en su territorio cuando un agente del Estado ha causado un perjuicio ilícito a dicho individuo. Por lo tanto, el Japón es responsable por los actos cometidos por sus militares y cualquiera de sus agentes, incluidos los particulares que explotaban los "centros de solaz" a solicitud de los militares japoneses ⁵⁴.

42. El Gobierno japonés también es responsable por no haber impedido el daño que se infligía a las "mujeres de solaz". En virtud del derecho internacional consuetudinario los Estados son responsables por no impedir el daño a extranjeros. El artículo 3 de la Convención N° IV de La Haya, de 1907, que refleja el estado del derecho consuetudinario internacional en la época de la segunda guerra mundial, establece que toda parte en dicha Convención que viole sus disposiciones debe pagar una indemnización y "será responsable de todos los actos cometidos por las personas que forman parte de su ejército". Este principio de responsabilidad e indemnización se ha considerado una extensión del principio respondeat superior del derecho de gentes, ya que responsabiliza al Estado por los actos cometidos por sus fuerzas armadas ⁵⁵. De conformidad con el artículo 3 de la Convención de La Haya cada Estado tiene el deber de prevenir, investigar, y sancionar las graves violaciones de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Por lo tanto, el Gobierno japonés es a la vez responsable por no haber impedido el daño a las "mujeres de solaz" y por no haber sancionado a los culpables ⁵⁶.

43. Estas normas jurídicas datan de principios de los años 20. En 1927 una comisión general de reclamaciones otorgó una indemnización por daños y perjuicios a una viuda en el asunto Janes para compensarla porque el Gobierno mexicano no llegó a capturar ni enjuiciar a la persona que durante la revolución había asesinado a su esposo ⁵⁷. Esta comisión declaró que el Gobierno mexicano era "responsable por no haber cumplido su obligación de procesar con diligencia y castigar adecuadamente al culpable" ⁵⁸. En su decisión, la comisión rechazó explícitamente la opinión de que el hecho de que un Estado no sancione a los delincuentes se pueda considerar como la condonación de una conducta delictiva, convirtiendo así al Gobierno en cómplice del homicidio. Por el contrario, la comisión mantuvo que cuando un Estado no enjuiciaba ni sancionaba al autor de un acto dirigido contra un extranjero, dicho Estado cometía un delito independiente. Por lo tanto, la indemnización por daños y perjuicios incluía tanto el resarcimiento de los daños provocados por la muerte de Janes como el perjuicio causado a la familia por el agravio de la impunidad ⁵⁹.

44. El Gobierno japonés también ha alegado que como se supone que el derecho internacional convencional regula la relación entre Estados y no la relación entre el individuo y el Estado, las "mujeres de solaz" no pueden presentar reclamaciones individualmente contra el Japón ⁶⁰. Pero es evidente que este argumento carece de base, ya que para fines de los años 20 el derecho internacional reconocía que cuando un Estado lesiona a los nacionales de otro Estado causa un daño al Estado extranjero y, por lo tanto, debe resarcir del daño a las personas lesionadas. Además, el derecho internacional reconoce que los particulares son también "sujetos de derechos y de obligaciones que el derecho internacional les confiere e impone" ⁶¹.

1. Indemnización individual

45. Las "mujeres de solaz" consideran que el Gobierno del Japón les debe disculpas sinceras y personales; el reconocimiento de la participación del Gobierno japonés y de la jefatura militar; el reconocimiento del carácter y

la amplitud de las violaciones del derecho internacional; y una indemnización a cada víctima (véase el documento E/CN.4/1996/53/Add.2). Como ya se ha dicho, las afirmaciones del Gobierno del Japón de que los particulares no son sujetos del derecho internacional está en contradicción con diversas fuentes del derecho internacional, entre ellas: la Convención N° IV de La Haya, de 1907; la Conferencia de Paz de París, de 1919 (Tratado de Versalles); el Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente y el derecho internacional consuetudinario. Estos instrumentos y teorías jurídicos demuestran la obligación de los Estados de pagar indemnización por las infracciones del derecho internacional. Además, como dice Theo van Boven en su trabajo, la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de las obligaciones internacionales significa el correspondiente derecho de los particulares a recibir indemnización por tales infracciones. Por ejemplo, en el Tratado de Versalles se preveía que los particulares podían reclamar daños y perjuicios a Alemania.

46. Un objetivo primordial del artículo 3 de la Convención de La Haya era "reconocer, desde un principio, el derecho de los particulares a reclamar indemnización por los daños que sufrieran como resultado de los actos de violación del Reglamento" ⁶². Aunque esta fórmula no se utiliza en el artículo 3, "la historia de la redacción del artículo no deja lugar a dudas de que este era precisamente su objetivo" ⁶³; especialmente, porque, si bien el término "reparación" puede entenderse como una restitución, indemnización, compensación o satisfacción monetarias ⁶⁴, el artículo 3 utiliza específica y únicamente el término "indemnización" ⁶⁵ que, por definición, es el pago de una suma de dinero para resarcir del daño... ⁶⁶. Es decir, "el uso de este término en lugar de la expresión más general de "reparación" se puede considerar como otra indicación de que los redactores del artículo tuvieron presente el caso de los particulares, víctimas de las leyes de la guerra, que desearon presentar una reclamación por las lesiones o los daños sufridos" ⁶⁷.

47. Además, en su decisión de 1927 en el asunto de la fábrica Chorzów la Corte Permanente de Justicia Internacional, sostuvo que cuando fuese imposible restablecer la situación anterior a la comisión de un acto que infringiera el derecho internacional (por ejemplo devolución de bienes), debía pagarse una indemnización ⁶⁸. Como restablecer la situación de las víctimas de los "centros de solaz" anterior a la infracción es claramente imposible, se les debe pagar una indemnización. Otras decisiones de la Corte Permanente también confirman la existencia en el derecho internacional de la indemnización a título individual ⁶⁹. El mismo Japón ha reconocido la posibilidad -si no la necesidad- de indemnizaciones individuales por la infracción del derecho internacional. Los acuerdos concluidos por el Japón con algunas de las Potencias Aliadas se refieren específicamente a resarcimientos individuales, a diferencia de los acuerdos concluidos con Corea y con Filipinas, que sólo se refieren a reclamaciones por parte de los Estados ⁷⁰. Por ejemplo, el acuerdo entre Grecia y el Japón, el acuerdo entre el Reino Unido y el Japón y el acuerdo entre el Canadá y el Japón prevén la indemnización por daños personales o muerte causados antes de la existencia de un estado de guerra, cuya responsabilidad corresponde al Gobierno del Japón de conformidad con el derecho internacional ⁷¹. Teniendo en cuenta en particular las admisiones anteriores del Gobierno -recogidas en numerosos

tratados- su alegación de que la indemnización a título individual no se permite como recurso en el caso de violaciones gubernamentales simplemente no es creíble.

48. En resumen, cada una de las "mujeres de solaz" tiene claramente derecho a una indemnización adecuada por los daños sufridos a manos del Gobierno del Japón y de los militares.

2. Demanda civil de indemnización

49. Como el Gobierno japonés no ha tomado medidas adecuadas para cumplir sus obligaciones jurídicas vigentes, las "mujeres de solaz" supervivientes pueden iniciar una acción civil ante los tribunales judiciales en busca de indemnización. Se podría recurrir ante los tribunales japoneses o en otras jurisdicciones si la justicia japonesa no ofrece un resarcimiento adecuado. Dado el carácter y la magnitud del daño causado habría que iniciar estas acciones, aunque haya pasado mucho tiempo.

50. Evidentemente el Japón es la jurisdicción más adecuada para interponer demandas civiles relacionadas con la tragedia de las "mujeres de solaz". La reciente decisión judicial del Tribunal de Yamaguchi, en Shimonoseki, de abril de 1998, relativa a la responsabilidad del Gobierno del Japón en el caso de las "mujeres de solaz" es una buena señal de que algunas de estas mujeres recibirán finalmente una reparación jurídica en un tribunal japonés ⁷². En este asunto reciente, un tribunal de distrito japonés dictaminó que el Gobierno del Japón tenía el deber de promulgar leyes para indemnizar a las mujeres de solaz, y que "al no haberse ocupado de las mujeres de solaz por muchos años el país demandado [Japón] había aumentado sus sufrimientos y había causado un nuevo perjuicio ⁷³. Además, el tribunal manifestó que:

"del examen de los hechos presentados en este caso se infiere que el sistema de las mujeres de solaz era extremadamente sexista y racista, que deshonraba a las mujeres y pisoteaba el orgullo racial, por lo cual se puede considerar una violación de los derechos humanos fundamentales relacionados con los valores básicos expresados en el artículo 13 de la Constitución Nacional del Japón ⁷⁴."

51. En virtud de la sentencia judicial se consideró que el Gobierno japonés era responsable en última instancia y se le ordenó el pago a tres mujeres coreanas de 300.000 yens a cada una (aproximadamente 2.300 dólares de los EE.UU.) ⁷⁵. Grupos de ciudadanas filipinas, coreanas ⁷⁶, holandesas ⁷⁷ y chinas ⁷⁸, como así coreanas que viven en el Japón ⁷⁹, también presentaron otras demandas en el Japón. El primer pleito se entabló en 1991 ⁸⁰ y al mes de julio de 1996 por lo menos seis grupos diferentes de mujeres habían interpuesto demandas ⁸¹.

52. Si los recursos disponibles en el Japón resultan insuficientes, las "mujeres de solaz" también pueden recurrir ante los tribunales de otros países que tienen competencia para juzgar tales delitos. Por ejemplo, en los Estados Unidos, la Ley de demandas de extranjeros por delitos civiles da

competencia a los tribunales de los Estados Unidos para entender en las actuaciones civiles por delitos cometidos contra el derecho de gentes o el derecho de los Estados Unidos en materia de tratados. Las "mujeres de solaz" deberían insistir en esta vía como una posible forma de que se haga justicia.

3. Acuerdos sobre liquidación de reclamaciones

53. El Gobierno del Japón, al negar que le corresponde pagar indemnizaciones, alega que, de todas formas, ya se han liquidado o se ha renunciado a ellas en virtud de lo dispuesto en los tratados de paz concluidos por el Japón después del cese de las hostilidades. Con respecto a las reclamaciones de los nacionales de la República de Corea, el Gobierno del Japón invoca el artículo II del Acuerdo de 1965 entre el Japón y Corea sobre liquidación de reclamaciones, según el cual las partes acuerdan que los problemas relativos a los bienes, los derechos y los intereses de ambas partes contratantes y de sus nacionales (incluidas las personas jurídicas) y los relativos a las reclamaciones entre cada una de las partes contratantes y sus nacionales queda absoluta y totalmente resueltos (el subrayado es nuestro).

54. Con respecto a los nacionales de los demás países el Gobierno de Japón también ha alegado que todas las reclamaciones quedaron resueltas por el Tratado de Paz que firmó con las Potencias Aliadas en San Francisco, el 8 de septiembre de 1951. Las reparaciones del Japón a las antiguas Potencias Aliadas están establecidas, con mucho detalle, en el artículo 14. En una parte de este artículo figura una renuncia a toda reclamación no establecida en el tratado. El Japón se apoya en esta renuncia para alegar que el tratado excluye las reclamaciones de las antiguas "mujeres de solaz". La cláusula de renuncia (apartado b) del artículo 14) dice lo siguiente:

"Salvo disposición en contrario del presente Tratado, las Potencias Aliadas renuncian a toda reclamación de las Potencias Aliadas por concepto de reparaciones, a otras reclamaciones de las Potencias Aliadas y de sus nacionales originadas por las medidas tomadas por el Japón o por sus nacionales en el curso y en razón de la guerra, así como las reclamaciones de las Potencias Aliadas por concepto de gastos militares directos de la ocupación."

55. El intento del Gobierno del Japón de eludir a la responsabilidad mediante la aplicación de estos tratados fracasa por dos razones: a) cuando se redactaron los tratados, se ocultó el hecho de que el Japón hubiese intervenido directamente en la creación de los centros de violación, un hecho crucial que por razones de equidad ahora impediría cualquier intento del Japón de basarse en estos tratados para eludir su responsabilidad; y b) por el texto claro de los tratados se ve que no estaba prevista la renuncia a las reclamaciones personales indemnización por los daños cometidos por los militares japoneses en violación de los derechos humanos o del derecho humanitario.

56. Cuando se firmaron estos y otros tratados de posguerra, el Gobierno del Japón ocultó hasta qué punto los militares japoneses participaron en el horrible trato que sufrieron las "mujeres de solaz" ⁸². Si bien en Corea,

Filipinas, China e Indonesia era de conocimiento público que durante la guerra se había violado y esclavizado a mujeres y niñas, después de la guerra el Japón ocultó la participación sistemática del ejército imperial japonés. Se sospechaba que la aparición de estos centros de violación se debía a "empresarios" privados más que a los militares japoneses, y a menudo se los culpaba.

57. Como el Gobierno japonés ocultó durante tanto tiempo su participación en estos delitos y ahora sigue negando su responsabilidad jurídica por ellos, el Japón no puede alegar que los acuerdos de reparaciones ni ningún otro tratado de posguerra tuvieran por objeto resolver todas las reclamaciones referentes a las "mujeres de solaz". Los signatarios no podían haber previsto la solución de reclamaciones por hechos que, en ese momento, no se atribuían directamente a los militares japoneses.

58. Es evidente por el texto del Acuerdo sobre la solución de problemas relativos a los bienes y las reclamaciones y sobre la cooperación económica, firmado entre el Japón y la República de Corea, que éste es un tratado económico que resuelve reclamaciones sobre "bienes" entre los países y no se ocupa de cuestiones relativas a los derechos humanos⁸³. No hay en él ninguna mención de las "mujeres de solaz", de la violación, esclavitud sexual ni otras atrocidades cometidas por los japoneses contra la población civil coreana. Más bien sus disposiciones se refieren a los bienes y a las relaciones comerciales entre las dos naciones. De hecho se dice que durante las negociaciones del tratado el negociador japonés prometió que el Japón pagaría a la República de Corea por todas las atrocidades infligidas por los japoneses a los coreanos⁸⁴.

59. La reclamación presentada al Japón por el representante coreano deja claro que las negociaciones "no se refieren en absoluto a las violaciones de los derechos individuales resultantes de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, infracciones de la Convención sobre la Esclavitud, el Convenio para la Represión de la Trata de Personas o las normas consuetudinarias del derecho internacional"⁸⁵. Y si bien el Japón formuló excusas explícitas y acordó pagar indemnizaciones por daños personales en sus tratados con las Potencias occidentales, no lo hizo así con los coreanos⁸⁶. El uso genérico del término "reclamación" en el artículo II del Acuerdo sobre liquidación de reclamaciones debe interpretarse en el contexto de estas circunstancias. Es evidente que los fondos que pagó el Japón en virtud del Acuerdo estaban destinados a la recuperación económica y no a la indemnización personal de las víctimas de las atrocidades japonesas. Como tal, el Tratado de 1965 -pese a su lenguaje tan general- sólo resolvió las reclamaciones económicas y sobre los bienes entre las dos naciones y no las reclamaciones privadas, por lo cual el Japón sigue sin haber respondido por sus actos⁸⁷.

60. Como se dijo anteriormente, con una redacción lisa y llana en el apartado b) del artículo 14 del Tratado de Paz de 1951 se renuncia a toda reclamación por concepto de reparaciones y otras reclamaciones de las Potencias Aliadas y de sus nacionales originadas por las medidas adoptadas por el Japón y sus nacionales durante la guerra (el subrayado es nuestro). Al distinguir entre las reclamaciones por "reparaciones" y

"otras reclamaciones" este texto indica claramente que la renuncia no se aplica a la indemnización a los nacionales de las Potencias Aliadas. Las únicas reparaciones contempladas en la cláusula de renuncia son las de las naciones aliadas. Las únicas reclamaciones de los nacionales de las Potencias Aliadas que están previstas en la cláusula de renuncia son las que no son reparaciones. Por consiguiente, la reclamación de indemnización por las antiguas "mujeres de solaz" no está en absoluto descartada por la cláusula de renuncia porque no está comprendida en las reclamaciones mencionadas en el Tratado.

61. Además, si bien China no es signataria del Tratado de Paz de 1951, el Tratado menciona los derechos de China frente al Japón después de la guerra. Es interesante ver que en su artículo 21 se declara que China tiene derecho a las ventajas en virtud de lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 2 del artículo 14, que establece las reparaciones concretas que debe hacer el Japón, pero que no se dice específicamente que se le aplique la cláusula de renuncia contenida en el párrafo b) del artículo 14. Dado que la renuncia no se aplica a China, el Gobierno del Japón no puede alegar que el Tratado impide a los nacionales chinos pedir reparaciones al Japón.

62. Al igual que en el caso del Acuerdo de liquidación de reclamaciones firmado por el Japón y Corea en 1965, la equidad y la justicia deben impedir que el Japón invoque el Tratado de Paz de 1951 como eximente de responsabilidad, ya que cuando se firmó el Tratado el Gobierno del Japón ocultó el grado de participación militar japonesa en cada fase del establecimiento, el mantenimiento y la regulación de los centros de solaz⁸⁸. Existe otro principio jurídico según el cual cuando se invoca una norma imperativa el Estado acusado de haber violado dicha norma fundamental no podrá invocar un mero tecnicismo para evitar hacer frente a su responsabilidad. Y, de todas formas, cabe recordar que el Japón siempre tendrá la facultad de renunciar voluntariamente a un eximente de responsabilidad basado en un tratado para facilitar las acciones que, evidentemente, son justas y equitativas.

C. Recomendaciones

1. Necesidad de contar con mecanismos que aseguren los enjuiciamientos penales

63. La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos debería fomentar el enjuiciamiento, en el Japón y en otras jurisdicciones, de los responsables de haber cometido estas atrocidades, que ahora se han relacionado claramente con la participación de los militares japoneses en el establecimiento de los centros japoneses de violación. Corresponde a las Naciones Unidas garantizar que el Japón cumpla plenamente su obligación de encontrar y enjuiciar a los responsables de los "centros de solaz" que aún viven y que otros Estados también hagan todo lo posible para ayudar a capturar y enjuiciar en otras jurisdicciones a los culpables. Por lo tanto, la Alta Comisionada, en colaboración con los funcionarios japoneses, debería tratar de: a) reunir pruebas sobre el personal militar y civil que puede haber establecido, financiado o frecuentado los centros

japoneses de violación durante la segunda guerra mundial; b) entrevistar a las víctimas; c) remitir la preparación de las causas a los fiscales japoneses; d) trabajar con otros Estados y con organizaciones de supervivientes para identificar, detener y enjuiciar a los autores en sus correspondientes jurisdicciones; y e) prestar todo tipo de asistencia a los Estados para que promulguen leyes que permitan la celebración de tales juicios en sus respectivas jurisdicciones.

2. La necesidad de establecer mecanismos para el pago de indemnizaciones con arreglo a la ley

64. La Subcomisión se ha unido a otros órganos de las Naciones Unidas para "dar la bienvenida", en 1995, al Fondo de Asiático para la Mujer (Asian Women's Fund). Este Fondo fue establecido por el Gobierno del Japón en julio de 1995, respondiendo a un sentido de responsabilidad moral hacia las "mujeres de solaz", y está destinado a funcionar como un mecanismo de apoyo a la labor de las organizaciones no gubernamentales que se ocupan de los intereses de las "mujeres de solaz" y recoger contribuciones de fuentes privadas para las víctimas supervivientes⁸⁹. Pero la creación del Fondo no libera al Gobierno del Japón de su obligación de otorgar una indemnización oficial, con arreglo a la ley, a cada mujer que fue víctima de la tragedia de los "centros de solaz", ya que las compensaciones que otorga el Fondo no tienen por objeto reconocer la responsabilidad jurídica del Gobierno del Japón por los delitos cometidos durante la segunda guerra mundial.

65. Como el Fondo Asiático para la Mujer en ningún caso puede proporcionar una indemnización con arreglo a la ley, habría que establecer un nuevo fondo administrativo para tales indemnizaciones, con la debida representación internacional. A tal fin la Alta Comisionada para los Derechos Humanos también debería nombrar, junto con el Gobierno del Japón, a un grupo de dirigentes nacionales e internacionales con autoridad para establecer un mecanismo rápido y adecuado de indemnización, con objeto de hacer una reparación oficial y monetaria a las "mujeres de solaz". La función de este nuevo grupo sería: a) determinar el monto adecuado de la indemnización, tomando como guía las indemnizaciones que pueden haberse concedido en circunstancias similares; b) establecer un sistema eficaz para dar a conocer el fondo e identificar a las víctimas; y c) establecer un foro administrativo en el Japón que tramite con rapidez todas las reclamaciones de las "mujeres de solaz"⁹⁰. Además, estas medidas deberán tomarse lo más pronto posible dada la avanzada edad de las mujeres de solaz.

3. Indemnización adecuada

66. El monto adecuado de la indemnización estaría basado en consideraciones tales como la gravedad, la amplitud y la repetición de las violaciones, el carácter intencional de los delitos cometidos, el grado de culpabilidad de los funcionarios que abusaron de la confianza pública, y el tiempo transcurrido (y, por lo tanto, la depreciación del dinero, como así también el daño psicológico causado por la demora en remediar el daño). En general la indemnización comprende todo daño susceptible de evaluación económica, tal como el daño físico o mental; el dolor, el sufrimiento o la angustia; las

oportunidades perdidas, incluida la educación; el lucro cesante y la pérdida de capacidad laboral; los gastos médicos y de rehabilitación que sean razonables; el menoscabo de la reputación o la dignidad; y los honorarios profesionales y gastos judiciales incurridos en el proceso. Basándose en estos factores, habría que fijar a la mayor brevedad posible un monto adecuado de indemnización⁹¹. También habría que considerar cuál sería el monto de la indemnización que tendría carácter disuasorio y garantizaría que estos abusos no se volvieran a cometer en el futuro.

4. Obligación de informar

67. Por último, se debería exigir al Gobierno del Japón que presentara un informe al Secretario General de las Naciones Unidas, al menos dos veces al año, sobre los progresos alcanzados en la identificación e indemnización de las "mujeres de solaz", y en el enjuiciamiento de los culpables. El informe también debería editarse en japonés y en coreano, y distribuirse dentro y fuera del Japón, especialmente a las "mujeres de solaz" y en aquellos países donde ellas residen.

VII. CONCLUSIÓN

68. En el presente informe se llega a la conclusión de que el Gobierno del Japón sigue siendo responsable por graves violaciones de los derechos humanos y del derecho humanitario, que en conjunto constituyen crímenes de lesa humanidad. Los argumentos de descargo del Gobierno del Japón, incluidos los argumentos contra el fundamento jurídico, la norma del derecho humanitario que prohíbe la esclavitud y la violación, siguen siendo tan poco convincentes hoy en día como lo fueron cuando se invocaron por primera vez ante el tribunal de los crímenes de guerra de Nuremberg, hace más de 50 años. Tampoco es convincente el argumento del Gobierno japonés de que el Japón ya ha liquidado todas las reclamaciones por la segunda guerra mundial mediante los tratados de paz y acuerdos de reparaciones posteriores a la guerra. Esto se debe, en gran medida, a que hasta hace muy poco el Gobierno del Japón se había negado a admitir la magnitud de la participación directa de los militares japoneses en el establecimiento y el mantenimiento de estos centros de violación. El silencio que guardó el Gobierno del Japón a este respecto mientras se negociaron los tratados de paz y los acuerdos de reparación entre el Japón y los gobiernos asiáticos una vez concluida la guerra deben, por una cuestión de justicia, excluir la posibilidad de que el Japón invoque esos tratados de paz como una causa de anulación de la responsabilidad en estos casos.

69. El hecho de que medio siglo después de haber cesado las hostilidades continúe sin haber satisfecho estas reclamaciones es una muestra palpable de la medida en que sigue sin valorarse la vida de la mujer. Lamentablemente, esta pasividad ante los delitos sexuales cometidos en forma masiva durante la segunda guerra mundial ha aumentado el grado de impunidad que existe hoy en día para este tipo de delitos. El Gobierno del Japón ha tomado algunas medidas para disculparse y para expiar su culpa por la violación y el sometimiento de más de 200.000 mujeres y niñas que fueron tratadas

brutalmente en los "centros de solaz" durante la segunda guerra mundial. Pero todo lo que no sea una completa y llana aceptación por el Gobierno del Japón de su responsabilidad jurídica y de las consecuencias que se derivan de dicha responsabilidad es totalmente insuficiente. Corresponde al Gobierno del Japón tomar las medidas que sean necesarias para hacer las reparaciones precisas.

Notas*

1/ Este término tiene connotaciones evidentemente peyorativas y se utiliza únicamente en su contexto histórico como denominación de esa atrocidad concreta. Desde más de un punto de vista, la elección desafortunada de este eufemismo como denominación del delito revela hasta qué punto la comunidad internacional en su conjunto y el Gobierno del Japón en particular han tratado de minimizar la gravedad de las violaciones.

2/ Declaración del Primer Ministro del Japón, Tomiichi Murayama, de julio de 1995, reproducida en Fondo Asiático para la Mujer (descripción oficial del programa). Véase también la política del Japón sobre la cuestión de la violencia contra la mujer y las "mujeres de solaz" (E/CN.4/1996/137, anexo) presentado a la Comisión de Derechos Humanos en su 52º período de sesiones.

3/ Fondo Asiático para la Mujer, ibíd.

4/ Ibíd.

5/ Karen Parker y Jennifer F. Chew, "Compensation for Japan's World War II war-rape victims", Hastings International and Comparative Law Review, vol. 17, 1994, págs. 497, 498 y 499.

6/ Ibíd., pág. 499 y nota 6 (se cita una declaración hecha en 1975 por Seijuro Arahune, miembro del Partido Liberal Democrático de la Dieta Japonesa, en el sentido de que 145.000 esclavas sexuales coreanas murieron durante la segunda guerra mundial.

7/ Ibíd.

8/ First Report on the Issue of Japan's Military "Comfort Women", Center for Research and Documentation on Japan's War Responsibility, 31 de marzo de 1944, págs. 3 y 4.

9/ Ibíd.

* No se vuelven a citar en el apéndice las referencias que aparecen ya en el informe principal y se remite al lector a la nota correspondiente de dicho informe.

10/ Ibíd., págs. 5 a 16 y E/CN.4/1996/137, anexo. Véase también Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Conferencia Internacional del Trabajo, 83ª reunión, 1996, report III (Part 4A), párrs. 103 a 107 y 114.

11/ R. Jackson, The Nuremberg Case xiv-xv, 1971 (cita del Informe Final al Presidente de los Procesos de Nuremberg).

12/ Véase Parker y Chew, nota 5, supra, pág. 521 y nota 135; Bassiouni, informe principal, nota 14.

13/ Véase, passim, Renee Colette Redman, "The League of Nations and the right to be free from enslavement: the first human right to be recognized as customary international law", Chicago-Kent Law Review, vol. 70, 1994, págs. 759 y 760; La esclavitud, informe preparado por Benjamin Whittaker, Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.84.XIV.1), que actualiza el Informe sobre la esclavitud de Mohammed Awad, presentado a la Subcomisión en 1966 (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.67.XIV.2).

14/ Humphrey, informe principal, nota 33.

15/ The Lawrence, caso citado en J. B. Moore, History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party vol. 3, 1989, págs. 2824 y 2825.

16/ M. Cherif Bassiouni, International Crimes: Digest/Index of International Instruments 1815-1985, vol. 1, 1986, pág. 419 e informe principal, nota 14 (en que se detalla la evolución histórica de la abolición internacional de la esclavitud).

17/ Véase Movimiento Internacional de Reconciliación, recomendaciones al Japón sobre la "esclavitud sexual", 7 de febrero de 1994 (comunicación al Gobierno del Japón).

18/ Bassiouni, informe principal, nota 14.

19/ Ibíd., págs. 283 a 287 (donde se observa que aunque la esclavitud no se trató específicamente en el derecho penal japonés antes de 1944, el delito de la esclavitud estaba subsumido en los delitos aplicables de secuestro y confinamiento obligatorio).

20/ Véase, por ejemplo, First Report on the Issue of Japan's Military "Comfort Women", nota 8 supra, pág. 79; véase también Redman, nota 13 supra, pág. 763 (donde se afirma que la Convención sobre la Esclavitud se convirtió en derecho internacional consuetudinario a partir de 1937).

21/ Véase también Finn Seyersted, United Nations Forces in the Law of Peace and War, 1966, págs. 180 a 182.

22/ Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal, vol. 1, pág. 218.

23/ Resolución 95 (I) de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 1946, titulada "Confirmación de los principios de Derecho Internacional reconocidos por el estatuto del Tribunal de Nuremberg", documento A/64/Add.1 de la Asamblea General, de 1946; Yvonne P. Hsu, "Comfort women from Korea: Japan's sex slaves and the legitimacy of their claims for reparations", Pacific Rim Law and Policy Journal, vol. 2, 1993, págs. 97 y 110; First Report on the Issue of Japan's Military "Comfort Women", nota 8 supra, pág. 76.

24/ Véase, passim, Meron, informe principal, nota 25; Frits Kalshoven, artículo 3 de la Convención IV relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, firmada en La Haya el 18 de octubre de 1907, citado en "Remembering what we have tried to forget", ASCENT, 1997, págs. 16 a 30.

25/ Véase John A. Appleman, Militar Tribunals and International Crimes, 1954, pág. 299 (se cita el caso de 1946 de Washio Awachi en Batavia (Indonesia), en que se reconoció como delito la prostitución forzada); Hsu, nota 13 supra, págs. 109 y 110; Meron, informe principal, nota 25, pág. 426, nota 1; Sentencia 231 del Consejo de Guerra Provisional en Batavia (en que se designa como crímenes de guerra el "secuestro de muchachas y mujeres para fines de prostitución forzada", "coerción para ejercer la prostitución" y "violación" y se condena a varios acusados sobre esta base).

26/ Véase Hsu, nota 23 supra, pág. 107 (se cita la fórmula de "honor de la familia" para apoyar la tesis que el derecho internacional prohibía los abusos de las "mujeres de solaz"); U. Dolgopol y S. Paranjape, informe principal, nota 48, pág. 160 ("El concepto de honor de la familia incluye el derecho de las mujeres en una familia a no ser objeto de la humillante práctica de la violación").

27/ Pictet, informe principal, nota 51, pág. 201, nota 1 (se afirma que las disposiciones del artículo 27 del Convenio de Ginebra tenían su origen en el artículo 46 de la Convención de La Haya sobre las leyes de la guerra); Theodor Meron Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law (Oxford: Clarendon Press, 1989), pág. 47.

28/ Véase, por ejemplo, Hsu, nota 23 supra, pág. 111, y nota 97 (donde se trata de demostrar que el Convenio de Ginebra es meramente una codificación y ampliación del derecho internacional consuetudinario existente); Pictet, informe principal, nota 51, pág. 205 (se afirma que las disposiciones relativas a la protección de las mujeres se basaron en una disposición introducida en el Convenio sobre el trato a los prisioneros de guerra de 1929).

29/ Véase el análisis contenido en el informe principal.

30/ Meron, informe principal, nota 25.

31/ Violación y agresión sexual, informe principal, nota 10.

32/ First Report on the Issue of Japan's Military "Comfort Women", nota 8 supra, pág. 76.

33/ Véase, passim, Bassiouni, informe principal, nota 26, págs. 114 a 139; Appleman, nota 25 supra, págs. 46 a 53; Hsu, nota 23 supra, pág. 109, nota 84.

34/ Opiniones del Gobierno del Japón contenidas en la adición 1 (E/CN.4/1996/53/Add.1) del informe presentado por la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer. Documento distribuido de forma oficiosa por el Gobierno del Japón en el 51º período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos, págs. 16 a 21 y 25.

35/ Ibíd., pág. 27.

36/ Véase Federación de Abogados del Japón (JFBA), recomendaciones sobre la cuestión de las "mujeres de solaz", enero de 1995, pág. 26; David Boling, "Mass rape, enforced prostitution, and the Japanese Imperial Army: Japan eschews international legal responsibility", Columbia Journal of Transnational Law, vol. 32, 1995, págs. 533 y 545.

37/ JFBA, ibíd.

38/ L. Oppenheim, International Law: A Treatise, H. Lauterpacht (ed.), 7ª edición (Londres, Nueva York: Longmans Green, 1948-1952), artículo 153.

39/ Véase Christopher N. Crowe, "Command responsibility in the former Yugoslavia: the chances for successful prosecution", University of Richmond Law Review, vol. 29, 1994, págs. 191 y 192; resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad.

40/ Crowe, ibíd. (se cita el informe presentado en la conferencia preliminar de paz, incluido en Leon Friedman (ed.), The Law of War: A Documentary History, vol. 1 (New York: Random House, 1972), págs. 842, 853 y 854).

41/ L. C. Green, "Command responsibility in international humanitarian law", Transnational Law and Contemporary Problems, vol. 5, 1995, págs. 319 y 320.

42/ Crowe, nota 39 supra, pág. 194.

43/ Véase, passim, Anthony D'Amato, "Superior orders vs. command responsibility", American Journal of International Law, vol. 80, 1986, pág. 604; el caso Llandovery Castle. Fallo en el caso de los tenientes Dithmar y Boldt, Tribunal Supremo de Leipzig, 16 de julio de 1921, reproducido en American Journal of International Law, vol. 16, 1922, pág. 708.

44/ Véase "Complaint" <http://www.peacenet.or.kr/~jdh/e_comfort/library/complaint/comp.htm>.

45/ Véase, *passim*, Theodor Meron, "International criminalization of internal atrocities", American Journal of International Law, vol. 89, 1995, pág. 554; Filartiga v. Pena-Irala, 630F. 2nd 876 (United States 2nd Cir. 1980).

46/ Meron, *ibíd.*, pág. 569.

47/ Véase Regina v. Finta, 88 C.C.C. 3d. 417 (1994).

48/ *Ibíd.*

49/ Véase también Friedl Weiss, "Time limits for the prosecution of crimes against international law", British Yearbook of International Law, vol. 53, 1982, págs. 163 y 185.

50/ Fédération nationale des déportés et internés résistants et patriotes v. Barbie en International Law Review, informe principal, nota 70.

51/ Oppenheim, nota 38 *supra*, art. 140.

52/ *Ibíd.*, art. 151.

53/ *Ibíd.*, art. 150.

54/ Puede haber un número reducido de casos en que los militares japoneses no serían directamente responsables por la situación de las mujeres en la tercera categoría de centros de solaz. En estos casos los militares podrían, sin embargo, ser responsables si se aplicara la teoría de la "responsabilidad subsidiaria", que tal como la define Oppenheim (*ibíd.*, art. 149) se aplica a los "actos lesivos cometidos sin autorización por sus súbditos o sus agentes, e incluso por extranjeros que se encuentran por el momento en su territorio".

55/ Kalshoven, nota 24 *supra*, pág. 9.

56/ Véase el documento E/CN.4/Sub.2/1996/17; la JBFA (véase la nota 36 *supra*, págs. 22 a 25) ha reconocido que según estos principios, el Japón tiene la obligación de indemnizar a las mujeres de solaz.

57/ El asunto Janes (Estados Unidos c. México), United Nations Reports of International Arbitral Awards, vol. 4, 1926, pág. 82.

58/ *Ibíd.*, pág. 82.

59/ *Ibíd.*, pág. 89.

60/ Opiniones del Gobierno del Japón, nota 34 *supra*, págs. 32 a 36.

61/ Oppenheim, nota 38 supra; arts. 1 y 7.

62/ Kalshoven, nota 24 supra, pág. 11.

63/ Ibíd.

64/ Ibíd.

65/ Ibíd., págs. 12 y 13.

66/ Ibíd., pág. 12.

67/ Ibíd.

68/ Chorzów Factory (bases), Permanent Court of International Justice, Judgement N° 13, Series A, N° 8-17, 1927, pág. 29. Véase también el trabajo de van Boven.

69/ P.C.I.J. Advisory Opinion N° 15, Series B, N° 15, págs. 17 y 18.

70/ Los acuerdos con Grecia, el Reino Unido, Suiza, Suecia y Dinamarca, incluyen disposiciones relativas a la indemnización por daños personales, mientras que los acuerdos de reparación con los territorios antiguamente ocupados por el Japón no tienen por lo general una mención similar. Hsu, nota 23 supra, págs. 103 y 104.

71/ Richard B. Lillich y Burns H. Weston, International Claims, Their Settlement by Lump Sum Agreements, Part II: The Agreements (Charlottesville, Univ. Press of Virginia, 1975), págs. 334, 231 y 249.

72/ "Reclamación de indemnización presentada por las mujeres de solaz de Pusan y la Brigada Femenina de Trabajo Voluntario, y Demanda de disculpas oficiales a la Brigada Femenina de Trabajo Voluntario y a las mujeres de solaz", Sentencia de 27 de abril de 1998 (tras la vista del 29 de septiembre de 1997), sección de Shimonoseki, tribunal de distrito de Yamaguchi (traducción oficiosa).

73/ Ibíd.

74/ Ibíd.

75/ Ibíd. Véase Dan Grunebaum, "WWII sex slaves win historic lawsuit", United Press International, 28 de abril de 1998.

76/ Boling, nota 36 supra, pág. 545.

77/ Véase "Eight Dutch citizens sue Japan over war", New York Times, 26 de enero de 1994, pág. A9. Entre los demandantes figura por lo menos una víctima de los centros de solaz.

- 78/ Véase "Two Chinese wartime sex slaves to testify in court", Japan Economic Newswire, 3 de julio de 1996.
- 79/ Véase "Japan-based Korean "comfort women" rape fund scheme", Asian Political News, 15 de julio de 1996.
- 80/ Véase Dolgopol y Paranjape, informe principal, nota 48.
- 81/ Véase "Former "comfort women" testifies in court", The Daily Yomiuri, 20 de julio de 1996, pág. 2.
- 82/ Véase Parker y Chew, nota 5 supra, pág. 502.
- 83/ Véanse Tong Yu, "Reparations for former comfort women of World War II", Harvard International Law Journal, vol. 36, 1995, págs. 528, 535 y 536.
- 84/ Véase Hsu, nota 23 supra, pág. 118.
- 85/ Véase Dolgopol y Paranjape, informe principal, nota 48.
- 86/ Véase Hsu, nota 23 supra, págs. 103 y 104.
- 87/ Véase Parker y Chew, nota 5 supra, pág. 538; Dolgopol y Paranjape, informe principal, nota 48, págs. 164 y 165.
- 88/ Véase Yu, nota 83 supra, pág. 535.
- 89/ Fondo Asiático para la Mujer, nota 2 supra, pág.1.
- 90/ Véase Dolgopol y Paranjape, informe principal, nota 48.
- 91/ Véase Parker y Chew, nota 5 supra, págs. 544 y 545.
